

Soluciones extrajudiciales de conflictos intersubjetivos

CARMELO DE DIEGO LORA
Juez de Primera Instancia

Planteamiento.

«El Derecho necesita siempre, en todos los tiempos y latitudes, de la ayuda de la fuerza. Cuando la fuerza es asumida por el Estado, al monopolizar éste toda forma de violencia ejecutiva legal, aquella violencia no se nos presenta ya como violencia propiamente dicha, sino como coacción organizada. Así, pues, la guerra va perdiendo sus características de tal y se llama coacción autoritaria a medida que el Estado va absorbiendo la práctica de la actuación violenta del Derecho y excluyendo de ella a los particulares. Entre un proceso y una guerra la diferencia estriba, pues, en el grado de organización: un proceso, en el fondo, no es más que una guerra bien organizada.»

Leyendo este pasaje de Alvaro D'Ors (1) me fué sugerida la idea de que el proceso, sí, efectivamente, es una guerra bien organizada, una guerra incruenta si se quiere, pero con una fundamental diferencia: en la guerra vencerá el más fuerte o el más hábil, difícilmente quien pretenda la observancia de un orden justo. En el proceso, en cambio, el triunfo será del Derecho. Porque interviene una autoridad, situada por encima de las partes contendientes, con un interés—el de la justicia—muy superior a intereses particulares.

Pero el proceso, al igual que la guerra, será siempre el último recurso del que, por hallarse ante un conflicto, tenga que ser combatiente. Antes se procurará alcanzar una solución de amistad, el acuerdo.

Esto explica cómo no siempre la Ley es celosa de su observancia, sino que deja abierto un amplio cauce a la iniciativa particular. Es verdad que cuando se impone la normación procesal, ésta exige una total sumisión, pero no es menos cierto que para

(1) ALVARO D'ORS, *Tres temas de la guerra antigua*. Arbor, núm. 20, página 163.

la legislación de un pueblo—y hablamos siempre dentro del derecho privado—no es lo más importante el rigor de su observancia, que nos conduciría a un fariseísmo legal. Lo que más importa es la conservación del orden justo, y los más interesados en el orden de la justicia conmutativa, en las relaciones interpartes, serán los mismos sujetos de esas relaciones.

Únicamente en los casos de desavenencias irreductibles será cuando la Ley adquiera ese rigor impositivo, y, con todo, esta vigencia no se produce sino a través de un impulso de la voluntad privada. De esta manera, resulta que el orden jurídico material, en presencia de conflictos intersubjetivos, no tendrá aplicación coercitiva mientras no adquiera el vigor que el orden jurídico procesal le concreta. Si observamos que este orden instrumental no encuentra otra razón motora, en su origen, que la voluntad privada, podemos concluir que, en el ámbito del derecho privado, es la voluntad del particular la primera regla de actuación.

Mientras no sean rotos los límites de actuación que la Ley, por diversas razones, generalmente de moralidad, impone, la autonomía de la voluntad es la primera fuente para la resolución de los conflictos de derechos. El proceso vendrá a llenar, en estos casos, el papel de una institución de segundo grado, en situación de reserva, preparada por el Estado para restablecer el orden de su justicia conmutativa, cuando los particulares, al acudir a la vía procesal, se confiesan impotentes para resolver por sí mismos sus diferencias.

Se hace necesario, ante lo dicho, mirar con recelo a los que, exagerando la importancia de la jurisdicción y del derecho procesal, intentan negar a los particulares sus primitivos derechos de resolver por sí mismos sus diferencias; de los que tratan que la única actividad resolutoria de conflictos intersubjetivos se acapare por el Estado haciéndonos feudatarios de su justicia, y olvidando que es la paz antes que la guerra, y que los órganos del Estado con mayor interés para que se salve la justicia conmutativa, son los propios ciudadanos que, portadores de los derechos, sabrán marcar, en cada momento, con su resistencia al acuerdo, los diversos grados de aproximación o acercamiento a la justicia, hasta la renuncia de todo intento de solución pacífica por acudir a la solución bélica que entraña el proceso.

Nuestro ordenamiento legal responde a estas ideas, cuando admite, en su articulado, un conjunto de instituciones de índole privada que, fuera, por encima y, a veces, en contra del proceso, permiten y encuentran solución a los conflictos intersubjetivos, en muchas ocasiones de manera irrevocable.

Como medios solucionadores de conflictos intersubjetivos, han de considerarse instrumentos, y de instrumental habrá de ser calificado su derecho regulador. Sin embargo, a veces, aparece tal identificación entre el medio solucionador y la solución misma, que

componen una sola institución jurídica, como ocurre con la transacción, siempre calificada de derecho material.

El instrumento, otras veces, puede guardar una mayor analogía con el proceso—así ocurre en el arbitraje—por lo que se llega incluso al error de encajar, como hace nuestra Ley de Enjuiciamiento civil, en la categoría de normas procesales, las que lo disciplinan. Sistemática cierta si se tratara de un código instrumental y no exclusivamente procesal.

Interesado el Estado en que se observe un orden justo, no extraña ver cómo estas instituciones, muchas veces, suelen conducir a la inaplicación de las normas materiales. Ocurre, por ejemplo, en la transacción que no sólo impedirá la observancia de una ley procesal determinada, sino que generalmente dejará inaplicadas leyes materiales, pues nada se opone a que las partes, de común acuerdo, convengan en una normación distinta a la contenida en los preceptos del derecho material positivo.

Igual ocurre en el compromiso cuando es del tipo, denominado por nuestro legislador, de amigable composición, en el que queda reducida a un mínimo la exigencia formal. En cambio, en el arbitraje, por su carácter técnico, ha de observarse el derecho material por los árbitros en su resolución. Y si bien las normas procesales quedan sin aplicación, existen unas normas rígidas de tipo instrumental, reguladas al margen, y paralelamente al proceso.

El que ante un conflicto jurídico privado brille una solución amistosa, no es algo consentido o simplemente autorizado por el legislador, sino muchas veces, querido, deseo expreso de su voluntad, sin exigir presuntos respetos al derecho material, abriendo con amplitud a las partes los cauces de una libre solución convencional, exhortando y recomendándoles un arreglo, procurándose-lo. Este interés de la Ley se percibe con claridad con la sola lectura de los artículos 460, 462, párrafo primero, y 471, párrafo quinto de la Ley de Enjuiciamiento civil, y, en general, de todos los que regulan el acto de conciliación.

Además, el proceso ya nacido, en pleno desarrollo, próximo a que los preceptos de índole material alcancen una plenitud de efectos a través de la sentencia firme, puede quedar paralizado, o estéril, porque las partes lleguen a un acuerdo suspensivo, con el consiguiente perjuicio que ello puede irrogar a la justicia propugnada por la Ley, o a un convenio extintivo, bien sea por virtud de acuerdo plurilateral, mediante la llamada transacción procesal, bien por la decisión de una de las partes litigantes, la actora, en virtud de la renuncia de su acción.

