

# JUSTICIA 94

NUMERO I

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.<sup>a</sup> Bosch, editor, S. A., Rosselló, 22  
08029 — Barcelona, Tel. (93) 419 77 50.

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

## INDICE

AUDIENCIA PUBLICA	
<i>Aceituneros altivos...</i> por José Martín Ostos .....	5
DACIONES DE CUENTA	
<i>Competencia de los órganos jurisdiccionales y proceso penal abreviado</i> por Manuel Ortells Ramos .....	9
<i>Proceso penal y doble instancia</i> por Coral Arangüena Fanego .....	25
<i>El procedimiento de las Acciones de Grupo (Class Actions) en los Estados Unidos de América</i> por Lorenzo-Mateo Bujosa Vadell. ....	67
<i>Para una eficaz administración forzosa de bienes embargados</i> por Joan Picó i Junoy .....	125
<i>El proceso de creación de un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas: Etapas y principales problemas debatidos</i> por Begoña Vidal Fernández .....	159
<i>Conocimiento pleno del Tribunal de Apelación cuando se formulen pretensiones alternativas y se apele por una de ellas: Comentario a la STC 4/1994, de 17 de enero</i> por Jaume Solé Riera .....	213
COMISIONES ROGATORIAS	
<i>Principios constitucionales y proceso de ejecución</i> por Luigi Paolo Comoglio .....	227
TERMINOS PERENTORIOS .....	249

© 1994, José M.<sup>a</sup> 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

## AUDIENCIA PUBLICA

### ACEITUNEROS ALTIVOS...

JOSÉ DE LOS S. MARTÍN OSTOS

A lo largo de los primeros meses de 1993, la olvidada provincia de Jaén ha adquirido protagonismo periodístico en lo concerniente a la Administración de Justicia.

Con sinceridad que le honra, el director de la cárcel de máxima seguridad Jaén II reconoce públicamente, a principios del mes de febrero, que en el interior de la misma se consume droga. Explica que los caminos utilizados para la introducción de esta sustancia son dos: los contactos vis a vis y los paquetes remitidos desde el exterior. A su juicio, en contra de la opinión mantenida por el responsable del sindicato UGT en dicha cárcel, la situación está prácticamente controlada. Para ello se recurre al cacheo integral (no sabemos si para examinar a aquellos visitantes que, según declaraciones del propio director, suelen llevar preservativos con droga en el recto o en la vagina, o para más tarde registrar a los reclusos que, presumiblemente, han recibido el cargamento), la analítica (hay que deducir que las pruebas ¿de sangre?, ¿de orina? se practican sólo a los internos), los rayos X, e, incluso, encerrando al sospechoso en una celda sin retrete (hasta que reviente, suponemos).

El máximo representante de tan democráticas prácticas (en ningún caso habla de control judicial) admite que es más difícil controlar los paquetes, ya que resulta materialmente imposible supervisar con minuciosidad cada bulto que entra al recinto (lo que no sucede con las personas).

Las expuestas son, según sus palabras, algunas de las actuaciones de control realizadas por los funcionarios. Nos quedamos con la curiosidad de conocer cuáles serán las restantes medidas (de seguro, interesantes y dignas de imitación).

La mencionada organización sindical había denunciado también, en un informe remitido a Instituciones Penitenciarias, el nivel de promiscuidad alcanzado en esta prisión, debido a los contactos entre reclusos de distinto sexo. Por supuesto que, una vez más, la autoridad carcelaria lo niega; sí acepta que, en algunos momentos del día y en determinadas dependencias, se mezclen, pero nada más, «porque por la noche las mujeres duermen en un módulo particular». Igualmente, admite que algunas parejas de reclusos (no especifica el sexo) han sido vistas besándose sin que la situación haya llegado a mayores.

Finalmente, al comentar la denuncia de que los presos calificados como muy peligrosos y los de la banda terrorista ETA (la distinción, cuanto menos, nos produce perplejidad) reciben un trato de favor en la cárcel de máxima seguridad de Jaén, califica de inexacta la acusación. Refiriéndose a ellos, dice que «en otras prisiones han sido muy conflictivos y aquí todavía no han hecho nada; por algo será» (eso mismo pensamos nosotros).

Pero, dejemos la cárcel de Jaén y vayámonos a los Juzgados de lo Penal de su capital donde la situación es digna de comentario. Allí los lavabos han sido cerrados, con objeto de evitar que los heroinómanos continúen «pinchándose» en su interior. Parece que la medida afecta solamente a los destinados a uso público, ya que los miembros de las fuerzas de seguridad disponen de otros habitáculos. El corresponsal de turno informa que tan acertada decisión está motivada también por el reiterado robo del material previsto para la higiene de los usuarios. Desde que la mujer de la limpieza se negó a entrar en los servicios, debido a la presencia de jeringuillas, se colocó en la puerta un banquillo de una de las salas de vistas, impidiéndose de esta forma el acceso.

Los jiennenses, pacientes y sufridos, no se han quejado demasiado. La fuerza de los acontecimientos es patente; ellos comprenden que, si los acusados se pinchan en los aseos, lo mejor es clausurarlos, aunque a veces tengan que esperar durante varias horas el comienzo de un juicio, sin tener un lugar donde realizar sus imprevistas necesidades fisiológicas. En el fondo dan gracias al cielo porque a sus convecinos drogadictos no les haya dado por acudir, para inyectarse, a los depósitos municipales del agua o a los puestos del mercado de abastos.

Y es que la situación en la capital del antiguo reino de Jaén es

preocupante en asuntos de droga. Meses atrás, varios centenares de vecinos del casco antiguo de la ciudad se echaron a la calle, durante las veinticuatro horas de cada día, para luchar contra el creciente tráfico de estupefacientes. Previamente habrían acudido a las autoridades, sin que sus denuncias surtieran efecto; sólo la decisión de pasar ellos mismos a la acción les ha servido para corregir parcialmente la situación.

Y mientras los lavabos de los Juzgados de lo Penal continúan cerrados, motivando ello el que unos diputados de la región se dirijan al Ministro de Justicia formulándole varias preguntas sobre el tema, los abogados y procuradores del partido judicial de Andújar preparan la convocatoria de un paro técnico, en protesta por la situación de colapso de los Juzgados.

Precisamente en esta bella ciudad, de casi cuarenta mil almas, pocas fechas más tarde, los ciudadanos se desayunaron con la noticia de que el titular del Juzgado de Instrucción número uno era cesado en su cargo por simultanear su trabajo de juez sustituto con la prestación social sustitutoria, ya que es objetor de conciencia. En ese momento dicho órgano tenía más de mil asuntos pendientes. El Consejo General del Poder Judicial halló pronto la solución del problema, adscribiendo el Juez de Menores de Jaén al Juzgado de Instrucción de Andújar, con lo que este segundo recibiría un notable refuerzo (en detrimento del primero, claro; aunque, eso es insignificante, pues al fin y al cabo se trata simplemente de la justicia de menores).

Mas, volvamos a la cárcel de máxima seguridad de Jaén II que, a punto de concluir el invierno, al estar construida sobre una zona de arcillas expansivas, ve afectada su estructura por frecuentes corrimientos de tierra. En su día los sindicatos de funcionarios advirtieron de este riesgo a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, que no hizo caso de la alarma. En el propio acto de inauguración de la prisión, la primera autoridad ministerial quitó importancia al asunto. A los siete meses comenzaron las obras de remodelación en los ocho módulos de la prisión, por estar afectados por los citados movimientos. Todo un acierto.

También fue acertada la autorización por parte del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía al Grupo de Abogados Jóvenes de Jaén para celebrar en otoño, en la Audiencia Provincial, un juicio con jurado. Con dicha experiencia se pretende conocer si la implicación del jurado agilizaría el funcionamiento de la Administración de Justicia, así como la coincidencia o no del sentimiento popular con el de los jueces de carrera (que, según se desprende de las palabras del promotor de este evento, deben ser diferentes, o, al menos, se cuestiona su paralelismo). Falta por

precisar el número de jurados, aunque, eso sí, estará comprendido entre siete y doce personas y, por supuesto (esto es importante), representarán a todas las clases sociales existentes en la zona. El anuncio ha producido tremenda alegría entre los sectores de la justicia jienense, que estiman que con iniciativas de este tipo se trabaja en pro de la verdadera desaparición de los obstáculos que a diario se encuentran en el ejercicio de su profesión.

Para terminar, en plena primavera andaluza salta a la prensa la sorprendente pretensión de los abogados de esta tierra de exigir el pago del turno de oficio correspondiente al segundo semestre del año pasado, aún adeudado por el Ministerio de Justicia. Se plantean, incluso, la convocatoria de huelga por dicho motivo. De las palabras se pasó a los hechos y el Colegio de Abogados acordó de modo indefinido la suspensión del mencionado turno y de la asistencia al detenido. No transcurrieron muchos días sin que un Juez de Instrucción abriera diligencias por desobediencia a una abogada que, alegando que estaba en huelga, no atendió a un detenido; afortunadamente, fueron archivadas poco tiempo después. Laus Deo.

## DACIONES DE CUENTA

### COMPETENCIA DE LOS ORGANOS JURISDICCIONALES Y PROCESO PENAL ABREVIADO

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València (Estudi General)

#### SUMARIO:

I. Introducción. — II. La competencia objetiva ordinaria y las especiales por razón de la materia y de la persona. — III. La competencia funcional. — IV. La determinación en concreto de la competencia. — V. Cuestiones de competencia.

#### I. INTRODUCCIÓN

La introducción del proceso abreviado fue acompañada de una reforma de la LOPJ, por la que se crearon nuevas clases de órganos jurisdiccionales y se modificaron —en este aspecto con el concurso de la propia reforma de la LECRIM, concretamente de su artículo 14— las competencias objetiva y funcional de los órganos jurisdiccionales del orden judicial penal. En realidad la causa inicial de la reforma de 28 de diciembre de 1988 respondía más bien a necesidades relacionadas con la organización judicial. Específicamente las de resolver las dificultades para el normal funcionamiento de esa organización derivadas de la declaración de

inconstitucionalidad, por STC 145/1988 de 12 de julio, de la concentración en el mismo órgano jurisdiccional de las competencias para la instrucción previa y el enjuiciamiento (ORTELLS, *El nuevo procedimiento*, pp. 545-546).

Conviene profundizar en el estudio del régimen de la competencia en cuanto guarda relación con el ámbito de aplicación del procedimiento abreviado.

## II. LA COMPETENCIA OBJETIVA ORDINARIA Y LAS ESPECIALES POR RAZÓN DE LA MATERIA Y DE LA PERSONA

a. *La competencia objetiva ordinaria para conocer del procedimiento preliminar* (sumario o diligencias previas) *respecto a hechos calificables como delito*, corresponde, en todo caso, a los Juzgados de Instrucción (arts. 87.1, a LOPJ, 14. 2.º LECRIM). No puede, pues, plantearse en este aspecto ningún problema respecto a la competencia, sino sólo respecto al procedimiento adecuado.

*La competencia objetiva ordinaria para conocer del juicio oral respecto a hechos calificados como delito*, se distribuye entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales. Esta distribución se produce, atendido lo que establecen los arts. 89. bis. 2 y 82.1 1.º LOPJ en relación con el 14.3.º y 4.º LECRIM, con arreglo al siguiente criterio general: a los Juzgados de lo Penal se atribuye competencia objetiva para conocer de hechos constitutivos de algunos delitos especificados del modo que inmediatamente veremos; a las Audiencias provinciales se atribuye la competencia de modo residual, respecto a los delitos que no son competencia de los Juzgados de lo Penal.

*La competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal* comprende (art. 14.3.º):

- 1.º) Los hechos constitutivos de delito castigados con penas privativas de libertad no superior a seis años (arresto mayor y prisión menor).
- 2.º) Los castigados con penas de multa cualquiera sea su cuantía.
- 3.º) Los castigados con pena de privación del permiso de conducir cualquiera sea su duración. Esta es una regla especial respecto a lo que diremos en el número 4.º, porque no le afecta el límite de duración que en el mismo se establece, aunque se trata de una pena privativa de derechos. De no haberse establecido esta regla especial, en los supuestos de

los arts. 340 bis y 565 CP (duración de 2 a 10 años) se hubiera excluido en todo caso la competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal.

4.º) Los castigados con cualquier pena distinta a las anteriores, siempre que su duración no exceda de seis años (destierro, suspensión, caución, privación de licencia de caza).

El problema lo plantean aquí determinadas consecuencias sancionatorias de duración no temporalmente limitada no enunciadas como penas en el art. 27 CP, pero que el CP prevé que pueden imponerse por determinados delitos (privación de la patria potestad —art. 487 CP—, disolución de asociaciones ilícitas— art. 174 CP—, cierre de establecimientos —art. 452 bis d CP—). VARELA entiende que su previsión es irrelevante a efectos de competencia (VARELA, *Ambito*, p. 77). PORTERO y otros sostienen la opinión contraria (PORTERO, *Comentarios*, pp. 19-21). El art. 26 CP, que no excluye el carácter de pena de las mismas, apoya la segunda postura, salvo que pudiera argumentarse que quedan cubiertas por una aplicación analógica del art. 26.4.º CP.

5.º) Los castigados con combinaciones de las anteriores penas (no sólo de las del número 4.º con las de los números 1.º, 2.º y 3.º —así, también, CFGE 1/1989, pp. 7-8—), en el sentido de estar prevista su imposición alternativa o conjunta (bien en el propio tipo, bien como pena accesoria —arts. 45 a 48 CP—).

Esta posibilidad punitiva excluye la competencia objetiva del Juzgado de lo Penal si alguna de las penas previstas excede de los límites fijados en los números 1.º y 4.º (PORTERO, *Comentarios*, pp. 18, 21).

6.º) Igualmente comprende por razón de conexión:

— Los hechos constitutivos de falta, incidental o no (en el sentido del art. 142. 4.ª 5.º), imputables a los autores de los delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con delitos de la competencia de los Juzgados de lo Penal.

— La pretensión civil acumulada, que se funde en hechos constitutivos de delito o falta de competencia de los Juzgados de lo Penal.

*La competencia objetiva de las Audiencias Provinciales* comprende (sin perjuicio de la ulterior diversificación del procedimiento adecuado):

1.º) En cuanto a delitos individualmente considerados, los castigados con penas más graves que las señaladas en los anteriores números 1.º y 4.º, sean estas únicas, conjuntas o alternativas.

2.º) Por razón de conexión:

— Los delitos, cualquiera sea su penalidad, conexos con delitos que individualizadamente considerados sean de competencia de las Audiencias Provinciales (argumentando art. 18.1.º).

— Las faltas, incidentales o no, imputables al acusado del delito o a otras personas, cuando su comisión o su prueba estuviera relacionada con delito de competencia de la Audiencia Provincial y para cuyo enjuiciamiento sea adecuado el procedimiento abreviado (art. 790.5), pues, de no ser así, la competencia sólo se extiende a las faltas incidentales en el sentido del art. 142. 4.ª 5.º (en contra de esta opinión —porque el concepto más amplio de falta conexa sólo lo establece el art. 14.3.º respecto a los Juzgados— CFGE 1/1989, p. 10; VARELA, *Ambito*, pp. 77-78. A favor, aduciendo lo dispuesto en el art. 790.5, MORENO, *El nuevo proceso*, p. 47).

— La pretensión civil acumulada que se funde en hechos constitutivos de delito o falta de competencia de la Audiencia Provincial.

En cuanto a ciertas cuestiones generales que influyen en la aplicación de las anteriores determinaciones, hay que indicar:

1.º) Las penas de referencia no son las penas concretas, sino las señaladas por la ley al tipo básico o cualificado que se estime concurrente (CFGE 1/1989, p. 9; VARELA, *Ambito*, p. 77; ESCUSOL, *El proceso*, p. 81; PORTERO, *Comentarios*, p. 18). En consecuencia, las diferencias de penalidad debidas al grado de ejecución (arts. 51 y 52 CP), a la forma de participación (arts. 53, 54 CP), a circunstancias modificativas de la responsabilidad (arts. 61.5.ª, 65, 66) y a las circunstancias calificadas para la graduación individual de la pena del art. 57 bis b CP, no determinarán la competencia del Juzgado de lo Penal si, por la pena prevista para el tipo aplicado, la competencia corresponde a la Audiencia Provincial.

2.º) En los casos de delito continuado o de tipos de delito castigados con penas de diferentes grados (p. ej. arts. 344, 528, II y 344 bis CP), únicos supuestos en los que podría darse el problema que plantea MORENO CATENA (MORENO, *El nuevo proceso*, pp. 32-33), habrá que estar, a efectos de competencia objetiva, respectivamente, a la pena que corresponda en aplicación del art. 69 bis CP (CFGE 1/1989, p. 9) y al subtipo de penalidad más grave si resulta su concurrencia de los actos de investigación o de la prueba. Por las razones que ya expuse (ORTELLS, *La adecuación del procedimiento*, apartado 2), no comparto la opinión de la Fiscalía General del Estado de introducir, para el segundo caso, una distinción según el carácter preceptivo o facultativo en que esté prevista la penalidad específica.

#### b. La competencia objetiva especial por razón de la materia

En primer lugar, se replantea el problema de si los delitos de injurias y calumnias contra particulares están atribuidos, por la materia, a la Audiencia Provincial, o quedan sometidos a las reglas de la competencia objetiva ordinaria. Este problema deriva de una cuestión previa sobre si puede ser adecuado el procedimiento abreviado para enjuiciar estos delitos (DEL MORAL, *Delitos*, pp. 43-45, reconoce que, considerados sólo las normas de competencia del art. 14.3.º y 4.º, es clara la atribución al Juzgado de lo Penal en función de la regla ordinaria de la penalidad). Ya he argumentado mi respuesta afirmativa al respecto (ORTELLS, *La adecuación del procedimiento*, apartado 2) y, por tanto, entiendo que para estos delitos no hay una competencia objetiva especial por la materia.

Competencia objetiva especial por razón de la materia es, sin duda la atribuida a los Juzgados Centrales de Instrucción, Juzgados Centrales de lo Penal y Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

Dentro de la delimitación de los delitos atribuidos por razón de la materia que realiza el art. 65.1.º LOPJ, la distribución de la competencia objetiva entre los órganos antes citados se realiza del mismo modo que hemos expuesto en el inmediatamente anterior apartado a (arts. 88 y 89 bis. 3 LOPJ, 14. 2.º, 3.º y 4.º LECRIM). VARELA (VARELA, *Ambito*, p. 74) entiende que esta regla tiene la excepción de los delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes, porque la atribución de competencia a la Audiencia Nacional, no la hace el art. 65.1 LOPJ, sino la disposición transitoria de la LO 4/1988, 25 de mayo. Ahora bien, la atribución de competencia a los Juzgados Centrales de Instrucción la hacen los arts. 14.3.º LECRIM y 89 bis. 3 LOPJ no sólo en relación a los delitos del art. 65.1 LOPJ, sino «al ámbito que le es propio», que comprende (según el art. 89 bis.3 LOPJ) los delitos del art. 65 y «los demás asuntos que señalen las leyes». Los delitos de terrorismo quedan, pues, en su caso, comprendidos.

Hay, por otra parte, una norma especial de competencia por conexión en el art. 65.1.º, II LOPJ, cuya aplicación puede plantear diversos problemas.

A mi juicio, el significado de esa norma es establecer un criterio atributivo de competencia por conexión de aplicación preferente a la de los números 1.º y 2.º del art. 18.

A partir de eso resulta posible que a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional se atribuya, por conexión, competencia para conocer de un delito con pena mayor que el delito «principal» —que sería, en este

caso, el atribuido inicialmente y por la materia a la competencia de esa Sala—. Esto puede dar lugar, en el caso de que para el delito principal fuera adecuado el procedimiento abreviado, pero no (por su mayor gravedad) para el delito conexo, a que el procedimiento deba cambiar a ordinario por delitos graves.

La norma no rige a mi juicio, para la competencia por conexión de los Juzgados de lo Penal, porque la excluye una interpretación conjunta de los arts. 89 bis. 3 LOPJ y 14.3.º LECRIM (en cuanto si el conexo fuera más grave no entraría en la competencia de estos Juzgados). La atribución de competencia por conexión se determinará, en este caso, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 18.

### c. La competencia objetiva especial por razón de la persona

La competencia para el procedimiento preliminar (diligencias previas) corresponde, en la generalidad de los aforamientos, a un instructor comisionado (arts. 57.2, 61.2 y 73.4 LOPJ), y, en el caso de los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, al Juez de instrucción territorialmente competente (art. 8.1 LO 2/1986, de 13 de marzo y la STC Pleno 55/1990, 28 de marzo, fundamento jurídico 7.º).

En cierto modo, esta atribución competencial, unida a la aplicación del procedimiento abreviado, viene a suprimir una de las garantías especiales del aforamiento: la de que sobre el procesamiento deba resolver el órgano competente para el enjuiciamiento (art. 303, V), lo que, de aplicarse el abreviado, debería suponer que sobre la admisibilidad de la acusación en atención a la existencia o no de indicios racionales de criminalidad también decidiera aquel órgano. Pero, en el abreviado, tal decisión no corresponde a ese órgano, sino al instructor (art. 790.6). Sin embargo, precisamente las reformas introducidas por la LO 7/1988 en la LOPJ, sobre la instrucción en casos de aforamiento (y la declaración de inconstitucionalidad del art. 8.1, II de la LOFCSE, por la STC Pleno 55/1990, 28 de marzo), conducen a que aquella garantía especial también se haya perdido en los procesos con procesamiento, porque la competencia para dictar éste corresponde ahora al instructor.

La competencia para el juicio oral corresponde, en sus respectivos casos, a la Sala segunda del Tribunal Supremo (art. 57.1. 2.º y 3.º LOPJ), a una Sala especial del mismo (art. 61.1. 4.º LOPJ), a la Sala de lo Penal del Tribunal Superior de Justicia (art. 73.3, a y b LOPJ) y a la

Audiencia Provincial (art. 8.1 LO 2/1986, 13 de marzo, en cuanto a los miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad).

El hecho de, en este ámbito de la competencia objetiva por razón de la persona, no haya atribución de la misma a un órgano jurisdiccional similar al Juzgado de lo Penal, puede plantear, cuando se tramita procedimiento abreviado, algunos problemas respecto a la competencia funcional (que se considerarán *infra*, B, c) y a la procedencia de ciertos actos procesales.

El segundo grupo de problemas se refiere a aquellos actos que son peculiares del proceso ante el Juzgado de lo Penal (art. 789.5.ª —el juicio oral inmediato por reconocimiento de los hechos—, art. 749.2 —sentencia *in voce*—, art. 795 —recurso de apelación contra la sentencia). A mi juicio, no pueden realizarse en los casos de aforamiento, porque no son aquellos Juzgados los que conocen del proceso. Basta, para excluirlo, con la letra de las disposiciones citadas, porque no creo que sea correcto interpretar que las mismas pudieran aplicarse si, por la penalidad, la competencia «hubiera correspondido» al Juzgado de lo Penal. Al haber atribuido la ley la competencia a otros órganos, ese razonamiento es superfluo. Además, en alguno de los supuestos, concurren otras razones, como la imposibilidad de que un órgano colegiado, sin suspender el juicio, dicte en el acto sentencia *in voce* y la existencia de órganos funcionalmente competentes para conocer de la apelación.

El órgano jurisdiccional competente *ratione personae* lo es también para conocer de los delitos conexos, imputados al aforado o a no aforados (art. 272, II; GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, p. 459). El problema que pueda plantearse sobre el procedimiento adecuado (si para unos delitos es adecuado el ordinario y para otros el abreviado), entiendo que debe resolverse en favor de la adecuación del ordinario por delitos graves, para ofrecer mayores garantías.

### III. LA COMPETENCIA FUNCIONAL

Partiré de las anteriores atribuciones de competencia objetiva y me limitaré a exponer los aspectos novedosos relacionados con la creación de los Juzgados de lo Penal y con el procedimiento abreviado.

a. *En los supuestos de competencia objetiva ordinaria*

La creación de los Juzgados de lo Penal requería determinar las competencias funcionales en relación con esos nuevos órganos de la organización judicial.

La relación entre estos órganos y los Juzgados de Instrucción que hubieran conocido de las diligencias previas del procedimiento abreviado cuyo juicio oral deba realizarse ante el Juzgado de lo Penal, no convierte a éste en «órgano jurisdiccional superior en grado» a efectos de atribuirle competencias funcionales (CFGE 1/1989, p. 65; PORTERO, *Comentarios*, p. 75).

La Audiencia Provincial es la funcionalmente competente para conocer de los recursos devolutivos admisibles contra resoluciones tanto de los Juzgados de Instrucción, como de los Juzgados de lo Penal (arts. 82.1 3.º LOPJ, 787. 1 in fine, 795. 1) y de las cuestiones de competencia entre los Juzgados de esas clases, si es superior común de los contendientes (art. 82.5, a LOPJ).

Otra cosa es que, iniciado el ejercicio de la competencia del Juzgado de lo Penal, éste pueda dictar resoluciones que afecten a la eficacia de las previamente dictadas por el Juzgado de Instrucción: p. ej. declarando su incompetencia (cuando el Juzgado de Instrucción hubiera determinado previamente que correspondía al Juzgado de lo Penal), modificando, por cambio de circunstancias, medidas cautelares adoptadas por el Juzgado de Instrucción (aunque el art. 790.7, I, adolece, en este aspecto, de cierta ambigüedad).

b. *En los supuestos de competencia objetiva especial por razón de la materia*

Dentro de su competencia especial, lo que acabamos de decir sirve para los Juzgados Centrales de Instrucción y de lo Penal y para la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 65. 5.º LOPJ, que habría que integrar analógicamente con el art. 82.5, LOPJ, en cuanto a la competencia para resolver cuestiones de competencia).

Es, además, conveniente una advertencia: al no existir ninguna relación orgánica entre la Audiencia Nacional y las Audiencias Provinciales y los Juzgados (no centrales) de Instrucción o de lo Penal, ninguna competencia funcional se atribuye a la primera respecto a actividades de los segundos.

c. *En los supuestos de competencia objetiva especial por razón de la persona*

Si nos centramos en el principal aspecto de la competencia funcional (la competencia para conocer de recursos), resulta que los mayores problemas no se refieren tanto a la propia competencia funcional, sino a la admisibilidad de recursos y a la clase de recursos admisibles.

Las competencias funcionales en relación con las actuaciones de los instructores comisionados y del Juez de Instrucción (en caso de aforamiento de miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad) en las diligencias previas, deben corresponder, en sus respectivos casos, a las Salas que hubieran nombrado al magistrado instructor y a la Audiencia Provincial.

Ahora bien, así como en el caso de aforamiento de miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad, puede sostenerse que los recursos devolutivos admisibles son los establecidos en el art. 787 (porque el Juzgado de Instrucción es un órgano jurisdiccional diferenciado de la Audiencia), en los demás supuestos no es tan fácil sostener esta conclusión, porque quien dicta las resoluciones es el mismo órgano, sólo que con una composición diferenciada para la actividad de instrucción previa (VARELA, *Ambito*, pp. 78-79). Partiendo de eso, resulta ciertamente cuestionable la admisibilidad de los recursos devolutivos contemplados en el art. 787. Pero tampoco el problema queda mejor resuelto si concluimos la admisibilidad del recurso de súplica, porque, o nos olvidamos de lo dispuesto en el art. 236 y entendemos que esta súplica ha de conocerla la Sala en composición colegiada, o la parte queda privada de la garantía de impugnar ciertas resoluciones de las diligencias previas ante un órgano diferente al que las ha dictado (y, además, aquí no cabría argumentar, como en el caso de sentencias dictadas en única instancia por el Tribunal Supremo, que ese órgano no existe).

Sería conveniente dar solución legislativa expresa al problema. Pero, entre tanto, para evitar la disminución de garantías y para no forzar la interpretación del art. 236, me inclino por la aplicación del régimen de recursos devolutivos del art. 787.

La competencia funcional en relación con actuaciones de la Sala de lo Penal del TSJ y de la Audiencia Provincial corresponde a la Sala segunda del Tribunal Supremo. Y el recurso admisible será en todo caso, el de casación (art. 847, I y 848, I), porque no es relevante el razonamiento de que, por la penalidad y en defecto de aforamiento, la competencia hubiera correspondido al Juzgado de lo Penal. Lo decisivo es, simplemente, que no ha actuado éste por no ser competente, por lo que

en modo alguno sería admisible el recurso de apelación configurado por el art. 795.

Obviamente, para terminar, el art. 847, II excluye todo problema de competencias funcionales en el caso de haber dictado sentencia en única instancia a la Sala segunda del Tribunal Supremo o la Sala especial del mismo a la que se refiere el art. 61 LOPJ.

#### IV. LA DETERMINACIÓN EN CONCRETO DE LA COMPETENCIA

Partiendo de la base de que se está tramitando procedimiento abreviado, y, por tanto, se aplican las disposiciones propias de éste, encontramos entre las mismas, respecto a la materia que ahora nos ocupa, una de ámbito de aplicación más general (art. 782), y otras más específicas, referidas a diversos trámites del procedimiento (arts. 789. 5. 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>, 790.5,6, IV y 7, III, 793.8). Además rigen las normas generales de LOPJ y LECRIM en cuanto no esté de otro modo normado por las disposiciones citadas.

No se plantean problemas especiales respecto a la competencia territorial y a la funcional. Al término de este apartado nos referiremos a la incidencia del artículo 782 en la tramitación de las cuestiones de competencia y de otras divergencias sobre la concreta atribución de la competencia que, legalmente, no tienen el carácter de «cuestión».

Respecto de la competencia objetiva habría que distinguir, para tratar de las cuestiones sobre su concreta atribución, entre dos etapas del procedimiento:

1.<sup>a</sup>) *Hasta el auto de apertura del juicio oral* (y partiendo del supuesto de unas diligencias previas conocidas por un Juzgado de Instrucción ordinario).

En aplicación de las normas generales, debe, en cualquier momento en que los resultados de la investigación den fundamento para esa resolución, inhibirse en favor del Juzgado de Paz (si los hechos constituyen falta de la competencia de éste), afirmar su propia competencia para conocer de los hechos en juicio de faltas o inhibirse en el órgano jurisdiccional competente (si la competencia corresponde a los Juzgados de Menores, a los tribunales militares, o a otros órganos jurisdiccionales por razón de la materia —Juzgados Centrales de Instrucción— o de la perso-

na —todos los supuestos de aforamiento, con excepción del de los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad—).

Al término de las diligencias previas, el art. 789.5 impone resolver sobre la competencia objetiva, aunque sólo contempla las opciones de que el hecho deba calificarse como falta (art. 789.5.2.<sup>o</sup>), de que la competencia corresponda a los Juzgados de Menores o a los tribunales militares (art. 789.5.3.<sup>a</sup>) o de que la competencia corresponda al propio Juzgado de Instrucción —de momento y hasta que se resuelva la apertura del juicio oral ante el Juzgado de lo Penal o la Audiencia Provincial— (esta afirmación de la propia competencia está implícita en la resolución del art. 789.5.4.<sup>a</sup>). A mi juicio, nada excluye, sino que más bien lo imponen las reglas generales, que resuelva inhibirse en favor de otros órganos competentes.

En cuanto a la determinación de la competencia en el momento de resolver acerca del sobreseimiento o la apertura del juicio oral, son convenientes varias observaciones:

a) La misma realización de estas actuaciones por el Juzgado implica afirmación de su propia competencia, ligada a considerar adecuado el procedimiento abreviado. En defecto de esto la competencia para resolver el sobreseimiento o la apertura del juicio correspondería a la Audiencia Provincial.

b) El Juzgado puede sobreseer y entender que los hechos son constitutivos de falta (art. 639), con las correspondientes consecuencias sobre la competencia.

c) Al resolver la apertura del juicio, el Juez de Instrucción señalará «el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa, cuando alguna de las partes solicite que el hecho sea enjuiciado por la Audiencia» (art. 790.6, IV).

Partiendo de que la designación del órgano competente debe hacerse en todo caso, no sólo en el que dice la disposición citada, la cuestión es en atención a qué debe hacer el Juez esa designación.

Las posturas doctrinales están divididas. La FGE entiende que si todas las acusaciones están conformes sobre la competencia de un órgano determinado, el Juez está vinculado a designar a ese órgano; en otro caso, resolverá sobre la competencia de acuerdo con las normas que la regulan (CFGE 1/1989, p. 54). VARELA, atendiendo —dice— a la analogía con el art. 793.8, opina que el Juez ha de resolver vinculado por la acusación más grave (VARELA, *Investigación*, p. 169). ESCUSOL, que sostiene, en principio, esa misma opinión, hace inmediatamente la salvedad de que la acusación más grave «sea incongruente y proceda, realmente,

que el hecho sea enjuiciado por el Juzgado de lo Penal» (ESCUSOL, *El proceso*, pp. 167-168).

A mi juicio, en primer término, debe advertirse que la calificación jurídica sostenida en las acusaciones puede condicionar la resolución sobre la competencia, pero ésta no depende de una petición de los acusadores estrictamente referida a la competencia, de modo que si esta petición es incoherente con la calificación hecha, sobre la competencia se resolverá atendiendo a la calificación.

El art. 790.6, IV, con su defectuosa expresión, quiere establecer una vinculación: si todos los acusadores califican los hechos como delitos de competencia del Juzgado de lo Penal, el Juez de Instrucción deberá señalar a ese órgano como competente. Con ello el tema de la competencia objetiva no queda definitivamente cerrado, como inmediatamente recuerda el propio art. 790, 7, III.

También es segura la solución para el supuesto de que unos acusadores califiquen como delito de competencia del Juzgado y otros como delito de competencia de la Audiencia: el Juez resolverá atendiendo a la calificación que estime más correcta en función de los hechos por los que se acusa, y, si hubiera también divergencia en cuanto a los hechos, en función de los que estime acreditados por el resultado de la investigación.

Más problemática es la solución si todos los acusadores califican los hechos como delitos de competencia de la Audiencia. Hay una cierta contradicción entre el art. 790.6, IV —que, tanto en el texto del proyecto, como en el definitivo, parece querer someter la atribución de competencia a la Audiencia a un especial control— y el art. 793.8 —que podría aplicarse por analogía, con el resultado de vincular a atribuir la competencia a la Audiencia—. Me inclino por la aplicación analógica del art. 793.8 porque, dada la postura de los acusadores, es muy probable que ese precepto deba entrar en juego en su momento, con sus inconvenientes repercusiones sobre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y la economía procesal.

## 2.ª) Después de la apertura del juicio oral

Si, una vez abierto el juicio oral, los hechos se reputan sólo constitutivos de falta, o constitutivos de delito de la competencia del Juzgado de lo Penal, el Juzgado de lo Penal y la Audiencia Provincial, en el primer caso, y la Audiencia Provincial, en el segundo caso, no pierden su competencia objetiva. En estos supuestos la competencia para lo más in-

cluye la competencia para lo menos, por una interpretación *a contrario sensu* de los arts. 790.7, III y 793.8 (en el mismo sentido CFGE 1/1989, p. 59; en contra MORENO, *El nuevo proceso*, p. 44).

Si conoce del juicio oral el Juzgado de lo Penal, la ley impone su inhibición en la Audiencia Provincial si todos los acusadores califican los hechos como delitos castigados con pena que excede de la competencia del mismo, mientras que, en defecto de esa unanimidad, deja a juicio del Juez, en atención al resultado de la prueba, la decisión del tema competencial (art. 793.8 en relación con el 790.7, III). El «fuera del supuesto anterior» del art. 793.8, comprende tanto el supuesto de que unos acusadores hubieran sostenido calificación que exceda de la competencia del Juzgado y otros no, como el supuesto de que ninguno la hubiera sostenido, pero el Juzgado la estimara procedente atendido el resultado de la prueba practicada.

Salvo el art. 789.5.3.ª, las normas del proceso abreviado no se refieren expresamente a resoluciones para la determinación concreta de otras competencias objetivas especiales por razón de la materia o de la persona (los arts. 790.6, IV y 7, III y 793.8 sólo contemplan problemas de atribución de la competencia objetiva ordinaria). A mi juicio, en aplicación de las normas generales, los Juzgados de Instrucción y de lo Penal y las Audiencias Provinciales deberán inhibirse en los órganos titulares de esas competencias objetivas especiales si los resultados de la investigación y de la prueba fundan la concurrencia de las mismas.

## V. CUESTIONES DE COMPETENCIA

La determinación concreta de la competencia puede dar lugar a resoluciones divergentes entre los órganos jurisdiccionales, porque varios de ellos sostengan simultáneamente ser competentes para la causa o, del mismo modo, rechacen serlo. El art. 782 establece normas especiales para tramitar y resolver estas divergencias, aplicables en el supuesto de que se esté tramitando procedimiento abreviado. Sólo por simplificación he utilizado en el epígrafe el *nomen iuris* de cuestiones de competencia que, de acuerdo con el art. 52 LOPJ, no correspondería a todas las modalidades de estas divergencias.

a) La regla 1.ª del art. 782 se refiere a las *cuestiones de competencia territorial*, aunque, como luego veremos, también habrá de aplicarse a cuestiones sobre competencia objetiva en algunos supuestos.

En esencia, esta regla viene a generalizar, con alguna modificación,

para todas las etapas del procedimiento, el régimen simplificado de tratamiento de estas cuestiones que el art. 22 establece para las que se planteen en el sumario del proceso ordinario. Con ello no hace más que seguir la que ha sido orientación tradicional para los procedimientos de urgencia desde la primera redacción de LECRIM (GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, p. 508).

Contra lo que a veces se ha sostenido (FERRER MARTIN, *La reforma procesal*, pp. 511-512, y, ya respecto a esta norma del abreviado, PORTERO, *Comentarios*, p. 33), el art. 22 —y el 782. 1.ª en cuanto generalización del mismo, con alguna modificación— no es una norma que precise ser integrada con las que en el libro I, capítulo II de LECRIM regulan, con más detalle, la tramitación de las cuestiones de competencia. Como demostró hace tiempo GÓMEZ ORBANEJA, (*Comentarios*, I, pp. 506-509) el art. 22 regula por sí sólo, dentro de su simplicidad, esa tramitación, con el único complemento de determinados artículos —arts. 25, III, sobre recurso contra el auto de inhibición, 26, sobre legitimación para instar el planteamiento de cuestiones, y los que hacen impugnables los autos que niegan el planteamiento de la cuestión o la resuelven por acuerdo (GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, p. 516)—.

En consecuencia, no forman parte del trámite las audiencias previas del Ministerio Fiscal y de las partes antes de acordar requerir o no de inhibición (art. 34) o acceder o no a ese requerimiento (art. 37); no es necesaria la resolución del órgano requirente prevista en el art. 40 —porque la primera comunicación cruzada ya ha revelado el desacuerdo—. Y todo ello también, en cuanto sea aplicable, respecto a la tramitación de la declinatoria, que, por lo demás, carece de regulación cuando se plantea en fase de instrucción (GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, pp. 565-566).

La tramitación de las cuestiones de competencia se someterá, pues, a ese régimen simplificado, con las modificaciones que introduce el art. 782. 1.ª y otras disposiciones. Concretamente:

1.ª) Antes de resolver la cuestión, el órgano competente para ello según la LOPJ, oirá «in voce» al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, por lo que será necesario que éstas sean emplazadas para ante aquél.

2.ª) La cuestión se resuelve sin ulterior recurso.

3.ª) Para los recursos admisibles contra las resoluciones que accedan o nieguen el planteamiento de la cuestión, dictadas por los Juzgados de Instrucción y de lo Penal, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 787.

4.ª) La declinatoria, en la etapa de juicio oral, no se planteará como artículo de previo pronunciamiento, sino en el incidente inicial de la vista (art. 793.2).

En cuanto al efecto suspensivo o no de la promoción de las cuestiones de competencia, el art. 782. 1.ª, II, reitera en esencia, lo dispuesto en el art. 22, II, para el caso de que se promuevan durante la instrucción: podrán practicarse las diligencias urgentes e indispensables para la comprobación del delito y averiguación e identificación de los responsables.

Sin embargo es más problemático el efecto suspensivo absoluto que, según arts. 24 y 782.1.ª, II, *a contrario sensu*, debe producirse si se promueven después de terminada la instrucción. En el abreviado, a diferencia del ordinario, no existe un punto de referencia tan definido, a estos efectos, como el auto de conclusión del sumario. Cabría pensar que la resolución equiparable, en el abreviado, fuera el auto previsto en arts. 789.5. 4.ª y 790.1, sin que sea óbice para tal equiparación la posibilidad de que se solicite y acuerde la práctica de diligencias complementarias, porque también en el ordinario puede ser revocado el auto de conclusión, sin que por ello deje de entenderse que es ese auto, y no su confirmación, el que señala el límite a efectos del art. 24 (GÓMEZ ORBANEJA, *Comentarios*, I, p. 491). A partir del auto del art. 790.1 el efecto suspensivo será absoluto, aunque si la promoción de la cuestión se produjera cuando ya se hubieran propuesto diligencias complementarias, debería entrar nuevamente en juego el art. 782. 1.ª, II.

b) Las reglas 2.ª y 3.ª del art. 782 se refieren a las divergencias sobre competencia objetiva (entre tribunales ordinarios) y sobre competencia funcional, y establecen un régimen que responde a la misma *ratio* que el art. 21 LECRIM y el art. 52 LOPJ.

Si la divergencia sobre competencia objetiva está combinada con una cuestión de competencia territorial, este régimen no es aplicable, porque las Audiencias no son «respectivas» de los Juzgados, ni los órganos afectados están «subordinados entre sí». Tampoco es aplicable a las divergencias sobre competencia objetiva estrictamente, entre, de un lado, la Audiencia Nacional y los Juzgados Centrales, y, de otro, los Juzgados de Instrucción, de lo Penal, Audiencias Provinciales y Salas de lo Penal de Tribunales Superiores de Justicia, porque entre aquéllos y éstos no existe ninguna vinculación en la estructura de la organización judicial. En ambos casos se aplica el régimen de las cuestiones de competencia.

BIBLIOGRAFIA CITADA

- DEL MORAL GARCÍA, A., *Delitos de injuria y calumnia: Régimen procesal*, Madrid, 1990.
- ESCUSOL BARRA, E., *El proceso penal por delitos: Estudio sistemático del procedimiento abreviado*, Madrid, 1990.
- FERRER MARTÍN, D., *La reforma procesal penal de la Ley 3/1967, de 8 de abril*, Pretor, 1968.
- GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Barcelona, 1947.
- MORENO CATENA, V., *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la Ley Orgánica 7/1988*, con ALMAGRO, J., CORTES, V., GIMENO, V., Valencia, 1989.
- ORTELLS RAMOS, M., *El nuevo procedimiento penal abreviado: Aspectos fundamentales*, en Justicia, 1989-III.
- ORTELLS RAMOS, M., *La adecuación del procedimiento en el proceso abreviado*, pendiente de publicación en la Revista de Derecho Procesal.
- PORTERO, L., REIG, J.V., MARCHENA, M., *Comentarios de la reforma procesal penal de la Ley orgánica 7/1988 (Procedimiento abreviado)*, s.f.
- VARELA CASTRO, L., *Ambito del procedimiento y normas de competencia*, en «La reforma del proceso penal», Madrid 1990.
- VARELA CASTRO, L., *Investigación y preparación del juicio oral*, en «La reforma del proceso penal», Madrid, 1990.

PROCESO PENAL Y DOBLE INSTANCIA

CORAL ARANGÜENA FANEGO  
 Prof.<sup>a</sup> Titular de Derecho Procesal  
 Universidad de Valladolid

SUMARIO:

I. Introducción. — II. Evolución histórico-legislativa del principio de doble instancia. — III. El principio de doble instancia en la legislación vigente: 1. Planteamiento asimétrico de la LECrim.; 2. Exigencia del doble grado de jurisdicción en la Constitución Española y Tratados Internacionales. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional; 3. Conclusión provisional: afirmada generalización de la doble instancia. — IV. Otras razones que justifican la doble instancia. — V. Objeciones a la generalización de la doble instancia. — VI. Propuestas de *lege ferenda*.

I. INTRODUCCIÓN

Se han cumplido ya más de cien años de vigencia de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Nuestro Texto procesal penal desde su promulgación fue considerado como uno de los más progresistas y perfectos del momento y lo cierto de sus virtudes se demostró, entre otros extremos, en su dilatada vigencia en el tiempo. Sin embargo, el paso de los años ha hecho que esta Ley decimonónica haya quedado, como no podía ser menos, obsoleta en aspectos tan importantes como: sistema de medidas cautelares, protección a la víctima del delito, paradójicamente la gran olvidada de

nuestro proceso penal, insuficiente e inadecuada respuesta a las nuevas formas de criminalidad y un largo etcétera de carencias en las más diversas materias, que reclaman una total revisión de nuestro ordenamiento procesal penal. Pero sin duda alguna, una de las principales causas que requieren la aludida revisión de nuestra vieja LECrim., es su necesaria adecuación a las exigencias dimanantes de la promulgación en 1978 de nuestra Constitución, que en la materia que nos ocupa ha significado la implantación de una nueva filosofía, de un nuevo sistema de valores y principios que en ciertos aspectos se revelan discordantes o, cuando menos, se muestran ausentes en el modelo procesal instaurado en 1882. Intimamente unido a esta circunstancia se añade el hecho de que, conforme preceptúa nuestra Carta Magna —art. 10.2—, las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España. Ni que decir tiene que el proceso penal, en cuanto puede afectar del modo más incisivo a los citados derechos básicos, ha de adecuarse estrictamente a tales Tratados, entre los que destacan el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, fechado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966<sup>1</sup> y la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, aprobada en Roma el 4 de noviembre de 1966<sup>2</sup>, interpretada esta última mediante una abundante jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

Es en este marco de exigida y total<sup>3</sup> reforma de nuestra legislación

1. Ratificado por España mediante Instrumento de 27-4-1977 (BOE del 30 del año y mes citados).

2. Convenio al cual se han añadido diversos Protocolos Adicionales entre los cuales se debe tener presente el número 7 en cuanto directamente aplicable al tema que nos ocupa. Más adelante tendremos ocasión de analizar el alcance del citado Protocolo.

3. Debe prescindirse del usual recurso a una política de «parcheos» (política que, como afirma VÁZQUEZ SOTELO, J.L. —«Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal», en *Crisis de la Justicia y reformas procesales, I Congreso de Derecho procesal de Castilla y León*, Madrid, 1988, p. 371—, es precisamente la que se ha seguido en este siglo) cuyos evidentes negativos resultados eximen de una crítica en este momento. Baste citar como más significativas la desafortunada Ley 3/1967, de 8 de abril, que dio nueva redacción al Título III del Libro IV de la LECrim. y la L.O. 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, carentes ambas en la actualidad de vigencia. Pero tampoco podemos aplaudir algunas de las últimas reformas pretendidamente adecuadas a las exigencias constitucionales, tales como la reforma de la casación penal por Ley 21/1988, de 19 de julio, o la introducción del procedimiento abreviado por Ley 7/1988, de 28 de diciembre, cuya armonía con los principios de oralidad, publicidad y, en definitiva, con el principio constitucional del debido proceso con todas las garantías, resulta ciertamente discutible.

procesal penal, aún en fase de realización —ante la postura de modificaciones parciales asumida hasta ahora— donde se encuadra el tema sobre el que nos vamos a ocupar y respecto al cual en los últimos tiempos se están alzando voces por parte de nuestra más autorizada doctrina: la generalización de la doble instancia en el proceso penal.

Ni que decir tiene que aunque frecuentemente se habla de manera indiferenciada y como si fueran la misma institución de apelación y segunda instancia, una y otra no son en modo alguno identificables. Como es sabido, la distinción entre ambas depende de la diversa naturaleza de las resoluciones impugnadas<sup>4</sup>, y así de segunda instancia puede hablarse únicamente para aludir a la nueva fase del proceso de declaración que se realiza ante un órgano jurisdiccional de grado superior y que se abre mediante el recurso de apelación contra la sentencia final de primer grado. Sin embargo, el recurso de apelación es admisible también contra resoluciones distintas, hipótesis en que es impensable la apertura de una segunda instancia. Sentada esta premisa, reiteramos que nuestra intención es circunscribirnos estrictamente a la doble instancia procesal penal, y no, directamente, al recurso de apelación.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICO-LEGISLATIVA DEL PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA

Abordar el tema de la conveniencia o no de generalizar en nuestro proceso penal la doble instancia, exige analizar, siquiera sea brevemente, el decurso histórico-legislativo en esta materia, a fin de arrojar luz sobre las razones que en un determinado momento aconsejaron la implantación de un modelo procesal de instancia única y que, en otro, propiciaron la introducción de determinados tipos de procesos con doble instancia.

Podría decirse que el principio de instancia única ha venido desde la antigüedad a constituir la regla en las causas criminales. La sentencia penal en atención tal vez a su clara incidencia en el orden público, no participó desde un principio de la apelabilidad de que en general podría decirse que gozaba la sentencia civil.

En el Derecho romano dos textos fundamentales, Códex y Digesto, habían establecido una serie de restricciones en orden a la apelación de sentencias que hubieren recaído en causas por delitos particularmente

4. Así ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional*, con MONTERO AROCA, J., y GÓMEZ COLOMER, J.L., t. II, vol. 1.º, 3.ª ed., Barcelona, 1993, pp. 379 y 380.

graves. Así el Códex<sup>5</sup> negaba la apelación en los casos de delitos de homicidio, adulterio, envenenamiento, brujería y violencia manifiesta, siempre que hubiesen sido debidamente probados y confesados por el reo. Por su parte el Digesto<sup>6</sup> impedía respecto de otros (sedición y robo manifiesto) la posibilidad de admitir en doble efecto la apelación que contra ellos procediera.

Las referidas prohibiciones y limitaciones a la doble instancia no subsistieron como tales en las fuentes de la Alta Edad Media, pero su impronta fue decisiva en cuanto, según nos dice AIKIN ARALUCE, crearon «una presunción negativa en la vida del derecho en contra de las personas involucradas en tales delitos, y la prohibición de apelar tendió a generalizarse para todas las causas criminales»<sup>7</sup>. Muestra de ello lo constituye la interpretación extensiva que de las prohibiciones concretas de las fuentes romanas hicieron los glosadores; desde AZZO se consideró que el reo convicto y confeso no sólo no podía apelar las sentencias que versasen sobre los cinco delitos taxativamente establecidos en el Códex, sino en general la recaída en cualquier otra causa criminal. En los supuestos de sedición y robo a que aludía el Digesto restringiendo a un solo efecto la apelación, tanto por el glosador citado como por PLACENTINO y ACCURSIO se negó absolutamente la posibilidad de apelar siempre que el reo fuese «convicto» aunque no hubiere confesado su culpa.

Esta tendencia contraria a la apelación y estas opiniones que restringían considerablemente el principio romano, pasarán a las fuentes bajo medievales plasmándose en aquéllas que todavía no habían registrado el impacto de la Recepción; de este modo el Fuero Real<sup>8</sup> prohibía expresamente y de un modo absoluto la alzada «en pleyto de justicia», matizándose posteriormente en dos Leyes del Estilo que la citada prohibición se refería tan sólo a los pleitos criminales «en que si fueren probados hay muerte o perdimiento de miembro»<sup>9</sup> <sup>10</sup>.

Bajo el reinado del rey Sabio, el Espéculo y las Partidas —y en éstas la Ley XXIII, Título XVI, Partida III— se encargaron de clarificar cuáles eran aquellos crímenes que porque «yerran mucho contra Dios, et

5. Códex, 7, 65, 2.

6. Digesto 49, 1, 16 (texto de Modestino) y D 28, 3, 6, 9 (texto de Ulpiano).

7. AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación en el Derecho Castellano*, Madrid, 1982, p. 83, a la que seguimos especialmente en estas consideraciones.

8. Fuero Real, 2, 15, 1.

9. Leyes del Estilo 101 y 163.

10. Matización ratificada posteriormente por el monarca Alfonso X en una carta dirigida en el año 1269 a los alcaldes y merinos de Burgos.

a nos et contra el pro comunal de los pueblos», estando el reo convicto o confeso, son inapelables<sup>11</sup>; o delitos «tan atroces y enormes, que requieren breve, y exemplar castigo»<sup>12</sup>. El interés público era la razón que justificaba en las causas seguidas por tales hechos la prohibición de apelar la sentencia<sup>13</sup>.

La literatura jurídica entendió que la citada Ley de Partidas derogaba los textos del Fuero real y Leyes del Estilo que proclamaban con carácter general la inapelabilidad de las sentencias en materia criminal, con lo que pasaba a constituir regla su apelabilidad, sólo quebraba en aquellos casos específicamente enumerados por la Partida tercera. Se entra de este modo en un clima favorable a la generalización de la doble instancia también en las causas criminales, propiciado en todo caso por el nuevo proceso penal inquisitivo<sup>14</sup>, caracterizado, entre otros aspectos, por la escritura, el secreto y la prueba legal. El principio de la instancia única en el orden criminal pasará a ser considerado por los autores del Renacimiento como atentatorio contra las más básicas ideas humanitarias y lógicas; así, para BONIFACIO, la prohibición de apelar las sentencias penales atentaba directamente contra Dios y contra la razón; contra Dios por cuanto podía dar lugar al castigo de inocentes, y contra la razón, porque resultaba incoherente que las causas civiles de cuantías insignificantes admitiesen apelación, y sin embargo aquellas en que la integridad y la vida humana estaban en juego, no fuesen apelables<sup>15</sup>.

No se piense, sin embargo, que esta nueva conquista de la apelación no estaba sometida a algún tipo de restricciones. En primer lugar y siguiendo la norma elaborada por la glosa a partir de una hermeneusis ex-

11. «Ladrones consorcios, et revolvedores de los pueblos, et los cabdillos o mayorales dellos en aquellos malos bollicios, et los forzadores de las virgenes, o de las vidadas o de las otras mugeres religiosas, et los falsadores de oro, o de plata, o de moneda o de sello de rey, et los que matan a yerbas, o a traycion o aveve...» (Texto de Partidas 3, 23, 16 y, en términos prácticamente iguales Espéculo 5, 14, 11).

12. Así, CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...*, T. 2, lib. 5, cap. 3, p. 648.

13. Así lo entendió la literatura jurídica posterior; vid., en este sentido MONTALVO en glosas al Fuero Real 2, 15, 1.

14. Que ya estaba en el siglo XV plenamente asentado en Castilla. Su penetración sustituyendo al acusatorio, dominante en el Derecho local altomedieval se debió a la influencia del Derecho romano canónico de la Recepción bajomedieval y, en concreto, al procedimiento penal canónico. Serían principalmente las Leyes de la Partida tercera y otros textos alfonsinos el vehículo a través del cual el proceso penal inquisitivo arraigaría en el derecho castellano leonés.

15. BONIFACIO, Glosas a Peregrina, fo. 41, cit. por AIKIN ARALUCE, S., *El recurso de apelación...*, op. cit., p. 56.

tensiva del Códex<sup>16</sup>, se prohibía apelar en cualquier caso al reo «convicto y confeso» si bien tratándose de los crímenes «atrozes» a que aludía la Partida tercera era suficiente con uno de los dos referidos elementos, esto es, ya la prueba cierta, ya la confesión, para que operara el referido veto. En segundo lugar, la Partida Séptima<sup>17</sup> limitaba la apelación a un sólo efecto cuando los delitos fueran de los que por su frecuencia en algún territorio determinado, atentaran contra el mantenimiento de la paz y el orden y por lo tanto respecto de los que era conveniente la ejecución inmediata de las sentencias, *sin embargo de apelación*, «para (su) escarmiento y aversión»<sup>18</sup>. Esta orientación va a ser acogida en la legislación posterior<sup>19</sup> promulgada por los Reyes Católicos<sup>20</sup>, Felipe II<sup>21</sup> o Felipe IV<sup>22</sup>, para intentar detener la producción de desórdenes públicos, perviviendo pues durante largos años un clima hostil en general a cualquier dilación en la ejecución de las penas, al menos tratándose de reos de delitos frecuentes<sup>23</sup>.

Sólo con la Constitución de Cádiz de 1812 se consagrarán las debi-

16. Códex 7, 65, 2, que negaba la apelación en supuestos concretos (recordemos: homicidio, adulterio, envenenamiento, brujería y violencia manifiesta, siempre que hubiesen sido debidamente probados y confesados por el reo).

17. Partidas, 7, 31, 8.

18. CASTILLO DE BOVADILLA, *Política...*, op. cit., T. 2, lib. 5, cap. 3, n.º 84, p. 648 («para el escarmiento y aversión de aquel delito»).

19. Como señala TOMÁS Y VALIENTE, F., *El derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVIII)*, Madrid 1969, p. 156, los textos de Partidas y del Fuero Real fueron completados en siglos posteriores por algunas leyes reales, pero en conjunto los reyes se limitaron casi exclusivamente a beneficiarse del tratamiento que el proceso penal como proceso de oficio e inquisitivo alcanzó en aquellos cuerpos legales alfonsinos.

20. Así éstos en las Cortes de Madrigal de 1476, ante el alarmante estado de inseguridad que reinaba en Castilla, dispusieron que una serie de delitos, especialmente los de «salteamientos de caminos e robos de bienes muebles e semovientes... y quema de casas e vynnas e mieses», debían ser juzgados por un procedimiento sumario, admitiéndose en su caso la apelación únicamente en el efecto devolutivo.

21. Una Pragmática de este monarca otorgada en Madrid con fecha 3 de mayo de 1566 sobre vagabundos, ladrones, blasfemos, rufianes, testigos falsos y bígamos, establecía la ejecutabilidad inmediata de las sentencias recaídas en las causas seguidas contra tales delincuentes.

22. De este modo y en una Pragmática en 1663 por el referido monarca, se disponía la ejecutabilidad inmediata de las sentencias dictadas contra «salteadores de caminos».

23. Así se evidencia, por ejemplo, en las quejas formuladas al Rey por los Procuradores de las Cortes de 1576 en orden a que los Jueces castigaban y ejecutaban sus sentencias, incluso las condenatorias a muerte, negando a los culpados la apelación; grave culpa en la que incurrieron especialmente los jueces perquisidores y de comisión, contraviniendo las leyes del reino a este respecto. «Con lo cual viene a quedar en sólo el arbitrio y parecer de un hombre, y éste apasionado, las vidas y honras de los súbditos de Vuestra Magestad» (cit. por TOMÁS Y VALIENTE, F., *El proceso penal...*, cit., p. 154).

das garantías procesales en favor del reo, siendo significativo por ejemplo que el Reglamento Provisional de 1835 previera un procedimiento de revisión automática por la Audiencia superior en las causas por delito a que por la Ley estuviera señalada pena corporal<sup>24</sup>. La Norma Fundamental de 1812 supuso el «cauce por donde había de avanzar, lenta y trabajosamente, hasta 1882, la reforma del proceso criminal»<sup>25</sup>, y bajo cuyo influjo se llegó a una consolidación legislativa que culminó en dos señalados Textos: la Ley Provisional sobre organización del Poder Judicial de 1870 y la Ley de Enjuiciamiento criminal de 1872.

De ambos cuerpos legislativos arrancará la consagración legal de una sentida aspiración doctrinal y social: el juicio oral y público en única instancia por delitos, más tarde refrendada solemnemente con la vigente de 1882, específicamente orientada a sentar las bases de la posterior Ley del Jurado de 1888<sup>26</sup> y que supuso el definitivo paso de un proceso penal inquisitivo —aún subsistente en los textos legales de principios del XIX— a un proceso penal mixto o acusatorio formal, según el modelo francés del *Code d'instruction criminelle* de 1808.

Nuestro legislador de finales del siglo XIX plasmó su convicción de que la segunda instancia en el proceso penal constituía un atentado contra los principios de oralidad e inmediación, y contra la libre apreciación en conciencia de la prueba por el Tribunal, siguiendo además en este punto la línea adoptada por diversos países europeos donde la instancia única encontraba su razón de ser en la instauración del jurado.

Fiel reflejo de lo dicho puede encontrarse en la Exposición de Motivos de la Ley Provisional sobre Organización del Poder Judicial de 1870, en la que se consigna literalmente que «con el sistema oral solemne no cabe más de una instancia, porque el juicio no puede repetirse dos veces: los interrogatorios, los contrainterrogatorios, los debates, los acci-

24. Así lo disponía el art. 51.14 del Reglamento provisional de 1835 al determinar que tales sentencias penales, después de notificadas a las partes, apeladas o no se remitirán desde luego los autos originales a la Audiencia del territorio con previa citación y emplazamiento de las partes.

25. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, T. I, Barcelona, 1947, p. XXI. Entre sus preceptos destacan los arts. 242 y 243, que contemplaban la atribución exclusiva de la función jurisdiccional a los jueces y tribunales, el 244 que proclamaba la legalidad del proceso y el 247 que declaraba la garantía institucional del juez competente, los arts. 248 a 250 en los que establecía la unidad del fuero, los arts. 303 y 291 en los que, respectivamente, se suprimía en las causas criminales el uso del tormento y de los apremios, y el juramento del inculcado, proclamando en el art. 302 la publicidad del proceso a partir del momento del interrogatorio del reo.

26. GARCÍA PÉREZ, J.J., «Proceso penal y doble instancia», en *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Madrid, 1989, p. 649.

dentes de la discusión oral, los dichos de los testigos y las manifestaciones de los reos, cuantas veces repitiesen darían resultados diferentes. La espontaneidad de la primera vista desaparecería en las sucesivas, y la compasión de unos, la mala voluntad de otros, la cábala, todos los medios, en fin, que la malicia puede sugerir después de conocidos los puntos vulnerables de un procedimiento se pondrían en juego para que el juicio diera un resultado distinto, fuera imposible reproducirle en los mismos términos, y el segundo juicio vendría a ser la falsificación del primero. Así, la segunda instancia no es aplicable al juicio oral, y el legislador que le acepte debe aceptarle con todas sus consecuencias, siendo ésta la razón porque todos los proyectos presentados por el Gobierno a las Cortes en los últimos diez años tienen por base el juicio oral y público y la única instancia. Esta reforma estimulará a los Jueces para que no abandonen a sus auxiliares el examen de testigos y la práctica de otras diligencias del sumario; obligándoles a dirigir exclusivamente los procesos, contribuirán a moralizar a los testigos y saldrán al encuentro de las malas artes que pudieran emplear los que no tienen una responsabilidad directa en lo que ejecutan a nombre de otros. (...) Por otra parte, la forma del juicio oral y público y de la única instancia será siempre de necesidad absoluta e indispensable cuando el Jurado intervenga, pues el juicio escrito es de todo punto incompatible con esta nueva institución.»

A su vez, la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882, una vez subsanados los problemas de tipo orgánico que a la promulgación de la de Organización del Poder Judicial de 1870 habían surgido, aceptó en su integridad los planteamientos acuñados por ésta última, en plena concordancia con la Adicional a la Orgánica de 1882<sup>27</sup>. De este modo, en su conocida Exposición de Motivos alude expresamente a que la sustitución de los dos grados de jurisdicción por la instancia única, era una de las reformas indispensables para la implantación de «un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantías de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio para la realización de dos fines a cual más importantes: uno, que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del verdadero delincuente; y otro, que la pena siga de cerca a la culpa para su debida eficacia y ejemplariedad».

27. Vid. sobre los problemas orgánicos a que hacemos mención resultantes genéricamente de que los planteamientos de la Ley de 1870 dependían del establecimiento de un orden de tribunales que no existiría hasta la Ley adicional de 1882, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, I, cit., pp. XXII y ss.

En definitiva, la lectura de ambos Preámbulos no hace sino poner de manifiesto que la única instancia aparecía en los últimos decenios del siglo XIX como un principio de indispensable acogida para hacer realidad los de publicidad, oralidad, intermediación, libre valoración de la prueba por el Tribunal colegiado y participación popular en la justicia mediante el Jurado, pilares todos ellos básicos del nuevo sistema acusatorio formal rector del proceso penal consagrado por las nuevas leyes.

Cabría así concluir que el dogma de la única instancia se presentaba en tales momentos<sup>28</sup> como «indiscutible e indiscutido»<sup>29</sup>, al menos por lo que al proceso por delitos se refiere, ya que las faltas eran, por contra, enjuiciadas en una doble instancia. Si bien pudiera parecer paradójico reservar esta última para las contravenciones, la regulación se consideraba plenamente justificada, según se ha dicho por FENECH, por venir atribuida la competencia para decidir en primera instancia a los Jueces municipales, comarcales y de Paz, o sea a los estratos inferiores de la Administración de Justicia, por lo que no era extraño que se previera la posibilidad de revisión por un Juez superior<sup>30</sup>. En la desconfianza frente a una Justicia lega, y en el carácter marcadamente inquisitivo que presentaba el juicio de faltas<sup>31</sup>, pueden estar las razones de ser de esta diversidad existente en el sistema de recursos.

Tendrá que pasar más de medio siglo para que tal estado de cosas sufriera modificaciones de importancia, siendo la década de los sesenta la que marca históricamente el principio del agotamiento de la vieja Ley, al revelarse insuficiente para responder a nuevos fenómenos delictivos que habían surgido en esta etapa de desarrollismo económico y de grandes movimientos migratorios. En este contexto aparece la Ley del Auto-

28. A salvo el paréntesis marcado por la Compilación General de 1879, en cuyos artículos 848 y 852 admitía la posibilidad de una especie de doble instancia «sui generis» en las causas por delitos.

29. GARCÍA PÉREZ, J.J., «Proceso penal y doble instancia», *op. cit.*, p. 651.

30. FENECH NAVARRO, M., «Principios sobre organización judicial española», en *Estudios de Derecho Procesal* con CARRERAS LLANSANA, J., Barcelona, 1962, p. 139.

31. Carácter éste que se desprendía de diversos preceptos reguladores de este juicio, cuya adecuada y actual lectura en armonía con la C.E. de 1978 había sido precisada por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias, entre las que destacan la 54/1985, 84/1985, 41/1986, 104/1986, 163/1986, 57/1987, 17/1988, 240/1988, 53/1989, 196/1989, 168/1990, 47/1991 y 89/1991. Desgraciadamente el legislador penal no sólo ha desaprovechado la reforma de la LECrim. llevada a cabo por la ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal para desterrar de la regulación del juicio de faltas los vestigios inquisitorios, sino que ha agravado el problema con la redacción dada al art. 969.III, precepto que puede calificarse de inconstitucional por vulnerar claramente el principio acusatorio.

móvil de 24 de diciembre de 1962<sup>32</sup>, cuyo título II contenía disposiciones procesales que instauraban un procedimiento especial para el enjuiciamiento de las infracciones de tráfico, procedimiento en numerosos aspectos disonante con la filosofía de la LECrim. Uno de ellos sería precisamente la introducción de la doble instancia en el enjuiciamiento de los delitos menores, cuyo conocimiento y fallo resultaba reservado para el Magistrado de lo Penal<sup>33</sup>, eliminándose al mismo tiempo la casación para este tipo de infracciones delictivas<sup>34</sup>.

La implantación del sistema de doble instancia para las causas por delitos menores se vería posteriormente confirmada con la reforma llevada a cabo en la LECrim. por Ley de 8 de abril de 1967 —con antecedente en la de 8 de junio de 1957, modificada en 1959, sobre procedimiento en flagrante delito. Así, junto al procedimiento de urgencia de única instancia aplicable a los delitos graves, el legislador de 1967 introdujo otro de doble instancia, atribuido a los Juzgados de instrucción<sup>35</sup>, vetado su acceso a la casación. El art. 792 según la nueva redacción dada por esta Ley de 1967, regulaba un generoso recurso de apelación contra las sentencias de aquellos Jueces unipersonales, fundamentalmente atribuido a las Audiencias Provinciales. Sin entrar en el análisis de la citada Ley, por ser sobradamente conocidos tanto su alcance y efectos

32. Dicha Ley sobre uso y circulación de vehículos de motor de 1962, será inmediata a las leyes de 8 de junio de 1957 y 30 de julio de 1959, que habían instaurado en nuestra LECrim. el procedimiento de urgencia.

33. Determina el art. 27 las normas de reparto de la competencia entre Magistrados de lo Penal y Tribunal Colegiado, reservando a estos últimos el enjuiciamiento de las causas en que la acusación lo fuera por delito castigado con pena de privación de libertad superior a arresto mayor, o cuando los daños hubieran sido tasados en más de 500.000 pesetas.

34. Disponía el art. 33 de esta Ley que «contra las sentencias que dicte el magistrado de lo penal cabrá, dentro de los cinco días siguientes a la notificación, el recurso de apelación ante el Tribunal colegiado, sin que aquel magistrado pueda formar parte del mismo. Cuando la apelación verse sobre infracción de normas procesales o denegación de prueba que positivamente hayan producido indefensión, el Tribunal dejará sin efecto la sentencia y mandará reponer las actuaciones al estado en que se cometió la infracción. El Tribunal sólo accederá a las pruebas que no hubieren podido practicar por causa no imputable a quien las solicita y fueran necesarias para formar juicio. El plazo que se señala para la preparación y práctica de las pruebas admitidas no excederá de diez días. Contra las sentencias dictadas no se dará recurso alguno». Para el análisis de esta Ley de 1962, consúltese PASTOR LÓPEZ, M., «El proceso penal especial de la Ley del Automóvil: Examen crítico», en *R.D.Proc.*, 1.ª época, 1966, n.º 3, pp. 101 y ss.; PÉRA VERDAGUER, F., *La Ley del Automóvil (de 24 de diciembre de 1962)*, Barcelona, 1963.

35. Sobre este procedimiento, vid. por todos, PEDRAZ PENALVA, E., «En torno al procedimiento de urgencia: especial consideración del atribuido a los Juzgados de Instrucción», en *R.D.Proc.Ib.*, 1980, núms. 2-3, pp. 443 y ss. y 509 y ss., respectivamente.

como incluso sus merecidas y generalizadas críticas<sup>36</sup>, bástenos ahora con destacar que tales críticas no recayeron significativamente sobre el punto de la doble instancia que en el *sumarísimo* de urgencia se admitía. Razones de eficacia, celeridad y justicia material parecían disculpar tal separación y contradicción con el espíritu que en esta materia informaba inicialmente a la LECrim.; en otras palabras, la rapidez perseguida en este nuevo procedimiento, en comparación al ordinario por delitos, se traducía en una merma de garantías y en una limitación de determinados derechos que hacían ineludible la instauración de un recurso ordinario contra las sentencias recaídas en estos juicios. El dogma de la única instancia en las causas por delitos, había dejado de ser en cuanto tal «indiscutible e indiscutido» del modo en que, como vimos, lo fue a fines del pasado siglo. Corrobora esta idea recordar que un amplio sector de la doctrina procesal reunida en Sevilla en marzo de 1965, se había pronunciado en favor de un proceso penal para el enjuiciamiento de los delitos de pequeña entidad informado por el principio de doble instancia, propugnando asimismo la instauración de un recurso de apelación contra las sentencias dictadas por la Audiencia Provincial en las demás causas por delito ante una Sala de la Audiencia Territorial<sup>37</sup>.

Trece años más tarde, vigente ya la Constitución de 1978, la promulgación de la L.O. 10/1980, de 11 de noviembre, introduce un nuevo y aún más rápido procedimiento en doble instancia<sup>38</sup> para el enjuicia-

36. Vid., además de la obra reseñada en la cita anterior de PEDRAZ PENALVA, ALMAGRO NOSETE, J., «Sobre la naturaleza del nuevo proceso penal», Separata de *Anales de la Universidad Hispalense*, vol. XXVIII, Sevilla, 1968, pp. 1 y ss.; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., «El derecho procesal en la hora presente», en *R.D.Proc.Ib.*, 1977, núm. 2-3, pp. 553 y ss.; PASTOR LÓPEZ, M., «La reforma procesal penal de la Ley de 8 de abril de 1967», en *R.D.Proc.*, 1.ª época, 1976, n.º 4, pp. 123 y ss.

37. Consúltense los Acuerdos en orden a la reforma del sistema procesal y legislación orgánica en la *R.D.Proc.*, 1.ª época, 1965, n.º 2, pp. 21 y ss. El citado rezaba expresamente lo siguiente: «introducción de un proceso penal para delitos de pequeña entidad, a cargo de un juez penal, con un proceso simplificado y recurso de apelación ante la Sala de la Audiencia Provincial. El proceso penal para los demás delitos, se deberá atribuir en su parte instructora al mismo juez penal, y el debate y la sentencia a la Sala de la Audiencia Provincial, interesándose la creación de un recurso de apelación contra las sentencias que ésta dicte, ante una Sala de la Audiencia Territorial... La base del recurso de apelación antes citado se hallaría en la exacta documentación de todo lo ocurrido en el juicio oral de la primera instancia, registrado con la introducción de los más modernos medios técnicos para ello».

38. Era el art. 11.1 de dicha L.O. el que regulaba sucintamente el recurso de apelación procedente contra la sentencia dictada en primera instancia por el Juez de instrucción (sin posible recurso de casación posterior), declarando su carácter preferente y remitiendo a las reglas del art. 792, es decir, a las reglas reguladoras del recurso de

miento de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, con lo cual se venía a ratificar la línea trazada con la legislación de 1967, siguiendo en este punto las pautas fijadas en ordenamientos procesales penales de países como Alemania, Francia o Italia.

Sabido es que la L.O. 10/1980, vino a incurrir en los mismos defectos que su antecesora de 1967, singularmente en la confusión de funciones instructorias y decisorias en un mismo Organismo jurisdiccional<sup>39</sup>. Sería ésta precisamente la causa determinante de la declaración de inconstitucionalidad de la citada norma postconstitucional, llevada a cabo por nuestro Juez de las Leyes en su esperada<sup>40</sup> y decisiva sentencia 145/1988, de 12 de julio, ya anunciada un año antes en la número 113/87, de 3 de julio.

Finalmente, y tras la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal operada por la Ley 7/1988, de 28 de diciembre, que marcó la desaparición de los procesos de urgencia y del enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, y la introducción del denominado proceso penal abreviado, la doble instancia se mantiene hoy en el marco de este nuevo procedimiento para el enjuiciamiento de los incorrectamente llamados delitos «menos graves», esto es, de los genéricamente sancionados con pena privativa de libertad no superior a seis años.

Del examen de las disposiciones legales citadas, puede advertirse el «cambio copernicano»<sup>41</sup> experimentado por nuestro ordenamiento positi-

---

apelación contra las sentencias dictadas por los Jueces de instrucción en el *sumarísimo de urgencia*. Sobre este recurso, así como sobre otros aspectos de la L.O. en cuestión, vid. ORTELLS RAMOS, M., «El proceso penal de la Ley Orgánica 10/80, de 11 de noviembre», en *Justicia* 84, n.º 4, pp. 777 y ss.; PUEBLA POVEDANO, A., *Procedimiento de la L.O. 10/80, para el enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes*, Madrid, 1982.

39. Esta inadecuación constitucional, unida a su falta de técnica y principios, así como a su carácter asistemático, hicieron que sobre ella llovieran los calificativos de «aberrante», «lamentable», o el que emplea VÁZQUEZ SOTELO, de «engendro procesal» (en su artículo «Crisis de la Justicia y reforma del proceso penal», *op. cit.*, p. 362).

40. Toda vez que la inconstitucionalidad de los preceptos en cuestión, por su gravísima vulneración del sistema acusatorio, había sido prevista ya con bastante antelación por la práctica generalidad de nuestra doctrina procesal. Fiel muestra de ello lo constituyen las «Conclusiones aprobadas en las III Jornadas de Profesores de Derecho Procesal celebradas en Valladolid en mayo de 1967», y publicadas en la *R.D.Proc.*, 1.ª época, 1967, n.º IV, pp. 7 a 12, en las que se solicitaba que se reconsiderara la posibilidad de dejar sin vigencia la reforma promulgada por Ley de 8 de abril de 1967, y también puede consultarse MARTÍN-GRANIZO FERNÁNDEZ, M., «Notas sobre la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de octubre de 1984 («De Cubber»)», en *P.J.*, 1986, n.º 4, pp. 85 y ss.

41. La expresión es de APARICIO CALVO-RUBIO, J., «Protección constitucional del

vo en la materia que nos ocupa, que tomando como punto de partida el sistema de la instancia única en el enjuiciamiento de las causas por delito de nuestra LECrim., tal y como fue concebida en 1882, ha llegado a la forzada inserción de la doble instancia tras las sucesivas reformas de 1967, 1980 y la vigente de 1988 con las matizaciones introducidas en 1992, con la implantación generalizada del recurso de apelación, a la manera que es tradicional en el panorama comparado europeo, si bien reservado a los que pudieran calificarse de delitos menos graves. Ciertamente, si se observa el ámbito de aplicación que tenía el procedimiento sumarísimo de urgencia y el de la L.O. 10/1980, atribuidos ambos a los Juzgados de instrucción, y el que hoy tiene el procedimiento abreviado cuando para su enjuiciamiento resultan competentes los Juzgados de lo Penal, no es aventurado mantener que la doble instancia, desde hace años, ha pasado a ser lo más habitual en el proceso penal<sup>42</sup>.

### III. EL PRINCIPIO DE DOBLE INSTANCIA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Llegados a este punto de nuestra exposición, es hora de preguntarnos si la opción acogida por nuestro legislador procesal penal en orden al punto de la única/doble instancia, es acertada, constitucionalmente correcta y por tanto acorde con las exigencias del derecho al debido proceso y demás garantías del justiciable, dimanantes de nuestra Carta Magna y de los Convenios Internacionales que obligan a España en tales materias.

#### 1. Planteamiento asimétrico de la LECrim

Una esquemática visión del sistema vigente muestra que la doble instancia se adopta tanto en el enjuiciamiento de las faltas como en el de aquellos delitos calificables de menos graves (genéricamente, aquellos que llevan aparejada pena privativa de libertad no superior a seis años), al disponerse contra las sentencias recaídas en estos procesos el recurso de apelación y estando vedado en ambos casos su acceso a la casación. La única instancia está prevista a su vez, para las causas por delitos graves (genéricamente los castigados con pena privativa de libertad superior a seis

---

derecho al recurso en el proceso penal», en *Revista de Estudios Constitucionales*, 1988, n.º 22, p. 242.

42. Así, FONT SERRA, E., «En torno a la reformatio in peius en el proceso penal. (Estudio de la jurisprudencia constitucional)», en *La Ley* 1989-4, pp. 1.214 y 1.215.

años), así como en las situaciones de aforamientos (de las que más adelante nos ocuparemos con mayor detalle), concediéndose contra las sentencias dictadas en tales procesos eventualmente el recurso de casación.

La consecuencia inmediata extraíble del panorama que acabamos de describir es que si la apelación, recurso que abre la segunda instancia, parece ser el medio que por su carácter ordinario ofrece a las partes mayores garantías o, dicho de otro modo, completa las garantías, en este tenor podríamos decir con el profesor GIMENO que hay una proporción inversa «gravedad del hecho» y «garantías»<sup>43</sup>. A mayor pena, menores garantías en los recursos, puesto que para las superiores a los seis años no está reconocida la apelación. Resulta por ello totalmente acertado el calificativo de «asimétrico» que el Prof. FAIRÉN aplica al reseñado sistema de recursos<sup>44</sup>, y que es el resultado de la coincidencia asistemática de distintos idearios político-legislativos unidos por aluvión<sup>45</sup>. Piénsese que en la originaria concepción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la razón de que la doble instancia tuviera su campo de actuación únicamente en el juicio de faltas y nunca en las causas por delito, se hallaba precisamente en el carácter inquisitorio de aquél por oposición al acusatorio formal que informaba éste. Pero en la actualidad, y si consideramos ¿desterrados?<sup>46</sup> los vestigios inquisitorios del proceso de faltas, por obra de una reiterada jurisprudencia del Constitucional, la única justificación para acoger la doble instancia en aquél y en el abreviado ante el Juez de lo Penal, y no así en los restantes procesos, vendría dada: de un lado, por la minoración de garantías que en ellos se produce, en compensación a la mayor simplicidad y celeridad en su tramitación; de otro lado, por estar encomendados ambos a un Organismo jurisdiccional unipersonal que incluso en el primer caso, puede ser no jurista. Pero con tan desigual criterio normativo adoptado: doble instancia en infracciones menores y única en las más graves, podría decirse que al ofrecer el legislador la doble oportunidad está reconociendo la insuficiencia jurídico-fundamental de la primera instancia —que pretende completar con la segunda—, y asimismo, que

43. GIMENO SENDRA, «El derecho a los recursos y la reforma de la casación penal», en *Constitución y Proceso*, Madrid, 1988, p. 152.