A la transacción procesal se refieren expresamente los artículos 1.809 y 1.816 del Código civil. Y no sólo afectará a un proceso en el que no ha sido pronunciada sentencia, sino también sobre el que habiendo recaído sentencia, aun no adquirió firmeza por estar pendiente de recurso. Todavía más: las voluntades conformes de las partes pueden derogar los efectos de una sentencia firme y de-

finitiva. Si el artículo 1.819 del Código civil permite se rescinda la transacción cuando alguna de las partes interesadas ignorase la existencia de la sentencia firme, a sensu contrario, si dichas partes conocen dicha sentencia, y transigen, el negocio jurídico tendrá pleno valor.

Expresa referencia a la suspensión del proceso encontramos en el artículo 1.º del Real decreto de 2 de abril de 1924. Careciéndose de precepto alguno expreso relativo a la renuncia de la acción, su posibilidad está admitida por la jurisprudencia (sentencias del Tribunal Supremo de España, de 5 de diciembre de 1891 y 21 de diciembre de 1927) cuando, contestada la demanda, el actor, unilateralmente, desiste de su pretensión.

El allanamiento también entraña renuncia e inaplicación parcial del derecho material. Mencionado únicamente en el artículo 1.541 de la Ley de Enjuiciamiento civil, el precepto oculta cuáles sean sus efectos materiales. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha cuidado definirlos, sentando que los Tribunales (sentencia de 11 de mayo de 1904) habrán de fallar de acuerdo con las peticiones concordantes de las partes, y son tachadas de incongruentes (sentencias de 29 de febrero de 1888, 16 de septiembre de 1889 y 18 de abril de 1901) las sentencias absolviendo al demandado que se allanó a la demanda.

Dependiente de las voluntades de las partes, aunque imponiéndose sobre ellas, la institución de la caducidad de la instancia. Se ha dicho por Guasp (2), que la expresión «se tendrán por abandonadas las instancias» del artículo 411 de la Ley de Enjuiciamiento civil, es una desafortunada traducción de la fórmula «el proceso se extinguirá», aunque reconoce existir procesos que no caducan como los de ejecución y otros a los que se puede aplicar la caducidad en algunas de sus partes.

La caducidad de la instancia, cuando la sentencia está pendiente de recurso, trae consigo su firmeza. Si el proceso se encuentra en primera instancia, se produce su extinción (artículos 441, párrafo 2.º y 414 de la Ley de Enjuiciamiento civil). Las normas de derecho material quedarán inaplicadas a esta hipótesis particular, y, de una manera definitiva, si a la caducidad de la instancia se une la prescripción del derecho que sirvió de base a la pretensión (artículo 419 de la Ley de Enjuiciamiento civil).

Procedamos a un estudio separado de cada una de estas instituciones:

La transacción.

Se ha dicho que «la transacción aborda el campo simplemente contractual y penetra en algunos aspectos en el jurisdiccional y aun en el normativo» (3).

(2) JAIME GUASP. *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento civil*, M. Aguilar, Madrid, 1943, tomo I, págs. 1121 y 1136.

(3) JOSÉ M.ª DE SANABUJA. *Consideraciones sobre la naturaliza del con-*

En efecto, por un acuerdo de voluntades se resuelve un conflicto jurídico sin necesidad de acudir al órgano jurisdiccional.

En la transacción, como en todo contrato, se da un libre acuerdo de voluntades. Sin embargo, si bien concurre esa libertad de juicio o deliberación, no se da de igual manera, la libertad de espontaneidad, puesto que media como una coacción recíproca que impulsa a las partes en búsqueda de una solución. No es dudoso el carácter material de la transacción, tan distante del proceso. En éste se actúan pretensiones; en la transacción, las posibles pretensiones quedan abortadas por una renuncia común de acciones. Empero no toda transacción implica renuncia de pretensiones. Si éstas no tienen vida fuera del proceso, entendemos que se renunciarán en aquellas transacciones «que evitan la provocación de un pleito» (artículo 1.809 del Código civil). Por el contrario, si «ponen término al que había comenzado», esas transacciones entrañarán recíproca renuncia de pretensiones, y se denominarán transacciones procesales.

En ambos tipos, se da una renuncia de derechos—aunque de caracteres distintos—, pues como señaló la sentencia del Tribunal Supremo español, de 8 de mayo de 1920, en este contrato las partes mismas llegan a solucionar el conflicto abdicando de sus respectivos derechos.

A pesar de las diferencias características a ambas figuras de transacción, tanto en la procesal, como en la simple, señala Carnelutti (4), se da, ante todo, una transacción, es decir, «un contrato bilateral mediante el que cada uno de los contratantes dispone de la propia situación jurídica» (5). Y añade, más adelante, que «el mecanismo económico de la transacción reposa sobre la equivalencia entre el sacrificio menor o sacrificio cierto, y el beneficio mayor o sacrificio incierto: el *aliquid datum* es la prima que cada una de las partes paga para ponerse a cubierto contra el riesgo» (6).

Idéntico parecer mantiene Plaza (7), para quien es meramente accidental que la transacción refleje sus consecuencias en el proceso. De aquí que estime son iguales las notas características de la transacción procesal y de la extraprocesal.

Guasp, como Prieto Castro, utiliza la terminología transacción judicial. Para el primero, no son actos procesales más que los que se realizan dentro de un proceso, originando en él consecuencias inmediatas. No lo son, cuando verificándose fuera del proceso, los

trato de transacción y principales cuestiones que plantea, Revista de Derecho Privado, 1945, tomo XXIX, pág. 232.

(4) FRANCISCO CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, Uteha, Buenos Aires, 1944, tomo I, pág. 202.

(5) FRANCISCO CARNELUTTI, obra, edición y tomo citados, pág. 199.

(6) FRANCISCO CARNELUTTI, obra, edición y tomo citados, pág. 200.

(7) MANUEL DE LA PLAZA, *Derecho procesal civil español*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1942, vol. I, pág. 493.

efectos procesales que origina son de carácter mediato. Y afirma que la transacción judicial es «un negocio jurídico de carácter material, no procesal, aunque las partes traten sólo con ella de poner término al (pleito) que había comenzado (art. 1.809 del Código civil)» (8).

Ello no ocurre en el Derecho alemán, donde «la transacción procesal es al mismo tiempo contrato de derecho privado que cae dentro del parágrafo 779 del B. G. B. y convenio procesal que hace acabar la *litis pendencia* y que puede dar lugar a ejecución» (9). Por la transacción procesal quedan cumplidas las formas de documentación y legalización judicial o notarial exigidas en los negocios de derecho privado. Y es porque, como señala Guasp (10), en aquel derecho la transacción judicial se celebra ante el juez, haciéndose constar en el acto de la comparecencia, es decir, mediante actos procesales, mientras que, en el Derecho español, la transacción siempre se realiza extrajudicialmente, y lo que se aporta es la transacción ya celebrada y perfecta, para que produzca la extinción del proceso.

Una posición radicalmente distinta, basada quizás en la doctrina alemana apuntada, advertimos en Prieto Castro (11), que entiende que la transacción judicial, por su naturaleza, pertenece a la categoría de los actos procesales con efectos inmediatos sobre el derecho material.

Dado el carácter jurídico material de la transacción, nada menos acertado que la fórmula del artículo 1.816 del Código civil. El alcance de los términos del precepto legal ha sido debidamente dibujado por Guasp (12). En efecto, si existe alguna solución de un conflicto distinta a la que encarna la sentencia judicial, es el contrato de transacción. Es, precisamente, el antípoda de una decisión jurisdiccional, su exclusión, su negación misma. Hace imposible el actuar procesal. La vía directa jurídico material, abortó pretensiones, abolió el proceso en virtud del poder dispositivo de los particulares. De ahí la exigencia de quedar excluidas de la transacción aquellas materias sobre las que el poder de su titular carece de disposición, requiriéndose unas veces (artículos 1.810 y 1.812 del Código civil), formas y requisitos complementarios, otras, negándosele al sujeto de derecho (artículos 1.811, 1.813 y 1.814 del Código civil), la posibilidad de transigir por tratarse de materias excluidas de su disponibilidad jurídica.

Brillantemente Moxó Ruano (13) señala las diferencias sustan-

(8) JAIME GUASP, obra, edición y tomo citados, pág. 168.

(9) JAMES GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil*, trad. de Leonardo Prieto Castro y adiciones de Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, Labor, S. A., Barcelona, 1936, pág. 379.

(10) JAIME GUASP, obra, edición y tomo citados, nota a la pág. 168.

(11) LEONARDO PRIETO CASTRO, *Exposición del Derecho procesal civil de España*, Librería General, Zaragoza, 1944, tomo I, pág. 358.

(12) JAIME GUASP, obra, edición y tomo citados, págs. 168 y 169.

(13) ANTONIO MOXÓ RUANO, *Notas sobre la naturaleza de la transacción*, Revista de Derecho Privado, Madrid, septiembre 1950, pág. 691.

ciales entre la cosa juzgada y la *exceptio transactionis*. Por ello, concluye afirmando el carácter jurídico material que contiene la transacción. No compartimos, en cambio, su opinión acerca de que la transacción sea un acto constitutivo. Entendemos que, en nuestro derecho, tanto la declaración de derechos como la constitución de estados jurídicos nuevos—igualmente una condena de dar o hacer—son contenidos específicos de las sentencias judiciales. Las pretensiones de las partes han provocado, del órgano jurisdiccional, que declare, constituya o condene. Mas si son las mismas partes interesadas las que resuelven sus diferencias, a través de un contrato de transacción, no cabe hablar de declaraciones, constituciones y condenas, porque éstos son pronunciamientos públicos de los órganos del Estado, por encima de la autonomía de la voluntad, imponiendo, a una voluntad rebelde al cumplimiento del precepto material, la voluntad de la Ley por medio de la fuerza coercitiva de la sentencia.

El mismo contenido de las sentencias declarativas, constitutivas y de condena, incluso en el campo de las relaciones privadas, gozan de una terminología propia, extraña a definiciones solemnes: se llamarán compraventas, pagos, préstamos, renunciaciones, resoluciones, etc. Y no por ello el negocio jurídico de transacción quedará reducido a mero instrumento de otros negocios de derecho material, sino que éstos pertenecerán a la esencia de la transacción en la medida que son comprendidos en ella.

Carnelutti (15), al estimar que la transacción compone un litigio, es de los autores que le otorgan un carácter dispositivo o declarativo, según el carácter de litigio compuesto. Negándole que sea una subespecie del negocio de accertamiento, establece una equivalencia entre la solución de un conflicto que entraña la transacción con la que impone la sentencia judicial. Entendemos que esta equivalencia sólo es posible en los casos de transacciones estrictamente procesales, sin que sea aplicable, no ya a la transacción simple, sino tan siquiera a la judicial de nuestro derecho. Si se verifica fuera del proceso y no tiene otro efecto que la extinción de éste, no puede haber equivalencia entre transacción y sentencia en Derecho español. Pertenecen, al tener origen, contenido y fin distintos, a diversos órdenes jurídicos.

Si nos fijáramos en algo común, tan externo y elemental—por consiguiente, falto de exactitud—como es la solución de un conflicto intersubjetivo, observaríamos, inmediatamente, que en la jerarquía de una tabla de valores que hubiéramos de estructurar para obtener, con la mayor rapidez y seguridad, la paz justa, no sería la transacción una equivalente o sustitutivo de la sentencia, sino, al contrario, porque el orden jurídico material, aun dirigido a la solución de los conflictos, en donde tiene su encaje la transacción, es

(15) FRANCISCO CARNELUTTI, obra, edición y tomo citados, pág. 201.

anterior al jurídico instrumental a que pertenece el proceso y, con él, todos los actos procesales.

El compromiso.

Contrato de derecho privado, su finalidad queda perfectamente expresada por el artículo 1.820 del Código civil: comprometer en un tercero la decisión de sus contiendas.

Mattirolo (16), al fijar las diferencias entre cláusula compromisorial y compromiso, destaca que mientras aquélla deroga eventualmente la jurisdicción de los magistrados ordinarios, el compromiso la deroga actualmente. También acusa Carnelutti (17) un criterio de derogación, pues si el arbitraje representa el tránsito de la solución contractual a la judicial del litigio, por otra parte afirma que el compromiso, al contener una atribución de poder a los árbitros, provoca una sustracción del conflicto a los jueces ordinarios.

A nuestro juicio no puede darse tal sustracción porque, en caso de conflicto, interviene en primer lugar, inmediatamente, el derecho material. Si éste resulta insuficiente, para obtener la solución se ha de acudir a la vía procesal. Pero antes, las partes pueden evitar el proceso acudiendo a un orden instrumental privado y en donde órganos por ellas nombrados resuelvan el conflicto. No es que con ello deroguen la jurisdicción de Estado, que goza de un llamamiento genérico de conocer, sino que los sujetos de derechos en conflicto no ponen en movimiento, con sus actos de voluntad, a la jurisdicción, convirtiendo en específico el llamamiento genérico que posee. Y no cabe decir ante estas situaciones que los órganos del Estado tengan menos jurisdicción o que le haya sido derogada por el particular. El poder jurisdiccional se continúa ejerciendo íntegramente. Realizará, quizás, un acto menos de jurisdicción de los que hubiera realizado, pero su poder ni se resta ni se deroga. ¿Cómo los particulares podrían, con solas sus voluntades, suprimir a órganos investidos de una función pública, del poder jurisdiccional, intrínseco a la esencia del Estado que se los ha conferido?

No media renuncia, como quiere ver Chiovenda (18), al conocimiento de la controversia por la autoridad judicial. Lo que sucede es que el llamamiento específico a los jueces públicos no surgió. Aún se encuentran en el campo de la contratación, en la esfera del derecho material, en donde pueden las partes resolver sus controversias sin más coacción que la de sus voluntades, y evitando así acudir a la autoridad coercitiva del Estado.