44. FAIRÉN GULLÉN, V., *El razonamiento de los Tribunales de apelación*, Madrid, 1990, p. 22.

45. CORTES DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal. Proceso Penal*, obra colectiva, Valencia, 1993, p. 626.

46. No desconocemos, como ya hemos señalado en otro momento (vid. cita 31), la desafortunada nueva redacción dada al art. 969.III LECrim. por L.10/1992, cuya constitucionalidad resulta más que dudosa por vulnerar el principio acusatorio.

acuciado por una cercana visión de acelerar la justicia confía en que el condenado se aquiete sin acudir a la segunda instancia<sup>47</sup>.

## 2. *Exigencia del doble grado de jurisdicción en la Constitución española y Tratados internacionales. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

El problema básico, como decimos, reside ante todo en determinar si todo este complejo y a la vez ambiguo panorama puede justificarse desde la Primera Norma y Pactos Internacionales aplicables, pese al trato discriminatorio que comporta. En este sentido debemos recordar que según jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva se extiende a que el justiciable pueda utilizar todos los mecanismos procesales que el legislador pone normativamente a su alcance y, en particular, los recursos previstos en la Ley contra las resoluciones judiciales. Examinemos más despacio esta concepción del Constitucional<sup>48</sup>.

El derecho a la tutela judicial efectiva o derecho de acción, entre otros extremos garantiza que reconocida legalmente la previsión de un

47. Deseo que se refleja claramente en el art. 794.2 LECrim., al posibilitar la declaración de firmeza de la sentencia, una vez pronunciada oralmente por el Juez de lo Penal, siempre que las partes y el Fiscal, conocido el fallo, expresen su decisión de no recurrir. No es éste el momento de pronunciarnos sobre las consecuencias de esta previsión del legislador; base señalar que las posibles ventajas «aceleradoras» que pueden derivarse resultan mediatizadas por la necesidad de que el Juez no se limite a pronunciar el fallo sino que en todo caso y según preceptúa la LOPJ —arts. 248.3 y 247— incluya la fundamentación fáctica y jurídica esencial; antecedentes de hecho, hechos probados y razonamiento jurídico de manera aprehensible para las partes. Por otra parte y con PEDRAZ («Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración», en *RGD* 1993, núms. 586-587, pp. 7.259 a 7.261) entendemos que la importancia de ese acto procesal en que la sentencia consiste, aconseja su serena elaboración y pausada lectura y estudio posterior, sin que parezca recomendable —salvo quizá tratándose de infracciones de bagatela— sin ese análisis detallado, decidir en orden a su recurribilidad; todo ello sin olvidar los problemas que pudieran plantearse con las defensas de oficio en aquellos casos en que el letrado tuviere escaso interés por continuar el asunto, de modo que se mostrará proclive a expresar su conformidad con el fallo.

48. Ciertamente y como observa MORENO CATENA (*Introducción al Derecho procesal*, obra colectiva, Valencia, 1993, p. 218), con ello se viene a hacer coincidir el derecho a la tutela judicial efectiva con el ámbito propio del derecho a un proceso con todas las garantías, justificándose la confusión en la norma de cierre que se contiene en el artículo 24.1.º prohibiendo la indefensión. Soslayaremos esta confusión de nuestro Juez de las Leyes que en reiteradas sentencias incluye indiferenciadamente este derecho a los recursos, ora en el marco de la tutela judicial efectiva ora en el derecho al debido proceso.

recurso, su utilización no le sea impedida a nadie, cumpliéndose de este modo el acceso a él<sup>49</sup>.

Punto de partida pues, es que el legislador ordinario puede configurar libremente el sistema de recursos estableciendo los supuestos en que cada uno de ellos procede y los requisitos que han de cumplirse en su formalización<sup>50</sup>, en cualquier caso con observancia del principio de proporcionalidad. Ahora bien, adoptado un determinado régimen de impugnaciones, el derecho reconocido en el art. 24.1.º de la Constitución comprende también el de hacer uso de esos instrumentos procesales, debiendo interpretarse sus normas reguladoras del modo que más favorezca su admisión y sustanciación, pudiendo cuestionarse la legitimidad de los requisitos exigidos por la Ley cuando no guarden proporción con las finalidades perseguidas o entrañen obstáculos excesivos<sup>51</sup>. En esta línea conviene resaltar que en caso de recurso defectuosamente interpuesto ha de darse ocasión para la subsanación del defecto apreciado cuando éste resulte aún reparable, lo cual no depende de la existencia de previsiones legislativas específicas para cada procedimiento, sino del contenido normativo mismo de este art. 24.1 que impone al juzgador «un deber de favorecer la defensa de los derechos e intereses cuya tutela ante él se reclame sin denegar dicha protección mediante la aplicación escasamente reflexiva o desproporcionada de las normas procesales que prevén una resolución de inadmisión o de eficacia equiparable»<sup>52</sup>.

El legislador es pues inicialmente libre para disponer cuál sea en cada proceso el régimen de recursos concreto, siendo en definitiva razones de política legislativa las que determinarán la implantación de los específicos medios de impugnación, y la inclinación por un determinado sistema u otro (v.gr. única o doble o doble instancia). Sin embargo tal disponibilidad tiene un límite precisamente en el proceso penal que viene impuesto por el art. 14.5 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos según el cual «toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un Tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley».

49. STC 1/1987, de 14 de enero y 30/1986, de 20 de febrero.

50. Ss.TC 58/1987, de 19 de mayo.

51. Ss.TC 54/1984, de 4 de mayo; 17/1985, de 9 de febrero; 163/1985, de 2 de diciembre; 154/1987, de 14 de octubre; 59/1988, de 6 de abril.

52. STC 162/1986, de 17 de diciembre, que añade que «este deber constitucional y sus consecuencias en orden a la permisión de la subsanación, aparece hoy reiterado, por lo que a defectos de forma se refiere, en el art. 11.3 LOPJ».

En parecidos términos, si bien algo más amplios, se pronuncia el art. 2 del Protocolo Adicional al Convenio de Roma, número 7, relativo a «Nuevas medidas tendentes a asegurar la garantía colectiva de determinados derechos y libertades», hecho en Estrasburgo el 22 de noviembre de 1984, y todavía sin ratificar por nuestro país. Dicho precepto en su apartado 1) reconoce que «toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal<sup>53</sup> tiene derecho a que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un Tribunal superior. El ejercicio de este derecho, que incluye los motivos por los que puede ser ejercido, serán regulados por la ley». La mayor amplitud que, con respecto a su homólogo art. 14.5 del P.I.D.C.P., se aprecia en la extensión de este derecho a «toda infracción penal» y no sólo a los delitos, resulta posteriormente limitada al preverse en su apartado 2) una serie de excepciones a este derecho entre las que se encuentran las infracciones de carácter menor definidas por la ley<sup>54</sup> y los casos en que el interesado haya sido juzgado en primera instancia por el Tribunal superior o «haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra su absolución»<sup>55</sup>.

Nuestro Tribunal Constitucional ha tenido por tanto ocasión de pronunciarse únicamente sobre el art. 14.5 del PIDCP, entendiendo que el mandato que encierra «no es bastante para crear, por sí mismo, recursos inexistentes, pero... obliga a considerar que entre las garantías derivadas del art. 24 de la Constitución se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior; la libertad de configuración por parte del legislador interno de cuál sea ese Tribunal superior y de cómo se someta a él el fallo condenatorio y la pena, viene expresamente reconocida por el citado artículo («conforme a lo prescrito en la ley»), lo cual permite que cumpla tal función, en determinados supuestos, el recurso de apelación, (y) permite, asimismo, que dentro del ordenamiento, y en los delitos para cuyo enjui-

53. La expresión «Tribunal», debe ser aquí tomada en sentido amplio, es decir, como equivalente a «órgano jurisdiccional».

54. Limitación ésta que en nuestro ordenamiento positivo no se plantea siguiéndose en cambio respecto de estas «infracciones menores» un criterio amplio, al reconocerse en todo caso recurso de apelación contra las sentencias dictadas en los juicios de faltas. El problema, como veremos a continuación, es el inverso en nuestro Derecho, al ser precisamente los delitos, y dentro de éstos, los más graves, los exceptuados del recurso de apelación, planteándose grandes dudas en cuanto a si la casación cubre en tales casos las exigencias de ese derecho al doble pronunciamiento.

55. Ciertamente la redacción de este último supuesto no es lo suficientemente clara; lo hubiera sido en cambio, de haberse introducido una coetilla final para que pudiera leerse «haya sido declarado culpable y condenado después de un recurso contra la sentencia que declaró su primitiva absolución».

debido proceso o proceso con todas las garantías, nuestra ley procesal penal debe asegurar plenamente su cumplimiento. Y es aquí donde surge el problema ya que, contrariamente a la opinión del Constitucional, pensamos que sólo la apelación en cuanto medio para abrir la segunda instancia se presenta como instrumento idóneo para colmar las exigencias antedichas, mientras que la casación, por más que insista tan alto Tribunal, no garantiza plenamente este derecho ni está a general disposición de todas las partes, habida cuenta entre otros aspectos del carácter extraordinario de este recurso.

Más aún, la reseñada interpretación del Constitucional no ha sido unánimemente compartida por todos sus magistrados, como muestran los diversos votos particulares a las sentencias que sobre la materia han pronunciado<sup>59</sup>, lo cual no deja de ser altamente significativo y revelador de la doble postura existente en cuestión tan trascendental. Así, junto a una línea interpretativa mayoritaria que defiende una exégesis orientada a salvar la constitucionalidad de nuestra legislación, convive otra corriente que demanda la generalización de la alzada como único medio apto para abrir

56. STC 37/1988, de 3 de marzo.

57. En esta línea PEDRAZ señala que se trata de una declaración en gran medida ambigua desde el criterio de oportunidad del Tribunal Constitucional («Motivación y control de las resoluciones judiciales» en *Un «Codice tipo» di procedura penale per L'America Latina*. Congresso Internazionale, Roma 1991, (Materiali V/2), p. 258).

58. Como garantía del justiciable lo califica LOZANO-HIGUERO, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, 1990, p. 207; Cfr. VIVES ANTON, T.S., «Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en *P.J.*, n.º especial II (*Justicia penal*), Madrid, 1987, pp. 111 a 113, quien considera erróneo el punto de partida del T.C. de que el derecho al doble grado de jurisdicción se integre, sin más, entre los derechos fundamentales que rigen el derecho penal, y señaladamente, del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso con todas las garantías.

59. Consúltese, por ejemplo, el Voto particular formulado por el Magistrado don Carlos de la Vega Benayas a la sentencia de 3 de marzo de 1988, al que se adhieren otros tres magistrados más (Fernando García-Mon y González Regueral, Eugenio Díaz Eimil y Francisco Rubio Llorente).

mente, y con  
chos. Constitu  
Ley, para hace  
pretende cons  
Derecho hecha  
del *ius litigato*  
las partes. A  
nuevo examen  
derecho, la ca  
dos en la inst  
desentendiénd  
haya conducid  
Inicialmente y  
casación se de  
se a la *questio*

Analizand

60. Concretamente lo s  
de Nueva York,  
en materia penal:  
esos fines, lo que  
sujeto a requisito  
que no todos los  
ro, no se olvide,  
igualdad, los crí  
pues, sería establ  
y delitos minore  
siempre ha sido d

61. En este  
tías en la segund  
Derechos Human

62. GÓMEZ  
ed., Madrid, 1981

presar, hemos avanzado, entre otros extremos, que por su carácter extraordinario resulta sujeto a unos requisitos especiales y su acceso no está abierto con carácter general a todas las partes. Ciertamente es que muchos de los referidos requisitos especiales en cuanto a la admisión del recurso han sido minorados debido a la interpretación del Tribunal Constitucional fruto de la conjunción del principio de proporcionalidad con el derecho a la tutela judicial efectiva<sup>63</sup>. Parece que con ello se ha tratado de solventar las carencias obvias que este recurso presentaba para hacer factible el derecho al doble grado de jurisdicción. Ahora bien, ¿no hubiera sido más conveniente generalizar el recurso de apelación para cumplir las exigencias del PIDCO, y no desnaturalizar la casación, reconduciéndola nuevamente a lo que fue y, entendemos, debe seguir siendo? Al hilo de lo expuesto destaca el Profesor PEDRAZ que «acaso tan poco clara postura defendida por el Constitucional, sea uno de los pretextos con los que el intérprete supremo de las leyes ha emprendido una cierta cruzada antiprocesalista, confundiendo lo procesal y lo formal, con lo que está en no pequeña medida lesionando la seguridad jurídica e *item más*, el derecho de los ciudadanos a obtener y prever una determinada decisión sobre su conflicto de acuerdo con la ley procesal, en pro de una concepción de oportunidad»<sup>64</sup>.

En cualquier caso, y a pesar de esta nueva configuración que de la casación se pretende, mediante el ensanchamiento de sus debidos límites, existen otros obstáculos que se nos antojan insalvables para que este medio de impugnación se revele suficiente para dar cumplida respuesta a las exigencias derivadas del art. 14 del PIDCP. Una adecuada interpretación del invocado precepto nos lleva a entender —con la doctrina mayoritaria— que el fallo penal debe quedar en todo caso sometido a una instancia superior. Dicho de otro modo y con CORTÉS DOMÍNGUEZ, ha de haber la posibilidad de que la sentencia de condena sea objeto de impugnación no sólo en cuanto a la aplicación de la norma jurídica, sino también en cuanto a la fijación de los hechos que fundamentan el juicio jurídico de la sentencia<sup>65</sup>. En palabras de BETTIOL, el doble grado de jurisdicción que debe admitirse siempre en un régimen político abierto, comporta la necesidad de que tanto el control del hecho como el del de-

63. Fiel muestra de ello lo constituyen las Ss.TC 19/1983; 57/1984; 17/1985; 60/1985; 110/1985; 102/1986; 123/1986; 36/1987; 57/1988; 185/1988; 20/1989; 34/1990; 53/1990; 69/1990; 34/1991; 98/1991; 128/1991; 139/1991.

64. PEDRAZ PENALVA, E., «Motivación y control...», *op. cit.*, p. 261.

65. Así lo insinúa también el TEDH en sus Ss. de 17-agosto-1976 (Caso KRÄNKE) y 19-diciembre-1979 (Caso FRANCESCONI).

recho sean encomendados a un segundo Juez que pueda así reexaminar la decisión del Juez inferior<sup>66</sup>. En consecuencia, si tomamos como punto de partida la existencia de un derecho del condenado a que su causa sea reconsiderada en toda su extensión<sup>67</sup>, esto implica la necesidad de que quepa siempre la posibilidad de una revisión y valoración de la actividad probatoria judicial de instancia lo que, como es bien sabido, no sucede por principio con la casación. Es claro que a través de este recurso no se debe realizar un nuevo examen de los hechos. No obstante lo dicho, ha de tenerse presente que la reforma operada en 1933 en el art. 849 LECrim., introduciendo el motivo segundo («error de hecho en la apreciación de las pruebas»), permite de algún modo que la *questio facti* no quede fuera de la decisión del Tribunal Supremo. Pero esto que, en cualquier caso, produce una ampliación difícilmente compatible con su específica naturaleza<sup>68</sup> y que a juicio del Prof. FAIRÉN constituye un ejemplo del fenómeno que SATTÀ denominó de «degeneración de las instituciones»<sup>69</sup>, no es en modo alguno suficiente para posibilitar ese nuevo examen total de la causa a que aludíamos. Este concreto motivo lo más que permite es controlar la racionalidad del juicio histórico llevado a cabo por el Tribunal de instancia contraponiéndola con los términos claros y precisos de un documento<sup>70</sup>. Es necesario advertir que este cauce se ha empleado, también, para alegar la vulneración de la presunción de inocencia, supuestos éstos en que la cognición del Tribunal *ad quem* se limita exclusivamente a la comprobación de la existencia de una mínima actividad probatoria de cargo, no viciada de ilegitimidad. Dadas estas circunstancias, no resulta extraño que se hayan alzado voces propugnando

66. BETTIOL, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, Barcelona, 1977, p. 268.

67. Así lo entiende, por ejemplo, RUIZ VADILLO, E., «Hacia una nueva casación penal», en *BIMJ*, 1990, n.º 1.585, p. 5.660; también LOZANO-HIGUERO PINTO, M., *Introducción...*, *op. cit.*, p. 208.

68. Así, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal*, *op. cit.*, p. 306. Vid. asimismo S. Sala 2.ª TS de 15 de octubre de 1988 en la que se viene a decir que el examen de los hechos convierte, se quiera o no, a la casación en una instancia, cuando precisamente de este recurso se predica su carácter extraordinario para contraponerlo al de apelación. En puridad, pues, el recurso de nulidad, cual es el de casación, no debería permitir una valoración probatoria de los hechos modificando la que en su momento hizo el Tribunal. En esta línea GIMENO SENDRA llega a decir que la casación se ha convertido en una segunda instancia encubierta (*Derecho Procesal. Proceso Penal*, obra colectiva, Valencia 1993, p. 82).

69. Así FAIRÉN GUILLÉN, V., *Doctrina general de Derecho procesal*, Barcelona, 1990, p. 486.

70. Sobre los límites del art. 849.2 LECrim., consúltese CALVO SÁNCHEZ, C., «Estudio de la Ley 6/1985, de 27 de marzo, sobre la modificación del art. 849.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *La Ley*, 1986-1, pp. 1.108 y ss.

su desaparición habida cuenta su nula utilidad, pese al esfuerzo de ensanchamiento que ha hecho la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo<sup>71</sup>. En esta línea, llama la atención RUIZ VADILLO sobre la situación paradójica a que conduce la redacción actual del meritado 849.2.º y que se produce en contra del reo: las pruebas personales que, aunque se documenten, no pierden su naturaleza, sirven para condenar y, en cambio, en vía casacional no pueden servir para exculpar porque son pruebas personales. Se impone por tanto —a juicio de este autor— generalizar urgentemente la apelación y excluir de la casación todo tipo de errores de hecho, incluido el acreditado a partir de documentos, por ser esto contrario a la naturaleza de la casación; precisamente sólo un sistema en el que falte la segunda instancia puede justificar la presencia de esta concreta y específica vía impugnativa en el orden penal en el que el documento ofrece, frente a lo que sucede en los ámbitos civil, mercantil, laboral y administrativo, tan escasa importancia<sup>72</sup>.

En definitiva, aunque no sea más que por la distinta posición que en cuanto al control de los hechos tienen órgano de apelación y órgano de casación es calificable de defectuosa y discriminatoria tal lectura del art. 14.5 del Pacto de New York por el Tribunal Constitucional español, amén de la resultante desvirtuación de la casación al convertirla en el medio impugnativo previsto en el derecho al recurso —ínsito en el 24.1 de la Constitución— a favor de quienes, habiendo sido condenados, carecen de otro medio impugnativo<sup>73</sup>.

Pero además, y ante el aludido ensanchamiento, cabe añadir que podría desembocar en la conversión del 849.2.º en una segunda instancia con lo que, según ha advertido el profesor GIMENO, se infringiría asimismo el art. 152.1.III de la Primera Norma, a cuyo tenor la sucesivas instancias procesales deberán agotarse ante órganos judiciales radicados en el mismo territorio de la Comunidad Autónoma<sup>74</sup>.

71. Resulta significativo que entre estas voces se encuentre precisamente la de un gran conocedor de la situación como es el Presidente de la citada Sala, RUIZ VADILLO, (en «Hacia una nueva casación...», *op. cit.*, p. 5.661). GIMENO SENDRA, por su parte, invocando asimismo su derogación, estima no obstante conveniente su permanencia hasta la instauración de la segunda instancia en compensación a su inexistencia actual («El derecho a los recursos...», *op. cit.*, p. 156 y también en «La casación y el derecho a los recursos. (Notas para una nueva ordenación del sistema penal de recursos)», en *Justicia* 82, n.º 4, p. 554).

72. RUIZ VADILLO, E., «Hacia una nueva casación...», *op. cit.*, pp. 5.676 y 5.677.

73. PEDRAZ PENALVA, E., «Motivación y control...», *op. cit.*, p. 260.

74. GIMENO SENDRA, V., «El derecho a los recursos...», *op. cit.*, p. 155, y también en «La casación y el derecho a los recursos...», *op. cit.*, p. 552. Concluye sosteniendo

Aún más problemático resulta el mantenimiento y defensa de la doctrina constitucional reseñada respecto de las autoridades «aforadas» al propio Tribunal Supremo al estarles vedada por la LECrim. —art. 847.II— la posibilidad de recurrir en casación la sentencia condenatoria dictada por la correspondiente Sala Segunda. Así: tratándose de las personas a que se refieren los artículos 71.3 y 102.1 de la CE, y de las restantes autoridades aludidas en el art. 57.1. 2.º y 3.º LOPJ, será la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo la competente para el enjuiciamiento y fallo en única instancia de las causas criminales que contra ellas se sigan. Se ven privadas por tanto de la posibilidad de que otro órgano jurisdiccional superior conozca del pronunciamiento dictado en su contra.

Pese a la opinión del Tribunal Constitucional<sup>75</sup> de que el conocimiento por la Sala 2.ª del Supremo es en sí mismo garantía suficiente, a nuestro juicio es discutible su admisibilidad fundamentalmente en lo que supone de indefensión. Basta con analizar la situación descrita desde la óptica del principio de proporcionalidad<sup>76</sup>, para rechazar inmediata y categóricamente que pueda estar justificada esta grave limitación, cuando no directamente negación, del derecho a trasladar el fallo y la pena impuesta a una instancia superior de que gozan «todas las personas», conforme proclama el tantas veces citado art. 114.5 PIDCP. «La especial protección» y «las particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados», a que alude nuestro Juez de las leyes en su sentencia 51/1985, y que a su juicio «disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional», no son suficientes para justificar una restricción de tal magnitud a este derecho fundamental. Dicho con otras palabras, no es proporcional la restricción del referido derecho, respecto de la garantía que pretendi-

que al resultar dicha competencia del TS en la actualidad ilegítima, debiera trasladarse al TSJ de la correspondiente Comunidad Autónoma.

75. Vid. STC 51/1985, de 8 de abril. Concretamente en su fundamento jurídico 3, puede leerse lo siguiente: «Determinadas personas gozan *ex constitutione*, en atención a su cargo, de una especial protección que contrarresta la imposibilidad de acudir a una instancia superior, pudiendo afirmarse que esas particulares garantías que acompañan a Senadores y Diputados disculpan la falta de un segundo grado jurisdiccional, por ellas mismas y porque el órgano encargado de conocer en las causas en que puedan hallarse implicados es el superior en la vía judicial ordinaria».

76. En este sentido, PEDRAZ PENALVA, E. y ORTEGA BENITO, V., «El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializadas alemanas», en *P.J.*, 1990, n.º 17, pp. 342 y 343; Como principio de rango constitucional dimanante del derecho es configurado, asimismo, por SCHAEFER, K., *Strafprozessrecht Eine Einführung*, Berlín-New York, 1976, p. 17; MAUNZ, T., DURRING, G. y otros, *Grundgesetz (Kommentar)*, II, München, 1986, arts. 18 (6.44), 20 (3.bb.18), etc.

damente la justifica y legítima. Si la única instancia, cualquiera que sea el órgano judicial a quien se encomiende, ofrece en el terreno penal graves riesgos, aquí podríamos decir que los mismos se materializan en daño efectivo pues no puede calificarse de otro modo la situación de patente indefensión, de las personas aforadas, al vetárseles toda posibilidad de recurso. Otrosí puede añadirse con GARCÍA PÉREZ, que los preceptos constitucionales y orgánicos mencionados constituyen simple regla de atribución competencial *rationae personae*, que no permite ni impone la exclusión del derecho a los recursos, lo que chocaría con los propios valores que la Constitución proclama en su artículo 1.º (justicia, igualdad, etc.)<sup>77</sup>.

### 3. Conclusión provisional: afirmada generalización de la doble instancia

Sin perjuicio de volver nuevamente sobre la cuestión de los aforados, y demás situaciones citadas, proponiendo las correspondientes soluciones de *lege ferenda*, creemos que de lo hasta aquí expuesto no es aventurado extraer la conclusión de que nuestra legislación procesal no se ajusta en materia de recursos a las exigencias del PIDCP. En unos casos, por faltar esa posibilidad de recurrir al Tribunal superior; en otros porque el único medio concedido para hacerlo es insuficiente o inidóneo y esto, además de por las circunstancias que hemos apuntado más arriba, también se deduce —como señala XIOL—<sup>78</sup> del hecho de que este recurso tiende a acentuar su carácter especial no tanto desde el punto de vista del objeto, cuanto desde el punto de vista de la posibilidad de su inadmisión *a limine* por falta de fundamento; esta opción por un recurso de casación penal muy limitado por la que se ha decantado el legislador se evidencia además en el hecho de que la Ley de Demarcación y Planta judicial no haya ampliado la composición de la Sala Segunda del Tribunal Supremo paralelamente al incremento del número de recursos de casación previsible con arreglo a la normativa procesal en vigor. Abundando en tal extremo, téngase en cuenta, asimismo, que uno de los

77. GARCÍA PÉREZ, J.J., «Proceso penal y doble instancia», *op. cit.*, p. 671 (46). Añade este autor que esta situación «además huele a cambalache: a cambio de que te juzgue la Sala de lo penal del TS te quito los recursos...».

78. XIOL RIUS, J.A., «Líneas fundamentales del futuro proceso penal», en *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Madrid, 1989, p. 218.

problemas que hoy se está suscitando en los países europeos de nuestro entorno y con sistemas procesales similares al patrio, es el de la saturación del Tribunal Supremo; dada esta realidad, entiende PEDRAZ que si se propicia su constante intervención, mal puede llegar a cumplir con la tarea que en cuanto órgano de casación esencialmente le compete<sup>79</sup>.

Al hilo de lo expuesto, es menester precisar que si el Tribunal Supremo —a través de la casación— no puede cumplir las supradichas exigencias, menos aún cabe pensar —pese a haber quien sostiene lo contrario—<sup>80</sup> que pueda ser el Constitucional aquel Tribunal superior a que alude el PIDCP; este órgano jurisdiccional es precisamente el superior pero únicamente en materia de garantías constitucionales y, según ha reiterado él mismo, no le compete entrar a conocer ni de la interpretación y aplicación de las normas ordinarias, ni tampoco de la fijación de los hechos normativos. El recurso de amparo *per se* tiene unos estrictos y debidos límites no traspasables, y el Tribunal Constitucional una muy determinada y especializada misión, que conceptualmente no permite su mistificada ampliación.

Por todo lo dicho, estimamos no sólo conveniente, sino necesario en virtud de la debida integración del citado Pacto y de nuestra Carta Magna, la generalización de la doble instancia en el proceso penal. Sentada esta premisa y subrayado su carácter de necesidad, pasemos a otras razones en pro de la extensión del doble grado jurisdiccional.

#### IV. OTRAS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA DOBLE INSTANCIA

En primer término, y como hemos advertido, la única instancia, cualquiera que sea el órgano judicial a quien se encomiende, ofrece en el terreno penal, graves riesgos que deben ser evitados. Es menester destacar con RUIZ VADILLO que «una cosa es estudiar una pretensión desde la perspectiva de una previa sentencia sometida a censura y otra muy distinta enfrentarse con aquella «ex novo» y de manera única y definiti-

79. PEDRAZ PENALVA, E., «Motivación y control...», *op. cit.*, p. 297.

80. Así, VIVES ANTÓN, T.S. («Doctrina constitucional y reforma del proceso penal», en *P.J. número especial II*, 1987, pp. 113 y 114), quien llega a esta conclusión (a considerar que puede ser el Constitucional el aludido Tribunal Superior) por la simple razón de que el Tribunal Constitucional como señala la Constitución es el *Tribunal Superior* en materia de garantías constitucionales y, por tanto, cumple al condición exigida por el Convenio (que en su opinión parece que es solamente que el Tribunal pueda gozar del calificativo de *superior*).

va»<sup>81</sup>. Aún más, y como señalaba el magistrado RULL ya en 1955, «la mayor tentación para la arbitrariedad es la sensación de creerse impune y en el orden penal, donde se ponen en juego los valores de máxima estimación es fundamental que quepa siempre contra todo tipo de sentencias el recurso de apelación»<sup>82</sup>.

El doble grado jurisdiccional constituye el instrumento más idóneo para corregir los eventuales errores en que haya podido incurrir el juzgador de instancia, tanto jurídicos como fácticos. A este fin el único medio de impugnación apto —la apelación— satisface la necesidad de proveer a la tan humana como irrefutable falibilidad de los jueces<sup>83</sup>. No hay más que detenerse, como hace FLORIÁN<sup>84</sup>, en el elevado porcentaje de sentencias reformadas en segunda instancia, para obtener la prueba más palmaria de su necesidad.

En segundo término, según el profesor GIMENO, se pondría fin a la situación de agravio comparativo que en la actualidad presenta con la regulación civil en la materia, en que, como es sabido, a mayor «suma de gravamen» se concede mayor posibilidad de recursos y, de este modo, si el asunto litigioso supera los seis millones de pesetas, se mantiene vigente el principio de la doble instancia y la casación. No sólo no es de recibo, sino que conculca abiertamente el principio de proporcionalidad un ordenamiento que como el español tutela con mayores garantías los derechos patrimoniales que se ventilan en el proceso civil, que los de carácter público que deben decidirse en un proceso como el penal en el que en definitiva lo que está en juego es el derecho a la libertad. Esto que decimos no es desde luego nuevo sino que, como vimos, fue advertido por BONIFACIO muchos años atrás.

Del mismo modo nos apoyamos en el hecho de que así se vendría a sustituir, en palabras del profesor FAIRÉN<sup>85</sup>, al desequilibrado e incom-

81. RUIZ VADILLO, E., «Hacia una nueva casación...», *op. cit.*, p. 5.661.

82. («Problemas orgánicos de la Admón. de Justicia», *RGLJ*, 1955, pp. 4 y ss.).

83. Es en estos términos en los que creemos ha de situarse el problema del error judicial y no en los que plantea VIVES ANTÓN cuando entiende que si el Tribunal de instancia es «suficientemente fiable» la doble instancia no representa, de suyo, ninguna garantía adicional para el justificable (VIVES, «Doctrina constitucional...», *op. cit.*, p. 113). Para nosotros no hay duda de que todos los Jueces son en principio fiables, como tampoco la hay de que todos ellos son desde luego falibles, y a este extremo es al que se provee con la doble instancia.

84. FLORIÁN, E., *Elementos de derecho Procesal Penal*, trad. PRIETO-CASTRO, Barcelona, 1934, p. 437; vid. asimismo, GARCÍA PÉREZ, J.J., «Proceso penal y doble instancia», *op. cit.*, p. 674 (49).

85. FAIRÉN GUILLÉN, *El razonamiento...*, *cit.*, p. 66 (125).

pleto sistema de impugnaciones vigente en nuestro enjuiciamiento criminal, en el que, a pesar de ser contradictorio e ilógico de todo punto, a mayor gravedad de pena impuesta, menores garantías se conceden al que la sufre. No olvidemos que sólo la apelación permite la corrección de todos los errores judiciales ya jurídicos, ya fácticos, no constituyendo en cambio la casación mecanismo apto para la denuncia de los últimos.

Poner fin a este sistema actual del modo propugnado, supone al tiempo adaptar nuestro texto procesal penal no ya a las exigencias constitucionales y supraestatales citadas, sobre cuya necesidad nos hemos pronunciado abiertamente, sino también a las más modernas legislaciones procesales europeas, como es el caso de los reformados textos procesales penales portugués<sup>86</sup> e italiano<sup>87</sup>.

86. El Código procesal portugués, aprobado por Decreto-Ley núm. 78/1987, de 17 de febrero, en lo que a recursos se refiere introduce un sistema innovador con el que trata de obtener un doble efecto: potenciar la economía procesal en la óptica de celeridad y eficacia y, al tiempo, cumplir con efectividad la garantía de un auténtico doble grado de jurisdicción. Establece un *régimen inspirado en la idea de un recurso unitario, en principio idéntico para el Tribunal de Relação y para el Supremo* (salvo en materia de prueba ya que el Relação puede practicar aquellas a que se refiere el 410.2 siempre que hubiere razones para creer que tal práctica permitirá evitar el reenvío del juicio, mientras que ante el TS no pueden practicarse pruebas), y *abarcando en la medida de lo posible y conveniente, tanto la cuestión de derecho como la de hecho*. Con el mismo propósito de dotar al recurso de mayor consistencia, se evita la tendencia a hacer de él una labor meramente rutinaria ejecutada sobre papeles, convirtiéndolo en cambio en un conocimiento auténtico de los problemas y conflictos reales, mediatizado por la intervención motivada de personas; de este modo se someten los recursos al *principio general —además jurídico constitucionalmente impuesto— de la estructura acusatoria, con la consiguiente exigencia de una audiencia* donde sea respetada al máximo la oralidad.

87. Arts. 593 a 605 *Código di procedura penale*, aprobado por Decreto de 22 de septiembre de 1988, n.º 447. El Código introduce en su art. 593 en relación con los arts. 443, 448 y 469 *algunas limitaciones* a este recurso, típicas de las legislaciones que dan amplio juego al principio acusatorio, y cuyo objetivo es corregir los excesos que en la práctica se producen cuando se apela exclusivamente con fines dilatorios pero hallándose en perfecta consonancia con el PIDCP y con el Protocolo Adicional n.º 7 al CEDH; debe tenerse en cuenta no obstante que una de las referidas limitaciones, concretamente la recogida en el art. 443.2 relativa a la prohibición de apelar la sentencia de condena a una pena que no será ejecutada, ha sido declarada inconstitucional por S. de la Corte Costituzionale n. 363 de 23 de julio de 1991. *En otro orden de cosas, el art. 597.5 autoriza al O.J. de apelación para apreciar las circunstancias atenuantes u otras ventajas in bonam parte*, aunque no hayan sido recogidas como motivos expresos del recurso, y el ap. 3) de ese mismo art. recoge la *prohibición de la reformatio in peius*, que sin embargo no se extiende a la calificación jurídica de los hechos. Por lo demás, *el art. 603 amplía la posibilidad de reproducir la prueba o de practicar nuevas pruebas en la segunda instancia (rinnovazione dell'istruzione dibattimentale)*, estando obligado el Juez a admitirlas en caso de que dichas pruebas se hubieran descubierto u obtenido con posterioridad al juicio de primer grado. Se introduce el procedimiento simple de «Cámara

No desconocemos la existencia del Código procesal penal tipo para Hispanoamérica —objeto de debate en Roma en septiembre de 1991 y acogido ya en algunos países— que consagra, a diferencia de los ordenamientos citados, el principio de única instancia. Respecto a tal opción y frente a autores que, como SPANGHER<sup>88</sup> o SIRACUSANO<sup>89</sup> la consideran acertada, nos pronunciamos nosotros en su contra, fieles a la línea mantenida a lo largo de estas páginas. Las principales razones que justifican nuestra censura a la alternativa acogida por el legislador del Código modelo, preocupado fundamentalmente por la celeridad, son dos. En primer lugar, olvida que la doble instancia está profundamente enraizada en la tradición jurídica de los países de habla hispana y, en mayor medida, en los países europeos que, como España o Italia, desde siempre han ejercido allí una apreciable influencia como modelos a la hora de acometer cualquier reforma procesal. En segundo lugar, y lo que es más importante, porque aún cuando en la Exposición de Motivos del Código tipo, se dice que con el sistema de recursos diseñado, resultan suficientemente cubiertas las exigencias del art. 8 n.º 2, k) del Pacto de San José de Costa Rica, que consagra el derecho al recurso ante un Tribunal superior, esto no parece del todo cierto, precisamente por las mismas razones de insuficiencia de idoneidad que hemos alegado de la casación y respecto al derecho a ese doble examen de la causa en toda su extensión que se desprende del similar art.14.5 PIDCP. En todo caso no olvidemos que no existe en Hispanoamérica un entramado jurisdiccional ni siquiera aproximado al predicable entre los países europeos de nuestro entorno cultural; así y prescindiendo desde luego de los Tratados comunitarios, el Convenio de Derechos Humanos y su máximo intérprete, el Tribunal Europeo, no tienen parangón en América, pese al citado Pacto de San José de Costa Rica y a la existencia y atribuciones del Tribunal de Protección de Derechos Humanos con sede en este país centroamericano, al

de Consejo» en determinados casos, que atienden a la naturaleza de los motivos alegados (art. 599), y cuya operatividad ha tenido que ser precisada y limitada por la S. n. 435 de 10 de octubre de 1990 de la Corte Costituzionale a los supuestos previstos en el párrafo I del artículo en cuestión. Y en general *rige cierto antiformalismo al permitir a las partes, hasta quince días antes de la fecha fijada para la audiencia, la presentación de nuevos motivos de impugnación (art. 585.4)*.

88. SPANGHER, G., «Primi appunti per una relazione in tema di meccanismi di semplificazione del processo», en *Un «Codice tipo» per L'America Latina. Congresso Internazionale*, Roma, 1991, (Materiali V/3), pp. 379 y 380.

89. SIRACUSANO, D., «La motivazione della sentenza ed il sistema dei controlli: schema per una relazione», en *Un «Codice tipo» per L'America Latina. Congresso Internazionale*, Roma, 1991, (Materiali V/2), pp. 316 y 317.

menos en lo referente a su vigencia y efectiva observancia. Hay pues en este sentido un menor nivel jurídico de protección de la esfera esencial, como también es detectable la ausencia de normas y jurisprudencia que deban ya ser objeto de inmediata aplicación, ya de servir de parámetro interpretativo<sup>90</sup>, extremos estos que quizás expliquen la razón por la cual la dialéctica única/doble instancia no se haya planteado allí con las connotaciones jurídico-constitucionales y/o fundamentales con que lo ha hecho en Europa.

Centrándonos de nuevo en el ordenamiento jurídico español, conviene destacar asimismo en favor de nuestra postura el que su generalización supondría un más óptimo y racional reparto de la carga competencial entre todos los órganos jurisdiccionales, ya que se dotaría de competencias a las Salas civiles-penales de los Tribunales Superiores de Justicia llamadas a ser las que resolvieran las apelaciones interpuestas ante las sentencias de las Audiencias Provinciales, y que hoy sin embargo, aparecen en la LOPJ como órganos de lujo en los que la actividad no es la nota dominante<sup>91</sup>. En línea con esta idea puede añadirse, que la referida generalización del principio de doble instancia a todas las causas penales, no exigiría además ninguna modificación trascendente de tipo orgánico, pudiéndose dar respuesta con la actual organización de Juzgados y tribunales que nos ofrecen la LOPJ y la Ley de demarcación y Planta<sup>92</sup>.

## V. OBJECIONES A LA GENERALIZACIÓN DE LA DOBLE INSTANCIA

Tras los argumentos expuestos en pro de la doble instancia en el proceso penal, es hora de considerar las principales objeciones que en contra se han formulado.

Ya es tradicional aludir a su incompatibilidad con los principios de oralidad, intermediación y libre apreciación de la prueba. Es cierto que la oralidad conduce, como señala DE MIGUEL, a la instancia única<sup>93</sup> y a los demás

90. PEDRAZ PENALVA, E. «Motivación y control...», *op. cit.*, p. 290.

91. GARCÍA PÉREZ, J.J., «Proceso penal y doble...», *op. cit.*, p. 674; en el mismo sentido RUIZ VADILLO, E., «Hacia una nueva casación...», *op. cit.*, p. 5.660.

92. GARCÍA PÉREZ, «Proceso penal...», *cit.*, p. 682.

93. MIGUEL Y ALONSO, C. de, «Los sistemas sobre la forma de la actividad procesal», en *R. Estudios Procesales*, 1970, 5, pp. 5 y 6. En este mismo sentido PERIS GÓMEZ considera que «dada la naturaleza del juicio oral y la conocida del recurso de apelación, no será exagerado afirmar que ambos son absolutamente incompatibles tanto por

principios citados; por ello, observa MONTERO, es evidente, que un procedimiento oral es difícilmente compatible con la doble instancia, a riesgo naturalmente de reproducir en la segunda todo lo realizado en la primera<sup>94</sup>. Pero hoy este riesgo es un problema menor, o al menos, debería serlo con la utilización de medios de reproducción mecánica que permiten la protocolización exhaustiva del juicio oral y su reproducción ante el Organismo jurisdiccional *ad quem*. Su empleo no sólo es permisible, como lo acreditan tanto la LOPJ (art. 230 en relación con arts. 281 y 473) como la propia LECrim. (art. 793.9), sino que se revela como altamente deseable y necesario<sup>95</sup>. A este respecto VÁZQUEZ SOTELO ha resaltado la necesidad de una buena documentación procesal para el satisfactorio funcionamiento del juicio oral y dotar de todo su sentido al derecho al recurso, que recogiendo con fidelidad las pruebas recibidas y los argumentos críticos utilizados —para lo que no basta la escritura<sup>96</sup>— podría positivamente revolucionar el proceso penal. «El juicio oral, piedra angular de todo el proceso penal, y el ulterior control mediante recurso, recibirían, con la utilización de esas técnicas, un impulso en cuanto a garantías procesales como antes ni siquiera se pudo soñar»<sup>97</sup>. Garantías procesales que hoy brillan por su ausencia si se piensa, de un lado, en la escasa importancia que se les da a las actas del juicio oral y, de otro, en la pervivencia en nuestra LECrim. de un *despropósito legal*<sup>98</sup>, como es

---

sus principios y efectos, como por el sistema procesal adoptado de suerte que esta clase de recurso es propia solamente del procedimiento escrito» («Principios fundamentales que informan nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal», en *R.J.C.*, 1971, pp. 911 y 912).

94. MONTERO AROCA, J., «El principio de oralidad y su práctica en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal», trabajo fechado en 1982, y recogido en sus *Trabajos de Derecho Procesal*, Barcelona, 1988, p. 539.

95. Sobre los mismos, puede consultarse, GIL MARTÍN, «Los medios de comunicación y reproducción en relación con la fe judicial», en *II Jornadas de la fe pública judicial*, Alicante, 1986, pp. 217 y ss.; SEOANE CACHARRÓN, J., «Problemática que plantea la utilización de medios técnicos de reproducción en el juicio oral del procedimiento penal abreviado», en *La reforma del proceso penal. II Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León*, Madrid, 1989, pp. 981 y ss.; FAIRÉN GUILLÉN, V., *Comentarios a la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985*, Madrid, 1986, pp. 233 y ss.

96. En este sentido ZATARAIN MUÑOZ, F., «Reflexiones de un Fiscal sobre medios técnicos y mecánicos en la oficina judicial y en el proceso», en *V Jornadas de la Fe pública judicial. Documentación Jurídica*, 1991, n.º 69, pp. 98 y 99 considera que el empleo de la escritura se traduce en un extracto del hecho que le hace insuficiente, incompleto y prácticamente inútil a la hora de conocer lo ocurrido, pues la rapidez con la que se produce la palabra en los juicios orales, impide su transcripción en la forma tradicional que se viene efectuando.

97. VÁZQUEZ SOTELO, J.L., «Crisis de la justicia...», *op. cit.*, pp. 396 a 398.

98. Así lo califica PLAZA VEIGA, F.J., «El acta y los medios técnicos de reproduc-

el art. 743, que exige al Secretario hacer «constar sucintamente cuanto importante allí hubiere ocurrido», convirtiéndole legalmente en el funcionamiento que ha de discernir lo que es importante en el juicio y atribuyéndole con ello, en cierta manera, potestad jurisdiccional.

También se esgrime por algún autor la vulneración del principio de libre apreciación de la prueba. Con el profesor CORTÉS DOMÍNGUEZ cabría aclarar que el planteamiento del que se parte es erróneo, puesto que lo que realmente choca con el principio de doble instancia no es tanto la «apreciación en conciencia» de las pruebas practicadas, como el que las únicas pruebas que puede apreciar el Tribunal son aquellas que se han practicado en el juicio y en su presencia. En buena técnica nada impide que una valoración libre sea llevada a cabo en una instancia superior. El problema estaría en la necesidad de que el Organismo jurisdiccional valore las pruebas y sólo las pruebas practicadas en juicio, es decir, a su presencia bajo el imperio más riguroso del principio de inmediación<sup>99</sup>.

La discusión ha de centrarse pues en la lesión al principio de inmediación, aspecto destacado ya entre otros por FLORIÁN<sup>100</sup>. Es innegable que el Juzgador de apelación ha de resolver teniendo como base no sólo la prueba ante él eventualmente practicada, sino también un material probatorio no producido en su presencia y que por tanto es extraño a su personal percepción. Pero tal vez podría paliarse a través de un adecuado uso de los medios de reproducción antes señalados; de este modo el Juez *ad quem* puede aproximarse bastante a la aprehensión completa del acto del juicio oral y, en consecuencia, la supradicha incompatibilidad con el principio de inmediación puede verse sensiblemente minorada.

Sinteticemos con uno de los más representativos estudiosos de la segunda instancia, la apelación y las impugnaciones penales en general, Carlo Umberto DEL POZZO<sup>101</sup>, las razones esgrimidas frente a la doble instancia:

Se ha mantenido que tiene una función reparadora de la injusticia, lo cual —en opinión de los opositores a este instituto— no es totalmente

---

ción», en *V Jornadas de la Fe pública judicial. Documentación Jurídica*, 1991, n.º 69, p. 104.

99. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho Procesal. El proceso penal*, obra colectiva, Valencia, 1993, p. 32.

100. FLORIÁN, E., *Elementos...*, *op. cit.*, p. 436, el cual dice que con la doble instancia resulta más afectado el principio de inmediación que la oralidad.

101. Seguimos explicaciones de este autor en su obra *L'apello nel processo penale*, Torino, 1957, especialmente pp. 57 a 65. Vid. asimismo, su monografía *Le impugnazioni penali*, Padova, 1981.

exacto si se piensa que el Organó jurisdiccional *ad quem* forma su propia convicción con un material infinitamente menos seguro y directo del que dispone el Juez *a quo*, más próximo al «hecho» en el tiempo y, normalmente, en el espacio, y dotado de medios de prueba directos e inmediatos. Se trataría pues de una «convicción» interina, de segunda mano y, en cuanto tal, menos digna de consideración que la del Organó de primera instancia. A ello se agrega el dato de que mayores probabilidades de justicia tendrá la resolución de este Juez, dado que en el primer grado judicial rigen al máximo concentración y oralidad, lo que no puede decirse de la vista que se desarrolla ante el Organó jurisdiccional de la segunda instancia. Gráficamente se ha descrito así: «El primer Juez asiste directamente a la total exposición de la prueba; a él y por él los testigos hablan, reviviendo las propias experiencias. A través de esta inmediata comunicación, que se traduce en la posibilidad de percibir directamente las voces, los términos empleados, los gestos, comportamiento, estado de ánimo del testigo, el Juez de la primera instancia recibe una indeleble y resolutive impresión, que será determinante en su convicción. De todo ello carece el Juez *ad quem*, el cual decide incluso las más de las veces con la simple lectura de frías páginas de actas»<sup>102</sup>. A decir por tanto de los detractores de la segunda instancia, la mayor aproximación al hecho del juez del primer grado se traduce en una mayor aproximación a la verdad y, por consiguiente, a la justicia. El juicio de la segunda instancia tropieza con la mayor lejanía cronológica, espacial y psicológica del hecho, lo que le hace estar más lejos de la justicia y, en consecuencia, contradecir la función por la cual había surgido.

Sin ignorar la verdad encerrada en este argumento, también son ciertas las siguientes matizaciones: toda actividad crítica presupone un objeto sobre el que recaer; el reexamen de una resolución judicial está por lógica condicionado por la existencia de la resolución misma. No es concebible un procedimiento crítico que no venga «después» en el tiempo. El reproche alegado a la apelación es por ende común a todos los medios de impugnación, con lo que pierde consistencia. Podría pues decirse que está en el orden natural de las cosas, o que es un riesgo asumido, el que el control de la justicia de una decisión pueda hipotéticamente dar lugar a una injusticia mayor. Aquello que para el Derecho y para la lógica cuenta, es la posibilidad de control, incluso a costa de que se pueda llegar a la reforma de la sentencia justa y de aquí a la consagración de la injusticia. Por otra parte, las denunciadas ausencias de ora-

102. DEL POZZO, C.U., *L'apello nel processo penale*, *op. cit.*, p. 58.

lidad e intermediación en la segunda instancia, pueden obviarse mediante el citado empleo de modernos medios de reproducción y, singularmente, con una generosa admisión de la prueba en segunda instancia y con una obligada y consiguiente vista oral<sup>103</sup>. Todo ello sin olvidar también que a menudo la decisión de primer grado está fundada sobre elementos de prueba que en cierto modo se sustraen a la oralidad: actas, atestados, pericias, documentos, etc., pese al correctivo que supone su lectura en el juicio oral, con respeto de los principios de contradicción y defensa.

Se cuestiona también el que la decisión del Organó *ad quem* tenga mayores garantías de justicia que la dictada por el órgano *a quo*. Para ello se parte de la base de que la decisión colegiada nace de la suma de las singulares decisiones maduradas por los diversos magistrados singularmente considerados, y que en caso de reforma de la primera sentencia la resolución de segunda instancia puede ser acordada por mayoría. Por consiguiente, y suponiendo que tanto órgano *a quo* como órgano *ad quem* fueren de carácter colegiado, reuniendo idealmente los votos —a menudo unánimes— de los Magistrados de la primera instancia y aquellos de la hipotética minoría de los de la segunda, se constataría el singular fenómeno de que el convencimiento de los menos se impondría sobre el de los más.

Empero este cálculo aritmético resulta defectuoso puesto que ha omitido el factor determinante de la naturaleza del juicio colegial. El juicio expresado por el Organó jurisdiccional colegiado, no representa la suma de las opiniones particulares, o, incluso, de los singulares juicios, sino más bien la integración de los mismos<sup>104</sup>. Por ello el fraccionar la decisión colegial debe considerarse como una operación arbitraria, cuyo resultado no puede ser utilizado seriamente. Pero con ser esto suficiente para rebatir la argumentación citada, no debe olvidarse además que en todo caso, la cantidad de votos afirmativos o negativos sobre las singulares cuestiones, no puede ser legalmente comprobada y, por consiguiente, carece de valor jurídico. Es además decisivo el que la prevalencia del juicio expresado por el Organó de segundo grado tiene su justificación jurídica en la preeminencia de la función del reexamen crítico, y su ra-

103. Sobre este aspecto de la obligatoriedad de la vista, y sobre las razones que así la demandan, nos ocuparemos más adelante.

104. Gráficamente DEL POZZO, (*L'apello...*, *op. cit.*, p. 61) considera que no se sabría expresar mejor que a través de una *integral* este confluir de juicios particulares, que son ellos mismos fruto de complejas actividades racionales y espirituales, en un juicio total que es el resultante, no de las opiniones particulares, sino de la *discusión* sobre las diversas cuestiones propuestas y del *voto* sobre las cuestiones mismas.

zón práctica en la mayor experiencia de los Jueces de la segunda instancia. De donde resulta que si la mayoría de tales expertos del segundo grado se han pronunciado, por ejemplo, favorablemente al imputado, ello sea determinante para su absolución, cualquiera que hubiera podido ser el número de jueces del grado inferior que hubiere pensado en sentido diverso<sup>105</sup>.

También se ha acudido por los detractores a la estadística a fin de denunciar el alto porcentaje de sentencias reformadas, lo que no resulta idóneo para acrecentar en los ciudadanos el respeto a los Jueces y a los institutos jurídicos y, más aún, la fe en la justicia humana sin la que el orden social mal podría estar asegurado.

Admitiendo la verdad de tal control estadístico, la consecuencia que de tal dato sería lícito extraer es justamente la contraria. El gran número de sentencias reformadas demostraría la utilidad del instituto. No es plausible decir que la fe en la justicia puede nacer eliminando los sistemas de control de las resoluciones judiciales; en esta línea, el *optimum* vendría dado por la supresión de todo medio de impugnación contra las sentencias, cuyas consecuencias son fáciles de imaginar<sup>106</sup>.

Otro argumento barajado contra la segunda instancia es el siguiente: si tras una nueva y completa *cognitio*, resulta la discrepancia sobre la declaración de los hechos entre primer y segundo juicio, tal contraste sólo podría ser superado dialécticamente a través de un nuevo reexamen sobre el fondo, de hecho y de derecho, por obra de un tercer Órgano jurisdiccional. Por lo que una segunda instancia postularía una tercera instancia, con los graves efectos que derivarían para la debida celeridad de los juicios y la solícita declaración de la verdad.

Entendemos que esta crítica, en su caso, sería sólo válida si la segunda instancia fuera construida con un carácter pleno, es decir, con la devolución al Juez *ad quem* de la totalidad del primer juicio, lo que no sucede en la mayoría de los países que la regula, como es el caso del nuestro<sup>107</sup>, en el que, como se sabe, se ha optado por un sistema de apelación restringida. No se encuentran pues juicio de primer grado y juicio de apelación en un mismo plano, ni desde el punto de vista del derecho positivo. Así, y prescindiendo de consideraciones de tipo positivo (piénsese v.gr. en la limitación de prueba en la segunda instancia), y atendiendo a criterios lógicos, es preciso advertir que el juicio de segunda

105. DEL POZZO, C., *Ibidem*.

106. DEL POZZO, C., *L'apello...*, op. cit., p. 62.

107. Si bien en los limitados casos en que se admite.

instancia es realmente, y no sólo formalmente, un juicio sobre un juicio; un control crítico efectuado por un Juez superior sobre la decisión de otro inferior y no existe posibilidad de contraste entre los dos juicios capaz de postular una tercera instancia: las leyes del orden y de la lógica imponen que valga la decisión del Órgano de la apelación, esté en contradicción o en conformidad con lo decidido por el primer Juez. La *tercera instancia* sería desde tal punto de vista, meramente arbitraria.

Se ha criticado igualmente a la doble instancia por el notable retardo que en el curso de la justicia produce. Sus oponentes acuden al dogma de que una justicia tardía no es justicia, y en cuanto la repetición del juicio contradice claramente esta exigencia de celeridad niegan la conveniencia de la apelación, sin perjuicio en cambio de que deba proveerse a los eventuales errores del Juez a través de otros mecanismos, como la casación para los errores de derecho y la revisión para los de hecho.

Esta última objeción, hemos de reconocerlo, no está privada de todo fundamento. Es innegable que el sistema de la doble instancia retrasa la certeza o consumación de las situaciones jurídicas hasta tanto la sentencia no adquiera fuerza de cosa juzgada, como incuestionable es asimismo que una magistratura penal menos pronta y solícita es igualmente menos eficaz en la consecución de los fines para los cuales ha sido instituida. Lo dicho cobra mayor valor si cabe, en un Estado caracterizado en este campo por la escasez de personal jurisdiccional, de medios, de subsidios técnicos e instrumentales, realidad esta que conduce a que la lentitud de la Justicia penal sea en principio un fenómeno incontestable.

Pero todo ello no es bastante a la hora de refutar nuestra tesis, pues del mismo modo se podría sostener la abolición de todo tipo de impugnaciones sin exclusión alguna, ya que todas y cada una de ellas entrañarían una demora en la declaración judicial del Derecho. Parafraseando a CALAMANDREI, podríamos decir nosotros que el reconocimiento del derecho al doble grado jurisdiccional, a través de la disposición de los oportunos medios impugnativos, «representaría una conciliación entre las dos exigencias, frecuentemente enfrentadas, de la Justicia: la de la celeridad y la de la ponderación. Entre el obrar pronto, pero mal, y el obrar bien, pero tarde»<sup>108</sup> la doble instancia satisfaría más bien el segundo objetivo en cuanto asegura justicia a costa de una razonable demora en su declaración.

108. CALAMANDREI refería estas palabras a las medidas cautelares, respecto de las cuales concluía que «tienden, ante todo, a obrar pronto dejando que el problema del bien y del mal, esto es, de la justicia intrínseca de la medida, sea resuelto más tarde con la necesaria ponderación en las reposadas formas del proceso ordinario» (*Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 20).

Aceptando la parcial verdad de que una justicia tardía puede equivaler a una denegación de justicia, ha de advertirse que llevada tal idea a sus últimas consecuencias la óptima sería «la justicia del Cadí». El argumento de los efectos dilatorios que la doble instancia entraña, carece de peso decisivo ya que a menudo el retraso del que se habla no es tal, sino más bien el período de tiempo preciso para el desarrollo de la actividad jurisdiccional con las garantías que el ordenamiento exige. La importancia de las eventuales dilaciones es desde luego mínima en atención al respeto de los valores jurídico fundamentales cuya realización connota un determinado espacio temporal<sup>109</sup>.

En cualquier caso la aludida dilación no puede ser significativa en un régimen que como el de la LECrim. consagra un sistema de apelación restringida<sup>110</sup>, y además está probado que en un porcentaje mayoritario de casos, donde nuestro proceso penal sufre el mayor retraso es en la fase de instrucción.

Finalmente resta por analizar un último argumento contra la ampliación de la doble instancia: su armonización con el mandato constitucional de la participación popular en la Administración de justicia a través de la instauración del Jurado.

Tradicionalmente y atendiendo a la configuración originaria de este instituto, se han señalado como insalvables puntos de fricción para su coexistencia con el principio de doble instancia diversas razones, ya políticas, ya técnicas. Políticamente chocaría de modo frontal con este mecanismo previsto para que el pueblo administre directamente justicia, al suponer un fraude el que a un Tribunal superior, formado exclusivamente por magistrados, se le conceda la última palabra a través del recurso de apelación. Desde un punto de vista técnico, la «apreciación en conciencia» de la prueba y el veredicto irrazonado, escapan *per se* a cualquier control por un Tribunal *ad quem*, sin olvidar la absoluta oralidad del procedimiento, que impide la reproducción de la prueba en la segunda instancia.

109. Vid. en este sentido TROCKER, N., (*Processo civile e Costituzione. Problemi di diritto tedesco e italiano*, Milano, 1974, pp. 250 y ss.), quien sostiene que «la efectividad de la tutela jurisdiccional puede quedar comprometida cuando el tiempo marcado es demasiado corto puesto que si no concede un tiempo mínimamente necesario para la realización de los actos orientados a la obtención última de la tutela jurídica, nos encontramos con que también ésta puede ser ineficaz».

110. En tanto en cuanto el *novum iudicium* ha de recaer sobre los mismos hechos que tuvo presentes el juzgador de instancia, no siendo admisible en la segunda modificar o ampliar el objeto de la primera, y sólo excepcionalmente pueden ser practicadas nuevas pruebas durante la tramitación de la apelación. Cfr. por ejemplo con el régimen de la StPO en cuyo art. 323.3 se admite con carácter general la práctica de nuevas pruebas.

Nuestro propio legislador de 1882 se hizo eco de estas razones al adoptar el principio de única instancia con miras a la esperada Ley del Jurado, finalmente promulgada en 1888. Pero, en el momento actual, habría que resolver antes el discutidísimo tema del Jurado, sus modalidades de Jurado puro, Escabinado o Mixto y, no obstante, sería destacable su compatibilidad con la doble instancia, lo que ya se previó incluso con soluciones distintas en la legislación decimonónica<sup>111</sup>. Además la dificultad de reproducir en el juicio de apelación la prueba practicada en la primera instancia en atención a la oralidad del procedimiento, podría reducirse, según se viene manteniendo, a través de un adecuado empleo de los medios mecánicos de reproducción. Más problemas suscita el argumento técnico relativo a la dificultad de controlar el inmotivado veredicto del Jurado, sobre todo en el caso del modelo anglosajón<sup>112</sup>, ya que, en éste habría que limitar la apelación al estricto ámbito jurídico con lo cual, «en un círculo sin sentido, vendríamos a inventar un difuso recurso de apelación a imagen y semejanza del de casación. Sin embargo el referido impedimento es factible de obviar en los más evolucionados modelos de Jurado, que posibilitan la motivación fáctica o razonamiento de la prueba en la sentencia»<sup>113</sup>, y que han sido acogidos por los sistemas europeos más próximos al español como el italiano, portugués o alemán<sup>114</sup>.

111. A tal fin tendían la llamada «devolución del veredicto» por incongruencia y oscuridad y el denominado «recurso de revista» que era una especie de *querella nullitatis*, dirigido a anular un veredicto cuando, en opinión unánime del Tribunal de derecho, fuera manifiestamente injusto a la hora de declarar la culpabilidad o inculpabilidad del acusado; en tal supuesto, había de declararse la nulidad del juicio oral y volver a constituir un nuevo Jurado (art. 15 Ley del Jurado de 1888).

112. Decimos sobre todo en el caso del anglosajón, porque en el caso del Escabinado se posibilita la motivación fáctica o razonamiento de la prueba en la sentencia, con lo cual el impedimento desaparece.

113. GIMENO SENDRA, V., «El derecho a los recursos...», *op. cit.*, p. 155 y, asimismo, en «La casación y el derecho a los recursos...», *op. cit.*, p. 553. Se pronuncian igualmente en pro de esta solución, GÓMEZ COLOMER, J.L., «Comentarios en torno a los arts. 19.2 y 83 LOPJ de 1985: problemas prácticos aplicativos y de «lege ferenda» del futuro juicio con Jurado en el proceso penal», en *Libro homenaje al Prof. Gutiérrez Alviz*, Valencia, 1988, pp. 717 y ss. y CLIMENT DURÁN, C., «La estructura lógica del razonamiento de los escritos de alegaciones. La modificabilidad de la sentencia por efecto de los recursos de apelación y de la casación penales», en *RGD*, 1991, n.º 560, p. 3.960. Se muestra en cambio excéptico GARCÍA PÉREZ, J.J., «Proceso penal...», *cit.*, p. 679, considerando que aunque se opte por el Jurado mixto o escabinado, los escollos, si bien menores, seguirían existiendo y exigirían un esfuerzo imaginativo para solventarlos del que en estos momentos duda que sea capaz de realizar el legislador.

114. Así el modelo acogido por el *Codice di procedura penale* en el cual existe la *Corte de Asises (Giuria)*, órgano compuesto por dos Magistrados ordinarios (uno denominado *Giudice a latere* y otro que asume las funciones de Presidente del Colegio) y

## VI. PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

Manteniendo, desde el examen realizado, no sólo la conveniencia sino también la necesidad de la doble instancia, parece de recibo terminar esta exposición enumerando algunos de los más puntuales requisitos que su adopción con carácter general entraña, proponiendo en su caso las oportunas soluciones de lege ferenda:

En primer término, habría que disponer, en las distintas hipótesis, incluyendo las de aforamiento, los órganos competentes para conocer del recurso de apelación.

Correspondería, según pacífica doctrina, a las salas de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia los recursos contra las sentencias dictadas por las Audiencias provinciales de la respectiva Comunidad Autónoma<sup>115</sup>. En las causas de aforados falladas por las Salas de lo Penal de los citados Tribunales Superiores de Justicia, conocerían estos en Pleno; otra solución barajada, cual es la de que sea la Audiencia Nacional el órgano llamado a resolver en tales casos en segunda instancia sería incorrecta, porque se desvirtuaría el deseo constitucional de que en aquel Tribunal

seis jueces populares elegidos por sorteo entre ciudadanos que reúnan determinadas condiciones prescritas por la Ley. Como órgano de segunda instancia para conocer de las materias que sean de la competencia de la Corte de Asises (materias que generalmente se corresponden con delitos que podrían calificarse de *más graves* —art. 5 C.P.P.—), se instaura la Corte de Asises de Apelación, con igual composición que la primera. Se ha apuntado que el nuevo Código recoge el *lento declive* de la Corte de Asises como órgano jurisdiccional mediante la reducción de sus competencias, particularmente respecto a aquellos delitos que exigen un específico conocimiento técnico, del que difícilmente pueden disponer los Jueces populares. En el sistema portugués el *Tribunal de jurado* está formado por los tres magistrados que componen el llamado Tribunal colegiado, más cuatro jurados titulares y cuatro suplentes. Por su parte en el ordenamiento germánico nos encontramos con que el órgano jurisdiccional de primera instancia por excelencia (el 90% de las causas por delito le están a él atribuidas) son los *Amgerichts* que pueden funcionar como órgano unipersonal (compuesto por un Juez) o como escabinado (un Juez más dos escabinos); la apelación en las sentencias dictadas por este órgano se atribuye a los *Landgerichts*, órgano de apelación por excelencia ya que como órgano de instancia sólo le están atribuidas un 10% de las causas por delito, casos éstos en que sólo está prevista casación ante el *Bundesgerichtshof* o T.S. federal.

115. Así, por ejemplo, GIMENO SENDRA, V., «El derecho a los recursos...», *op. cit.*, p. 155 y «La casación...», *op. cit.*, p. 552; GARCÍA PÉREZ, J.J., «Proceso penal...», *op. cit.*, p. 680; RUIZ VADILLO, E., «Hacia una nueva casación...», *op. cit.*, pp. 5.660 y 5.681; GUTIÉRREZ GONZÁLEZ, C., «Consideraciones críticas al sistema de recursos del procedimiento penal abreviado por delitos menos graves (L.O. 7/1988, de 28 de diciembre)», en *RGD*, 1990, núm. 548, pp. 3.116 y 3.117; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J. y RODRÍGUEZ RAMOS, L., «La vista oral en los recursos. Criterio del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su proyección sobre la regulación española», en *La Ley* 1991-2, p. 1.252.

—TSJ— terminen las sucesivas instancias. Si la sentencia hubiere sido dictada por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sería ésta en Pleno la encargada de resolver la apelación; se descarta de este modo la posibilidad de encomendar tal tarea al Tribunal Supremo, porque sería ilógico que su Sala Penal entrara a conocer de estos recursos ordinarios. Finalmente si se falló en primera instancia por la Sala Segunda del Tribunal Supremo sería la Sala especial prevista en el art. 61 LOPJ la competente para conocer de tales causas en segunda instancia<sup>116</sup>.

La defendida generalización de la doble instancia a todas las causas por delito, aconsejaría la supresión del motivo segundo del art. 849 LE-Crim., cuya prescindibilidad parece clara y, como propone el Profesor GIMENO, su sustitución por otra norma que permitiera al Tribunal Supremo elaborar una depurada doctrina sobre la *prueba prohibida*<sup>117</sup> y, en esta línea, prever una casación *per saltum*, que hiciera posible el traslado directo del asunto al Supremo cuando el recurso hubiera de fundamentarse exclusivamente en la infracción de ley material o procesal<sup>118</sup>. Concurriendo los motivos taxativamente enumerados por la LECrim. en sus arts. 849 a 851, se abriría la casación para todo tipo de delitos<sup>119</sup>; con ello se satisfaría el cometido de crear la jurisprudencia para unificar la interpretación del derecho penal, en aras de la seguridad y certeza jurídicas, hoy seriamente minadas al no acceder la mayor parte de las causas penales a la casación<sup>120</sup>, y cuya necesidad se agudiza ante la inminente

116. Así, por ejemplo, RUIZ VADILLO, E., «Hacia una nueva casación...», *op. cit.*, p. 5.681 y GONZÁLEZ PÉREZ, J.J., «Proceso penal...», *op. cit.*, p. 681.

117. GIMENO SENDRA, V., «El derecho a los recursos...», *op. cit.*, p. 156 y en «La casación y el derecho a los recursos...», *op. cit.*, p. 554, proponiendo incluso la siguiente redacción alternativa: «Cuando el Tribunal hubiera fundado su sentencia en actos que no constituyan medio de prueba alguno o en pruebas obtenidas mediante infracción de preceptos constitucionales o a través de medios que la ley no autoriza».

118. GIMENO SENDRA, V., *Ibidem*.

119. Extremo propuesto por RUIZ VADILLO, E., «Hacia una nueva...», *op. cit.*, p. 5.682; GARCÍA PÉREZ, J.J., «Proceso penal...», *op. cit.*, p. 682; GIMENO SENDRA, V., «El derecho a los recursos...», *op. cit.*, p. 153 y en «La casación...», *op. cit.*, p. 550.

120. Sin entrar ahora en este tema, debemos no obstante destacar la grave situación que en la actualidad padecemos ya que tras la reforma de la LECrim. operada por la Ley de 28 de diciembre de 1988, sólo las causas por delito que lleven aparejada pena superior a seis años tienen acceso a la casación. Este dato, examinado con las estadísticas judiciales, supone que sólo llegarán al Tribunal Supremo una por cada cien (casos de homicidio, asesinato, algunos supuestos de tráfico de drogas, lesiones y pocos más) lo que es dejar prácticamente sin contenido la jurisprudencia penal. Tal realidad se encuentra agravada, si cabe, por la «proletarización» de sus Magistrados sometidos a un planteamiento estajanovista, funcionando en secciones aisladas e independientes desconociendo, por su ritmo de trabajo, las sentencias anteriores y las dictadas por las otras sec-

promulgación de un nuevo Código Penal. Pero somos conscientes de una grave consecuencia y es que con ello indudablemente corremos el riesgo de mantener la saturación del Tribunal Supremo.

Resta exigir que se aproveche esta revisión legislativa para corregir un aspecto que introducido en la apelación con la reforma de 1988, artículo 765, resulta de dudosa constitucionalidad. Nos referimos a la posibilidad de que el recurso pueda tramitarse sin que se celebre vista, por no haber sido propuesta prueba y no estimarla necesariamente la Audiencia.

La no imperatividad de la vista choca frontalmente con el art. 120 de nuestra Constitución que se pronuncia en su apartado segundo en pro de la oralidad del procedimiento, sobre todo en materia criminal. El legislador ordinario, en su afán de regular un procedimiento ágil y rápido, hace caso omiso de esta declaración del constituyente considerándola más pragmática que preceptiva. Tal actitud lesiona directamente el contenido básico de un derecho fundamental cual es el de la tutela judicial efectiva y asimismo el art. 6.1) del Convenio Europeo del Derechos Humanos que, entre otros extremos consagra el derecho de audiencia. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre todo en el asunto Ekbatan<sup>121</sup> estimó que al constituir el proceso penal un todo, la protección del art. 6 no termina con el fallo de primera instancia; en consecuencia el cumplimiento de las exigencias dimanantes del citado precepto lleva a considerar que la celebración de audiencia pública en la segunda instancia debe entenderse regla general, y sólo podrá prescindirse de ella en los procedimientos para autorizar la interposición del recurso de apelación y en aquéllos que se refieren exclusivamente a cuestiones de derecho y no a las de hecho.

La aplicación directa del Convenio Europeo y doctrina vertida sobre el citado art. 6.º por el Tribunal de Estrasburgo conduce pues inequívocamente a exigir la celebración de vista cuando lo que se discuta en segunda instancia sean los hechos imputados, con independencia de que se haya o no pedido prueba y de la voluntad del órgano *ad quem*. Es pues muy cuestionable la constitucionalidad del art. 795 de la LECrim. por lo que debería reformarse recogiendo las exigencias de su tramitación con vista, en todo caso en que se discutan los hechos. A fin de que el conjunto guarde la debida coherencia científica dicha reforma sería igual-

ciones, lo que hace que a menudo sean contradictorias. Sobre estas cuestiones, vid. por todos, SERRANO GÓMEZ, A., «El procedimiento abreviado (Crisis de la jurisprudencia e indefensión)», en *Actualidad Penal*, 1990-1, pp. 85 y ss.

121. S. TEDH de 26 de mayo de 1988.

mente exigible en lo que a la casación se refiere debido a la conjunción de los arts. 849.2 y 893 bis. a); sin embargo y si a la par que se generaliza la doble instancia se procede a la supresión del motivo 2.º del art. 849 desterrando de la casación toda posibilidad de revisión de los hechos, podría en principio mantenerse el art. 893.bis.a) tal y como hoy está redactado.

Nuestros planteamientos favorables a la generalización de la doble instancia, son coincidentes con el desgraciadamente desoído informe formulado por el Consejo General del Poder Judicial el 18 de diciembre de 1991 al Anteproyecto de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. Concretamente y al pronunciarse sobre las modificaciones introducidas en la LECrim., *motu proprio* propuso —y cito textualmente— que «sería conveniente, de una vez por todas, instaurar de modo genérico la apelación en materia penal, atribuyendo el conocimiento del recurso a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores, cuando hubiere conocido la Audiencia Provincial en primera instancia. Pero lo cierto es que tal reforma es aconsejable por razones de orden constitucional. Y, una vez llevada a efecto, permitiría (v.gr. mediante la atribución de firmeza a la sentencia, tras la apelación) reducir el número de recursos de casación, al evitar los dilatorios, y permitir, de ese modo, que la casación pudiera extenderse a todos los delitos, cosa del máximo interés ante la entrada en vigor de un nuevo Código Penal. Esta reforma podría llevarse a cabo dentro de esta Ley sin perjuicio de supeditar su entrada en vigor a la modificación puntual de la Ley Orgánica en cuanto a la composición de las Salas de lo Civil y Penal».

Para concluir estas reflexiones en orden a la generalización del principio de doble instancia a todas las causas por delito, así como la necesidad de efectuar sino una profunda reforma, sí al menos los indispensables retoques en el recurso de casación, a fin de armonizar debidamente el sistema de impugnaciones, hacemos nuestras las palabras de RUIZ VADILLO resaltando que las diferencias entre la apelación y la casación son extraordinariamente importantes y cada una de ellas ha de cubrir una zona de garantías propia y autónoma, por lo que no es lícito solaparlas como en la actualidad sucede<sup>122</sup>. Pensamos que la desafortunada situación que padecemos es debida, señaladamente, a la ausencia del principio de doble instancia: como no hay apelación y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos exige el respeto al doble grado de Jurisdicción, el Tribunal Constitucional, para salvar la constitucionalidad de

122. RUIZ VADILLO, E., «Hacia una nueva...», *op. cit.*, p. 5.663.

nuestro ordenamiento procesal penal, dulcifica los requisitos formales y los mismos límites del recurso de casación, proporcionando una interpretación que ensancha de modo excepcional el contenido de este recurso, hasta el punto que el recurrente viene a considerarlo como ordinario; todo ello provoca la denunciada saturación del Tribunal Supremo<sup>123</sup> y el que resulte así un círculo vicioso, del que —a no acometerse la indispensable reforma— será muy difícil salir. En definitiva, se exige una definición clara del nuevo modelo de enjuiciamiento penal a seguir el cual sin renunciar a las máximas fundamentales admirables ya consagradas en la ley procesal de 1882, sepa actualizarse e incardinarse plenamente en los pilares del Estado social de Derecho que tenemos, en el que una justicia penal, además de ofrecer eficacia y celeridad, ha de dar totales garantías para los enjuiciados.

123. Pese a que conforme a las últimas estadísticas se aprecie una tendencia a la baja.

## EL PROCEDIMIENTO DE LAS ACCIONES DE GRUPO (*CLASS ACTIONS*) EN LOS ESTADOS UNIDOS DE AMERICA

LORENZO-MATEO BUJOSA VADELL  
 Profesor Titular de Universidad Interino  
 Área de Derecho Procesal  
 Universidad de Salamanca

### SUMARIO:

I. Introducción. — II. Origen y evolución histórica. — III. Presupuestos: 3.1. Im-practicability of joinder; 3.2. Common questions of law or fact; 3.3. Typical claims or defenses; 3.4. Adequacy of representation. — IV. Clases: 4.1. Rule 23 (B) (1); 4.2. Rule 23 (B) (2); 4.3. Rule 23 (B) (3). — V. Especial consideración de la protección de miembros ausentes. — VI. La exigencia de notificación. — VII. El papel del órgano jurisdiccional. — VIII. Transacción y desistimiento. — IX. Problemas en la ejecución de la resolución judicial. — X. Conclusión.

### I. INTRODUCCIÓN

El Derecho comparado ofrece diversos instrumentos para la tutela colectiva de los intereses de grupo ante la jurisdicción. Algunas de estas soluciones son cercanas a la regulación de nuestro ordenamiento, como la protección a través de organizaciones encargadas de defender en juicio los intereses cuya finalidad constituye su razón de ser, o como la acción

popular, vía destacada en la que se persigue más bien una tutela objetiva del ordenamiento. Sin embargo existe otra vía por la que la propia colectividad accede directamente al proceso, surgida en los países anglosajones y desconocida propiamente en los ordenamientos de nuestro entorno<sup>1</sup>: es la que denominamos «acción de grupo».

La importancia de la experiencia estadounidense, especialmente en el plano federal, se debe a que ofrece el modelo más desarrollado y maduro de acción de grupo para la protección jurisdiccional de los intereses de grupo. Este ejemplo es una fuente de inspiración para solucionar problemas prácticos en esta materia y ha sido tomada muy en cuenta en las nuevas regulaciones no sólo en contextos jurídicos anglosajones, como los distintos ejemplos australianos o el de Ontario en Canadá, sino también, en algunos aspectos, en ordenamientos de origen romanista como Quebec<sup>2</sup> y Brasil<sup>3</sup>, y en las propuestas francesas para un Código de consumo<sup>4</sup>. Aún conscientes de la diversidad de contexto jurídico en el que nos desenvolvemos y con los usuales riesgos del estudio comparativo<sup>5</sup>, consideramos útil un detenido examen del procedimiento regulado en la Rule 23 FRCP, introduciéndolo en el debate español *de lege ferenda* acerca de nuevas e imaginativas soluciones para resolver los conflictos jurídicos en que intervienen masas de afectados, con el objetivo de adaptar los viejos esquemas individualistas a los nuevos tiempos, si bien respetando suficientemente las garantías individuales<sup>6</sup>.

1. Vid. ALMAGRO NOSETE, «Estudio sobre una proposición de directiva comunitaria que regule las acciones colectivas y de grupo de los consumidores», *Justicia* 90, 1990, p. 538.

2. Vid. sobre la experiencia canadiense, tanto respecto al área anglosajona, como respecto a la romanista, L'HEUREUX, «El acceso efectivo del consumidor a la justicia: Tribunales de Pequeñas Reclamaciones y Acciones de Interés Colectivo», *EC*, núm. 24, 1992.

3. Vid. PELLEGRINI GRINOVER, «Il nuovo processo brasiliano del consumatore», *RivDP*, 1991, pp. 1.057-1.073.

4. *Propositions pour un code de la consommation*, La Documentation Française, 1990, arts. 271 y ss. Vid. algunos comentarios sobre estas propuestas en CALAIS AULOY, *Droit de la consommation*, 3e. ed., Dalloz-Sirey, París, 1992, pp. 398-399.

5. Es conocida la afirmación de MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 10, referida a que las «leyes (políticas y civiles) deben ser adecuadas al pueblo para el que fueron dictadas, de tal manera que sólo por una gran casualidad las de una nación pueden convenir a otra». No obstante, como observa RUFFOLO, *Interessi collettivi o diffusi e tutela del consumatore*, I, Giuffrè, Milano, 1985, p. 10: «appare opera feconda la analisi comparatistica, ed ancor più la utilizzazione d'essa quale momento di una interpretazione sistematica capace di utile riflessione circa le differenti 'vie nazionali' imboccate da ordinamenti diversi posti di fronte a problemi analoghi».

6. Como observa VIGORITI, *Interessi collettivi e Processo. La legittimazione ad agi-*

Las *Class Actions* (CA) son, básicamente, procesos en los que se litiga en defensa de grupos de personas que se encuentran en situaciones materiales similares. Según afirma HOMBURGER, en estos casos es el también interés egoísta —*self interest*—, que sostiene todo el sistema procesal contradictorio, la fuerza motivadora que también fundamenta este procedimiento<sup>7</sup>. En esencia, los representantes, autonombrados, y sus abogados, supervisados por el órgano jurisdiccional, puedan representar los intereses de los miembros de un grupo hasta el punto de hacer innecesario que se aplique el principio de audiencia en relación con estos últimos<sup>8</sup>. Debe garantizarse, no obstante, la *judicial fairness* a los miembros ausentes, antes de que éstos queden vinculados por la decisión judicial que resuelva sobre las cuestiones comunes. A la luz de los principios constitucionales, con antecedentes en el *common law* inglés, se exige que los derechos personales no queden afectados sin previa notificación de la pendencia del proceso ni sin que se le dé a la persona afectada la oportunidad de ser oída por un tribunal competente<sup>9</sup>. Pero en el procedimiento que pretendemos examinar las exigencias de *due process* se resuelven a través de una vía indirecta: no a través del cumplimiento riguroso del principio de audiencia, sino garantizando el presupuesto de una adecuada representación<sup>10</sup>. Partiendo de este último, no es necesario

*re*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 108, supone el intento de conciliar de un lado el respeto al principio de la normal coincidencia entre titularidad de los intereses en el plano sustancial y la legitimación para actuar, con la exigencia por otro lado de organización y control de las iniciativas comunes.