La exagerada influencia pública en el Derecho privado ha conducido a la creencia de que los únicos órganos solucionadores de conflictos intersubjetivos son los que el Estado, a estos fines, or-

(16) LUIS MATTIROLO. *Tratado de Derecho judicial civil*, trad. de Eduardo Ovejero, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1930, 1.ª ed., tomo I, pág. 624.

(17) FRANCISCO CARNELUTTI, obra, edición y tomo citados, pág. 208.

(18) JOSÉ CHIOVENDA, *Principios de Derecho procesal civil*, trad. de José Casais y Santaló, Editorial Reus, S. A., Madrid, 1922, tomo I, pág. 127.

dena. Se olvida que, generalmente, el órgano jurisdiccional suele ser la última solución que el Estado ofrece a los particulares que no encuentran solución justa en sus cuestiones jurídico-privadas, a fin de que en todo momento, a pesar de la resistencia al arreglo, pueda ser mantenida una paz justa.

Rocco es de los autores que opinan que, a consecuencia del compromiso, los órganos de la jurisdicción ordinaria del Estado quedan despojados del derecho de jurisdicción (19), llegando a negar valor a la solución arbitral mientras no sean investidos los árbitros de jurisdicción (20). Se inhiben de indagar si esa necesidad posterior de fuerza jurisdiccional es exigencia de una legislación positiva determinada o si, por el contrario, es de esencia en la institución.

El compromiso es instituto de derecho privado y, como enseña Guasp (21), carente de naturaleza procesal. Si el órgano del Estado interviene, aprobando el laudo, es cuando únicamente se dará proceso. El Estado, entonces, ha irrumpido en el compromiso con su poder jurisdiccional, mantenido con integridad en todo momento, pero que, hasta ahora, por no ser necesaria su actuación, no ha recibido el llamamiento específico que lo pone en movimiento. No se trata de recobrar el órgano un poder que le fué derogado, sino que con ese poder, mantenido siempre igualmente íntegro, acomete un acto concreto de jurisdicción, por el que eleva un acto privado a la categoría de público. Y ello en virtud de esa facultad tuitiva que goza el Estado respecto a los actos jurídicos de los particulares. Esta es la razón por la que, con acierto, se haya dicho por Kisch (22) que toda la institución del compromiso cae fuera del proceso civil y penetra en el de la jurisdicción voluntaria. Aunque entendemos que la validez del juicio se limita a las legislaciones en que, necesariamente, el laudo arbitral ha de recibir la sanción del órgano jurisdiccional para que adquiera eficacia.

Si en nuestro derecho, durante la tramitación del llamado por la Ley juicio de árbitros y de amigables compondores, es posible el nacimiento de una serie de incidencias, tales como las de recusación de árbitros, que compete conocer a la jurisdicción ordinaria, queda explicada tal intervención en virtud de la permanencia del poder jurisdiccional, inderogable por las partes, unido al cuidado del Estado por la protección de la justa paz. De esta manera otorga un remedio a los particulares cuando, aun dentro del compromiso, se ven impotentes para alcanzar una solución justa y pacífica de sus problemas.

¿Qué papel, pues, viene a cumplir el compromiso frente a un

(19) HUGO ROCCO, *Derecho procesal civil*, trad. de Felipe J. de Tena, Editorial Porrúa Hnos. y Cia., 2.ª ed., Méjico, 1944, pág. 90.

(20) HUGO ROCCO, obra y edición citadas, pág. 92.

(21) JAIME GUASP, obra, edición y tomo citados, pág. 11.

(22) W. KISCH, *Elementos de Derecho procesal civil*, trad. de L. Prieto Castro, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1932, pág. 412.

proceso? ¿Por el llamamiento específico del particular a la Jurisdicción se resuelve el compromiso? Ante la segunda pregunta hay que contestar rotundamente que no. Deben antes agotarse las vías privadas de solución, creadas por las partes mismas. Sólo entonces intervendrá el órgano estatal. Si aquéllas contrajeron un compromiso, se precisa respeten la palabra dada y pueden, recíprocamente, compelerse a que esa voluntad sea cumplida. El compromiso, señala Goldschmidt (23), es una excepción procesal. En realidad, más que excepción procesal en sí—puesto que el «es» indica esencia—hay que decir que, frente al proceso, opera con el carácter de excepción procesal. Es un acierto de Chioventa (24) hablar de la importancia procesal negativa del compromiso, puesto que lo que a las partes otorga es una excepción procesal.

Frente a esa posición de los autores que—por otorgar una exagerada importancia al derecho público—han pretendido ver en el compromiso una derogación del poder jurisdiccional del Estado, no ha faltado tampoco, en el otro extremo, una corriente de índole liberal que, exaltando el carácter privado de la solución de los conflictos intersubjetivos, ambicionó hacer tabla rasa de los órganos jurisdiccionales, sustituyéndolos por órganos desprovistos de este aspecto público. Hace notar Mattiolo como la Convención impuso el arbitraje forzoso en muchas cuestiones, llegando hasta cambiar los nombres de los magistrados ponentes. Pero estos árbitros públicos «se mostraron bien pronto incapaces para su misión... En vez de ser jueces inteligentes e imparciales, no eran, por lo común, sino representantes del partido que les había nombrado, con frecuencia ignorantes, casi siempre apasionados e incapaces de administrar justicia rectamente» (25).

En realidad habían cambiado solamente los términos. Esos árbitros públicos eran tan órganos jurisdiccionales como los antiguos magistrados. La única modificación afectaba al modo de designarlos, pero las partes, para que sus pretensiones tuvieran una fuerza coercitiva, tenían a ellos que acudir como si fueran magistrados ordinarios. Una nota fundamental del arbitraje, como destaca Guasp (26), es la sumisión voluntaria de las partes a la decisión del arbitrador. Y este elemento voluntario tiene tal importancia, que sólo impropriamente puede hablarse de arbitraje obligatorio. Ha de haber, pues, una sumisión, aunque sea, agrega el mismo autor, de modo anticipado y causal; en el caso contrario no existirá, aunque se le bautice con este nombre.

Prieto-Castro escribe que el «modo de concluir este contrato es la aceptación del encargo de juzgar por parte del Juez o Jueces

(23) JAMES GOLDSCHMIDT, obra y edición citadas, pág. 498.

(24) JOSÉ CHIOVENTA, obra, edición y tomo citados, pág. 127.

(25) LUIS MATTIOLA, obra, edición y tomo citados, pág. 593.

(26) JAIME GUASP, obra citada, Aguilar, S. A. de Ediciones, Madrid, 1950, tomo 2.º, vol. I, Tercera Parte, págs. 1148 y 1149.

nombrados», pues «el compromiso, al fin, es un contrato previo a otro, que, si la falla, le priva de toda eficacia» (27).