7. HOMBURGER, «State Class Actions and the Federal Rule», *ColLR*, vol. 71, 1971, p. 610 «We may trust man to help his fellow man if by doing so he helps himself —particularly if only by helping others will he be able to protect and promote his own interests. Building on that simple premise, the device provides for the use of man's natural instinct to act in his own best interest in order to achieve justice and procedural efficiency in mass litigation».

8. GARTH, «Studying Civil Litigation Through the Class Action: Introduction», *IndLJ*, vol. 62, 1986-1987, p. 497.

9. NEWBERG, *Newberg on...* op. cit., t. 1, pp. 375 y ss. Este es el principio que el propio TC español aplica cuando establece en la S TC 70/1983, de 26 de julio, que «no todo vicio procesal incide en la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. Pero cuando el vicio consiste en el incumplimiento de una garantía elemental, como es la audiencia del afectado, es preciso reconocer que la resolución judicial ha violado el derecho fundamental alegado», y añade al respecto que «la economía procesal (...) constituye sin duda un valor atendible en el proceso, pero sin llegar a poder cubrir la violación de un derecho fundamental y el perjuicio de los derechos del afectado; pues como dijo este Tribunal en Sentencia de 24 de julio de 1981 (...) 'la economía procesal es lógicamente de inferior rango en una escala axiológica de los principios procesales, a la que, por otra parte, puede atenderse por medios de menor trascendencia».

10. La Enmienda XIV de la Constitución norteamericana, en que se constituciona-

que se persone el miembro del grupo ante el órgano jurisdiccional si sus intereses son adecuadamente defendidos por otro miembro que sí actúe ante el tribunal con las debidas garantías; cuando ni el mecanismo litisconsorcial, ni los métodos ordinarios de litigación son aplicables al caso, una solución realista es hacer prevalecer el derecho fundamental de acceso a la tutela judicial efectiva por encima de un rígido principio de audiencia<sup>11</sup>. Hay que valorar, sin embargo, esta novedad en sus justos términos, pues se debe tener en cuenta que nos encontramos en un ordenamiento jurídico en que todos los días hay innumerables personas que quedan vinculadas por resultados de procesos en los que no han intervenido por la vigencia del principio de sujeción a los precedentes judiciales —el principio del *stare decisis*—, que limita la discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales<sup>12</sup>.

Estamos ante un ejemplo de litigación compleja —*Complex Litiga-*

liza el principio de *due process*, declara que «... ningún estado privará a persona alguna de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal...». Asimismo, más en concreto, en relación con el proceso penal, la enmienda V establece que «... nadie será obligado, en juicio criminal, a declarar contra sí mismo, ni será privado de su vida, su libertad, su propiedad, sin el debido proceso legal...». TARUFFO, «I limiti soggettivi del giudicato e le 'class actions'», *RivDP*, p. 622, observa que este principio se interpreta, por lo menos en relación con la extensión subjetiva de los efectos de cosa juzgada, de un modo algo elástico, teniendo en cuenta las exigencias concretas que están en la propia base del procedimiento de CA.

11. Vid. HOMBURGER, «Private Suits in the Public Interest in the United States of America», *BufLR*, vol. 23, 1974, p. 362. KALVEN & ROSENFELD, «The Contemporary Function of the Class Action», *UChLR*, vol. 8, 1941, pp. 714-715, se planteaban la cuestión de compatibilizar dos ideas procesales básicas: por un lado, la excepcionalidad y consiguiente restricción de la privación a un ciudadano de su «day in court», es decir, de la oportunidad de ser oído por el órgano jurisdiccional que va a resolver el proceso, y, por otro lado, el aseguramiento de la eficiencia en el proceso. Estos autores se muestran favorables a la utilidad de los procesos de grupos si se dejaba abierta la posibilidad de que los miembros ausentes tras serles notificado pudieran participar en los beneficios resultantes del proceso. En este sentido son fundamentales los casos *Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble*, 225 U.S. 356, y *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 41, en los cuales se afirma que el proceso de CA es una excepción a las reglas generales, pero que se adecúa a las exigencias constitucionales del proceso debido siempre que se asegure la protección de los intereses de los miembros ausentes a través de una representación adecuada. En opinión de PELLEGRINI GRINOVER, «Il nuovo processo...», op. cit., p. 1.067: «No hay duda que la cláusula norteamericana tiene fundamento constitucional y pretende conciliar exactamente las garantías del proceso justo con las técnicas peculiares de las acciones colectivas».

12. Vid. FRANKEL, «Some Preliminary Observations Concerning Civil Rule 23», *FRD*, vol. 43, 1967, p. 46. Sobre el principio de *stare decisis*, vid. MANDELLI, «Recenti Sviluppi del Principio dello *Stare Decisis* in Inghilterra e in America», *RivDP*, 1979, pp. 660-690, y también SHREVE & RAVEN-HANSEN, *Understanding Civil Procedure*, Matthew Bender & Co., 1990, pp. 457-460.

*tion*—<sup>13</sup> por el número de las partes implicadas, en el que surgen problemas de coordinación de las actividades de las múltiples partes y sus abogados en la preparación y tramitación del caso para evitar una innecesaria duplicación. Aunque no son complejas todas las *class actions*, cuando se ejercitan pretensiones por o contra un grupo surgen especiales problemas en la tramitación<sup>14</sup>. De todas formas es un procedimiento muy controvertido en la doctrina y la jurisprudencia norteamericanas. Choca, en primer lugar, con obstáculos teóricos: la ideología del individualismo que se refleja en el principio de que cada persona debe controlar su propio proceso (principio dispositivo) y, por otro lado, con obstáculos prácticos: cuando el tamaño del grupo aumenta los procesos de grupos empiezan a parecerse a la actividad política<sup>15</sup>. Para algunos es la única vía de acceso a la justicia de quienes pretendan encontrar satisfacción para sus pequeñas reclamaciones —*small claims*—; para otros es un instrumento para la resolución de importantes cuestiones sociales; incluso se le ha llegado a considerar como una panacea para las «enfermedades sociales»<sup>16</sup> que tiene a la vez un efecto disuasorio frente a las conductas ilegales y un efecto compensatorio para los perjudicados por ellas. Pero para otros sectores ha sido motivo de alarma y ha llegado a recibir los más curiosos calificativos: se le ha llamado chantaje legalizado —*legalized blackmail*—<sup>17</sup>, e incluso monstruo de Frankenstein —*Frankenstein monster*—<sup>18</sup>.

La justificación teórica de este procedimiento se ha llevado a cabo a partir de tres teorías distintas<sup>19</sup>:

13. CASAD, «Courts and Lawyers facing Complex Litigation Problems», National Report for the United States of America, 9.º Congreso Mundial de Direito Processual, Coimbra e Lisboa - Portugal, 25-31 de agosto de 1991. Vid. los comentarios de FAIRÉN GUILLEN, *Ensayo sobre procesos complejos. La complejidad de los litigios*, Tecnos, Madrid, 1991.

14. *Manual for Complex Litigation*, West Publishing Co. St. Paul, Minnesota, Second Edition, 1985, p. 205.

15. Cfr. YEAZELL, «From Group Litigation to Class Action, Part I: The industrialization of Group Litigation», *UCLA LR*, vol. 27, 1980, 514-515.

16. POMERANTZ, «New Developments in Class Actions. Has their Deth Knell Been Sounded?», *Busl*, vol. 25, 1970, p. 1.260.

17. HANDLER, «The Shift from Substantive to Procedural Innovations in Antitrust Suits - The 23rd Annual Antitrust Review», *ColLR*, vol. 71, 1971, p. 9, haciendo referencia a que el demandado prefiere llegar a una transacción injusta antes que a una sentencia que puede ser catastrófica para su economía.

18. En *Eisen v. Carlisle & Jacquelin* 391 F. 2d 555, 572 (1968) el *Chief Justice* Lumbard termina su voto particular con las siguientes palabras: «The appropriate action for this Court is to affirm the district court and put an end to this Frankenstein monster posing as a class action». Vid. MILLER, «Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Mith, Reality and the 'Class Action Problem'», *92 HarLR*, vol. 92, 1979, p. 665.

19. Vid. Note, «Developments in the Law. Class Actions», *HarLR*, vol. 89, 1976, pp. 1.330 y ss.

1. La *teoría de la comunidad de interés*, materializada en las regulaciones de las CA del siglo XIX. Según esta formulación se entiende que la existencia de un grupo deriva de la naturaleza del derecho o interés cuya titularidad corresponde a los miembros potenciales del grupo. Se exige una comunidad de derechos o intereses, y no se admiten estos procedimientos cuando los miembros del grupo afirman la titularidad de derechos diversos<sup>20</sup>. Cuando se determina la existencia de tal comunidad la cuestión de la protección de los miembros ausentes supone un problema menor, pues si esa comunidad existe es irrelevante la persona que proteja esos intereses en el proceso, siempre que comparta esos intereses comunes<sup>21</sup>.

2. La *teoría del consentimiento*, reflejada en las normas federales procesales de 1938 y 1966. A diferencia de la teoría anterior ésta se basa en el consentimiento de los distintos miembros del grupo; lo importante no es ya que los distintos miembros del grupo compartan un interés sino que para la existencia de un grupo, de una *class*, el punto básico es el consentimiento de sus miembros potenciales. Es una visión individualista de las CA. En esta teoría se encuadra la técnica del «one-way intervention», que se aplicaba en relación con las «spurious class actions» de la Rule 23 de 1938: los individuos pasaban a ser miembros del grupo únicamente si expresamente lo solicitaban y sólo después quedaban expuestos a los efectos de la sentencia. Pero como este consentimiento se podía emitir incluso tras la obtención de la resolución que ponía fin a la fase declarativa, estas personas podían reflexionar acerca de si les convenía someterse a esa sentencia como miembros del grupo o, en cambio, confiar en los futuros resultados de un proceso individual. De este modo el demandado podía quedar expuesto todavía a tales demandas individuales en caso de que el proceso de grupo les hubiera sido desfavorable. Corregir esta asimetría fue uno de los objetivos de la reforma de 1966<sup>22</sup>.

20. Vid. CALVERT, *Parties to Suits in Equity* (1837).

21. Se ha criticado esta teoría por basarse en presunciones metodológicas extrañas al moderno pensamiento jurídico, ejemplo de las cuales fue la clasificación tripartita expresada en la derogada Rule 23 de 1938, que en la práctica dio lugar a frecuentes confusiones. Vid. el epígrafe siguiente para mayor pormenorización.

22. Se ha opuesto frente a este posicionamiento que se basa en presunciones factuales ajenas a la práctica: la influencia que en la litigación tiene el precedente limita la importancia del consentimiento de los individuos, por otro lado cuando se trata de reclamaciones demasiado pequeñas para ser ejercitadas individualmente el consentimiento de los miembros del grupo no tiene tanta relevancia. Pero además esta teoría es incompleta,

3. La *teoría sustantiva —o material—*, ha surgido de los problemas que en la práctica han derivado de la aplicación de las normas de 1966. Subyace la idea de que los intereses de la sociedad se cumplen cuando el interés público se protege a través de procesos iniciados por particulares<sup>23</sup>. La cuestión central es si las exigencias de las normas materiales se aplican mejor a través de las CA. Este procedimiento se contempla como un medio para la completa realización de las exigencias materiales de la legislación, permitiendo a los tribunales que tengan en cuenta las implicaciones de sus decisiones, sobre todo en relación con los miembros ausentes que no se personan ante ellos pero cuyos intereses se ven afectados por la sentencia que ponga fin a estos procesos. En definitiva la obligación que se impone al órgano jurisdiccional en esta teoría material supone la exigencia de asegurar que los procesos de grupo no lesionen los derechos de los miembros del grupo. Cobra, evidentemente, una mucho mayor importancia el papel del juez en esta teoría.

## 2. ORIGEN Y EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Las CA tienen su origen en la *Equity* inglesa, en concreto en los conflictos entre los siervos de la tierra y sus señores y entre los feligreses y sus párrocos, en relación a la aplicación o declaración de una costumbre en el feudo o parroquia. En un principio podía reclamarse una reparación extraordinaria al Rey, el cual delegaba la resolución de estos casos en el *Chancellor*. Al aumentar estas reclamaciones se crearon las *Chancery Courts*, con amplia discrecionalidad para determinar la reparación correspondiente en cada caso, con ausencia de formalismos y limitados efectos de *stare decisis* en las sentencias —vinculación a casos anteriores como precedente—. En la época en que Jaime I reinaba en Inglaterra existía una separación clara entre las *law courts* y las *equity courts*<sup>24</sup>, en caso de conflicto entre sistemas de law y equity prevalecía la regla de equidad —*equitable rule*—. La reparación conforme a las re-

pues se desentiende del derecho material subyacente. Cfr. Note, «Developments...», op. cit., pp. 1.330 y ss.

23. En este sentido, la figura de los *Private Attorney General*, los «Fiscales generales privados». Vid. al respecto, GARTH, NAGEL, PLAGER, «The Institution of the Private Attorney General: Perspectives from an Empirical Study of Class Action Litigation», *SCLR*, vol. 61, 1988, pp. 353 y ss.

24. Desde 1938 en los Estados Unidos ambos sistemas de tribunales están unidos en uno sólo, aunque permanecen diferencias según las pretensiones se fundamenten en el *common law* o en la *equity* —sólo las primeras permiten exigir un juicio por jurado—.

glas de equidad —*equitable relief*— era posible cuando el remedio legal fuera considerado inadecuado, en la práctica, en casos de dificultades del órgano jurisdiccional para llegar a una resolución adecuada, por problemas en la determinación de los daños y perjuicios, por la existencia de daños irreparables, por considerarse injusta la reparación económica...

En las *equity courts* inglesas se exigía la presencia de todas las personas materialmente interesadas en el proceso formando un litisconsorcio para que les vinculara la resolución a todas. Sin embargo, alrededor de 1770, las *Chancery Courts*, tribunales de equidad, observaron que esta regla sí se aplicaba estrictamente en casos en que estaban implicados grandes grupos de personas podía ser injusta: podían plantearse dificultades de organización y gestión (*management*) del grupo si se exigía la presencia de cientos o miles de personas ante el tribunal, por otro lado si algunos de estos interesados no podían acudir personalmente al proceso por alguna razón contraria a su voluntad posteriormente no podían participar de los efectos de una sentencia favorable. Para superar estos problemas la *Chancery Court* permitió que una persona pudiera actuar en el proceso en nombre de otras personas situadas en posiciones similares a la suya, que quedarían también sometidas a los efectos de la resolución. Son los casos conocidos como *Bill of Peace*, cuyo ejemplo paradigmático eran los procesos entre el Señor (Lord) de un feudo —*manor*— y sus siervos —*tenants*— en los que frecuentemente un número limitado de éstos actuaba como representante de los intereses de la multitud. Es a partir del caso *Hichens v. Congreve*<sup>25</sup> cuando se aprecia un cambio notable: el *group*, entendido como organización social, se transforma en *class*, es decir, un grupo de individuos con un mismo interés económico<sup>26</sup>. En este orden de cosas deben mencionarse las *friendly societies* y las *joint stock companies*, organizaciones surgidas en un entorno social y económico emergente. Las primeras fueron mutualidades creadas por grupos artesanos para proporcionar medidas aseguradoras para casos de enfermedad o muerte de los miembros; mientras las *joint stock company*, eran unas incipientes sociedades por acciones creadas para obtener más capital del que un individuo sólo pudiera obtener. Ambas eran asociaciones voluntarias, todavía sin personalidad jurídica, en las que la novedad estaba en la peculiaridad de los lazos entre los miembros, los cuales podían salir de tales grupos e incluso disolverlos. Como consecuencia de

25. 38 Eng. Rep. 917 (Ch. 1828).

26. Vid. al respecto, YEAZELL, «From Group Litigation to Class Action, Part I: The Industrialization of Group Litigation», *UCLALR*, vol. 27, 1980, p. 521 y ss.

todo ello surgió una nueva forma de litigación en la que se actuaba en defensa de los intereses de todo un grupo<sup>27</sup>.

Durante el siglo XIX este tipo de procedimientos cayó en desuso, precisamente cuando los problemas de acceso al proceso de tales grupos encontraron algunas soluciones legislativas, sobre todo tras el reconocimiento de su personalidad jurídica. La regla inglesa que había permitido excepciones a la regla de la unión obligatoria de todos los interesados en un proceso se adoptó también la jurisprudencia norteamericana y fue codificada en la *Federal Equity Rule 48* (1842)<sup>28</sup>, el *New York Field Code* de 1848, enmendado en 1849<sup>29</sup>, y la *Federal Equity Rule 48* (1912)<sup>30</sup>. Estos procesos quedaban encuadrados en el derecho de *equity*, frente al derecho consuetudinario más rígido del *common law*. Pero no quedaba claro si los miembros ausentes quedaban vinculados por la sentencia o si esta vía funcionaba simplemente como un instrumento para permitir la acumulación de pretensiones en un solo proceso cuando se estimara conveniente

27. Durante esta evolución histórica la litigación por grupos se basó principalmente en dos teorías diferentes, a las que se ha hecho ya referencia: los procesos del siglo XIX se basaron en la teoría de la comunidad del interés, mientras que la moderna CA es expresión de las exigencias del consentimiento. CALVERT, *A Treatise upon the Law Respecting Parties to Suits in Equity* (1837), citado por YEAZELL, «From Group Litigation to Class Action, Part II: Interest, Class and Representation», *UCLALR*, vol. 27, 1980, p. 1.082, combinando ambos elementos, articuló una justificación teórica para los procesos de grupos: exigiendo, por un lado, que todas las partes interesadas se unieran, lo que implicaba un consentimiento real, respetuoso con la autonomía individual, y, por otro, la existencia de alguna comunidad de interés entre el representante y los miembros del grupo representado. STORY, *Commentaries on Equity Jurisprudence* (1836) y *Commentaries on Equity Pleadings* (1838), citado por YEAZELL, Stephen C. «From Group...», Part II: ..., op. cit., 1.087, se planteó al respecto si estos procesos cumplían la función de aumentar la eficiencia judicial, es decir, si suponían la acumulación de procesos que aún de forma individual hubieran tenido lugar, o en cambio facilitaban el acceso de reclamaciones que sin estos procedimientos no hubieran podido ejercitarse. CHAFEE, Jr., *Some Problems of Equity*, 1950, e incluso los propios autores de las *Federal Rules of Civil Procedure*, justificaban estos procesos en la economía procesal. Por el contrario YEAZELL, «From Group...», Part II: ..., op. cit., p. 1.100, rechaza esta postura afirmando que muchas de las CA resuelven reclamaciones que sin tales procesos no tendrían acceso a la tutela judicial.

28. Según YEAZELL, «From Group...», Part II ..., op. cit., p. 1.091, esta norma proporcionó un proceso representativo para el caso de que las partes fueran demasiado numerosas, pero no admitía efectos vinculantes sobre los miembros ausentes.

29. Vid. HOMBURGER, «Private Suits...», op. cit., pp. 351-356.

30. Esta norma estableció por primera vez una definición normativa de las CA, pero, como afirma STRICKLER Jr., «Protecting the Class: The Search for the Adequate Representative in Class Action Litigation», *DepaulLR*, p. 81, se refería únicamente a dos presupuestos: la «numerosity» y la existencia de un «interés común o general». YEAZELL, «From Group...», Part II: ..., op. cit., p. 1.096, destaca un cambio importante: esta norma ya no niega un efecto vinculante sobre los ausentes.

por los demandantes potenciales. El Tribunal Supremo<sup>31</sup> resolvió la duda por la primera opción, justificándolo en las exigencias de eficacia de la sentencia y en la evitación de juicios contradictorios, aunque todavía permanecieron dudas<sup>32</sup>. En esta primera etapa del siglo XX, de todas formas, las CA se consideraban un simple instrumento para la resolución de cuestiones comunes a grupos de personas demasiado numerosos para personarse y ser partes al modo tradicional y apenas se prestaba atención al status representativo de la persona que participaba ante el tribunal<sup>33</sup>.

Fue en 1938, con la promulgación de las primeras FRCP, cuando se extendió amplió la aplicación de este mecanismo en todo el sistema federal: las CA pudieron utilizarse no sólo en los procesos seguidos conforme a las reglas de equidad (*suits of equity*), sino también en aquellos regidos por las normas del *common law* (*actions at law*). De este modo, por primera vez, fueron posibles en Estados Unidos procesos de grupos para reclamar indemnizaciones por daños y perjuicios<sup>34</sup>. Como afirma STRICKLER Jr.<sup>35</sup>, esta nueva regulación supuso una ruptura con respecto a sus antecedentes, tanto en la forma —se dedica una de las nuevas normas mencionadas exclusivamente a este tema: la Rule 23—, como en el espíritu —se introduce la exigencia de que la representación sea adecuada, aunque sin mayores pormenorizaciones—. Caracteriza la mencionada norma la clasificación en tres clases de CA: *true, hybrids, spurious*<sup>36</sup>.

31. *Supreme Tribe of Ben-Hur v. Cauble*. 255 US 356 (1921).

32. Vid. FRIEDENTHAL, KANE & MILLER, *Civil Procedure*, West Publishing Co., Saint Paul, Minnesota, 1985, pp. 723-724.

33. STRICKLER Jr., «Protecting...», op. cit., p. 83.

34. Previamente tales indemnizaciones debían reclamarse a través de las reglas de la *law*, siendo imposible hacerlo por la vía de la *equity*, que era precisamente en la que se permitía el uso de *class actions*.

35. STRICKLER Jr., «Protecting...», op. cit., p. 85.

36. Vid. al respecto, los comentarios de MOORE, *Federal Rules of Civil Procedure: Some Problems Raised by the Preliminary Draft*, *GeoLJ*, 25, 1937, pp. 570-76, quien fue el artífice de la norma mencionada. Para un examen más detallado sobre esta distinción vid. TARUFFO, «I limiti soggettivi...», op. cit., p. 622-629.

La Rule 23 originaria en su apartado primero establecía lo siguiente:

«(a) **Representation.** If persons constituting a class are so numerous as to make it impracticable to bring them all before the court, such of them, one or more, as will fairly insure the adequate representation of all may, on behalf of all, sue or be sued, when the character of the right sought to be enforced for or against the class is

(1) joint or common, or secondary in the sense that the owner of a primary right refuses to enforce that right and a member of the class thereby becomes entitled to enforce it;

(2) several, and the object of the action is the adjudication of claims which do or may affect specific property involved in the action; or

Esta regulación fue muy criticada, especialmente por la poca claridad de la relación entre los miembros del grupo<sup>37</sup> y además porque, una vez demostrada la existencia de una relación entre los miembros, se admitía la *class action*, sin exigirse el predominio de las pretensiones comunes a todos sobre las individuales y diversas. Por ello en 1966 se procedió a una importante reforma, a partir de la cual todas las sentencias, sean favorables o no, recaídas en los procedimientos de CA vinculan a todos los miembros del grupo, presentes y ausentes<sup>38</sup>. En la reforma de 1966 se intentó sustituir, en expresión de WRIGHT<sup>39</sup>, los conceptualismos de la vieja norma por criterios funcionales y se proporcionó una mayor claridad acerca de las medidas que podían tomar el órgano jurisdiccional en la tramitación de una CA, ampliándose su discrecionalidad. Pero la complejidad de la propia nueva norma, como se ha afirmado, sugiere todavía más preguntas que las que resuelve<sup>40</sup>.

Siguiendo a MILLER<sup>41</sup>, se puede establecer una generalización en tres períodos en la aplicación práctica de la Rule 23, tras la reforma:

En primer lugar, una fase que abarca desde 1964 a 1969, caracterizada por la euforia y la esperanza en que las CA fueran un mecanismo favorecedor de los grupos social o económicamente desaventajados y, en general, de todos aquellos que pretendieran reclamar pequeñas cantidades<sup>42</sup>. Se aplicaron con amplitud los presupuestos necesarios para interponer una CA, evitando sobre todo el planteamiento de cuestiones acerca

(3) several, and there is a common question of law or fact affecting the several rights and a common relief is sought».

37. «Advisory Committee's Notes on the Amendments of FRCP Adopted in 1966», *FRCP*, The Foundation Press, Inc., 1990, p. 247. Especialmente criticada fue la tercera modalidad (*spurious class actions*) por ser sólo un mecanismo para la acumulación de pretensiones, en el cual la sentencia vinculaba únicamente a quienes hubieran participado directamente en el litigio.

38. Como afirman KALVEN & ROSENFELD, «The Contemporary Function of the Class Action», *UChLR*, vol. 8, p. 713, era injusto otorgar a los miembros ausentes los beneficios de ganar, pero no imponerles ninguna de las cargas en caso de perder el litigio. HOMBURGER, «State Class Actions...», op. cit., p. 610, afirma que el *Advisory Committee* con esta revisión dio un nuevo sentido a este procedimiento, que era ya conocido desde hacía siglos pero que había sido debilitado por inadecuadas formulaciones legales y aplicaciones judiciales restrictivas. Sin embargo se ha criticado esta reforma por suponer una mezcla de objetivos pragmáticos y ocasionalmente conflictivos. Vid. Note, «Developments in...», op. cit., p. 1.323.

39. WRIGHT, *Law of Federal Courts*, West Publishing Co. St. Paul, Minnesota, 1983, p. 477.

40. FRANKEL, «Some Preliminary...», op. cit., p. 39.

41. MILLER, «Of Frankenstein...», op. cit., pp. 678 y ss.

42. En el caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 391 F. 2d 555 (1968), el juez MEDINA propugnaba una interpretación extensiva de la nueva Rule 23.

de la representación adecuada<sup>43</sup>. Se cometió el error, en definitiva, de abusar de este instrumento procesal.

A esta fase siguió otra de reacción, en la que se condenaron los excesos, las crecientes cargas de estos procedimientos y los desmesurados honorarios que los abogados obtenían por estos procedimientos. Esta fase, de 1969 a 1974, es de clara antipatía frente a las CA, con una actitud claramente restrictiva de los tribunales federales<sup>44</sup>. Sin embargo en esta época se observan algunos intentos de superar la situación existente planteando algunos anteproyectos de ley, muchos de ellos en relación con la protección de consumidores, algunos de los cuales pretendían superar las limitaciones que había ido establecido la jurisprudencia, mientras que otros tenían un sentido todavía más restrictivo<sup>45</sup>.

A partir de 1974 puede considerarse que empieza una nueva fase, de restricción todavía, pero con una mayor estabilización en la práctica de las CA. Los abogados de los demandantes limitaron sus irreflexivos impulsos tendentes a intentar que un asunto se tramitara por este procedimiento, observando mayor cuidado y precisión en la interposición de las demandas; los demandados son menos intransigentes en su oposición al planteamiento de estos procedimientos y los tribunales utilizan todas las posibilidades de la Rule 23: redelimitación del grupo, admisión parcial del grupo, exigencia de reforzamiento en la representación, establecimiento de subgrupos... En esta etapa ha habido también diversas propuestas de reformas legislativas<sup>46</sup>, algunas progresivas y otras restrictivas. En opinión de MILLER, sin embargo, no es sensato reformar el procedimiento justo en el momento en que se estabiliza el existente y las nuevas técnicas empiezan a dar fruto<sup>47</sup>.

43. Vid. STRICKLER Jr., «Protecting...», op. cit., p. 73.

44. Es el momento en que se dictan sentencias restrictivas por parte del Tribunal Supremo, como Snyder v. Harris [394 U.S. 332 (1969)], Zahn v. International Paper Co [414 U.S. 291 (1973)], caso Eisen [417 U.S. 156 (1974)].

45. Vid. *Consumer Class Actions*. Legislative analysis N.º 8, 95th Congress 11 July 1977. American Enterprise Institute for Public Policy Research. Washington, D.C. p. 3 y ss.

46. Como afirma NEWBERG, «Federal Consumer Class Action Legislation: ...», op. cit., p. 218, la creciente demanda de remedios efectivos para los consumidores, espoleada por las actividades de grupos de consumidores de ámbito local o nacional, ha llevado al congreso a la introducción de multitud de proyectos de ley, ampliando la posibilidad de las CA. Vid. algunas propuestas concretas de reforma en Note, «Developments...», op. cit., pp. 1.623 y ss.

47. MILLER, «Of Frankenstein...», op. cit., p. 690.

### III. PRESUPUESTOS

Antes de que el órgano jurisdiccional admita la tramitación de una CA, siguiendo la regulación federal de los Estados Unidos<sup>48</sup>, debe cerciorarse del cumplimiento de dos tipos de exigencias. En primer lugar, conforme a la Rule 23, deben cumplirse una serie de presupuestos esenciales que justifiquen la elección de este procedimiento y, en segundo lugar, la pretensión que se ejercita debe encajar en una de las categorías del punto (b) de esta norma. Dejando aparte esta última cuestión, y centrándonos en el examen de los presupuestos, la norma aludida, en su primer párrafo, establece lo siguiente:

*a) Presupuestos de las acciones de grupo. Uno o más miembros de un grupo pueden demandar o ser demandados como partes representativas en defensa de todos si: (1) el grupo es tan numeroso que la unión de todos los miembros es impracticable, (2) hay cuestiones de derecho o de hecho comunes a todo el grupo, (3) las pretensiones o resistencias de las partes representativas son típicas con respecto a las de los miembros del grupo, y (4) se considera que las partes representativas protegerán justa y adecuadamente los intereses del grupo*<sup>49</sup>.

48. La normativa interna de los distintos Estados de EEUU sobre las CA puede agruparse en cuatro categorías, siguiendo la clasificación de FRIEDENTHAL, KANE & MILLER, *Civil Procedure...*, op. cit., pp. 738-740:

- *Estados que adoptan la versión original, de 1938, de las FRCP*
- *Estados que adoptan la versión de 1966 de las FRCP*, para los cuales tiene gran influencia la jurisprudencia de los tribunales federales al aplicar la Rule 23.
- *La sección 382 del Código procesal californiano*. La diferencia más importante está en que no se exige a los Tribunales que determinen si la demanda en concreto se incluye en una determinada categoría de CA. Se exige sólo la existencia de comunidad de interés entre los miembros y que la unión sea impracticable, también es necesario que haya un grupo identificable (aunque no hace falta que se pueda identificar a cada miembro). Para determinarlo los tribunales suelen acudir a las normas e interpretaciones federales.
- *Estados que han revisado sus leyes a la luz la experiencia federal*. Esta regulación incluye no sólo presupuestos sino también normas sobre publicidad, honorarios de abogados, tipos de remedios... No se exige tampoco aquí que la CA entre en una categoría determinada.

Para una comparación entre las CA federales y las estatales vid. SHREVE & RAVENANSEN, *Understanding...*, op. cit., pp. 254-255. Por su parte, HOMBURGER, «Private Suits...», op. cit., p. 346, señala que a nivel estatal, existe una presión creciente hacia la apertura de los tribunales a CA de todas clases, incluso en materia de medio ambiente y de consumo.

49. «(a) **Prerequisites to a Class Action.** One or more members of a class may be sued as representative parties on behalf of all only if (1) the class is so numerous that joinder of all members is impracticable, (2) there are questions of law or fact common to the class, (3) the claims or defenses of the representative parties are typical of the claims or defenses of the class, and (4) the representative parties will fairly and adequately protect the interests of the class».

Se enumeran, así pues, cuatro exigencias de cumplimiento obligado, la ausencia de cualquiera de ellas impedirá la admisión de la acción de grupo como tal:

- La unión de los miembros del grupo, en la práctica, debe ser imposible («*Impracticability of joinder*»), lo cual implica a su vez la existencia de un considerable número de miembros en el grupo («*Numerosity*»).
- Carácter común de las cuestiones debatidas («*Commonality*»).
- Carácter representativo o característico de las pretensiones o excepciones («*Typicality*»).
- Representación adecuada («*Adequacy of Representation*»)<sup>50</sup>.

Pero además, es necesario que se cumplan otros dos presupuestos no exigidos expresamente: el grupo debe ser susceptible de determinación y el representante debe ser miembro del grupo<sup>51</sup>.

### 3.1. *Impracticability of joinder* (impracticabilidad de la unión) RULE 23 (a) (1)

En los procesos ante las *Courts of Chancery* inglesas existían en la práctica algunas dificultades: la inasistencia de algunos de aquellos cuya asistencia era necesaria para que el tribunal pudiera ejercer su función y, además, era frecuente la imposibilidad práctica de la existencia de todos los interesados. Así surgieron las *Representative Actions*, procesos a través de los que se pretendía un mayor acceso a la tutela judicial al mismo tiempo que una mayor economía procesal. Examinando más de cerca el contenido de este presupuesto, hay que determinar cuándo no es posible el acceso de todos los miembros del grupo. Las resoluciones de los distintos tribunales divergen en este punto, no hay un criterio unitario. En principio implica que el grupo sea numeroso, pero no necesariamente: es verdad que un grupo muy poco numeroso tiene muchas mayores probabilidades de unirse para litigar que otro en el que se incluye una innumerable cantidad de personas, sin embargo los tribunales han tenido en cuenta distintos factores que relativizan esta cuestión. El Tribunal Su-

50. Los dos presupuestos iniciales son exigencias referidas al grupo en su conjunto, mientras que los dos últimos son cualificaciones que debe tener el que actúa como representante para garantizar la protección de los intereses de los miembros del grupo ausentes. Cfr. STRICKLER Jr., «Protecting the Class: ...», op. cit., p. 98.

51. Vid. SHREVE & RAVEN-HANSEN, *Understanding...*, op. cit., p. 250.

premo no ha establecido orientaciones precisas al respecto<sup>52</sup>, pero la doctrina ha apuntado diversos puntos a tener en cuenta: No se exige una imposibilidad absoluta, es suficiente demostrar una gran dificultad o inconveniencia de que se lleve a cabo la actuación conjunta<sup>53</sup>. Tampoco es imprescindible delimitar con exactitud el número o identidad de los miembros<sup>54</sup>, si se ofrecen datos para una posterior concreción. Es claro que cuando se trate de grupos grandes será más difícil la acumulación, pero cuando los grupos son pequeños hay presentes otros factores de importancia: la economía procesal que se consigue al evitar la existencia de múltiples procesos<sup>55</sup>, la dispersión geográfica de los miembros del grupo<sup>56</sup>, la magnitud de las reclamaciones<sup>57</sup>, los recursos financieros de los miembros<sup>58</sup>...

### 3.2. *Common questions of law or fact* (comunidad de cuestiones jurídicas o fácticas) RULE 23 (a) (2)

Es un presupuesto independiente del anterior, pero directamente relacionado con él, ambos forman el fundamento conceptual de las accio-

52. Caso *General Telephone Co v. EEOC* 446 US 318 (1980): «The numerosity requirement requires examination of the specific facts of each case and imposes no absolute limitations». Incluso un grupo de alcance nacional puede ser admitido en ciertas circunstancias, vid. Caso *Califano v. Yamasaki* 442 US 682 (1979).

53. *Goldstein v. New Jersey Trust Co* 39 FRD 363 (SDNY 1966): «[T]he meaning to be ascribed to the word 'impracticable' ... should be 'impracticable', 'unwise' or 'imprudent' rather than 'incapable of being performed' or 'infeasible'. *Union Pacific Railroad v. Woodfall* 308 F Supp 1002 (DMont 1970) «[T]o demand the joinder of all [57] county attorneys in the state would be a hardship and an inconvenience to all concerned».

54. *Evans v. United States Pipe & Foundry Co.* 696 F2d 925 (11th Cir 1983).

55. *Philadelphia Electric Co v. Anaconda American Brass Co* 43 FRD 463 (EDPa 1968): «While 25 is a small number compared to the size of the other classes being considered, it is a large number when compared to a single unity. I see no necessity for encumbering the judicial process with 25 lawsuits if one will do».

56. Un demandante que actúa en el proceso en representación de un grupo pequeño pero muy diseminado geográficamente puede cumplir fácilmente este presupuesto, mientras que un grupo grande pero muy poco disperso es posible que no cumpla tal presupuesto. Por supuesto, todo ello dependerá de la facilidad de identificación de los miembros del grupo.

57. Unos de los objetivos de la *Rule 23* es dar posibilidad a personas que individualmente no tengan la posibilidad de acceder a los tribunales —p. ej. porque sus reclamaciones sean excesivamente pequeñas y no compense iniciar un litigio individual— tengan acceso a la tutela judicial.

58. Como afirma NEWBERG, *Newberg on Class Actions...*, op. cit., t. I, p. 146, este procedimiento permite obviar las dificultades financieras e incluso el desconocimiento de la posibilidad de reclamar.

nes de grupo. Como afirma NEWBERG, deben considerarse como correlativos: sólo cuando hay un grupo de personas que comparten una cuestión común y es tan numeroso que no es factible su unión, sólo en ese caso puede existir una CA<sup>59</sup>. Históricamente los procesos de grupos han evolucionado desde la exigencia de una cohesión real del grupo social a una más débil relación, llegando actualmente a ser suficiente que los miembros de tal colectivo compartan de forma abstracta algún interés común<sup>60</sup>. Este presupuesto se articula a través de un criterio más cualitativo que cuantitativo, es decir, es suficiente con que una sola cuestión sea común a todos los miembros, con lo cual este presupuesto es el de más fácil cumplimiento y es primordial para controlar si se trata de una auténtica CA. En ocasiones se ha sobrevalorado la existencia de circunstancias individuales, considerándose por ello que no se cumplía este presupuesto; pero la literalidad de la norma en este punto es clara: exige únicamente que existan cuestiones de hecho o derecho comunes a todo el grupo, pero no que todas las cuestiones sean comunes<sup>61</sup>.

### 3.3. *Typical claims or defenses* («tipicalidad») RULE 23 (a) (3)

Si el presupuesto anterior garantiza que un grupo de personas situadas en posiciones materiales similares comparta pretensiones de las que resulten cuestiones comunes, el presupuesto de (a) (3) subraya la necesidad de que entre las pretensiones del que actúa como representante de los miembros del grupo y las de esos representados exista una relación directa<sup>62</sup>. El órgano jurisdiccional trata de asegurar que los intereses del representante coincidan con las cuestiones comunes que deben existir en

59. NEWBERG, *Newberg on Class Actions...*, op. cit., t. I, p. 152.

60. YEAZELL, «From Group...», Part I: ..., op. cit., 515.

61. Como se verá más adelante, el apartado (b) (3) de la Rule 23 está directamente relacionado con el presupuesto (a) (2), pues en las CA el órgano jurisdiccional debe examinar el predominio de las cuestiones comunes sobre las que afecten de forma individual a los miembros del grupo, por ello, en la práctica el presupuesto que estamos examinando y las exigencias del punto (b) (3) se examinan conjuntamente.

62. KAPLAN, «Continuing Work of the Civil Committee: 1966 Amendments of the FRCP (I)», 81 *HarLR*, vol. 81, 1967, p. 387: «emphasizes that the representatives ought to be squarely aligned in interests with the represented group». El Tribunal Supremo federal en *General Telephone Co v. EEOC* 446 US 318 (1980) afirma que este presupuesto supone la limitación de las reclamaciones del grupo a aquellas justamente coincidentes con las del representante. Sin embargo, vid. Note, «Developments...», op. cit., p. 1.460: aún cuando exista una cuestión común, pueden existir diferencias en la situación del representante con respecto a otros miembros del grupo.

el grupo<sup>63</sup>. El fundamento de este presupuesto está en que tal representante persigue su propio interés y, haciéndolo, persigue también la satisfacción de los intereses de los miembros del grupo que coincidan con los del representante.

La jurisprudencia ha ido delimitando mejor este presupuesto a partir de las excepciones opuestas por las contrapartes<sup>64</sup>: en primer lugar, es claro que el que actúe ante el tribunal debe ser miembro del grupo afectado; además, debe formular una pretensión propia, actúa en nombre de sí mismo y de aquellos situados en posiciones similares...<sup>65</sup>. Esta pretensión puede tener rasgos específicos, siempre que se fundamente en la misma conducta antijurídica que el resto de miembros del grupo y en los mismos fundamentos jurídicos; se admiten, de este modo, diferencias en la cuantía de las indemnizaciones que se reclamen. No puede exigirse, no obstante, la demostración «a limine litis» de una probabilidad de que la resolución de fondo asunto sea favorable. El Tribunal Supremo ha admitido la posibilidad de que el se ejerciten pretensiones más amplias que las que le corresponderían si actuara individualmente<sup>66</sup>.

### 3.4. *Adequacy of representation* (representación adecuada) RULE 23 (a) (4)

Puede existir cierta redundancia entre este presupuesto y el anterior: la razón de admitir una acción de grupo que vincule a los miembros ausentes, sea favorable o adversa la sentencia, está en que en ella se resolverán las cuestiones comunes al grupo, de las que la pretensión del «representante» constituye un ejemplo característico. Si las reclamaciones del representante no cumplen esta condición, no se satisface la razón principal que justifique las acciones de grupo —que la resolución vincule a los ausentes—, y precisamente no se cumple porque el representante no es adecuado. Por lo tanto cuando existe el presupuesto de la «typicality» se cumple un elemento esencial de la representación adecuada. Pero

63. Este presupuesto está también próximo al del punto (a) (4), la adecuada representación, por ello deben examinarse conjuntamente. La adecuada representación, en pocas palabras, supone la inexistencia de conflicto de intereses entre el representante y los miembros del grupo y al mismo tiempo la presunción de que durante el proceso se protegerán «vigorosamente» los intereses de éstos.

64. Vid. al respecto NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. I, pp. 168 y ss.

65. Vid. DEGNAN, «Foreword: Adequacy of Representation in Class Actions», *CalLR*, vol. 60, 1972, p. 713.

66. *General Telephone Co. v. Falcon* 457 US 147 (1982).

el presupuesto que ahora examinamos es más amplio pues aunque tal pretensión coincida con la de los restantes miembros del grupo pueden existir intereses contrapuestos en otras cuestiones, o puede dudarse de que haya una defensa vigorosa de los intereses del grupo<sup>67</sup>.

*Criterio de la ausencia de conflicto*<sup>68</sup>. Supone, básicamente, que no puede haber conflictos entre el grupo y el miembro que actúa en su defensa<sup>69</sup>. En algunos casos la contraposición de intereses no se centra directamente en las cuestiones comunes sino en otras ajenas al objeto principal del proceso, lo cual es probable que no sea obstáculo para una representación adecuada. En otros se trata de conflictos fundamentales que impiden que quien actúa pueda ser un adecuado defensor de los intereses del grupo, pero puede haber medidas menos drásticas como la formación de subgrupos, facilitar la intervención de algunos de los miembros ausentes que puedan sustituir al representante en su función, al redelimitación del grupo, la posibilidad del «opting out» [Rule 23 (c) (2) (A)]...<sup>70</sup>.

En relación con este criterio existen diversos puntos de discusión: Se ha dicho que cuando el grupo sea amplio también debe serlo el número de representantes de ese grupo, sin embargo el número no es lo importante<sup>71</sup>, son consideraciones de calidad y no de cantidad las que cuentan; tampoco es esencial la dimensión del interés del que actúa en

67. El Tribunal de Apelaciones del Segundo Circuito en el caso Eisen 391 F.2d 555 (2d Cir. 1968) estableció cuatro factores en relación con la adecuada protección del grupo: 1. la ausencia de conflictos de interés entre el representante y el grupo, 2. la naturaleza representativa de la pretensión individual del representante, 3. la capacidad y voluntad del representante de llevar el litigio y 4. la competencia del abogado del representante. Pero como señala STRICKLER Jr., «Protecting...», op. cit., p. 103, la determinación de estos factores permanecía como un ejercicio de presunciones judiciales.

68. Algunos tribunales se han referido a otros criterios parecidos: «identity of interests», «coextensive interests», «coincidence of interests», «common interests», «compatible interests», «shared issues and interests» ... Vid. sobre esta cuestión RHODE, «Class Conflicts in Class Actions», *StandLR*, vol. 34, 1982, p. 1.183.

69. GARTH, «Conflict and Dissent in Class Actions: a suggested perspective», *NWULR*, 77, 1982, p. 492, en relación con los conflictos y disensiones en el seno del grupo.

70. El Justice Douglas, J., en su voto particular a la sentencia sobre el caso Eisen v. Carlisle & Jacquelin, 417 U.S. 156, 180 (1974) afirma que las posibilidades, aunque no infinitas, sí son numerosas. Vid. especialmente sobre las diversas posibilidades atribuidas al juez en la Rule 23 el epígrafe de este trabajo referido al papel del juez. Incluso el simple conocimiento por parte del juez de las diferencias entre los miembros del grupo puede ser suficiente para que se protejan adecuadamente los intereses de los miembros ausentes. Cfr. Note, «Developments...», op. cit., p. 1.490.

71. *Caso Eisen II*; tén *Hohmann v. Packard Instrument Co.* 399 F2d 711 (7th Cir 1988).

interés de todo el grupo<sup>72</sup>; ni la desaprobación por parte de algunos de los interesados<sup>73</sup>. Las circunstancias personales individuales también han sido alegadas generadoras de conflictos, cuya apreciación depende del caso concreto, aunque suelen admitirse sólo cuando haya especiales circunstancias o se produzca una combinación de factores. Una cuestión particular se plantea cuando quien actúa en interés del grupo actuando físicamente en el proceso pretende ser asimismo el defensor técnico, el abogado de todo el grupo<sup>74</sup>; en principio, si se cumplen los presupuestos de la Rule 23 no hay problema, pero en la práctica pueden producirse conflictos de intereses. Según explica NEWBERG, hay que tener en cuenta dos máximas<sup>75</sup>: Las CA no son correctas cuando sólo benefician a los abogados que las llevan<sup>76</sup>. Los abogados, que a la vez representen a un grupo, pueden llegar a acuerdos que perjudiquen los intereses de los miembros ausentes si forman parte de la oferta de transacción unos amplios honorarios<sup>77</sup>.

*Criterio de la protección eficaz*. Conforme a este criterio se exami-

72. *Epstein v. Weiss*, 50 FRD 387, 391 (EDLa 1970): «a single plaintiff may represent the entire class, no matter how small his claim may be, if other factors indicate that he will fairly and adequately protect the interests of his class».

73. La Rule 23 (c) (2), en relación con las CA del punto (b) (3) permite el ejercicio del *opting out*, es decir, aquellos que no están conformes y sean miembros del grupo implicado pueden manifestar que no desean quedar vinculados por la resolución y así la CA puede quedar limitada a los partidarios del proceso; sin embargo de esta forma puede reducir tanto el grupo que ya no se cumplan las exigencias de la Rule 23 (1) (a), es decir, que la unión de todos los miembros puede que sea ya factible.

74. Sobre la relación cliente-abogado en relación con la adecuada representación vid. STRICKLER Jr., «Protecting...», op. cit., pp. 122 y ss.

75. NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. I, p. 249.

76. Los pactos de «quota litis» —«contingent fee basis»— se han considerado esenciales para las CA. Cfr. HOMBURGER, «Private Suits...», p. 348. FISCH, «European Analogues to Class Action», *AJCL*, vol. 27, 1971, p. 58, afirma que para exportar este procedimiento es imprescindible exportar también el *contingent fee*, aunque según KOCH, *Kollektiver Rechtsschutz im Zivilrecht*, Metzner, Frankfurt, 1976, no es necesario en todos los casos. Así, en el caso de reclamaciones de pequeña cantidad frecuentemente el más beneficiado es el abogado, pues sus honorarios son muchísimo mayores que cualquiera de las cantidades que reciben los demandantes. Pero los términos de comparación deben ser distintos: los honorarios frente a lo obtenido por el grupo en su conjunto, o bien lo obtenido por cada miembro y lo que hubiera pagado en honorarios en caso de acudir a un proceso individual ordinario. No puede negarse, de cualquier modo, que el pacto de «quota litis» hace que el abogado esté especialmente motivado por la perspectiva de grandes honorarios y así los intereses del grupo pueden estar más vivamente protegidos. Para un examen práctico desde el punto de vista del abogado defensor del grupo, vid. LANGROCK, P. F., «Class Action Litigation», 25 *Trial* 46-8 + October 8.

77. Sin embargo, como se verá más adelante, se establecen algunas garantías: así en la Rule 23 (e) se establece que la transacción está sometido a la aprobación judicial.

na principalmente la cualificación y experiencia del que actúa como representante y, especialmente, de su abogado. Aún cuando no exista un conflicto de intereses puede haber indicios de que la protección no va a ser «vigorosa». En principio hay una presunción *iuris tantum* de que el abogado tiene las cualidades exigidas, se considera que por tener un interés económico en el resultado del litigio —«quota litis»— desarrollará una protección activa y adecuada. Factores que pueden alterar esta presunción son la falta de experiencia anterior, tanto en procesos de grupos, como en procesos en los que estén implicado las normas materiales aplicables; a veces las circunstancias particulares del trabajo del abogado: la saturación de su bufete, las dilaciones producidas por su causa en el procedimiento<sup>78</sup>, ...

#### IV. CLASES

La Rule 23 establece tres categorías de CA:

**b) Pretensiones ejercitables.** Una pretensión puede ser ejercitada a través de una CA si se cumplen los presupuestos de la subdivisión (a), y además:

(1) el ejercicio de pretensiones separadas por o contra miembros del grupo individualmente crea riesgo de

A) sentencias contradictorias o diferentes con respecto a miembros individuales que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta al grupo, o

B) sentencias con respecto a miembros individuales del grupo que, en la práctica, sean dispositivas de los intereses de otros miembros no partes o sustancialmente menoscaben o eliminen la posibilidad de proteger sus intereses; o

(2) la parte opuesta al grupo ha actuado o se ha negado a actuar por motivos referidos en general a todo el grupo, haciendo apropiado un «final injunctive relief» (sentencia condenatoria de hacer o no hacer) o un «corresponding declaratory relief» (sentencia meramente declarativa) con respecto al grupo considerado en su conjunto; o

(3) el Tribunal declara que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros del grupo predominan sobre cualesquiera cuestiones que afecten únicamente a miembros individuales, y que la acción de grupo es superior a otros medios disponibles para la justa y eficaz solución de la controversia. Los criterios que es pertinente considerar incluyen: (A) el interés de los miembros del grupo en que se tramiten como procesos separados; (B) la extensión y naturaleza de cualquier litigio ya iniciado por o contra miembros del grupo y rela-

78. Es importante tener en cuenta que todos los presupuestos, no sólo el de representatividad adecuada, no sólo deben cumplirse al inicio del proceso, sino que es una obligación continuada del representante y del abogado en las distintas fases del litigio.

cionado con la controversia; (C) que sea o no oportuno concentrar la litigación de las pretensiones en el foro particular; (D) las dificultades que es posible encontrar en el desarrollo del procedimiento (*management*)<sup>79</sup>.

#### 4.1. Rule 23 (b) (1)

Las categorías (b) (1) (A) y (B) están diseñadas para invocar el mecanismo de las CA cuando el ejercicio individual de las pretensiones en procesos separados pudieran perjudicar, respectivamente, al demandado o a los miembros del grupo.

(1) el ejercicio de pretensiones separadas por o contra miembros del grupo individualmente crea riesgo de

A) sentencias contradictorias o diferentes con respecto a miembros individuales que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta al grupo, o

B) sentencias con respecto a miembros individuales del grupo que, en la práctica, sean dispositivas de los intereses de otros miembros no partes o sustancialmente menoscaben o eliminen la posibilidad de proteger sus intereses.

A partir de una interpretación literal del punto (A) probablemente

79. La versión original inglesa de esta norma es la siguiente:

«(b) **Class Actions Maintainable.** An action may be maintained as a class action if the prerequisites of subdivision (a) are satisfied, and in addition:

(1) the prosecution of separate actions by or against individual members of the class would create a risk of

(A) inconsistent or varying adjudications with respect to individual members of the class which would establish incompatible standards of conduct for the party opposing the class, or

(B) adjudications with respect to individual members of the class which would as a practical matter be dispositive of the interests of the other members not parties to the adjudications or substantially impair or impede their ability to protect their interests; or

(2) the party opposing the class has acted or refused to act on grounds generally applicable to the class, thereby making appropriate final injunctive relief or corresponding declaratory relief with respect to the class as a whole; or

(3) the court finds that the questions of law or fact common to the members of the class predominate over any questions affecting only individual members, and that a class action is superior to other available methods for the fair and efficient adjudication of the controversy. The matters pertinent to the findings include: (A) the interest of members of the class in individually controlling the prosecution or defense of separate actions; (B) the extent and nature of any litigation concerning the controversy already commenced by or against members of the class; (C) the desirability or undesirability of concentrating the litigation of the claims in the particular forum; (D) the difficulties likely to be encountered in the management of a class action».

podieran entenderse incluidas todas las CA posibles, pues el texto exige sólo el riesgo de sentencias contradictorias con respecto a las personas que se oponen al grupo. Debido a esta amplitud los tribunales han tenido dificultades para dar forma a los contornos de esta norma. Aunque muchos precedentes referidos a la Rule 23 (b) (1) (A) implican intentos de limitar su aplicación, no hay una experiencia suficientemente amplia para trazar los criterios de interpretación definitivos. Normalmente los grupos incluidos en este punto tienen alguna de las siguientes características: que la pretensión se refiera a comportamientos del demandado que, por ley o por las circunstancias prácticas, debían tratar del mismo modo a los miembros del grupo; exigen que sean tratados del mismo modo; que el contenido de tal pretensión incluya reclamaciones indemnizatorias y a la vez *injunctions*; que existan otros procesos individuales pendientes<sup>80</sup>...

El punto (b) se aplica principalmente en los llamados *limited fund cases*, en que los diversos miembros del grupo se afirman titulares de derechos en relación con una cantidad o un bien determinado, de modo que el ejercicio de la pretensión de unos afecta a la de los demás<sup>81</sup>. Otros ejemplos que el *Advisory Committee* ofrece son los siguientes: pretensiones ejercitadas por un grupo de asegurados impugnando la reorganización financiera de una mutualidad, pretensiones en una sociedad por acciones para compeler a la declaración de dividendos, las pretensiones ejercitadas para anular los actos de disposición en fraude de acreedores...

#### 4.2. Rule 23 (b) (2)

(2) la parte opuesta al grupo ha actuado o se ha negado a actuar por motivos referidos en general a todo el grupo, haciendo apropiado un «final injunctive relief» (sentencia condenatoria de hacer o no hacer) o un «corresponding declaratory relief» (sentencia meramente declarativa) con respecto al grupo considerado en su conjunto; o

Las dos características básicas de esta categoría son, por una parte, la referencia a una acción u omisión llevada a cabo por la parte opuesta al grupo y relacionada con todo el grupo en general, no necesariamente con cada miembro en particular; por otra, el ejercicio de una pretensión

80. Vid. NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. 1, pp. 284-286.

81. Sin embargo, según FRIEDENTHAL, KANE & MILLER, *Civil Procedure...*, op. cit., pp. 732-733, no cabe aplicar esta norma cuando en los procesos individuales se observe la posibilidad de agotar el patrimonio del deudor, afectando a la eventual satisfacción de los derechos de los demás acreedores, todavía no reclamados judicialmente.

meramente declarativa, o bien condenatoria dirigida a obtener una conducta activa u omisiva en relación con todo el grupo —*primarily injunctive* o un *corresponding declaratory relief*—<sup>82</sup>. Por esta vía, por tanto, no es posible ejercitar pretensiones de carácter dinerario<sup>83</sup>.

Esta es la categoría más aplicada en la actualidad<sup>84</sup>. Aunque cabe ejercitar por esta vía pretensiones referidas a materias como competencia desleal, patentes, etc.<sup>85</sup>, está diseñada especialmente para la defensa de derechos constitucionales —*civil rights*—, cuando se pretenda un remedio jurisdiccional de carácter declarativo o una *injunction* en favor de un numeroso y a menudo indeterminable y amorfo grupo de personas<sup>86</sup>. Se trata de los llamados procesos privados en interés público<sup>87</sup>. Es aquí

82. «Final relief of an injunctive nature or a corresponding declaratory nature, settling the legality of the behavior with respect to the class as a whole, [must be] appropriate». Cfr. «Advisory Committee's Notes on the Amendments of FRCP Adopted in 1966», en *Federal Rules of Civil Procedure*, The Foundation Press, Inc., Westbury, New York, 1990, p. 250.

Las *injunctions* tienen su origen en la *equity* inglesa y se desarrollaron en las *Chancery Courts*. Surgieron ante la imposibilidad de que los tribunales de *law* concedieran reparaciones en ciertas materias, por no ajustarse a los *writs* establecidos o por suponer unos costes prohibitivos. Estos tribunales tenían discrecionalidad para determinar el tipo de reparación que se ajustara a las circunstancias del caso, no seguían procedimientos formales, las resoluciones tenían limitados efectos de *stare decisis* —como precedentes judiciales vinculantes—. En los Estados Unidos hoy, los dos sistemas, de *law* y de *equity*, están unidos, aunque persisten algunas consecuencias de esa separación: la *injunction* permanece como una solución extraordinaria para casos en que la solución que prevé el *common law* no se considere adecuada (cuando hay multiplicidad de litigios, cuando existen dificultades en la determinación de los daños o perjuicios —*injury*— y en casos en que sería injusto establecer tal indemnización). Existen tres clases de *injunctions*: la *final injunction*, que es una solución definitiva, la *temporary restraining order* y la *preliminary injunction* que tienen un carácter provisional durante la pendencia del proceso, como medidas cautelares aplicadas para evitar consecuencias irreparables mientras se está discutiendo el fondo del asunto.

Por otro lado, el *declaratory relief* es un remedio establecido, no por el *common law*, ni por la *equity*, sino por las determinaciones de la ley formal (*statute*). Su finalidad es declarar la existencia de derechos —*definitely stated rights*—, status o relaciones legales entre partes contrarias, antes de que se plantee una reclamación basada en la *equity* o en el *common law* exigiendo reparación.

83. «Advisory Committee's...», op. cit., p. 250.

84. Vid. GARTH, «Introduction: Toward a sociology of the Class Action», *IndLJ*, vol. 57, 1982, p. 371 y KANE, «Group Actions in Civil Procedure: The United States Experience», *AJCL*, vol. 38, 1990, p. 165.

85. «Advisory Committee's...», op. cit., p. 251.

86. A partir del caso *Board of Education* 347 U.S. 483 (1954) empezó la litigación en materia de derechos constitucionales a través de las CA. En este sentido ha habido una importante evolución para la cual vid. STRICKLER Jr., «Protecting the Class...», op. cit., p. 112 y ss.

87. HOMBURGER, «Private Suits...», op. cit., pp. 343 y ss. se refiere con esa expre-

donde cobra importancia lo que se ha denominado el representante *non-hohfeldiano*<sup>88</sup>, es decir cuya pretensión no se refiere a un derecho, un privilegio, una inmunidad o un poder propios<sup>89</sup>.

#### 4.3. Rule 23 (b) (3)

(3) el Tribunal declara que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros del grupo predominan sobre cualesquiera cuestiones que afecten únicamente a miembros individuales, y que la acción de grupo es superior a otros medios disponibles para la justa y eficaz solución de la controversia. Los criterios que es pertinente considerar incluyen: (A) el interés de los miembros del grupo en que se tramiten como procesos separados; (B) la extensión y naturaleza de cualquier litigio relacionado con la controversia ya iniciado por o contra miembros del grupo; (C) que sea o no oportuno concentrar la litigación de las pretensiones en el foro particular; (D) las dificultades que es posible encontrar en el desarrollo del procedimiento (*management*)

Estas CA se ejercitan cuando se ha causado un pequeño perjuicio económico a muchas personas, en estos casos estos procedimientos permiten repartir los gastos del proceso y evitan la intimidación de los demandantes frente a poderosos demandados<sup>90</sup>. El área donde más se ha desarrollado este tipo de litigación es en materia de *torts* —casos de responsabilidad extracontractual—: Casos de desastres en masa, como la catástrofe de Bhopal, el accidente nuclear de Three Mile Island; caos de contaminación química, como el caso del Agente Naranja o del asbestos. En principio, no se admitía este mecanismo procesal en estos casos: se decía que los daños y perjuicios producidos daban lugar a circunstancias singulares en cada caso no susceptibles de tratamiento globalizado. Pero ha habido un creciente uso de esta tercera categoría de CA para casos de este tipo, por interés del propio sistema judicial norteamericano y, espe-

sión a los mecanismos reparadores que confían en la iniciativa privada para asegurar la reivindicación en masa de los intereses públicos.

88. Referido a HOHFELD, «Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning», 23 *YLJ* 16 (1913), citado por JAFFE, «The Citizen as Litigant in Public Actions: The Non-Hohfeldian or Ideological Plaintiff», *UPLR*, vol. 116, 1968, p. 1.033.

89. JAFFE, «The citizen as litigant in Public Actions...», op. cit., p. 1.033.

90. BERRY, «Ending Substance's Indenture to Procedure: The Imperative for Comprehensive Revision of the Class Damage Action», *COLLR*, vol. 80, 1980, p. 299, afirma que aunque, inicialmente, el esquema de este procedimiento tiene la finalidad compensatoria de los daños y perjuicios producidos, se utiliza básicamente con finalidad disuasoria y eso produce distorsiones.

cialmente, de los demandados en concentrar todas las controversias en un solo proceso y acogerse después a los efectos de la cosa juzgada<sup>91</sup>. Además, en relación con este tipo de pretensiones esta vía puede ser conveniente y oportuna pues pueden conseguirse ahorro de tiempo, esfuerzo y gastos<sup>92</sup>, y se favorecería la uniformidad de la decisión para todas las personas situadas en posiciones similar, sin sacrificar las exigencias de justicia<sup>93</sup>. Precisamente por la importancia de los intereses individuales que en estos casos tienen los miembros del grupo se establecen en la Rule 23 requerimientos específicos en cuanto a la notificación a los miembros del grupo de la pendencia del proceso [Rule 23 (c) (2)].

El precepto que estamos comentando se dirige al órgano jurisdiccional para que haga una valoración preliminar de la pretensión aplicando dos tipos de criterios: el del *predominio*, y el de la *superioridad*. Conforme al primero debe examinar las cuestiones individuales y las comunes a los miembros del grupo implicadas en el proceso, exigiéndose que predominen estas últimas para poder seguir el procedimiento<sup>94</sup>. En caso necesario el tribunal puede utilizar la discrecionalidad que le permite la Rule 23 (c) (4) para limitar la pretensión únicamente a algunas cuestiones o formar subgrupos, con la finalidad de que se consiga el predominio de las comunes. Pero, incluso, cuando aparezca claramente que las cuestiones comunes predominan, es preciso, examinar el criterio de la superioridad, es decir, valorar si este procedimiento será más eficiente

91. Cfr. KANE, «Group Actions...», op. cit., pp. 170-173: una de las cuestiones que han surgido recientemente en esta materia se refiere a si los demandados pueden forzar de algún modo a que se utilice el procedimiento de *class actions*, aunque los demandantes prefieran seguir la vía individual.

92. SHREVE & RAVEN-HANSEN, *Understanding...*, op. cit., pp. 253-254, afirman que subyace a esta categoría de *class actions* dos principios, por un lado el de economía judicial y por otro la aplicación por parte de los ciudadanos privados de políticas públicas, entendiéndose entre ellas el acceso a los tribunales de ciudadanos con reclamaciones que de otro modo no podrían ser tuteladas judicialmente.

93. «Advisory Committee's...», op. cit., p. 251.

94. Existe un solapamiento entre la Rule 23 (a) (2) —existencia de cuestiones comunes— y (b) (3) —predominio de esas cuestiones—. El «Advisory Committee's...», op. cit., p. 252, manifestó que la presencia de cuestiones comunes, jurídicas o fácticas, no significa necesariamente que estas cuestiones comunes predominen. A la inversa, si se cumple el criterio del predominio, el presupuesto de Rule 23 (a) (2) se cumple necesariamente. Los tribunales a menudo han tratado ambas cuestiones juntamente, sin diferenciarlas. Vid. Note, «Developments...», op. cit., p. 1.626, donde se propone que el criterio del predominio pase a ser considerado como un presupuesto más y como tal se incluya en el apartado (a) de la Rule 23.

que otros métodos para resolver las posibles controversias<sup>95</sup>. La Rule 23 (b) (3) prevé una serie de factores a tener en cuenta, aunque no se trate de un elenco exhaustivo:

(A) «*el interés de los miembros del grupo en que se tramiten como acciones separadas*». Entre los motivos que normalmente se considera justifican el tratamiento individual pueden estar cuestiones emocionales, indemnizaciones extremadamente elevadas, insatisfacción con la representación... También puede valorarse la carga que para el demandado o para el tribunal supondría que estas cuestiones se resolvieran individualmente<sup>96</sup>. El interés en seguir procesos individuales no ha sido particularmente significativo en la mayoría de los procesos seguidos por la Rule 23 (b) (3), pues en la mayoría de ellos ha estado implicado a un número significativo de pequeños reclamantes en relación con los costes del litigio. En esos casos las exigencias de economía judicial y las desventajas económicas de los procesos individuales han superado generalmente cualquier interés en la litigación individual<sup>97</sup>.

(B) «*la extensión y naturaleza de cualquier litigio ya iniciado por o contra miembros del grupo y relacionado con la controversia*». La existencia de otros procesos, en que son partes personas miembros del grupo, puede sugerir un interés en la litigación individual. Varios tribunales han sostenido que el factor de la existencia de otros litigios ya iniciados es importante sólo cuando esos litigios pendientes están cercanos a su conclusión o cuando el número de procesos separados es sustancial<sup>98</sup>.

(C) «*que sea o no oportuno concentrar la litigación de las pretensiones en el foro particular*». En el contexto de las CA, la conveniencia de concentrar las reclamaciones en un foro particular es relevante sólo cuando se ha iniciado en otro lugar otro proceso en el que interviene un grupo.

(D) «*las dificultades que es posible encontrar en el desarrollo del procedimiento (management)*». Este es el factor más utilizado para declarar que una CA no es una vía superior para resolver la controversia, impidiéndose así la prosecución de este procedimiento. En realidad este

95. Cfr. FRIEDENTHAL, KANE & MILLER, *Civil Procedure...*, op. cit., pp. 735-736. Vid. en NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. 1, p. 327, posibles alternativas como: *joinder*, *intervention*, *consolidation*, *test cases*, *administrative proceedings*. El tribunal puede considerar también la limitación del grupo a personas determinadas o a cuestiones particulares...

96. «Advisory Committee's...», op. cit., p. 252.

97. NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. 1, p. 335.

98. NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. 1, p. 336.

procedimiento puede suponer para los tribunales en ciertos casos inmensas complicaciones prácticas en relación a las diligencias preliminares —*discovery*—, notificaciones, la distribución de las indemnizaciones... que lo conviertan en un medio ineficaz, con respecto a otras vías más económicas y rápidas. Cuando así se considere el órgano jurisdiccional no permitirá que se siga con este procedimiento<sup>99</sup>. No obstante, la Rule 23 no permite motivar la inadmisión de una CA simplemente en que el caso es complejo, la valoración debe tener en cuenta todos los factores: el tiempo, el esfuerzo, los gastos, el proporcionar el acceso a la tutela judicial efectiva de los pequeños reclamantes, la disuasión de actividades ilícitas...<sup>100</sup>.

#### V. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE MIEMBROS AUSENTES

Por las peculiares características de las CA es preciso proteger de modo particular los intereses de los miembros del grupo frente a eventuales desviaciones de quien actúa ante el tribunal en su defensa, siguiendo las exigencias del *due process* y articulando mecanismos como la representatividad adecuada o una mayor participación activa del juez en los actos de disposición de las partes en litigio<sup>101</sup>. Es interesante, por tanto, determinar el status de los interesados que permanecen en la sombra, sin tener una participación directa en un proceso cuyas consecuencias, sin embargo, les van a vincular. El Tribunal Supremo en el caso *American Pipe & Construction Co. v. Utah*<sup>102</sup> afirmó que los miembros del grupo ausentes eran partes vinculadas por los resultados del litigio, sin tener que interponer demandas separadas para proteger sus intereses.

99. FREEMAN Jr., «Current Issues in Class Action Litigation», *FRD*, vol. 70, 1976, p. 260, aconseja que el representante estructure su caso de modo que pueda persuadir al juez de que la responsabilidad del demandado y la indemnización resultante pueden ser determinados a través de un procedimiento que no cause sobrecarga indebida en los recursos judiciales.

100. Vid. en Note, «Developments in the Law...», op. cit., pp. 1.500-1.504, un análisis de distintos criterios que pueden aplicarse para determinar la *manageability*: el análisis coste-beneficio en relación con los recursos judiciales, la importancia de las pretensiones, el beneficio obtenido por los miembros del grupo.

101. *Hansberry v. Lee*, 311 U.S. 32, 42, citando el caso *Chicago, B. & Q. R. Co. v. Chicago*, 166 U.S. 226, 235, afirma que hay una violación de las exigencias del *due process* cuando en el proceso no se ha asegurado completamente la protección de los miembros del grupo que permanecen ausentes pero que va a quedar vinculados por la sentencia.

102. 414 U.S. 538 (1974).

Son partes que no están presentes físicamente ante el tribunal, pero que están representadas con respecto a las cuestiones comunes objeto del proceso.

La Rule 23 no establece directamente los derechos y obligaciones de los miembros ausentes, pero la propia naturaleza de estos procesos conlleva una serie de consecuencias respecto a estas personas. Si el que actúa físicamente ante el tribunal en defensa de todas ellas cumple las exigencias administrativas o jurisdiccionales para participar en el procedimiento no será necesario que los demás las acrediten. Estos últimos si lo desean pueden intervenir formalmente —*enter an appearance or seek to intervene*— en el procedimiento, pero no se les debe exigir en general una participación activa durante el proceso, pues sería contrario a los objetivos de la Rule 23<sup>103</sup>. Ha habido también discusiones acerca del posible sometimiento de los ausentes a diligencias preliminares —*discovery*— o a reconveniones. Sin embargo, si uno de los objetivos principales de la Rule 23 es evitar una multiplicidad de procesos y resolver las cuestiones comunes en un único procedimiento, cuando se forzara a las partes ausentes a participar en los trámites de *discovery* o a contestar a las reconveniones se favorecería que tales personas se autoexcluyan del grupo, prefiriendo los litigios individuales y se obstaculizarían así los objetivos de la norma. Por ello estas personas no están sujetas a reconveniones salvo que se les dirija una notificación directa e individual —*service of process*—, ni les corresponde correr con los gastos de proceso salvo que exista «commonfund recovery», es decir, que la sentencia les otorgue una determinada cantidad a repartir a prorrata, en este caso, los gastos que haya ocasionado el proceso también se prorratan del modo que establezca el tribunal.

NEWBERG<sup>104</sup>, a partir de la Rule 23, enumera una serie de derechos de los miembros del grupo ausentes: Ser representados de un modo adecuado; recibir notificación de la certificación de grupos correspondientes a la categoría (b) (3) y de cualquier propuesta de transacción o de otros actos de disposición; en determinados casos pueden ejercer el «opting out» —el derecho a ser excluido del ámbito subjetivo en que tendrá efectos la sentencia—, o puede poner objeciones a cualquier propuesta de acuerdo u otros actos de disposición...

Es preciso examinar más pormenorizadamente el derecho a excluirse del grupo (*opting out*) que tienen en algunos casos sus miembros. En la

103. Cfr. NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. 3, p. 265 y ss.

104. NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. I, p. 13.

regulación previa a la reforma de 1966 el efecto vinculante de la sentencia para los miembros del grupo dependía de la categoría en que se encontrara la *Class*, de este modo en la llamada «spurious class action» el fallo sólo obligaba a los miembros del grupo que hubieran acudido ante el tribunal. Pero en la práctica se convirtió en un simple medio de acumular procesos en el que las partes ausentes podían intervenir sólo en el caso de que les fuera favorable el resultado del proceso. A partir de la reforma, la sentencia de un procedimiento de *CA* vincula a todos los miembros del grupo, hayan intervenido o no, y sea el fallo favorable o adverso<sup>105</sup>. No obstante, se creyó oportuno en los casos de la Rule 23 (b) (3) —llamados también de *damages class action* por ser normalmente utilizada para la reclamación de indemnizaciones por daños—, la introducción de un mecanismo por el cual quien no quisiera quedar vinculado por la sentencia lo pudiera poner en conocimiento del tribunal para ser excluido del grupo<sup>106</sup>. Las consideraciones de *due process* exigieron que se estableciera un plazo razonable por el tribunal para que los interesados pudieran elegir comparecer, excluirse del grupo o permanecer inactivos. Por lo general sólo un pequeño porcentaje de miembros del grupo ejercen este derecho<sup>107</sup>. A pesar de eso ha dado lugar a muchas

105. BATES, «A Case for the Introduction of Class Action into English Law», *NewLJ*, vol. 130, 1980, p. 561 se muestra partidario de un *opting in* en lugar de un *opting out*, es decir, que mediante notificación se ponga en conocimiento de los afectados la existencia de un proceso pendiente que les puede afectar, pero en lugar de que les afecte si no se excluyen, prefiere este autor que les afecte la sentencia a los miembros del grupo sólo si optan expresamente por la inclusión. Pero este *opting in* debería ejercitarse únicamente al inicio del proceso, pues más adelante podría dar lugar a usos e injusticias. En contra, Committee Report, *Class Actions—Recommendations Regarding Absent Class Members and Proposed Opt—In Requirements*, 28 Record Assn B City NY 897, 905 (Dec 1973), citado por NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. 3, p. 317, fundamentando su posición en la existencia de personas que por timidez, ignorancia o por desconocimiento del Derecho o del mundo de los negocios no pedirían la inclusión en el grupo.

106. La razón por la que en estos casos no se prevé este derecho absoluto es por la mayor cohesión o unidad del grupo, mucho más que en la categoría (b) (3) en que los lazos de unión se limitan a algunas cuestiones jurídicas o fácticas comunes. Por otro lado en (b) (1) y (b) (2) la exclusión sería generalmente irrelevante pues por la propia naturaleza de la pretensión el resultado beneficiará o perjudicará a todos los miembros del grupo. Además (b) (2) puede incluir a futuros miembros del grupo o incluso éste puede ser tan amplio que la exigencia de notificación sea imposible de satisfacer.

107. POMERANTZ, «New Developments...», op. cit., p. 1.266 afirma que aún en casos en que se ha remitido notificación individual a cada miembro del grupo, la experiencia demuestra que el promedio de miembros que han solicitado la exclusión ronda el 1%, y las exclusiones de estos miembros son incluso producto de la confusión, pues en ningún caso los que pidieron ser excluidos ejercitaron su derecho individualmente en otro proceso.

discusiones, entre los problemas que se han planteado está el posible socavamiento de los objetivos de este procedimiento, el problema de la interrupción del plazo de prescripción de los miembros que se han excluido, el abuso potencial que puede tener lugar al ofrecer los demandados acuerdos individuales a los miembros del grupo a efectos de reducir la capacidad de acción del grupo...

## VI. LA EXIGENCIA DE NOTIFICACIÓN

### *Rule 23 (c) (2):*

«En cualquier acción de grupo iniciada según la subdivisión (b) (3), el tribunal dirigirá a los miembros del grupo la mejor notificación posible según las circunstancias, incluyendo notificación individual a todos los miembros que puedan ser identificados con un razonable esfuerzo. En tal notificación se comunicará a cada miembro que (A) el Tribunal le excluirá del grupo si lo solicita antes de una fecha determinada; (B) la sentencia, sea favorable o no, vinculará a todos los miembros que no soliciten la exclusión; y (C) cualquier miembro que no solicite la exclusión puede, si lo desea, comparecer con la asistencia de abogado»<sup>108</sup>.

Es una cuestión ampliamente debatida si la exigencia de notificar individualmente a todos los miembros del grupo identificables a través de un razonable esfuerzo deriva únicamente de la Rule 23 o también de las exigencias de *due process*, en otras palabras sí sería constitucional restringir o incluso suprimir la exigencia de *notice*<sup>109</sup>. En principio es claro también en la jurisprudencia anglosajona que una sentencia no puede vincular a quien no se le haya notificado en forma la existencia del proceso, viéndose afectados los principios de contradicción, audiencia y defensa<sup>110</sup>. Pero el *Justice Powell*<sup>111</sup> no quiso basar su argumento en los

108. El texto original es el siguiente:

«In any class action maintained under subdivision (b) (3), the court shall direct to the members of the class the best notice practicable under the circumstances, including individual notice to all members who can be identified through reasonable effort. The notice shall advise each member that (A) the court will exclude the member from the class if the member so requests by a specified date; (B) the judgment, whether favorable or not, will include all members who do not request exclusion; and (C) any member who does not request exclusion may, if the member desires, enter an appearance through counsel».

109. Vid. DAM, «Class Actions Notice: Who needs it?», *The Supreme Court Review*, 1974, p. 109. Véase NOTE, «Developments...», op. cit., pp. 1.402-1.416.

110. Cfr. *Pennoy v. Neff*, 95 U.S. 714 (1877).

111. Caso *Eisen*, 417 US 156 (1974).

argumentos constitucionales sino en la interpretación literal de la Rule 23, con referencias por ejemplo al caso *Mullane*<sup>112</sup>. En cambio, el *Advisory Committee* entendió que la exigencia de la mejor notificación posible había que remitirla a las exigencias de *due process* y así el *due process* puede exigir la notificación individual en CA en las que hay un pequeño número de miembros, pero que no es así cuando se trata de grupos grandes. En realidad la piedra de toque es la representación adecuada, si ésta existe no hay necesidad de una notificación a todos los miembros cuya identificación sea posible a través de un esfuerzo razonable<sup>113</sup>. Además, la Rule 23 (c) (2) deja a la discrecionalidad del juez la determinación de la mejor notificación posible en cada caso concreto, teniendo en cuenta las dimensiones del grupo, el número de miembros identificables y el coste de la identificación de los individuos. Se ha planteado si se debe entender sólo esfuerzo físico o si debe incluirse también el coste económico. En el caso *Eisen* la identificación era perfectamente posible a partir de los archivos y ordenadores de los demandados, incluso éstos estuvieron encantados de suministrar esos datos, pues sabían que *Eisen* no podría afrontar los gastos de notificación, en realidad esa identificación era físicamente posible, pero económicamente inviable pues había varios millones de afectados<sup>114</sup>.

La jurisprudencia norteamericana hace tiempo que aceptó el principio de la vinculación a los miembros del grupo ausentes<sup>115</sup>, la previsión de notificación obligatoria en casos de Rule 23 (b) (3) afecta directamente a los derechos de esos miembros, precisamente para garantizar su derecho a la audiencia, defendiendo sus intereses en el proceso. Hay que tener presente que el poder público tiene un interés en proporcionar un

112. *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co.* 339 US 306 (1950), por el cual el Tribunal Supremo consideró inadecuado utilizar únicamente la publicación genérica para dar a conocer la pendencia de un proceso a los interesados cuando se tienen los nombres y direcciones de una parte de éstos, es necesaria una notificación individual.

113. Cfr. Note, «Managing the Large Class Action: *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*», *HarLR*, vol. 87, 1973, pp. 433-434. Así se expresaba también el juez OAKES en el caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 479 F.2d 1005, 1024 (1973), cuando afirmó que desde su punto de vista la notificación a los miembros del grupo que no puedan ser identificados no se deriva de una exigencia constitucional ni de un presupuesto para que la CA pueda ser adecuadamente; lo único que el *due process* exige es que el procedimiento asegure de forma justa la protección de los intereses de los miembros ausentes.

114. Vid. DAM, «Class Actions Notice...», op. cit., p. 107.

115. *Hansberry v. Lee*, 311 US 32 (1940): las exigencias constitucionales de *due process* no impiden que el efecto de cosa juzgada afecte a todos los miembros del grupo que estén representados adecuadamente, aunque estén ausentes, incluso en el caso de un grupo poco cohesionado.

mecanismo para resolver cuestiones en que esté implicado un gran número de pequeñas reclamaciones individuales, y que este interés debe ser equilibrado con los intereses de los miembros del grupo en recibir la notificación de la pendencia del proceso: en primer lugar la notificación proporciona una oportunidad a los miembros para excluirse del grupo y ejercitar sus acciones individualmente, además la notificación ofrece la posibilidad de intervenir en el proceso<sup>116</sup>; además, el demandado tiene un interés complementario, pues sólo si se protegen los intereses de los miembros ausentes éste podrá confiar en los efectos de cosa juzgada<sup>117</sup>.