Esta consideración nos introduce directamente al estudio, si bien de extensión sumaria, destacando los reducidos aspectos que a este trabajo interesan, de las dos grandes instituciones.

El arbitraje y la amigable composición.

Nacidas ambas del compromiso, mantienen notables diferencias que las conforman como dos instituciones jurídicas distintas.

Observa Silva Melero (28) que mientras en el proceso canónico el compromiso tiene el aspecto de una transacción en que el árbitro media, en Roma significaba no más que la realización del derecho de un modo jurisdiccional, si bien por jueces distintos de los del Estado.

Dibújase, al parecer, en esos dos tipos históricos, la característica diferencial de sendas instituciones. En el trayecto transacción-proceso surgen estados intermedios, instituciones solucionadoras de conflictos más próximas al puro convenio inter-partes, como es la amigable composición, y otras más próximas al proceso, como ocurre con el arbitraje.

La amigable composición se muestra con todas las apariencias de una transacción por tercero: son reducidas al mínimo las causas de recusación de estos jueces privados (art. 831 de la Ley de Enjuiciamiento civil. En adelante nos referimos siempre a artículos de esta Ley cuando, con el precepto, no se señale el cuerpo legal a que pertenece), mínimas también son las formalidades y requisitos (artículos 827 y 828). De especial relevancia es la libertad de forma procedimental (art. 833); vemos aún más libertad si se observa la falta de sujeción de los componedores al derecho material.

Vecina de la transacción, su nota diferencial radica en que las partes, incapaces de resolver por sí mismas sus conflictos, no estiman necesaria la intervención del Estado, ya que confían en la justicia de un tercero independiente.

Es tan grande el respeto que merecen a nuestros legisladores esas voluntades privadas emitidas, que exime de toda clase de recursos a la resolución de los componedores. Antes al contrario, la califica de sentencia (arts. 834 y sigs.), exige para su formulación la intervención de notario (art. 835) y la reviste de fuerza ejecutiva a través de una vía procesal de igual identidad, señala Guasp (29), a la que se establece en el proceso puro. Si existe un recurso de casación, de tal, indica el mismo autor (30), sólo tiene el nombre: es un tipo especial que no mantiene contactos con la casación auténtica, salvo ciertos rasgos de semejanza extrínseca o formal.

(27) LEONARDO PRIETO CASTRO, *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, 1950. vol. II, pág. 452.

(28) VALENTÍN SILVA MELERO, *El compromiso*. Revista de Legislación y Jurisprudencia, año 1932, tomo 161, pág. 430.

(29) JAIME GUASP, obra, tomo, vol. y Parte últimos citados, pág. 1309.

(30) JAIME GUASP, obra, tomo, vol. y Parte últimos citados, pág. 1307.

La amigable composición es la mayor consagración que hace la Ley de la voluntad privada, creadora de relaciones de derecho material fuera de su propio orden jurídico. Al derecho material así creado le otorga unos efectos procesales plenos—la ejecución—libres de toda sospecha sobre su contenido real de justicia.

El arbitraje, en cambio, se aproxima al proceso. Lo mismo que en la amigable composición y el contrato de transacción, su ámbito se extiende «a toda cuestión que no necesite ser ventilada en procesos donde se excluye el principio dispositivo», y, por otra parte, la función «que la Ley permite encomendar a los árbitros... es la simplemente declarativa; por consiguiente, se excluye su conocimiento en toda cuestión que consista en medidas ejecutivas, como son los juicios de posesión, de desahucio, etc.». También quedan excluidas las cuestiones «consideradas de jurisdicción voluntaria» (31).

Refiriéndose al Derecho italiano, reconoce Calamandrei que «los árbitros no están... investidos de una función pública por el simple motivo de que el puro razonar sobre lo que es Derecho, sin potestad de mandar de conformidad con el razonamiento, no es jurisdicción». Y a continuación aclara: «de modo que si nuestro ordenamiento procesal reconociese al laudo de los árbitros la virtud de alcanzar la categoría de cosa juzgada sin la intervención de la autoridad judicial, su función sería indudablemente jurisdiccional» (32).

Como esto último es lo que ocurre en nuestro Derecho, podría pensarse que el árbitro posee jurisdicción. Pero si por ella entendemos «el especial derecho y el deber que en el Estado reside de administrar justicia» (33), siendo de esencia a su ser constitutivo esta función, no puede hablarse de jurisdicción en los particulares, puesto que el Poder siempre lo ejerce el Estado por medio de sus órganos judiciales. Fuera de éstos no se da jurisdicción. Lo prueba el que existan una serie de materias excluidas del conocimiento de los árbitros. Las que señalamos antes, caracterizadas, muchas de ellas, porque el órgano no sólo ha de decidir, sino también actuar, y el actuar, en servicio de la paz justa, es siempre jurisdiccional, excluido de la esfera privada. Y es lo que explica—viniendo a ser otro argumento en nuestro apoyo—que las decisiones de árbitros y de amigables compondores sean ejecutadas por los órganos de la jurisdicción.

Así como la definición de derecho privado, la creación de una regla de conducta, pueden nacer del contrato bilateral o plurilateral, incluso del acto unilateral, testamento, fundación, etc., el actuar esas normas, llevarlas a su cumplimiento, si no son de acep-

(31) LEONARDO PRIETO CASTRO. obra, edición y vol. últimos citados, páginas 441 y 442.

(32) PIERO CALAMANDREI. *Estudios sobre el proceso civil*, trad. de S. S. M., Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, págs. 504 y 505.

(33) JAIME GUASP. obra y edición citadas, tomo I, pág. 261.

tación espontánea del obligado, siempre habrán de ser actos jurisdiccionales. Y, como tales, reservados a los órganos de la jurisdicción.

En este sentido puede decirse, con Mortara, que el Estado garantiza el Derecho mediante la función jurisdiccional. Sin embargo, los particulares pueden convenir que un tercero resuelva una determinada controversia jurídica, teniendo su fundamento en la autonomía de la voluntad (34). Pero discrepamos de la opinión del mismo autor, consistente en que la función arbitral tenga exclusivamente su fundamento en el beneplácito del Estado y no en la autonomía de la voluntad. Precisamente, a nuestro juicio, reside en la conjunción de ambas fuerzas. Su punto de partida será la autonomía de la voluntad que ha creado esa especial relación jurídica que el Estado, al consentirla, ha llenado de eficacia.

Que la relación entre árbitros y compromitentes no pertenece a la jurisdicción ni al derecho procesal, se manifiesta en la repulsa concorde de la doctrina a la sentencia del Tribunal Supremo español, de fecha 10 de noviembre de 1915, referente a los amigables componedores—extendida a los árbitros por quienes la han comentado (35)—y que negó la existencia de relación obligatoria, al estimar que del nombramiento de los amigables componedores sólo nacen obligaciones derivadas de la Ley. De absurda califica Prieto Castro la doctrina, esporádica por estar en contradicción con toda la doctrina anterior y, al mismo tiempo, muestra la esperanza de que si no se rectificó ha sido por no haber surgido ocasión, pero que, con seguridad, será rectificada en la primera ocasión que se presente.

A pesar de ese carácter material del arbitraje, últimamente puesto de relieve por Guasp (36), externamente se manifiesta con apariencias de un verdadero proceso, causa indudable de la confusión de nuestro derecho positivo.

Basta, para comprobarlo, asomarse al articulado de nuestra Ley de Enjuiciamiento civil. Estos preceptos legales tienen un especial cuidado, en primer lugar, de la constitución del órgano resolutor; después, de los requisitos formales del compromiso y de la aceptación de los árbitros, de algunos de los efectos e incidentes que pueden originarse de esa aceptación, de las causas de extinción del compromiso, para pasar inmediatamente—deciéndole la mayoría de los artículos—al estudio del procedimiento, señalando términos (arts. 802 y 803), estableciendo formalidades (art. 804), actuaciones y plazos de su realización (arts. 805 a 815). Continúa fijando los requisitos de lo que llama sentencia arbitral, equiparándola, en su aspecto externo, a la sentencia jurisdiccional, reflejo, en definitiva,

(34) VALENTÍN SILVA MELERO, obra y revista citadas, pág. 433.

(35) ANTONIO GABRIEL RODRÍGUEZ, *Amigables componedores*, Revista de Derecho Privado, año 1916, pág. 42.

(36) JAIME GUASP, obra y edición citadas, tomo II, vol. y Parte citadas, Páginas 1152 a 1154.

de una igual conformidad interna (art. 816). Se establece un recurso de apelación de igual naturaleza al de segunda instancia de la jurisdicción ordinaria (arts. 818 a 820), haciéndose también mención de otros recursos especiales, como los de reposición y nulidad (art. 821), y disciplina, por último, el de casación (arts. 823 y 826).

De esta manera vemos cómo el procedimiento, tercera fase del contrato de compromiso, ha sido tan celosamente regulado por la Ley, que las partes han visto casi desaparecer, durante la tramitación, sus facultades dispositivas. Ello ha originado se hable de contrato procesal, pero no puede haberlo puesto que no existe proceso; en todo caso se dará un contrato procedimental, como es llamado por Guasp (37).

Los árbitros, mediante este procedimiento, resolverán conflictos, incluso satisfarán pretensiones—no creemos que aquí radique la nota diferencial, pues en repetidos artículos (805 a 808), se habla de pretensiones, y en la práctica diaria suelen las partes presentar sus escritos a los árbitros, no exponiendo un conflicto a resolver, sino alegando unas pretensiones que satisfacer—, pero lo que nunca harán es obrar jurisdiccionalmente. Les está vedado todo lo que sea actuación. Sus actividades concluyen, como en la amigable composición, por la resolución declaratoria de derechos.

La gran diferencia, entre la amigable composición y el arbitraje, radica en que siendo ambos institutos pertenecientes a la esfera del derecho material, y creados por la Ley para la resolución de conflictos intersubjetivos sin acudir al órgano jurisdiccional, en el primero, no cuida el legislador que su propio derecho material se observe, por lo que ni exige componedores juristas, pudiendo éstos resolver con entera libertad de criterio, mientras que, en el arbitraje, el legislador cuida de que su propio derecho material positivo alcance vigor. Por ello, los árbitros han de ser peritos en derecho, se establece una detenida regulación del procedimiento y, por último, la resolución ha de ser perfectamente razonada y legal.

El legislador español entiende que la regulación material de las relaciones de derecho privado pertenece a la autonomía de la voluntad. Y con arreglo a este principio pueden resolver sus propios conflictos, ya sea sin necesidad de acudir a las leyes positivas, de índole material y formal, o con sujeción únicamente—como en el arbitraje—a las materiales. Estas se observarán juntas con las procesales, en los casos en que intervengan los órganos de la jurisdicción.

En Derecho alemán—señala Schönke (38)—pueden las partes determinar en el compromiso las facultades de los árbitros en cuanto a la aplicación de las normas de derecho material. Si tal cláusula no existe, los árbitros, en vista de las circunstancias, determi-

(37) JAIME GUASP, obra y edición citadas, tomo II, vol. y Parte citados, página 1155.

(38) ADOLFO SCHÖNKE, *Derecho procesal civil*, trad. esp. de la 5.ª edición alemana, Bosch, Casa Editorial, Barcelona, 1950, págs. 383 y 384.

narán si los interesados han querido, y en qué medida, la vinculación al derecho material.

Por consiguiente, en nuestro Derecho, si las partes acuden para resolver sus controversias al arbitraje, se entiende que quieren someterse al derecho material. Y como el control de su observancia, si no hay conformidad de aceptación por las partes al laudo, sólo puede ser ejercitado por los órganos de la jurisdicción, se explica la constante invasión procesal en el ámbito material a que pertenece el procedimiento arbitral. Ora sea interviniendo en la misma resolución, en caso de discrepancias (art. 817), ora acudiendo a la apelación del laudo ante la Audiencia Territorial (arts. 818 a 823), ora permitiéndose un recurso extraordinario: el de casación (arts. 823 y 826).

El señalar una multa a quien no se conforma con el laudo, no es más que expresión de una condena impuesta al que, obligado a aceptar una solución privada de derecho material, después, alterando su obligación primitiva, pretende acudir a la vía judicial. En el fondo, presenciarnos la aplicación de una cláusula penal a la infracción de un contrato. Desde el primer momento, entiende la Ley que las partes quisieron fuese aplicado el derecho material positivo, por lo que no puede impedir, aunque sancione tal conducta, que esas partes disconformes con la solución arbitral, acudan a los órganos jurisdiccionales, para que éstos cuiden y juzguen la debida aplicación de ese derecho por los árbitros.

Un último problema: Los artículos 824 y 825 prevén el cese de la jurisdicción y la extinción del proceso en cualquiera de sus instancias, en virtud del contrato del compromiso; ¿es que, entonces, asistimos a una derogación de la jurisdicción o la sucesión del poder jurisdiccional en favor de los árbitros?

Con arreglo a la doctrina ya expuesta, a la jurisdicción se le sustrae nada más que el conocimiento de un asunto determinado, pero su poder no sufre merma puesto que la decisión de los árbitros nunca será procesal, sino de derecho material. El recurso de casación del artículo 826 no es más que el producto de una exagerada influencia en nuestra Ley del criterio procesal acerca del arbitraje, a veces con esporádicas manifestaciones, aunque, en rigor de verdad, este criterio erróneo sólo tiene aquí esa concreta manifestación, siendo deseable su desaparición en la primera reforma de nuestra ley procesal que se acometa, por consistir, en opinión de Guasp, «una alteración radical y gravísima de todo el régimen jurídico del procedimiento arbitral (39)».

La conciliación

El interés del legislador en favor de que las partes, antes de acudir al proceso, obtengan una solución pacífica al conflicto, cris-

(39) JAIME GUASP, obra y edición citadas, tomo II, vol. y Parte citados, página 1280.

taliza en la institución, paradójicamente procesal, de la conciliación.