En cuanto al contenido de esta notificación, la norma que estamos comentando prevé únicamente la comunicación de que «(A) el Tribunal excluirá al miembro del grupo si éste lo solicita antes de una fecha determinada; (B) la sentencia, sea favorable o no, incluirá a todos los miembros que no soliciten la exclusión; y (C) cualquier miembro que no solicite la exclusión puede, si lo desea, comparecer con la asistencia de abogado». En cualquier caso, debe proporcionar suficiente información como para permitir una decisión con claridad y objetividad (incluso, con posibilidad de notificaciones bilingües). Debe tener un tono neutral y equilibrado, y sin influir en la decisión del receptor<sup>118</sup>.

#### Rule 23 (d) (2):

«En la tramitación del procedimiento al que se aplica esta norma, el Tribunal puede dictar resoluciones apropiadas para: (...) (2) requerir, para la protección de los miembros del grupo o para la adecuada tramitación del procedi-

116. STRICKLER Jr., «Protecting the Class...», op. cit., pp. 156 y ss., afirma que la notificación *a limine litis* puede ayudar a identificar conflictos internos del grupo y si es necesario, proteger a los miembros ausentes en caso inadmisión de la demanda; pero en este momento todavía no se puede suministrar suficiente información al miembro ausente y tal vez por ello éste no pueda tomar una decisión adecuada acerca de su exclusión, intervención, etc.

117. Note, «Managing...», op. cit., pp. 435-441.

118. Se pueden examinar diversas muestras de notificaciones en *Manual for Complex Litigation*, Part II, Sample materials for Pretrial and Trial of Complex litigation 1.45 (5th ed. 1982). También en NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. 2, pp. 187 y ss.

En la práctica la estructura suele ser la siguiente:

- Encabezamiento e identificación del litigio.
- Fase en que se encuentra el procedimiento.
- Delimitación del grupo.
- Descripción resumida de las alegaciones.
- Obligaciones y exposición a los costes de los miembros del grupo.
- Exigencia o no de contestación obligatoria.
- Alusión a la posibilidad de acceder a los documentos del proceso.
- Firmada del juez o del *clerk*.

miento, que se notifique a todos o a algunos de los miembros ausentes, del modo que establezca el Tribunal, sobre cualquier fase del desarrollo de la tramitación, o sobre la extensión de los efectos de la sentencia, o sobre la posibilidad de los miembros de expresar si consideran la representación justa y adecuada, o de plantear pretensiones o resistencias, o, por otra parte, de la posibilidad de comparecer»<sup>119</sup>.

Mientras la Rule 23 (c) (2), referida a los procesos por casos de la Rule 23 (b) (3), establece una notificación obligatoria, aunque la valoración de los factores sea discrecional. En el caso de las notificaciones del apartado (d) (2) el órgano jurisdiccional tiene una completa discrecionalidad. La Rule 23 (d) (2) sirve como cajón de sastre en la regulación de las CA, estableciendo el poder inherente del juez de notificar a los miembros del grupo ausentes cuando las circunstancias lo exijan. En este caso, tal notificación sirve para reforzar el cumplimiento de las exigencias del *due process* para la protección de los miembros ausentes<sup>120</sup>.

#### Rule 23 (e):

«e) **Desistimiento (dismissal) y transacción (compromise)**. Las partes no pueden desistir de la CA, ni pueden establecer transacciones sin la aprobación del Tribunal, procediéndose a la notificación del contenido de la propuesta de desistimiento o transacción a todos los miembros del grupo del modo que el Tribunal establezca»<sup>121</sup>.

El propósito de este precepto es disuadir al que actúe ante el tribunal en nombre del grupo de la utilización del mecanismo de la CA, para conseguir beneficios individuales injustos en los actos de disposición sobre el objeto del proceso, intentándose así proteger a los miembros ausentes frente a posibles

119. El texto original es el siguiente:

«In the conduct of actions to which this rule applies, the court may make appropriate orders: (...) (2) requiring, for the protection of the members of the class or otherwise for the fair conduct of the action, that notice be given in such manner as the court may direct to some or all of the members of any step in the action, or of the proposed extent of the judgment, or of the opportunity of members to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or otherwise to come into the action».

120. «Advisory Committee's...», op. cit., p. 255: «En la medida de que exista cohesión y unidad en el grupo y la representación sea efectiva, la necesidad de notificar a los miembros del grupo decrece».

121. El texto original es el siguiente:

«e) **Dismissal or Compromise**. A class action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to all members of the class in such manner as the court directs».

perjuicios<sup>122</sup>. Si se trata de una CA del apartado (b) (3) y las partes presentes físicamente o el Tribunal conocen los nombres y direcciones de los ausentes se exige notificación individual del acto disposición a todos ellos; sólo es necesario notificar además a los que no ejercieron el *opting out* y quienes dentro del plazo establecido presentaron tal reclamación. En la práctica se exige en general notificación individual cuando los nombres y direcciones son fácilmente determinables, y cuando no es así la relativa dificultad, o los elevados gastos exigidos para la identificación del resto, puede justificar que no se les notifique. Una combinación de notificación individual y notificación por publicación puede satisfacer los standards del *due process*.

La Rule 23 (e) no determina el contenido de la notificación: es suficiente que se informe a los miembros del grupo acerca de la naturaleza del proceso pendiente, de los términos generales del acto de disposición y de la posibilidad de obtener una información más completa y detallada en los archivos del juzgado, con el recordatorio de que cualquier miembro puede comparecer y ser oído en el proceso. La notificación debe ser breve y clara, pero no se deben simplificar en exceso los términos del acuerdo y el curso del proceso<sup>123</sup>.

Finalmente, la llamada *notificación por publicación* no está expresamente prevista en la Rule 23, pero se utiliza frecuentemente en casos de discriminación en el empleo y otros incluíbles en los apartados (b) (1) y (b) (2) en un esfuerzo de informar a los miembros potenciales del grupo acerca de los aspectos y ramificaciones del proceso planteado. También se ha utilizado esta forma de notificación en los casos de transacción de la Rule 23 (e) y de notificación discrecional de la Rule 23 (d). A menudo, en la notificación publicada puede aparecer una especie de cupón como medio de responder a la notificación o facilitar la recepción de mayor información sobre el proceso<sup>124</sup>.

122. Por ello se establecen unas excepciones a la regla de la notificación para los casos en que es presumible que no hay abusos en perjuicio de los ausentes, p. ej. en *involuntary dismissals*. Cfr. NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. 2, p. 132.

123. El contenido de tales notificaciones suele ser el siguiente:

- Encabezamiento, que incluya la identificación del caso, descripción de los miembros afectados y fecha y propósito de la audiencia.
- Descripción del litigio, incluyendo las alegaciones de la demanda y un resumen de las fases del procedimiento que precedieron al acto de disposición.
- Resumen de la transacción propuesta y de la petición de honorarios del abogado.
- Procedimiento para cumplimentar pruebas de la reclamación.
- Procedimiento para comparecer y presentar objeciones.
- Procedimiento para inspeccionar u obtener documentos relacionados con el acuerdo y con el resto del proceso.

124. NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. 2, pp. 168 y ss., observa la existencia de diversos factores en la respuesta a estos llamamientos:

## VII. EL PAPEL DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

En las CA es fundamental la posición activa del órgano jurisdiccional en interés de la eficiente y justa resolución del proceso<sup>125</sup>, por ello debemos examinar cómo se configura esa posición en la Rule 23. Una primera apreciación nos muestra una amplia discrecionalidad del Tribunal en la valoración de las circunstancias de los casos particulares<sup>126</sup> para controlar y supervisar el transcurso del proceso<sup>127</sup> asegurando que el proceso sea justo, razonable y efectivo<sup>128</sup>. El tribunal debe investigar acerca de los posibles conflictos y disensiones internas para conocer con precisión los intereses y las posiciones de los miembros del grupo. Las complejidades de muchas CA y el peligro de infringir las exigencias del *due process* respecto a los miembros ausentes exigen esta posición extraordinaria: debe decidir acerca de la delimitación del grupo, la creación de subgrupos, la notificación a los miembros ausentes, la aprobación del acuerdo intraprocesal propuesto, la distribución de la reparación económica, la extensión del efecto de cosa juzgada... En estos casos debe tenerse en cuenta la existencia de conflictos de intereses y su relevancia. El tribunal deberá determinar, con considerable discrecionalidad, qué im-

1. El período de tiempo en que sea posible presentar tales reclamaciones individuales, salvo circunstancias especiales.

2. El modo de distribución de la notificación. La experiencia demuestra que la notificación por publicación supone en muchos casos un gesto inútil.

3. Lenguaje y contenido de la notificación. Es preciso que la notificación sea corta y simple. P. ej.

### WOMEN

If you became pregnant or bore a child on or after september 14, 1969 while employed by the City of Philadelphia, the City may owe you money. For information, calla LO-4-6280 or write The Women's Law Project, 112 S. 16th Street, Philadelphia, Pa. 19102, on or before June 11, 1980.

4. La dificultad en la respuesta: uso de números *Toll-free* —números de teléfono de llamada gratuita—.

5. La magnitud de la reclamación individual.

6. La existencia de relaciones previas entre los miembros del grupo y los demandados.

7. Las obligaciones asumidas al aceptar los beneficios de la transacción: posibilidad de reconveniones.

8. La extensión de los esfuerzos para localizar los miembros ausentes.

125. HOMBURGER, «State Class...», op. cit., p. 657, afirma que el *principio de adecuada gestión judicial* es de indudable importancia en un procedimiento que puede ser tan complejo.

126. Cfr. FRANKEL, «Some Preliminary...», op. cit., p. 39.

127. HOMBURGER, «Private Suits...», op. cit., p. 349.

128. *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 391 F. 2d 555, 560 (1968).

pacto tendrá la disensión en el resultado del proceso, pues para su decisión debe tener en cuenta todos los intereses relevantes<sup>129</sup>.

La Rule 23 (d) establece una lista no exhaustiva de los tipos de decisiones que un juez puede dictar en la tramitación de una CA para la justa y eficiente tramitación de este procedimiento<sup>130</sup>:

«(d) **Resoluciones en la tramitación del procedimiento.** En la tramitación del procedimiento al que se aplica esta norma, el Tribunal puede dictar resoluciones apropiadas para: (1) determinar el curso del procedimiento o determinar medidas para prevenir repeticiones indebidas o para evitar complicaciones en la presentación de las alegaciones o las pruebas; (2) requerir, para la protección de los miembros del grupo o para la adecuada tramitación del procedimiento, que se notifique a todos o a algunos de los miembros ausentes, del modo que establezca el Tribunal, respecto a cualquier fase del desarrollo de la tramitación, o a la extensión de los efectos de la sentencia, o sobre la posibilidad que tienen los miembros del grupo de expresar si consideran la representación justa y adecuada, o de plantear pretensiones o resistencias, o, por otra parte, de la posibilidad de comparecer; (3) imponer condiciones a las partes representantes o a los intervinientes; (4) requerir la modificación de las alegaciones para eliminar las referidas a la representación de personas ausentes, y que se proceda en la tramitación sucesiva conforme a tal decisión; (5) resolver cuestiones procesales similares. Tales decisiones pueden ser combinadas con una orden según la Rule 16, y pueden ser alteradas o enmendadas como sea deseable cuando se crea conveniente»<sup>131</sup>.

Muchos jueces han criticado que se les asignen excesivos deberes

129. GARTH, «Conflict and Dissent in Class Actions...», op. cit., p. 517, en este sentido afirma que el tribunal debe oír todos los argumentos, considerar todos los intereses y desarrollar una forma de reparación que vincule a todos, proteja lo más posible los intereses y remedie las infracciones de la ley.

130. En el *Manual of Complex Litigation of the Judicial Conference of the United States* pueden verse amplios comentarios sobre las diversas posibilidades del órgano jurisdiccional.

131. El texto original es el siguiente:

«(d) **Orders in Conduct of Actions.** In the conduct of actions to which this rule applies, the court may make appropriate orders: (1) determining the course of proceedings or prescribing measures to prevent undue repetition or complication in the presentation of evidence or argument; (2) requiring, for the protection of the members of the class or otherwise for the fair conduct of the action, that notice be given in such manner as the court may direct to some or all of the members of any step in the action, or of the opportunity of members to signify whether they consider the representation fair and adequate, to intervene and present claims or defenses, or otherwise to come into the action; (3) imposing conditions on the representative parties or on intervenors; (4) requiring that the pleadings be amended to eliminate therefrom allegations as to representation of absent persons, and that the action proceed accordingly; (5) dealing with similar procedural matters. The orders may be combined with an order under Rule 16, and may be altered or amended as may be desirable from time to time».

no propiamente jurisdiccionales en estos procesos. Pero su función es importante dada la complejidad de estas tramitaciones. Por otro lado, muchos abogados están en contra de esta excepcional discrecionalidad, por ser contradictoria con el modelo tradicional conforme al cual quienes controlan la dirección y el desarrollo del proceso son las partes abogados. No obstante, la que a primera vista parece enorme discrecionalidad del órgano jurisdiccional debe ponderarse recordando la sujeción al precedente judicial (doctrina del *stare decisis*) en los tribunales de justicia anglosajones<sup>132</sup>.

*El papel del juez en la certification.*

Rule 23 (c) (1).

«Tan pronto como sea posible, tras el planteamiento de una acción de grupo, el tribunal determinará si se ha de mantener como tal. Esta resolución puede ser condicional, e incluso puede ser alterada o enmendada antes de la decisión sobre el fondo»<sup>133</sup>.

El tribunal, de oficio, debe determinar tan pronto como sea posible<sup>134</sup>, tras una pequeña investigación preliminar, si puede seguir adelante el procedimiento de las CA. Es lo que se llama *certification*. No cabe, sin embargo en esta fase inicial del procedimiento, como se estableció en el caso *Eisen*, una consideración sobre el fondo del proceso, lo cual en la práctica no siempre es fácil de evitar<sup>135</sup>. En cualquier caso, el órgano jurisdiccional tiene discrecionalidad en esa decisión, y además, una resolución de admisión no es definitiva, circunstancias futuras pueden hacer que el tribunal cambie su determinación. Por otro lado, es posible la *certification* sin que haya unanimidad en el grupo, sólo se exige que las diferencias no sean ignoradas. Las dificultades están en poder acomodar estas diferencias a la estructura de la norma<sup>136</sup>. Se puede determinar que se mantenga la *class action* pero a condición de que los demandantes definan los contornos de la *class* más claramente, que se proporcio-

132. Vid. FRANKEL, «Some Preliminary...», op. cit., p. 46. Sobre el principio de *stare decisis* véase SHREVE & RAVEN-HANSEN, *Understanding...*, op. cit., pp. 457-460.

133. El texto original vigente en 1990 es el siguiente:

«As soon as practicable after the commencement of an action brought as a class action, the court shall determine by order whether it is to be so maintained. An order under this subdivision may be conditional, and may be altered or amended before the decision on the merits».

134. Note, «Developments in the Law...», op. cit., pp. 1.399 y 1.418-1.427, muestra, no obstante, que esta urgencia no está exenta de consecuencias negativas.

135. Vid. FREEMAN JR., «Current Issues...», op. cit., p. 252.

136. GARTH, «Conflict and Dissent in Class Actions...», op. cit., p. 493.

nen los nombres de los miembros, que se refuerce la representatividad<sup>137</sup>... Puede ordenar que se divida el grupo en subgrupos cada cual con sus representantes, que se siga por CA sólo en relación con determinadas cuestiones<sup>138</sup> o determinadas personas. Estas soluciones a los conflictos internos del grupo pueden suponer problemas, pues se confía quizás excesivamente en la discrecionalidad judicial y no se determina cuándo el conflicto impide la certificación del. GARTH sugiere al respecto que se aplique un triple análisis<sup>139</sup>: 1. Determinar si todos los miembros del grupo propuesto están en la misma posición objetiva con respecto a la supuesta acción u omisión antijurídica; 2. Determinar, por lo menos provisionalmente, el alcance del conflicto interno del grupo y 3. Si esos conflictos son suficientemente importantes como para impedir la certificación, teniendo en cuenta para esta valoración si los litigantes y sus abogados son apropiados, las características generales del grupo y también el impacto potencial sobre el grupo de la reparación que se persigue. Cuando se trata de pretensiones ejercitadas por entidades acreditadas por la experiencia en defensa de derechos constitucionales o cuando el grupo sea excesivamente difuso para proteger sus derechos de otra forma, o cuando el órgano jurisdiccional pueda fácilmente corregir las disensiones a través de la creación de subgrupos, su redelimitación, etc., se tiende a admitir la *certification* más fácilmente.

*Limitación de la CA a cuestiones particulares.*

Rule 23 (c) (4).

«Cuando sea apropiado (A) la cognición puede limitarse sólo a cuestiones particulares, o (...)»<sup>140</sup>.

Esta limitación puede ser una solución a las dificultades que pueden surgir en la tramitación del proceso —*unmanageability*—. Se establecen los siguientes criterios: las cuestiones que sean tratadas aparte deben ser distintas y separadas de las demás; los derechos al *jury trial* —a un juicio ante jurado— no deben ser vulnerados; y además todos los miembros

137. Vid. «Advisory Committee's...», op. cit., p. 252.

138. En «Advisory Committee's...», op. cit., p. 254, se cita como ejemplo el caso de una CA mantenida sólo en relación con la declaración o no de la responsabilidad del demandado, exigiéndose posteriormente a los miembros del grupo que se personen individualmente y prueben los montos de sus respectivas reclamaciones, para obtener una reparación.

139. Cfr. GARTH, «Conflict and Dissent in Class Actions...», op. cit., p. 523.

140. El texto original de la Rule 23 (c) (4) es el siguiente:

«When appropriate (A) an action may be brought or maintained as a class action with respect to particular issues, or (...)».

del grupo, incluidos los ausentes, deben estar vinculados al resultado del proceso<sup>141</sup>.

*Creación de subgrupos.*

Rule 23 (c) (4).

«Cuando sea apropiado (...) (B) un grupo puede ser dividido en subgrupos y cada subgrupo tratado como uno sólo, al que se aplicarán las disposiciones de esta Rule»<sup>142</sup>.

La creación de subgrupos supone un medio para aumentar la fiabilidad de la representación de los miembros ausentes a través de la adición, de hecho, de nuevos participantes activos en el proceso que puedan defender de un modo más preciso, a través de la protección de sus propios intereses, aquellos de determinados grupos de miembros ausentes<sup>143</sup>. Si se crean subgrupos cada uno debe satisfacer los criterios de la Rule 23, pero si los miembros del subgrupo son también miembros del grupo más amplio, ya certificado, no se les puede exigir que satisfagan independientemente el presupuesto de la numerosidad si el subgrupo es muy pequeño. Con frecuencia la creación de subgrupos no resuelve los problemas de *manageability* como los presentados en casos en que existen muchos miembros en el grupo porque la exigencia de notificar a los ausentes puede ser insalvable y además estos casos frecuentemente presentan cuestiones individuales que deben ser tratadas separadamente<sup>144</sup>.

*El papel del juez en caso de desestimiento y transacción.*

El órgano jurisdiccional no interviene en las negociaciones para llegar a un acuerdo, sólo cuando se obtiene un resultado deberá valorarlo, examinando si es el mejor para el interés de los afectados: debe velar por los intereses de los ausentes. El control público, por parte del órgano jurisdiccional, de los acuerdos privados del juez se ejercita con diversos objetivos: promover la eficiencia del procedimiento, la completa aportación fáctica y la protección de los miembros ausentes<sup>145</sup>.

141. Cfr. SCHUCK, «An overview of Class Action», *FRD*, vol. 70, 1976, pp. 313 y ss.

142. El texto original es el siguiente:

«(...) (B) a class may be divided into subclasses and each subclass treated as a class, and the provisions of this rule shall then be construed and applied accordingly».

143. Note, «Developments...», op. cit., p. 1.479.

144. SCHUCK, «An overview...», op. cit., pp. 312 y ss.

145. Note, «Developments...», op. cit., 1388-1389.

*La especial discrecionalidad del juez en determinadas ejecuciones. Remisión.*

En caso de que la sentencia condene al pago de una reparación de daños y perjuicios a los miembros del grupo —*Class damage remedy*— el órgano jurisdiccional debe organizar su ejecución, de modo que se lleve a cabo de un modo eficiente. El Tribunal puede evaluar el monto global de la indemnización, a partir de los papeles y archivos del demandado, determinados beneficios ilegales o cobros excesivos, en estos casos, y posteriormente se establece un sistema para la reparación individual a los afectados<sup>146</sup>.

### VIII. TRANSACCIÓN Y DESISTIMIENTO

En la mayoría de los casos las CA terminan de forma anticipada por un acto de disposición de las partes, con los consiguientes peligros para los miembros ausentes, que quedan vinculados por tal disposición, y por ello están expuestos a imposiciones inicuas. Para evitar soluciones contrarias a sus intereses la Rule 23 (e) establece lo siguiente:

«(e) **Desistimiento** (*dismissal*) y **(transacción)** (*compromise*). Las partes no pueden desistir de la CA, ni pueden establecer transacciones sin la aprobación del Tribunal, procediéndose a la notificación del contenido de la propuesta de desistimiento o transacción a todos los miembros del grupo de la manera que el Tribunal decida»<sup>147</sup>.

El *compromise* es cualquier acuerdo en el proceso entre las partes que resuelva la controversia y ponga fin al litigio. El órgano jurisdiccional debe asegurar que cualquier impaciencia de los litigantes y de sus abogados de poner fin al caso perjudique a los miembros ausentes del grupo. Pero su función está limitada, no puede reescribir el acuerdo, sólo puede aprobarlo o desaprobarlo<sup>148</sup>. El abogado puede ser una importante

146. Vid. al respecto el epígrafe 9, referido más ampliamente a la problemática de la ejecución de las resoluciones en el procedimiento que estamos examinando.

147. El texto original de este precepto es el siguiente:

«(e) **Dismissal or Compromise.** A class action shall not be dismissed or compromised without the approval of the court, and notice of the proposed dismissal or compromise shall be given to all members of the class in such manner as the court directs».

148. Cfr. *Manual for Complex Litigation...*, op. cit., pp. 236 y ss. Vid. GARTH, «Studying Civil Litigation...», op. cit., pp. 502 y ss. en relación a la importancia que tiene la certificación para favorecer los acuerdos, pues tras ese trámite los demandados se toman más en serio el litigio, se disipa la incerteza anterior, los abogados han tenido tiempo de demostrar su calidad y compromiso en el caso, las partes ya han podido observar la actitud del juez ante el caso, etc.

fuente de información para explicar al juez cómo se ha llegado a un acuerdo y por qué es razonable y justo, poniendo en conocimiento del juez cualquier aspecto que pueda afectar adversamente a cualquier miembro del grupo o evitar que les trate desigualmente, justificando la existencia de beneficios exclusivos para el miembro o miembros que han participado activamente y los honorarios del abogado. Pero no se puede obligar al abogado a enseñar todas sus armas legales, lo cual le situaría en una posición de debilidad<sup>149</sup>. Los miembros activos del grupo deben ser oídos, teniendo en cuenta si todos ellos se muestran partidarios de la transacción o no.

El procedimiento a seguir por el juez para llegar a la aprobación del acuerdo es el siguiente<sup>150</sup>: empieza por una evaluación preliminar de los términos del acuerdo, puede expresar sus reservas ante el acuerdo, lo que puede llevar a que lo revisen las partes. Si el acuerdo presentado en apreciación del órgano jurisdiccional es producto de negociaciones serias, informadas y no fraudulentas, ni concede privilegios para los representantes ni para determinados segmentos del grupo, el tribunal establece que se notifique al grupo para una audiencia formal sobre el acuerdo, en la que pueda presentarse prueba a favor o en contra del mismo. Posteriormente para elaborar su decisión definitiva el tribunal deberá examinar si los intereses del grupo en su conjunto están protegidos<sup>151</sup>. Debe comparar las reparaciones que el grupo puede obtener del acuerdo con los costes y beneficios resultantes de la continuación del litigio. En acuerdos que alcancen a todo el grupo y en aquellos en que se prevean reparaciones económicas junto a otras que no lo sean, el tribunal debe ser especialmente cuidadoso en la valoración de la adecuada protección a los intereses de los ausentes<sup>152</sup>. En definitiva el acuerdo debe ser justo, razonable y adecuado a las circunstancias<sup>153</sup>, respetando también los ob-

149. Vid. *Manual...*, op. cit., pp. 238.

150. Vid. *Manual...*, op. cit., p. 241 y Note, «Developments...», op. cit., pp. 1.565-1.576.

151. Evidentemente el juez debe examinar si ha existido una representación adecuada en la negociación y, por consiguiente una adecuada protección de los intereses de los miembros del grupo que no han intervenido en ella. Cfr. Note, «Developments in the Law...», op. cit., p. 1.569.

152. Vid. *Philadelphia Electric v. Anaconda American Brass Co.* 42 FRD 324 (EDPa 1968).

153. Para determinar si un acuerdo es justo, razonable y adecuado, siguiendo a NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., p. 454, FRIEDENTHAL, KANE, MILLER, *Civil Procedure...*, op. cit., p. 754 y el *Manual for Complex Litigation...*, op. cit., pp. 235 y ss., es preciso valorar los siguientes aspectos: la posibilidad de éxito o de obtener la reparación pretendida en el proceso; la complejidad de las cuestiones legales y fácticas del caso; la

jetivos de la norma material aplicable, sobre todo en los casos de (b) (2)<sup>154</sup>.

Las eventuales coacciones para llegar a un acuerdo pueden desvirtuar y dirigir mal los efectos disuasorio y compensatorio de las CA en caso de daños y perjuicios. El enorme riesgo que supone el proceso para el demandado cuando tiene enfrente a un grupo potente y numeroso puede obligarle a transigir, sin tener en cuenta los argumentos de fondo de la cuestión debatida, de ahí que se haya llamado a este procedimiento «chantaje legalizado» —*legalized blackmail*—<sup>155</sup> y, por otro lado, la parte demandante puede sucumbir a las presiones cuando su pretensión es dudosa en lugar de someterse a la tramitación del procedimiento y a las dilaciones y gastos que ésta supone.

El propósito principal de la Rule 23 (e) es desalentar el uso de las CA para conseguir un acuerdo privado del representante en detrimento de los intereses del resto de los miembros del grupo y por tanto injusto. Pero otro objetivo importante de esta norma es proteger a los miembros ausentes contra perjuicios de la discontinuidad de la litigación iniciada en su defensa. La regla general es que el representante y el abogado que ejercitan la acción son fiduciarios de todo el grupo desde el ejercicio de la demanda en favor del grupo<sup>156</sup>. Cuando una CA es certificada y se han dirigido notificaciones al inicio del procedimiento, las consideraciones de *due process* exigen que los miembros del grupo que recibieron la notificación anterior de la CA iniciada según la Rule 23 (b) (3) tengan derecho a que se les comunique la cesación voluntaria de tal procedimiento, siguiendo las reglas establecidas en el apartado (d).

magnitud y naturaleza del *discovery* o de la prueba; los términos y condiciones del acuerdo; si únicamente se benefician los representantes; la suma acordada en relación a la suma que pudiera obtenerse; los honorarios del abogado acordados; los consejos y experiencia del abogado; los gastos futuros y posible duración del litigio; los consejos de las partes neutrales, si existen; el número de oponentes y la naturaleza de las objeciones; el tratamiento de los diferentes segmentos del grupo; el plan para distribuir la cantidad acordada; si se han seguido los trámites precisos para notificar a los ausentes.

154. Vid. YEAZELL, «From Group Litigation...», Part II..., op. cit., pp. 1.115-1.119 y Note, «Developments...», op. cit., pp. 1.374-1.375, 1.536 y ss., especialmente 1.570, el juez puede incluso pedir la intervención de expertos cuando el tema es complicado y sus propios conocimientos no le son suficientes para analizar el acuerdo alcanzado.

155. Vid. BERRY, «Ending Substance's...», op. cit., p. 301. HANDLER, «The Shift...», op. cit., p. 9, afirma que el demandado prefiere llegar a una transacción injusta antes que a una sentencia que puede ser catastrófica para su economía.

156. NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. 2, pp. 502 y ss.

## IX. PROBLEMAS EN LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN JUDICIAL

Es preciso prestar atención a la última fase del procedimiento de las acciones de grupo, es decir, a la fase de ejecución de la resolución, especialmente en las dirigidas a la obtención de indemnización a través de la Rule 23 (b) (3) —*Damage Class Actions*—, en las que se ha condenado al pago de los daños y perjuicios producidos por una actividad ilícita, pues en estos casos pueden darse particularidades específicas. La resolución judicial determinará la cantidad que el grupo tiene derecho a percibir como indemnización, ya sea por haberse concluido toda la tramitación, ya sea por haberse llegado a un acuerdo entre demandante y demandado que dé por finalizado el proceso y sea aprobado judicialmente. El demandado deposita tal cantidad ante el tribunal mientras se resuelve la forma en que ha de ser repartida, si se ha establecido previamente en la propia resolución judicial<sup>157</sup>. El dinero obtenido se destina al pago de los honorarios del abogado y de las costas del juicio, mientras que la cantidad restante puede prorratearse entre todos los miembros del grupo que en un plazo determinado acudan ante el Tribunal, y tras cumplimentar unos trámites muy simples practiquen la prueba de su reclamación individual, es decir, acrediten su pertenencia al grupo al que se ha declarado con derecho a la indemnización<sup>158</sup>. Es posible en otros casos que se establezca el reparto de la cantidad resultante entre todos los miembros del grupo sin necesidad de cumplimentar ninguna prueba de su reclamación individual, simplemente repartiendo esa cantidad según los datos obtenidos de los archivos de los demandados o en archivos públicos, o repartiéndolos a partir de criterios diversos como p. ej. estableciendo una cantidad media para cada uno, o calculando la cantidad que le corresponde a cada uno a partir de alguna fórmula matemática según las unidades de bienes o servicios implicados.

Pero es posible que haya miembros del grupo que no acudan ante el tribunal durante todo el proceso —incluso por no haber tenido conocimiento de su existencia—; a estos miembros, a los que, si se han cumplido las garantías de la regulación de las CA, también vincula la resolución del tribunal, se les tiene que dar la posibilidad de obtener

157. NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. 2, p. 370.

158. FREEMAN Jr., «Current Issues...», op. cit., pp. 271 y ss. critica la incoherencia de considerar, por un lado, miembros del grupo a los que no se excluyen expresamente, quedando obligados a lo que resulte del proceso, pero, por otro, impedir a quienes no cumplimenten el trámite de justificar su reclamación individual, ya en fase de ejecución, la participación en los beneficios de la sentencia.

efectivamente los beneficios del fallo a los que tienen derecho: tienen que poder acudir ante el tribunal a reclamar su parte en la indemnización de daños y perjuicios a cuyo pago se ha condenado al demandado. En primer lugar, en relación a los miembros que son identificados, localizados y reciben una notificación individual acerca de su derecho a obtener la parte que les corresponda de la indemnización, no todos ellos acuden al tribunal para cumplimentar los trámites exigidos para obtenerla: puede que no entiendan bien la notificación, o que la cantidad que les corresponde es tan modesta que no les compensa la molestia o los perjuicios que le puede causar obtenerla<sup>159</sup> —pueden existir barreras sociales o incluso motivos de negocios que hagan que sea más prudente renunciar a lo que les corresponde que acudir a obtenerlo— o simplemente puede que la notificación se haya extraviado, destruido u olvidado. Por otra parte, pese a los esfuerzos del tribunal y de los abogados puede que no todos los miembros puedan ser identificados, y aunque puedan serlo, quizás no sean localizados. Por ello parte de la cantidad establecida en la resolución puede no ser reclamada y, se plantea consiguientemente la cuestión de a qué destino dedicarla. Las posibilidades son diversas y serán examinadas a continuación: en primer lugar, puede establecerse que la cantidad no reclamada sea devuelta al demandado<sup>160</sup>. En segundo lugar, otra opción sería establecer su distribución para beneficio indirecto de todo el grupo (p. ej. subvencionando uniones de consumidores, o aplicándolo a agencias destinadas a estudios para la prevención de contaminación); o incluso aplicarla para el beneficio de un grupo de personas más indeterminado, entre las que probablemente se encuentren la mayor parte de los miembros del grupo de perjudicados, pero no sólo ellos (*Cy pres* o *Fluid class distributions*). Cabe evidentemente la opción de combinar las diferentes posibilidades. La elección entre ellas depende únicamente de los poderes de equidad del juez, sin que los demandados puedan discutir sobre este punto tras haber sido condenados al pago de la determinada cantidad.

159. Puede que el grupo sea tan numeroso y las reclamaciones individuales tan pequeñas que el coste de obtener la cantidad reclamada no sea económicamente rentable, siendo este esquema de compensación individual inaplicable en la práctica.

160. Esta es la postura tradicional, pero tal solución es contradictoria con la finalidad disuasoria que debe tener cualquier condena por daños y perjuicios, por este motivo ha sido rechazada por diversos tribunales. Como decía el Justice Edwards en *Market St. Ry. Co. v. Railroad Commission*, 171 P 2d 875 (Cal. 1946) —citado en POMERANTZ, «New Developments...», op. cit., p. 1.262: no se puede dejar a la pereza o la indiferencia en alegar las reclamaciones el hecho de que el infractor mantenga sus ganancias ilícitas o no.

*Escheat distributions*. Como hemos visto, se trata de una variante de las distribuciones indirectas de una cantidad no reclamada. En este caso el tribunal establece dejar en depósito la cantidad dineraria por un período determinado y destinarla posteriormente o bien a la Administración pública<sup>161</sup>, o bien a otra tercera persona, que podría ser una institución benéfica o educativa. De este modo, aunque no se compense a los perjudicados, se cumple el objetivo de *deterrence*, es decir, la finalidad disuasoria frente al demandado, la cual no existe en el caso de optar por la opción de devolver la cantidad no reclamada al demandado.

La *Cy Pres Doctrine*<sup>162</sup>, por otro lado, se refiere a los casos en que la cantidad remanente se destina a beneficios indirectos del grupo en general<sup>163</sup>. La doctrina *Cy pres* procede del Derecho de Sucesiones en relación con la ejecución de fideicomisos que serían de imposible realización si no fuera de forma general e indirecta. Se trata de una regla que utilizan los tribunales norteamericanos en el caso de encargos testamentarios destinados a fines benéficos que no se pueden llevar a cabo exactamente según los propósitos del testador. En estos casos el Tribunal está autorizado para buscar la alternativa que mejor se ajuste a la intención del causante<sup>164</sup>. Trasladada esta doctrina a la cuestión que estamos examinando, la cantidad no reclamada es aplicada a fines próximos que sólo de modo indirecto producen una compensación a los afectados por los daños y perjuicios causados por el demandante<sup>165</sup>. En este sentido,

161. Vid. p. ej. *Vecchione v. Wohlgenuth* No 73-162 (EDPa Apr 22, 1982): la cantidad no reclamada se destina a instituciones estatales dedicadas a enfermos mentales.

162. Vid. especialmente POMERANTZ, «New Developments...», op. cit., pp. 1.260 y ss.

163. La distribución a través de la vía *cy pres*, además de otras formas indirectas de distribuir cantidades no reclamadas han sido acogidas en normas legales y en precedentes judiciales, tanto federales como estatales, según afirma NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. 2, p. 393, por ejemplo en New Jersey [*New Jersey R Civ P 4-32-2 (c)*], en la Uniform Class Actions Act [*National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Uniform Class Actions Act («UCA»*)], 12 ULA § 15 (c) (5), (6), (8). (1975 *Cum Supp*) cuya adopción por los distintos Estados se recomienda], por los tribunales estatales californianos [p. ej. el caso *Daar v. Yellow Cab Co -67 Cal 2d 695, 433 P2d 732 (1967)*]...

164. Sobre la doctrina del *Cy Pres*, vid. Note, «Damage distribution in CA: the *cy pres* remedy», *ChiLR*, vol. 39, 1972, p. 452.

165. Algunos autores —según explica NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., pp. 375 y ss.— lo denominan *Fluid recovery* —resarcimiento fluido—, aunque tal término es menos preciso por haberse utilizado con significados diversos, entre ellos para referirse en general a las distintas formas de distribución indirecta de la cantidad no reclamada en las CA —así p. ej. en Note, «Developments...», op. cit., pp. 1.521-1.522—; o bien, en general, al procedimiento de cálculo y distribución de la cantidad no reclamada a miem-

cabe que tal cantidad se conceda a una tercera persona, que puede ser un determinado organismo, para que se aplique a determinadas finalidades relacionadas con la cuestión debatida en el litigio, en tal caso se trataría de un *aggregate cy pres distribution*. Por otro lado, puede establecerse un beneficio indirecto para los individuos miembros del grupo y todos los que estén en similar posición —el ejemplo sería establecer una reducción de los precios del mercado (*price reduction or market distribution*). A través de la reducción de precios establecida judicialmente se procede a otorgar un beneficio indirecto al grupo que ha resultado vencedor del litigio, normalmente estableciendo que un determinado producto o servicio sea más barato en un determinado plazo de tiempo<sup>166</sup>.

Esta doctrina ha sido susceptible de numerosas críticas: la reducción de precios se dirige a compensar de algún modo a los que se han visto perjudicados por la actividad ilícita, pero su efecto es limitado pues es preciso que los consumidores realicen nuevas adquisiciones de los bienes o servicios de que se trate para que obtengan el beneficio. Además tal reducción en un mercado en el que el demandado no está en situación de monopolio le otorga una posición ventajosa frente a los competidores. En la práctica judicial hay diversas posiciones. La más destacada crítica la pronunció el Segundo Circuito en el llamado caso EISEN III<sup>167</sup>, al afirmar que la aplicación de tales medidas supondría una ganancia inesperada para personas que no son miembros del grupo y para quienes siéndolo ya han obtenido su reparación a través de una reclamación individual. Aunque los partidarios del *cy pres* alegan que la aplicación de esta doctrina favorece los casos de reclamaciones individuales pequeñas, algunos tribunales han planteado que este modo de compensar a los

bros perjudicados o a otras personas según las doctrinas de *cy press* u otras, así en el caso EISEN 479 F2d 1005 (2d Cir 1973) (EISEN III). Vid Note, «Managing the Large Class Action...», op. cit., pp. 446-454.

166. Por ejemplo, en el caso *Bebchink v. Public Utilities Comm.* 318 F 2d 187 203-204 (Cir DC 1963, en banc); cert den 373 US 913, una compañía de autobuses que había cobrado cinco centavos más de los permitidos en billetes de autobús de 25 centavos a cada uno de sus clientes, fue condenada, pero era imposible la devolución de la cantidad injustamente cobrada a cada uno de los perjudicados, por eso el tribunal determinó una reducción de las tarifas para todos los futuros clientes. Así se estableció también en el caso *Daar v. Yellow Cab Co* 67 Cal 2d 695, 433 P2d 732 (1967), una CA por la cual se discutía ante un tribunal estatal californiano sobre la aplicación de tarifas en los taxímetros más elevadas que las aprobadas oficialmente. Se llegó a una transacción y el resultado fue la rebaja de las tarifas en los años venideros por debajo de un máximo autorizado por el valor de la cantidad remanente tras atender a las reclamaciones individuales.

167. 479 F2d 1005 (2d Cir) (EISEN III).

miembros del grupo afecta la exigencia de *manageability*, es decir que supone problemas añadidos que impiden una adecuada tramitación de la CA<sup>168</sup>.

Otra crítica que se ha dirigido a esta doctrina destaca el enriquecimiento injusto que se produce en los casos de reducción de precios, pues de ella se benefician personas ajenas al grupo de afectados. El enriquecimiento a terceros, que no son miembros del grupo y que por tanto no tienen derecho a obtener los beneficios del resultado del proceso, se ha dicho que es un coste que debe asumirse si se desea que un amplio número de miembros de tal grupo tengan la posibilidad de verse beneficiados; por otro lado no es el único caso en que se produce un beneficio de ese tipo, por ejemplo cuando se obtiene un *injunctive relief*, como puede ser una sentencia por la que se condena al demandado a abstenerse de realizar una determinada conducta —una conducta contaminante, por ejemplo—. En este caso se ven beneficiadas personas que tampoco han intervenido en el proceso. Lo mismo ocurre en el procedimiento de *Shareholders Derivative Actions*, en que cualquier indemnización obtenida corresponde a la sociedad y sólo indirectamente a los socios que han iniciado el proceso. También en los procesos dirigidos a proteger derechos cívicos los beneficiarios de una resolución favorable no se restringen a los individuos que han sido partes en el proceso. Además, es evidente que también se produce un enriquecimiento injusto, más injustificado si cabe, cuando la cantidad remanente no se distribuye aunque sea por una vía indirecta como el *cy pres*, sino que se revierte al demandado. Muy relacionada con la crítica anterior está la referida a que esta forma de distribución indirecta no tiene exactamente efectos compensatorios, es decir, no se compensa el daño sufrido por los perjudicados de forma directa<sup>169</sup>. Pero, aunque sea indirecta, se produce una compensación, y esta medida es además subsidiaria: sólo cuando la distribución directa se ha demostrado incapaz de compensar a los afectados. También es tenue esta finalidad compensatoria cuando se aplica la cantidad remanente a finalidades no relacionadas directamente con los

168. Según NEWBERG, *Newberg on...*, op. cit., t. 2, p. 385. Estos problemas de la fase de ejecución no deben afectar a etapas anteriores; de este modo la negativa de los tribunales a cualquier tipo de distribución *cy pres* debería basarse en argumentos de carácter material, pero no en argumentos como la falta de cumplimiento de los presupuestos procesales de la Rule 23.

169. Vid. Note, «Managing...», op. cit., p. 449, donde se afirma que la cuestión más difícil en este tema se refiere a la posible alteración de los derechos sustantivos, que se da cuando obtienen ganancia personas que no tuvieron perjuicio, y además personas perjudicadas se quedan sin posibilidad de reparación de ningún tipo.

perjudicados: subvención de instituciones de carácter educativo, de beneficencia o de servicio público, o incluso destinándose directamente a las arcas públicas. El objetivo no es exactamente sancionar al demandado, pues el límite superior por el que está obligado a responder es el daño producido cuya determinación está en una norma de derecho material, sino principalmente impedir que su acción ilícita le produzca beneficios indebidos<sup>170</sup>.

Cuando coincide la cantidad declarada como indemnización con el conjunto de reclamaciones individuales de los miembros perjudicados que solicitan su parte correspondiente se cumplen los objetivos de directa compensación por el daño causado y al mismo tiempo de *deterrence*, es decir, de disuasión de conductas ilícitas —pues quien ha realizado una conducta de este tipo no obtiene ninguna ventaja—. En cambio, cuando no todos los perjudicados acuden a obtener su parte en la indemnización no se cumple adecuadamente el objetivo compensatorio, pero sí la finalidad disuasoria si la cantidad remanente no revierte en el demandado. En los litigios de carácter individual existe también esta finalidad, pero en las acciones de grupo tiene un especial valor por la significativa diferencia cuantitativa.

## 10. CONCLUSIÓN

La Rule 23 permite crear un ente —el grupo— con algunas características de organización pero no todas; puede haber un número relativamente amplio de miembros del grupo, aunque no siempre identificables, con lo que aumenta la capacidad negociadora —*bargaining power*—, esencial cuando se tiene enfrente a demandados que son entidades públicas o grandes empresas. Pero normalmente el grupo no es un verdadero sustituto de una organización<sup>171</sup>. En las CA el líder es el abogado y unos

170. En *Deposit Guar Natl Bank v. Roper* 445 US 326 (1980), el Tribunal Supremo de los Estados Unidos afirmaba que los procesos civiles seguidos a partir de leyes que crean un derecho de acción privado para su coerción, y especialmente aquellos que autorizan unos razonables honorarios para los abogados del demandante vencedor en el pleito, son unos *private attorney general suits* —procesos en que actúan los particulares en el papel de fiscal, es decir, persiguiendo intereses públicos, desde una posición privada y particular—, que sirven para reforzar el cumplimiento de normas de importancia nacional y disuaden la realización de conductas ilegales previniendo un enriquecimiento injusto y alcanzando una internalización del coste por parte del demandante por su conducta ilícita.

171. Vid. GARTH, «Introduction: Toward a sociology...», op. cit., pp. 374-376.

pocos miembros del grupo que han decidido actuar defender sus intereses activamente, mientras que en las asociaciones quien actúa es representante de la organización y está sometido a sus directrices y estrategias, deben justificar ante la organización sus decisiones y prioridades. Por otra parte, en relación con la ejecución efectiva y justa de la sentencia favorable, en principio, parece que una asociación puede tener mayor capacidad de supervisión y control que uno o varios miembros individuales del grupo.

Una de las principales justificaciones de las acciones de grupo es la economía procesal, evitándose múltiples procesos y procurando la eficiencia de un sistema con recursos limitados<sup>172</sup>. Al mismo tiempo se evita el riesgo de resoluciones contradictorias o incompletas en relación con casos muy similares. Además, estos procedimientos permiten compartir los gastos del proceso entre los diferentes miembros del grupo<sup>173</sup>. Las CA permiten, por otro lado, la compensación en masa de los daños y perjuicios sufridos por un grupo, aunque cada miembro haya sufrido un perjuicio tan pequeño que individualmente no le sea rentable acudir a los tribunales<sup>174</sup>. Ante este argumento se han planteado algunas críticas en el sentido de que los perjuicios sufridos en estos casos son insignificantes y no puede servir como pretexto para aumentar el gasto de los limitados recursos judiciales. Sin embargo los partidarios de las CA contemporáneas se oponen afirmando que globalmente no son reclamaciones insignificantes y sin un mecanismo como este quedarían desprotegidas. Pero

172. Vid. DAM, «Class Actions: Efficiency, Compensation, Deterrence and Conflict of Interests», *JLS*, 1975, vol. 4, pp. 49 y ss. Vid. además para un examen de la problemática procesal desde posiciones economicistas PASTOR, *Sistema jurídico y economía. Una introducción al análisis económico del derecho*, Tecnos, Madrid, 1989, esp. pp. 206-253.

173. Son interesantes las consideraciones económicas sobre la justificación de las CA en Note, «Developments...», op. cit., pp. 1.355-1.359: Existen tres tipos de reclamaciones individuales en estos procedimientos: 1. la reclamación es *individualmente inviable* cuando los gastos que supone la protección jurisdiccional del derecho, incluso en procesos de grupo, son mayores que lo que se espera obtener en el proceso, 2. es *individualmente ineficaz* cuando no justifica un proceso individual pero sí un proceso de grupo, 3. es *individualmente eficaz* cuando permite la litigación individual. Los críticos de las class actions recalcan la existencia de reclamaciones *inviabiles*, mientras que los defensores subrayan la posibilidad de que las reclamaciones *individualmente ineficaces* puedan obtener la reparación de sus perjuicios.

174. DAM, «Class Actions: Efficiency...», op. cit., p. 52. Note, «Developments...», op. cit., pp. 1.353 y ss. En el caso *Escott v. Barchris Construction Corp.* 340 F. 2d 731, 733 (2d Cir 1965), cert denied 382 U.S. 816 (1966) se contempla la Class Action como instrumento para reclamaciones que individualmente son demasiado pequeñas, pero que tomadas en conjunto tienen una dimensión significativa.

más importante que la finalidad compensatoria es la dirigida a la disuasión frente a conductas antijurídicas<sup>175</sup>, es la prevención general: el demandado evita una conducta lesiva por temor a enfrentarse a una CA. La perspectiva de tener que compensar un amplio número de consumidores perjudicados, unidos en una CA<sup>176</sup>, puede actuar como un poderoso incentivo a las empresas para cumplir la legislación específicamente establecida para su protección<sup>177</sup>. Como también se ha examinado, a través de este procedimiento se pueden evitar enriquecimientos injustos de los condenados. Todo ello junto a una mayor eficacia práctica de la legislación material<sup>178</sup>.

Pero junto a estas ventajas generales se aprecian también algunos inconvenientes: mayores problemas en la tramitación del proceso, pues el órgano jurisdiccional debe llevar a cabo actividades más complejas<sup>179</sup>. Aumenta asimismo la sobrecarga en los juzgados. Las CA pueden agruparse básicamente en dos categorías: las que persiguen principalmente indemnizaciones y las que buscan principalmente *declaratory and injunctive relief* —(b) (2). Pero la gran mayoría de las CA desde 1966 han sido del segundo grupo, que no añade dificultades a las que existen normalmente en un proceso individual sobre la misma materia. Se argumenta por otro lado que a través de este procedimiento se pueden producir enriquecimientos injustos de terceras personas ajenas al proceso. Se critica también la posibilidad de abuso: los demandados pueden preferir llegar a acuerdos injustos antes que afrontar el riesgo de sentencias potencialmente catastróficas para su propia supervivencia como empresas<sup>180</sup>.

175. Vid. HOMBURGER, «State Class Actions...», op. cit., p. 642. DAM, «Class Actions: Efficiency...», op. cit., pp. 55 y ss. se plantea si el concepto de disuasión añade algo al cálculo basado en la compensación y en la eficiencia y concluye diciendo que es la magnitud de la compensación el mejor indicador del efecto disuasorio. Sin embargo, cuando el interés del abogado es grande y las reclamaciones de cada miembro son pequeñas en la práctica es imposible que cada miembro obtenga su compensación, en estos casos adquiere mayor importancia el concepto de disuasión.

176. NEWBERG, «Federal Consumer Class Action Legislation: Making The System Work», *HarJL*, vol. 9, 1971-1972, p. 259.

177. Note, «Class Actions and Access to Justice», *NewLJ*, vol. 129, 1979, p. 870.

178. Como indica GARTH, «Introduction: Toward a Sociology...», op. cit., p. 371, cualquier estudiante de Derecho procesal civil norteamericano conoce el papel central de las CA en la aplicación de los principios constitucionales y legislativos.

179. Existen, de todas formas, diversos instrumentos que permiten racionalizar la resolución de CA (prueba de daños a través de medios estadísticos, uso de fórmulas, etc.). Vid. p. ej. GIUSSANI, «La prova statistica nelle 'class actions'», *RivDP*, 1989, pp. 1.029 y ss.

180. Vid. BATES, «A case for the introduction...», op. cit., 560. HOMBURGER, «Pri-

Reconociendo el posible efecto del uso de las CA el legislativo ha ido estableciendo en distintas leyes limitaciones a las indemnizaciones en caso de acciones de grupo, e incluso ha prohibido la utilización de esta vía procesal en determinadas materias.

Las CA son normalmente más ventajosas para los demandantes, pues éstos adquieren una posición más fuerte que la que tenían como individuales, equilibrándose la estructura de partes en el proceso<sup>181</sup>, junto a otras ventajas procesales<sup>182</sup>; además, se interrumpe el plazo de prescripción para todo el grupo<sup>183</sup>; los abogados obtienen mayores honorarios<sup>184</sup> y es el único medio de obtener reparación judicial para pequeños reclamantes<sup>185</sup>, también para los que ignoran sus propios derechos<sup>186</sup> o sean incapaces de defenderlos, así como para personas geográficamente dispersas...

vate Suits...», op. cit., p. 376. Vid. también *Deposit Guaranty Nat. v. Roper*, 445 U.S. 326, 339.

181. HOMBURGER, «State Class Actions...», op. cit., p. 641 explica que el *adversary system* tradicional funciona razonablemente bien cuando ambas partes están equiparadas en términos de recursos económicos, oportunidades de investigación y habilidades legales. Pero no funciona si estas condiciones esenciales no existen. En este sentido, el caso *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 391 F.2d 555, 566 (1968), aparecía como uno de esos casos en los que los intereses de los individuos en que existan juicios separados son más teóricos que prácticos pues la magnitud de los intereses de los individuos es tan limitada que serían imposibles en la práctica esos procesos separados. Es muy interesante también el voto particular del Justice Douglas, al que se adhirió Brennan y Marshall, en *Eisen v. Carlisle & Jacquelin*, 417 U.S. 156, 185-186 (1974).

Este aspecto es especialmente importante en relación con la protección jurisdiccional de los intereses de los consumidores.

182. Cuando el representante ha satisfecho los requisitos jurisdiccionales (*personal jurisdiction, venue, service of process...*), no es necesario que los cumplan los miembros del grupo ausentes individualmente. De todas formas, en CA en que existe diversidad de ciudadanía la *subject matter jurisdiction* todavía exige que cada miembro cumpla el requisito de \$ 10,000 de valor de su reclamación —*federal jurisdictional amount*— [*Snyder v. Harris* 394 US 332 (1969)].

183. *Escott v. Barchris Construction Corporation*, 340 F.2d 731, 733 (1965), *American Pipe Construction Co. v. Utah*, 414 U.S. 538 (1973).

184. Ya KALVEN & ROSENFELD, «The Contemporary Function...», op. cit., p. 717, afirmaban que los procesos de grupos servían para pagar generosamente a los abogados por ser los paladines de los derechos semi-públicos.

185. *Deposit Guaranty Nat. Bank v. Roper*, 445 U.S. 326, 338 (1979). Vid. *Consumer Class Actions*. Legislative analysis N.º 8, 95th Congress 11 July 1977. American Enterprise Institute for Public Policy Research. Washington, D.C., p. 1 y también FREEMAN, Jr., «Current Issues in Class Action Litigation», *FRD*, vol. 70, 1976, p. 261, donde afirma que las CA de consumidores son unas de las que potencialmente tienen mayor número de miembros, y por ello son susceptibles de ser declaradas no tramitables —*unmanageable*—; sin embargo, en muchas ocasiones son estos los casos en que más se necesita un tratamiento procesal conjunto, pues lo más frecuente es que se trate de pequeñas reclamaciones que no sería rentable ejercitar individualmente.

186. ROSEMBERG, «Class Actions for Consumer Protection», *HarCLR*, vol. 7,

Pero supone también desventajas para la parte demandante, p. ej. el que actúa en defensa de todo el grupo tiene que satisfacer los presupuestos de la Rule 23, principalmente el de la representatividad adecuada, asegurando que va a actuar en interés de todos los miembros; por otra parte, la obtención por cada uno de ellos de una reparación individual puede retrasarse; los acuerdos intraprocesales son más difíciles en las CA<sup>187</sup> y se ocasionan mayores gastos para el que actúa en defensa de todo el colectivo, p. ej. para financiar las notificaciones a los miembros ausentes.

Para el demandado también se producen efectos positivos: economía procesal en la resolución unitaria de las cuestiones, se evita el riesgo de resoluciones incompatibles o incompletas y se producen efectos de *res iudicata* en relación con todo el grupo, sea favorable o desfavorable la resolución. Por el contrario las ventajas de los demandantes son inconvenientes para los demandados: principalmente la vasta exposición a la responsabilidad y a las indemnizaciones, en contraste con lo que ocurriría frente a reclamaciones individuales. Además, aumenta la posibilidad de reclamaciones injustificadas y vengativas, que pretendan perjudicar la imagen de una empresa, sin tener en cuenta el fondo de la pretensión<sup>188</sup>.

Como afirma HOMBURGER<sup>189</sup> la tramitación de una CA no es una cuestión simple: al margen de las complejidades sustantivas supone grandes cargas procesales y responsabilidades para el tribunal y para las partes. Existen, sin embargo, ventajas psicológicas y el prestigio derivado de la relevancia social de las cuestiones que pueden afectar a una multitud de personas y trascienden la importancia de los intereses individuales ante el tribunal. Las reservas que tenían al principio algunos tribunales han disminuido, a medida que la experiencia y cumulativos precedentes han demostrado que, adecuadamente controlados, los procesos de la Rule 23 permiten el ahorro de recursos económicos en algunos casos y sirven para mantener abierta la única puerta para tutela judicial en otros<sup>190</sup>.

1972, p. 602, afirma que la mayoría de consumidores, especialmente los mayores y los indigentes, no son conscientes de los instrumentos legales frente a prácticas comerciales ilegales.

187. LANGROCK, «Class action litigation...», op. cit., afirma que no sólo se debe convencer a la otra parte sino también al juez de lo apropiado del acuerdo.

188. ALSTON, «Representative Class Actions...», op. cit., p. 309.

189. Cfr. HOMBURGER, «State Class Actions...», op. cit., p. 611.

190. MILLER «Of Frankenstein Monsters...», op. cit., p. 664 concluye diciendo: «I believe that the class action and other nascent forms of group litigation hold considerable promise for redressing injuries to large numbers of citizens who individually would not have the economic and logistical capacity to litigate. I am convinced that many of the alleged deficiencies of the class action have been overstated».

El análisis detenido del procedimiento anglosajón de las CA, básicamente en su versión norteamericana federal, permite contrastar las soluciones de un sistema jurídico diverso al nuestro al que se le plantean, no obstante, la resolución de problemas análogos en materia de protección jurisdiccional de los intereses de grupo. Aunque se considera inadecuada su mimética traslación a un ordenamiento continental, no se deben desear algunas de sus características, que pueden ser útiles en futuras reformas o desarrollos de normas españolas que necesitan concreción, como el art. 7.3 LOPJ: así los criterios de valoración de la adecuada representación pueden servir de guía para la previsión legislativa de una fase preliminar en la que se delimiten los grupos inorgánicos y se valore la seriedad de los que acudan al proceso, en tales procesos será precisa una especial protección de los miembros del grupo ausentes sobre todo en caso de terminación anticipada del proceso (con especiales exigencias para disponer del objeto del proceso), todo ello a través de un reforzamiento del papel del juez; son también interesantes las soluciones imaginativas para la ejecución de la resolución judicial, acogidas en parte en la normativa brasileña o en las propuestas francesas, parece adecuada al respecto una eficacia *erga omnes* en caso de intereses de grupo en sentido estricto y una eficacia *secundum eventum litis* en caso de intereses individuales con relevancia colectiva<sup>191</sup>, en este último caso es interesante la fijación global de la suma en la sentencia en una primera fase y la

191. Por un lado, los intereses de grupo en sentido estricto, se referirían a la relación de la colectividad con un bien no susceptible de apropiación exclusiva y cuya fruición por un miembro de tal grupo no excluye la de los demás. Como afirma CAPPELLETI, «Formazioni sociali e interessi di gruppo davanti alla giustizia civile», *RivDP*, 1975, p. 372, en estos casos nadie es titular y al mismo tiempo todos los miembros de un grupo o de una categoría determinada son sus titulares. La referencia es un estadio «fluido» de la realidad plurisubjetiva (Cfr. DE VITA, «La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi nella prospettiva del sistema francese. Aspetti principali del problema e specificazioni in tema di protezione degli interessi dei consumatori», en AAVV, *La tutela degli interessi diffusi nel Diritto Comparato, con particolare riguardo alla protezione dell'ambiente e dei consumatori*, Giuffrè, Milano, 1976, p. 350), que en algunos casos puede cristalizar en grupos vertebrados por una organización; de todos modos es el grupo en su conjunto el punto de referencia de los intereses difusos en su globalidad (Vid. CAIANIELLO, «La tutela degli interessi individuali e delle formazioni sociali nella materia ambientale», *Foro amministrativo*, 1987, p. 1.317). Por otro lado, nos encontramos con grupos cuyos miembros son titulares de intereses individuales, reconducibles en teoría a las figuras subjetivas tradicionales, pero con dificultades, en la práctica, para ser defendidos, por la debilidad de su posición; se trataría realmente de intereses individuales con homogeneidad cualitativa de contenido, por ello, estas posiciones individuales, al ser materialmente coincidentes, son susceptibles de ejercicio colectivo.

Vid. más ampliamente sobre tal distinción, BUJOSA VADELL, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Tesis Doctoral, inédita, Salamanca, 1993.

previsión de una segunda en la que a partir de la acreditación de ser miembro del grupo afectado se obtenga una reparación individual, contando además con la eventualidad de un fondo residual que puede aplicarse a objetivos relacionados con el interés debatido en el proceso.

## A N E X O

## FEDERAL RULES OF CIVIL PROCEDURE

—Normas Federales del Proceso Civil—

## Rule 23

## CLASS ACTIONS

(acciones de grupo)

**a) Presupuestos de las acciones de grupo.** Uno o más miembros de un grupo pueden demandar o ser demandados como partes representativas en defensa de todos si: (1) el grupo es tan numeroso que la unión de todos los miembros es impracticable, (2) hay cuestiones de derecho o de hecho comunes a todo el grupo, (3) las pretensiones o resistencias de las partes representantes son típicas respecto a las de los miembros del grupo, y (4) se considera que las partes representativas protegerán justa y adecuadamente los intereses del grupo.

**b) Pretensiones ejercitables.** Una pretensión puede ser ejercitada a través de una CA si se cumplen los presupuestos de la subdivisión (a), y además:

(1) el ejercicio de pretensiones separadas por o contra miembros del grupo individualmente crea riesgo de

A) sentencias contradictorias o diferentes con respecto a miembros individuales que impongan comportamientos incompatibles a la parte opuesta al grupo, o

B) sentencias con respecto a miembros individuales del grupo que, en la práctica, sean dispositivas de los intereses de otros miembros no partes o sustancialmente menoscaben o eliminen la posibilidad de proteger sus intereses; o

(2) la parte opuesta al grupo ha actuado o se ha negado a actuar por motivos referidos en general a todo el grupo, haciendo apropiado un «final injunctive relief» (sentencia condenatoria de hacer o no hacer) o un «corresponding declaratory relief» (sentencia meramente declarativa) con respecto al grupo considerado en su conjunto; o

(3) el Tribunal declara que las cuestiones de derecho o de hecho comunes a los miembros del grupo predominan sobre cualesquiera cuestiones que afecten únicamente a miembros individuales, y que la acción de grupo es superior a otros medios disponibles para la justa y eficaz solución de la controversia. Los criterios que es pertinente considerar incluyen: (A) el interés de los miembros del grupo en que se tramiten como procesos separados; (B) la extensión y naturaleza de cualquier litigio relacionado con la controversia ya iniciado por o contra miembros del grupo; (C) que sea o no oportuno concentrar la litigación de las pretensiones en el foro particular; (D) las dificultades que es posible encontrar en el desarrollo del procedimiento (*management*).

c) **Resolución para determinar si la acción de grupo ha de ser mantenida como tal; Notificación; Sentencia; Limitación de la cognición a cuestiones particulares.**

(1) Tan pronto como sea posible, tras el planteamiento de una acción de grupo, el tribunal determinará si se ha de mantener como tal. Esta resolución puede ser condicional, e incluso puede ser alterada o enmendada antes de la decisión sobre el fondo.

(2) En cualquier acción de grupo iniciada siguiendo la subdivisión (b) (3), el tribunal dirigirá a los miembros del grupo la mejor notificación posible según las circunstancias, incluyendo notificación individual a todos los miembros que puedan ser identificados con un razonable esfuerzo. En tal notificación se avisará a cada miembro de que (A) el Tribunal excluirá al miembro del grupo si éste lo solicita antes de una fecha determinada; (B) la sentencia, sea favorable o no, vinculará a todos los miembros que no soliciten la exclusión; y (C) cualquier miembro que no solicite la exclusión puede, si lo desea, comparecer con la asistencia de abogado.

(3) La sentencia en una acción de grupo que haya sido planteada siguiendo la subdivisión (b) (1) o (b) (2), sea favorable o no al grupo, delimitará y vinculará a los que el Tribunal considere que son miembros del grupo. La sentencia en una acción de grupo de la categoría (b) (3), sea o no favorable al grupo, vinculará y especificará o delimitará a los miembros a los que se haya dirigido notificación según la subdivisión (c) (2), que no han solicitado exclusión y que el Tribunal considere como miembros del grupo.

(4) Cuando sea apropiado (A) la cognición puede limitarse sólo a cuestiones particulares, o (B) un grupo puede ser dividido en subgrupos y cada subgrupo tratado como uno sólo, al que se aplicarán las disposiciones de esta *Rule*.

(d) **Resoluciones en la tramitación del procedimiento.** En la tramitación del procedimiento al que se aplica esta norma, el Tribunal puede dictar resoluciones apropiadas para: (1) determinar el curso del procedimiento o determinar medidas para prevenir repeticiones indebidas o para evitar complicaciones en la presentación de las alegaciones o las pruebas; (2) requerir, para la protección de los miembros del grupo o para la adecuada tramitación del procedimiento, que se notifique a todos o a algunos de los miembros ausentes, del modo que establezca el Tribunal, respecto a cualquier fase del desarrollo de la tramitación, o a la extensión de los efectos de la sentencia, o sobre la posibilidad que tienen los miembros del grupo de expresar si consideran la representación justa y adecuada, o de plantear pretensiones o resistencias, o, por otra parte, de la posibilidad de comparecer; (3) imponer condiciones a las partes representantes o a los intervinientes; (4) requerir la modificación de las alegaciones para eliminar las referidas a la representación de personas ausentes, y que se proceda en la tramitación sucesiva conforme a tal decisión; (5) resolver cuestiones procesales similares. Tales decisiones pueden ser combinadas con una orden según la *Rule* 16, y pueden ser alteradas o enmendadas como sea deseable cuando se crea conveniente.

(e) **Desistimiento (*dismissal*) y transacción (*compromise*).** Las partes no

pueden desistir de la *CA*, ni acordar transacciones, sin la aprobación del Tribunal, procediéndose a la notificación del contenido de la propuesta de desistimiento o transacción a todos los miembros del grupo del modo que el Tribunal establezca.

## ABREVIATURAS

AJCL	American Journal of Comparative Law
art.	Artículo
BuflR	Buffalo Law Review
BusL	Business Lawyer
Cfr.	Cifrado
CaLR	California Law Review
CoLR	Columbia Law Review
ChiLR	Chicago Law Review
DePaulLR	DePaul Law Review
EC	Estudios sobre Consumo
ed.	Edición
esp.	Especialmente
F. 2d	Federal Reporter
FRCP	Federal Rules of Civil Procedure
FRD	Federal Rules Decisions
GeoLJ	Georgia Law Journal
HarCLR	Harvard Civil Rights and Civil Liberties Law Review
HarJL	Harvard Journal on Legislation
HarLR	Harvard Law Review
IndLJ	Indiana Law Journal
JLS	Journal of Legal Studies
LOPJ	Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
NewLJ	New Law Journal
núm.	Número
op. cit.	Obra citada
p. / pp.	Página/s
RivDP	Rivista di Diritto Processuale
SCLR	South California Law Review
ss.	Siguientes
StandLR	Stanford Law Review
S TC	Sentencia del Tribunal Constitucional
t.	Tomo
TC	Tribunal Constitucional
UChLR	University of Chicago Law Review
UCLALR	University of California Los Angeles Law Review
UPLR	University of Pennsylvania Law Review
U.S.	United States Reports
v.	Versus
vid.	Véase
vol.	Volumen
YLJ	Yale Law Journal

## PARA UNA EFICAZ ADMINISTRACION FORZOSA DE BIENES EMBARGADOS\*

JOAN PICÓ I JUNOY  
Departamento de Derecho Procesal  
Universidad de Barcelona

### SUMARIO:

I. Consideraciones iniciales. — II. Concepto y naturaleza jurídica. — III. Procedimiento para su adopción. — IV. Efectos: derechos y obligaciones del acreedor ejecutante (administrador) y del deudor ejecutado. — V. Extinción. — VI. Problemas que plantea y propuestas *de lege ferenda*.

### I. CONSIDERACIONES INICIALES

La tutela de los derechos —proclama el art. 24 de nuestra Constitución (C.E.)— debe ser efectiva. El juicio jurisdiccional, entendido como la determinación irrevocable del derecho al caso concreto<sup>1</sup>, en ocasiones

\* Comunicación presentada en las VI Jornadas Procesales sobre «La ejecución y sus órganos», celebradas en Barcelona los días 17 y 18 de diciembre de 1993.

1. La esencia de la jurisdicción, destaca SERRA DOMÍNGUEZ, se encuentra en la irrevocabilidad del juicio jurisdiccional. Así, define a la jurisdicción como «la determinación irrevocable del derecho al caso concreto, seguido, en su caso, por su actuación práctica» (SERRA DOMÍNGUEZ, M.: «Jurisdicción», en *Estudios de Derecho Procesal*, Edit. Ariel, Barcelona, 1969, pág. 50).

puede ser insuficiente para satisfacer la efectividad de la tutela judicial. En consecuencia, se hace necesario articular un instrumento (proceso de ejecución) a través del cual poder llevar a cabo lo declarado en la sentencia firme, permitiendo a los Jueces y Tribunales ejercitar plenamente su función jurisprudencial, esto es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 C.E.). De este modo, se garantiza el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, corolario obligado del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva<sup>2</sup>. Si mediante el proceso declarativo se tiende a conocer utilizando la razón —decía CARNELUTTI— con el proceso ejecutivo se tiende a transformar utilizando la fuerza<sup>3</sup>.

La actividad jurisdiccional ejecutiva tiene por finalidad hacer cumplir lo ordenado en un título ejecutivo, y no concluye hasta que el acreedor ejecutante se ve efectiva y totalmente resarcido, no sólo en su crédito inicial, sino en los intereses y costas generados por las actuaciones ante los Tribunales. En esta actividad podemos distinguir dos etapas: la del embargo, y la del procedimiento de apremio. La primera tiene por función concretar el objeto sobre el que ha de recaer la actividad de apremio del propio proceso de ejecución en el que tiene lugar dicho embargo<sup>4</sup>; y la segunda, extraer una utilidad económica de los elementos patrimoniales embargados al ejecutado<sup>5</sup>, y la entrega de una cantidad determinada de dinero para subsanar el incumplimiento por el ejecutado de lo ordenado en la resolución judicial que es objeto de ejecución<sup>6</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico se prevén fundamentalmente tres grandes sistemas para la reparación del incumplimiento del deudor ejecutado. Estos son: la entrega al acreedor ejecutante de una cantidad deter-

2. Es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) según la cual, el cumplimiento de las resoluciones judiciales forma parte integrante del derecho a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales consagrado en el art. 24.1 C.E. En este sentido, vid. las SSTC 194/1993, de 14 de junio; 34/1993, de 8 de febrero; 41/1993, de 8 de febrero; 153/1992, de 19 de octubre; 149/1989, de 22 de septiembre; 140/1989, de 20 de junio; 92/1988, de 23 de mayo; 4/1988, de 21 de enero; 167/1987, de 28 de octubre; 67/1984, de 7 de junio; 26/1983, de 13 de abril; 32/1982, de 7 de junio; entre otras muchas.

3. CARNELUTTI, Francesco: «Sistema del Derecho Procesal Civil», T.I, (traducción de Alcalá-Zamora y Castillo, N., y Sentís Melendo, S.), Edit. UTEHA Argentina, Buenos Aires, 1944, pág. 214.

4. CACHÓN CADENAS, M.J.: «El embargo», Edit. Bosch, Barcelona, 1991, pág. 34. De igual modo, vid. CARRERAS LLANSANA, J.: «El embargo de bienes», Edit. Bosch, Barcelona, 1957, pág. 138.

5. RAMÓN MÉNDEZ, F.: «Derecho Procesal Civil», T.II, 5.ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1992, pág. 1.080.

6. FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», Edit. Bosch, Barcelona, 1987, pág. 12.

minada de dinero previamente embargado; la conversión en dinero de los elementos integrantes del patrimonio del deudor y la posterior entrega al ejecutante de una cantidad determinada del mismo<sup>7</sup>; y, la administración forzosa por el acreedor ejecutante de los elementos patrimoniales afectados del ejecutado hasta la obtención de la suma dineraria necesaria para cubrir la cantidad que se le adeuda. Esta última modalidad que puede adoptar el procedimiento de apremio es la que va a consistir nuestro objeto de estudio.

La finalidad de la administración forzosa, como tendremos ocasión de constatar, no es otra que satisfacer del mejor modo posible el crédito del acreedor ejecutante con el mínimo deterioro del patrimonio del deudor. Así, con referencia al acreedor, se evita la venta de los bienes embargados en una subasta pública, con la consiguiente depreciación económica que en la práctica se produce sobre tales bienes, pudiendo llegar a obtenerse una cantidad dineraria inferior a la que se le debe; y en favor del deudor, no se le sustraen de su patrimonio los bienes objeto de ejecución<sup>8</sup>. Este deseo de armonizar los intereses contrapuestos de acreedor y deudor se refleja en nuestra LEC, al permitirles una amplia libertad de pactos acerca del modo en que debe desarrollarse la administración<sup>9</sup>.

Para concluir estas breves consideraciones introductorias, y antes de entrar en el análisis de los distintos aspectos de la administración forzosa de bienes embargados, es menester evidenciar que estamos en presencia de una institución jurídica escasamente tratada por los autores, con una deficitaria e insatisfactoria regulación normativa huérfana de una doctrina

7. En este sistema incluimos la adjudicación en pago del bien embargado, prevista en los arts. 1.504, 1.505 y 1.529 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), así como en los arts. 131.10.º y 11.º de la Ley Hipotecaria (LH) y 229 del Reglamento Hipotecario (RH).

8. En este sentido, VICENTE Y CARAVANTES, ya en el siglo pasado, indicaba: «Adjudicarse los bienes en *pretoria* cuando se entrega su posesión al acreedor para que vaya cobrándose su crédito con sus productos o rentas: verificase esta adjudicación cuando el crédito o deuda es de poca monta, y los bienes trabados escuden en mucho de este, y tiene por objeto no privar al deudor innecesariamente del dominio de dichos bienes» (VICENTE Y CARAVANTES, J.: «Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva Ley de Enjuiciamiento», T.III, Imprenta Gaspar y Roig editores, Madrid, 1858, pág. 360).

9. Lo deseable para lograr una administración forzosa realmente eficaz sería, como observa MANRESA Y NAVARRO, el pleno entendimiento entre acreedor y deudor (MANRESA Y NAVARRO, J.M.: «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil», T.V, Imprenta de la Revista de Legislación, Madrid, 1891, pág. 602). No obstante, debemos manifestar nuestro escepticismo respecto a la obtención de este entendimiento, pues si a él han podido llegar durante todo el proceso de ejecución difícilmente va a tener lugar en sede de administración forzosa.

jurisprudencial que complemente estas lagunas legislativas<sup>10</sup>. Todo ello ha conducido a su destierro del quehacer de nuestros Tribunales.

## II. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

La administración forzosa, siguiendo a GUASP DELGADO<sup>11</sup>, es la utilización de los rendimientos de un bien, de sus frutos o productos, para con ellos obtener los fines propios de una decisión ejecutiva, es decir, la utilización del valor del bien en uso, lo que se verifica entregando el bien al acreedor ejecutante, pero no para que lo haga suyo, sino para que con sus frutos o productos vaya satisfaciendo su crédito.

La modalidad de administración forzosa en la que vamos a centrar nuestro estudio es la prevista en el procedimiento de apremio, para cuando se declarara desierta la segunda subasta, consistente en la entrega al acreedor ejecutante de alguna o todos los bienes embargados para que, con los productos de los mismos y en la medida en que vayan produciéndose, se realice el pago de su crédito<sup>12</sup>.

10. En este sentido, MONTERO AROCA destaca como la administración forzosa constituye una de las lagunas más importantes de la LEC (MONTERO AROCA, J.: «Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario», Edit., Cívitas, S.A., Madrid, 1982, pág. 121; e id.: «Juicio crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conmemoración no festiva de su centenario», en la obra *Para un proceso civil eficaz*, Universidad Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1982, pág. 175); y PRIETO-CASTRO FERRÁNDEZ, L., y DE LA OLIVA SANTOS, A.: «Sistema de recursos. Perfeccionamiento del derecho de ejecución singular», en *X Reunión de Profesores de Derecho Procesal de Universidades Españolas*, Santiago de Compostela, 1977, pág. 58, para quienes la administración forzosa «debe ser objeto de profunda revisión».

11. GUASP DELGADO, J.: «Derecho Procesal Civil», T.I, 3.ª ed., Edit. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pág. 466.

12. En los ordenamientos jurídicos alemán e italiano existen instituciones jurídicas similares, si bien con particularidades propias. En Alemania, encontramos la *Zwangsvollstreckung*, regulada de forma genérica, en los arts. 866 a 869 de la *Zivilprozessordnung* de 1877 (ZPO), y de manera pormenorizada en los arts. 146 a 161 de la *Zwangsvollstreckungsgesetz* (ley sobre subasta y administración forzosa) de 24 de marzo de 1987 (ZVG). A diferencia de lo que sucede en el ordenamiento español, en el alemán la administración se regula más detalladamente. Tan sólo nos limitaremos, en este punto, a destacar someramente sus rasgos más característicos. Debemos empezar por destacar como la administración forzosa puede ser solicitada conjuntamente con la subasta pública, e incluso con anterioridad a la misma. Es configurada por la doctrina como una especie de curatela, destinada a satisfacer el pago al acreedor ejecutante, en la que el administrador (tercero nombrado por el Tribunal) se configura como representante legal del deudor ejecutado, atribuyéndosele un poder de representación limitado a los fines propios de la administración. Para ello se le entrega la posesión inmediata de la finca, salvo que ésta se encuentre gravada con cargas preferentes, en cuyo caso la administración forzosa se li-

De esta definición se desprende la gran similitud existente entre la

mita a percibir las rentas que obtendría el deudor ejecutado por la existencia de tales gravámenes. El administrador (curador) tiene el derecho y el deber de ejecutar todos los actos necesarios para la buena conservación, mantenimiento y aprovechamiento adecuado de la finca, siempre que no se altere el uso para el cual estaba destinada pues, en este supuesto, se requiere una previa autorización judicial. Esta administración forzosa se encuentra bajo el continuo control del propio Tribunal, quien puede dar al administrador las instrucciones que estime oportunas, exigirle la prestación de una fianza, imponerle multas y deponerlo en caso de extralimitarse en sus funciones. Además, el administrador responde del incumplimiento de sus deberes, y debe rendir cuentas anualmente al acreedor y deudor. En contrapartida a todas estas obligaciones, la actuación del administrador es remunerada, debiéndose satisfacer esta remuneración con cargo a los productos y rentas de la finca, como un gasto más de la administración. Para el estudio de las distintas cuestiones problemáticas, que presenta la *Zwangsvollstreckung*, vid. BLOMEYER, Karl: «Zwangsvollstreckung», Edit., *Walter De Gruyter & Co.*, Berlin 1956, págs. 9, 109, 117 a 124, y 148 a 151; STÖBER, Kurt: «Die Zwangsvollstreckung in der Praxis, Ausgewählte Probleme und aktuelle Beispielfälle», *Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft, Steuern*, (RWS-Seminarskript Nr. 10), Köln, 1978/1979; SCHIFFAUER, Horst: «Zwangsvollstreckung und Zwangsverwaltung - Ausgewählte Probleme und aktuelle Beispielfälle», *Kommunikationsforum Recht, Wirtschaft, Steuern*, (RWS-Seminarskript Nr. 15), Köln, 1978/1979; LOEWENHEIM, Ulrich: «Zwangsvollstreckung und Zwangsverwaltung von Grundstücken», en *Neue Wirtschafts-Briefe*, n.º 24, 1983, págs. 1.617 a 1.626; DRISCHLER, Karl: «Lasten und Beschränkungen in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung», en *Rechtspflegejahrbuch*, n.º 49, 1983, págs. 347 a 371; id.: «Lasten und Beschränkungen in der Zwangsversteigerung und Zwangsverwaltung», en *Rechtspflegejahrbuch*, n.º 47, 1981, págs. 318 a 344; TEUFEL, Helmuth: «Zwangsvollstreckung und Zwangsverwaltung», Edit. Gieseking, Bielefeld, 1984; o, BECKMANN, Rondo: «Zwangsvollstreckung - lohnt sich das?», en *Kommunal-Kassen-Zs.* n.º 5, 1986, págs. 84-85.

En Italia, para la misma función se encuentra la *amministrazione giudiziaria*, regulada en los arts. 592 a 595 del *Código di Procedura Civile* de 1942 (CPC). En el ordenamiento italiano se prevé, para cuando queda desierta la primera subasta, una eventual administración forzosa de las fincas embargadas, o bien otra nueva subasta. La administración la puede ejecutar el propio acreedor, una institución autorizada judicialmente, o incluso el propio deudor si hay acuerdo unánime de todos los acreedores. El administrador debe periódicamente presentar cuentas de su gestión y depositar las rentas obtenidas en el modo establecido por el juez. No obstante, durante el curso de esta administración el juez puede disponer que tales rentas sean entregadas al acreedor ejecutante. Cualquier tipo de controversia entre acreedor y deudor se resuelve mediante una comparencia judicial. Por último, merece la existencia de una limitación temporal en la duración de la administración a tres años. Para el análisis detallado del alcance, contenido y dificultades prácticas que plantea la *amministrazione giudiziaria*, vid. por todos, PROVINCIALI, Renzo: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», en *Studi in onore di Enrico Redenti*, vol. II, Edit. Giuffrè, Milano, 1951, págs. 221 a 247; e id.: «Amministrazione giudiziaria», en *Enciclopedia del Diritto*, T.II, Edit. Giuffrè, Milano, 1958, págs. 212 a 219. De igual modo, vid. D'ONOFRIO, Paolo: «Comentario al nuovo Codice di Procedura Civile», vol. II, Edit. CEDAM, Padova, 1914, págs. 113 a 115; ANDRIOLI, Virgilio: «Comentario al Codice di Procedura Civile», vol. III, 3.ª ed., Edit. Eugenio Jovene, Napoli, 1957, págs. 280 a 286; SATTI, Salvatore: «Comentario al Codice di Procedura Civile», T.III, Edit. Giuffrè, Milano, 1966, págs. 407 a 412; CARPI, Federico; COLESANTI, Vittorio; y TARUFFO, Michele: «Comentario breve al

administración forzosa y la anticresis, como derecho real constituido en garantía de una obligación y que autoriza a su titular para percibir los frutos de un bien inmueble del deudor, con el fin determinado de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieran, y después, o cuando no fueren debidos, a la satisfacción del capital de su crédito<sup>13</sup>. Esta similitud nos conduce a pensar que estamos ante una especie de «anticresis procesal forzosa»<sup>14</sup>, pues tiene lugar en el marco de la ejecución jurisdiccional de una sentencia (procesal) y su constitución es independiente a la voluntad del deudor (forzosa)<sup>15</sup>. En función de la presente configuración jurídica de la administración forzosa, entendemos que le son aplicables, por vía analógica, los preceptos reguladores de la anticresis. Ello resulta especialmente positivo en orden a determinar con precisión el ámbito de los derechos y obligaciones tanto del acreedor ejecutante como del deudor ejecutado<sup>16</sup>.

Codice di Procedura Civile», Edit. CEDAM, Padova, 1984, págs. 759 a 761; o, BONGIORNO, *Girolamo*: «Espropiazione immobiliare», en *Digesto delle Discipline Privatistiche, Sezione Civile*, T.VIII, Edit. UTET, Torino, 1992, págs. 65 a 67.

13. CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Derecho Civil Español Común y Foral», T.II, 11.ª ed., Edit. REUS, S.A., Madrid, 1973, pág. 520. Sin ánimo de realizar un alarde bibliográfico y al solo efecto de facilitar al lector la doctrina referente a la anticresis, institución que, como tendremos ocasión de analizar, tiene una especial trascendencia para nuestro estudio al colmar ciertas lagunas normativas de la administración forzosa, debemos destacar no sólo los Tratado y obras generales de Derecho Civil (así, HERNÁNDEZ MORENO, A.: «Comentario del Código Civil», T.II, Ministerio de Justicia, 1991, págs. 1.926 y ss.; SANTOS BRIZ, J.: «Código Civil. Doctrina y jurisprudencia», T.VI, Edit. Trivium, Madrid, 1991, págs. 793 y ss., e id.: «Derecho Civil. Teoría y práctica», T.II, Edit. EDERSA, Madrid, 1973, págs. 689 y ss.; LACRUZ BERDEJO, J.L.: «Derechos reales», vol. II, 2.ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1991, págs. 396 y ss.; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: «Sistema de Derecho Civil», vol. III, 4.ª ed., Edit. Tecnos, Madrid, 1989, págs. 558 y ss.; ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A.: «Curso de Derechos Reales», T.II, Edit. Cívitas, S.A., Madrid 1987, págs. 211 a 221; ALBALADEJO, M.: «Derecho Civil», T.III, vol. II, 5.ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1983, págs. 266 y ss.; ESPÍN, D.: «Manual de Derecho Civil Español», vol. II, 6.ª ed., Edit. EDERSA, Madrid, 1981, págs. 509 y ss.; GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T.XXIII, Edit. EDERSA, Madrid, 1979, págs. 525 y ss.; PUIG BRUTAU, J.: «Fundamentos de Derecho Civil», T.III, vol. III, 2.ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1974, págs. 47 y ss.; CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Derecho Civil Español Común y Foral», T.II, 11.ª ed., *ob. cit.*, págs. 519 y ss.; PUIG PEÑA, F.: «Tratado de Derecho Civil Español», T.III, vol. II, 2.ª ed., Edit. EDERSA, Madrid, 1958, págs. 463 y ss., id.: «Compendio de Derecho Civil Español», T.II, 3.ª ed., Edit. Pirámide, Madrid, 1976, págs. 673 y ss.; SANTAMARÍA, J.: «Comentarios al Código Civil», T.II, Edit. EDERSA, Madrid, 1958, págs. 923 y ss.; SCAEVOLA, Q.M.: «Código Civil», T.XXIX, Edit. REUS, Madrid, 1955, págs. 561 y ss.; MANRESA Y NAVARRO, J.M.: «Comentarios al Código Civil Español», T.XII, 5.ª ed., Edit. REUS, Madrid, 1951, págs. 551 y ss.; y, BONEL Y SÁNCHEZ, L.: «Código Civil Español», T.IV, vol. IV, Barcelona, 1891, págs. 876 y ss.) sino también los estudios monográficos de BATLLE VÁZQUEZ, M.: «Anticresis», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T.II, Edit. Seix, Barcelona, 1950, págs. 697 y ss.; PLENIOL VIUANDE, R.: «La posesión en la anticresis», en *Foro Gallego*, 1949, págs. 163 y ss.; GARCÍA-GRANERO, A.: «Acerca de la naturaleza jurídica en Derecho de anticresis», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 206-207, 1945, págs. 457 y ss.; SANZ FERNÁNDEZ, A.: «El derecho de preferencia en la anticresis», en *Revista de Derecho Privado* (R.D.P.), núm. 313, 1943, págs. 223 y ss.; MAS CASAMADA, J.: «Anticresis», en *La Notoria*, 1898, págs. 185 y ss.; y, FALCON, M.: «Pacto anticrético», en *Revista de Tribunales*, 1893, págs. 3 y ss.

14. En este orden de ideas, debemos poner de manifiesto como parte de la doctrina califica a esta administración forzosa como un «verdadero derecho de anticresis» (en

diccional de una sentencia (procesal) y su constitución es independiente a la voluntad del deudor (forzosa)<sup>15</sup>. En función de la presente configuración jurídica de la administración forzosa, entendemos que le son aplicables, por vía analógica, los preceptos reguladores de la anticresis. Ello resulta especialmente positivo en orden a determinar con precisión el ámbito de los derechos y obligaciones tanto del acreedor ejecutante como del deudor ejecutado<sup>16</sup>.

Esta conformación de la administración forzosa pone en evidencia su incorrecta asimilación a la dación en pago, pues ésta comporta la entrega al acreedor de bienes distintos de los debidos con objeto de extinguir una obligación<sup>17</sup>, esto es, una especie de adjudicación en pago prevista en el art. 1.504 LEC. De igual modo, tampoco se trata de una cesión de bienes, en la medida en que ésta supone la entrega de bienes al acreedor para que con lo obtenido en su venta resarza su crédito<sup>18</sup>.

este sentido, se pronuncia ROCA SASTRE respecto a la administración o interina de bienes especialmente hipotecados, en «Derecho Hipotecario», T.IV, 2.ª, 7.ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1979, pág. 1.128); o una «anticresis impropia e inversa» (así, SÁEZ JIMÉNEZ, J., y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, E.: «Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal», T.III, vol. I, Edit. Santillana, Madrid, 1969, pág. 1.016, quienes califican a esta anticresis como «impropia», pues «no nace de pacto o convención, sino de una imposición legal taxativa cuando se cumplen los presupuestos que la Ley señala», e «inversa» ya que «primero se intenta realizar el valor, y ante su imposibilidad práctica, se acude a tratar de cubrir el importe de la ejecutoria con los frutos periódicos que la cosa inmueble pueda producir»; o una «anticresis forzosa» (de este modo, CARNACINI, *Tito*: «Contributo alla teoria del pignoramento», Edit. CEDAM, Padova, 1936, pág. 50; PROVINCIALI, *Renzo*: «Amministrazione giudiziari», *ob. cit.*, pág. 213; y, ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N.: «Síntesis del Derecho Procesal (Civil, Mercantil y Penal)», T.II, Derecho procesal mexicano, México, 1977, pág. 441); e incluso algún autor ha llegado a concebir la anticresis como una simple administración (de esta opinión es ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A.: «Curso de Derechos Reales», T.II, *ob. cit.*, pág. 216).

15. No obstante, como tendremos ocasión de analizar, ello no obsta para que puedan existir pactos privados entre acreedor ejecutante y deudor ejecutado acerca del modo y la forma de practicarse la administración forzosa (art. 1.522.I LEC).

16. Esta supletoriedad de la normativa referente a la anticresis es defendida, entre otros, por MANRESA Y NAVARRO, J.M.: «Comentarios...», T.V., *ob. cit.*, pág. 621; GUASP DELGADO, J.: «Derecho Procesal Civil», 6.ª ed., *ob. cit.*, pág. 467; y, FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *op. cit.*, pág. 52. De este modo, se logra parcialmente solventar las considerables lagunas que encontramos en la LEC en materia de administración forzosa.

17. Acerca de la dación en pago, vid. SASTRE PAPIOL, S.: «La dación en pago», Edit. Bosch, Barcelona, 1990; SERRANO ALONSO, E.: «Consideraciones sobre la dación en pago», en R.D.P., mayo, 1978, págs. 416 y ss.; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C.R.: «Naturaleza jurídica de la dación en pago», en *Anuario de Derecho Civil* (A.D.C.), julio-septiembre, 1957, págs. 753 y ss.; y, LATOUR BROTONS, J.: «Notas sobre la dación en pago», en R.D.P., julio-agosto, 1953, págs. 625 y ss.

18. Respecto a la cesión de bienes como modo sustitutivo de cumplimiento de las

De la presente configuración conceptual se deducen los rasgos identificadores de la administración forzosa. Así, destacan:

1.— *Su opcionalidad*. La administración forzosa es una modalidad de realización de los bienes que, en el proceso de ejecución, se ofrece al acreedor ejecutante cuando queda desierta la segunda subasta por falta de licitadores. En este momento, se le presentan tres opciones: la administración forzosa; la adjudicación en pago de los bienes embargados, por las dos terceras partes de la cantidad que hubiera servido de tipo a la segunda subasta, esto es, la mitad del valor de los mencionados bienes (art. 1.505.I LEC); o instar la celebración de la tercera subasta sin sujeción a tipo (art. 1.506.I LEC).

De igual modo, el ejecutante puede optar por esta institución cuando la ejecución se dirige contra bienes especialmente hipotecados, y exista un pacto contractual expreso en virtud del cual el acreedor pueda encargarse de la administración de los mismos mientras se verifica la venta en dicha ejecución (art. 1.530 LEC).

2.— *Su subsidiaridad*. La administración forzosa es un medio sustitutivo de la subasta desierta, es decir, a ella el acreedor ejecutante no puede acogerse facultativamente al inicio del procedimiento de apremio, sino tan sólo cuando la segunda subasta queda desierta<sup>19</sup>.

Sin embargo, este cargo definidor debe matizarse pues, como hemos indicado, existe la posibilidad de solicitar la administración en pago provisionalmente con anterioridad a la primera subasta, para cuando la ejecución se haya dirigido contra bienes especialmente hipotecados y haya pacto contractual que legitime al acreedor a encargarse de la administración, así como de la posesión de los mismos, en tanto se verifica la venta (art. 1.530 LEC). Esta eventualidad se recoge positivamente en la normativa del procedimiento judicial sumario para bienes hipotecados, en el art. 131.6.º LH, y análogamente para el procedimiento judicial sumario referente a la hipoteca mobiliaria, en el art. 84.III de la Ley de Hipoteca Mobiliaria (LHM). A nuestro entender, estos supuestos constituyen verdaderas admi-

obligaciones, vid. DE GAMBÓN ALIX, G.: «Notas sobre la naturaleza jurídica del contrato de cesión de bienes», en R.D.P., noviembre, 1962, págs. 1.058 y ss.; COSSÍO Y CORRAL, A.: «Convenios extrajudiciales de cesión de bienes para pago de deudas», en R.D.P., enero, 1953, págs. 1 y ss.; y, PUIG PEÑA, F.: «Cesión de bienes», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T.IV, Edit. Seix, Barcelona, 1952, págs. 57 y ss.

19. De igual modo, la *amministrazione giudiziaria* italiana tiene este carácter subsidiario, pues el art. 591 CPC la configura como una medida sustitutiva y eventual de la segunda subasta. Al respecto, vid. PROVINCIALI, Renzo: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropiazione», *ob. cit.*, pág. 224.

nistraciones forzosas o medios de realización de bienes, pues el acreedor puede que se vea, antes de verificarse la venta, satisfecho en su crédito, intereses y costas, con los productos del bien administrado.

Siguiendo el modelo alemán de *Zwangsvverwaltung*, en la que se permite al acreedor ejecutante optar entre la venta del bien en pública subasta y la administración forzosa, o incluso solicitarlos conjuntamente<sup>20</sup>, entendemos que en aras a potenciar la virtualidad práctica de la institución objeto de estudio, de *lege ferenda* sería conveniente que ambos medios de realización de bienes fuesen colocados en el mismo plano, e incluso permitir la solicitud de la administración forzosa durante toda la ejecución pues, de mostrarse fructífera la administración puede suceder que, al llegar el momento de la subasta, el ejecutante prefiera evitarla, por el peligro de malbaratarse los bienes ejecutados, y seguir en su administración.

3.— *La presunta restricción de su elemento objetivo*. Si bien el art. 1.521 LEC prevé la administración forzosa sólo respecto a las *fincas embargadas* (rústicas o urbanas)<sup>21</sup>, a nuestro entender, no debe realizarse una lectura literal del citado precepto, y extenderse tal opción a toda clase de bienes afectados susceptibles de administración y aptos para producir frutos o rentas<sup>22</sup>, esto es, que sean productivas. Al respecto, podemos formular distintos razonamientos postuladores de la tesis aquí defendida:

— la necesaria adecuación de la normativa decimonónica de la LEC a las transformaciones constantes y vivas de la realidad económica, con objeto de dar a esta institución una mayor virtualidad y eficacia<sup>23</sup>. Lo cierto es que, como apunta algún autor<sup>24</sup>, las constantes evoluciones socio-económicas de este siglo han desplazado el peso patrimonial de los valores rústicos y urbanos hacia los valores industriales, por lo que la aceptación de la tesis aquí defendida supone extender el ámbito objeto de la administración forzosa hasta convertirla en un medio ordinario de

20. Cfr. el párrafo segundo del art. 866 ZPO.

21. Similar formulación legal se prevé para la *Zwangsvverwaltung* alemana (art. 866 ZPO), y para la *amministrazione giudiziaria* (art. 592 CPC).

22. De este modo, REYES MONTERREAL, J.M.: «El llamado juicio ejecutivo en la L.E.C. Española», 2.ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1963, pág. 221; GUASP DELGADO, J.: «Derecho Procesal Civil», 3.ª ed., *ob. cit.*, pág. 468; FENECH NAVARRO, M.: «Derecho Procesal Civil», Edit. AGESA, Madrid, 1980, pág. 498; y, MONTERO AROCA, J. (en AAVV.): «Derecho Jurisdiccional», T.II, vol. II, 3.ª ed., *ob. cit.*, pág. 165.

23. En esta línea, FENECH NAVARRO, M.: «Derecho Procesal Civil», *ob. cit.*, pág. 498; y, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.: «Derecho Procesal Civil», T.III, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1990, pág. 219.

24. Así, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.: «Derecho Procesal Civil», T.III, *ob. cit.*, pág. 219, nota 7.

realización<sup>25</sup>. De este modo, la administración resulta un instrumento idóneo de realización de otros tipos de bienes. Piénsese, por ejemplo, en aquellos bienes sobre los que no es posible proceder inmediatamente a su venta por existir una prohibición legal, judicial o administrativa de disponer; o, en aquellos supuestos en los que leyes especiales prevén la administración forzosa como medio específico de realización (así, el art. 89 del Real Decreto 1.211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres<sup>26</sup>, para cuando se embargue una concesión de servicios públicos regulares permanentes de transporte de viajeros por carretera);

— la armonización de distintos preceptos de la propia LEC. La Ley 34/1984 de 6 de agosto, reformadora de la LEC, introdujo en el listado de bienes embargables una importante novedad: los establecimientos mercantiles e industriales (art. 1.447.10 LEC), es decir, las empresas en funcionamiento<sup>27</sup>. Parece lógico pensar que este tipo de bienes pueda ser sometido a esta modalidad de realización por adecuarse, en gran medida, a la finalidad que se persigue con la administración forzosa. Así, hay que lamentar la actitud del legislador urgente al desaprovechar la gran oportunidad que ofreció la citada Ley de Reforma Procesal para modificar la normativa del procedimiento de apremio<sup>28</sup>;

— la interpretación teleológica de la LEC en materia de realización de bienes. Nuestra LEC con la administración forzosa pretende otorgar al acreedor ejecutante la posesión de los bienes embargados para que con sus productos satisfaga su crédito. En consecuencia, si con otros tipos de bienes, no relacionados en la LEC, puede alcanzarse dicha finalidad, no existe razón alguna que justifique la inadmisión de la administración forzosa en dichos supuestos<sup>29</sup>;

— el no existir una prohibición expresa<sup>30</sup>. Al faltar en nuestro có-

25. Por otro lado, no podemos olvidar que de acuerdo al art. 3 Código Civil (CC), constituye un criterio básico de interpretación de las normas jurídicas «la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas».

26. Publicado en el Boletín Oficial del Estado núm. 241/1990, de 8 de octubre.

27. Acerca del alcance que cabe dar a los términos utilizados en el art. 1.447.10 LEC, vid. las opiniones contrapuestas de CACHÓN CADENAS, M.J.: «El embargo», *ob. cit.*, págs. 501 y ss.; y, LORCA NAVARRETE, A.M.: «En torno al embargo del establecimiento mercantil», en *La Ley*, 1985, págs. 1.175 y ss.

28. En el mismo sentido, FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, pág. 323, nota 910 *in fine*.

29. Máxime si el propio art. 3 CC recoge como criterio básico de interpretación de las normas jurídicas, el atender «fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas».

30. Así, FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, pág. 323.

digo procesal una norma en la que expresamente se excluya la eventual aplicación de la regulación de la administración forzosa a otro tipo de bienes, entendemos que ello puede tener lugar por vía analógica.

En conclusión, si bien *a priori*, a tenor de una lectura literal de la LEC podría entenderse que la administración se refiere exclusivamente a fincas rústicas y urbanas, la lectura teleológica, sistemática y lógica de la misma, permite que pueda ser objeto de esta modalidad de ejecución todos aquellos bienes o derechos susceptibles de ser productivos.

4.— *Se trata de un pago pro solvendo y no pro soluto*. La entrega del bien embargado al acreedor ejecutante se efectúa para que con los productos del mismo se satisfaga su crédito. La constitución de la administración forzosa supone un cambio no en la titularidad del dominio, sino en la posesión del bien mismo, del que se desapodera al deudor para transmitirlo al acreedor<sup>31</sup>. No sucede lo mismo respecto a los frutos o productos del bien, pues su percepción es título suficiente de propiedad a favor del acreedor.

En este punto, se hace necesario efectuar una serie de puntualizaciones referentes a supuestos en los que dicha traslación de la posesión se limita o incluso no se lleva a cabo. Ello se produce cuando existen sobre el bien embargado gravámenes preferentes. Así:

a) si la finca está en arrendamiento, en censo, o foro, la administración se reduce al derecho a percibir las rentas correspondientes, sin modificación en la posesión fáctica del bien<sup>32</sup>;

b) si la finca está en posesión de tercero a título de uso o habitación, el administrador tendrá derecho, únicamente, a una administración parcial si este tercero no aprovecha todos los frutos (en el caso del «uso») o no ocupa todas las habitaciones (en el caso de la «habitación»);

31. De igual modo, el art. 595 *CPC* italiano prevé la entrega de la finca sometida a *amministrazione giudiziaria* al acreedor, si bien puede ofrecerse la posesión del bien al deudor, en el supuesto de mediar consenso unánime de los acreedores. Diferente tratamiento jurídico merece la *Zwangsvverwaltung* alemana, pues la administración de la finca no es atribuida ni al acreedor ni al deudor, sino a un tercero designado por el Tribunal (art. 150.I *ZVG*), que actúa a modo de curador, si bien para el supuesto de fincas destinadas a explotaciones de tipo agrícola o forestal, se nombra administrador al deudor y con él un interventor, bajo cuya supervisión gestiona la finca (arts. 13.I y II y 14 del Decreto presidencial de 8 de diciembre de 1933).

32. Así, expresamente, para la *Zwangsvverwaltung* alemana se pronuncia el art. 148.I *ZVG*, según el cual, la administración forzosa alcanza los arrendamientos constituidos sobre la finca, atribuyéndose al administrador el derecho a percibir su pago. En doctrina, cfr. GOLDSCHMIDT, James: «Zivilprozessrecht», *Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft* (T. XVII), Verlag von J. Springer, Berlin, 1929, pág. 310; o, BLOMEYER, Karl: «Zwangsvollstreckung», *ob. cit.*, pág. 149.

c) si la finca está sometida a usufructo, la administración no es posible mientras dicho derecho real subsista;

d) si la finca se encuentra dada en aparcería, la administración se limita al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de las obligaciones propias del cedente, repartiéndose el producto por partes alcuotas el administrador ejecutante y el aparcerero en proporción a las respectivas aportaciones de este último y del propietario ejecutado, según el art. 102 de la Ley 83/1980 de 31 de diciembre, de arrendamientos rústicos; y,

e) por último, indicar que si sobre la finca recaen varias administraciones forzosas, la efectividad de las mismas, entendemos con FRANCO ARIAS<sup>33</sup>, debe tener lugar según el grado de preferencia de los respectivos embargos, atendiendo fundamentalmente para determinar la preferencia a la fecha de la anotación del embargo del bien a administrar<sup>34</sup>.

Con referencia a los derechos reales existentes sobre el bien embargado, debemos destacar como se mantienen los distintos de la pura posesión. De este modo, tanto las cargas anteriores o preferentes, como posteriores o no preferentes, subsisten con su misma extensión: respecto a las primeras, el acreedor ejecutante, como administrador, debe atender a su satisfacción y pago con los productos de la administración, pues, de no hacerlo queda abierta la posibilidad de ejercitar las acciones (declarativas o ejecutivas) contra el bien administrado; y con referencia a las segundas, la eficacia de su ejecución se pospone a la extinción de la administración<sup>35</sup>.

33. FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, pág. 327 (especial atención a la nota 924). Igual regla se sigue para la administración provisional o interina de bienes especialmente hipotecados, pues de confluir varias administraciones, y de acuerdo a la regla 6.ª del art. 131 LH, la efectividad de las mismas se subordina al grado de prelación de las respectivas hipotecas (cfr. ROCA SASTRE, R.M.: «Derecho Hipotecario», T.IV, 2.º, 7.ª ed., *ob. cit.*, pág. 1.129).

34. En opinión de TOUMÉ PAULE, para una futura modificación legislativa del procedimiento de apremio, si la administración es solicitada por más de un acreedor ejecutante, la preferencia para llevarla a efecto recae en aquel que antes haya logrado el auto de administración, y si son de la misma fecha, el primero que haya obtenido la entrega de los bienes (TOMÉ PAULE, J.: «La subasta judicial», tesis doctoral inédita, Madrid-Zaragoza, 1974, págs. 314 y 315 [opinión recogida por FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, pág. 327, nota 924]).

35. En este sentido, MONTERO AROCA, J. (en AAVV): «Derecho Jurisdiccional», T.II, vol. II, 3.ª ed., *ob. cit.*, pág. 167. Sin embargo, GUASP DELGADO no realiza tal distinción de cargas en cuanto a su eventual ejecución, lo que da atender que la postergación de la ejecución de las citadas cargas hasta la extinción de la administración se produce independientemente de que éstas sean anteriores o preferentes, o posteriores o no preferentes (GUASP DELGADO, J.: «Derecho Procesal Civil», 3.ª ed., *ob. cit.*, pág. 471). De igual modo, así expresamente se pronuncia, con referencia a la anticresis, CASTÁN TOBENAS, J.: «Derecho Civil Español Común y Foral», T.II, vol. II, 11.ª ed., *ob. cit.*,

5.— *Su incompatibilidad con la administración cautelar o judicial.* Al constituirse la administración forzosa —indica el art. 1.505.II LEC— debe cesar la administración judicial que se hubiere constituido con arreglo a lo dispuesto en el art. 1.450 LEC. Ambas administraciones, la judicial y la forzosa, son incompatibles pues, como observa FRANCO ARIAS, recaen sobre el mismo objeto, esto es, el elemento patrimonial del deudor sometido a realización. Pese a esta identidad objetiva, son múltiples las diferencias existentes entre ellas. Así:

— por el momento procesal en el que tienen lugar, naturaleza jurídica y finalidad. La administración judicial es una forma de garantizar, en la fase del embargo, la afección de determinados bienes (frutos y rentas) a las resultas de una posterior ejecución, es decir, tiene una naturaleza cautelar. Con ella, precisamente, se pretende asegurar que tales bienes no se sustraigan durante la sustanciación del proceso de ejecución. Sin embargo, la administración forzosa tiene lugar durante el procedimiento de apremio y es una forma de realización o ejecución de bienes, por lo que su naturaleza ejecutiva es indiscutible. Su finalidad no es ya conservar bienes para una futura ejecución, sino obtener, con su gestión, un producto con el que satisfacer el crédito del ejecutante;

— por el destino de los productos. En la Administración judicial los frutos del bien gestionado son entregados al Juzgado, quedando afectados a la ejecución. En la forzosa, tales frutos los adquiere directamente el ejecutante;

— por la persona del administrador. Este en la administración judicial es un tercero designado por el acreedor y nombrado por el Juez<sup>36</sup>, y sólo puede ser una persona física, pues sólo ésta tiene capacidad, y puede cumplir las obligaciones que la Ley impone al administrador, así como asumir las responsabilidades —incluso criminales— que conlleva su nombramiento<sup>37</sup>. En la administración forzosa el administrador es el propio ejecutante<sup>38</sup>, pudiendo ser éste tanto una persona física como jurídica<sup>39</sup>.

— por la función y remuneración del administrador. En la admi-

págs. 526 y 527; y, GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T. XXIII, *ob. cit.*, págs. 549 y 550.

36. Arts. 1.450.I LEC y 3 del Decreto-Ley 18/1969, de 20 de octubre, por el que se regula la administración judicial en el embargo de empresas.

37. En este sentido, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.: «Derecho Procesal Común», T.III, *ob. cit.*, pág. 327.

38. Art. 1.521 LEC.

39. De este modo, vid. FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, pág. 326.

nistración judicial, es un auxiliar o colaborador del Juez, y en consecuencia, actúa como los demás auxiliares del órgano jurisdiccional, con potestad delegada, esto es, actúa como mero mandatario o apoderado del Juez que lo nombra<sup>40</sup>. Precisamente, debido al carácter auxiliar del administrador, éste tiene derecho a percibir una remuneración por la función que desempeña<sup>41</sup>. En la administración forzosa, el administrador no es auxiliar de nadie, a pesar de que para llevar a cabo determinadas actuaciones sobre los bienes embargados necesite, como tendremos ocasión de analizar, autorización judicial. Su gestión no es retribuida, debiéndose imputar el producto derivado de esta administración al resarcimiento sólo de su crédito, intereses, y costas;

— por la prestación de fianza. El administrador —en la administración judicial— debe prestar fianza si el Juez así lo acuerda a petición del sujeto pasivo de la medida cautelar<sup>42</sup>. Sin embargo, el acreedor ejecutante —en la administración forzosa— no debe prestar ningún tipo de fianza.

No obstante la incompatibilidad de administraciones y sus notables diferencias, ello no es óbice para que la normativa de la administración judicial pueda ser aplicable, supletoriamente, a la forzosa<sup>43</sup>.

6.— *Su provisionalidad*. La administración forzosa tiene un carácter provisional, finalizando cuando el acreedor ejecutante se resarce de su crédito, intereses, y, costas, con el producto de los bienes sometidos a administración. Así, el art. 1.527 LEC proclama que tales bienes volverán de nuevo a la posesión del deudor ejecutado una vez el ejecutante haya visto satisfecho su crédito.

### III. PROCEDIMIENTO PARA SU ADOPCIÓN

El momento procesal oportuno para solicitar la administración forzosa tiene lugar —de acuerdo al art. 1.505 LEC— después de quedar desierta la segunda subasta.

Sin embargo, en la hipótesis prevista en el art. 1.530 LEC, la administración puede instarse con anterioridad al procedimiento de apremio.

40. Así, STS 30 de junio de 1921, en *Jurisprudencia Civil*, T. 153, núm. 106, págs. 532 a 540. Al respecto, vid. CARRERAS LLANSANA, J.: «El embargo de bienes», *ob. cit.*, págs. 492 a 495.

41. Arts. 1.033 LEC y 6 del citado Decreto-Ley 18/1969.

42. De este modo, vid. los arts. 1.007 LEC y 6 del Decreto-Ley 18/1969.

43. En este sentido, vid. STS 5 de junio de 1944 (Ar. 811).

Este precepto faculta al acreedor ejecutante para solicitar y obtener, en cualquier momento del juicio ejecutivo<sup>44</sup>, la posesión de los bienes embargados cuando la ejecución se dirija contra bienes especialmente hipotecados y fuere pacto expreso del contrato que el acreedor pueda encargarse de la administración de los mismos en tanto se verifica la venta<sup>45</sup>. A nuestro entender, esta administración ejecutiva provisional o interina a pesar de no cumplir, en sentido estricto, todas las características de la administración forzosa<sup>46</sup>, sí debe ser considerada como tal, es decir, como un medio de realización de bienes, pues el ejecutante que ejercita esta facultad puede que, con los productos del bien administrado, se vea satisfecho en su crédito, intereses y costas, antes de que se verifique la venta del bien en pública subasta, al ser de aplicación para dicha administración los arts. 1.521 y siguientes LEC, esto es, la normativa reguladora de la administración forzosa (art. 1.530 *in fine* LEC).

Una vez solicitada la administración forzosa, debe el órgano jurisdiccional pronunciarse razonadamente, esto es, en forma de auto<sup>47</sup>, otorgándola o denegándola *inaudita parte debitoris*, tanto en el caso de la administración ejecutiva provisional porque así lo establece la ley, como en la prevista en el art. 1.505 LEC porque tampoco se exige<sup>48</sup>.

44. Incluso, como indica MANRESA Y NAVARRO, en este supuesto la solicitud de administración forzosa puede formularse ya inicialmente con la demanda (MANRESA Y NAVARRO, J.M.: «Comentarios...», T.V, *ob. cit.*, pág. 626).

45. Como tuvimos ocasión de destacar la presente eventualidad se recoge positivamente en el art. 131.6.º LH con referencia al procedimiento judicial sumario para bienes hipotecados, y análogamente en el art. 48.III LHM respecto al procedimiento judicial sumario en materia de hipoteca mobiliaria.

46. Así, destaca la inexistencia de la subsidiariedad.

47. En este sentido, GUASP DELGADO, J.: «Derecho Procesal Civil», T.I, 3.ª ed., *ob. cit.*, pág. 469, entiende que dicha resolución debe ser un auto; y, ROCA SASTRE, R.M.: «Derecho Hipotecario», T.IV, 2.ª, 7.ª ed., *ob. cit.*, pág. 1.127, nota 5 (respecto a la administración provisional o interina de bienes especialmente hipotecados). De igual modo, en Italia, PROVINCIALI destaca cómo si bien el otorgamiento de la *amministrazione giudiziaria* «constituisce un potere discrezione devoluto al prudente arbitrio del giudice dell'esecuzione», en la resolución judicial debe expresamente «soppesare le ragioni di convenienza, da un lato, tra il procedere alla vendita sotto costo, essendosi esperiti gli incanti senza raggiungere il prezzo minimo voluto per legge e non ritenendosi opportuno procedere all'assegnazione, e, dall'altro, il differirla per un tempo piú o meno lungo, in attesa di piú favorevoli occasioni venali, nel termine massimo dalla legge consentiti. Potere che implica una sottile e delicata valutazione dei vantaggi d'un miglior realizzo diferito in confronto di un realizzo minore ma immediato, in considerazione di una quantità di elementi; facilità o meno della gestione, gettioto presumibile delle rendite...» (PROVINCIALI, *Renzo*: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», *ob. cit.*, pág. 223). De igual modo, vid. BONSIGNORI, *Angelo*: «L'esecuzione forzata», 2.ª ed., Edit. Giappicheli, Torino, 1991, pág. 268.

48. En este sentido, con referencia a la administración provisional o interina de la

Contra la resolución denegatoria procede recurso de reposición, que deberá interponerse dentro del tercer día desde su notificación (art. 380 LEC), y contra el auto que lo resuelve, recurso de apelación en ambos efectos. Si bien el régimen general de los recursos de apelación interpuestos durante el proceso de ejecución es el de su admisión en un solo efecto (arts. 949.I y 1.531.I.LEC), con la consiguiente no suspensión de su tramitación, en nuestra opinión, al margen de entender que estamos ante uno de los supuestos excepcionales del art. 1.531.II.LEC en los que se prevé el doble efecto del recurso de apelación, el perjuicio irreparable que se le puede causar al acreedor ejecutante de realizarse los bienes embargados en tercera subasta, sin sujeción a tipo alguno, es razón suficiente para sostener el mencionado doble efecto del recurso de apelación, máxime si tenemos en cuenta que dicha suspensión no perjudica, en ningún caso, el deudor ejecutado.

Si se concede la administración forzosa, ésta se lleva a cabo entregando los bienes al acreedor bajo inventario (art. 1.521 LEC). Ordinariamente, el Juez comisiona para la práctica del inventario al agente judicial, asistido del Secretario u Oficial habilitado. Este inventario judicial no requiere formalidad especial alguna, debiéndose documentar en los autos dentro de la correspondiente pieza separada de administración forzosa que oportunamente se habrá formado.

El acreedor y el deudor pueden establecer, por medio de acuerdos privados, las condiciones con que el primero debe administrar los bienes embargados y la forma y época en que ha de rendir cuentas de sus productos (art. 1.522.I LEC). Estos acuerdos deben constar en los autos, y no pueden exceder los límites del principio de la autonomía contractual del art. 1.255 CC, esto es, la ley, la moral, y el orden público. Sobre tales acuerdos se ciñen además dos límites: no pueden contener una exoneración absoluta de la obligación legal de rendir cuentas para la administración<sup>49</sup>; y, no pueden facultar al ejecutante para que ceda la oficial administración a un tercero, quedando relevado del cumplimiento de las obligaciones propias del cargo<sup>50</sup>. Sin embargo, entendemos que bajo con-

finca hipotecada, cfr. ROCA SASTRE, R.M.: «Derecho Hipotecario», T.IV, 2.º, 7.ª ed., *ob. cit.*, págs. 1.127-1.128.

49. En este sentido, ALVAREZ-CAPEROCHIPI, en materia de anticresis, destaca como «en el derecho moderno la obligación de rendición de cuentas es de orden público en todo supuesto de administración de cosa ajena, y no puede ser renunciada» (ALVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A.: «Curso de Derecho Reales», T.II, *ob. cit.*, pág. 219).

50. En este sentido, REYES MONTERREAL, J.M.: «El llamado juicio ejecutivo...», *ob. cit.*, pág. 218; y, FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, pág. 328.

trol jurisdiccional, no existe obstáculo alguno para que la administración se realice materialmente por un tercero<sup>51</sup>, siendo deseable que de *lege ferenda* se permitiera la posibilidad de que terceros profesionales se encargasen, bajo la fiscalización judicial, de la gestión y administración de los bienes sometidos a administración forzosa<sup>52</sup>.

En ausencia de convenio, debe recurrirse, como régimen supletorio, al consuetudinario (art. 1.522.II LEC). La doctrina es unánime en la crítica a esta opción legislativa<sup>53</sup>, y ello no sólo por la dificultad de determinar los criterios de administración que fija «la costumbre del país», sino porque en caso de que ésta exista, lo más probable es que sea del todo insuficiente para resolver muchos de los problemas que se plantean en la administración forzosa<sup>54</sup>. A nuestro entender, para subsanar este defecto, debería acudir a otros criterios, tales como la administración del bien en la forma que dé el rendimiento para el cual está destinado, o al criterio de la mayor productividad del bien, siempre bajo control judicial<sup>55</sup>. Para evitar en la medida de lo posible este inconveniente sería oportuno que de *lege ferenda* el acreedor, al solicitar la administración forzosa, formulase por escrito las condiciones en las que pretende desarrollarla, con objeto de que el juez ejecutor, tras dar vista del mismo al deudor ejecutado, fijase las reglas de la administración, aceptando los acuerdos de las partes que considerase admisibles y decidiendo respecto a los puntos en que no hubiese conformidad<sup>56</sup>.

En cualquier caso, el Juez, *ex officio* o a instancia de parte, puede reprobar y modificar cualquier abuso que advierta en la administración, adoptando cuantas medidas considere oportunas<sup>57</sup>; sin perjuicio de que el

51. Así se pronuncia REYES MONTERREAL, J.M.: «El llamado juicio ejecutivo...», *ob. cit.*, pág. 218.

52. En este sentido, vid. PRIETO-CASTRO Y FERNÁNDEZ, L.: «Tratado de Derecho Procesal Civil», T.II, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1982, pág. 787.

53. Al respecto, vid. CARRERAS LLANSANA, J.: «El embargo de bienes», *ob. cit.*, pág. 498; FRANCO ARIAS, J.: «El pronunciamiento de apremio», *ob. cit.*, pág. 328; y, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.: «Derecho Procesal Civil», T.III, *ob. cit.*, pág. 219.

54. En este sentido, FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, pág. 328.

55. Así, en Alemania, BLOMEYER destaca la necesidad de explotar el bien sometido a administración de igual modo a como el deudor tenía destinada la finca, o a utilizarla en la forma que sea más productiva (BLOMEYER, *Karl*: «Zwangsvollstreckung», *ob. cit.*, págs. 149-150).

56. En este sentido, TOMÉ PAULE, J.: «Entresijos y defectos del derecho de ejecución», en *El sistema de recursos, Perfeccionamiento del derecho de ejecución singular, X Reunión de Profesores de Derecho Procesal de Universidades Españolas*, Santiago de Compostela.

57. Ello se prevé en el art. 1.233 LEC en materia de concurso de acreedores. De

administrador, de extralimitarse en sus derechos o incumplir sus obligaciones, en el alcance y medida que seguidamente analizaremos, pueda incurrir en responsabilidad civil e incluso penal<sup>58</sup>.

Para concluir el aspecto referente a la constitución de la administración forzosa, debemos destacar que todas las cuestiones que puedan surgir entre el ejecutante y el ejecutado, con motivo de la administración de las fincas embargadas, se sustancien por los trámites establecidos para los incidentes (art. 1.526 LEC)<sup>59</sup>. Sin duda alguna, es ésta otra desafortunada previsión normativa debido al riesgo que comporta su utilización fraudulenta, esto es, con ánimo dilatorio<sup>60</sup>. A nuestro entender, sería suficiente una comparecencia de las partes ante el juez para ventilar las eventuales cuestiones problemáticas que pueden suscitarse durante el desarrollo de la administración<sup>61</sup>.

igual modo, en la *Zwangsverwaltung* alemana, el art. 153.I ZVG faculta al tribunal para establecer las instrucciones u órdenes que estime convenientes al administrador, en orden al mejor aprovechamiento de la administración forzosa.

58. Así, el administrador responderá civilmente por aquella acción u omisión que cause daño a los bienes que administra, interviniendo culpa o negligencia (art. 1.902 CC). En cuanto a la carga de la prueba de la existencia de dicha acción u omisión culpable, la STS 5 de junio de 1944 (Ar. 811), se la impone al reclamante.

Respecto a la eventual responsabilidad penal, destacar que podrá existir un delito de desobediencia (art. 237 del Código Penal [CP]) cuando en el ejercicio de sus funciones y dentro de los límites de sus facultades desoye, reiteradamente, las órdenes legítimas del órgano jurisdiccional (en tal sentido, vid. la STS 30 de diciembre de 1950); o una falta de la misma clase si deja de cumplir levemente tales órdenes judiciales (art. 570.1 CP); o un delito de malversación de caudales públicos (art. 399 CP) cuando incumpla su deber de conservar y devolver los bienes; o bien un concurso de delitos con el alzamiento de bienes y la aprobación indebida, al ser todos ellos de naturaleza diferente.

59. A excepción de la rendición de cuentas que posee el trámite específico de los arts. 1.523 y ss. LEC, y que será objeto de análisis al hilo de las obligaciones del acreedor ejecutante.

60. En este sentido, FRANCO ARIAS califica esta solución como «excesivamente compleja» y «dilatoria» (FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, pág. 329).

61. Sobre este particular, destacar como FRANCO ARIAS sustenta la presente tesis en base a la aplicación analógica de los arts. 1.524 y 1.525 de la LEC, referentes a la forma de resolución de las cuestiones que pueden plantearse en la rendición de cuentas (FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, pág. 329). De igual modo, vid. TOMÉ PAULE, J.: «Entresijos y defectos del derecho de ejecución», *ob. cit.*, pág. 124.

#### IV. EFECTOS: DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL ACREEDOR EJECUTANTE (ADMINISTRADOR) Y DEUDOR EJECUTADO

De la normativa reguladora de la administración forzosa resulta difícil sistematizar cuáles son los derechos y obligaciones del acreedor ejecutante (administrador), y del deudor ejecutado. No obstante, el estudio doctrinal y jurisprudencial, así como de la escasa normativa que al respecto existe, incluyéndose la referente a la anticresis y a las administraciones judicial y del *abintestato*, cuya aplicación analógica en determinados supuestos es posible debido a la similitud entre estas instituciones, podemos extraer los siguientes derechos y obligaciones del:

##### A. Acreedor ejecutante

###### 1. Derechos:

— A la *traditio* o entrega del bien en administración (su posesión, que no su propiedad<sup>62</sup>, y con las limitaciones que al respecto de la posesión se han analizado anteriormente<sup>63</sup>), de acuerdo al art. 1.521 LEC;

— A realizar los pactos que crea conveniente con el deudor ejecutado sobre el modo de practicar la administración (art. 1.522 LEC). En el supuesto de no llegarse a dichos pactos, tendrá derecho a realizar la administración según la costumbre del lugar (art. 1.522.II LEC);

— A solicitar y obtener, por la vía incidental, la aprobación judicial de un proyecto de administración del bien que complete lo previsto por la «costumbre del país» (art. 1.526 LEC)<sup>64</sup>;

— A recoger y hacer suyos los productos del bien, y recaudar las rentas (art. 1.505.I LEC);

— A que se le dé a conocer como administrador a las personas que designe, como por ejemplo, a los arrendatarios de la finca adminis-

62. A nuestro entender, en aplicación del art. 1.844 CC, es nulo el pacto en virtud del cual se atribuya al acreedor la propiedad del bien entregado en el supuesto de falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. En esta línea, se pronuncia GUASP DELGADO, J.: «Derecho Procesal Civil», T.II, 3.ª ed., *ob. cit.*, pág. 470.

63. Al respecto, vid. el punto cuarto del epígrafe segundo.

64. En opinión de FRANCO ARIAS, para evitar dilaciones, lo más conveniente sería que el Juez se pronunciara directamente sobre tal proyecto, aprobándolo o estableciendo las modificaciones precisas, oyendo antes al ejecutado, quedando a las partes la vía del recurso si no consideran la decisión judicial (FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, pág. 329).

trada (art. 1.521 LEC)<sup>65</sup>. En el supuesto de existir un anterior administrador, se le requerirá para que ponga fin a su gestión y presente una cuenta definitiva<sup>66</sup>, debiéndose dejar constancia de la misma en la pieza separada de administración que en su momento se formó;

— A representar y defender, en cualquier momento y situación, los bienes por él administrados. Para facilitar el ejercicio de este derecho, puede solicitar al Juez un testimonio, en el que conste su nombramiento y que se halla en posesión del cargo para que pueda acreditar su representación, así como para poder comparecer en juicio, como demandante o demandado, defendiendo los intereses de los bienes administrados<sup>67-68</sup>. En especial cabe destacar, dentro de las defensas inherentes a la posesión, las acciones interdictales<sup>69</sup>;

— A abrir cuentas corrientes en una entidad financiera, a fin de poder ingresar o retirar los fondos necesarios para el cuidado de la administración (así, por ejemplo, para atender el pago de las nóminas de los empleados, poder pagar la compra de todo lo necesario para asegurar la producción, etc...) <sup>70</sup>;

65. De igual modo, para la *Zwangsvverwaltung* alemana, el art. 146.II *ZVG* establece que se hará conocer la orden de la administración forzosa a los interesados. Incluso, como observa BLOMEYER, se prevé la inscripción de esta administración en el correspondiente asiento registral de la finca sobre la cual recae, con el fin de informar públicamente sobre la peculiar situación en la que ésta se encuentra (cfr. BLOMEYER, *Karl: «Zwangsvollstreckung»*, *ob. cit.*, pág. 148).

66. Así, REYES MONTERREAL, J.M.: «El llamado juicio ejecutivo...», *ob. cit.*, pág. 221.

67. De este modo, expresamente, vid. el art. 2.II del Decreto-Ley 18/1969, sobre administración judicial en el embargo de empresas; y el art. 1.008 LEC regulador de la administración del *abintestato*.

En la línea aquí apuntada, vid. la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 14.ª), en Revista General del Derecho, núm. 558, marzo, 1991, págs. 1.706 a 1.708.

68. De igual modo, las doctrinas italiana y alemana atribuyen esta legitimación procesal, activa y pasiva, al administrador, si bien limitado a los actos derivados o inherentes a la administración. Así, respecto a la primera, vid. PROVINCIALI, *Renzo*: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», *ob. cit.*, pág. 239; o, BONGIORNO, *Girolamo*: «Espropriazione immobiliare», *ob. cit.*, pág. 66; y, con referencia a la *Zwangsvverwaltung* alemana, cfr. BLOMEYER, *Karl: «Zwangsvollstreckung»*, *ob. cit.*, pág. 149-150.

69. En el mismo sentido, SOLCHAGA LOITEGUI, J.: «El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles», Edit. Aranzadi, Pamplona, 1986, pág. 178. Con referencia al administrador judicial, vid. CARRERAS LLANSANA, J.: «El embargo de bienes», *ob. cit.*, pág. 510; y, respecto a la anticresis, de igual modo se pronuncian ALBALADEJO, M.: «Derecho Civil», T.III, vol. II, *ob. cit.*, pág. 268; y, GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T.XXVIII, *ob. cit.*, págs. 530 y 549.

70. En este sentido, respecto a la administración cautelar de bienes en el proceso

— A efectuar actos de administración referentes a la posesión del bien. Así, por ejemplo, proceder a su arrendamiento<sup>71-72</sup>. Uno de los supuestos con mayor relevancia —como apunta LACRUZ BERDEJO<sup>73</sup> refiriéndose a la anticresis— lo constituye el arrendamiento al propio deudor ejecutado, quien ocupará el bien a título de inquilino y no de dueño, a cambio de la renta arrendaticia al acreedor. A nuestro entender, debido a la provisionalidad de la administración forzosa, cualquier arrendamiento que pueda constituirse debe ser siempre de duración limitada, extendiéndose temporalmente como máximo hasta la fecha prevista para el mantenimiento de la administración forzosa. Con objeto de controlar el cumplimiento de esta exigencia entendemos que será necesaria autorización judicial para la válida realización de tales actos<sup>74</sup>.

— A enajenar todos o algunos de los bienes semovientes (y, excepcionalmente, algún inmueble si la administración forzosa se refiere a un establecimiento mercantil o industrial), y practicar sobre los mismos los actos dispositivos que fueran necesarios para la administración (pensemos, por ejemplo, en la eventualidad de tener que afrontar el pago de deudas o cubrir otras atenciones de la administración)<sup>75</sup>, siempre y en todo caso previa autorización judicial motivada<sup>76</sup>.

penal, vid. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A.: «La administración de bienes en el proceso penal», tesis doctoral (inérita), págs. 246 y ss. (opinión recogida por FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, pág. 329, nota 932).

71. El presente derecho se prevé, expresamente, para el administrador *abintestato* en el art. 1.021 LEC.

72. Así, vid. CARRERAS LLANSANA, J.: «El embargo de bienes», *ob. cit.*, pág. 504; o, SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A.: «La administración de bienes...», *ob. cit.*, pág. 246. De igual modo, en relación a las anticresis, vid. BATLLE VÁZQUEZ, M.: «Anticresis», *ob. cit.*, pág. 701; y, LACRUZ BERDEJO, J.L.: «Derechos reales», vol. II, 2.ª ed., *ob. cit.*, pág. 399. En sentido contrario, parece pronunciarse GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T.XXVIII, *ob. cit.*, pág. 537. Igualmente, en la línea de atribuir el presente derecho al administrador, previa autorización judicial, se pronuncia la doctrina italiana respecto a la *amministrazione giudiziaria* (en este sentido, vid. PROVINCIALI, *Renzo*: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», *ob. cit.*, pág. 239; ANDRIOLI, *Virgilio*: «Commento al Codice di Procedura Civile», vol. III, 3.ª ed., *ob. cit.*, pág. 281; o, SATTA, *Salvatore [con Carmine PUNZI]*: «Diritto Processuale Civile», 11.ª ed., Edit. CEDAM, Padova, 1992, págs. 760-761).

73. LACRUZ BERDEJO, J.L.: «Derechos reales», vol. II, 2.ª ed., *ob. cit.*, pág. 399.

74. En este sentido, vid. la doctrina italiana citada en la nota 72.

75. Así, esta eventualidad se prevé, expresamente, en los arts. 2 y 4 del Decreto-Ley 18/1969, de 20 de octubre para la administración judicial de empresas embargadas.

76. No debemos olvidar que esta enajenación de los bienes sometidos a administración forzosa afecta al derecho de propiedad que el ejecutado goza sobre los mismos pues, como hemos analizado, ésta sólo alcanza a la posesión material del bien, esto es, a su administración y disfrute. En consecuencia, entendemos que al verse directamente

— A vender los frutos o productos cuando puedan deteriorarse, sean de difícil y costosa conservación, o se presenten circunstancias que se estimen ventajosas<sup>77</sup>. En este punto, no debemos olvidar que en la administración forzosa de una empresa es normal, dentro de la actividad propia del tráfico mercantil en la que se encuentra inmersa, el continuo intercambio de productos, por lo que parece razonable que el acreedor pueda disponer, como actos de gestión empresarial, de los productos de la empresa;

— A renunciar a la administración cuando lo crea conveniente, y pedir que el bien administrado se saque de nuevo pública subasta por el precio que resulte, rebajado el 25% del avalúo (art. 1.529 LEC); y,

— A adjudicarse el bien administrado, si en la citada subasta no hubiese postor alguno dispuesto a pagar las dos terceras partes del citado precio, en lo que sea necesario para completar el pago, deducido lo que hubiese percibido a cuenta (art. 1.529 *in fine* LEC).

## 2. Obligaciones:

— Administrar el bien según lo pactado, y en ausencia de acuerdo, según el modo que dé el rendimiento a que normalmente esté destinado<sup>78</sup>. Consecuencia directa de la administración del bien, surge en el acreedor el deber de actuar con la diligencia de un buen padre de fami-

afectado el derecho a la propiedad del ejecutado, se hace necesaria la oportuna autorización judicial que habilite cualquier acto de disposición. De igual modo, con referencia a la *amministrazione giudiziaria* italiana, en la que tampoco se exige *ex legge* esta autorización judicial, se manifiestan PROVINCIALI, quien señala como el administrador, para realizar actos que excedan de la administración ordinaria, «abbisognerà di particolare autorizzazione per qualunque atto eccedente tali confini» (PROVINCIALI, *Renzo*: *L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione*, *ob. cit.*, pág. 238); y SATTA, para quien «l'amministrazione debba essere autorizzato dal giudice tutte le volte che la sua attività comporti una modificazione rispetto alla situazione giurídica ed economica del bene» (SATTA, *Salvatore* [con *Carmine PUNZI*]: «Diritto Processuale Civile», 11.ª ed., *ob. cit.*, pág. 761).

77. Como observa GUASP DELGADO, la percepción de los productos del bien administrado es título suficiente de propiedad a favor del acreedor (GUASP DELGADO, J.: «Derecho Procesal Civil», T.I, 3.ª ed., *ob. cit.*, pág. 471).

78. Así, con referencia al ordenamiento jurídico alemán, vid. el art. 152.I ZVG, en virtud del cual se obliga al administrador a mantener la finca en el estado en que le fue entregada y a utilizarla en forma regular.

lia (arts. 1.094 y 1.104 CC), y el de indemnizar los eventuales daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento de este deber<sup>79</sup>;

— Mantener el bien en el estado en que le fue entregado, realizando los gastos necesarios para su conservación y reparación<sup>80-81</sup>, salvo pacto en contrario<sup>82</sup>, deduciéndose de los frutos de la administración<sup>83</sup>;

— Pagar las contribuciones, impuestos y cargas que pesen sobre la finca<sup>84</sup>, salvo haberse pactado lo contrario, igualmente deduciéndose del producto de la administración<sup>85</sup>, y con carácter previo al cobro de su crédito<sup>86</sup>;

— Informar por escrito al Juez siempre que se presente una situación que pueda tener trascendencia para la administración<sup>87</sup>;

79. En este sentido, respecto a la *amministrazione giudiziaria* italiana, vid. D'ONOFRIO, *Paolo*: «Commento al nuovo Codice di Procedura Civile», vol. II, *ob. cit.*, págs. 114-115; y, PROVINCIALI, *Renzo*: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», *ob. cit.*, pág. 240. Incluso en Alemania, el art. 153.II ZVG facultad al Tribunal para imponer multas (de hasta 1000 marcos) al administrador.

80. Ello expresamente se prevé tanto en la administración del abintestato (art. 1.016 LEC), como en la administración del concurso (art. 1.229 LEC).

81. Dentro de los necesarios, la doctrina considera tanto los ordinarios como los extraordinarios. En este sentido, MANRESA Y NAVARRO, J.M.: «Comentarios al Código Civil Español», T.XII, 5.ª ed., *ob. cit.*, pág. 562. De igual modo, con referencia a la anticresis, se pronuncian SANTAMARÍA, J.: «Comentarios al Código Civil», T.II, *ob. cit.*, pág. 923; y, GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T. XXIII, *ob. cit.*, pág. 541.

82. Así, respecto a la anticresis vid. el art. 1.882.II CC.

83. De igual modo, tanto en Italia como en Alemania, los gastos de la administración deben imputarse a las rentas o productos de la administración. Con referencia a Italia, vid. por todos, BONSIGNORI, *Angelo*: «Assegnazione forzata a distribuzione del ricavo», Edit. Giuffrè, Milano, 1962, págs. 376 a 378; y respecto a Alemania, en base a los arts. 152.I y 155.I ZVG, se establece, igualmente, para el administrador la obligación de mantener la finca en el estado en que le fue entregada (art. 152.I ZVG), así como el hecho de que los productos de la *Zwangsvverwaltung* se aplicarán en primer lugar para cubrir los gastos de administración (art. 155.I ZVG).

84. De este modo, vid. MANRESA Y NAVARRO, J.M.: «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada conforme a las bases aprobadas por la Ley de 21 de junio de 1980», T.V., Edit. REUS, Madrid 1952-61, págs. 603 y 604; REYES MONTE-RREAL, J.M.: «El llamado juicio ejecutivo...», *ob. cit.*, pág. 216; y, respecto a la anticresis, GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T.XXIII, *ob. cit.*, págs. 540 y 541.

85. Ello por la aplicación analógica del art. 1.882.III CC, el cual refiriéndose a la anticresis, establece: «Se deducirán de los frutos las cantidades que emplee en uno y otro objeto [es decir, el pago de las contribuciones y demás cargas que pesen sobre la finca, y el abono de los gastos necesarios para su conservación y reparación]».

86. En Alemania, expresamente se recoge esta obligación en el art. 156 ZVG, según el cual, el administrador debe pagar los gastos periódicos y cargas públicas que existan sobre la finca.

87. En este sentido, SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A.: «La administración...», *ob. cit.*, pág. 246.

— Solicitar autorización judicial para enajenar algún bien de la administración<sup>88</sup>. En consecuencia, como observa PROVINCIALI<sup>89</sup>, todos los actos de disposición que se realicen sin la necesaria habilitación judicial son inválidos, y pueden ser motivo suficiente de responsabilidad civil del administrador;

— Depositar las cantidades que se obtengan con la administración, en el establecimiento destinado al efecto, cuando se haya interpuesto una tercería de mejor derecho (art. 1.536 LEC)<sup>90</sup>;

— Ejecutar personalmente la administración, no pudiéndola oficialmente ceder a un tercero. No obstante, ello no empece para que el acreedor, por vía de pactos con el ejecutado, pueda delegar la realización material de la administración a un tercero<sup>91</sup>; y,

— Rendir cuentas de los productos del bien administrado en el momento pactado; y, de no haberse convenido nada, al menos habrá de rendir cuentas anualmente (art. 1.522.II LEC)<sup>92-93</sup>, no siendo válido el pacto de no rendición de cuentas por contravenir a la ley.

Acerca del contenido y alcance de esta obligación es de destacar lo dispuesto en la STS 12 de junio de 1957 (Ar. 2.519), según la cual, refiriéndose a las cuentas que debe rendir el administrador del *abintestato* por imperativo del art. 1.012 LEC, éstas deben reflejar «todo lo que ha hecho, todo lo que ha pagado, y todo lo que ha recibido, las obligaciones que ha sumido frente a terceros y las que los terceros asumieron frente a él, debiendo resultar de la dación de cuentas, no sólo lo que ha dado o recibido, sino el índice de todas las operaciones: venta, compra, custodia, procedimientos judiciales incoados y resultado obtenido, créditos acordados o recibidos, dilaciones o plazos concedidos, etcétera, de modo que contengan la demostración de toda la actividad que ha desa-

88. Al respecto, vid. las reflexiones formuladas en la nota 77.

89. PROVINCIALI, *Renzo*: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropiazione», *ob. cit.*, pág. 239.

90. Al respecto, vid. FRANCO ARIAS, J.: «El procedimiento de apremio», *ob. cit.*, pág. 331.

91. Así, CARRERAS LLANSANA, J.: «El embargo de bienes», *ob. cit.*, págs. 490 y ss.; y, REYES MONTERREAL, J.M.: «El llamado juicio ejecutivo...», *ob. cit.*, pág. 218.

92. Acerca de esta obligación, tanto el art. 133 LH como el 84.3 LHM, la reducen a su mínima expresión en los respectivos procedimientos judiciales que en ellos se prevén, pues tal de deber sólo surge al término de la administración.

93. De igual modo, en Alemania, el administrador debe rendir cuentas anualmente (art. 154 ZVG). Sin embargo, este plazo se reduce en Italia, donde la presente obligación debe cumplirse trimestralmente, salvo modificación judicial ex art. 593 CPC (sobre este particular, vid. las observaciones efectuadas por PROVINCIALI, *Renzo*: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropiazione», *ob. cit.*, págs. 241 a 243).

rollado, para que pueda juzgarse si ha administrado como un buen padre de familia»<sup>94</sup>.

De las cuentas presentadas por el ejecutante, que permiten conocer la parte de la suma que todavía queda por percibir al ejecutante y la que ya se ha satisfecho, debe darse vista al ejecutado por término de quince días, para que alegue por escrito lo que estime oportuno. A su vez, debe entregarse al ejecutante una copia del escrito del deudor para que, en plazo de nueve días, manifieste su conformidad o disconformidad (art. 1.523 LEC).

En el supuesto de que el ejecutante rehúse su deber de hacer tal rendición de cuentas, el Juez, de oficio o a instancia del ejecutado, puede realizar los apremios que crea necesarios para que lo haga, y en caso de reiterarse el ejecutante en su postura, el Juez puede ordenar la rendición de cuentas a través del nombramiento de peritos, que llevarán al cabo dicha función a costa del ejecutante.

Si el ejecutante no está de acuerdo con las objeciones formuladas por el ejecutado, el Juez debe convocar a ambos a juicio verbal en el plazo de tres días. En él tendrá lugar la admisión de las pruebas pertinentes que se propongan, fijándose para practicarlas el término que se estime prudencial, siempre que no exceda de diez días<sup>95</sup>. Del resultado de las pruebas debe extenderse la correspondiente acta, uniéndose a los autos los documentos que hayan presentado las partes (art. 1.524 LEC).

Transcurrido el término de prueba, el art. 1.525 LEC ordena al Juez dictar sentencia en el plazo de cinco días. Contra esta sentencia —sigue

94. Junto al escrito de rendición de cuentas, deben aportarse los documentos acreditativos de las operaciones que en él se reflejan. En este sentido, la sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete 26 de octubre de 1988 (fundamento 2.º), en R.G.D. núm. 541-542, octubre-noviembre 1989, pág. 7.593, indica: «[...] por otro lado también ha de afirmarse la insuficiencia de las cuentas presentadas por su carencia de justificación ya que no basta para entregar cumplida la obligación de rendir cuentas la simple y escueta presentación de un documento liquidatorio, sin adjuntar los libros en que se realizaron los asientos contables o al menos copia de ellos y, sobre todo, sin aportar los justificantes de la realización de las operaciones de administración, pues de otra forma sería fácil lograr la coherencia contable de unas cuentas de las que se ignora absolutamente su concordancia con la realidad».

95. Corresponde a la parte que impugna las cuentas presentadas la carga de la prueba de sus afirmaciones. Así, con referencia a la carga de la prueba en el supuesto de impugnación de cuentas presentadas por el administrador de bienes dados en anticresis, vid. la citada sentencia de la Audiencia Territorial de Albacete 26 de octubre de 1988 (págs. 7.593 y 7.594); y respecto a la administración del *abintestato*, de este modo se manifiesta la STS 27 de junio de 1907, en *Jurisprudencia Civil*, T. 107, núm. 131, 1908, págs. 876 a 885.

indicando el art. 1.525 LEC— procederá el recurso de apelación en ambos efectos.

— Rendir una cuenta general al finalizar la administración forzosa (art. 1.528 LEC)<sup>96</sup>.

## B. Deudor ejecutado

### 1. Derechos:

— A realizar los pactos que crea convenientes con el acreedor ejecutante, sobre el modo de practicarse la administración (art. 1.522 LEC);

— A pagar, en cualquier momento, la deuda al ejecutante o lo que reste de su deuda según el último estado de cuentas presentado por el ejecutante (art. 1.528 LEC);

— A gravar el bien embargado con las cargas que estime oportunas y que se refieran a la propiedad del mismo, que no a su posesión. Así sucede, por ejemplo, con la constitución de una hipoteca. Obviamente, la eficacia de la ejecución de tales cargas, como analizamos anteriormente, se propondrá a la consumación de la administración forzosa<sup>97</sup>;

— A intervenir en las operaciones de resolución, por sí o por medio de apoderado, si la finca es rústica (art. 1.522.III LEC). Este derecho es de imposible ejercicio si dicha finca se encuentra bajo foro, censo o arrendamiento, ya que en estos casos lo que se perciben son rentas, así como si se está dada en usufructo;

— A instar e intervenir en todos aquellos procesos en los que se discuta un interés relevante para la propiedad del bien sometido a administración<sup>98</sup>;

— A que se le de vista de la cuenta presentada por el acreedor ejecutante en el plazo de quince días (art. 1.523 LEC);

— A formular las objeciones que estime convenientes sobre las cuentas presentadas por el ejecutante dentro del término de nueve días

96. De igual modo, respecto al ordenamiento jurídico alemán vid. el art. 154 ZVG, y con referencia al italiano, el art. 593.II CPC.

97. En este sentido, con referencia a la anticresis, vid. CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Derecho Civil Español, Común y Foral», T. II, 11.ª ed., *ob. cit.*, págs. 526 y 527; y, GUILARTE ZAPATERO, V.: «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», T.XXVIII, *ob. cit.*, págs. 549 y 550.

98. Al respecto, PROVINCIALI, Renzo: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», *ob. cit.*, pág. 239; y, ANDRIOLI, Virgilio: «Commento al Codice di Procedura Civile», vol. III, 3.ª ed., *ob. cit.*, pág. 282.

(art. 1.523 LEC); y, proponer las pruebas que crea necesarias para la defensa de sus intereses (art. 1.524 LEC);

— A poner de manifiesto ante el órgano jurisdiccional la actuación abusiva que el ejecutante realice en la administración del bien embargado (art. 1.526 LEC); y,

— A que retornen a su poder los bienes entregados en administración cuando el ejecutante, con el producto de los mismos, se haya hecho pago de su crédito, intereses, y costas (art. 1.527 LEC).

### 2. Obligaciones

— Adecuar su actuación de acuerdo a lo pactado, o en su falta, a lo previsto por la costumbre del lugar (art. 1.522 LEC);

— Soportar, sin interferir ni molestar, la ejecución de la administración por el acreedor ejecutante (siempre que éste actúe dentro de los márgenes pactados, o en su defecto, los de la costumbre del lugar); y,

— No constituir derechos de goce sobre el bien embargado, pues ello supone disponer de su posesión, y ésta no le pertenece al deudor ejecutado sino al acreedor<sup>99</sup>.

## V. EXTINCIÓN

La administración forzosa puede concluir por alguna de las siguientes razones:

1.º— Por el pago al ejecutante, con los productos y frutos del bien, de su crédito, intereses y costas, según se acredite en la cuenta final de gestión de la administración que debe presentar, levantándose el embargo que existiere sobre el bien. En este caso, el bien y el eventual sobrante que existiere, volverá a poder del ejecutado (art. 1.527 LEC).

2.º— Por la venta del bien embargado en segunda subasta, si así expresamente lo solicita el ejecutante. Como tuvimos ocasión de analizar, es facultad del acreedor cesar en la administración cuando lo estime conveniente siempre que, como indica MANRESA Y NAVARRO, lo haga soli-

99. Así, respecto a la anticresis, vid. ESPÍN, D.: «Manual de Derecho Civil Español», vol. II, *ob. cit.*, pág. 514.

citando al órgano jurisdiccional que se saque de nuevo el bien a pública subasta<sup>100</sup>.

De lo obtenido en ella, obviamente, debe deducirse lo percibido a cuenta durante la administración (art. 1.529 *in fine* LEC).

3.º— Por la adjudicación forzosa o en pago del bien embargado. Para ello es necesario que no haya postor alguno en la subasta pública celebrada a instancia del ejecutante. Al igual que en el caso anterior, de lo que se obtenga debe deducirse lo percibido a cuenta.

En el supuesto de quedar desierta esta segunda subasta, se plantea el dilema acerca de las posibles opciones que se le ofrecen al acreedor ejecutante. Distintas soluciones doctrinales surgen al respecto: algunos autores entienden que la única alternativa del ejecutante es la adjudicación del bien en pago, deduciéndose todo lo que hubiera percibido mientras duró la administración, y ello porque la Ley no prevé otra solución<sup>101</sup>; otros, en cambio, permiten la celebración de una tercera subasta sin sujeción a tipo<sup>102</sup>. A nuestro entender, obligar al ejecutante a adjudicarse el bien, en base a que nuestra LEC no recoge expresamente otra alternativa, no es un argumento definitivo pues, en todo caso, es posible realizar un razonamiento *a sensu contrario*, esto es, entender que la LEC al no prohibir dicha posibilidad, ésta existe y es válida. Ante esta laguna normativa forzosa, y posteriormente solicitada su enajenación en subasta pública no aparece ningún postor, posee de nuevo las opciones que la LEC otorga al ejecutante en los arts. 1.505 y 1.506 para el supuesto del fracaso de la segunda subasta, es decir, la posibilidad de solicitar la administración forzosa o la celebración de una tercera subasta sin sujeción a tipo<sup>103</sup>.

4.º— Por el pago, a instancia del ejecutado y en cualquier momento,

100. MANRESA Y NAVARRO, J.M.: «Comentarios...», T.V., *ob. cit.*, pág. 624. De no concurrir esta condición —sigue indicando el mencionado autor— el juez no puede permitir que el acreedor cese en la administración forzosa del bien embargado (*ob. cit.*, pág. 624).

101. En esta línea, vid. MANRESA Y NAVARRO, J.M.: «Comentarios...», T.V., *ob. cit.*, pág. 625; MONTERO AROCA, J. (en AAVV.): «Derecho Jurisdiccional», T. II, vol. II, 3.ª ed., *ob. cit.*, pág. 167; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A.: «Derecho Procesal Civil», T.III; *ob. cit.*, pág. 220; SOLCHAGA LOITEGUI, J.: «El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles», *ob. cit.*, pág. 179; o, DOMINGO BARBERA, F.: «Consideraciones prácticas acerca del procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil», en Revista Jurídica de Cataluña I/1985, pág. 82.

102. De este modo, vid. SAEZ JIMÉNEZ, J., y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, E.: «Compendio de Derecho Procesal Civil y Penal», T.III, vol. I, *ob. cit.*, pág. 1.020.

103. En el mismo sentido, vid. SAEZ JIMÉNEZ, J.; y LÓPEZ FERNÁNDEZ DE GAMBOA, E.: «Compendio...», *ob. cit.*, pág. 1.020.

del resto de la cantidad que adeude, según el último estado de cuentas presentado por el ejecutante. Ello supone el ejercicio de la facultad que el deudor posee, durante todo el proceso de ejecución, de poner fin a la actividad ejecutiva satisfaciendo al acreedor ejecutante. Para conocer lo que al ejecutado le resta de la «deuda» es necesario, en opinión de REYES MONTERREAL<sup>104</sup>, que con anterioridad se conozca el resultado de la cuenta general que debe rendir el ejecutante, por lo que el trámite procedimental que deberá seguirse, de acuerdo al art. 1.528 LEC, será el siguiente:

— solicitud del ejecutado de que se acredite el resto de la deuda que existe en ese momento, con ofrecimiento de su consignación tan pronto se conozca;

— requerimiento al ejecutante para que presente el estado de cuentas en el plazo de 15 días;

— requerimiento al ejecutado para que liquide el saldo existente;

y,  
— entrega al ejecutante de aquello que tenga derecho a percibir, con alzamiento de la administración y embargos que puedan existir sobre otros bienes.

Como hemos señalado anteriormente, el pago del ejecutado pone fin al proceso de ejecución. La administración forzosa cesa, sin perjuicio de que deba procederse a la aprobación y discusión de cuentas en virtud de lo prescrito en los arts. 1.523 a 1.526 LEC, reguladores del procedimiento que de ordinario debe seguirse para la aprobación de cualquier rendición de cuentas en la administración prevista en el procedimiento de apremio.

5.º— Por cualquier otro modo de extinción de las obligaciones (arts. 1.143.I y 1.156 CC). Así, por la renuncia o condonación del acreedor al cobro de la deuda (arts. 1.187 y ss. CC), la confusión de derechos (arts. 1.192 y ss. CC), o la compensación de deudas (arts. 1.195 y ss. CC); y,

6.º— Por último; la administración forzosa se suspende y/o extingue en el momento en que el deudor es sometido a un procedimiento concursal<sup>105</sup>, pues la administración de los bienes del deudor se encomienda a los interventores, si estamos en presencia de una suspensión de pagos<sup>106</sup>,

104. REYES MONTERREAL, J.M.: «El llamado juicio ejecutivo...», *ob. cit.*, págs. 232-233.

105. De igual modo, con referencia a Italia, vid. PROVINCIALI, Renzo: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile soggetto ad espropriazione», *ob. cit.*, págs. 245 a 247.

106. En este sentido, el art. 9.V de la Ley de 26 de julio de 1922, establece: «Desde que se tenga por solicitarla la suspensión de pagos todos los embargos y administraciones judiciales que pudiera haber constituidos sobre bienes no hipotecados o pig-

o a los síndicos si se trata de un concurso de acreedores o una quiebra<sup>107</sup>.

Para concluir, debemos destacar cómo algunos autores sostienen otro modo de extinción de la administración forzosa, a saber, por el transcurso de dos años desde su constitución. Para ello, proceden a la aplicación analógica del art. 133.I *ab initio* LH, según el cual: «La administración y posesión interina de las fincas, concedida al acreedor en virtud de esta o de cualquier otra Ley, no excederá, como norma general, de dos años»<sup>108-109</sup>. A nuestro entender, si bien es correcta la presente aplicación analógica de la normativa reguladora de la administración provisional o interina a la prevista en el art. 1.505 LEC, de ello no se desprende necesariamente la consecuencia de que al cabo de dos años deba extinguirse

norados, quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los Interventores, mientras ésta subsista, con arreglo a las normas que señale el Juzgado». Sobre este particular, NAVARRO VILARROCHA afirma: «Así, pues, si en virtud de trabas habidas en procesos extraños a la suspensión de pagos, ya sea merced a embargos preventivos, a embargos en juicios ejecutivos o embargos en ejecuciones de sentencias, o aun a administraciones judiciales, quedarán en suspenso las funciones de los depositarios, o administradores, y si bien las trabas continuarán, pasarán a los interventores las funciones y responsabilidades, según las facultades que el juez de la suspensión les haya dado» (NAVARRO VILARROCHA, P.: «Comentarios al artículo noveno de la Ley de Suspensión de Pagos», en Revista General del Derecho, n.º 351, diciembre 1973, pág. 1.138). De igual, se pronuncia SAGRERA TIZÓN, J.M.: «Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos», T. II, 2.ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1989, págs. 510 y ss. quien en defensa de su postura recoge diversas resoluciones de Audiencias.

107. Así, respecto al concurso de acreedores, vid. los arts. 1.173, 1.185 y 1.218 LEC y 1.914 CC. Con referencia a la quiebra, vid. los arts. 878, 1.073, 1.079, 1.081 y 1.084 del Código de Comercio, así como los arts. 1.218, 1.319 y 1.366 LEC. En doctrina, vid. MAJADA, A.: «Práctica Concursal», Edit. Bosch, Barcelona, 1985, págs. 72, 563 y 567; PRAT I RUBÍ, J.: «Intervención de la persona jurídica en el juicio de quiebra», Edit. Bosch, Barcelona, 1985, págs. 163 y ss.; RAMÍREZ, J.A.: «La quiebra», T.I, Edit. Bosch, Barcelona, 1959, págs. 473 y ss.; o, POLO, A. y BALLBE, M.: «La quiebra de Barcelona Tradition», Barcelona, 1951, págs. 53 y ss.

108. Así, MAJADA, apunta esta opinión, indicando: «Dada la amplitud de la precedente fórmula legal («cualquier otra ley»), y al ser la LH posterior a la LEC, el transcrito precepto de la LH ha de entenderse aplicable a la administración judicial regulada en los arts. 1.521 y demás concordantes LEC» (MAJADA, A.: «Práctica del juicio ejecutivo y de la oposición cambiaria», 2.ª ed., Edit. Bosch, Barcelona, 1982, pág. 541). De igual modo, vid. DOMINGO BARBERA, F.: «Consideraciones prácticas acerca del procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles regulado en la Ley de Enjuiciamiento Civil», *ob. cit.*, pág. 82.

109. En Italia, el CPC expresamente prevé este modo de extinción, estableciendo su art. 592: «L'amministrazione giudiziaria dell'immobile è disposta per un tempo non superiore a tre anni [...]». Este plazo no puede, en opinión de la doctrina, prorrogarse por más tiempo (en este sentido, SATTA, Salvatore: «Commentario al Codice di Procedura Civile», T. III, *ob. cit.*, pág. 411; y CARPI, Federico; COLESANTI, Vittorio; y TARUFFO, Michele: «Commentario breve al Codice di Procedura Civile», *ob. cit.*, pág. 761).

la administración forzosa. Si acudimos al tenor liberal del mencionado precepto, en él se indica «como norma general», lo que da pie a sostener que su duración puede exceder del plazo de dos años<sup>110</sup>. Y esta excepcionalidad de la norma general tiene especial significación en la administración forzosa pues, si merced a ella se está efectivamente satisfaciendo el interés del acreedor reconocido en la sentencia ejecutada, ¿Qué sentido tendría proceder a su extinción?, ¿Por qué extinguir la administración forzosa precisamente en el momento en que se está manifestando como instrumento útil y válido para la ejecución de la sentencia? En conclusión, entendemos que debe prevalecer la interpretación aquí sostenida del art. 133.I *ab initio* LH, pues es la que permite dar una mayor virtualidad al derecho a la tutela judicial efectiva del acreedor, que ve como mediante la administración forzosa se está, paulatinamente, resarcido de su crédito.

## VI. PROBLEMAS QUE PLANTEA Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

A lo largo de este estudio hemos apuntado los problemas que plantea la administración forzosa, y que han originado su inaplicación en el foro. Ello es debido, sin duda alguna, a la deficiente redacción normativa, pese a haber sido introducida por el legislador decimonónico con fundadas esperanzas en la LEC de 1881<sup>111</sup>.

Es innegable que la administración forzosa será siempre un medio de realización de bienes escasamente utilizado, una institución residual en la práctica cotidiana de los Tribunales, sobre todo cuando existen otros medios más eficaces para la satisfacción del crédito al acreedor, como sucede con la venta de los bienes en pública subasta. Partiendo de esta realidad, las posibilidades de funcionamiento de esta institución aumentarán en la medida en que sean eliminados aquellos obstáculos lega-

110. No podemos olvidar que el art. 133.I. LH está pensando en un tipo de administración caracterizada por su *provisionalidad o interinidad*, por lo que sí tiene sentido establecerse para ella una determinada duración. En esta línea, ROCA SASTRE destaca: «Lo que deja confuso es si dicho topó de dos años es una norma absoluta o bien una regla que cuenta con excepciones. Dado el modo de producirse tal precepto parece presuponer esto segundo, dejando al aire la determinación de cuáles sean estas excepciones» (ROCA SASTRE, R.M.: «Derecho Hipotecario», T.IV, 2.ª, 7.ª ed., *ob. cit.*, pág. 1.130). A nuestro entender, con la administración forzosa estamos ante una de estas excepciones.

111. Al respecto, TOMÉ PAULE, J.: «Entresijos y defectos del derecho de ejecución», *ob. cit.*, pág. 124.

les que provocan su ineficacia, y se potencien aquellos otros aspectos que permitan su utilidad práctica.