La pretensión, señala Guasp (40), se dirige a obtener del juez una actividad conciliadora. En su estructura es una mediación. La nota diferencial, en opinión de Carnelutti, radica en la finalidad, «puesto que la mediación persigue una composición contractual cualquiera... mientras que la conciliación aspira a la composición justa. En este sentido la conciliación se encuentra en medio de la mediación y de la decisión: posee la forma de la primera y la sustancia de la segunda» (41).

Mas si observamos detenidamente los artículos 460 y siguientes, se aprecia que persiguen el fin de la avenencia independientemente de la justicia del acuerdo. No tiene otra misión, el juez y los hombres buenos que procurar la avenencia. Esta lleva consigo dos efectos: uno, formal, la evitación del proceso; otro, material, la creación de unas normas que resuelven la desavenencia.

Con el proceso de conciliación, los particulares—y con ellos el juez y la misma Ley—han conseguido un fin próximo, inmediato y directo, la solución jurídico-material de un conflicto, con independencia del derecho material positivo. Y otro fin, remoto, mediato e indirecto, la inaplicación, a esta hipótesis concreta, del derecho procesal. Y, para ello, ha sido medio, el mismo derecho procesal, un concreto proceso.

Esta posibilidad de disponer de la totalidad de un proceso, con anterioridad al mismo, puede darse, también, durante su curso, y en este caso, señala Plaza (42), la conciliación obra como un medio de extinción del proceso. De ejemplo cita el Real Decreto-ley de 25 de junio de 1926 sobre redención de foros y subforos.

La renuncia y el desistimiento

Los institutos estudiados hasta ahora pertenecen al derecho material. Sólo la conciliación corresponde a la ley procesal. Todos pueden producirse antes del proceso o durante su curso, pero ninguno de ellos constituye, en relación con el proceso que evitan o extinguen, un acto procesal aunque, mediatamente, produzcan efectos procesales. Y esto ha de decirse, igualmente, de la conciliación que sí, «per se», es un proceso, sin embargo no es acto procesal del que extingue, a menos que sea trámite obligado de éste una vez presentada la demanda con sus pretensiones.

Ahora nos referimos a dos actos propiamente procesales, es decir, dos actos voluntarios que, realizados dentro del proceso, producen inmediatamente sobre él efectos procesales. Esos efectos,

(40) JAIME GUASP, obra citada. M. Aguilar, editor. Madrid, 1945. tomo II, volumen I. Primera Parte, pág. 9.

(41) FRANCISCO CARNELUTTI, obra, edición y tomo citados, pág. 202.

(42) MANUEL DE LA PLAZA, obra, edición y tomo citados, pág. 402.

en los casos de renuncia y desistimiento, son la extinción del proceso mismo.

Convendrá recordar aquellas frases de Guasp : «al Estado no la basta con la paz por la paz, sino que ha de buscar una paz basada en la justicia ; la finalidad del proceso no es, pues, el mantenimiento de la paz sin más, sino el mantenimiento de una paz justa» (43). Precisamente en la consecución de este fin es por lo que el Estado permite a las partes extinguir el proceso. Como bien dice Rocco (44) «el interés del Estado en el proceso es realizar él mismo, con su fuerza, los intereses protegidos por sus normas, es decir, los derechos subjetivos. Si los intereses de la partes ya no están en el proceso, el Estado permite su extinción. Y si, como señala Kisch (45), lo característico de un acto procesal es producir alguna medida estatal de jurisdicción, tanto la renuncia como el desistimiento son indudables actos procesales, puesto que ambos producen la resolución jurisdiccional extinguiendo el proceso. No son pues, ninguno de estos institutos jurídicos actos antiprócesales, ya que se dan dentro del proceso y en él producen la plenitud de sus efectos.

Menos cabría hablar aún de actos antijudiciales, porque precisamente lo que provocan ambos son actos de jurisdicción declarando extinguido el proceso. El proceso no se extingue únicamente a petición de las partes, sino porque éstas provocan una decisión jurisdiccional en tal sentido. La extinción es, en sí, un acto de jurisdicción. Si éste faltara, el proceso no se extinguiría. A pesar de que el proceso es una institución de derecho público, las partes pueden disponer del mismo, aunque dependiente, este acto dispositivo, del proveído judicial que es el que realmente extingue. Es un caso más de intento de conciliar la paz justa con los intereses privados y la observancia de los derechos material y formal.

Cuando el proceso se halla en curso, el Estado ha de intervenir en la extinción de proceso que quiere la parte interesada. El órgano jurisdiccional se reduce a reconocer la nueva pretensión del litigante dispuesto no sólo a renunciar al proceso, sino también a veces al mismo derecho que pretendía. Mas así como para la extinción del proceso se necesita la intervención del órgano del Estado, para la renuncia del derecho material, contenido en la pretensión, basta la voluntad de su titular. Si el acto jurisdiccional declara extinguido el proceso, será el contenido del escrito de renuncia y su situación procesal los que nos darán luz acerca de si estamos en presencia de una renuncia estricta o de un simple desistimiento.

Por ambos actos pueden las partes evadirse del derecho procesal. Por unos de ellos, la renuncia, también del derecho material.

Mientras el desistimiento es un acto exclusivamente procesal,

(43) JAIME GUASP, obra y edición citadas, tomo I, pág. 26.

(44) HUGO ROCCO, obra y edición citadas, pág. 70.

(45) W. KISCH, obra y edición citadas, pág. 13.

sin implicar renuncia del derecho pretendido, la renuncia, por el contrario, supone una plena disposición del derecho material pretendido. Si por aquel acto se provoca la extinción del proceso, por la renuncia se extingue el proceso y se impide sobre el derecho material.

Desde el momento de presentación de la demanda, el actor queda vinculado al proceso, y ello «supone una obligación del mismo de seguirlo hasta el final, una vez que lo promovió» (46). De aquí que lo que no es preciso para la renuncia, ya que implica imposibilidad de nuevo proceso sobre el mismo asunto—identidad de personas, objeto y causa—, pues se ha dispuesto del derecho material, se precise para el desistimiento. En efecto, éste necesita de la bilateralidad. Los derechos materiales, para ejercitarse, necesitan de la vía coercitiva, de un instrumento legal, y el Estado no puede dejar al capricho del individuo ni la elección de ese instrumento ni la posibilidad de rechazarlo u optar por otro, con perjuicio de las perspectivas y derechos de la contraparte, que quedaría al azar de su capricho. Por lo que, iniciado un proceso, para satisfacer unas pretensiones, quedan las partes sujetas, sin distinción entre ellas, a sus normas procesales.