El único modo de superar la presunta inutilidad de la administración forzosa lo hallamos, como hemos indicado, en una modificación legislativa, cuya génesis no puede ser otra que un cambio de planteamiento respecto de lo que debe suponer esta administración. Así, para una futura y necesaria reforma de la LEC, con objeto de permitir una mayor virtualidad y eficacia a dicha institución, adecuándola a las existencias socio-económicas que la realidad demanda, nos aventuramos a formular, a modo de conclusiones, distintas propuestas de perfeccionamiento. En este sentido, tras analizar críticamente la administración forzosa, entendemos que debería reformarse atendiendo a las siguientes directrices:

— desaparición de su carácter subsidiario, es decir, la posibilidad de solicitarse debería ser alternativa a la celebración de la subasta, colocándose la administración forzosa en un plano de igualdad a la venta; e incluso debería permitirse acceder a esta administración durante toda la ejecución;

— ampliación de su elemento objetivo, esto es, debería permitirse acceder a la administración forzosa a todo bien o derecho susceptible de ser productivo, especialmente establecimientos mercantiles e industriales<sup>112</sup>;

— regulación detallada del elenco de derechos y obligaciones del ejecutante y del ejecutado, en el sentido apuntado al analizar este aspecto;

— posibilidad de permitir a terceros profesionales la gestión y administración de los bienes sometidos a administración forzosa;

— formulación por escrito de las condiciones en que el acreedor pretende llevar a cabo la administración, con traslado del mismo al deudor para que formule las objeciones que estime oportunas;

— atribución al órgano jurisdiccional de mayores poderes de dirección *ex officio*, con un doble objetivo: fijar las reglas de la administración en el supuesto de existir disconformidad entre ejecutante y ejecutado; y velar por el pleno respeto de los derechos y el efectivo cumplimiento de las obligaciones tanto del acreedor como del deudor;

— sustitución, para la resolución de las eventuales divergencias o discordias en el modo de practicarse la administración forzosa, del pro-

112. Si bien en la actualidad ello ya es posible de acuerdo a una lectura teleológica, sistemática y lógica de la normativa referente a la administración forzosa, entendemos necesario y conveniente que la ley especifique, con precisión y claridad, la posibilidad de someter a este medio de realización cualquier tipo de bien susceptible de ser productivo, con objeto de obviar interpretaciones legales equívocas o erróneas.

cedimiento de los incidentes, excesivamente dilatorio, por una comparecencia ante el juez ejecutor, con lo que se ganaría en simplicidad y rapidez; y,

— eliminación, para el supuesto de no haberse previsto la solución de un determinado problema, del criterio interpretativo de la costumbre del país, para acudir a otros parámetros, tales como la administración del bien en la forma que dé el rendimiento para el cual está destinado, o al criterio de la mayor productividad del bien, siempre bajo el oportuno control judicial.

**EL PROCESO DE CREACION  
DE UN TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA  
DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS:  
ETAPAS Y PRINCIPALES PROBLEMAS DEBATIDOS**

BEGOÑA VIDAL FERNÁNDEZ  
Profesor Ayudante  
Departamento de Derecho Procesal  
Valladolid

SUMARIO:

I. Introducción. — II. La Conferencia intergubernamental de Milán. El art. 168-A TCEE: Procedimiento de instauración del TPICE. — III. Creación del TPICE: Decisión 88/591 del Consejo de las CC.EE.; 1. Naturaleza del acto por el que se crea el TPI; 2. Justificación de su creación; 3. Estructura del acto adoptado por el Consejo de 24 de octubre de 1988: a) Propuesta de modificación del RPTJ; b) Decisión por la que se instituye un TPI; 4. Contenido de la Decisión. Materias objeto de especial debate: a) Cualificación personal exigida y número de miembros; b) Presencia de Abogados Generales; c) Reunión en sesión plenaria; d) Ambito competencial. Ampliación de las competencias transferidas al TPI, por Decisión del Consejo de 8 de junio de 1993.

I. INTRODUCCIÓN

La búsqueda de las razones profundas que han motivado el nacimiento de un TPI nos conduce al estudio de los primeros intentos de

creación de un órgano que auxiliase al TJCE en su trabajo, cuyo volumen había seguido una línea ascendente continuada<sup>1</sup>.

Al comenzar a desempeñar su actividad<sup>2</sup> el Tribunal tuvo que enfrentarse al problema opuesto: el de conseguir una «legitimidad» a ojos de los potenciales usuarios, lograr un prestigio y un sitio propios tanto en el seno de las Comunidades, frente a las otras instituciones, como entre los EE.MM. y sus ciudadanos. Y el único modo con el que se contaba para conseguirlo era a través de la consolidación de una doctrina jurisprudencial de calidad que demostrara tanto su autoridad como la utilidad de acudir a él. A esta tarea se dedicó el TJ a través de su jurisprudencia, sobre todo durante los primeros años de funcionamiento<sup>3</sup>.

Este objetivo fue alcanzado, y superado de tal modo que pronto comenzó a sufrir el TJCE los viejos problemas que aquejaban ya a los sistemas judiciales de los EE.MM.: la sobrecarga de trabajo, con todos los efectos negativos que, para una buena administración de justicia, conlleva tanto para las partes, que no siempre pueden permitirse esos retrasos

1. En prácticamente todos los estudios monográficos sobre el TPICE se hace referencia a sus antecedentes. Relaciono los siguientes a título orientativo: SAGGIO, A.: Organización y competencias del tribunal de primera instancia, Jornadas de Magistrados en Luxemburgo, días 14/16, octubre 1991; ORTUZAR ANDECHAGA, L.: «El tribunal de primera instancia», *Aplicación judicial del Derecho Comunitario*, Madrid 1992, p. 213 a 215; GARCÍA-VALDECASAS, R.: «El Tribunal de primera instancia» en *Jornadas: el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El tribunal de primera instancia*, Servicio central de publicaciones, Gobierno Vasco, 1990, p. 101; MANCINI, G. F.: «La reforma del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Rev. Jca. La Ley, «Comunidades Europeas»* supl. n.º 39, 31 octubre 1988, p. 1; RIDEAU, J.: «Questions d'actualité relatives au contrôle juridictionnel des Institutions Communautaires», A.E.A.P. Vol. 11, 1988, p. 592; BIANCARELLI, J.: «La création du tribunal de première instance des Communautés Européennes: un luxe ou une nécessité?», R.T.D.E., 1991, n.º 1.º, p. 2; SILVA DE LAPUERTA, R.: «El Acta única europea y el Tribunal de Justicia», NOTICIAS/CEE, 1989, n.º 51, p. 20; GALMOT, Y.: «Le tribunal de première instance des Communautés Européennes», RFDA, 1989, p. 270; VAN GINDERACHTER, E.: «Le tribunal de première instance des Communautés Européennes. Un nouveau-né prodige?», CDE, 1989, n.º 1-2, p. 65; VILABOY LOIS, L.: «El tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas: Aspectos orgánico y procedimental» en *Justicia* 91, p. 426 y ss.; PASTOR BORGONÓN, B.: «Informe sobre el Tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas», NOTICIAS/CEE, 1989, n.º 50, p. 49 y ss.; DUE, O.: «The Court of first instance» en *Y.E.L.*, 1988, p. 5; MIGLIAZZA, A.: «Il tribunale di primo grado delle Comunità Europee», Riv.Dir. Proc. 1992, n.º 1, p. 2; KENNEDY, T.: «The essential minimum: the establishment of the Court of First Instance», en *E.L.R.*, 1989, Vol. 14, p. 7.

2. En su forma actual de Tribunal único para las tres Comunidades, su entrada oficial en funcionamiento fue el 7 de octubre de 1958, según se recoge en la obra de VERPRAET, G. y LECERF, J.: *L'Europe Judiciaire*, Bruselas, 1970, p. 11.

3. Destaca esta preocupación inicial del TJ: TIZZANO, A., «La Corte di giustizia e l'Atto unico europeo», en *Il Foro Italiano*, 1988, Parte V, col. 77.

(piénsese en acciones que envuelvan importantes intereses financieros, particularmente en el mundo mercantil), como también para la unidad del ordenamiento jurídico comunitario (pues plazos excesivamente prolongados podían provocar el que los órganos jurisdiccionales nacionales no planteasen cuestiones al TJ para evitar el retraso que ello implicaría en la resolución del litigio), y, en definitiva, para la credibilidad del Derecho en general<sup>4</sup>.

4. Particularmente respecto de las partes en el proceso, esto puede ser entendido como una denegación de justicia, con la consiguiente vulneración de lo que PEDRAZ PEÑALVA, E. (op. cit., p. 143) denomina «derecho a la garantía de la justicia». Este autor califica este derecho, al que considera emanación lógica del «status civitatis», de derecho de naturaleza pública material; derecho nacido precisamente del deber del Estado de garantizar la Justicia, como consecuencia del monopolio que ostenta sobre la misma. Y este deber se manifiesta como el deber de los órganos jurisdiccionales de desarrollar una actividad (función jurisdiccional) consistente en garantizar la Justicia en la forma jurídicamente regulada (proceso). Se hace de este modo patente la íntima vinculación del deber estatal (de naturaleza jurídico-material) de garantizar la Justicia en relación al proceso y su ejecución, con la regulación constitucional de la Administración de Justicia en cuanto tal y del ámbito de libertad y derechos básicos individuales.

Con esta misma orientación, MONTERO AROCA, J., (Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso, ed. Tecnos, Madrid, 1976, p. 145 y ss.) entiende que como consecuencia de la prohibición de la autotutela, que está en la base de las sociedades civilizadas, nace la obligación del Estado de conceder la posibilidad de una defensa jurídica de los intereses tutelados por el ordenamiento jurídico material. Esta posibilidad constituye la acción o derecho de los ciudadanos a acudir a los órganos jurisdiccionales del Estado para interponer pretensiones o para oponerse a ellas.

Como tal derecho fundamental ha sido recogido en nuestra Constitución de 1978, cuyo art. 24.1 declara el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. Y así ha sido reiteradamente interpretado por nuestro Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia, abundante en esta materia, ha venido consagrando la inclusión de este derecho de acceso a la jurisdicción, como derecho constitucionalmente tutelado en el marco de dicho art. 24.1. El n.º 2 de dicho art. 24 consagra el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas o derecho a que «el proceso se desenvuelva en condiciones de normalidad dentro del tiempo requerido y en el que los intereses litigiosos puedan recibir pronta satisfacción» (STC 43/1985 de 22 de marzo).

Derecho Fundamental que ha sido definido como «derecho subjetivo constitucional, de carácter autónomo, aunque instrumental del derecho a la tutela judicial efectiva, ... que se dirige a los órganos del Poder Judicial ... creando en él la obligación de satisfacer dentro de un plazo razonable, las pretensiones y resistencias de las partes o de realizar sin demora la ejecución de las sentencias» (GIMENO SENDRA, V., «El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas», *Poder Judicial*, n.º espec. I, 1988).

El contenido de este artículo ha de entenderse integrado en el Derecho Comunitario originario en virtud del doble reconocimiento realizado en la Declaración común del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión sobre los Derechos Fundamentales, de 5 de abril de 1977 (DOCE n.º C 103, de 27 de abril de 1977): «EL PARLAMENTO EUROPEO, EL CONSEJO Y LA COMISION ... Considerando que, como ha reconocido el

Precisamente el prestigio del TJ se apoyaba sobre dos pilares fundamentales: la calidad de sus resoluciones (el litigante que acudía ante el TJ sabía que su asunto iba a ser cuidadosamente estudiado y que iba a obtener una solución perfectamente ajustada a Derecho, y —sobre todo como consecuencia de la adhesión de los países de la Common Law— extensamente motivada) y la celeridad con que resolvía.

Desde hacía prácticamente 20 años el TJ venía advirtiendo del peligro que corría la institución debido a las fisuras que podían advertirse de dichos pilares por dos causas principales: el incremento continuado del

---

Tribunal de Justicia, este Derecho comprende, además de las normas de los Tratados y del Derecho comunitario derivado, los principios generales del Derecho y en particular los derechos fundamentales, principios y derechos sobre los que se basa el derecho constitucional de los Estados miembros; ... Considerando, en particular, que todos los Estados miembros son partes contratantes de la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950 ... HAN ADOPTADO LA DECLARACION SIGUIENTE: ... 1. El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión subrayan la importancia primordial que atribuyen al respeto de los derechos fundamentales que resultan en particular de las constituciones de los Estados miembros, así como de la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales...».

Proclama asimismo este derecho el art. 6 de la citada Convención Europea: «1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley...».

Coincidimos con MONTERO en que la vulneración de este derecho fundamental puede ser debida a la presencia y actuación de dos peligros: la duración y la onerosidad de los procedimientos (op. cit., p. 165 y ss.). A nivel comunitario, en principio, no se plantea el segundo de éstos dado que, según se establece en los Reglamentos de Procedimiento de ambos órganos jurisdiccionales, la justicia es gratuita: art. 72 RPTJ, «El procedimiento ante el Tribunal será gratuito... (salvo determinados gastos cuyo pago se impone la parte que los haya provocado..., en general se trata de gastos que hubieran podido evitarse, o aquellos que el Secretario considere extraordinarios). Igualmente el art. 90 RPTPI, respecto del TPI. Por tanto queda solamente «la duración de los procedimientos» como supuesto de vulneración del derecho fundamental de acceso a la Justicia: pues como afirmaba COUTURE, «en el procedimiento el tiempo es algo más que oro: es justicia» (citado por MONTERO, op. cit., p. 165). Y ya hemos visto como precisamente ha sido el alargamiento de la duración de los procedimientos una de las razones de mayor peso.

Habla en el mismo sentido PAPPAS, S., de los retrasos en la justicia como un modo de denegación de justicia, admitiendo que «Si se quiere ser ecuánime, la Justicia ha de producirse en un plazo razonable, el factor tiempo se convierte en central. La dolorosa experiencia del retraso, vivida por las legislaciones nacionales, finalmente se ha reproducido a nivel comunitario... El retraso judicial acumulado ha pasado de 100 asuntos en 1970 a 527 en 1987»; Prefacio al libro editado por él: *Le tribunal de première instance des Communautés Européennes*, ed. IEAP, Maastricht, 1990. Y redundan en esta idea, entre otros: SCHERMERS, H.G.: «The European Court of first instance», en C.M.L.R., 1988, p. 558; MILLET, T.: «The new European Court of first instance», en I.C.L.Q., 1989, p. 812.

número de asuntos que entraban cada año, y junto a esta causa la complejidad creciente de los mismos<sup>5</sup>. De aquí se derivaba directamente una serie de consecuencias negativas que el TJCE había venido superando, con mayor o menor acierto, dentro de los límites que le habían impuesto los Tratados fundacionales; soluciones provisionales que le habían permitido simplemente continuar avanzando.

Este incremento en el volumen de trabajo se tradujo en un alargamiento de la duración media de los procesos ante el TJCE<sup>6</sup>, lo cual tenía repercusiones especialmente perjudiciales, por una parte, para la unidad del ordenamiento jurídico comunitario ya que las perspectivas de un aplazamiento de más de un año en la resolución de un proceso nacional, desanimaban al juez nacional a plantear una cuestión prejudicial ante el TJCE; y por otra parte para el respeto de las garantías procesales consagradas jurisprudencialmente, especialmente de determinadas categorías de justiciables<sup>7</sup>.

---

5. El número de asuntos presentado ante el TJ había pasado de 79 en 1970 (con 63 sentencias emitidas) a 373 en 1988. Los primeros datos sobre el número de asuntos pendientes podemos encontrarlos a partir de 1976 (106 asuntos), y a pesar de las medidas internas adoptadas por el Tribunal había ido en constante crecimiento hasta alcanzar los 605 asuntos pendientes en 1988. (Datos obtenidos del completo cuadro elaborado por Da Cruz Vilaça en su trabajo «A Court of First Instance...», op. cit., Y.E.L., 1990, p. 11.

Esta complejidad creciente la explica MANCINI a través de la enumeración de los siguientes factores: «el crecimiento continuo de la producción legislativa de Bruselas, el perfeccionamiento técnico de los abogados en todo el ámbito de la Comunidad, el dinamismo judicial y político del Parlamento elegido mediante sufragio universal, y el aumento de litigios en sectores que requieren un examen largo y difícil de las circunstancias de hecho (competencia, ayudas de Estado, antidumping y subvenciones)...», en «Reforma del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en Rev. Jca. La Ley, de 31 de octubre de 1988, Suplemento n.º 39, p. 1.

6. La duración media de los procedimientos había pasado de 8 meses y medio en los recursos directos en 1970, a 24 meses en 1988; y para las cuestiones prejudiciales de 5 meses y medio en 1970 a 17 meses y medio en 1988. (Fuente: vid. supra nota 12).

7. Ambos problemas han sido recogidos en el Preámbulo de la decisión del Consejo por la que se instituye el TPI, como las dos preocupaciones fundamentales a las que trata de hacer frente el nuevo órgano: preservar la unidad del ordenamiento jurídico comunitario, y junto a ésta la preocupación por hacer efectiva y real la expresión «una buena administración de Justicia». Decisión 88/591/CECA, CEE, EURATOM, de 24 de octubre de 1988 por la que se crea un Tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas, en adelante DTPI:

«Considerando que, para los recursos que requieran un examen profundo de hechos complejos, la creación de un doble grado de órganos jurisdiccionales puede mejorar la protección judicial de los justiciables;

Considerando que, a fin de mantener la calidad y eficacia de la protección judicial en el ordenamiento jurídico comunitario, debe permitirse al Tribunal de Justicia que con-

Los primeros pasos dados por el TJCE para transferir a otro órgano la competencia para conocer de los litigios entre las instituciones comunitarias y sus agentes (genéricamente denominados «staff cases» o asuntos de personal) datan de 1974, cuando comenzaba ya a notarse los efectos del incremento del volumen de trabajo del tribunal, aunque sin alcanzar todavía el grado de presión posterior. Ya entonces la delegación alemana en el Consejo propuso la creación de un órgano administrativo que conociera de los asuntos de personal<sup>8</sup>.

Sin embargo no fue éste el primero, sino el segundo de los intentos por reducir el número de asuntos en materia de personal que se presentaba al Tribunal. Con anterioridad a 1972 cualquier funcionario podía acudir directamente ante dicho órgano, sin necesidad de agotar previamente la vía administrativa ante la institución que le contrató. En 1972 un reglamento del Consejo<sup>9</sup> reformó los arts. 90 y 91 del RP en el sentido de exigir, a partir de entonces el agotamiento previo del procedimiento administrativo ante la institución que se consideraba infractora<sup>10</sup>. Pero los resultados obtenidos con este cambio fueron decepcionantes: en 1978, de los 15 asuntos resueltos en esta materia, solamente uno contenía una respuesta completa de la autoridad administrativa impugnada, dada dentro del límite de cuatro meses<sup>11</sup>.

En 1974<sup>12</sup>, el entonces presidente del TJCE, M. R. LECOURT, y

---

centre su actividad en su labor esencial, que es la de velar por una interpretación uniforme del Derecho comunitario...».

8. Vid. GARCÍA-VALDECASAS, R.: «El Tribunal de Primera Instancia», en Jornadas: El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. El Tribunal de Primera Instancia, Servicio Central de publicaciones del Gobierno Vasco, 1990, p. 102.

9. Reglamento del Consejo n.º 1.473/72, JOCE de 16 de julio de 1972, n.º 160/1.

10. El procedimiento administrativo establecido en dicho articulado, en síntesis consistía en lo siguiente:

Un funcionario comunitario podía presentar una queja ante su superior inmediato (en el caso de que aquélla fuera dirigida contra éste entonces la presentaría ante la autoridad jerárquicamente superior) si la autoridad denunciada incurría en alguno de los supuestos siguientes: que no hubiera adoptado una decisión, habiendo sido requerida para ello por el funcionario que inicia este procedimiento, o hubiera adoptado una decisión que le afectara negativamente, o hubiera dejado de adoptar una medida que le prescriba el RP. La autoridad designada tenía obligación de llevar a cabo una investigación completa de los hechos que fundamentaban la queja. Tras lo cual emitía una «decisión motivada» que había de ser notificada al funcionario dentro de los 4 meses siguientes a la introducción de la queja. Si dicha decisión era contraria a los intereses del demandante, o si no le había sido notificada dentro de los 4 meses establecidos, entonces dicho funcionario tenía la vía libre para acudir ante el TJ.

11. Select Committee on the European Communities, 17th Report: «Staff Administrative Tribunal», Session 1978-79.

12. KENNEDY, T.: «The essential minimum...», op. cit., espec., p. 9.

Lord Mackenzie Stuart se presentaron ante el Consejo con el fin de discutir el establecimiento de un Tribunal administrativo que conociera de los «staff cases». Esta propuesta, que se contenía en una carta del TJ enviada el 22 de julio de 1974, había sido expresamente formulada teniendo en cuenta los límites del TCEE, de modo que su realización no exigía ninguna modificación en dicho tratado, obviando así los problemas y retrasos que se hubieran seguido.

En el curso de un encuentro de los Ministros de Justicia de los EE.MM. celebrado el 26 de noviembre de 1974, el Consejo manifestó su acuerdo con la creación de un tribunal que conociera en primera instancia de los litigios entre las instituciones y sus agentes, y solicitó de la Comisión que elaborara una propuesta.

Conocidas las demandas del TJ, en esta misma reunión de 26 de noviembre el Consejo adoptó una Decisión capacitando al Tribunal para asignar, en supuestos concretos y dentro del marco de sus RP, determinadas clases de cuestiones prejudiciales a las Salas<sup>13</sup>.

La Comisión presentó su propuesta formal ante el Consejo el 4 de agosto de 1978<sup>14</sup>. Propuesta que nunca llegó a ser adoptada debido a dos

---

13. Decisión del Consejo, n.º 74/584/CEE, EURATOM, CECA, de 26 de noviembre de 1974, por la que se modifican los arts. 32 TCECA, 165 TCEE, y 137 TCEEA, publicado en el JOCE n.º L 318/22 de 28 de noviembre de 1974.

El párr. 3.º del art. 165 TCEE (y los correspondientes 32.3.º TCECA, y 137 TEURATOM), estaba redactado en los siguientes términos antes de esta reforma: «En cualquier caso, el Tribunal de Justicia se reunirá en sesión plenaria para pronunciarse sobre los asuntos promovidos por un Estado miembro o una institución de la Comunidad, así como sobre las cuestiones prejudiciales que le sean planteadas en virtud del art. 177».

Con la reforma se añadió una última frase: «... que le sean planteados en virtud del art. 177 en la medida en que el reglamento de procedimiento no atribuya competencia a las salas del Tribunal».

El art. 95.1.º RP actualmente permite al TJ remitir al conocimiento de las Salas cuestiones prejudiciales, «en la medida en que la importancia del asunto o circunstancias particulares no exijan que el Tribunal falle en sesión plenaria». (Modificado en 1979. La redacción originaria, de 4 de diciembre de 1974, JOCE n.º L/350, de 28 de diciembre de 1978, especificaba que esta posibilidad sólo era válida para aquellos asuntos de carácter esencialmente técnico o relativos a una materia respecto de la cual existiese ya una jurisprudencia sólidamente establecida).

14. Publicada J.O.C.E., n.º 225/6, del 22 de septiembre de 1978.

Esta propuesta formal de la Comisión fue objeto de examen por el Select Committee of the House of Lords en su Informe n.º 17, sesión 1978-79 («Staff Administrative Tribunal» Report).

El sistema propuesto exigía la creación de un tribunal administrativo. Dicho tribunal intentaría en primer lugar una conciliación. Fracasada ésta, el tribunal conocería en primera y última instancia de las cuestiones de hecho y en primera instancia de las cuestiones de Derecho. La propuesta presentaba una elaborada regulación sobre el nombramiento de los miembros del tribunal, estatuto de los mismos, regulaba también un recurso

circunstancias: por una parte la oposición de dos Estados miembros, Francia e Irlanda, que entendían que su aplicación haría necesaria una modificación del Tratado (a pesar de que aquella había sido redactada fundándola en el art. 179 TCEE); y por otra parte, debido a que en dicho año se produjo una importante reducción del número de asuntos de funcionarios, que había descendido de 100 asuntos en 1973 a tan sólo 22 en 1978<sup>15</sup>, introducidos ante el TJ.

En 1978, fecha de la presentación de la propuesta formal de la Comisión, ya se había hecho patente que el creciente número de funcionarios comunitarios, a los que había que añadir el personal contratado, y la multiplicación de los litigios entre éstos y la institución para la que trabajaban, habían convertido el contencioso de la función pública en uno de los más importantes, al menos atendiendo al volumen de estos recursos en relación con el volumen de trabajo total del TJ<sup>16</sup>. Además, —y con ello destaca ya VANDERSANDEN<sup>17</sup> los rasgos característicos de los problemas que estos litigios presentaban al TJ—, se trata de asuntos muy técnicos, que exigen una atención muy particular por parte tanto de los jueces del TJ como de los abogados generales, y frecuentemente también una meticulosa investigación de los hechos que han dado lugar a la causa. En este contexto se hacía deseable una solución que liberara al TJ de este contencioso sin que, sin embargo, quedara descargado de sus responsabilidades en la materia. Y la solución que se propuso fue la de crear un órgano jurisdiccional inferior para conocer de estos litigios, a la par que el TJ se reservaba el derecho de controlar la legalidad de la decisión de este primer juez.

Dos años antes, en 1976, el TJ había nombrado de entre sus miembros, un grupo de trabajo con el encargo concreto de llevar a cabo un estudio sobre los dos problemas principales que tenía que afrontar: la sobrecarga de trabajo, y los métodos de trabajo que utilizaba.

Un primer fruto de las labores de este grupo fue el Memorandum del TJ, de 21 de julio de 1978<sup>18</sup>, fecha en la que M. KUTSCHER, presi-

ante el TJ restringido a cuestiones de Derecho... Para una información más amplia sobre la propuesta se puede consultar el excelente estudio realizado por el Select Committee, Session 1978-79. 17rd Report: «Staff Administrative Tribunal».

15. GALMOT, Y.: «Le Tribunal de première instance des Communautés Européennes», en R.F.D.A., 1989, p. 568.

16. VANDERSANDEN, G.: «Considérations sur la proposition de créer un tribunal du contentieux du personnel», en Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration, Mélanges en l'honneur de L.J. CONSTANTINESCO, Ed. Carl Heymanns, p. 841.

17. VANDERSANDEN, G., op. cit. supra.

18. KENNEDY, T.: «The essential minimum...», op. cit., p. 10. Vid. también: GAL-

dente entonces del TJCE, dirigió una carta al presidente en aquel momento de la Comisión, M. R. JENKINS, exponiéndole las medidas que el Tribunal estimaba indispensables para su buen funcionamiento, teniendo en cuenta particularmente la vecina ampliación de la Comunidad con tres nuevos Estados miembros: Grecia, España y Portugal.

En este documento el TJ solicitó como medidas inmediatas aumentar el número de jueces de nueve a doce, y los Abogados Generales de cuatro a seis. Hizo también referencia, entonces, a la necesidad de aprovechar la oportunidad que la adhesión de nuevos EE.MM. ofrecía para revisar los Tratados en orden a transferir la competencia para conocer de determinados asuntos en materia de Derecho de la competencia y acciones por daños y perjuicios producidos por las instituciones comunitarias, a un tribunal de nueva creación: un «Tribunal de primera instancia», cuyas decisiones serían recurribles ante el TJ.

El 9 de octubre de 1978, los Ministros de Justicia de los EE.MM. reunidos en el seno del Consejo, y en una declaración en la que hacían referencia a su decisión del 26 de noviembre de 1974 así como a la ya vista propuesta presentada por la Comisión en agosto de este mismo año, volvieron a mostrar su conformidad con el establecimiento de un tribunal administrativo que «resolviera en primera instancia, tanto sobre los hechos como en Derecho, los litigios entre el personal y la autoridad con potestad de nombramiento, reservándose el TJ la competencia para resolver en última instancia las cuestiones de Derecho». Y, tomando en consideración el Memorandum de 1978, dicho Consejo encargó al Comité de Representantes Permanentes del inicio de las conversaciones, tan pronto como se conocieren los dictámenes del TJ, de la Asamblea y de la Asociación de funcionarios, urgiéndoles además a redactar un proyecto de reglamento dentro de los 9 meses siguientes, si ello fuera posible.

En dicha reunión, el Consejo, habiendo comprendido la situación de saturación que venía sufriendo desde hacía tiempo el Tribunal, instó a éste para que le presentara nuevas y más detalladas propuestas, y encargó de su estudio al COREPER, así como de la elaboración de una propuesta dentro de los 6 meses siguientes a la presentación de aquéllas.

En enero de 1979 el TJ presentó una nueva y más detallada propuesta, reiterando las peticiones anteriores del Memorandum de julio de 1978 y añadiendo una serie de reformas en el RP dirigidas a aumentar el

MOT, Y.: «Le Tribunal de première instance...», op. cit.; RIDEAU, J.: «Questions d'actualité relatives au contrôle juridictionnel des institutions communautaires» en AEAP, Vol. X, 1988.

número de jueces y de abogados generales, así como los supuestos en que el Tribunal pudiera asignar el conocimiento del asunto a una sala, salvo que una institución o algún E.M. expresamente solicitara que el caso fuera oído por el TJ en pleno. Junto a estas medidas inmediatas proponía nuevamente la conveniencia de crear, a largo plazo, un tribunal de primera instancia competente para conocer de determinadas categorías de acciones interpuestas por particulares, aparte de la propuesta ya hecha de establecer un tribunal administrativo para resolver los litigios entre las instituciones y sus funcionarios<sup>19</sup>.

El TJ presentó el dictamen requerido sobre dicha propuesta el 27 de septiembre de 1978. El Parlamento Europeo lo hizo posteriormente, el 25 de abril de 1979.

Recibidas ambas declaraciones por el Consejo, el grupo «ad hoc» (Cour de Justice), constituido por los funcionarios de los ministerios de Justicia de los Estados miembros encargado en el seno del Consejo de este informe, presentó el 9 de octubre de 1979 un Proyecto de Reglamento del Consejo que aportó modificaciones importantes a la propuesta de la Comisión de 4 de agosto de 1978 (aunque sin apartarse sustancialmente de los objetivos fijados por aquélla<sup>20</sup>), y asimismo requirió nuevamente del TJ mayores detalles en sus proposiciones.

Algunas de las peticiones formuladas por el Tribunal en aquel Memorandum llegaron a desplegar efectos traducidas en la una reforma del RP de 12 de septiembre de 1979<sup>21</sup>. De hecho se incrementó el número

19. Vid. el 23rd Report of the SELECT COMMITTEE ON THE EUROPEAN COMMUNITIES of the House of Lords, de 27 de noviembre de 1979, Session 1979-80: «European Court of Justice», donde se lleva a cabo un análisis sistemático de las dos propuestas del TJ.

20. Para un conocimiento del contenido y de los efectos de esta propuesta, vid. VANDERSANDEN, G.: «Considérations sur la proposition...», op. cit., p. 841 y ss., en el que hace un examen detallado de la misma.

21. JOCE n.º L 238, de 21 de septiembre de 1979, p. 1. «Considerando que el aumento considerable del número de asuntos que se presentan ante el TJ hace necesaria una adaptación de las normas de procedimiento...». A partir de esta reforma ya no existe un número de salas fijado con carácter previo, sino que el nuevo art. 9 RP dispone que «El TJ constituirá en su seno Salas, de acuerdo con las disposiciones de los arts.». En aplicación de esta posibilidad, y mediante Decisión de 9 de octubre de 1979 (JOCE n.º C 265 de 20 de octubre de 1979) el TJ creó 3 Salas de 3 jueces cada una. El número fue de nuevo elevado en 1983 a 5 Salas (por Decisión del TJ de 5 de octubre de 1983, JOCE n.º C 291 de 27 de octubre de 1983, que añadió 2 salas de 5 jueces a las 3 existentes). Últimamente, tras una Decisión de 19 de febrero de 1986 (J.O.C.E. n.º C 64, 1987) el TJ está compuesto por 6 Salas: 4 de tres jueces, y 2 de cinco jueces, con un sexto juez de reserva.

En realidad el aumento del número de jueces y de abogados generales queda muy

de jueces, así como el de Abogados Generales, y el Tribunal dispuso de una mayor autonomía a la hora de distribuir los asuntos entre la formación plenaria y las salas. En la práctica, la atribución del conocimiento de asuntos a las salas había aumentado hasta el punto de transformarse en excepcional la actuación plenaria, particularmente el Pleno del Tribunal compuesto por los 13 jueces (ya que solía reunirse en «formación plenaria restringida», bastando entonces nueve jueces)<sup>22</sup>.

Como ha sido destacado más arriba, no hubo problemas para aceptar aquellas medidas propuestas por el Tribunal concernientes al número de jueces, abogados, revisión de sus métodos de trabajo... En cambio se presentaron reservas a la creación de un tribunal de primera instancia competente para conocer de otros asuntos diferentes que los de personal, ya que ello requeriría una reforma de los Tratados.

## II. LA CONFERENCIA INTERGUBERNAMENTAL DE MILÁN<sup>23</sup>

En este proceso de toma de conciencia de que no bastaba un tribunal único para conocer en primera y última instancia de todas las categorías de asuntos, es posible distinguir dos etapas claramente diferenciadas. Una primera marcada por la idea de la creación de un «tribunal administrativo» (dentro del marco del art. 179 TCEE, sin exigir por tanto una revisión de los Tratados), y la segunda, cuyo comienzo podemos fijarlo precisamente en el 21 de julio de 1978, marcada por el interés por ampliar la competencia del tribunal de primera instancia a «otras categorías de asuntos», lo que evidentemente exigía una reforma de los Tratados<sup>24</sup>.

La realidad mostraba cómo, a pesar de la adopción de numerosas medidas internas, como la simplificación de la fase oral en aras de una mayor brevedad del procedimiento, o la acentuación de la tendencia a

lejos de las cifras solicitadas por el Memorandum de 1978, el cual teniendo en cuenta la cercana adhesión de nuevos EE.MM. concluía que a partir de 1984 debería de contar al menos con 17 jueces y la mitad de este número de abogados generales.

22. RIDEAU, J.: «Le Tribunal...», op. cit., p. 594.

23. Sobre los precedentes del AUE vid.: GONZÁLEZ RIVAS, J. J., «Reflexiones sobre el AUE: especial consideración en lo concerniente al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», NOTICIAS/CEE, 1989. Particularmente sobre el origen del AUE y las negociaciones que permitieron el desarrollo de la Conferencia de Milán, vid.: DE ZWAAAM J. W., «The single european act: conclusion of a unique document», CMLR, 1986, p. 747 y ss.

24. GALMOT, Y.: «Le tribunal de...», op. cit., p. 568.

desviar asuntos al conocimiento de las Salas, o la petición de una tercera plaza de Secretario a las autoridades presupuestarias, etc., era cada vez se hacía más patente que los esfuerzos que podía hacer el TJ por sí solo no bastaban para solucionar los problemas que le aquejaban y que ponían en tela de juicio su bien ganado prestigio y, con él, todo el sistema comunitario.

El TJ ya había utilizado todos los mecanismos que le ofrecían los Tratados y su RP (había propuesto la creación de un tribunal administrativo en el marco del art. 179 TCEE, aumentado sucesivamente el número de jueces y abogados generales, también había aumentado el número de asuntos cuyo conocimiento había desviado a las Salas).

Ahora el problema principal no era ya el volumen de asuntos de personal, estabilizado y con tendencia a disminuir ligeramente, sino el incremento del número de contenciosos en general, y en especial el contencioso de Derecho económico, particularmente complicado por su tecnicismo (Derecho de la competencia, ayudas de Estado, medidas antidumping, y antisubvenciones). Estos asuntos reclamaban del Tribunal la dedicación de una gran parte de su tiempo, de lo cual resultaba perjudicada la misión atribuida en el marco del art. 177 TCEE.

No bastaba pues, ya, un tribunal administrativo, era necesaria la creación de un auténtico tribunal de primera instancia competente para conocer de estas otras categorías de asuntos. Para la creación de tal órgano era ineludible una modificación de los Tratados ya que significaba una reforma fundamental en los aspectos institucionales y jurídico-procesales del sistema jurisdiccional comunitario<sup>25</sup>.

En el Consejo Europeo de Milán, de junio de 1985, se acordó la celebración de una Conferencia Intergubernamental para la reforma del TCEE con dos objetivos claros: una mejora en los procedimientos de adopción de decisiones y un aumento de la cooperación política. Se trataba, pues, de reforzar los poderes ejecutivos de la Comisión y aumentar los poderes del Parlamento Europeo, y junto a ello la intención de extender las políticas comunitarias a nuevos campos de acción. Es claro, pues, que los promotores de la Conferencia no tenían en absoluto interés en extender el proceso de revisión del TCEE al ámbito del TJ.

Sin embargo el TJ, tomando conciencia de que ésta era la única ocasión, aparte de la adhesión de nuevos EE.MM., para modificar los Tratados, no podía permitirse el lujo de perder esta oportunidad por su

25. YUNG, H.: «El tribunal de 1.ª instancia de las Comunidades Europeas: aspectos de la ampliación a dos órganos de la jurisdicción comunitaria», en R.I.E., 1989, p. 340.

inactividad. Esta es la razón por la que el TJ, ya finalizando la Conferencia, se aprestase a formular sus propuestas.

El 16 de octubre de 1985 el presidente del TJ, Lord Mackenzie Stuart, envió al ministro de Asuntos Exteriores del Gran Ducado de Luxemburgo y presidente entonces de la Comisión, M. Jacques Poos, una carta en la que le indicaba el vivo interés del TJ en la revisión del TCEE, ya que la misma también podría afectar al papel y jurisdicción del Tribunal, y en la que expresaba su decepción porque no hubiera solicitado, ningún E.M. y ni siquiera la Comisión, la inscripción en el orden del día de la adopción de medidas orientadas a mejorar el funcionamiento del Tribunal de Justicia. Concluía comunicándole que se ponía a disposición de la Conferencia para cualquier negociación relacionada con la futura organización del sistema legal comunitario.

M. Poos respondió favorablemente mediante una carta enviada el 30 de octubre en la que sugería que el TJ debería someter a la Conferencia, lo antes posible, sus propuestas específicas de reforma.

Recibida esta respuesta favorable, el TJ designó un grupo de trabajo compuesto por 5 de sus miembros encargado de precisar las ideas del Tribunal en dos propuestas concretas, referidas al establecimiento de un tribunal de primera instancia y a determinadas modificaciones en el RPTJ.

En tan sólo unos días el grupo de trabajo<sup>26</sup> redactó una propuesta de modificación del tratado previendo la posibilidad de crear un tribunal de primera instancia. Y sólo una semana después, Lord Mackenzie Stuart contestó la carta de M. Poos, expresando su preocupación por la situación del Tribunal y destacando que ésta había empeorado desde que el presidente KUTSCHER presentara su Memorandum en 1978<sup>27</sup>.

26. Del 17 de octubre al 5 de noviembre, fecha en que el Tribunal presentó su propuesta de modificación de los Tratados posibilitando la creación de un TPI (GALMOT, Y.: «Le tribunal de...», op. cit., p. 569).

27. TIZZANO describe lo que él entiende como el «contexto en el que se inscribe la revisión del Tratado», destacando una serie de necesidades a las que ésta ha de responder, necesidades surgidas al hilo del desarrollo del sistema jurisdiccional comunitario, por tanto derivadas de la práctica y no de análisis teóricos. Se trata de problemas ya destacados en el Memorandum de 1978 que ahora se planteaban agravados: necesidad de garantizar más sólidamente el respeto de los derechos fundamentales a nivel comunitario y con la intervención directa del TJ; mejorar la calidad de este sistema mediante la introducción progresiva del principio de doble instancia; reforzamiento del sistema introduciendo mecanismos más eficaces para garantizar el respeto de las sentencias del TJCE; equilibrar las posiciones de las instituciones comunitarias en el plano judicial en concordancia con la evolución experimentada en sus poderes (particularmente con relación a los poderes del Parlamento Europeo); la necesidad de extender —o al menos de autori-

El anexo de esta carta contenía el texto de los futuros nuevos artículos 168A y 188 TCEE, texto que también debería ser introducido en los correspondientes artículos de los Tratados CECA y CEEA (dado que el Tribunal era único para las tres Comunidades, la aprobación de las propuestas del TJ conllevaba la modificación de los tres Tratados y de los tres Protocolos con el Estatuto del TJCE). Fue entonces cuando se hizo visible un problema no percibido anteriormente, cual era el ámbito limitado de la revisión. Al organizarse la Conferencia Intergubernamental su objeto era exclusivamente el TCEE a través del mecanismo de revisión del art. 236 TCEE, pero la unidad del órgano jurisdiccional para las tres Comunidades exigía la modificación simultánea de los tres Tratados en esta materia. Gracias a la enérgica actuación de la Presidencia luxemburguesa se pusieron en marcha también los procedimientos de revisión de los arts. 96 TCECA y 204 TCEEA, quedando de este modo solventado aquel obstáculo.

Este documento, que delimitaba el alcance de los temas sobre los que habían de orientarse los trabajos de la Conferencia en esta materia, fue presentado ese mismo año a los Presidentes de la Comisión, del Consejo y del PE<sup>28</sup>. Para algunos autores el resultado final de estos trabajos fue decepcionante, pues en este documento el TJ se limitó a plantear peticiones encaminadas a reducir el volumen de trabajo que pesaba sobre los Jueces y los Abogados Generales, a través de propuestas claramente insuficientes para resolver los problemas estructurales del Tribunal. Se trataba de una iniciativa encaminada a obtener lo que el propio documento reconocía como un «mínimo indispensable»<sup>29</sup>.

zar la extensión— de la competencia del TJCE a nuevos campos, en particular a los Convenios realizados entre los EE.MM. relacionados con la actividad comunitaria; y, finalmente, solucionar el problema del trabajo creciente del Tribunal que amenazaba seriamente con colapsarlo (TIZZANO, A.: «La Cour de Justice et l'Acte unique européen», en *Du Droit International au*, op. cit., p. 699).

Vid. asimismo MANCINI: («La reforma del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», en *Rev. Jca. La Ley*, Suplemento n.º 39 de 31 de octubre de 1988).

28. Propuesta informal del TJ de 26 de noviembre de 1986. Este documento fue el objeto de un análisis minucioso y de un completo informe del Select Committee of the House of Lords, 5th Report, Session 1987-88.

29. A primera vista resulta sorprendente que el TJ, que durante tanto tiempo ha venido manifestando la necesidad de reformas estructurales en el sistema jurisdiccional comunitario, se conforme con tan poco. TIZZANO alude, para explicarlo, a una sabia prudencia de dicho órgano —el cual probablemente ya había previsto que la Conferencia no iba a desembocar en resultados revolucionarios—, además de la conciencia de que la atención y los intereses de los participantes se centraban en otros problemas. Tenía, pues, el Tribunal que una petición más ambiciosa pudiera provocar reacciones contrarias

*El artículo 168-A TCEE (32.5 TCECA y 140A TCEEA): Procedimiento de instauración del TPICE*<sup>30</sup>

El A.U.E., firmada en Luxemburgo el 17 de febrero de 1986, no entró en vigor hasta el 1 de julio de 1987<sup>31</sup>. En el párrafo 6.º de su

y exigir negociaciones tan complejas que condenaran al fracaso cualquier tentativa de revisión. Entiende TIZZANO que fueron estas consideraciones, avaladas por desafortunadas experiencias anteriores, las que condujeron al TJ a atenerse a un programa mínimo (TIZZANO: «La Cour de Justice...», op. cit., p. 702).

MANCINI, G. F. en «La reforma del Tribunal...», op. cit., p. 2, se pregunta asimismo el por qué de un planteamiento tan prudente por parte del Tribunal. El Tribunal al presentar este documento ignoró las más «políticas» de las finalidades perseguidas (por ejemplo, las relativas a la tutela de los derechos fundamentales, a la legitimación activa y pasiva del PE...), que por otra parte ya había hecho suyas el Proyecto Spinelli y, en parte, el informe del Comité Dooge. Y concluye, junto con TIZZANO, que «más que prudencia hubo sagacidad: Sabido es a qué paso va la construcción de la Comunidad y no tiene sentido pedir a los Jueces que lo fuercen saliéndose del terreno que les es propio». TIZZANO describe ampliamente estas finalidades a que hace alusión Mancini, en su trabajo «La Corte di Giustizia e l'atto unico europeo», en *Il Foro Italiano*, 1988, parte V-3. Estas están recogidas supra, nota 27.

30. Dado que el contenido de las tres disposiciones es idéntico, vamos a transcribir únicamente el del art. 168A (introducido en el TCEE por el A.U.E.): «1. A instancia del TJ y previa consulta a la Comisión y al PE, el Consejo, por unanimidad, podrá agregar al TJ un órgano jurisdiccional encargado de conocer en primera instancia, sin perjuicio de un recurso ante el TJ limitado a las cuestiones de derecho y en las condiciones establecidas por el Estatuto, de determinadas categorías de recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas. Este órgano jurisdiccional no tendrá competencia para conocer ni de los asuntos promovidos por los Estados miembros o por las instituciones comunitarias ni de las cuestiones prejudiciales planteadas en virtud del art. 177.

2. El Consejo, de acuerdo con el procedimiento previsto en el apdo. 1, establecerá la composición de dicho órgano jurisdiccional y aprobará las adaptaciones y las disposiciones complementarias del Estatuto del TJ que sean precisas. Salvo decisión en contrario del Consejo, las disposiciones del presente Tratado relativas al TJ, y en particular las disposiciones del Protocolo sobre el Estatuto del TJ, serán aplicables a dicho órgano jurisdiccional.

3. Los miembros de este órgano jurisdiccional serán elegidos entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de funciones jurisdiccionales; serán designadas de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados Miembros por un período de 6 años. Cada 3 años tendrá lugar una renovación parcial. Los miembros salientes podrán ser nuevamente designados.

4. Este órgano jurisdiccional establecerá su RP de acuerdo con el TJ. Dicho reglamento requerirá la aprobación unánime del Consejo».

31. Ello se debió a los problemas internos que su ratificación provocó en Irlanda, hasta que fue aceptada la Declaración del Gobierno de Irlanda de que las disposiciones del Título III (Disposiciones sobre la cooperación europea en materia de política exterior) no afectaban a la política irlandesa de neutralidad militar.

Para BOIXAREU CARRERAS el A.U.E. no fue más que el fruto de un compromiso entre dos grupos de países: el BENELUX e Italia por una parte, para los cuales ésta no respondía a las expectativas que había creado; y Reino Unido, Grecia y Dinamarca (que

Preámbulo, los redactores mostraron su voluntad de plasmar su determinación de mejorar la situación económica y social y —lo que nos interesa más en este momento—, de «asegurar un mejor funcionamiento de las Comunidades, permitiendo a las instituciones el ejercicio de sus competencias en las condiciones más conformes al interés comunitario».

Se trataba, en definitiva, de conseguir que las instituciones comunitarias fueran más democráticas y más eficaces. Así, el A.U.E. introdujo un n.º 2.º al art. 149 conteniendo un «procedimiento de cooperación con el P.E.», como medio de paliar el déficit democrático. Para hacer realidad el segundo objetivo se abrió la posibilidad de crear un TPI que descargara de trabajo al TJ, lo que redundaría inmediatamente en una mejora de la protección jurisdiccional en la Comunidad, a través del mecanismo establecido en el nuevo art. 168A incluido en el TCEE (y los correlativos en los TCECA y TCEEA)<sup>32</sup>.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA, el criterio general que se confiesa en este párrafo del Preámbulo es que la calidad y la eficacia de la protección judicial en el ordenamiento comunitario se imponga de modo que permita al TJ concentrar su actividad en su labor esencial: esto es, velar por una interpretación uniforme del Derecho comunitario<sup>33</sup>.

Efectivamente, con la aprobación del contenido del art. 168-A TCEE (y correlativos) se inicia una reforma fundamental en los aspectos institucionales y jurídico-procesales del sistema jurisdiccional de la Co-

---

consideraban preciso resolver primero los problemas planteados con la adhesión de España y Portugal, según nos informa Pescatore) por otra, para quienes representaba el paso máximo permitible en el estado de integración en que se encontraba la Comunidad (BOIXAREU CARRERAS, A.: «Un año de aplicación del Acta Unica Europea», en GJ de la CEE, D-10, 1988, p. 317).

También hace una crítica muy negativa de este documento PESCATORE, en «Some critical remarks on the 'Single European Act'», en C.M.L.R., 1987, p. 9 y ss. Para Pescatore el primer gran error diplomático se produjo en Milán cuando se votó la conveniencia de revisar o no los Tratados (error ya que la revisión sólo puede llevarse a efecto por mutuo consentimiento, no es susceptible de negociación). La consecuencia de este punto de partida fue que los Estados que deseaban tal revisión tuvieron que pagar un alto precio a los que se oponían. De hecho, destaca este autor, el que precisamente fueran éstos últimos los más apresurados a la hora de ratificar el A.U.E. parece demostrar que se consideraban ampliamente satisfechos con las concesiones obtenidas a cambio de su aprobación del Acta.

32. Para simplificar utilizaremos siempre el art. 168-A TCEE, bien entendido que, salvo excepción expresa, lo dicho valdrá para los tres Tratados, dado que el contenido es idéntico y los órganos implicados son los mismos.

33. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La reordenación del sistema jurisdiccional comunitario: la creación el Tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas», en NOTICIAS/CDEE, n.º 50, 1989, p. 46.

munidad<sup>34</sup>. Ahora bien, aun constituyendo este artículo la primera etapa concreta en el proceso de creación de un TPI<sup>35</sup>, no instituye «per se» un nuevo órgano judicial sino que se limita a habilitar al Consejo para que adopte las disposiciones necesarias para agregar al TJ un órgano jurisdiccional encargado de conocer en primera instancia de determinadas categorías de recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas, a petición del propio TJ y previa consulta al PE y a la Comisión<sup>36</sup>.

Ha sido destacado por numerosos autores el hecho de que sea éste el único supuesto en que la iniciativa legislativa está reservada al TJ y no a la Comisión<sup>37</sup>.

Tras la adopción del A.U.E. aquel grupo de trabajo designado por el TJ continuó sus tareas, durante un año y medio todavía redactando el proyecto de la petición de creación de un TPI, que finalmente fue enviado al Consejo, el 29 de septiembre de 1987.

Pero hasta llegar a este momento el camino recorrido desde la presentación de las propuestas a la Conferencia Intergubernamental fue todavía largo<sup>38</sup>.

En conformidad con el art. 168A TCEE, el procedimiento a seguir constaba en síntesis de las siguientes fases:

- a) Propuesta del TJ dirigida al Consejo,
- b) Consulta a la Comisión y dictamen del PE,
- c) Decisión del Consejo (adoptada por unanimidad).

---

34. YUNG, H.: «El Tribunal de primera instancia de las Comunidades Europeas: aspectos de la ampliación...» en R.I.E., 1989, p. 340.

35. CHRISTIANOS, V.: «Le TPI et la nouvelle organization judiciaire des Communautés Européennes», en Le Tribunal de première instance... Ed. IEAP, Maastricht 1990, p. 18.

36. Señala DA CRUZ VILAÇA, J. L., que la premura de tiempo con que hubo de acometerse esta tarea no permitió otra solución mejor (en: «The Court of first instance of the European Communities: a significant step towards the consolidation of the European Community as a Community governed by the rule of law», Y.E.L., 1990, p. 8).

37. ORTUZAR ANDECHAGA, L.: «El TPI» en Aplicación judicial del Derecho Comunitario, Ed. Trivium, 1992, p. 217. Destacan asimismo esta originalidad en el sistema legal comunitario en que la iniciativa legislativa corresponde, excepcionalmente al TJ: TIZZANO, A.: «La Cour de Justice...», op. cit., p. 707; SILVA DE LAPUERTA, R.: «El A.U.E. y el TJ», en NOTICIAS/CEE, n.º 51, 1989, p. 21, entre otros.

38. Un estudio pormenorizado de las diferentes etapas que precedieron a la Decisión 88/591 se puede encontrar en VAN GINDERACHTER, E.: «Le TPI des Communautés Européennes. Un nouveau-né prodige?», en C.D.E., 1989, particularmente p. 66 a 68. También DA CRUZ VILAÇA, J. L.: «The Court of first instance...» op. cit., especialmente p. 7 a 9.

a) Propuesta del TJ dirigida al Consejo<sup>39</sup>

Con la vista puesta en el contenido del art. 168-A TCEE, el Tribunal designó dentro de la propia institución un grupo encargado de la elaboración de una serie de propuestas que deberían ser sometidas al Consejo.

El primer documento de trabajo fue el presentado al Consejo el 26 de noviembre de 1986, como hemos mencionado anteriormente<sup>40</sup> (por tanto con anterioridad a la entrada en vigor del A.U.E.) con el objetivo de conocer las primeras observaciones del Consejo de manera que, una vez en vigor el A.U.E., el TJ pudiera presentar su propuesta definitiva.

El Comité de representantes permanentes decidió encargar el examen de este proyecto a un grupo «ad hoc» («Cour de Justice»), integrado por representantes de los Ministerios de Justicia de los EE.MM., de la Comisión y del propio TJ<sup>41</sup>. Los principales puntos de discusión fueron los siguientes: la amplitud de la jurisdicción del nuevo tribunal, el número de jueces que lo integrarían, la presencia o no de Abogados Generales, y si el tribunal se reuniría o no en formación plenaria. Terminado el examen se logró alcanzar un acuerdo general salvo respecto de dos cuestiones de carácter político: el número de jueces del nuevo órgano así

39. Para un conocimiento más extenso del contenido de la propuesta del TJCE presentada al Consejo, vid. JACOBS, F. G.: «Proposals for reform in the organisation and procedure of the Court of the European Communities: with special reference to the proposed Court of First Instance», en *Du Droit international...*, op. cit., p. 287 y ss.; SCHERMERS, H. G.: «The European Court of First Instance» en *C.M.L.R.*, 1988, p. 541 y ss.; 5TH REPORT OF THE SELECT COMMITTEE OF THE HOUSE OF LORDS, Sesión 1987-88: «A European Court of First Instance», particularmente p. 10 y 11.

40. Vid. supra nota 28.

41. La formación de este grupo mixto tenía como objeto lograr un texto «lo más perfecto sobre el que existiese acuerdo por parte de todos los Estados miembros y que pudiese ser aprobado por el Consejo una vez que la Comisión y el Parlamento hubiesen formulado sus dictámenes» (SILVA DE LAPUERTA, R.: «El A.U.E. y el TJ» op. cit., espec. p. 21).

En cambio no se contó con el Parlamento a la hora de lograr un consenso. La queja del PE ha quedado recogida en la EM del informe de la «Comisión de asuntos jurídicos y de derechos de los ciudadanos» del PE (o informe «VAYSSADE», pues fue ponente la Sra. Vayssade), a la cual se encomendó el estudio de las propuestas del TJ, la petición que había realizado el PE, de formar parte de este grupo de trabajo, petición que fue denegada por el Consejo: «El TJ, anticipándose a la aplicación del A.U.E., había preparado un documento provisional que había transmitido al Consejo, a la Comisión y al PE, con el fin de recoger sugerencias y observaciones. Ante este método de trabajo nada habitual, la Comisión de asuntos jurídicos había decidido no tomar ninguna decisión que pudiera prejuzgar el dictamen oficial del PE. Pero había perdido que se invitara al PE al grupo de trabajo del Consejo que examinaba este texto oficioso. Aunque el Parlamento se halle a este respecto en la misma situación institucional que la Comisión, el Consejo no ha considerado que se debiera dar curso a esta solicitud» (Doc. A 2-107/88, p. 17).

como la presencia o no de Abogados Generales, y, en segundo lugar, la amplitud de las competencias a transferir a dicho órgano. Ambas cuestiones fueron enviadas al COREPER para su resolución<sup>42</sup>.

Ya en vigor el A.U.E., habiendo preparado su propuesta definitiva a partir de las observaciones del grupo «ad hoc» y del COREPER, el TJ transmitió al Consejo una petición formal de establecimiento de un TPI, el 29 de septiembre de 1987<sup>43</sup>, petición que envió acompañada de una propuesta de Decisión del Consejo y de propuestas concretas de modificación de determinadas normas del RP<sup>44</sup>.

De acuerdo con el trámite procedimental establecido en el A.U.E., el Consejo solicitó oficialmente la opinión de la Comisión y el Parlamento el 10 de noviembre de 1987.

## b) Consulta al Parlamento Europeo y a la Comisión

## \* INFORME DEL PARLAMENTO EUROPEO (INFORME VAYSSADE)

El 14 de diciembre de 1987 el PE remitió el proyecto de Decisión, para un examen en profundidad, a la Comisión de Asuntos Jurídicos y de Derechos de los Ciudadanos, y se designó a la Sra. Vayssade como ponente de la misma. Y el 31 de mayo de 1988 esta Comisión decidió por unanimidad la aprobación, con una serie de enmiendas, de las propuestas del TJ.

42. El grupo de trabajo «ad hoc» del Consejo (Cour de Justice) finalizó su labor el 10 de mayo de 1988. Dichas dos cuestiones fueron nuevamente debatidas en el seno del COREPER el 20 de julio, y finalmente resueltas por el Consejo de Asuntos Generales, llegándose al acuerdo unánime requerido para la creación del TPI, en la sesión de 25 de julio de 1988.

43. Critica SCHERMERS la falta de entusiasmo del Consejo para responder a la propuesta del Tribunal de crear otro nuevo. «Aparentemente los asesores civiles del Consejo están menos convencidos de la urgencia del tribunal que los juristas del TJ», y al preguntarse el por qué de esta reticencia encuentra la respuesta en algunas críticas formuladas por los representantes de los Gobiernos que consideraban al TJ demasiado «supranacional», entendiéndolo que un reforzamiento en esta posición iría en contra de los intereses de sus Gobiernos. Schermers critica este punto de vista de los representantes de algunos Estados miembros por su pequeñez, ya que todos los EE.MM. tienen un interés evidente en la aplicación uniforme del Derecho comunitario, además muchas de sus industrias se ven perjudicadas por la sobrecarga de trabajo del TJ («The European Court of First Instance», en *C.M.L.R.*, 1988, p. 542).

44. Diferencia KENNEDY («The essential minimum...», op. cit., p. 16) que de hecho se trataba de dos propuestas: una propuesta para el establecimiento de un tribunal de primera instancia, y una propuesta provisional de modificación del Reglamento de Procedimiento del TJ.

A principios del año 1988, el 18 de enero, el Parlamento había remitido este proyecto a la Comisión de Asuntos Económicos y Monetarios y de Política Industrial, para que emitiera una opinión<sup>45</sup>. En las conclusiones del informe se recogía el apoyo de esta Comisión a las propuestas, considerando que la creación de un TPI permitiría examinar con mayor detalle las complejas situaciones de hecho, ofreciendo así mayores garantías y procedimientos más justos que los actuales.

Esta opinión favorable al proyecto presentado por el TJ recogida en el Informe Vayssade, fue aprobada por el Parlamento en sesión plenaria el 17 de junio de 1988.

\* CONSULTA A LA COMISIÓN

Poco tiempo antes, el 18 de mayo de 1988, la Comisión había publicado un documento preparatorio<sup>46</sup>, conteniendo su postura provisional. La opinión final fue adoptada el 20 de julio de 1988<sup>47</sup> —por tanto una vez conocida la postura definitiva del PE—, dando su aprobación aunque con numerosas reservas.

c) Decisión del Consejo (adoptada por unanimidad)

El Consejo de «asuntos generales» alcanzó un acuerdo sobre todos los puntos controvertidos el 25 de julio de 1988, y con el objeto de que

45. Vid. Informe VAYSSADE, p. 26 y ss. En el informe de esta Comisión, cuyo ponente fue el Sr. BEAZLEY, se recordaba como la misma había afirmado durante mucho tiempo la necesidad de crear un TPI dependiente del TJ, para que entendiera de los asuntos de política de competencia. La duración media de los procesos ante el TJ había aumentado considerablemente en los últimos años, debido principalmente a la acumulación de asuntos ante el Tribunal, entre los cuales los relativos a política de competencia representaban una parte importante.

Junto a ésta había otra razón, para la Comisión más importante, que era la de conseguir que los procesos de política de competencia fueran más equitativos (ya que se trata de asuntos que implican a menudo una cuidadosa investigación de los hechos que dieron lugar al litigio, e igualmente una interpretación de normas complejas. Y se había hecho evidente que el TJ no contaba ni con el tiempo ni con los medios necesarios para realizar dicha investigación).

46. «Preliminary Guidelines adpted by the Commission for the preparation of an opinion on the proposal by the Court of Justice for a Council Decision establishing a Court of First Instance and amending the Statutes of the Court of Justice», Documento SEC (88) 366 final, de 18 de mayo de 1988.

Para conocer la postura de la Comisión en esta propuesta vid. KENNEDY, T.: «The essential...», op. cit., p. 20. Postura provisional que se vio confirmada en la Posición final adoptada en julio de 1988.

47. Documento SEC (88) 1.121 final, de 20 de julio.

preparase la redacción definitiva, se remitió el dossier de nuevo al grupo «ad hoc» —Cour de Justice— creado en el seno del Consejo, el cual presentó el resultado de su trabajo el 27 de septiembre del mismo año. Finalmente la Decisión instituyendo un TPI fue aprobada por unanimidad en el Consejo el 24 de octubre de 1988<sup>48</sup>, es decir algo más tarde de un año desde que el TJ presentara su petición y propuesta definitiva ante el Consejo, y después de más de 10 años desde las primeras iniciativas del TJ en pos de la creación de tal órgano jurisdiccional, «culminando así una aspiración profunda en el plano institucional»<sup>49</sup>.

Adoptada la Decisión, el cumplimiento de las formalidades esenciales para la constitución y establecimiento fáctico del tribunal y su puesta en funcionamiento, constituían el paso siguiente.

En diciembre de 1988 se adoptó el Reglamento del Consejo n.º 4.045/88 de 19 de diciembre sobre los emolumentos del Presidente, los miembros y el Secretario del TPI, se adoptó asimismo un presupuesto suplementario para los últimos 4 meses de 1989<sup>50</sup>, para hacer frente a las necesidades de la puesta en marcha del tribunal.

El 18 de julio de 1989 ya habían sido nombrados los miembros y el presidente, por los gobiernos de los 12 EE.MM.<sup>51</sup>. En septiembre tomaron posesión y prestaron juramento<sup>52</sup>. El 10 de octubre fue nombrado Secretario del tribunal H. JUNG, que había participado activamente en los

48. «Decisión del Consejo (88/591/CECA, CEE, Euratom), de 24 de octubre de 1988, por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», DOCE n.º C 215/1, de 21 de agosto de 1989.

49. VANDERSANDEN, G.: «Un nacimiento deseado...», op. cit., p. 12.

50. Esta necesidad ya había sido prevista por el PE. En las conclusiones del Informe Vayssade se hace referencia a ello: «Finalmente hay que destacar que la creación del TPI entraña consecuencias financieras que habrá que tener en cuenta. Por otra parte hay que recordar que el PE ha incluido un p.m. en el presupuesto».

51. De acuerdo con lo establecido en el art. 168A.3.º, el Consejo adoptó la siguiente: «Decisión de los representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros de las Comunidades Europeas», de 18 de julio de 1989, por la que se nombran los miembros del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas (89/452/CEE, Euratom, CECA), DOCE n.º 1, 220/76, de 29 de julio de 1989.

Fueron nombrados como primeros miembros: P. M. Barrington, J. Biancarelli, C. P. Briët, D. A. Ogilvy, R. García-Valdecasas, C. G. Geraris, H. Kirschner, K. Lenaerts, A. Saggio, R. Schintgen, B. Vesterdorf, J. L. da Cruz Vilaça.

En la misma reunión fue nombrado Presidente del tribunal: José Luis da Cruz Vilaça (Decisión 89/453/CEE, Euratom, CECA, de 18 de julio de 1989, DOCE n.º L 220/77, de 29.7.89).

52. Art. 4.1.º RTPI: «Antes de su entrada en funciones, los jueces prestarán, ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el siguiente juramento:

Juro ejercer mis funciones en conciencia y con toda imparcialidad; juro que guardaré el secreto de las deliberaciones».

trabajos preparatorios y en las negociaciones para el establecimiento del TPI. El 11 de octubre el Presidente del nuevo tribunal declaró legalmente constituido el TPI de las CC.EE.<sup>53</sup>. Y el día 1 de noviembre de 1989 comenzó a ejercer oficialmente sus funciones, ya que la Declaración del Presidente del TJ constatando que el TPI se hallaba debidamente constituido, de conformidad con lo establecido en el art. 13 de la Decisión 88/591 (DTPI)<sup>54</sup>, fue publicada en el DOCE n.º L 317/48, de 31 de octubre de 1989.

### III. CREACIÓN DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS: DECISIÓN 88/591 DEL CONSEJO DE LAS CCEE

#### 1. *Naturaleza del acto por el que el Consejo crea el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas*

El TPI ha sido instituido mediante «Decisión» del Consejo de las CCEE, adoptada por unanimidad el 24 de octubre de 1988. De acuerdo con el art. 189 TCEE la decisión es un acto de una institución comunitaria obligatorio en todos sus elementos para todos sus destinatarios<sup>55</sup>. Sin

53. Decisión del Presidente del TJ, de 11 de octubre de 1989: «Considerando que los miembros del TPI nombrados de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados Miembros han prestado juramento ante el Tribunal de Justicia: Considerando que el TPI está en condiciones de ejercer las funciones jurisdiccionales que le han sido confiadas, DECLARA: Queda legalmente constituido el TPI de las CC.EE. (...) El art. 3 de la Decisión del Consejo, de 24 de octubre de 1988, por la que se crea un TPI de las CC.EE., entrará en vigor el día de la publicación de la presente Decisión en el DOCE».

54. Art. 13 DTPI: «La presente Decisión entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el DOCE, con excepción del art. 3 que entrará en vigor el día de la publicación en dicho Diario Oficial de la declaración por el Presidente del TJ que el TPI se halla debidamente constituido».

El art. 3 DTPI delimita de modo explícito el ámbito competencial del nuevo órgano jurisdiccional.

55. Igualmente en el ámbito CECA: art. 14 TCECA: «Para el cumplimiento de la misión a ella confiada, la Alta Autoridad tomará decisiones... Las decisiones serán obligatorias en todos sus elementos...». Sin embargo, con relación al alcance del acto, hay que distinguir según se trate de una decisión general, que tiene un alcance general, como el reglamento CEE (es decir que no va dirigido a unos destinatarios limitados, designados e identificables, sino a categorías consideradas abstractamente y en su conjunto, STJCE as. 19-22/62), o de una decisión individual (que tiene idénticas características que la decisión CEE). En el marco del TCEEA la «decisión» tiene también idénticas características a la «decisión CEE».

embargo, el art. 168A TCEE no impone al Consejo ningún tipo concreto de acto, el único requisito en cuanto al acto que ha de crear el nuevo órgano jurisdiccional es que ha de ser adoptado por unanimidad.

En principio este tipo de actos es utilizado por las instituciones para aplicar las reglas de los tratados a los casos particulares, apareciendo en estos casos como un instrumento de ejecución administrativa del derecho comunitario. Pero también pueden ir dirigidos a un Estado, o a varios, prescribiéndoles un objetivo cuya realización exige la adopción de determinadas medidas nacionales, presentándose entonces como un instrumento de legislación indirecta<sup>56</sup>.

Sin embargo atendiendo a la naturaleza y al contenido de este acto en concreto del Consejo, no parece muy clara su inclusión en esta categoría en sentido estricto, tal y como viene definida en los textos de los tratados.

La Decisión por la que el Consejo crea el TPICE no es una decisión en el sentido del art. 189 TCEE, sino que se trata de un ejemplo de los llamados «actos atípicos» de las instituciones, actos que no tienen ni la naturaleza ni los efectos de los enumerados en el art. 189. Es más fácil comprender esta distinción acudiendo al idioma alemán donde utilizan términos diferentes para designar unos y otros. Así se denomina *Entscheidungen* a la «decisión del art. 189»; frente a *Beschlüsse*, que hace referencia a una decisión «sui generis» en el sentido de no tener destinatarios conocidos y, por lo tanto, no estar sujeta a las normas de notificación del art. 191 TCEE. Autores como G. ISAAC consideran que algunas de estas decisiones se sitúan en la cima de la jerarquía del derecho comunitario derivado con un alcance normativo general.

La Decisión de 24 de octubre de 1988 es un acto de alcance general, sobre ello no cabe ninguna duda. El problema se plantea al comprobar que, siendo de efectos generales no se trata de un reglamento CEE ni de una decisión general CECA. Esta Decisión, desde el momento que modifica el Estatuto del TJ, entre otras disposiciones, tiene carácter «constitucional». Y el que esta modificación haya adoptado la forma de «decisión» responde, probablemente, a que tal era la forma que sugerida por el TJ en la EM del proyecto enviado al Consejo junto a la petición<sup>57</sup>.

56. ISAAC, G.: *Manual de Derecho...*, op. cit., p. 122 a 125.

57. CHRISTIANOS, V.: «La nouvelle organisation des Communautés Européennes» en *Le Tribunal de Première...*, op. cit., p. 19 y 20. En el mismo sentido afirma IBÁÑEZ LÓPEZ-POZAS, I.: «El primer punto que destaca con respecto al acto legislativo del Consejo es la utilización de una categoría 'sui generis', una Decisión semejante al Regla-

## 2. Justificación de su creación

En el Preámbulo de la Decisión del Consejo por la que se crea un TPI de las CC.EE. se recogen de manera expresa los dos objetivos perseguidos por la misma:

«Considerando que, para los recursos que requieran un examen profundo de hechos complejos, la creación de un doble grado de órganos jurisdiccionales puede mejorar la protección judicial de los justiciables;

Considerando que, a fin de mantener la calidad y eficacia de la protección judicial en el ordenamiento jurídico comunitario, debe permitirse al Tribunal de Justicia que concentre su actividad en su labor esencial, que es la de velar por una interpretación uniforme del Derecho comunitario; (...).».

De ambos Considerandos se deduce inmediatamente que el motivo principal de la reforma era mantener la eficacia y la calidad del control jurisdiccional en el ordenamiento jurídico comunitario.

Como ya hemos puesto de relieve reiteradamente, dos eran las razones que minaban el prestigio del Tribunal de Justicia: por una parte el incremento incesante de la carga de trabajo de dicho órgano, que se traducía en un aumento del número de asuntos pendientes por año, así como en el alargamiento de la duración media de los procedimientos con los efectos perjudiciales que de ello se deriva, particularmente en relación con las cuestiones prejudiciales<sup>58</sup>; y por otra parte la cada vez mayor complejidad de los hechos que se encuentran en la base de las demandas interpuestas en los llamados recursos directos. Esta segunda razón derivaba del propio proceso de integración en que consisten las Comunidades Europeas, pues a medida que se avanza en esta integración y se desarrolla el Derecho comunitario, el TJ se ve cada vez más obligado a decidir sobre asuntos de Derecho económico, sobre todo de aplica-

mento comunitario» («innovaciones introducidas por el A.U.E. en el sistema institucional de las Comunidades Europeas: la creación de un TPI», R.U.D.P., 1988, p. 185).

58. Para dar una idea de los efectos nocivos de esta situación, señala BIANCARELLI que «... desanimados (los órganos judiciales nacionales) por la duración del procedimiento, podían sentirse tentados a resolver por sí mismos cuestiones de Derecho comunitario, con el consiguiente riesgo de interpretaciones divergentes y la negación de lo que se ha venido a denominar la 'clé de voute' del Derecho comunitario. Es más, eran los propios principios de primacía y del efectivo respeto del Derecho comunitario los que se encontraban amenazados por tales retrasos...». BIANCARELLI, J.: «La création du TPI des CC.EE.: un luxe ou une nécessité?», en R.T.D.E., 1991, p. 1 y ss.

ción de las normas de competencia y medidas antidumping, los cuales exigen exámenes minuciosos de hechos complejos, consumiendo gran parte del tiempo de este órgano judicial en perjuicio de otros asuntos de naturaleza constitucional.

Hasta ahora las únicas medidas de «instrucción»<sup>59</sup> que realizaba el TJ la mayor parte de las veces, consistían en el planteamiento de preguntas escritas a las partes. En este sentido como consecuencia de la introducción de una doble instancia para estos recursos directos interpuestos por personas físicas o jurídicas, el nivel de protección jurisdiccional de los justiciables mejorará al estar dotado el nuevo órgano con los medios suficientes y contar con el tiempo necesario para desempeñar esta función.

Sin embargo, el análisis detallado de los antecedentes del TPI ha desvelado la presencia de causas más profundas y permanentes que justifican la creación de un órgano de primera instancia comunitario, y que expone de manera muy clara el profesor GALMOT<sup>60</sup>:

1) La necesidad de hacer frente a la creciente ola de contenciosos que ponía en peligro la eficacia del control judicial del Tribunal de Justicia. Para GALMOT el único medio para reducir la duración de los procedimientos, consecuencia directa de lo antedicho, parecía ser la creación del TPI por dos razones principalmente: porque el aumento del número de asuntos respondía a causas demasiado profundas para esperar un cambio en la dirección de la tendencia (es más existían numerosos factores que tendían a reforzarla como la ampliación de la Comunidad, la penetración más profunda del D. comunitario en la práctica de los EE.MM., que a su vez se vincula con el aumento del número de contenciosos en los EE.MM. por la elevación del nivel de vida y del nivel cultural, y la presencia de numerosos proyectos dirigidos a atribuir nuevas competencias al TJ, como el Convenio sobre la marca comunitaria o el Convenio sobre la patente comunitaria... entre otros); y en segundo lugar porque, como ya se había puesto de manifiesto hacía tiempo, el TJ se veía incapaz de absorber estos nuevos flujos de contenciosos mediante reformas de sus métodos de trabajo solamente (multiplicando el número de salas y acudiendo cada vez con mayor frecuencia a otras formaciones simplificadas, abreviando las vistas...).

2) La preocupación por asegurar mejores garantías a determinadas

59. Ha de entenderse aquí «instrucción» en sentido amplio, aplicada también al proceso civil (vid. GÓMEZ ORBANEJA, op. cit., espec. p. ).

60. GALMOT, Y.: «Le TPI des CC.EE.» en R.F.D.A., op. cit., p. 570.

categorías de justiciables. Es decir, como dice BIANCARELLI<sup>61</sup>, se trata de avanzar hacia una mejor justicia comunitaria mediante la instauración de una doble instancia jurisdiccional en los recursos directos interpuestos por particulares acogiendo así un principio procesal fundamental reconocido como indispensable en todos los sistemas jurídicos desarrollados<sup>62</sup>, y junto a ello un examen más profundo de los hechos (consecuencia de una «especialización» en las tareas de ambos órganos: el TPI, con más medios y más tiempo dedicándose a los hechos, y el TJ en su misión esencial de asegurar el respeto del derecho comunitario en su interpretación y aplicación).

Aunque la segunda de las dos razones aludidas —esto es la mejora de la protección jurisdiccional de los ciudadanos comunitarios—, tiene mayor trascendencia procesal y constitucional e incide más profundamente en el ordenamiento jurídico comunitario al consolidarlo de forma definitiva, sin embargo estamos con SAGGIO en que, vista la situación en que se encontraba el Tribunal de Justicia, probablemente fue el primero de estos dos factores el desencadenante del proceso de creación del TPI-CE: la necesidad de disminuir el volumen de trabajo del TJ que amenazaba con colapsarlo<sup>63</sup>.

### 3. Estructura del acto adoptado por el Consejo el 24 de octubre de 1988

Como ya hemos mencionado anteriormente<sup>64</sup>, los documentos presentados por el Tribunal de Justicia ante el Consejo, en aplicación de lo dispuesto en el art. 168-A y 188.2.º TCEE<sup>65</sup> introducidos por el A.U.E.,

61. Op. cit., p. 3 y 4.

62. El Derecho Fundamental a la tutela judicial efectiva, consagrado en nuestro ordenamiento a nivel constitucional en el art. 24 C. Esp.

63. SAGGIO, A.: Organización y competencias del TPI (Jornadas de Magistrados, en Luxemburgo del 14 al 16 de octubre de 1991).

64. Vid. supra nota 44.

65. Respecto del art. 168-A vid. nota 30.

Art. 188.2.º TCEE: «El Consejo, por unanimidad, a petición del Tribunal de Justicia y previa consulta a la Comisión y al Parlamento Europeo, podrá modificar las disposiciones del Título III del Estatuto». El Título III hace referencia al procedimiento.

Esta disposición apareció como una modificación obligada por el propio contenido del nuevo art. 168A. Pero el problema se plantea, sin embargo, al provocar efectos muy superiores al fin para el que fue prevista.

PESCATORE, especialmente, critica muy negativamente la redacción de este párr. 2.º

consistían en un proyecto de Decisión de creación de un tribunal de primera instancia, y en una serie de modificaciones provisionales del RPTJ. Junto a ello también se presentaron detalladas estadísticas sobre la evolución de la carga de trabajo del Tribunal, del volumen de asuntos pendientes, y de la duración media de los procedimientos<sup>66</sup>.

#### a) Propuesta de modificaciones del RPTJ

Este segundo documento de trabajo, la propuesta de modificación del RPTJ<sup>67</sup>, consistía simplemente en 3 arts.: el primero añadía un nuevo Título IV al RP existente, «De los recursos de casación contra las reso-

del art. 188 que «facilita» que el Consejo pueda modificar el Estatuto del TJ que, como es sabido, forma parte de los Tratados y, por lo tanto, del Derecho Comunitario Originario. Se lamenta de esta puerta abierta a las mayorías cambiantes del TJ y a la voluntad del Consejo para modificar disposiciones tan importantes. A partir de la introducción de este párr. 2.º, entiende PESCATORE, esta parte del Estatuto ha quedado privado de la garantía de relativa intangibilidad que le era reconocida por su integración en los Tratados (PESCATORE: «Observations critiques sur l'Acte unique européen» en Actes de la journée d'études de Bruxelles sur «l'Acte Unique Européen», de 10 de marzo de 1986.

66. KENNEDY («The essential minimum...», op. cit., nota pie-p. n.º 34) matiza una diferencia en el procedimiento de adopción de las dos propuestas presentadas por el TJ al Consejo: así respecto del establecimiento del TPI al TJ sólo le corresponde un «derecho de petición» mientras que la creación en sí de dicho órgano, y la determinación de su estructura y naturaleza son competencia del Consejo. Por contra, y de acuerdo con lo establecido en el n.º 3.º del art. 188 TCEE, respecto de las modificaciones al RP el legislador es el propio Tribunal, con la aprobación unánime del Consejo.

Sin embargo no podemos dejar de señalar que en este caso concreto de establecimiento del TPI el TJ no se limitó a solicitar del Consejo dicha creación, sino que junto a la solicitud presentó una propuesta muy concreta sobre la naturaleza, estructura, ámbito de competencia y funcionamiento del mismo en el «proyecto de Decisión» presentado el 27 de septiembre de 1987. Documento que, como ya hemos visto, constituyó la base de trabajo del Consejo, así como de las otras instituciones llamadas a intervenir en el procedimiento de creación del nuevo órgano jurisdiccional (la Comisión y el Parlamento Europeo). Coincidimos, pues con la declaración de DA CRUZ VILAÇA en su trabajo «The Court of First...», op. cit. supra, según la cual el TJ interpretó esta facultad de iniciativa legislativa en términos generosos, ya que no se limitó a presentar una petición sino que acompañó a ésta de unas propuestas legislativas provisionales elaboradas por sus propios miembros.

67. Publicado en el DOCE n.º L 241/1, de 7 de junio de 1989, «Modificaciones del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas»: «EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (...) Considerando que la creación de un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas mediante la Decisión 88/591/CEE, CECA, EURATOM del Consejo hace necesaria una adaptación del Reglamento de Procedimiento; Con la aprobación unánime del Consejo, con fecha de 29 de mayo de 1989, HA ADOPTADO LAS SIGUIENTES MODIFICACIONES DE SU REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO: ...».

luciones del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas» (nuevos arts. 110 a 123); el segundo reenumeraba los antiguos arts. 110 a 113 («Disposiciones finales») pasando a ser los arts. 124 a 127 respectivamente; y el tercero versaba sobre la publicación y la entrada en vigor de las nuevas normas<sup>68</sup>.

b) Decisión del Consejo por la que se instituye un TPI

CHRISTIANOS, en lo que él denomina «Economía general de la decisión», distingue tres grupos de disposiciones<sup>69</sup>:

- a) Un primer grupo que contiene las disposiciones concernientes a la institución del tribunal (art. 1), su sede, composición y organización (art. 2), competencias (art. 3), efectos de sus resoluciones, y las normas de procedimiento (art. 4).

En este grupo se pone el acento en el «principio de unicidad del Tribunal de Justicia», órgano común a los tres tratados. Se trata de una institución única: el Tribunal de Justicia, y este carácter se refleja en el hecho de que rige el mismo Estatuto para ambos órganos<sup>70</sup>.

- b) Un segundo grupo de disposiciones, más técnicas y procedimentales que el grupo anterior, que contienen las modificaciones

68. El RPTJ fue nuevamente modificado el 15 de mayo de 1991 («Considerando que para mantener la eficacia del control jurisdiccional en el ordenamiento jurídico comunitario procede adaptar el RP...»), DOCE n.º L 176/1 de 4 de julio de 1991. Finalmente el TJ se decidió a redactar un nuevo RP: «EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (...) Considerando que procede revisar el texto de su Reglamento de Procedimiento en las diferentes lenguas, con el fin de garantizar la coherencia y uniformidad entre sus diferentes versiones lingüísticas... Con la aprobación unánime de esta revisión, dada por el Consejo el 29 de abril de 1991... Y considerando que, después de las numerosas modificaciones introducidas en su Reglamento de Procedimiento procede, en aras de una mayor claridad y sencillez, adoptar un texto auténtico coherente, con la aprobación unánime del Consejo dada el 7 de junio de 1991, SUSTITUYE SU REGLAMENTO DE PROCEDIMIENTO POR EL REGLAMENTO SIGUIENTE: ...», que entró en vigor el 1 de septiembre de 1991 (publicado en el DOCE n.º L 176/7 de 4 de julio de 1991).

69. Idéntica clasificación realiza VAN GINDERACHTER en su artículo «Le TPI des CC.EE.: un nouveau-né prodige?», op. cit., p. 68 y 69.

70. ISAAC, G., distingue acertadamente entre el principio de unidad de la jurisdicción comunitaria, de la «unicidad» de la jurisdicción comunitaria. En virtud del primero, el TJ es el único órgano que acumula el conjunto de las competencias jurisdiccionales sustraídas a las jurisdicciones nacionales y decide al mismo tiempo en primera y última instancia. Y este principio es perfectamente compatible con una diversificación de la estructura jurisdiccional comunitaria, siempre y cuando se salvaguarde el control supremo del TJ (Manual, op. cit., p. 225 y 226).

que habrán de ser introducidas en los tres Estatutos del TJ recogidos en los Protocolos anexos a los tres Tratados, y que consisten en un nuevo título a introducir en cada uno: Título IV «El Tribunal de Primera Instancia de las CC.EE.»<sup>71</sup>.

- c) Y un tercero y último grupo de disposiciones transitorias, relativas a la puesta en marcha del TPI<sup>72</sup>.

4. *Contenido de la Decisión: materias objeto de especial debate*

El art. 168-A TCEE no instituyó un TPI sino que simplemente dio al Consejo la facultad de hacerlo de acuerdo con el procedimiento en él establecido: por unanimidad, previa consulta a la Comisión y al Parlamento Europeo, y a propuesta del TJ. Dicho precepto no contiene tampoco una regulación exhaustiva del nuevo órgano, sino que se limita a dar una serie de directrices sobre su naturaleza, su ámbito competencial máximo, y su composición. De él podemos deducir que se tratará de un órgano jurisdiccional que conocerá en primera instancia de ciertas categorías de asuntos y contra cuyas resoluciones podrá interponerse ante el

71. Se trata de 10 nuevos arts. en los que, entre otras materias, se regula lo siguiente: la posibilidad de que el Abogado General presente sus conclusiones motivadas por escrito (facilitando en una medida destacable la celeridad del proceso, pues como ya había declarado el Presidente del TJ, DUE, la lectura de estas conclusiones constituía el «gran cuello de botella» del procedimiento comunitario). Merece también la pena destacar el nuevo art. 47 Estatuto CEE (art. 47 Estatuto CECA, art. 49 Estatuto CEEA), que regula las relaciones entre ambos órganos: el n.º 1.º alude a la subsanación de oficio de cualquier ERROR FORMAL; el n.º 2.º establece la subsanación también de oficio de los ERRORES SUBSTANCIALES; y por último el n.º 3.º resuelve los problemas que puedan plantearse como consecuencia de la existencia de lo que TIZZANO denomina «recursos paralelos», es decir asuntos presentados simultáneamente ante ambos órganos. En pro de una buena administración de justicia se ha acogido una solución flexible que permite suspender el procedimiento a cualquiera de los dos órganos judiciales, y para evitar conflictos negativos de competencia se establece que en cualquier caso la decisión de suspensión del TJCE prevalece sobre la del TPI obligándole a continuar.

72. En los arts. 10 a 14 de la DTPI queda establecido: el procedimiento para el nombramiento del primer presidente del tribunal (art. 11); el procedimiento para la primera renovación parcial del órgano (art. 12); la fecha de entrada en vigor de la Decisión (art. 13), y los asuntos que serán remitidos del TJCE al tribunal en el momento de empezar éste a funcionar (art. 14). Con relación a esta última disposición, es de señalar la Comunicación del TJCE (88/C317/18, DOCE n.º C 317 de 19 de diciembre de 1989) por medio de la cual el TJ transfería un total de 153 asuntos a TPI: «Mediante autos de 15 de noviembre de 1989, el TJCE, con arreglo al art. 14 de la Decisión 88/591..., ha acordado atribuir al Tribunal de Primera Instancia los asuntos que se indican... Dichos asuntos han quedado inscritos en el Registro del Tribunal de Primera Instancia...».

TJ un recurso, limitado a cuestiones de derecho y según las condiciones fijadas por el Estatuto. Sus miembros serán elegidos de común acuerdo por los Gobiernos de los Estados miembros entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y que posean la capacidad necesaria para el ejercicio de funciones jurisdiccionales.

Como consecuencia de la ambigüedad de esta disposición surgieron numerosos problemas en el momento de definir el perfil específico del tribunal<sup>73</sup>. A lo largo de las discusiones mantenidas en el seno de las instituciones llamadas a participar en el proceso de creación del TPI de las Comunidades Europeas, se pusieron de manifiesto los diversos intereses presentes y las más acusadas diferencias de criterio. De las numerosas cuestiones planteadas<sup>74</sup>, concretamente cuatro puntos fueron muy debatidos hasta el último momento:

- número de miembros y su cualificación personal,
- presencia de Abogados Generales,
- reunión en sesión plenaria,
- ámbito competencial.

73. Ya hemos aludido, al hablar del largo proceso de gestación de la Decisión 88/591, del papel del COREPER en el verano de 1988: terminado el examen de la propuesta definitiva del TJ por el grupo «ad hoc» del Consejo («Grupo Cour de Justice») el 10 de mayo, todavía quedaron sin resolver las cuestiones de naturaleza política referentes al número de jueces, a la presencia o no de abogados generales, y a la amplitud de la competencia a transferir: cuestiones que fueron enviadas al COREPER para su resolución, y donde fueron discutidas de nuevo. Tras esta nueva discusión, estos puntos fueron resueltos por el Consejo de Asuntos Generales el 20 de julio, que finalmente llegó al acuerdo unánime requerido para la creación del TPI en su sesión de 25 de julio de 1988.

74. SILVA DE LAPUERTA habla —como un problema añadido durante la discusión del proyecto de DTPI— de la propuesta, apoyada por la Comisión (RIDEAU, J., «Questions d'actualité...», op. cit., p. 596), de incluir en la jurisdicción del nuevo órgano el conocimiento de los recursos interpuestos contra las decisiones de la Oficina de Marcas Europea; lo cual sería positivo, al menos desde el punto de vista de la protección jurisdiccional de los particulares frente a eventuales decisiones arbitrarias de la Oficina de Marcas.

La Comisión de asuntos jurídicos del PE expresó, sin embargo, a través de su ponente la Sra. Vayssade, su oposición a esta atribución basada en la consideración de que sería técnicamente imposible tal atribución anticipada de competencia, ya que —y de conformidad con lo dispuesto en el art. 168-A, el TPI sólo puede ejercitar aquellas que le han sido conferidas al TJCE por los Tratados. Sería, por tanto, menester esperar a que el Consejo dictase la correspondiente regulación y, solamente después, podría plantearse una posible revisión de esta posibilidad (Informe Vayssade, cit., p. 22). Esta fue la postura que finalmente prevaleció.

#### a) Cualificación personal exigida y número de miembros

##### *Cualificación personal exigida.*

Según se declara en el art. 168-A 3.º TCEE, los miembros de este órgano jurisdiccional serán elegidos «entre personas que ofrezcan absolutas garantías de independencia y posean la capacidad necesaria para el ejercicio de funciones jurisdiccionales». La índole de esta declaración ha provocado el planteamiento de dos tipos de cuestiones. Por una parte el carácter judicial, y no administrativo, del nuevo órgano; y por otra la cualificación requerida para ser miembro del tribunal.

Respecto de la primera, debemos entender que con la expresión: «ejercicio de funciones jurisdiccionales», se ha buscado asegurar que el tribunal estará formado exclusivamente por profesionales del Derecho<sup>75</sup>. Con esta afirmación en realidad se ha hecho frente a las diferentes propuestas presentadas tendentes a la creación de un órgano primordialmente especializado en los dos tipos de problemas que impedían avanzar al TJ. Estos dos tipos de problemas hacen referencia a las dos categorías de asuntos ya conocidas: Derecho de la competencia, o más genéricamente Derecho económico, y asuntos de personal<sup>76</sup>.

El temor de que el tribunal se convirtiera en un órgano administrativo, integrado por peritos y técnicos ajenos al mundo jurídico, era compartido por gran parte de la doctrina, así como por el propio TJ, expresado por medio de su propio presidente, O. DUE, quien advertía especialmente frente al «peligroso énfasis de la Comisión en la necesidad de expertos», que «no hay que olvidar que el nuevo tribunal es un tribunal judicial, no un cuerpo administrativo de expertos»<sup>77</sup>, y que por

75. VANDERSANDEN formulaba su deseo de que estos profesionales lo sean específicamente del Derecho comunitario, en: «Une naissance désirée...» J. des T., de 8 de octubre de 1989, p. 547.

76. El problema fue minuciosamente analizado por el Select Committee en su informe «The European Court of First Instance». Para el Comité sería una solución la inclusión de un experto en la materia junto a los jueces que van a conocer del asunto. De este modo se preservaría la naturaleza judicial del órgano y los asuntos serían tratados por personas especialistas en la materia.

77. DUE, O.: «The European Court of...», op. cit., «demasiada especialización puede provocar que los árboles no dejen ver el bosque, es decir que complejos problemas de Derecho económico impidan ver el todo. El Derecho de la competencia forma parte de un todo coherente que es el Derecho Comunitario, y los principios generales de éste deben ser aplicados también al sector en cuestión» (p. 10).

El «peligro» frente al cual reacciona DUE es la propuesta de la Comisión recogida en su manifestación provisional de mayo de 1988 que fue ratificada definitivamente en

lo tanto es importante que los candidatos tengan experiencia en la aplicación práctica de principios y normas legales.

Frente a esta visión negativa, PAPPAS entiende que la redacción acogida: «personas capacitadas para el ejercicio de funciones jurisdiccionales» abre la puerta incluso a «no-juristas» que sean peritos en el campo económico o técnico<sup>78</sup>; dado que, y para un mejor funcionamiento de la Justicia comunitaria, el TPI va a ser el juez de las cuestiones fácticas mientras que el TJCE será el juez de las cuestiones de Derecho.

La segunda cuestión señalada plantea el problema de la menos exigente cualificación que parece imponerse a los miembros del TPI, y las consecuencias que de ello pueden derivarse, relacionadas sobre todo con el futuro prestigio de las resoluciones del tribunal, y del tribunal mismo.

Es de notar como para ser miembro del TJ es necesario reunir las condiciones requeridas para el ejercicio, en sus respectivos países, de «las más altas funciones jurisdiccionales»<sup>79</sup>; bastando, en cambio, la mera «capacidad necesaria para el ejercicio de funciones jurisdiccionales»<sup>80</sup> para serlo del Tribunal de Primera Instancia.

Gran parte de la doctrina ha lamentado la diferencia existente en la redacción del precepto en este punto.

No lo entiende así, en cambio, DA CRUZ VILAÇA, quien califica este diferente tratamiento de mera divergencia en la terminología utilizada, debida probablemente, al hecho de que se trata de una jurisdicción de primera instancia; y, en cualquier caso, sin reflejo sobre el nivel exigido para el nombramiento de los miembros. En el mismo sentido se expresa O. DUE, que hace la sutil matización en la cualificación de los miembros de que «deberá ser igual aunque no necesariamente idéntica a la de los del TJ», ya que éste es predominantemente un tribunal de derecho —rasgo acentuado tras la instauración del nuevo tribunal—, frente al tribunal de primera instancia que es ante todo un tribunal de los hechos<sup>81</sup>.

julio del mismo año, de acuerdo con la cual se sugería una composición de 12 jueces divididos en dos secciones, especializada una de ellas en Derecho económico y la otra en asuntos de personal (KENNEDY, T.: «The essential...», op. cit., p. 20).

78. PAPPAS, S.: Prefacio al libro *Le TPI des CC.EE.*, op. cit.

79. Art. 167.1. TCEE.

80. Art. 168-A.3.º TCEE.

81. Se encuentra en la misma línea de opinión el PE, expresada a través de la Sra. Vayssade en su Informe: «Ha de estar compuesto por personalidades con un nivel comparable al de los miembros del Tribunal de Justicia, y con una amplia experiencia judicial. Sólo con esta condición el Tribunal de Primera Instancia gozará desde sus comienzos de la mayor credibilidad y justificará su instauración» (en la Exposición de Motivos del Informe, Documento A 2-107/88, Serie A, de 6 de junio).

Se trata en definitiva de una diferenciación que no tiene razón de ser. Hubiera sido más conveniente y menos problemático reproducir la fórmula del art. 167 TCEE en el art. 168-A respecto de los miembros del TPI<sup>82</sup>.

#### *Número de miembros*

La Decisión del Consejo, que plasma el resultado final de las discusiones, por razones estrictamente políticas, establece en el art. 2.1. que el TPI estará compuesto por 12 miembros<sup>83</sup>.

En su propuesta provisional el TJ no determinaba el número de jueces del nuevo órgano, fue en la presentación de la propuesta definitiva donde definió su postura recomendando un número inferior: 7 jueces, que —coherentemente con el resto de la propuesta y, en concreto con el ámbito competencial previsto en ella para el nuevo órgano— estimaba suficiente para el cumplimiento de sus tareas<sup>84</sup>. Le parecía al TJ conveniente este número porque, en primer lugar rompía con la presencia sistemática de un juez por Estado miembro. Además permitía la formación de 2 salas de tres jueces cada una, actuando el séptimo como Presidente del tribunal, para ordenación y dirección del mismo, en general. Estimaba el TJ, por experiencia propia y por la conocida de los tribunales nacionales de escala inferior, que para la determinación de cuestiones fácticas complejas por un tribunal no decidiendo en última instancia, la formación más adecuada era la Sala integrada por tres jueces.

Además entendía el Tribunal de Justicia que la no presencia de todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros no podía ser considerada un obstáculo, pues es evidente que el papel reservado a un tribunal de primera instancia es muy diferente al del TJCE, que a partir del esta-

82. SILVA DE LAPUERTA, R., op. cit., p. 21.

83. En la propuesta de Reglamento del Consejo de 9 de octubre de 1978, sobre la creación de un «Tribunal del contencioso de personal de las Comunidades Europeas» se hablaba también de 12 jueces nombrados por el Consejo, 6 de ellos de una lista de doce personas presentada por las instituciones y otros organismos como el Comité económico y social y el Tribunal de Cuentas), y los otros 6 de una lista de 12 presentada de común acuerdo por los Comités de personal de todas las instituciones comunitarias y demás organismos oficiales. (Para un conocimiento mayor de la estructura, funcionamiento y competencias de este tribunal administrativo vid. VANDERSANDEN, G.: «Considérations sur la proposition...», op. cit.).

84. Asimismo la delegación alemana estaba a favor de la composición del TPI por 7 miembros, por razones puramente económicas: tratando de reducir al máximo el coste del funcionamiento del nuevo órgano (VANDERSANDEN, G.: «Un nacimiento deseado...», op. cit., p. 13).

blecimiento de aquél podría dedicarse a su misión esencial de coordinación de los diferentes sistemas jurídicos y de integración de las Comunidades a través de la aplicación uniforme del Derecho comunitario.

En el Informe Vayssade, elaborado por la Comisión de asuntos jurídicos del PE, la ponente se preguntaba si no sería más eficaz un organismo compuesto por 12 miembros que permitiera la formación de 3 salas así como la formación de salas de 5 jueces. Alegaba en favor de su propuesta la mayor estabilidad que se conseguiría al evitar una renovación sistemática de los jueces para garantizar la rotación entre los diferentes Estados.

La Comisión, por su parte, consideró que era necesario un mínimo de 12 jueces en el nuevo organismo si se quería realmente lograr una reducción en la duración de los procedimientos, y basaba su argumentación en el resultado del análisis comparativo del volumen de asuntos previsto y el mayor número de resoluciones emitidas por el TJ en un año, entre 1975 y 1979, período durante el cual el Tribunal estuvo formado por nueve jueces y cuatro abogados generales<sup>85</sup>.

Indudablemente fueron razones políticas las que más influyeron a la hora de fijar el número de miembros en 12. Desde el punto de vista nacionalista de la mayor parte de los Gobiernos era ineludible el nombramiento de un juez de cada uno de los Estados miembros<sup>86</sup>. La propuesta del TJ de sólo 7 jueces causaba numerosos problemas. Como señala SCHERMERS, en tal formación sería inevitable la presencia permanente de un juez inglés, dado el carácter especial del sistema de la «Common Law». Pero el mismo autor reconoce que ésta no sería aceptable para el Representante del Gobierno francés sin la presencia a su vez de un juez francés, e igualmente ocurriría con el juez alemán, el italiano y posiblemente también con el español. Por tanto sólo serían dos los puestos rotativos para todos los demás Estados miembros. Añade además, este autor, otras dos razones de peso en favor de un número mayor de jueces. En primer lugar porque es importante contar con nativos en cada una de los idiomas oficiales de la Comunidad. En el establecimiento de los hechos el problema de los diferentes idiomas puede tener gran relevancia, pues no es lo mismo examinar la traducción de la declaración de un testigo que la misma declaración directamente, aparte de que sería imposible tener siempre la traducción de todos los documentos, tanto por razones presupuestarias como de insuficiencia de personal. Y la segunda razón

85. DA CRUZ VILAÇA, J. L.: «The Court of...», op. cit., p. 34.

86. SCHERMERS, H. G.: «The Court...», op. cit., p. 546.

radica en las dificultades políticas que surgirían para una ampliación del tribunal una vez éste hubiera sido establecido.

#### b) Presencia de Abogados Generales en el TPI

Tanto en el art. 168-A TCEE como en el art. 2. DTPI no se habla de «jueces» sino de «miembros». La redacción del A.U.E., respondió a la intención de dejar la puerta abierta a la posibilidad de mantener la función del abogado general en la primera instancia<sup>87</sup>. Tras las numerosas discusiones que precedieron a la elaboración final de la DTPI, hay que ver —en el mantenimiento de este término— el consenso finalmente alcanzado una vez superados los debates interinstitucionales; y se explica por la circunstancia de que cada uno de ellos podrá ejercer, según los casos, tanto funciones de juez instructor como de abogado general.

Este matiz, que parece no ser más que una mera cuestión terminológica, en realidad expresa el resultado final de convergencia de los diferentes criterios manifestados.

El TJ, en su propuesta declaraba que la figura del Abogado General, cuya función en esencia consiste en asistir a Tribunal con el fin de garantizar la unidad de criterio jurisprudencial y el desarrollo armónico del Derecho comunitario, no era imprescindible en un tribunal de primera instancia, cuyo trabajo iba a consistir substancialmente en la averiguación y establecimiento de hechos, y donde aquella función queda relegada a un segundo plano. Además, como señala PASTOR BORGONÓN, desde un punto de vista práctico la intervención del Abogado General podría prolongar el procedimiento, lo que sería contradictorio con una de las finalidades básicas perseguidas con la creación del TPI<sup>88</sup>. Señala SCHERMERS como otra desventaja, que probablemente las partes apelarían ante el TJ siempre que la resolución del TPI se alejara de la opinión manifestada por el Abogado General<sup>89</sup>.

La Comisión dejaba entrever su posición favorable a la introducción de Abogados Generales en la composición del TPI, en el documento

87. JUNG, H.: «El TPI de las CC.EE...», op. cit., p. 343. El profesor JUNG, elegido como primer Secretario del nuevo órgano judicial, participó muy activamente en la elaboración de los informes y en los debates que precedieron a la instauración del TPI, como miembro del TJCE.

88. PASTOR BORGONÓN, B.: «Informe sobre el TPI...», op. cit., p. 51.

89. SCHERMERS, H. G.: «The European...», op. cit., p. 549.

provisional publicado en mayo de 1988<sup>90</sup>, posición que se vio confirmada en su Dictamen definitivo de 20 de julio de 1988. Para la Comisión aparece clara la importancia del papel del Abogado General, cuya actuación en el proceso comunitario constituye una garantía de calidad de los fallos, y cuya ausencia, por contra, podría provocar tanto un debilitamiento de la protección jurisdiccional de los justiciables como de la autoridad de los fallos del TPI<sup>91</sup>.

El Parlamento Europeo compartía la misma opinión que la Comisión, favorable a la inclusión de Abogados Generales<sup>92</sup>; y se preguntaba si su ausencia no podría llevar a considerar al TPI como un simple órgano jurisdiccional de instrucción cuya función esencial fuera establecer los hechos mientras que la decisión en derecho quedaría casi siempre automáticamente remitida al TJ, a través del recurso de casación (contrariando en consecuencia el objetivo de aligerar la carga del Tribunal de Justicia).

Señala además otra ventaja de la presencia de un Abogado General ante el TPI, aún a riesgo de alargar la duración del proceso: con ella sería posible realizar juicios más argumentados en Derecho, que probablemente harían inútiles muchos de los recursos ante el TJ. Y además, en caso de presentarse este recurso, se facilitarían al TJCE el examen del asunto.

Como solución intermedia se proponía la posibilidad de que los miembros del TPI designasen de entre ellos a dos Abogados Generales para un período de tiempo determinado, aunque la ponente (Sra. Vayssade) se mostraba más favorable al nombramiento de Abogados Generales permanentes.

En cualquier caso se excluía en el Informe recurrir a los Abogados Generales del TJ. Lo cual es lógico, pues debemos entender que no forman una especie de «autoridad judicial» y que, al igual que los jueces, los Abogados Generales son nombrados a título individual y son miembros del Tribunal.

La solución finalmente adoptada por el Consejo en la Decisión es fruto de un compromiso entre los diferentes criterios propuestos. El art.

90. «Preliminary Guidelines adopted by the Commission for the Preparation of an Opinion on the Proposal by the Court of Justice for a Council Decision establishing a Court of First Instance and amending the Statutes of the Court of Justice», Documento de la Comisión SEC (88), 366.

91. Vid. BIANCARELLI, op. cit., p. 6.

92. Manifestada a través del ya conocido Informe Vayssade.

2.3.º DTPI dispone que «los miembros del Tribunal de Primera Instancia podrán ser llamados a desempeñar las funciones de Abogado General»<sup>93</sup>.

Sin embargo esta solución de compromiso no está exenta de sombras. Podemos preguntarnos hasta qué punto podría influir en el fallo la opinión que un miembro de la Sala ha emitido previamente en calidad de Abogado General. Este peligro ha sido solventado por la DTPI al declarar en el párr. 4.º del art. 2.3.º que «el miembro llamado a desempeñar la función de Abogado General en un asunto no podrá participar en la resolución del mismo»<sup>94</sup>.

Por lo tanto los jueces<sup>95</sup> integrantes del TPI pueden ser designados para actuar, en supuestos concretos, como Abogados Generales, desempeñando la misma función que sus colegas del TJCE. En la práctica ya antes de la publicación del RPTPI, el TPI ha adoptado la costumbre de

93. Esta misma solución fue propuesta por el Select Committee of The House of Lords en su informe «A European Court of First Instance». El Select Committee reconocía que la presencia de abogados generales en la primera instancia limitaría el número y la duración de los recursos ante el TJ, pero analizando ventajas y desventajas coincidía con el TJ en que no era una figura esencial en la labor del tribunal. Sin embargo admitía que en determinados casos sería muy estimable su colaboración. Estas consideraciones previas condujeron al Select Committee a idear un sistema según el cual este tribunal podría solicitar de aquel de sus miembros perito en la materia objeto de litigio que actuase como Abogado General para ese caso concreto. Lo cual tendría además como consecuencia positiva que, recurrida la resolución del TPI ante el TJ, el Abogado General del TJ podría indicar brevemente su opinión o bien simplemente manifestar su acuerdo con el fallo del TPI.

Algunos autores (SCHERMERS: «The European Court...») dudan bastante de la oportunidad de mezclar hasta ese punto las funciones de abogado general y de juez, pues mientras que los Abogados Generales realizan públicamente sus informes individuales, los jueces deben mantenerse en el anonimato.

Ampliando el abanico de soluciones propuestas, nos planteamos si no hubiera sido positivo crear dos Abogados Generales permanentes, especializado uno de derecho Económico y otro en asuntos de personal. Con esta solución se salvaguarda el respeto al principio de intermediación (frente a la propuesta de un grupo de expertos adjunto a los jueces), asimismo se superan las reticencias de los Estados miembros a que «su» juez limitara su actividad a asuntos administrativos, quedando excluido de aquellos que tienen verdadera incidencia en la Economía del Estado por su trascendencia, como son los asuntos en materia de Derecho económico; permitiéndose así una libre rotación de los jueces.

94. Concretamente SCHERMERS, op. cit., p. 549, se manifestaba abiertamente en contra de la solución propuesta por el Select Committee en su informe pensando que era imposible pedir imparcialidad a un juez en un asunto sobre el cual ha emitido previamente un informe proponiendo una resolución.

95. El art. 2 RPTPI dispuso cualquier duda que pudiera quedar todavía en relación con la naturaleza y las funciones de los miembros del TPI: «Todos los miembros del Tribunal de Primera Instancia desempeñarán, en principio, las funciones de juez. En lo sucesivo, se denomina 'jueces' a los miembros del Tribunal de Primera Instancia».

nombrar Abogado General por asunto concreto, de acuerdo con un turno que permite que todos los miembros de tribunal puedan desempeñar dichas funciones en algún procedimiento<sup>96</sup>.

Con relación a la labor que habrán de realizar, ésta viene expresada en el párr. segundo del art. 3.2.º DTPI, que recoge casi literalmente el contenido del art. 166 párr. 2.º TCEE: «La función del Abogado General consistirá en presentar públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas sobre determinados asuntos sometidos al Tribunal de Primera Instancia a fin de asistirle en el ejercicio de su misión».

Decidida la presencia de los Abogados Generales para casos determinados, se plantea el problema de precisar estos supuestos. La Decisión se remite al Reglamento de Procedimiento del TPI para la fijación de los criterios para la selección de los asuntos que exijan la actuación de un abogado general, así como para las modalidades de designación de los mismos. Los criterios acogidos por el RP han sido tres: cuando el Tribunal se encuentre reunido en pleno; por la dificultad de las cuestiones de derecho; y la complejidad de los antecedentes de hecho<sup>97</sup>.

El primero de los tres criterios, que el TPI conozca en pleno, responde a dos razones; en primer lugar porque el hecho de que el asunto exija la formación plenaria justifica ya de por sí la presencia del Abogado General, y una segunda razón de orden práctico ya que son 12 los jueces que componen el TPI y la reunión de todos ellos sería un número par, de este modo el Tribunal conociendo en pleno estará formado por 11 jueces y será asistido de un Abogado General.

Con relación a los otros dos criterios, señala Da CRUZ VILAÇA que el pleno ha adoptado la decisión de designar un Abogado General para que asista a la Sala solamente en asuntos de Derecho económico, sin que hasta el momento lo haya hecho en asuntos de personal<sup>98</sup>.

Cuando, de acuerdo con alguno de los tres criterios vistos, corresponda la designación de un Abogado General, ésta se lleva a cabo por Presidente del TPI una vez que así se haya acordado por el pleno del

96. Según información de R. GARCÍA-VALDECASAS, juez español en el TPI.

97. Art. 17 RPTPI: «Cuando el Tribunal de Primera Instancia se reúna en Pleno estará asistido por un Abogado General designado por el Presidente del Tribunal de Primera Instancia». Y art. 18 RPTPI: «El Tribunal de Primera Instancia reunido en Sala podrá ser asistido por un Abogado General, en la medida en que considere que la dificultad de las cuestiones de derecho o la complejidad de los antecedentes de hecho del asunto así lo exigen».

98. Vid. DA CRUZ VILAÇA, op. cit., p. 39 y 40.

Tribunal de Primera Instancia, a petición de la Sala a la que corresponde conocer del asunto<sup>99</sup>.

### c) Reunión en sesión plenaria

La Decisión 591/88 de nuevo se muestra en este punto como resultado de un consenso<sup>100</sup>. De acuerdo con el n.º 4 del art. 2 DTPI, «el Tribunal de Primera Instancia se reunirá en Salas de tres o cinco jueces. (...) En determinados asuntos previstos por el Reglamento de Procedimiento, el Tribunal de Primera Instancia podrá reunirse en sesión plenaria».

Estos asuntos han sido efectivamente determinados en el RPTPI, de 2 de mayo de 1991, en su art. 11, en el cual se establece que el Pleno del TPI podrá conocer: en primer lugar de aquellos asuntos cuya importancia, o la dificultad de las cuestiones de derecho o las circunstancias particulares lo justifiquen<sup>101</sup>. En segundo lugar cuando el Tribunal de Justicia, conociendo de un recurso interpuesto frente a una resolución adoptada por el Pleno del TPI, haya anulado dicha resolución, se atribuirá el asunto a dicho Pleno<sup>102</sup>. En tercer lugar cuando se trate de una demanda de oposición de tercero formulada frente a una sentencia dictada por el Pleno<sup>103</sup>. Cuarto, de la demanda de revisión interpuesta contra una sentencia dictada por el Pleno<sup>104</sup>. Finalmente también conocerá de aquellas demandas de interpretación que se hayan formulado sobre sentencias dictadas por el Pleno<sup>105</sup>.

Al establecer esta posibilidad el Consejo se apartó de la propuesta del TJ, que entendía innecesaria la formación plenaria dado que el TJ

99. Art. 19 RPTPI.

100. Como informa DE LAPUERTA, R. («El A.U.E. y el...», op. cit., p. 23), la redacción de la propuesta del TJ «no satisfizo a todos los Estados Miembros y se trató de buscar una fórmula de compromiso que por un lado permitiese la existencia de Salas de tres y cinco jueces, como ocurre en el TJ, y por otro lado que en casos excepcionales, (...) el TPI pudiese actuar en Pleno».

101. Art. 14 RPTPI, podrá atribuirse su conocimiento al Pleno o a una Sala integrada por un número diferente de jueces de los previstos en el art. 10 (Salas de tres o cinco jueces). De igual modo, en los casos previstos en este art. 14, la Sala que esté conociendo del asunto podrá proponer la atribución del mismo al Pleno o a una Sala integrada por un número de jueces, en cualquier momento del procedimiento, tanto de oficio como a instancia de parte (art. 51 RPTPI).

102. Art. 118 RPTPI.

103. Art. 124 RPTPI.

104. Art. 127.1 RPTPI.

105. Art. 129.2 RPTPI.

seguiría siendo el órgano encargado de asentar los Principios Generales del Derecho comunitario. La tarea más limitada del TPI, de establecimiento de los hechos y aplicación del derecho a la luz de la jurisprudencia del TJ, no requería la celebración de sesiones del TPI en pleno<sup>106</sup>. En lo propuesto del TJ sólo se preveía la formación plenaria del TPI para la resolución de asuntos puramente administrativos relacionados con la organización del propio tribunal, como la elección de su Presidente o la adopción de su Reglamento de Procedimiento, y con la organización de su trabajo en general<sup>107</sup>.

El PE tampoco se manifestaba a favor. En el informe Vayssade se ponía de manifiesto que no se encontraba justificación funcional alguna para una actuación del TPI en pleno. Por otra parte, no sucede así en los tribunales de primera instancia de los sistemas jurídicos internos. Además, señalaba la ponente, podría incluso ser fuente de fricciones con el TJ, ya que en caso de recurso de una resolución del Pleno del TPI, el TJ se vería obligado a actuar también en pleno y, sin duda, se sentiría menos libre para revocar la decisión. Finalmente se señalaba como argumento de apoyo, el que hasta el momento de crearse el nuevo órgano, el tipo de asuntos a transferir a éste habían venido siendo resueltos por salas del TJ<sup>108</sup>.

La Comisión por contra no aludía a la posibilidad del TPI de reunirse en formación plenaria. Su preocupación iba preferentemente orientada hacia la necesidad de fijar en el texto de la Decisión la organización del nuevo tribunal, de manera que se garantizara su composición por juristas altamente cualificados en las dos ramas de derecho en consideración, derecho administrativo y derecho económico. La Comisión proponía, según nos informa PASTOR BORGONÓN, que se estableciera en el mismo articulado de la Decisión que el nuevo tribunal estaría integrado por dos Salas especializadas, una en asuntos de personal y otra sobre asuntos económicos, y ésta debería estar compuesta por un mínimo de 5 jueces<sup>109</sup>.

En definitiva, el Consejo no consideró determinantes las razones

106. Vid. «A European Court of First Instance», Select Committee of the House of Lords, 5th Report, Session 1987-88, p. 10. En este informe se recoge también como razonamiento aportado por el propio TJCE la vinculación del Tribunal de Primera Instancia a las decisiones precedentes del Tribunal de Justicia. Esta vinculación previa prima sobre la eventual vinculación a sus propias decisiones en la resolución de los siguientes asuntos.

107. KENNEDY, T.: «The essential...», op. cit., p. 17.

108. Exposición de Motivos del Informe Vayssade, p. 19.

109. PASTOR BORGONÓN, B.: «Informe sobre...», op. cit.

ofrecidas en contra de las sesiones plenarias. Sin embargo, del contenido de la disposición de la Decisión, desarrollada por el RPTPI, puede deducirse que la regla general de funcionamiento del TPI serán las Salas. En cualquier caso, la flexibilidad del criterio afirmado en el art. 14 RPTPI no puede ser entendida en el sentido de comprender también la complejidad de las cuestiones de hecho en causa; ésta es la explicación, matiza DA CRUZ VILAÇA, de que la expresión acogida en el Reglamento de Procedimiento haya sido «... la dificultad de las cuestiones de derecho...», en lugar de «la complejidad de las cuestiones de hecho»<sup>110</sup>.

#### d) Ambito competencial

La interpretación de la fórmula utilizada en el ya visto art. 168-A, que autorizó al Consejo para agregar al TJCE un «... órgano jurisdiccional encargado de conocer en primera instancia... de 'determinadas categorías de recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas'» ha provocado en la doctrina la elaboración de numerosas hipótesis sobre la amplitud efectiva de las competencias a transferir al TPI<sup>111</sup>. Para SAGGIO la única explicación coherente consiste en reconocer que al referirse a «categorías» se ha querido indicar la posibilidad —y también incluso la oportunidad—, de una transferencia gradual de competencias. Tal fue la interpretación propuesta en el curso de los trabajos preparatorios de la Decisión, confirmada por el n.º 3 del citado art. 3<sup>112</sup>.

Ha puesto de relieve GALTOT<sup>113</sup> el marcado contraste existente entre el lujo de precauciones adoptadas para asegurar la independencia del nuevo tribunal y la calidad de sus resoluciones<sup>114</sup>, por una parte; y lo limitado de las competencias transferidas finalmente al TPI, por otra.

110. DA CRUZ VILAÇA, J. L.: «The Court...», op. cit., p. 36.

111. Ofrece una visión comparada SAGGIO, A.: Organización y competencias..., op. cit., p. 16 a 20.

112. En la redacción del Tratado de Unión Europea, firmado en Maastricht en febrero de 1992, la interpretación extensiva que propone SAGGIO se ha visto confirmada, ya que ha tenido lugar el traspaso de las competencias necesarias para que el TPI conozca de todos los asuntos excepto de las cuestiones prejudiciales.

Esta tendencia expansiva ha tenido su expresión final en la Decisión del Consejo 93/250/Euratom, CECA, CEE, de 8 de junio de 1993, de transferencia de nuevas competencias al TPI. Sobre esta Decisión vid. infra, p. 44.

113. GALTOT, Y.: «Le Tribunal de première...», op. cit.

114. Así en cuanto a su composición se ha prestado especial atención a que esté integrado por juristas altamente cualificados a la par que se ha puesto destacado interés en que se trate de personas cuya preparación les permita juzgar rápidamente los asuntos

Este tema constituía el núcleo de la propuesta presentada por el Tribunal de Justicia, quien, al formularla pudo elegir entre dos soluciones posibles: atribuir al nuevo órgano judicial el máximo de competencias permitido en el marco de lo dispuesto en el A.U.E., con excepciones limitadas y concretas por tanto; o bien atribuirle competencias limitadas para el conocimiento de materias específicas. De ambas soluciones del Tribunal optó por la segunda, esto es, una atribución limitada de competencias específicas. En esta elección influyeron dos factores principalmente, como son el intento por reducir en la medida de lo posible el riesgo de que ambos órganos conozcan simultáneamente de un mismo asunto, y sobre todo el deseo del Tribunal de Justicia de retener su competencia respecto de las acciones que impugnen la validez de la legislación comunitaria<sup>115</sup>.

Las razones que motivaron al TJCE a optar en su propuesta por una transferencia limitada de competencias fueron expresadas de una manera general en la EM de la misma, y, más detalladamente, en la nota explicatoria de su art. 3<sup>116</sup>.

De acuerdo con esta propuesta<sup>117</sup>, el TPI sería competente para conocer:

- a) de los litigios entre la Comunidad y sus funcionarios y agentes;
- b) de los recursos interpuestos por las personas físicas o jurídicas

que se les sometan; se han adoptado las disposiciones necesarias para que el TPI cuente desde su origen con la infraestructura material y personal necesaria, y simultáneamente se ha cuidado su independencia a través del nombramiento de su propio Secretario; a sus miembros se les aplica el mismo estatuto de privilegios e inmunidades que a los miembros del TJ.

115. «European Court of First Instance Report» del Select Committee of the House of Lords, 1987, p. 10.

Explica BIANCARELLI («La création du tribunal...», op. cit., p. 11) que la idea subyacente era la de excluir todos los asuntos en que pudieran verse afectados intereses de los Estados miembros, así como las posibles anulaciones de actos de las instituciones comunitarias de alcance y efectos generales.

116. En dicho art. 3 se especifican los motivos que condujeron al TJCE a excluir las siguientes materias de la competencia del TPI cuando el AUE lo permitía: los asuntos relativos a las ayudas de Estado: recursos de anulación y de inactividad cuando hayan sido interpuestos por Estados miembros o por las instituciones: acciones por responsabilidad extracontractual de la Comunidad.

117. En opinión del Select Committee la competencia esbozada en la propuesta permitiría al TJ simplemente «ponerse al día» al librarse aproximadamente de un tercio de su trabajo, pero no lo veía como una verdadera solución. Igualmente varios de los autores consultados por este Comité (JACOBS, USHER, LASOK), dudaban de la efectividad del Tribunal de Primera Instancia para reducir dicha carga, a largo plazo (op. cit., p. 12).

contra un acto de una institución o por su inactividad, relativos al cumplimiento de las normas del Derecho de la competencia en el marco del TCEE, o medidas de defensa comercial (antidumping y subvenciones). Así como los interpuestos por empresas o asociaciones de empresas contra actos de la Comisión relativos al control de la producción, precios y prácticas restrictivas de la competencia, en el marco del TCECA;

c) de las acciones por daños y perjuicios presentadas con ocasión de alguno de los recursos a que se ha hecho mención en los apartados anteriores.

Además el TJCE manifestó su disposición a ampliar el ámbito competencial al área de todas las acciones por daños y perjuicios, que en principio no consideró en su propuesta por las posibles interrelaciones que pudieran producirse entre los dos órganos<sup>118</sup>.

La estrechez que podemos predicar de esta propuesta ha sido objeto de múltiples críticas. Sin embargo, y a pesar de que, como destaca JACOBS<sup>119</sup>, son muchas las reservas que se le pueden hacer, esta precisión con que describe la competencia del TPI es siempre preferible a dejar en manos del TJCE una facultad de «delegación ad hoc», ya que ello entrañaría un elemento de discrecionalidad contrario al principio del juez legal<sup>120</sup> (que en nuestro ordenamiento jurídico concretamente tiene rango constitucional) así como a la deseada independencia del TPI. Asimismo ha defendido esta postura BIANCARELLI entendiendo que esta falta de ambición en realidad fue una muestra de prudencia del TJCE hasta conocer el funcionamiento del nuevo órgano, es decir hasta que el TPI fuera adquiriendo lo que él mismo denomina «cartas de nobleza»<sup>121</sup>.

La Comisión se mostró en todo momento contraria a la transferencia de competencias en materia de medidas de defensa comercial (dumping y subvenciones). Justificaba su postura con cuatro motivos esencialmente<sup>122</sup>: porque una resolución satisfactoria de los conflictos en esta materia exigiría una abundante y consolidada jurisprudencia todavía inexistente.

118. KENNEDY, T.: «The essential...», op. cit., p. 21.

119. JACOBS, F. G.: «Proposals for reform in the...», op. cit.

120. En este mismo sentido se pronuncia SCHERMERS (op. cit., p. 551) cuando reconoce que habría sido más sencillo conceder al TJCE en una cláusula general la facultad para transferir asuntos al TPI, pero esto estaría en directa contradicción con el principio general que consagra el derecho de toda persona al conocimiento previo del tribunal que va a conocer de su causa.

121. Op. cit., p. 10 y 11.

122. Recogida en el Documento SEC (88) 1.121 final, de 20 de julio.

En segundo lugar por la importancia que estos asuntos pueden alcanzar desde el punto financiero, que provocaría constantes recursos de la parte perjudicada por la decisión del órgano inferior, con lo cual la carga del TJCE en lugar de aligerarse se vería agravada, así como también la del Consejo y la Comisión, que se verían obligados a pleitear ante ambas instancias. El tercer motivo aludía al especial procedimiento legislativo establecido para la adopción de medidas en estos dos tipos de materias, en las que la Comisión no tiene la última palabra sino que su acción está sometida al control del Consejo (que es el que emite el acto definitivo y por lo tanto vinculante) y al TJCE (a través del control de legalidad). Por ello consideraba la Comisión que añadir una nueva instancia equivaldría a establecer un triple control a superar, prolongando así el procedimiento y retrasando el momento en que una medida en esta materia podría ser considerada como definitiva. Por último, y en cuarto lugar, aludía a que los operadores de terceros Estados se beneficiarían de este sistema sin que, por contra, nada permitiese pensar en un tratamiento recíproco para los operadores comunitarios en dichos países<sup>123</sup>.

En general el PE manifestó su apoyo, en esta materia, al contenido del proyecto presentado por el TJCE. Esquemáticamente: litigios entre las Comunidades y sus agentes; los relativos a la aplicación de las normas sobre la competencia; medidas antidumping y subvenciones; y la aplicación de los arts. 50, 57 y 60 TCECA. Y consecuentemente también será competencia del TPI los recursos de responsabilidad por los daños que pueden resultar de dichos litigios. Valora positivamente el PE el método seguido por el TJCE al determinar «*ratione materiae*» las competencias a transferir, en cuanto método pragmático y útil para evitar dificultades de ejecución.

123. VAN GINDERACHTER da una respuesta a cada uno de los razonamientos de la Comisión en su trabajo: «Le Tribunal de première...», op. cit., p. 83 (nota 38): Respecto de la insuficiencia de jurisprudencia consolidada, Van G. pone de manifiesto que el 25 de mayo de 1988 el TJCE había dictado 32 «autos» y 20 sentencias en esta materia, volumen que este autor considera ya de suficiente entidad. Destaca en segundo lugar que el principal foco de trabajo que provocan estos asuntos está en la complejidad de las cuestiones fácticas, y ésta es precisamente la tarea para la que se ha creado un tribunal de primera instancia, por lo que es de presumir que estará mejor dotado para llevarla a cabo que el TJCE; y es evidente que al limitar el recurso ante el órgano superior a cuestiones de derecho se facilitará la labor de éste. Frente al tercer motivo alegado por la Comisión, Van G. concluye que los actos definitivos emanan del Consejo, y que por lo tanto la intervención del TPI sólo conducirá a un doble control judicial. Respecto del último razonamiento de la Comisión, defiende este autor, que la protección jurisdiccional no debería depender de la reciprocidad sino que debería ser aplicable a todos aquellos que actúen en el ámbito del Derecho Comunitario.

Con relación a los controvertidos asuntos antidumping y antisubvenciones, la ponente, Sra. Vayssade, consideraba que los razonamientos alegados por la Comisión constituían precisamente datos a favor para su transferencia; en términos textuales decía: «la ponente es consciente de que si las dos instancias judiciales comunitarias no se pronuncian a corto plazo sobre estos asuntos, los perjuicios para los Estados y para los operadores económicos pueden ser considerables. Sin embargo estas dificultades no hacen sino reforzar la necesidad de un tribunal de primera instancia competente en la materia que tenga por misión el establecimiento de los hechos, que pueden ser extremadamente complejos, y la declaración del Derecho», de este modo en caso de recurso la tarea del TJCE se vería considerablemente simplificada al tener que concentrarse únicamente sobre los argumentos de derecho para dictar su sentencia.

A través de las posturas de cada una de las instituciones podemos reconocer de nuevo, en el contenido de la Decisión del Consejo, el consenso que permitió que ésta finalmente viera la luz. El Consejo recogió efectivamente la propuesta del TJCE en el art. 3.º de la DTPI; aunque con alguna matización<sup>124</sup>, ya que con relación al punto más controvertido (la competencia del tribunal en asuntos dumping y subvenciones), y ante las presiones de la Comisión y de Francia, concretamente, incluyó una cláusula evolutiva que permitía replantear este tema transcurridos 2 años desde la entrada en funcionamiento del nuevo organismo<sup>125</sup>.

124. Art. 3: «1. El TPI ejercerá las competencias...:

- a) respecto de los litigios entre las Comunidades y sus agentes contemplados en el art. 179 TCEE y en el art. 152 TCEEA;
  - b) respecto de los recursos interpuestos contra la Comisión en virtud del párr. 2.º del art. 33 y del art. 35 TCECA por las empresas o las asociaciones a que se refiere el art. 48 de dicho Tratado y que afecten a actos individuales relativos a la aplicación de los arts. 50 y 57 a 66 del mencionado Tratado;
  - c) respecto de los recursos interpuestos contra una institución de las Comunidades por personas físicas o jurídicas en virtud del párr. 2.º del art. 173 y del párr. 3.º del art. 175 TCEE que se refieran a la ejecución de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas.
2. Cuando una misma persona física o jurídica interponga un recurso que sea competencia del TPI en virtud del apartado 1.º del presente art. y un recurso de los contemplados en los párr. 1.º y 2.º del art. 40 TCECA, 178 TCEE, y 151 TCEEA, para obtener la reparación de los daños causados por una institución comunitaria como consecuencia del acto o de la omisión objeto del primer recurso, el TPI será también competente para pronunciarse sobre el recurso relativo a la reparación de dichos daños».

125. Art. 3: «3. A la vista de la experiencia adquirida y especialmente de la evolución de la jurisprudencia, el Consejo volverá a examinar, después de dos años de funcionamiento del tribunal de Primera Instancia, la propuesta del Tribunal de Justicia de

Partiendo de las posibilidades que ofrecía el art. 168-A TCEE sobre el ámbito competencial diseñado por la Decisión por la que se creó el nuevo tribunal, y ante el resultado final expresado en la Decisión 88/591, es posible diferenciar tres círculos de limitaciones a los que se ha sometido la concreción del ámbito jurisdiccional del TPI en el momento de su creación:

El más amplio de estos círculos lo constituye el marco dibujado por el propio art. 168-A TCEE, en que se tradujo la propuesta del TJCE presentada ante la Conferencia Intergubernamental —por tanto antes de la firma del A.U.E.— que solamente excluía del conocimiento del futuro Tribunal de Primera Instancia las cuestiones prejudiciales y los recursos interpuestos por los Estados miembros y las instituciones comunitarias. El marco quedaba limitado al mismo tiempo de un modo positivo, al reconocer la competencia para conocer de los recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas, y negativo, toda vez que eran expresamente excluidos los asuntos promovidos por Estados miembros o las Instituciones y las cuestiones prejudiciales.

GALMOT justifica la exclusión de las cuestiones prejudiciales por lo que él estima razones técnicas evidentes, ya que se trata de cuestiones insertas en procedimientos nacionales a los que suspenden, lo que impide

---

atribuir al TPI competencia para conocer de los recursos interpuestos contra la Comisión en base al párr. 2.º del art. 33 y al art. 35 TCECA por las empresas y asociaciones de empresas contempladas en el art. 48 de dicho Tratado y que se refieran a disposiciones relativas a la aplicación del art. 74 de este Tratado, así como de los recursos interpuestos contra una institución de las Comunidades por personas físicas o jurídicas en virtud del párr. 3.º del art. 175 TCEE y que se refieran a medidas de protección comercial con arreglo al art. 113 de este Tratado en caso de dumping o de subvenciones».

La cláusula de revisión a los 2 años de funcionamiento que contiene este apartado encarna una solución de compromiso conseguida frente a los 5 años que proponía Francia y a la Comisión, cuya propuesta consistía en no fijar término alguno concreto (tanto el TJCE como el PE estuvieron desde un principio a favor de la transferencia completa de la competencia en estas materias).

En opinión de VAN GIDERACHTER (op. cit., p. 84) se trató de una solución poco válida, entendiéndose que difícilmente los que se opusieron en un principio cambiarán de opinión transcurridos dichos 2 años, salvo aparición de algún dato nuevo como sería conceder a la Comisión el poder de decisión final en materia dumping y subvenciones.

En este sentido el TJ, en un documento presentado ante el Consejo de Ministros antes del verano de 1992, propuso que el TPI adquiriera competencia en los casos de medidas anti-dumping y antisubvenciones, y que la empresa denunciada por práctica de dumping tuviera la posibilidad de apelar ante el TJ, contra la sentencia dictada por el TPI. La Comisión, para solucionar el problema de la excesiva prolongación de los procedimientos anti-dumping (como resultado de un proceso de apelación) propuso a su vez que la decisión inicial de imponer un derecho definitivo fuera responsabilidad suya y no del Consejo.

que puedan acomodarse al plazo excesivo que entraña la doble instancia. En cambio no encuentra tan justificada la exclusión de los recursos interpuestos por los EEMM o las instituciones, aunque efectivamente reconoce que algunos de éstos pueden entrañar cuestiones relativas al equilibrio institucional establecido por los Tratados, de las cuales sólo puede ser competente para conocer el TJCE. La verdadera razón de la exclusión residió, en que ni las instituciones ni los EEMM estaban dispuestos a aceptar que sus asuntos fueran juzgados por otro órgano que no fuera el Pleno del TJCE<sup>126</sup>.

Un segundo círculo, situado en el interior de los límites de aquel, lo constituye la propia propuesta del TJCE. El Tribunal de Justicia, en su proyecto de Decisión presentado al Consejo en 1987, puso de manifiesto su renuncia a solicitar el máximo de competencial autorizado por el art. 168-A TCEE. En el momento de concretar dicha propuesta se despertó un vivo debate en el seno del mismo Tribunal, a lo largo del cual se manifestaron dos tendencias claramente contrapuestas: por una parte aquellos que creían que continuaría incrementándose la carga de trabajo del TJCE deseaban hacer uso del máximo de posibilidades disponibles; por otra parte los que eran desde un principio contrarios a la creación de un Tribunal de Primera Instancia, porque consideraban que ello podría hacer quebrar el sistema de control de la legalidad establecido por los Tratados<sup>127</sup>. Como declara GALMOT, lamentablemente ésta fue la corriente de opinión que más influyó en la redacción final.

Y cabe hablar por último de un tercer círculo, más restringido y resultado de todas las negociaciones y conversaciones previas a la instauración del TPI, concretado en la propia Decisión 88/591, de acuerdo con la cual el ámbito jurisdiccional atribuido al nuevo órgano resultó inferior a la ya menguada propuesta del TJCE. Francia apoyó sólidamente esta redacción de la Decisión, coherentemente con la hostilidad que este Estado miembro había mostrado a lo largo de todo el proceso de elaboración de la misma, a la creación de un nuevo órgano jurisdiccional<sup>128</sup>.

---

126. GALMOT, Y.: «Le Tribunal...», op. cit., p. 572.

127. Aunque no declarado abiertamente, entre los jueces que integraban esta tendencia había un temor de que el nuevo órgano ensombreciese la labor del propio TJCE (GALMOT, Y., op. cit., p. 573).

128. Es lógica la postura de Francia, pues como nos informa GALMOT (op. cit., p. 578), en Francia la experiencia ha demostrado que la creación de órganos jurisdiccionales subordinados para descargar otro supremo sólo aporta a éste un globo de oxígeno cuyos efectos se agotan con mayor o menor rapidez; y especifica este autor que en este caso concreto del TPI tal y como ha sido diseñado antes que de un globo sería más exacto hablar de una burbuja.

Fueron, por tanto, finalmente excluidas de la competencia del nuevo tribunal, de modo expreso en la Decisión: las acciones interpuestas por personas físicas y jurídicas en materia de medidas antidumping y anti-subsidios, asimismo aquellas relativas a las ayudas de Estado; tampoco será competencia del TPI el conocimiento de las acciones por daños y perjuicios cuando no hayan sido interpuestas con ocasión de alguno de los recursos cuyo conocimiento sí compete al TPI; asimismo han quedado fuera de su ámbito los supuestos previstos en el art. 181 TCEE (atribución de competencia por medio de una cláusula arbitral). Cabría añadir que de la propia redacción del art. 3 DTPI se deduce, junto a la atribución de unas competencias específicas, otro tipo de exclusiones en cuanto que, efectivamente siendo el TPI competente para conocer de los recursos interpuestos por personas físicas y jurídicas, se establece que sólo contra las decisiones que les conciernan directa e individualmente, y nunca contra los verdaderos reglamentos comunitarios; además no cabe tales recursos contra toda decisión sino sólo contra aquellas relativas a determinadas materias (como las relativas a los arts. 85 y 86 TCEE...), de modo que el TPI no será competente para el control de la legalidad de los actos comunitarios en materia de aduanas y aranceles, ni regulación agrícola, etc.

El seguimiento que acabamos de hacer sobre la evolución y modificaciones del ámbito competencial de nuevo órgano jurisdiccional pone de manifiesto, una vez más, las diferentes tendencias existentes en el seno de las instituciones comunitarias sobre el significado que el nuevo órgano había de tener en el marco institucional comunitario, y la trascendencia e importancia de su labor. Como claramente se proclama en los Considerandos de la Decisión 88/591, el TPI surge como una respuesta exigida ante la situación de saturación de la justicia comunitaria que, en último término, se traducía en enormes retrasos en la resolución de los procesos, con la vulneración que ello suponía del derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, ampliamente reconocido tanto a nivel comunitario como dentro de cada uno de los EE.MM.

Parece contradecir, sin embargo, lo aquí dicho el reducido ámbito de competencias finalmente reconocido en la Decisión de 24 de octubre de 1988. Probablemente la postura adoptada y manifestada en dicha Decisión haya respondido a una prudente modestia inicial, como ya hemos puesto de manifiesto en las páginas que preceden<sup>129</sup>, hasta ver la verda-

129. Vid. supra p. 40.

dera utilidad del nuevo tribunal y en qué medida éste era capaz de satisfacer las necesidades que exigieron su institución.

Como consecuencia de esta restrictiva concepción, desde un principio la actuación del TPI había quedado prácticamente limitada al conocimiento y resolución de los llamados «staff cases» o asuntos de funcionarios, y algún asunto sobre derecho de la competencia que lograra superar los diferentes filtros interpuestos (introducido por persona física o jurídica, contra un acto de la Comisión o el Consejo que les afectara directa e individualmente, relativo exclusivamente a los arts. 85 y 86 TCEE, y —expresamente— nunca en supuestos de medidas anti-dumping ni anti-subsidios).

Después de los tres primeros años de vida, y visto el positivo resultado del tribunal y la seriedad con que los nuevos jueces han acometido su tarea, durante las negociaciones que abocaron en la firma del T.U.E. en Maastricht el 7 de febrero de 1992, se abordó la cuestión dejada abierta por la cláusula revisoria introducida en el n.º 3.º del art. 3 de la Decisión 88/591. Fruto de estos trabajos fue una importante modificación introducida por el Tratado de Unión Europea (en vigor desde el 1 de noviembre de 1993) en el contenido del art. 168-A TCEE, que constituye el máximo de amplitud del marco competencial del TPI, superando el diseñado por el A.U.E. en 1986, y eliminando aquel privilegio no justificable por el que se reservaba al conocimiento del TJCE de todo recurso interpuesto por un E.M. o una institución comunitaria<sup>130</sup>.

*Modificación del ámbito competencial: ampliación de las competencias transferidas al TPI (Decisión del Consejo de 8 de junio de 1993)*<sup>131</sup>.

Con independencia de la alteración, en cuanto a los límites máximos institucionalmente establecidos, que ha supuesto la aprobación y entrada en vigor del T.U.E., el Consejo de las CC.EE., y habida cuenta de las

130. El nuevo art. 168-A ha quedado redactado como sigue: «1. (...) El Tribunal de Primera Instancia no será competente para conocer de las cuestiones prejudiciales planteadas en virtud del art. 177». Por tanto solamente son objeto de reservado conocimiento por el TJCE con exclusión del TPI, las cuestiones prejudiciales, el resto de los asuntos, con independencia de la materia sobre la que versen o el carácter del actor, puede ser objeto de conocimiento por el tribunal comunitario de primera instancia, sin perjuicio de un recurso ante el TJ limitado a las cuestiones de derecho.

131. Decisión del Consejo 93/350/Euratom, CECA, CEE, de 8 de junio de 1993, «por la que se modifica la Decisión 88/591/CECA, CEE, Euratom, por la que se crea el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas», DOCE n.º L 144 de 16 de junio de 1993, pp. 21 y ss.

experiencias obtenidas, procedió a ampliar las competencias transferidas al TPI para conocer en primera instancia de determinadas categorías de recursos interpuestos por personas físicas o jurídicas, mediante Decisión aprobada el 8 de junio de 1993.

En el Considerando primero de la misma, al recordar que la finalidad de la institución del TPI fue la de mejorar la protección judicial de los justiciables<sup>132</sup>, el propio Consejo ha reconocido la necesidad de extender la competencia del tribunal en orden a la consecución de aquélla. De acuerdo con esta voluntad se modifica el contenido del art. 3 de la Decisión 88/591 en el sentido de atribuir al TPI competencia para conocer de «todo» recurso que sea presentado ante la jurisdicción comunitaria por personas físicas y jurídicas.

Aunque sin llegar a agotar las posibilidades ofrecidas por la nueva redacción del art. 168-A TCEE, esta Decisión parece alterar de modo sustancial la carga de trabajo tanto del TJCE como del TPICE, traspasando, en bloque, esta categoría de asuntos. Sin embargo tal alteración, aún siendo significativa (se ha dado traslado a más de 400 asuntos —prácticamente todos ellos sobre agricultura, 14 sobre ayudas de Estado, y unos pocos relativos a Política comercial, relaciones exteriores, medio ambiente y consumidores, y Banco Europeo de Inversiones—, no tendrá tal repercusión en virtud lo establecido en el art. 3 de la Decisión 93/350 en relación con la entrada en vigor de la misma, según el cual se aplaza dicha entrada en vigor precisamente cuando se trate de asuntos relativos a medidas de defensa comercial en caso de dumping y subvenciones, «hasta una fecha que el Consejo fijará por unanimidad». Se sigue, en definitiva, evitando la resolución de esta polémica cuestión; y, teniendo en cuenta las dificultades que tiene el Consejo para alcanzar la unanimidad en sus resoluciones, podemos incluso hablar de un aplazamiento «sine die».

El momento y modo del traspaso de asuntos de uno a otro órgano viene regulado en el art. 4 de la Decisión, estableciendo como criterio el mismo ya utilizado en el momento de comenzar a funcionar el TPI: se

132. «Considerando que el hecho de agregar al Tribunal de Justicia el Tribunal de Primera Instancia mediante la Decisión 88/591/CECA, CEE, Euratom está encaminado, a través de la creación de una doble instancia de jurisdicción, a mejorar la protección judicial de los justiciables, en particular por lo que respecta a los recursos que requieran un estudio detenido de hechos complejos, y a mantener la calidad y eficacia del control jurisdiccional en el ordenamiento jurídico comunitario, al permitir al Tribunal de Justicia que concentre su actividad en su labor esencial, que es la de velar por una interpretación uniforme del Derecho comunitario; ...».

remitirán aquellos asuntos respecto de los cuales no se haya presentado aún ante el TJ el informe preliminar. En aplicación y desarrollo de esta disposición el TJ, mediante autos de 27 de septiembre de 1993, remitió al TPI un total de 451 asuntos ya iniciados ante la alta instancia judicial comunitaria.

Ante las múltiples dificultades puestas al funcionamiento del TPICE, no sólo durante su gestación sino también una vez instituido, a pesar de la unánime convicción de su necesaria presencia así como de su positiva labor, debemos concluir el presente análisis recogiendo las limitaciones de este órgano, tal y como ha sido concebido, y afirmar con GARMOT que «hay que ser consciente de que el Tribunal de Primera Instancia no es, ni probablemente será nunca, un juez de primera instancia común. Es un simple juez de atribución en la medida en que sólo conoce de los asuntos que le son expresamente atribuidos por un texto»<sup>133</sup>.

133. GARMOT, Y., op. cit.

## ABREVIATURAS UTILIZADAS

A.E.A.P.:	Annuaire Européen d'Administration Publique
A.U.E.:	Acta Unica Europea
as./As.:	asunto
C.D.E.:	Cahiers de Droit Européen
C.Esp.:	Constitución Española de 1978.
C.M.L.R.:	Common Market Law Review
CCEE/CE:	Comunidades Europeas/Comunidad Europea
CGPJ:	Consejo General del Poder Judicial
DOCE:	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
E.L.R.:	European Law Review
Ed., ed.:	editorial
EE.MM.:	Estados Miembros
EM:	Exposición de Motivos
fto.jco.:	fundamento jurídico
GJ de la CEE:	Gaceta Jurídica de la CEE
I.C.L.Q.:	International and Comparative Law Quarterly
I.EE.EE.:	Institut d'Etudes Européennes
J.C.M.S.:	Journal of Common Market Studies
Jca.:	Jurídica
JOCE:	Journal Officiel des Communautés Européennes
LGDJ:	Librairie Générale de Droit et Jurisprudence
LOPJ:	Ley Orgánica del Poder Judicial
op.cit.:	obra citada
p.:	página/páginas
párr.:	párrafo
R.F.D.A.:	Revue Française de Droit Administratif
R.I.E.:	Revista de Instituciones Europeas
R.T.D.E.:	Revue Trimestrielle de Droit Européen
R.U.D.P.:	Revista Universitaria de Derecho Procesal
Rev.:	Revista
Rev.D.P.:	Revista de Derecho Público
Riv.Dir.Proc.:	Rivista di Diritto Processuale
RP:	Reglamento de Procedimiento
RPTJ:	Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia
RPTPI:	Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia

s/ss:	siguiente/s
supra:	más arriba, citado anteriormente
TJ/TJCE/TJCC.EE.:	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TPI:	Tribunal de Primera Instancia
TPICE:	Tribunal de Primera Instancia de la Comunidad Europea
T.U.E.:	Tratado de Unión Europea
ULB:	Université Libre de Bruxelles
Vol./vol.:	volumen
Y.E.L.:	Yearbook of European Law

**CONOCIMIENTO PLENO DEL TRIBUNAL  
DE APELACION CUANDO SE FORMULEN  
PRETENSIONES ALTERNATIVAS Y SE APELE  
POR UNA DE ELLAS**

***COMENTARIO A LA STC 4/1994, DE 17 DE ENERO***

JAUME SOLÉ RIERA

*Sala Segunda. Sentencia 4/1994, de 17 de enero de 1994. Recurso de amparo 769/1991. Contra Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, estimatoria del recurso de apelación interpuesto contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Igualada, en autos de divorcio. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: incongruencia omisiva.*

La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, compuesta por don Luis López Guerra, Presidente; don Eugenio Díaz Eimil, don Alvaro Rodríguez Bereijo, don José Gabaldón López, don Julio Diego González Campos y don Carles Viver Pi-Sunyer, Magistrados, ha pronunciado

## EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

## SENTENCIA

En el recurso de amparo núm. 769/91, promovido por doña María Dolores Queralt Companys, representada por el Procurador de los Tribunales don Eduardo Morales Price y asistida del Letrado don Francisco Muñiz Menero, contra Sentencia la Sección Decimoprimeras de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de marzo de 1991, estimatoria de recurso de apelación núm. 469/90 promovido contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Igualada, de fecha 20 de junio de 1990, en autos de divorcio núm. 164/89. Ha sido parte don Francisco Garriga Miró, representado por el Procurador don José Luis Ferrer Recuero y asistido del Letrado don Víctor Reina Bernáldez. Ha comparecido el Ministerio Fiscal y ha sido Ponente el Magistrado don Eugenio Díaz Eimil, quien expresa el parecer de la Sala.

## I. Antecedentes

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 12 de abril de 1991, don Eduardo Morales Price, Procurador de los Tribunales y de doña María Teresa Queralt Companys, interpone recurso de amparo contra la Sentencia de la Sección Decimoprimeras de la Audiencia Provincial de Barcelona de 20 de marzo de 1991, estimatoria de recurso de apelación (rollo núm. 496/90) promovido contra la dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Igualada, de fecha 20 de junio de 1990, en autos de divorcio núm. 164/89.

2. Los hechos en los que se fundamenta la demanda son, sucintamente expuestos, los que siguen:

A) Don Francisco Garriga Miró interpuso en su día demanda de divorcio contra su entonces esposa, la ahora recurrente; demanda que dio lugar a los autos núm. 164/89, tramitados en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Igualada. En su contestación a la demanda la hoy actora formuló, en lo que ahora interesa, dos pretensiones alternativas. Que se declara la extinción del régimen de separación de bienes existente entre los cónyuges, fijando en favor de la recurrente una compensación

económica por importe de 50.000.000 pesetas, o que se le asignara una pensión compensatoria de 400.000 pesetas mensuales. La pretensión principal se fundamentaba en el art. 1.438 del Código Civil, en tanto que la alternativa lo hacía en el art. 97 del mismo Código. El actor civil se opuso a ambas pretensiones alegando, en cuanto a la primera, que el art. 1.438 C.C. no es de aplicación al régimen de separación de bienes vigente en Cataluña en defecto de capitulaciones; en cuanto a la segunda, que no concurrían las condiciones exigidas por el art. 97 C.C. para la concesión de una pensión compensatoria.

B) El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia de 20 de junio de 1990. En ella, y en lo que ahora importa, se declaró disuelto el régimen de separación de bienes y se estableció en favor de la ahora recurrente una compensación económica de 20.000.000 pesetas, concedida en aplicación del art. 97 C.C. El juzgador de instancia consideró que el art. 1.438 C.C. no era aplicable al régimen de separación de bienes catalán.

C) El señor Garriga Miró interpuso recurso de apelación (rollo núm. 496/90) ante la Audiencia Provincial de Barcelona, cuya Sección Decimoprimeras dictó Sentencia de 20 de marzo de 1990, parcialmente revocatoria de la instancia. A juicio de la Sala, los arts. 97 y 98 C.C. —aplicados por el Juzgado— permiten fijar una pensión compensatoria periódica, pero no sustituirla por la entrega de un capital, por lo que deja sin efecto la indemnización acordada en la Sentencia apelada. De otro lado, y pese a entender que sería de aplicación al caso el art. 1.438 C.C., la Sala consideró que, por tratarse de cuestión ajena al recurso de apelación planteado —dado que la Sentencia impugnada no se había fundamentado en dicho precepto—, no procedía que la Audiencia le diera aplicación.

3. Se interpone recurso de amparo contra la Sentencia de la Sección Decimoprimeras de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 20 de marzo de 1991 (rollo núm. 496/90), interesando su nulidad y la retroacción de lo actuado para que se dicte nueva Sentencia en la que se determine si es o no aplicable al caso el art. 1.438 C.C. y, de serlo, se le dé efectiva aplicación o, si se desestima la pretensión principal de la actora, se resuelva sobre la pretensión alternativa.

Entiende la demandante que la resolución judicial impugnada ha incurrido en infracción del art. 24.1 de la constitución. Señala que «el Tribunal de apelación no queda constreñido ni limitado en forma alguna a analizar la conveniencia al caso de las normas jurídicas invocadas por las partes o aplicadas por el juzgador de primera instancia, sino que puede y debe resolver la cuestión mediante la utilización de cualesquiera

otras normas o principios que considere atinentes al asunto (,) aunque no hayan sido contemplados con anterioridad por ninguno de los intervinientes en el proceso» (p. 7); además —continúa— la jurisdicción en segunda instancia abarca la totalidad del asunto en la forma en que se planteó en la primera instancia; de ahí que si una petición formulada como principal se desestima es forzoso entrar a resolver la que se planteó como alternativa. En el supuesto ahora planteado, la Sentencia de apelación considera aplicable el art. 1.438 C.C., pero no resuelve si su aplicación efectiva al caso hubiera podido llevar a la confirmación de la compensación económica fijada por el Juez de instancia. A juicio de la actora, es obvio que la Audiencia podía confirmar el pronunciamiento del Juzgado, no por los fundamentos tenidos en cuenta por éste, sino en atención a otros distintos. «Al limitar su jurisdicción a revisar si la norma aplicada en la primera instancia era procedente o no, prescindiendo de tener en cuenta otras normas que se estimen en principio congruentes con el asunto, el Tribunal hizo dejación de sus facultades, lesionando con ello el derecho (de la recurrente) a que se resolviera la cuestión conforme a las normas que el propio Tribunal considera que deberían haberse tenido en cuenta» (p. 8). Dada la imposibilidad de que la ahora demandante recurriera contra una Sentencia con cuyo fallo estaba conforme —aunque discrepara de su fundamentación—, la tutela efectiva que el Tribunal de apelación venía obligado a dispensarle exigía que se supliera «esta imposibilidad de actuar acudiendo a las normas de Derecho aplicable» (ibíd.).

Subraya la recurrente que su demanda de amparo no obedece a la mera discrepancia con la aplicación del Derecho llevada a cabo por la Audiencia, sino a la circunstancia de que la Audiencia no ha aplicado un precepto que la propia Sala consideraba de aplicación, conculcando así el derecho de la actora a la tutela judicial.

Por último, entiende la demandante que, desestimada por la Audiencia la pretensión principal de la actora estimada en la instancia, la Sala debió resolver la cuestión relativa a la segunda de las pretensiones formuladas al no haberlo hecho, se ha vulnerado de nuevo el derecho a la tutela judicial efectiva, planteándose con ello un problema similar al que dio lugar a la STC 200/1987, estimatoria del amparo entonces pretendido.

4. Mediante providencia de 1 de julio de 1991, la Sección Tercera de este Tribunal acordó, de conformidad con lo dispuesto en el art. 50.3 LOTC, conceder a la demandante de amparo y al Ministerio Fiscal un plazo común de diez días para que alegaran lo que estimasen pertinente en relación con la posible concurrencia de la causa de inadmisión esta-

blecida en el art. 50.1 c) LOTC, por carecer la demanda manifestaciones de contenido que justifique una resolución sobre el fondo.

5. Examinadas las alegaciones interesadas, y por providencia de 30 de septiembre de 1991, la Sección acordó admitir a trámite la demanda de amparo y dirigir comunicación a la Sección Decimoprimer de la Audiencia Provincial de Barcelona y al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Igualada para que remitieran, respectivamente, certificación o copia averdada de las actuaciones correspondientes al recurso de apelación núm. 496/90 y a los autos de divorcio núm. 164/89; asimismo se acordó la práctica de los emplazamientos pertinentes.

6. Mediante providencia de 23 de julio de 1992 se acordó tener por personado y parte en el presente procedimiento a don José Luis Ferrer Recuero en nombre y representación de don Francisco Garriga Miró, acusar recibo de las actuaciones judiciales interesadas y, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.1 LOTC, dar vista de las mismas a las partes personadas y al Ministerio Fiscal por plazo común de veinte días al objeto de que presentaran las alegaciones que estimasen pertinentes.

7. La representación procesal de la recurrente presentó su escrito de alegaciones el 18 de septiembre de 1992. En él se reitera que las cuestiones planteadas en el presente proceso constitucional son, por un lado, si es contraria al art. 24.1 de la Constitución una Sentencia dictada en apelación que, estimando aplicable una determinada norma, no la aplica por razón de no haber sido aplicada por la Sentencia dictada en instancia, por otro, si la Sentencia ahora recurrida debió o no examinar la segunda de las pretensiones formuladas en la instancia por la actora.

En lo que a la primera de las cuestiones se refiere, alega la demandante que, en su opinión, el Tribunal que no aplica una norma que, sin embargo, considera aplicable no cumple su cometido jurisdiccional y, por ello, no dispensa al justiciable la debida tutela judicial. A su juicio, no es aceptable el argumento esgrimido por la Sala para justificar su proceder, a saber: que el Juzgado había declarado inaplicable, erróneamente, el art. 1.438 del Código Civil, pero que tal decisión devino inmutable por no haber apelado la parte a quien perjudicaba. Y no es aceptable porque la recurrente había formulado una pretensión de carácter económico amparada en su creencia de que resultaba de aplicación el citado art. 1.438 C.C. y, si bien es cierto que el Juzgado acogió tal pretensión de manera parcial y sobre la bases de unos fundamentos jurídicos distintos de los alegados, no lo es menos que la Sentencia de instancia satisfacía de manera suficiente el derecho de la actora, razón por la cual ésta se aquietó y no la recurrió en apelación. Obviamente

—continúa la demandante— «el aquietamiento se dio respecto a la decisión judicial, no en cuanto a su fundamentación, por cuanto no corresponde a la parte ejercitar recursos en interés de la Ley, sino en el suyo particular, y por tal razón, si la pretensión queda satisfecha, no cabe apelar, aunque no se compartan las razones en Derecho tomadas en consideración para fundamentar el fallo» (pp. 2 y 3). En consecuencia, el aquietamiento de la parte no podía limitar la jurisdicción de la Sala, la cual, por obra del efecto devolutivo del recurso interpuesto por el actor civil, podía y debía «re-enjuiciar» (sic) el asunto en toda su amplitud y confirmar o revocar la Sentencia apelada por sus mismos fundamentos o por otros distintos.

Respecto de la segunda de las cuestiones antes señaladas, alega la recurrente que la vulneración de derechos denunciada es, si cabe, aún más evidente. En su opinión, quien plantea ante los Tribunales dos cuestiones de manera alternativa tiene derecho a que, rechazada la primera de ellas, se resuelva sobre la segunda, y ello tanto en primera como en segunda instancia. En el presente caso, el Juzgado accedió a lo primeramente pretendido (indemnización), por lo que no procedía que entrara a examinar la segunda de las pretensiones (pensión compensatoria). La Sala de apelación, por su parte, rechazó la primera pretensión y no procedió a examinar la segunda, con lo que tampoco ha cumplido con su función jurisdiccional. Además, en este punto la Sala ni siquiera explica las razones de su silencio, lo que constituye una evidente infracción del derecho a la tutela judicial, comprensivo del derecho a obtener una resolución razonada. Si se entiende que la razón implícita es la misma que la utilizada para fundamentar la solución dada a la primera cuestión, es claro que, entonces, se ha producido en este punto, la misma infracción que la producida al resolver aquélla: si la Sala estimó que no debía entrar en la pretensión alternativa porque ésta no fue acogida por la Sentencia apelada y la demandante de amparo no recurrió, se olvida que ésta se conformó con que no se resolviera una de las dos pretensiones si se aceptaba la otra, pero no aceptaba que no se resolviera la segunda si se desestimaba la primera.

Por lo expuesto, la demandante interesa la estimación del presente recurso de amparo.

8. El escrito de alegaciones del representante procesal de don Francisco Garriga Miró se registró en este Tribunal el 11 de agosto de 1992. Tras exponer los antecedentes del caso y referirse a los términos en los que se articula la demanda de amparo, alega el actor civil que ha de repararse en el dato, fundamental, de que la demandante de amparo

no recurrió en apelación contra la Sentencia de instancia ni se adhirió al recurso interpuesto, siendo así que, de conformidad con el art. 858 L.E.C., podía haberse adherido en los extremos en que considerara que la Sentencia le podía perjudicar, como podía ser la denegación de la indemnización y la improcedente concesión de una cantidad de dinero, mediante pago único, en concepto de pensión por desequilibrio económico, pues esto último era manifiesta y previsiblemente revocable por la Audiencia, como finalmente se demostró. Apelando sólo una de las partes, la Audiencia no podía entrar a conocer sobre los pronunciamientos que no han sido objeto del recurso. Ello sólo hubiera sido posible si la apelada se hubiese adherido a la apelación; y lo que ahora pretende la demandante, precisamente, es convertir el amparo constitucional en una tercera instancia. Se recuerda a continuación que la adhesión viene a ser una suerte de segunda oportunidad que la Ley de Enjuiciamiento Civil concede al apelado; como por voluntad del apelante ya se ha iniciado la segunda instancia, la Ley procesal permite que el apelado aproveche esa oportunidad y someter a nueva decisión judicial aquellos puntos en que la Sentencia de instancia le hubiera sido desfavorable. En el presente caso, la pasividad de la ahora recurrente produjo como consecuencia que los pronunciamientos de la Sentencia que no fueron recurridos por el apelante no pudieran ser objeto de pronunciamiento distinto por la Audiencia Provincial, so pena de incongruencia. Así como la Sentencia de instancia debía ser congruente, así también la de apelación debía ceñirse a las peticiones oportunamente deducidas por las partes. El art. 359 L.E.C. es aplicable en toda su extensión a la Sentencia de segunda instancia, pues en apelación rige también el principio dispositivo. De haberse adherido la demandante a la apelación, hubieran quedado sometidas a revisión todas las cuestiones que la actora hubiera planteado, y si se hubiese adherido sin concretar los puntos recurridos se habría entendido que impugnaba toda la resolución, enervando entonces la prohibición de *reformatio in peius* y obligando a la Audiencia a pronunciarse sobre todas las cuestiones objeto de adhesión. Todo ello es lo que la actora no hizo y lo que ahora pretende subsanar, improcedentemente, por vía de amparo.

Se alega a continuación que la demandante de amparo no ha padecido indefensión alguna, sino únicamente las consecuencias de la negligencia o impericia en la defensa de sus intereses, citándose al efecto jurisprudencia constitucional sobre el particular (SSTC 37/1990, 95/1990, 114/1990 y 57/1991, entre otras).

Se refiere a continuación el escrito de alegaciones a la afirmación

vertida en la demanda de amparo en el sentido de que el Juzgado no entró a considerar la pretensión alternativa de fijación de una pensión periódica porque ya había estimado la pretensión principal. A este respecto se señala que la propia incorrección de la Sentencia de instancia parece haber confundido a la recurrente, pues el Juzgado concede en realidad la petición alternativa, esto es, la pensión por desequilibrio económico, y desestima la principal por considerar no aplicable el art. 1.438 C.C. Sin embargo, esa pretensión fue estimada erróneamente mediante el reconocimiento del derecho al cobro de una cantidad única, motivo por el cual la Sentencia fue revocada posteriormente. Tras exponer las razones por las que, a juicio del actor civil personado en este proceso, el art. 1.438 C.C. no era aplicable en el caso debatido ante la jurisdicción ordinaria —con lo que pretende demostrarse que la selección normativa llevada a cabo en la instancia no es, por correcta y motivada, revisable por este Tribunal Constitucional—, se alega que sobre esa inaplicabilidad, apreciada por el Juzgado, no podía pronunciarse la Audiencia Provincial, habida cuenta de la pasividad de la actora en la fase de apelación.

Entiende el actor civil que la demandante de amparo no ha padecido lesión alguna de sus derechos fundamentales; antes al contrario, lo que ahora pretende es que se inapliquen los arts. 359 y concordantes de la ley de Enjuiciamiento Civil y que con ello se vulnere el derecho de la contraparte a la tutela judicial efectiva.

Después de reiterar —con apoyo en numerosas citas jurisprudenciales— las alegaciones que hasta aquí se han expuesto, se afirma que, frente a lo sostenido por la demandante, no es de aplicación al caso la doctrina contenida en la STC 200/1987 (referida a un supuesto en el que los órganos judiciales no daban respuesta a una pretensión efectivamente planteada, lo que no es ahora el caso, pues la actora no formuló ninguna petición en la segunda instancia), sino más bien la sentada en la STC 14/1991: la motivación de las resoluciones judiciales constituye un derecho integrado en el art. 24.1 C.E. y se satisface siempre que la resolución judicial permita saber cuáles son las razones que la fundamentan; la Sentencia ahora recurrida da cumplida satisfacción a esa exigencia al poner de manifiesto que no puede pronunciarse sobre lo que no ha sido objeto de apelación y explicar que la indemnización concedida en la instancia vulnera lo prescrito en el art. 99 C.C.

Por lo expuesto, se interesa la desestimación del presente recurso de amparo.

9. El Ministerio Fiscal presentó su escrito de alegaciones el 7 de octubre de 1992. Tras referirse a los términos en los que la actora ha

planteado su demanda de amparo, alega el Ministerio Público que la doctrina de este Tribunal sobre la incongruencia omisiva como contraria al derecho a la tutela judicial es clara y consolidada en el sentido de que sólo puede darse cuando, planteada una cuestión trascendente para el fallo, el órgano judicial no da una respuesta razonada, sin que pueda deducirse del conjunto de la resolución una desestimación tácita de la pretensión formulada (SSTC 5/1990 y 175/1990).

Señala el Ministerio Fiscal que el recurso de apelación tiene por objeto —y límite— las pretensiones impugnatorias deducidas por el apelante y el apelado, sin que la Sentencia resolutoria pueda ir más allá de dicho límite, pues el órgano judicial debe devolver resuelto exclusivamente lo apelado al objeto de no incurrir en vicio de *reformatio in peius*. Sólo si se ha planteado en el recurso una cuestión que el Tribunal deja sin resolver podrá hablarse de incongruencia omisiva.

En el presente caso —continúa el Ministerio Público— la Sentencia de instancia concede una indemnización por aplicación de los arts. 97 y 98 C.C. y el marido recurre la concesión por entender que la misma sólo puede establecerse mediando acuerdo entre las partes. Tal es el objeto de la pretensión impugnatoria y el Tribunal únicamente debe pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia de la indemnización compensatoria, pues la ahora demandante se conformó y aquietó con la primera resolución judicial, acudiendo al recurso como apelada, sin formular pretensión impugnatoria alguna; al no existir una pretensión específica no puede haber incongruencia omisiva.

Entiende el Ministerio Fiscal que no puede aceptarse el argumento esgrimido por la recurrente en el sentido de que no podía apelar por estar de acuerdo con la cantidad concedida, aunque no con el fundamento jurídico de la concesión; ese argumento sólo sería válido si el Tribunal de apelación no hubiera admitido el recurso de apelación intentado por la actora. Esta pudo apelar, pues la Sentencia no le concedía la cantidad solicitada ni la concedida lo fue en el concepto por el que la interesaba, y tampoco le otorgó la pensión compensatoria que había pedido para el suspenso de que la indemnización no fuera tenida por procedente. Si pudiendo apelar no lo hizo, las consecuencias jurídicas contra las que ahora recurre se deben sólo a la falta de actividad procesal adecuada a sus pretensiones.

Por su parte, la Sentencia de apelación estima el recurso por entender que no procede una indemnización compensatoria en aplicación de los arts. 97 y 98 C.C. y declara que no puede examinar la procedencia o improcedencia de la pensión. Sólo resuelve sobre lo impugnado.

En consecuencia, no ha habido indefensión ni incongruencia, pues la

naturaleza del recurso de apelación limita y restringe el conocimiento del órgano judicial a las pretensiones deducidas ante el mismo.

En atención a cuanto antecede, el Ministerio Fiscal interesa la desestimación de la demanda de amparo.

10. Por providencia de 13 de enero de 1993 se señaló el día 17 de enero de 1993 para deliberación y votación de la presente Sentencia, quedando concluida con esta fecha.

## II. Fundamentos jurídicos

1. En este recurso se denuncia vulneración del derecho a la tutela judicial garantizado por el art. 24.1 de la Constitución, que se afirma cometida en la Sentencia recurrida, por haber dejado sin resolver las pretensiones deducidas en el proceso judicial por la demandante de amparo, incurriendo por ello en incongruencia omisiva incompatible con el referido derecho fundamental.

2. De la constante y reiterada doctrina que este Tribunal ha establecido, a partir de su STC 20/1982, en relación con el vicio inconstitucional de incongruencia de las resoluciones judiciales, constituida, entre otras por las SSTC 14/1984, 177/1985, 142/1987, 69/1992 y 88/1992, debemos destacar, a los efectos de este recurso, los siguientes elementos conceptuales; a) el derecho a la tutela judicial obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa); b) el incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas dichas pretensiones constituye vulneración del derecho a la tutela judicial (incongruencia omisiva) siempre que el silencio judicial no pueda razonablemente interpretarse como desestimación tácita y c) no se produce incongruencia omisiva prohibida por el art. 24.1 de la Constitución, cuando la falta de respuesta judicial se refiera a pretensiones, cuyo examen venga subordinado a la decisión que se adopta respecto de otras pretensiones planteadas en el proceso que, siendo de enjuiciamiento preferente, determinen, —por su naturaleza o por la clase de conexión procesal que tengan con aquéllas— que su estimación haga innecesario o improcedente pronunciarse sobre éstas, como ocurre en el ejemplo típico de estimación de un defecto formal que impida o prive de sentido entrar en la resolución de la cuestión de fondo.

3. En el presente caso se trata de un juicio de divorcio promovido

por el marido, en el que la mujer incluye en su contestación a la demanda dos pretensiones alternativas; la primera, fundada en el art. 1.438 del Código Civil, dirigida a obtener a cargo de su marido una compensación económica de cincuenta millones de pesetas y la segunda, amparada en el art. 97 del mismo Cuerpo legal, en la que solicita, con el carácter alternativo que dejamos señalado, una pensión mensual de cuatrocientas mil pesetas en concepto de pensión compensatoria.

El Juez de Primera Instancia, después de declarar inaplicable —por razones de foralidad—, el art. 1.438 del Código Civil, estima parcialmente la primera de las pretensiones, concediendo a la mujer la cantidad de veinte millones de pesetas en concepto de compensación económica, cuya procedencia fundamenta en el art. 90 en relación con el 103.4.º del Código Civil, haciendo constar de manera expresa, en el fundamento quinto de su Sentencia, que «no procede por contra, entrar a conocer sobre la fijación que con carácter alternativo se interesa por la esposa en relación a una pensión económica».

Interpuesto por el marido recurso de apelación, en el que compareció la mujer como apelada, la Audiencia Provincial dicta Sentencia en la que, después de desautorizar el criterio del Juez de considerar inaplicable el art. 1.438 del Código Civil —en un extenso razonamiento que autocalifica de diletantismo jurídico por haber aceptado la apelada la Sentencia de instancia— revoca ésta con fundamento en que el art. 97 del Código Civil autoriza a fijar una pensión compensatoria, pero no la indemnización que ha concedido el Juez de instancia, la cual deja sin efecto.

4. Los datos procesales que se dejan expuestos ponen de manifiesto que la primera de las pretensiones ha sido objeto de resolución expresa tanto en la Sentencia de instancia como en la de apelación, mientras que la segunda no lo ha sido, en modo alguno, en ninguna de ellas.

Con referencia a la resolución de la primera de dichas pretensiones, es indudable que puede legítimamente discreparse de la fundamentación jurídica utilizada por la Sentencia de apelación para desestimar la pretensión de indemnización compensatoria y, en esa discrepancia, incluso considerarla confusa, incompleta o errónea, pero ello no supone que por tales motivos se haya incurrido en incongruencia omisiva dotada de trascendencia constitucional. En efecto, el Tribunal ha entendido que el art. 97 del Código Civil impide al Juez conceder indemnización compensatoria y que ésta tampoco puede otorgarse por el art. 1.438, a causa de las razones de orden procesal que explicita en la Sentencia. En definitiva, el órgano judicial, sin alterar los términos en que venía formulada la pretensión desestimada, se ha movido en el campo estrictamente interpre-

tativo de la legalidad ordinaria, dando a la parte, en este extremo, una contestación que, al no evidenciarse que sea arbitraria o irrazonable, satisface el derecho de tutela judicial, aunque tal decisión, desde el punto de vista de su corrección jurídica, pudiera considerarse desenfocada, pues no siendo este supuesto calificable de error notorio o evidente, no corresponde a este Tribunal entrar en tal cuestión, por carecer de relevancia constitucional.

No ocurre lo mismo respecto con la pretensión de pensión compensatoria sobre la cual dejaron de pronunciarse tanto el Juez de instancia como el Tribunal de apelación. El silencio del Juez no entraña incongruencia omisiva vulneradora del derecho a la tutela judicial en cuanto que, el carácter alternativo con que se ejercitaron las dos pretensiones, hacía que la estimación de la primera privase de virtualidad alguna a la segunda, haciendo improcedente el entrar en su resolución.

Por el contrario, la falta de pronunciamiento del Tribunal se produce a pesar de que la desestimación de la pretensión de vulneración por él acordada le imponía de manera inexcusable el deber constitucional de resolver la pretensión alternativa de pensión que la demandada había formulado en el proceso y al no haberlo hecho así, quebrantó el derecho a la tutela judicial de la aquí recurrente, ya que, por otro lado, es manifiesto que esa omisión de pronunciamiento no puede, en modo alguno interpretarse como desestimación tácita, ni que la resolución de esta segunda pretensión pueda constituir incongruencia *extra petitum*, puesto que, en el caso contemplado, tal pretensión forma parte del objeto de la apelación, a la cual se trasladó la cuestión debatida en los mismos términos en que fue planteada en la primera instancia.

#### FALLO

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por doña María Dolores Queralt Campanys y, en su virtud:

- 1.º Reconocerle el derecho a la tutela judicial efectiva.
- 2.º Restablecerle en la integridad de su derecho, acordando para

ello la nulidad de la Sentencia de la Sección Décimo primera de la Audiencia Provincial de Barcelona, dictada el 20 de marzo de 1991 en el recurso de apelación, núm. 496/90, dimanante de los autos de juicio de divorcio núm. 164/89 seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Igualada, retro trayendo las actuaciones judiciales al momento de dictar nueva Sentencia en la que el Tribunal de apelación deberá pronunciarse sobre la pretensión de pensión compensatoria formulada por la demandada, aquí recurrente de amparo.

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

Dada en Madrid a diecisiete de enero de mil novecientos noventa y cuatro.—Luis López Guerra.—Eugenio Díaz Emil.—Alvaro Rodríguez Bereijo.—José Gabaldón López.—Julio Diego González Campos y Carles Viver Pi Sunyer.—Firmados y rubricados.

\* \* \*

En el curso de un proceso de disolución de matrimonio por divorcio, la contestación a la demanda formula dos pretensiones alternativas: que al amparo del artículo 1.438 Código Civil, y como pretensión principal, se declare la extinción del régimen de separación de bienes existente entre los cónyuges, fijando una compensación económica en favor de la demandada por importe de cincuenta millones de pesetas, o bien, que, en tanto que pretensión alternativa, se le asigne una pensión compensatoria de cuatrocientas mil pesetas mensuales, *ex* artículo 97 Código Civil.

El Juzgado de Primera Instancia dictó sentencia declarando disuelto en régimen de separación de bienes y estableciendo en favor de la demandada una compensación económica de veinte millones de pesetas, concedida en aplicación del art. 97 CC.; además, el juzgador de instancia consideró no ser de aplicación el art. 1.438 CC al régimen de separación de bienes catalán.

Interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial, la Sala dictó sentencia revocando parcialmente la resolución de instancia en los siguientes términos: los arts. 97 y 98 CC. —aplicados por el Juzgado— permiten fijar una pensión compensatoria periódica, pero no sustituirla por la entrega de un capital, por lo que se deja sin efecto la indemnización acordada en la Sentencia apelada. Por otro lado, la Sala entiende que, si bien resultaría aplicable al caso el art. 1.438 CC, no era procedente darle aplicación por tratarse de cuestión ajena al recurso de apelación planteado, ya que la Sentencia impugnada no se había fundamentado en dicho precepto.

La Sentencia del Tribunal Constitucional decide otorgar a la recurrente el amparo solicitado en base a la falta de pronunciamiento respecto de la pretensión alternativa. Así, aunque el silencio del Juez de instancia sobre esa pretensión alternativa no entraña incongruencia omisiva vulneradora del derecho a la tutela judicial, ya que el propio carácter alternativo con que se ejercitaron ambas pretensiones hacía que la estimación de la primera privase de virtualidad a la segunda, no puede decirse lo mismo respecto de la falta de pronunciamiento del Tribunal de apelación. En este sentido, la Sala tuvo el deber constitucional de resolver la pretensión alternativa de pensión que la demandada había formulado en el proceso, y al no haberlo hecho así quebrantó el derecho a la tutela judicial. *Ex abundantia*, la omisión de pronunciamiento no puede interpretarse ni como desestimación tácita ni como constitutiva de incongruencia *extra petitum*, ya que esa pretensión forma parte del objeto de la apelación, a cuyo recurso se trasladó la cuestión debatida en los mismos términos en que fue planteada en la primera instancia.

## COMISIONES ROGATORIAS

### PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y PROCESO DE EJECUCION<sup>1</sup>

LUIGI PAOLO COMOGLIO

#### SUMARIO:

I. Introducción. Garantías constitucionales, eficacia de la tutela judicial y ejecución forzosa. — II. Formas de tutela y proceso ejecutivo. Principios generales. — III. Acción ejecutiva y contradictorio de las partes. — IV. Embargo y poderes de los órganos ejecutivos. — V. Líneas de evolución y perspectivas de reforma. Conclusiones.

#### I. INTRODUCCIÓN. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES, EFICACIA DE LA TUTELA JUDICIAL Y EJECUCIÓN FORZOSA

En el análisis del presente tema, como en gran parte de mis investigaciones, es evidente la influencia de un enfoque comparatístico del que ya no puedo prescindir. Me parece, que la presente ocasión —en que los estudiosos italianos y españoles se enfrentan a la común ineficacia de los

1. Traducción de la Conferencia pronunciada por LUIGI PAOLO COMOGLIO, Catedrático de Derecho Procesal Comparado de la Universidad de Pavia, en el marco de las VI JORNADAS PROCESALES, organizadas por el Il. Colegio de Procuradores de los Tribunales de Barcelona (17-18 de diciembre de 1993), realizada por el Becario de Investigación del Departamento de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona: DAVID VALLESPÍN PÉREZ

instrumentos ejecutivos<sup>2</sup>— suministra una confirmación ulterior del estimulante estudio comparativo de las diversas experiencias.

Parto de una premisa metodológica general. El modo más actual de revalorizar el rol y las funciones del proceso ejecutivo es, sin duda, el de someter a un reexamen crítico —en la perspectiva constitucional— los tradicionales conceptos sobre los que la ejecución se funda (*la abstracción y el formalismo*).

Permaneciendo firme la unidad —tendencialmente compartida— del concepto de «ejecución forzosa» y la naturaleza jurisdiccional de la función que se le relaciona<sup>3</sup>, se encuentran en su profundización analítica, puntos de vista netamente divergentes. Por un lado, es más bien reductiva la opinión procesal dominante, según la cual el proceso de ejecución:

— ve caracterizada la instrumentalidad de sus funciones por la necesaria presencia de un título ejecutivo;

— encuentra, por otro lado, en el punto anteriormente indicado la fuerza de abstracción que le permite prescindir (en línea de máxima) de la efectiva existencia del derecho documentado, manteniendo una plena autonomía, respecto al proceso de cognición del que aquel título haya (eventualmente) emanado;

— asegura, en el plano formal, una gama teóricamente «completa»

2. Basta recordar aquí, las sesiones de las presentes Jornadas Procesales: 1) La vía de apremio tras la reforma de 1992; 2) El deudor y los terceros ante la ejecución singular; 3) Las tendencias correlativas en las legislaciones europeas; 4) Los procedimientos para la rápida creación de los títulos ejecutivos.

3. La opción por la «jurisdiccionalidad» de tales funciones está bien ensamblada, en las tradiciones de civil law (salvo en el ejemplo del sistema sueco, en el cual la ejecución viene transferida en todo a los órganos administrativos. Cfr. para su argumento. W. GRUNSKY, *Esecuzione forzata, V) Diritto comparato e straniero*, en Enc. giur. Trecani, vol. XIII, Roma, 1989, & 2.1; y, con otras referencias, mi estudio *L'individuazione dei beni da pignorare*, relación desarrollada en Torino, el 4 de octubre de 1991, en el XVIII Congreso nacional de la Asociación entre los estudiosos del proceso civil, en Riv. dir. proc.; 1992, pp. 83-134, sp. pp. 97-99 (y en las Actas del XVIII Congreso Nacional, *L'effettività della tutela del creditore nell'espropriazione forzata*, Quaderni dell'Associazione, cit., XLVI, Milán, 1992, pp. 105-106, sp. pp. 123-125).

Aquella opción es todavía más marcada en España. En efecto, el art. 117.3 de la Constitución de 1978 atribuye en exclusiva a los órganos judiciales prestablecidos por ley «el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado...» La misma fórmula se repite en el art. 2.2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ n.º 6/85 de 1 de julio de 1985). Sobre el punto, con precisas manifestaciones: J. MONTERO AROCA, El proceso de ejecución, en MONTERO AROCA, M. ORTELLS RAMOS, J.L. GÓMEZ COLOMER, A. MONTÓN REDONDO, *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso civil. 2.ª, Barcelona, 1993, pp. 9-38, sp. pp. 13-15.

de técnicas de actuación, que aparecen en abstracto adecuadas a las peculiaridades variables de los derechos sustanciales a satisfacer<sup>4</sup>.

Tal opinión es reductiva —decía— ya que rechaza a priori el ocuparse de la calidad de los resultados concretos, que la ejecución se encuentre en grado de alcanzar. En otras palabras, ella reputa irrelevante cualquier investigación de tipo teleológico sobre los medios ejecutivos, contentándose con constatar o verificar la abstracta idoneidad hacia el fin. Poco importa, a fin de cuentas, si la ejecución funciona o no; basta —con justificar la racionalidad plena del sistema— la pluralidad instrumental de las formas de tutela ejecutiva, las cuales se encuentran disciplinadas en la ley.

Por otro lado, no obstante, se contraponen una visión más sustancialista del fenómeno, en que la calidad de la tutela llega a contar además de la «complitud» abstracta de las formas previstas. Se manifiesta, esto es, una nueva exigencia de eficacia de los resultados, por medio de los cuales sea posible:

— por una parte, realizar en el modo más pleno el derecho accionado del acreedor;

— por otra parte, sancionar con igual eficacia el comportamiento inadecuado del deudor, que no tenga intención de cumplir las obligaciones a su cargo.

En tal contexto, en el que se revelan sobre todo la medida y el grado de eficacia de la actuación coactiva de los derechos, documentados en el título ejecutivo, vuelve a escena el elemento finalístico de la ejecución, con el prevalecer de la sustancia sobre la forma. Allí se toma —si bien se refleja— un eco lejano de aquel tradicional acercamiento que, en los ordenamientos de common law, hace depender la eficacia global del sistema no ciertamente del rigor formal de los rights, sino más bien de la elasticidad y eficacia de los remedios acordables por el juez. En el mismo cuadro, se admite la vocación binaria de los principales instrumentos ejecutivos, asignando a la ejecución en forma específica el fin instrumental de realizar coactivamente el derecho del acreedor y añadiendo para la expropiación, la función de salvaguardar la igual satisfacción de los otros acreedores. Pero, en todo caso, se intenta adecuar la idonei-

4. Perspicazmente, sobre los perfiles tradicionales de la «abstracción» y del «formalismo» de la acción ejecutiva del acreedor provisto de título ejecutivo, cfr. con amplias referencias, C. MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, III, Torino, 1993, pp. 21-27; y de lo último, B. CAPPONI, *La verifica dei crediti nell'espropriazione forzata*, Nápoles, 1990, pp. 31-38 (y capítulo I. passim). En la doctrina española más reciente, MONTERO AROCA, *El proceso de ejecución*, cit., p. 15-18.

dad funcional de todas las técnicas de tutela prevista (coercitivas al menos, de coacción directa o indirecta) al variable grado de eficacia, con el que se llega por su trámite, a alcanzar la satisfacción de los derechos a actuar<sup>5</sup>.

Encontramos aquí, el punto de contacto (o de encuentro) con la evolución más cualificada de las experiencias constitucionales.

En el panorama comparantístico, es ya común el esfuerzo de elaborar un concepto constitucional de tutela judicial, sensible no sólo a las formas, sino también a los contenidos. Se trata de recabar del conjunto de las variadas garantías, que las Constituciones modernas refieren al proceso (en sus primeras expresiones: derecho a la jurisdicción, acción, defensa, contradictorio, igualdad, preconstitución del juez «natural», etc.), aquellas condiciones mínimas y esenciales de eficacia, de las que depende el reconocimiento del «derecho a un proceso equo». Con tal expresión —variadamente reproducida en las diversas lenguas y culturas (por ej. como due process of law, debido proceso legal, Recht auf ein faires Verfahren), pero propia también, de los principios de justicia, presente en las más importantes convenciones internacionales<sup>6</sup> se diseña la combinación funcional de más elementos garantísticos de los que resulta que:

— el derecho fundamental del individuo a un «proceso» ante un juez independiente e imparcial no está marcado por un objeto puramente formal y abstracto (= el proceso en cuanto tal), sino que adquiere un contenido modal cualificado, convirtiéndose en el derecho a un proceso «equitativo» y «justo».

— la igualdad de las partes no viene ya más concebida como circunstancia en modo estático a una paridad formal de posiciones, en el momento inicial de la instauración del juicio, sino que se extiende dinámicamente al entero complejo de las actividades procesales, calificándose como «paridad de armas»<sup>7</sup> y como «igualdad sustancial de los litigantes» en el ejercicio de los poderes procesales, sin atender a las variables circunstancias personales (censo, bienes, rango social);

5. Sobre este argumento: S. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, en *Trattato di diritto privato*, dirigido por P. Rescigno, vol. 20, Torino, 1985, pp. 189-203, sp. pp. 193-195. Para otras profundizaciones, cfr. mi estudio *L'individuazione dei beni da pignorare*, cit., pp. 85-91 (así como en las Actas del XVIII Congreso cit., pp. 114 ss.).

6. Para un cuadro de síntesis, cfr. mi estudio sobre *I modelli di garanzia costituzionale*, en Riv. Trim. dir. proc. civ. 1991, pp. 673-741.

7. En este punto, y por todos: G. TARZIA, *Parità delle armi tra le parti e potere del giudice nel processo civile*, ahora en *Problemi del processo civile di cognizione*, Padova, 1989, pp. 311-320.

— la «acción» y la «defensa» vienen, por consiguiente revisadas y por así decir, nuevamente escritas en tal nuevo cuadro, transformándose de garantías formales de los solos «medios», en garantías de «resultado» (capaces, esto es, de asegurar al titular la consecución de un cierto resultado modal mínimo, en el ámbito del proceso);

— ellas, por consiguiente, con la reforzada inviolabilidad de algunos derechos y poderes procesales de base (demanda judicial, defensa y excepción, derecho a la prueba, etc.), consagran la posibilidad de obtener, por su tramitación, un mínimo garantizado de formas de tutela efectiva, correspondientes a los imperativos esenciales de un proceso «justo»<sup>8</sup>;

— en todo caso, se afirma como insuprimible el vínculo teleológico (de «medio» a «fin») entre el instrumento procesal garantizado y la tutela adecuada de los derechos y de los intereses sustanciales a proteger<sup>9</sup>;

— El mínimo garantizado, naturalmente, asume un contenido aún más sustancial y concreto, de donde (como ocurre con la acción ejecutiva, para la tutela forzosa de un derecho ya consagrado en un título ejecutivo, de formación judicial al menos) el objeto a garantizar no es ya más la adecuación modal del proceso de cognición y de sus estructuras, sino, en cambio, la eficacia de las formas y los plazos en que, en el subsiguiente proceso de ejecución, quien haya obtenido ya el reconocimiento jurisdiccional del propio derecho pueda, por lo tanto, obtener la actuación coactiva;

Y se encuentra sintetizado, con gran claridad, en el derecho a obtener *la tutela judicial efectiva de los jueces y los tribunales*, que el art. 24.1 de la Constitución española —ejemplo notable, entre las Cartas

8. Sobre los puntos en discusión, me permito enviar a mis escritos: *Contraddittorio (principio del)*, I) Derecho procesal civil, en Enc. giur. Treccani, vol. VIII, Roma, 1988, §§ 3.1-3.2.2; *Contraddittorio* en Digesto, IV Edición, Disc. priv., Sez. civ. vol. iv. Torino, 1989, pp. 1-30. §§ 1 y 4; *I modelli di garanzia costituzionale*, cit., pp. 676-682, 687-697; *Note riepilogative su azione e forme di tutela, nell'ottica della domanda giudiziale*, en Riv. dir. proc. 1993, pp. 465-490, sp. pp. 471-473.

9. Aquel vínculo es muy claro en el art. 24.1 de la Constitución italiana (donde se dice que «tutti possono agire per la tutela dei propri e interessi legittimi»). A este propósito envió a mis escritos: *La garanzia costituzionale dell'azione ed il processo civile*, Padova, 1970, pp. 3-368, sp. pp. 105-115; *Il diritto individuale alla tutela giudiziaria*, en Comentario de la Constitución, a cargo de G. Brancha, Rapporti civili, Art. 24-26, Bolonia-Roma, 1981, pp. 1-11, 16 ss., así como al estudio de M. TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, en Riv. crit. dir. priv. 1986, pp. 635-669, sp. pp. 635-637, 644 y ss.

Pero el mismo vínculo finalístico no es menos evidente en el art. 24.1 de la Constitución Española, cuando se reconoce a todos el derecho de obtener de los jueces y de los tribunales la tutela efectiva, «...en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos...».

Constitucionales más modernas— atribuye a cualquiera, en el ejercicio de sus propios derechos o intereses legítimos<sup>10</sup>, y que el art. 11.3 de la Ley Orgánica sobre el Poder Judicial reafirma en España como principio fundamental del ordenamiento. Aquel derecho, en efecto, desarrolla una realidad garantista muy compleja, incluyendo entre sus componentes no sólo la aspiración hacia un proceso público, prevalentemente oral<sup>11</sup> y rápido, sin dilaciones indebidas<sup>12</sup>, sino también aquel corolario esencial—el derecho a una ejecución efectiva de las sentencias jurisdiccionales<sup>13</sup>. En esto, explícitamente, se realiza la eficacia (siendo necesaria, también coactiva) de la tutela judicial, que viene reforzada no sólo por la obligación generalizada de plena ejecución de las decisiones del juez, puesta a cargo de la colectividad<sup>14</sup>, sino también por la presencia de los poderes

10. «Sin que en ningún caso pueda producirse indefensión» (así lo precisa dicha norma).

11. El art. 120.2 de la Constitución Española, cuando dispone que «el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal», introduce en el sistema un elemento innovatorio de gran alcance, si se piensa en el carácter fundamentalmente escrito de los procedimientos civiles, en la tradición en que se inspira la misma Ley de Enjuiciamiento Civil de 3 de febrero de 1981. Sobre este tema, últimamente: MONTERO AROCA, *Estructura del proceso*, en MONTERO AROCA, ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER, *Derecho Jurisdiccional*, cit., I. Parte general, Barcelona, 1993, pp. 531-548. sp. pp. 544-546.

12. Con expresiones no muy diferentes («Todo sujeto de derecho tendrá acceso a un proceso de duración razonable que resuelva sus pretensiones»), la celeridad de los procesos viene asumida en el contexto del derecho al proceso, que encontramos garantizado en el art. 11 del Anteproyecto del código procesal civil modelo para Iberoamérica (en el vol. *Un codice tipo de procedura civile per l'America Latina*, a cargo de S. Schipani y R. Vaccarella, Padova, 1990, p. 518).

13. Para oportunas referencias, sobre el art. 24 de la Constitución española, así como sobre los componentes primarios del derecho a una tutela judicial efectiva (comprendiendo el derecho a la ejecución de sentencias), cfr. J.J. GONZÁLEZ RIVAS, J. JUELIN Y MARTÍNEZ DE VELASCO, J.M. MARTÍNEZ-PEREDA RODRÍGUEZ, *Constitución española*, Madrid, 1988, pp. 69-93, sp. pp. 69-71. Cfr. además, con amplia investigación: ORTELLS RAMOS, GÓMEZ COLOMER, MONTERO AROCA, *Derecho Jurisdiccional*, I. Parte General, cit., pp. 395-434, sp. pp. 423-433; MONTERO AROCA, *La potestad y la función jurisdiccionales*, pp. 150 ss., 162-167; y en fin, A.M. LORCA NAVARRETE, *Organización judicial española y principios rectores del proceso español*, Madrid, 1993, pp. 723-746.

Sobre el contexto general de las enunciacines constitucionales de principio, véase también S. BARILE, *Los «valores superiores», los principios fundamentales y los derechos y libertades públicas*, en *La constitución española de 1978, Estudio sistemático*, dir. de A. Predieri y de García de Enterría, Madrid, 1984, pp. 263-315.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, en el citado art. 11.3 no sanciona solamente la obligación de los jueces de conformarse al principio constitucional de tutela efectiva, sino que también garantiza el derecho individual al pronunciamiento de fondo, cualificando como excepcionales los pronunciamientos de contenido meramente procesal o formal (en presencia de vicios insanables o de nulidades de todos modos no sanadas).

14. Así, en efecto, dispone el art. 118 de la Constitución Española («es obligado

idóneos, atribuidos al mismo juez para garantizar en todo caso, cuando sea necesario, la mayor efectividad posible de los medios de actuación ejecutiva<sup>15</sup>.

## II. FORMAS DE TUTELA Y PROCESO EJECUTIVO. PRINCIPIOS GENERALES

Esta importante elaboración de principios no puede, por lo tanto, no incidir sensiblemente sobre la disciplina de la ejecución forzosa.

Los reflejos más inmediatos se toman, a decir verdad, en la ejecución forzosa en forma específica. También a nivel comparativo, un apasionado debate ha rodeado, en estos últimos años, las llamadas ejecuciones in natura o por transformación forzosa, concernientes a las obligaciones de hacer y de no hacer, poniendo en línea de fuego algunas exigencias fundamentales, a las que todo sistema no puede desconocer.

Elas son:

1) La «complitud» tipológica de los diversos medios de tutela ejecutiva; los cuales se encuentran disciplinados en las leyes procesales;

2) Su «elasticidad» y «adecuación», en función de las características variables de los derechos a proteger (y, ante todo, en función de los nuevos derechos a un hacer o a un no hacer infungible, emergentes de la moderna evolución de las relaciones jurídicas);

3) Su «eficacia satisfactiva», tendencialmente plena, en función de la idoneidad diferenciada para garantizar la realización coactiva de aquellos derechos;

4) El empleo preferencial de las formas de actuación específica, en donde la naturaleza de aquellos mismos derechos sea tal, que imponga la «máxima coincidencia posible» entre su contenido, el cual vendría a realizarse en el mejor de los modos con una adecuación espontánea del

cumplir las sentencias y demás resoluciones firmes de los Jueces y los Tribunales, así como prestar la colaboración requerida por éstos en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto».

15. En base al art. 18.2 de la LOPJ 6/85, en donde resulta imposible someter a ejecución las sentencias «en sus propios términos», el órgano jurisdiccional «adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquella no pueda ser objeto de cumplimiento pleno». Sobre el significado sistemático de estos principios esenciales, cfr., ampliamente, Fco. RAMOS MENDEZ, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Barcelona 1992, pp. 994 ss. sp. pp. 999-1000.

deudor, y los resultados concretos que se hayan consentido alcanzar, en virtud de la ejecución forzosa;

5) La previsión colateral de las concretas medidas de compulsión, con que (sobre la estela de las indicaciones suministradas por los modelos comparantísticos más comunes: *astreinte* francesa, *Geldstrafen* o *Zwangshaft* alemanes, *contempt of court* angloamericano), sea posible actuar una ejecución indirecta, esperando una eficaz presión sobre el obligado para obtener (sea forzosamente) el voluntario cumplimiento<sup>16</sup>.

En el fuerte contraste de ideologías y posiciones polémicas —sobre los límites de la tutela de condena, sobre la coercibilidad de las obligaciones, o sobre la compatibilidad (por muchos puesta en duda) entre la ejecución forzosa y las sanciones coercitivas<sup>17</sup>— se encuentran, en aquel debate, algunas premisas generales, válidas para la entera ejecución forzosa.

Es necesario hacer referencia, una vez más, a la eficacia de la tutela judicial y su significado constitucional. Si es cierto que elemento teleológico atribuye plena relevancia constitucional al fin de la tutela (es decir, a la protección de los derechos o de los intereses legítimos), para cuyo conseguimiento se acciona y se defiende ante los órganos jurisdiccionales<sup>18</sup>, es también cierto que las condiciones de eficacia de aquella tutela no pueden nunca entenderse satisfechas, si no cuando la tutela misma —que todos tienen el derecho de solicitar y, en cuanto sea posible, de obtener en el juicio— llega a asegurar, en la gama de formas disponibles, un remedio jurisdiccional adecuado a la variable naturaleza de aquellos derechos o intereses sustanciales a hacer valer (y proteger). Todo esto, significa, en particular, que, en donde la tutela jurisdiccional realizada en el proceso de cognición haya asumido la forma típica de la decisión de condena, ella no podrá nunca entenderse efectiva si —en defecto de un cumplimiento espontáneo del obligado— quien la ha obtenido no dispone de eficaces y adecuados instrumentos de tutela ejecutiva, capaces de dar concreta actuación a aquella condena<sup>19</sup>.

16. Sobre los diversos problemas: TARUFFO, *L'attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici*, en Riv. trim. dir. proc. civ. 1988, pp. 142-178, sp. pp. 173 ss.; E. SILVESTRI, M. TARUFFO, *Esecuzione forzata, III) Esecuzione forzata e misure coercitive*, en Enc. giur. Treccani, vol. XIII, Roma, 1989, && 1-4; así como mi estudio *L'individuazione dei beni da pignorare*, cit., pp. 86-88, texto y notas.

17. Cfr. SILVESTRI, *Rilievi comparatistici in tema di esecuzione forzata degli obblighi di fare e di non fare*, en Riv. dir. civ. 1988, I, pp. 533-552.

18. En este punto, ver mi escrito *L'individuazione dei beni da pignorare*, cit., pp. 88-89.

19. Cfr. a tal propósito: TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna e all'esecuzione*, cit., pp. 635-650. Con otras consideraciones sobre la eficacia de la tutela ejecutiva, en

La perspectiva constitucional, por lo tanto, es la que consiente revalorizar también en el proceso de ejecución —no de forma diversa al de cognición— el mencionado elemento teleológico, instaurando una relación constante de eficacia entre las diferentes formas y las correspondientes técnicas de actuación de la tutela de los derechos sustanciales, para la necesaria verificación de adecuación cualitativa de los resultados prácticos, a que conduce el proceso de ejecución. Es necesario, no obstante, añadir que la mencionada verificación no se limita al sector de la ejecución forzosa en forma específica donde, como se decía, prevalece, el fin de la actuación coactiva del derecho a proteger —sino que se extiende también el sector de la ejecución por expropiación, referido a las obligaciones de contenido patrimonial, en que se alcanza un fin ulterior, dado por la función de asegurar a los otros acreedores la par condición respecto al patrimonio del deudor, con el respeto de las causas legítimas de prelación<sup>20</sup>.

Tales relieves, por los demás, son coherentes con una más adecuada colocación sistemática del fenómeno ejecutivo. en su complejidad, en efecto, la ejecución constituye una forma de tutela jurisdiccional de los derechos, que sobre demanda de parte, la autoridad judicial tiene el poder-deber de acordar y de actuar (art. 2.907 c.c.). Por esto, la acción ejecutiva —que, en base al art. 2.910.1, habilita al acreedor a expropiar los bienes del deudor, para conseguir cuanto le sea debido— se configura como una de las formas admisibles (y más calificadas) del «accionar en juicio», garantizado a «todos» para la tutela de los derechos subjetivos o de los intereses legítimos (art. 24.1 de la Constitución)<sup>21</sup>. Sigue, por otra parte, que las formas expropiativas de la tutela de la ejecución no son conformes al imperativo constitucional de eficacia, si, en sus propios límites<sup>22</sup>,

general, G. CONSTANTINO, *La disciplina dell'esecuzione forzata nel progetto di «codice tipo» dei procedura civile per l'America Latina*, en el Vol. *Un «Codice tipo» per l'America Latina*, cit., pp. 303 ss., sp. pp. 304-306. Sobre los principios inspiradores de aquel código tipo (arts. 317-332), en la óptica de la eficacia, se pueden ver: E. VESCOVI, *Proceso ejecutivo*, idem, pp. 281-296, y F. RAMOS MENDEZ, *El proceso de ejecución en el anteproyecto de código procesal civil modelo para Iberoamérica*, idem, pp. 297-301.

20. Nos referimos, a la llamada concepción binaria de la ejecución forzosa, tenida cuenta de los arts. 2.740-2.741 y 2.910 c.c. Cfr. MAZZAMUTO, *L'esecuzione forzata*, cit., pp. 195-196, y, para ulteriores indicaciones, mi estudio *L'individuazione dei beni*, cit., pp. 88-91. Sobre el concurso de acreedores en la expropiación y los principios relativos a la misma, véase, por último, CAPPONI, *La verificazione dei crediti nell'espropriazione forzata*, cit., Nápoles, 1990, sp. pp. 38-65, 80 ss.

21. En este punto, S. LA CHINA, *Esecuzione forzata, I) Profili generali*, en Enc. giur. Treccani, vol. XIII, Roma, 1989, && 2 y 7.

22. Para otras indicaciones, mi op. ult. cit., p. 91, texto y nota 14.

no están en grado de otorgar al derecho o al interés tutelable una actuación adecuada al fin —en los modos, en los tiempos y en los resultados prácticos— conduciendo a la satisfacción del crédito accionado<sup>23</sup>.

Argumentando de esta forma, en el cuadro del conjunto de la actividad jurisdiccional, es posible asignar un orden más racional y convincente a los principios que hacen referencia al proceso de ejecución. Se impone, a este propósito una distinción básica.

A) Desde el punto de vista de la función y del fin institucional, la ejecución forzosa se propone dar una actuación práctica al derecho o a la relación sustancial, cuya existencia y violación han sido averiguadas por el juez, en el proceso de cognición. Ella, por consiguiente, presuponiendo la carencia de cumplimiento espontáneo por parte del obligado, trata de satisfacer —en términos de eficacia diferenciada— una nueva exigencia de tutela, diversa (o hasta independiente) de la satisfecha con la averiguación cognitoria.

B) Desde el punto de vista de su estructura, el proceso de ejecución:

— es autónomo, puesto que se basa sobre una peculiar certeza del derecho a actuar (la cual es suministrada por el título ejecutivo), y está activado por una no menos peculiar demanda de tutela propuesta a órganos dispuestos;

— se uniforma, en línea con los preceptos constitucionales, a las más significativas expresiones del principio dispositivo y de impulso de parte, no sin por ello excluir (dada la falta de un verdadero y propio «juicio») toda referencia directa al régimen y a los perfiles de la disponibilidad de la prueba;

— se prevé una contraposición formal de las partes (acreedor procedente y deudor ejecutado), que no coincide plenamente con aquella entre (actor y demandado) propia del proceso de cognición, realizando, por consiguiente, en formas del todo particulares (y atenuadas) la igualdad y el contradictorio entre los sujetos implicados<sup>24</sup>.

23. Con ulteriores relieves: TARUFFO, *Note sul diritto alla condanna*, cit., pp. 666-667.

24. Para una clara perspectiva de los mencionados principios: A. BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, Torino, 1991, pp. 1-25; MANDRIOLI, *Corso di diritto processuale civile*, cit., vol. III, Torino, 1993, pp. 9-15; sp. pp. 13-15.

### III. ACCIÓN EJECUTIVA Y CONTRADICTORIO DE LAS PARTES

Parece interesante, en este punto, analizar algunos aspectos de relevancia constitucional, que se encuentran en la realidad (por así decir) «viviente» del proceso de ejecución.

No puedo en este contexto, más que atenerme a notas ejemplificativas extraídas de la realidad italiana, partiendo de la posición de quien, en el promover de aquel proceso, tiene la intención de obtener una eficaz tutela satisfactiva de sus derechos sustanciales.

Una vez reconducida de las formas legítimas de «accionar en juicio», según el concepto constitucional, la acción ejecutiva se expone —intuitivamente— a los mismos peligros de irracional condicionamiento, que pueden investir, en general, la acción judicial y sus poderes derivados.

Se pueden, así, sistematizar algunas situaciones extremas:

— en línea de principio, no sería concebible admitir, de un lado, la accionabilidad del derecho en sede cognición y, por el otro, negar la actuación ejecutiva, después que su averiguación se haya traducido e incorporado en un título ejecutivo;

— en teoría, es posible (y, por consiguiente, sería no menos inconstitucional) disciplinar restrictivamente las condiciones generales de acceso a las formas de expropiación o de ejecución, incidiendo sobre la tipología de los títulos ejecutivos, sobre los requisitos de adquisición de la ejecutoriedad, o bien sobre los límites de embargabilidad de determinados bienes expropiables, en modo tal de hacer extremadamente dificultosa (e incluso en casos-límite, hasta imposible) la actuación coactiva de los derechos representados en aquellos títulos;

— es pues hipotizable (pero con análogas consecuencias negativas, sobre el plano constitucional) imponer modalidades deterioradoras de ejercicio de la acción ejecutiva, regulando en forma irrazonable (por ej., con un sacrificio excesivo de los derechos del acreedor particular) la relación entre los procedimientos concursales y las acciones ejecutivas individuales, o bien, incidiendo sobre la medida y tiempos de la ejecución forzosa<sup>25</sup>; —no es ni siquiera, hipotizable, en cambio, que el ordenamiento pueda ignorar del todo, o no disciplinar congruentemente, formas incidentales de tutela cognitoria, que, también en el curso del proceso ejecutivo, permitan al deudor ejecutado o al tercero titular de derechos

25. Sobre este punto: LA CHINA, *Esecuzione forzata*, cit., & 7.

reales sobre los bienes embargados, proponer idóneas oposiciones respecto de la ejecución de los particulares actos ejecutivos inválidos<sup>26</sup>.

Un caso ya conocido, de límites irracionales a la acción ejecutiva es aquel que, en Italia, se ha encontrado con el art. 1.1 del r.d.l. 30 de agosto 1925, n.º 1.621 (convertido en ley de 15 de julio de 1926, no. 1.263). De conformidad con esta norma, en efecto, están subordinadas a la autorización del Ministro de Grazia e Giustizia, las acciones cautelares del secuestro y aquellas ejecutivas sobre bienes o cosas, muebles e inmuebles, de propiedad de un Estado exterior, que prevea una reciprocidad en el trato<sup>27</sup>. Pronunciándose por vez primera en 1963, la Corte Constitucional intentó justificar la racionalidad de aquella autorización administrativa —por otro lado, drástica, en sus reflejos impeditivos sobre la acción<sup>28</sup>— reconociendo como la misma no «vacía», en absoluto, de contenido el derecho individual de acción, pero disciplinaba sic et simpliciter una específica modalidad de ejercicio, en el nombre de «superiores exigencias de interés público»<sup>29</sup>. El asunto, a decir verdad, se colocaba en el interior de un arduo y discutible, discurso sobre la admisibilidad de algunos límites —internos o externos— a la acción y a la tutela judicial, en base a una variable «comparación» de los otros bienes jurídicos o intereses, a considerar excepcionalmente prevalentes sobre las mismas garantías constitucionales del proceso<sup>30</sup>.

Por fortuna, la Corte ha tenido, en 1992, la ocasión de repensarse el tema. Ha cambiado, mientras tanto, el cuadro de las orientaciones internacionales sobre la llamada inmunidad jurisdiccional de los Estados extranjeros, respecto del juicio de cognición y aquel cautelar o ejecutivo, ante los órganos judiciales del diferente Estado en que se encuentran los bienes susceptibles de secuestro o de expropiación. Así que, parece, por

26. En este punto se puede pensar por ejemplo, en el delicado problema (aún hoy no del todo resuelto) que hace referencia, en Italia, a los medios de tutela y de defensa del contribuyente en los procedimientos de ejecución forzosa fiscal (la llamada ejecución forzosa «esattoriale»: arts. 51-54 del d.p.r. 29 septiembre 1973, n.º 602, en relación a los arts. 615-618 c.p.c.). En referencias a las primeras decisiones constitucionales en la materia, ver mi vol. *La garanzia costituzionale dell'azione*, cit., pp. 207-11.

27. En el texto originario, la norma preveía, por otra parte, que no fuese admitido «recurso ni en la vía judicial ni en la administrativa» contra el decreto, positivo o negativo del Ministro. Pero tal disposición ha caído posteriormente, con la decisión constitucional sobre la cual infra (nota 19).

28. Sobre este punto, cfr. mi vol. *La garanzia costituzionale*, cit., pp. 187-188.

29. Para un comentario crítico: V. DENTI, *Il diritto di azione e la Costituzione*, en Riv. dir. proc. 1964, pp. 116 ss.

30. Aludo en este punto, mi estudio *Il diritto alla tutela giudiziaria*, cit. en *Commentario alla Costituzione*, a cargo de G. Branca, pp. 29-33, sp. pp. 31-32.

descontado, ya, que la imposibilidad de «proceder el secuestro o embargo y en general a los actos ejecutivos» sobre tales bienes, en ausencia de la anteriormente citada autorización, pudiese referirse, todo lo más, a los bienes no destinados al ejercicio de funciones soberanas y, por consiguiente, bienes correlacionados con la actividad jure gestionis o jure privatorum, pero no comprendidos en la esfera de los actos jure imperii de los Estados externos, que gozan como tales de la mencionada inmunidad<sup>31</sup>. De todos modos, la Corte, al declarar inconstitucional el límite externo impuesto a la acción ejecutiva o cautelar de la vieja norma, se ha referido —según mi opinión, correctamente— no sólo a los principios de igualdad y racionalidad, sino más que nada al derecho individual a la tutela judicial, que se enmarca a pleno título entre los «principios supremos» del ordenamiento. Aquel fundamental derecho, en definitiva, exige que «...la existencia de las condiciones de la acción, y en particular de una condición de la que depende la jurisdicción del juez natural, no pueda ser averiguada sino por el mismo juez con las garantías del procedimiento judicial...» (y, por consiguiente, ¡jamás por un órgano administrativo externo, sin el respeto de aquellas garantías!)<sup>32</sup>.

En cuanto al principio del contradictorio y a las garantías de defensa de los sujetos pasivos, es necesario tener en cuenta las indudables peculiaridades estructurales que distinguen el proceso de ejecución. Pueden hacerse múltiples indicaciones. Pero es necesario remarcar de forma rápida el de la incompatibilidad —con los valores constitucionales, sujetos a aquel principio— de las concepciones que tienden a renegar a priori de su relevancia en aquel proceso, remitiendo, por consiguiente, la actuación y la verificación a los autónomos juicios de oposición, cuyo promo-

31. Corte Constitucional; Sent. 15 julio 1992, n.º 329, en Foro it. 1993, I, 2.785-2.786, 2.791-2.797, con nota de M. MONNINI, *Rilevi processuali in tema di misure esecutive e cautelari su beni di Stati stranieri, prima e dopo il fondamentale intervento della Corte costituzionale con la sentenza n.º 329-1992*, ver, 2.784-2.795 (comentario, también de la Corte cost., ord. 23 julio 1992, n.º 360, y de Cass., sentenza 13 mayo 1993, n.º 5.425). Sobre el tema en general: L. RADICATI DI BROZOLO, *La giurisdizione esecutiva e cautelare nei confronti degli Stati esteri*, Milán, 1992; G. CAMPEIS, A. DE PAULI, *La procedura civile internazionale*, Padova, 1991, pp. 297-300.

32. Así, en la motivación, Corte cost. sent. 15 de julio 1992, n.º 329, cit.; en Foro it. 1993, I, 2.796. Para ulteriores profundizaciones: CAMPEIS, DE PAULI, *Immunità dalla giurisdizione e compatibilità costituzionale*, en Nuova giur. civ. comm., 1993, I, 30 ss.; E. CANNIZZARO, *Reciprocità e interessi statali nella disciplina dell'immunità di Stati stranieri dalla giurisdizione esecutiva e cautelare*, en Riv. dir. internaz. priv. e proc., 1992, 875 ss.; RADICATI DI BROZOLO, *La coercione su beni statali stranieri: l'Italia volta finalmente pagina*, en Riv. dir. internaz. 1992, 395 ss.

vimiento está previsto en las leyes procesales para la tutela del ejecutado y de los terceros.

Que, en cambio, la acción ejecutiva no de, en absoluto, origen a un proceso institucionalmente privado de contradictorio, se encuentra demostrado por muy diversos factores:

— las formas de notificación de los actos (título ejecutivo y precepto) asumen adecuadamente la función primaria de una información en tiempo del sujeto pasivo;

— para los circunscritos poderes de las partes, incidentes únicamente sobre la determinación de las modalidades ejecutivas, se traducen a lo más, en la proposición de demandas o de instancias, sobre las cuales el juez tiene el deber de pronunciarse solícitamente (arts. 486-487 c.p.c.);

— los límites de las iniciativas de parte no impiden que el acreedor procedente, el deudor ejecutado y los acreedores intervinientes y, eventualmente, los otros interesados deban ser previamente «escuchados» por el juez, disfrutando de una posibilidad efectiva (si bien mínima) de influir sobre el contenido de las decisiones a adoptarse (art. 485 c.p.c.);

— a pesar de esto, en el desarrollo de los diversos procedimientos (de ejecución o de expropiación) la información y la audiencia preventiva de los sujetos implicados no se encuentran siempre garantizadas, el contradictorio permanece cual constante valor-base, pero comportándose como parcial y atenuado, en relación a las mencionadas peculiaridades de estructura del proceso mismo<sup>33</sup>.

#### IV. EMBARGO Y PODERES DE LOS ÓRGANOS EJECUTIVOS

Volvemos, una vez más, sobre la posición de quien, en aquel proceso acciona y demanda la tutela efectiva de sus derechos.

Un problema bastante grave —del que ya me he ocupado en otra

33. Un amplio análisis: TARZIA, *Il contraddittorio nel processo esecutivo*, en Riv. dir. proc. 1978; pp. 193-248, sp. pp. 197 ss., 203 s., 210 ss. Para ulteriores datos, véanse: A. BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, cit., pp. 41-43; MANDRIOLI, *Corso*, cit., III, pp. 14-15; S. SATTA, C. PUNZI, *Diritto processuale civile*, 11, Padova, 1992, pp. 622-624, 648-650; así como mis escritos: *Contraddittorio (pº del)*, cit., &3.2.2.; *Contraddittorio*, cit., && 17-18.

sede<sup>34</sup>— se refiere a la ejecución por expropiación y a su global ineficacia, con serias repercusiones sobre la concreción de actuación de las garantías constitucionales.

El punto de ayuda crisis del sistema se encuentra en las dificultades —ya generales— con las que es posible individualizar (o, si se prefiere, localizar y encontrar) los bienes a someter a expropiación forzosa mueble. De su concreta suficiencia y acometimiento depende, en verdad, la eficacia de esta forma de tutela expropiativa.

Las premisas estructurales no son confortantes.

Porque:

— promover el proceso y la elección de las formas de ejecución dependen del poder monopolístico del acreedor, que a tal fin propone la demanda ejecutiva<sup>35</sup>;

— grava, por consiguiente, sobre las cargas de activar la expropiación de cosa mueble, estableciendo una concreta instancia al oficial judicial;

— al acreedor, por evidentes razones prácticas (más que por expresa disposición de ley), concierne la carga de suministrar a este último las indicaciones más oportunas, poniéndolo en condiciones de identificar los lugares en que deben ser seguidos el embargo y la búsqueda de los bienes muebles a embargar (arts. 513-517 c.p.c.).

Por su parte, el oficial judicial (auxiliar del juez, con prevalentes funciones ejecutivas: art. 59 c.p.c.).

— tiene el poder-deber (no diverso, del más amplio, del juez de la ejecución) de verificar de oficio, en vía preliminar, los presupuestos de legitimación de las actividades ejecutivas, a él solicitadas por el acreedor procedente;

— tiene el poder instrumental de buscar por su imperio las cosas muebles a embargar en la casa del deudor y en los otros lugares a él

34. En el estudio sobre *L'individuazione dei beni da pignorare*, cit. supra. Sobre el mismo problema, ver, también A. BONSIGNORI, *Aspetti processuali della tutela del credito*, en *La legge di riforma del c.p.c. e la tutela del credito*, Actas del Congreso de estudio en memoria de C. Papi, St. Vincent 7-9 de mayo 1992, organizado por el Centro Nacional de defensa y prevención social, Milán, 1993, pp. 225-236. sp. pp. 227-228.

35. Sobre el principio de la demanda en el proceso ejecutivo: BONSIGNORI, *L'esecuzione forzata*, cit., pp. 39-41; SATTA-PUNZI, *Diritto processuale*, cit., p. 619; B. CAPPONI, en BOVE-CAPPONI, MARTINETTO-SASSANI, *L'espropriazione forzata*, Torino, 1988, pp. 279 ss., así como sobre todo A. SALETTI, *Contributo alla teoria della domanda esecutiva*, en Estudios en Honor de E. Allorio, vol. II, Milán, 1989, pp. 1.163-1.236; Id. *Processo esecutivo e prescrizione, contributo alla teoria della domanda esecutiva*, Milán, 1992, pp. 1-289, sp. pp. 3-5, Cap. I, pp. 11-89.

pertenecientes, así como eventualmente también sobre su persona (pero observando las oportunas cautelas para salvaguardar el decoro);

— en tal actividad de investigación, puede adoptar las más idóneas medidas y puede reclamar, si es necesario, la asistencia de la fuerza pública, cuando sea necesario forzar puertas, recipientes, o bien, sea necesario vencer la resistencia opuesta por el deudor o los terceros y alejar disturbios del lugar del embargo. (art. 513.1.º y 2.º c.p.c.);

— tiene el poder de proceder, entre las cosas muebles encontradas, a la elección de aquellas a embargar, teniendo en cuenta preferiblemente las cosas indicadas en el lugar por el mismo deudor y las indicaciones ex ante del acreedor, pero de todas formas, ateniéndose al orden de prioridad establecido en la ley (con miras al dinero en efectivo, a los objetos preciosos y a los títulos de crédito entendidos de segura realización (art. 517 c.p.c.)<sup>36</sup>;

— tiene el poder conclusivo de perfeccionar, con el embargo de las cosas encontradas y prestablecidas, el acto ejecutivo complejo, en base del cual son «individualizados» y «vinculados» los bienes a someter a la acción expropiativa.

En apariencia, las actividades de búsqueda, de individualización y de «bloqueo» de estos bienes-instrumentos, destinados a la realización coactiva de la responsabilidad patrimonial del ejecutado, parecen revelar una tasa de eficacia suficiente, ante todo si refuerza por la posibilidad de embargar (sobre autorización del juez, también cosas desplazadas a lugares no pertenecientes al deudor, pero que entran en su directa disponibilidad, o cosas a él pertenecientes y espontáneamente exhibidas por el tercer poseedor (art. 513, 3.º y 4.º)<sup>37</sup>.

La realidad, desgraciadamente, es muy diferente. Y los factores de ineficacia concreta son dos:

— de un lado, el oficial judicial no goza de ningún poder instructorio suplementario, que —antes del embargo, y sobre todo, después de una inicial tentativa de embargo infructuoso (o, como se suele decir, «negativo») — le consienta desarrollar *ex officio* las necesarias averiguaciones y las oportunas comprobaciones informativas, también con terceros y administraciones públicas, con el fin de «individualizar» y de «localizar» los bienes susceptibles de ejecución;

36. Sobre todos estos puntos, envío a mi estudio *L'individuazione dei beni da pignorare*, cit., sp. pp. 91-95. Para otras visiones: SATTÀ-PUNZI, op. cit., pp. 625-655, 695-700.

37. Con ulteriores referencias en: BONSIGNORI, op. cit., pp. 173-176; MANDRIOLI, *Corso*, cit., III, P. 64 SS., 81-85.

— por el otro, la ley no exige al deudor ninguna preliminar declaración de posesión de bienes embargables, ni mucho menos, para su búsqueda, impone a él o a los terceros ningún deber, adecuadamente sancionado, de colaboración y de verdad, respecto de las eventuales solicitudes de información, dirigidas a ellos por los órganos del proceso de ejecución.

Todo esto incide de forma muy marcada en los comportamientos procesales. El oficial judicial —si no tiene motivo legítimo de «rechazar» hasta el embargo— no está ciertamente sujeto a aumentar su celo más allá de las sumarias indicaciones que le suministra el acreedor para la búsqueda de los bienes y, desarrollado el «registro» concerniente a los lugares (art. 513), se encuentra empujado muy frecuentemente a refugiarse en la redacción de un acta de embargo negativo. A su vez, el acreedor —que no tenga título para una, más segura, ejecución sobre inmuebles, ni pueda contar sobre bienes muebles registrados o créditos más fácilmente realizables, debe casi participar en un «juego de azar», afrontando (prácticamente «en la oscuridad») la relativa a bienes muebles —no se encuentra nunca animado a repetir una tentativa de embargo, ya fracasada, sino que frecuentemente prefiere recurrir a expedientes de coacción, por así decir, «transversal», respecto del deudor<sup>38</sup>.

El cuadro de síntesis es descorazonador. Permaneciendo firme el insuficiente nivel de influencia de las normas penales en la tutela de ejecución de las decisiones jurisdiccionales<sup>39</sup>, no se duda que los no idóneos procedimientos de individualización de los bienes embargables hacen del todo ineficaz y no fiable la acción ejecutiva sobre cosas y bienes muebles. Esto acaba por ratificar la ineficacia del sistema entero, no sólo manifestando los imperativos de civilización procesal, consagrados en las normas constitucionales, sino agravando aún más el juego perverso de los otros factores de fracaso que debilitan la justicia ejecutiva (como son por ej.: la excesiva dilatación de los casos de inembargabilidad, la acumulación de medios de expropiación y el concurso ilimitado entre más acreedores, la irracional relación entre procedimientos individuales y procedimientos concursales, la gran lentitud del proceso ejecutivo, la irrisoria fructuosidad de las ventas forzosas, etc.)<sup>40</sup>. Es siempre mucho más elevado, en tal perspectiva, el riesgo de trastornar los fines específicos de los instru-

38. Sobre las distorsiones de la práctica, y sobre la posibilidad de explotar, con fines persuasivos, la instancia de la quiebra, cfr. mi escrito *L'individuazione dei beni da pignorare*, pp. 95-97.

39. Cfr., además, con referencia al art. 388 c.p.m. mi op. ult. cit., pp. 96-97.

40. Para un cuadro perspicaz: TARZIA, *Rapport italien*, en *Travaux de l'Association Henri Capitant*, Tome XXXVI, Paris, 1985, pp. 121-132, sp. pp. 122-127.

mentos de ejecución directa, convirtiéndolos en medios indirectos de presión sobre el deudor, para obligarlo a cumplir per se la obligación.

#### V. LÍNEAS DE EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS DE REFORMA. CONCLUSIONES

Nos preguntamos en este punto, si es posible y en qué modo intervenir sobre el sistema, para adecuarlo (finalmente) a las exigencias de eficacia, en que se inspiran los principios constitucionales del «justo proceso».

Quizás, un apunte metodológico se impone antes de nada. Nos hemos preocupado, a menudo, de salvaguardar las (sacrosantas) garantías de defensa del deudor ejecutado y de los terceros implicados, olvidando después el (no menos sacrosanto) nivel de eficacia de las formas de tutela ejecutiva, que es necesario asegurar al acreedor para la actuación de sus derechos o para la satisfacción de sus pretensiones patrimoniales. En otras palabras, se ha frecuentemente, puesto el acento en el grado mínimo de garantías inviolables, que se han de reconocer a quien en el proceso ejecutivo sufre las medidas de ejecución y de las mismas se defiende, no tomando en la misma proporción los valores de insuprimible adecuación que, para el lado activo, deben marcar la iniciativa y el impulso del que en aquel proceso acciona para obtener las requeridas formas de tutela. No parece, por lo tanto, suficiente para agotar el discurso de los reflejos constitucionales la referencia —ya desarrollada en el & 2— a la acción ejecutiva y a la remoción de sus límites irrazonables, o a los perfiles del contradictorio y de la defensa en el curso del procedimiento ejecutivo. Es necesario también aludir a las dificultades de «individualización» de los bienes embargables que se han analizado en el & 4.

Nos encontramos aquí, frente a algunos objetivos fundamentales de reforma, que las normas constitucionales designan como irrenunciables:

1) la mejora cualitativa de los medios y de las formas de tutela ejecutiva esperables, en función de la diversa naturaleza de las obligaciones (de dar, de hacer, de no hacer, fungibles, no fungibles), sometidas a ejecución forzosa;

2) la simplificación de las formas y de la decidida aceleración de los tiempos en el proceso ejecutivo.

3) la mejora cuantitativa del «producto final», es decir, el crecimiento de la tasa de fructuosidad global de los procedimientos de ejecución, en la satisfacción (en forma específica o por equivalente) de los derechos a tutelar con instrumentos de coacción patrimonial.

El tercer objetivo es, quizás, el más problemático (y no menos ur-

gente) puesto que afecta de cerca, en la expropiación de bienes muebles, al tema primario de la «individualización» de los bienes expropiables (cfr. supra). O bien —si se considera que la situación patológica a combatir es aquella en que el deudor, en posesión de los bienes afectables, no colabore e intente sustraerlos a la acción ejecutiva— la experiencia comparantística propone una única alternativa base:

— o se escoge insistir sobre procedimientos preliminares de averiguación y sus sanciones de tipo compulsorio, que inducen al deudor (o, eventualmente, también a los terceros) a ofrecer una efectiva colaboración a los órganos de la ejecución, mediante informaciones suministradas sobre la existencia, localización y ubicación de los bienes expropiables;

— o bien, se opta por un reforzamiento autónomo de los poderes de investigación y averiguación, atribuidos al juez y a sus auxiliares, o eventualmente también a otro órgano público de justicia, donde aumentar las funciones cognoscitivas y registrales a ejercitar también de oficio, con o sin la colaboración de los sujetos pasivos y de los terceros.

La primera opción es la típica de aquellos ordenamientos que prefieren la adopción de instrumentos de investigación privada, apuntando en el nivel de la eficacia compulsoria o persuasiva de las sanciones establecidas, que se conminan al deudor (o también a los terceros) para obtener las más oportunas informaciones sobre los bienes susceptibles de afectación. En estos casos como sucede, precisamente en Alemania con el llamado *juramento de manifestación* (*Offenbarungseid*, hoy redefinido *eidesstattliche Versicherung*) y con las correlativas sanciones patrimoniales o la detención<sup>41</sup> —el acento recae sobre la coercibilidad indirecta del deber de colaboración de los sujetos interesados, sin implicar un excesivo empleo de recurso o un particular coste a cargo de las estructuras públicas.

La segunda, en cambio, es propia de los sistemas en que —como sucede en Suecia, con la radical delegación de las funciones ejecutivas a la autoridad administrativa<sup>42</sup>, o en Francia, con la *recherche des informations* demandada al Procurador de la República, en base a la reforma actuada en la Ley n. 91-650 de 9 de julio de 1991<sup>43</sup>— prevalece la in-

41. Sobre la evolución histórica y sobre la disciplina actual del mencionado estudio (&& 807, 899-915 ZPO), puede consultarse para ulteriores particularidades mi escrito *L'individuazione dei beni da pignorare*, pp. 106-113.

42. Véase mi obra op. ult. cit., pp. 113-116.

43. Con ideas particularizadas mi op. ult. cit., pp. 102-106; y más en general, R. PERROT, *La riforma francese delle procedure civili d'esecuzione (la prima legge)*, en Riv. dir. proc. 1992, pp. 209-239, sp. pp. 219-220. El art. 39 de la Ley mencionada, menciona en el primer apartado:

vestigación pública sobre la privada. Aquí disminuye, sin duda, el crédito para los efectos indirectos de las sanciones compulsorias (o también penales) en la tutela del deber de colaboración entre sujetos implicados; pero aumentan notablemente los costes para la colectividad, abriéndose la vía al uso siempre más refinado de los modernos recursos tecnológicos e informáticos (de archivos o de bancos de datos), en la adquisición oficiosa de las informaciones sobre la concreta localización de los bienes patrimoniales expropiables.

Nada, obviamente, excluye que —como ha sucedido en ciertos ordenamientos latino-americanos<sup>44</sup>, o como se propone hacer también en Italia<sup>45</sup>— los favores pueden llevar a una solución de tipo mixto. De un lado, en efecto, no es tan fácil renunciar a un procedimiento preliminar de investigación patrimonial, en que esté prevista la necesaria participación del deudor y sea colateralmente sancionado a su cargo un preciso deber de colaboración en la individualización de los bienes embargables. Por el otro, el recurso a los medios de investigación oficial de los órganos jurisdiccionales<sup>46</sup> —sobre el presupuesto ya por descontado de un progreso tecnológico de los recursos de conocimiento— aparece aún como el más adecuado para hacer evolucionar hacia lo positivo, con un neto avance de eficacia en los resultados, la relación económica entre los costes instrumentales (ciertamente no exiguos) y los beneficios recaba-

«...à la demande de l'huissier de justice chargé de l'exécution, porteur d'un titre exécutoire et au vu d'un relevé certifié sincère des recherches infructueuses qu'il a tentées pour l'exécution, le procureur de la République entreprend les diligences nécessaires pour connaître l'adresse des organismes auprès desquels un compte est ouvert au nom du débiteur, ainsi que l'adresse du débiteur et l'adresse de son employeur, à l'exclusion de tout autre renseignement».

44. Con breves referencias a la legislación argentina (c.p.c. arts. 228 y 534) y a la brasileña (c.p.c. arts. 599-601, 652-658), cfr. mi escrito *L'individuazione dei beni da pignorare*, pp. 101-102.

45. Vienen señaladas las propuestas de reforma —basadas en un modelo mixto, en que confluyen el deber de colaboración del deudor, la exigencia de un procedimiento preliminar de individualización de los bienes y la eventual intervención del Procurador de la República en la investigación de los bienes mismos (arts. 597 bis. ss., Libro III, Tit. II, Cap I, Sez. III, «Della ricerca dei beni da pignorare») — que un grupo de estudio, promovido por la Magistratura democrática, está afrontando en estos últimos tiempos. Para noticias más precisas, cfr. E. MERLIN, *L'individuazione dei beni da pignorare e la «trasparenza» dei patrimoni: riflessioni «de iure condendo»*, en *Giur. it.* 1993, IV, 205 ss.; Id., *Prospettive di riforma parziale del diritto dell'esecuzione forzata: individuazione dei beni da pignorare e la garanzia patrimoniale c.d. generica dell'obbligazione civile*, en *Foro it.* 1993, V, 440-444.

46. Me remito a las conclusiones de mi estudio *L'individuazione dei beni*, cit., pp. 126-134, así como las precisiones realizadas en mi *Replica al Convegno torinese degli Studiosi del processo civile*, en *Actas del XVIII Congreso Nacional*, cit., pp. 277-282.

bles para la fructuosidad de los particulares procedimientos de ejecución forzosa. Se da ya por descontado —como se advierte también en las integraciones aportadas en las últimas reformas a los arts. 1.453 y 1.455 de la LEC española<sup>47</sup> —la exigencia (si queremos mínima, pero no por ello desatendible) por la que el juez pueda valerse de una cooperación siempre más amplia de los operadores públicos, en la adquisición de informaciones en tiempo y puestas al día sobre los patrimonios o sobre los particulares bienes expropiables.

No sabría, ciertamente, decir si estos propósitos de solución mixta, en que convergen exigencias de averiguación oficial y coacciones indirectas del deudor ejecutado, están destinadas a fallar. No obstante, fundando una profecía, se nos ofrece una constatación. Hasta que no se lleguen a remover los denunciados inconvenientes, que desvalorizan las

47. El nuevo apartado 2.º del art. 1.452 —añadido por la ley de 30 de abril de 1992, n.º 10— impone a los encargados de los registros domiciliarios comunicar con solicitud al órgano jurisdiccional procedente, en los casos de expropiación o de medida cautelar sobre bienes inmuebles, la existencia de otras inscripciones o transcripciones eventualmente perjudiciales («El Registrador deberá comunicar al órgano judicial la existencia de ulteriores asientos que pudieran afectar el embargo anotado»). Dicha comunicación —que se extiende, obviamente, también a las eventuales variaciones sobrevenidas— persigue el fin específico de poner al juez en la condición constante de activarse para una mayor efectividad de la ejecutoria, en base al principio sancionado en el art. 18.2, de la LOPJ (cfr. retro. nota 13).

Aún más elocuente es la modificación introducida en el art. 1.455.3.º de la Ley n.º 36/1984 de 6 de agosto de 1984 (y, por consiguiente, hasta en época anterior a la reforma francesa efectuada con la Ley n.º 91/650). La norma dispone lo siguiente: «Si el ejecutado no designare bienes o derechos suficientes sobre los que hacer la traba, podrá el Juez, a petición del ejecutante, dirigirse a todo tipo de Registros Públicos, organismos públicos y entidades financieras, a fin de que faciliten la relación de bienes o derechos del deudor de que tengan constancia». Ella, de todos modos, no pone a cargo del ejecutado ningún deber u obligación de previa declaración de los bienes poseídos, que sean susceptibles de expropiación, pero implícitamente configura una facultad simple, dirigida a hacer concreto el orden preferencial del embargo, sancionado por la ley (arts. 1.447 y 1.454 LEC). Sobre este punto: MONTERO AROCA, *El proceso de ejecución*, cit., *Derecho Jurisdiccional*, II, Proceso civil, 2.º, pp. 114-115. Véase también, en la misma perspectiva, el artículo 247 de la Ley de Procedimiento Laboral (R.D.L. 521/1990 de 27 de abril de 1990).

Sobre la incidencia de la reciente reforma de 1992, en el sector del proceso de ejecución, cfr. por todos: F. ARIAS, *Del juicio ejecutivo*, en en AA.VV. (MONTERO AROCA Coord), *La reforma de los procesos civiles*, en *Comentario a la Ley 10/92, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, Madrid, 1993, pp. 125-154, sp. pp. 149-150, 151-154; J.M. FERNÁNDEZ LÓPEZ en *La reforma procesal civil por ley 10/92, Criterios prácticos de interpretación*, Madrid, 1992, pp. 287-326, sp. pp. 289-91 (sobre las razones inspiradoras); R. FERNÁNDEZ MONTALVO, J.A. XIOL RÍOS, *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, I, *La reforma del proceso civil*, Valencia, 1992, pp. 223-242 (en síntesis).

posibilidades de éxito de los medios expropiativos, el fundamental derecho a la ejecución de las sentencias —en que se traduce un componente esencial del derecho constitucional a la eficacia de la tutela judicial— permanecerá, desgraciadamente, como letra muerta.

TERMINOS PERENTORIOS

CONGRESO INTERNACIONAL  
DE DERECHO PROCESAL  
DE CASTILLA Y LEÓN

**EL GOBIERNO  
DE LA JUSTICIA**

ORGANIZA:

Departamento  
de Derecho Procesal

Universidad de Valladolid

DIRECTOR:

Prof. Ernesto Pedraz Penalva

COLABORAN:

Junta de Castilla y León

Consejo General del Poder Judicial

Ministerio de Justicia

Cortes de Castilla y León

Consejo General de la Abogacía

VALLADOLID

28, 29 y 30 DE SEPTIEMBRE DE 1994





- 8,30 horas** Entrega de documentación.
- 9,00 horas** Recibimiento de los congresistas por el Excmo. y Mgfco. Sr. Rector de la Universidad de Valladolid, don Javier Álvarez Guisasola.
- 9,30 horas** INAUGURACIÓN: Excmo. Sr. D. Juan José Lucas, Presidente de la Junta de Castilla y León.
- APERTURA DE LAS SESIONES: Excmo. Sr. D. Juan Alberto Belloch Julbé, Ministro de Justicia e Interior.

### 11,00 horas MESA REDONDA 1

#### EL GOBIERNO DE LA JUSTICIA EN:

**ALEMANIA.** Prof. Walter Perron (Max-Planck-Institut, Friburgo).

**FRANCIA.** Prof. François Guilhem Bertrand (Universidad París XI).

**ITALIA.** Excmo. Sr. Salvatore Senese (Magistrado, ex-miembro del Consiglio Superiore della Magistratura).

**PORTUGAL.** Prof. Jorge de Figueiredo Dias (Universidad de Coimbra).

**ESPAÑA.** Excmo. Sr. D. Fernando Ledesma Bartret (Magistrado TS, Presidente del Consejo de Estado).

**Moderador/Ponente:** Prof. Francisco Ramos Méndez (Universidad Pompeu Fabra).

*Recepción ofrecida por el Excelentísimo Ayuntamiento de Valladolid.*

### 16,00 horas MESA REDONDA 2

#### ATRIBUCIONES DEL CGPJ:

**INTRODUCCIÓN.** Excmo. Sr. D. José Luis Manzanares Samaniego (Magistrado TS, Vicepresidente del CGPJ).

**FUNCIONES CONSULTIVA, INFORMATIVA Y RESOLUTIVA.** Excmo. Sr. D. Rafael Fernández Montalvo (Magistrado AN, Vocal del CGPJ).

**NOMBRAMIENTOS (presidencias, sustitutos, suplentes y de provisión temporal) Y FUNCIÓN INSPECTORA.** Ilmo. Sr. D. José Luis Requero Ibáñez (Magistrado AN), Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (Vocal del CGPJ, Presidente Sala 1.ª TS).

**Moderador/Ponente:** Prof. Víctor Moreno Catena (Universidad de Sevilla).

### 18,30 horas MESA REDONDA 3

#### ATRIBUCIONES DEL CGPJ:

##### LA POTESTAD REGLAMENTARIA DEL CGPJ.

Prof. Fernando Gómez de Liaño (Universidad de Oviedo) e Ilmo. Sr. D. Fernando de Lorenzo Martínez (Magistrado).

##### LA POTESTAD DISCIPLINARIA DEL CGPJ.

Excmo. Sr. D. Vicente Gimeno Sendra (Magistrado TC, Catedrático de Derecho Procesal) y Excmo. Sr. D. Javier Delgado Barrio (Magistrado TS y ex-vocal del CGPJ).

##### SELECCIÓN Y FORMACIÓN DE JUECES.

Ilmo. Sr. D. Ángel Calderón Cerezo (Juez Central de lo Penal) e Ilmo. Sr. D. Ignacio Sánchez Yllera (Magistrado, Letrado del CGPJ).

**Moderador:** Excmo. Sr. D. José Juan Dávila Lorenzo (Vocal del CGPJ).



### 9,00 horas MESA REDONDA 4

**NATURALEZA DEL CGPJ.** Prof. Valentín Cortés Domínguez (Universidad Autónoma de Madrid).

##### CONSTITUCIÓN Y DESIGNACIÓN DEL CGPJ.

Ilmo. Sr. D. Eduardo Perdiguero Bautista (Magistrado), Excmo. Sr. D. Perfecto Andrés Ibáñez (Magistrado, ex-Vocal del CGPJ) y Prof.ª Carmen Calvo Sánchez (Universidad de Salamanca).

**ESTATUTO DE LOS MIEMBROS DEL CGPJ.** Excmo. Sr. D. Juan Montero Aroca (Magistrado TSJ de Valencia, Catedrático de Derecho Procesal).

**Moderador:** Excmo. Sr. D. Teófilo Ortega (Magistrado TS, ex-Vocal del CGPJ).

*Recepción ofrecida por el Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid.*

**16,00 horas MESA REDONDA 5****CGPJ Y ESTADO DE LAS AUTONOMÍAS.**

- Excmo. Sr. D. César Huidobro Díez (Consejero de Presidencia, Junta de Castilla y León); Prof. Jesús M.<sup>a</sup> Silva Sánchez (Director del Centro de Estudios Jurídicos y de Formación Especializada del Departamento de Justicia, Generalidad de Cataluña, Catedrático de Derecho Penal); Prof. Manuel Ortells Ramos (Secretario General Consejería de Educación, Generalidad de Valencia, Catedrático de Derecho Procesal); Ilmo. Sr. D. Iñaki Sánchez Guiu (Director de Gabinete, Departamento de Justicia, Gobierno Vasco).

**Moderador:** Prof. Joan Queralt Jiménez (Universidad de Las Palmas).

**19,00 horas MESA REDONDA 6**

**CGPJ Y MINISTERIO DE JUSTICIA.** Excmo. Sr. D. Juan Luis Ibarra Robles (Magistrado, Secretario General Técnico del M.<sup>o</sup> de Justicia).

**CGPJ Y CONTROL DE SU INFRAESTRUCTURA.** Excmo. Sr. D. Fernando Escribano Mora (Magistrado, Director General de Relaciones con la Administración de Justicia).

**CGPJ Y SECRETARIOS JUDICIALES.** Ilmo. Sr. D. Pedro Níguez Rodríguez (Secretario Judicial) e Ilmo. Sr. D. Antonio Robles Acera (Secretario Judicial).

**ABOGACÍA Y CGPJ.** Excmo. Sr. D. Jesús Gómez-Escolar Mazuela, Decano del Ilustre Colegio de Abogados de Valladolid.

**Moderador:** Prof. Ernesto Pedraz Penalva (Universidad de Valladolid).

*Recepción en el Palacio de los Pimentel, ofrecida por el Ilmo. Sr. Presidente de la Excmo. Diputación de Valladolid.*

**DÍA 30****9,00 horas MESA REDONDA 7**

**EL GOBIERNO DE LA JUSTICIA Y EL MINISTERIO FISCAL.** Excmo. Sr. D. Roberto García Calvo (Fiscal del TS, ex-vocal del CGPJ) e Ilmo. Sr. D. Ricard Cabedo Nebot (Fiscal).

**Moderador:** Prof. José María Asencio Mellado (Universidad de Alicante).

**10,30 horas INTERVENCIÓN** del Excmo. Sr. D. Carlos Granados Pérez, Fiscal General del Estado.

**12,00 horas MESA REDONDA 8**

**CGPJ Y JURISDICCIÓN MILITAR.** Excmo. Sr. D. José Luis Rodríguez Villasante (General Auditor TCM).

**CGPJ Y TRIBUNALES DE MENORES.** Prof. José Martín-Ostos (Universidad de Cádiz).

**Moderador:** Prof. Juan Damián Moreno (Universidad de León).

**16,30 horas CONCLUSIONES Y CLAUSURA**

**16,30 horas CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA Y CGPJ.** Excmo. Sr. D. Eugenio Gay Montalvo, Presidente del Consejo General de la Abogacía.

**17,30 horas CONCLUSIONES SOBRE EL GOBIERNO DE LA JUSTICIA.** Prof. Ernesto Pedraz Penalva (Universidad de Valladolid).

**18,30 horas CLAUSURA** a cargo del Excmo. Sr. D. Pascual Sala, Presidente TS y CGPJ.

*Recepción en el castillo de Fuensaldaña, ofrecida por el Excmo. Sr. Presidente de las Cortes de Castilla y León.*

### INSCRIPCIONES

CUOTA: 40.000 pts. c/c. n.º 5264 "I CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PROCESAL DE CASTILLA Y LEÓN". Caja de Salamanca y Soria. Agencia Urbana n.º 18 de Valladolid.

LUGAR: Departamento de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, Valladolid. Tel. (983) 42 30 98 (de 10 a 14 horas), Fax (983) 42 30 12.

PLAZO: Hasta el 9 de septiembre.

El número de plazas es limitado. Se reservan 30 medias becas para la asistencia al Congreso (plazo de solicitud: hasta el 30 de julio).

### LUGAR DE CELEBRACIÓN

Palacio de Congresos "Conde Ansúrez", Calle Real de Burgos, s/n. Valladolid.

### PLAZO PARA PRESENTACIÓN DE COMUNICACIONES

Hasta el día 9 de septiembre.

### PATROCINAN

- Excma. Diputación de Valladolid.
- Excmo. Ayuntamiento de Valladolid.
- Caja de Salamanca y Soria.
- Caja España.
- El Corte Inglés.