¿Cómo podrían sustraerse de esas normas procesales? Aparte de por la renuncia del actor, también por el desistimiento. Mas como en este segundo caso los derechos de índole material permanecen y podrían nuevamente perjudicar a la otra parte procesal, ésta ha de intervenir en la extinción del proceso, mostrando su conformidad a la evasión del actor de las normas procesales. Pero si el fin del proceso es la paz justa, y el Estado, a través de un órgano propio, ha intervenido y realizado actos procesales, es el Estado mismo quien, en presencia de las voluntades particulares, al igual que cuando ordenaba y dirigía el proceso, el que lo ha de extinguir.

Con esta autorización del Estado, las partes podrán librarse de la aplicación concreta de las normas procesales, y cuando medie renuncia también de las materiales. Estos actos de evasión no se realizan, pues, a espaldas del Estado, sino que sus mismos órganos los conocen y autorizan.

Allanamiento

Afirma Carnelutti que «la renuncia es el abandono de la pretensión: el reconocimiento de la pretensión es el abandono de la discusión» (47). En esta doctrina encuentra perfecta raíz la de Guasp, para quien «el allanamiento no recae inmediatamente sobre

(46) VÍCTOR FAIRÉN GUILLÉN, *El fundamento de la bilateralidad del desistimiento*, «Anuario de Derecho civil», julio-septiembre 1949, tomo II, fasc. III, página 909.

(47) FRANCISCO CARNELUTTI, obra y edición citadas, pág. 108.

la pretensión del actor, sino sobre la oposición que a la misma puede hacer el demandado» (48).

También se ha dicho que «el allanamiento del demandado tiene su paralelo en la renuncia del actor» (49). Mientras éste renuncia a la pretensión aquél lo hace a la oposición. Pero así como el proceso es movido por la pretensión que, mientras permanece, es causa de la continuidad y progreso del proceso, hasta su total verificación, la oposición ni mueve el proceso ni lo mantiene. Es como una incidencia interna del mismo. De aquí que el que medie o no oposición—de no haber rebeldía—sea indiferente al derecho procesal, que se realizará íntegramente en el proceso elegido, siendo, por el contrario, de indudable influencia en el material.

El proceso, pues, continuará, ya que también persiste la pretensión. Y la sentencia se dictará con la plenitud de efectos procesales que hubiera tenido de haber surgido oposición. Sin embargo, quedará determinado su contenido material por el allanamiento, pues si el allanado tenía capacidad y se encontraba debidamente legitimado, el órgano jurisdiccional habrá de resolver de acuerdo con las peticiones concordes de las partes (sentencia del Tribunal Supremo de España de 11 de mayo de 1904).

Por tanto, observamos, que el allanamiento ni extingue el proceso ni lo influye. Las normas de derecho formal no registrarán la conformidad del demandado a las pretensiones. Frente a ello, el derecho material adquiere plena eficacia también, porque las pretensiones habrán de satisfacerse conforme a los preceptos positivos del derecho material. Este sufre únicamente una restricción en cuanto a la extensión de su observancia, pues si el demandado pudo alegar en su defensa otros preceptos legales y no lo hizo, la aplicación de las normas materiales quizás hubiera sido distinta.

Mas el derecho material, por esa falta de oposición, no ha dejado de observarse con plenitud de eficacia. Ha sufrido merma en cuanto a su visión y aplicación de conjunto—calidad y número—, en cuanto a su extensión, pero ha permanecido íntegro en cuanto a su intensidad.

Caducidad de la instancia.

En el Título X del Libro I de la Ley de Enjuiciamiento civil, se disciplina este instituto procesal.

Se refiere a la extinción del proceso por el transcurso de un plazo sin ejercitar las partes sus derechos procesales. Es, en definitiva, la transcripción al proceso de dos fenómenos jurídicos propios del derecho material, la prescripción y la caducidad.

Pero la caducidad procesal queda distinguida de esas dos ins-

(48) JAIME GUASP, obra y edición citadas, tomo I, pág. 166.

(49) LEONARDO PRIETO CASTRO, obra última citada, tomo I, pág. 271.

tuciones, porque no necesita de la alegación de una de las partes para que se produzca, ni se da la extinción *ipso facto* y *ope legis*.

Lo que se extingue es el proceso «con todos sus efectos procesales y sustanciales», nos dice Chiovenda (50). La demanda podrá interponerse de nuevo. Es el proceso inactivo el que se extingue; permanece, por el contrario, el derecho material.

El proceso, instituto de derecho público, sirve al Estado para la realización coercitiva del derecho material. Concurren en él una serie de actos del órgano jurisdiccional. No pueden solas las partes, con su inactividad, disponer de actos de jurisdicción. El Estado tiene interés en que mientras no haya renuncia o desistimiento o pacto con mediatos efectos procesales, el proceso continúe.

La influencia del tiempo en un proceso se conjuga con el interés del Estado respecto a la vigencia de sus actos jurisdiccionales. Por ello, no es bastante la prescripción, acto de exclusiva alegación de la parte, como tampoco lo es la caducidad, que sería acto exclusivo de la Ley, con olvido de la actuación jurisdiccional. Obra el tiempo por medio de la preclusión. El órgano jurisdiccional, transcurrido un determinado plazo, verificará un acto preclusivo: el secretario dará cuenta al Juez o Tribunal (art. 413) de esa inactividad temporal de las partes, y, de oficio, será dictada la providencia correspondiente.

Se da, pues, un origen remoto de la caducidad del proceso—y en este sentido podría hablarse de evasión de las partes a los derechos material y formal—que es la inactividad que pudiera llevar implícita renuncia.

Se da, al mismo tiempo, un origen próximo, causa en sentido jurídico, que es la resolución judicial. Su origen, su cualidad, forma de producirse y efectos que provoca sobre un proceso, hacen desaparecer a la caducidad todo resto de carácter privado—renuncia—para adquirir una marcada naturaleza pública y jurisdiccional. Este plazo extintivo viene a ser no más que una aplicación concreta del principio de preclusión procesal.

Suspensión o paralización del proceso.

Es el Real Decreto de 2 de abril de 1924, como sabemos, el que introduce en España el principio de impulso de oficio. Y es curioso ver cómo en la misma disposición legal, para evitar los rigores del principio, se disciplina la suspensión del proceso, y en sentido de gran amplitud.

Ordinariamente, «los tribunales pueden ordenar su paralización... cuando las partes lo solicitan con motivo suficiente, por ejemplo, a causa de estar pendiente una gestión para llegar a una transacción y el tribunal la estima conveniente», nos dice Kisch (51).

(50) JOSÉ CHIOVENDA, obra, edición y tomo citados, pág. 383.

(51) W. KISCH, obra y edición citadas, pág. 156.

Nuestro legislador la admitió en sentido absoluto. No se necesita alegar causas, basta que la pidan todas las partes interesadas. Se ha dicho que «en las normas del Derecho procesal hay que distinguir las que son de derecho necesario y las de derecho voluntario» (52). En virtud del precepto de nuestra Ley, vemos cómo es posible que un precepto de derecho necesario—el impulso de oficio—puede transformarse en derecho voluntario. Es un caso más del poder dispositivo de los particulares dentro del proceso, permitiéndoles, no terminarle para instaurar una nueva situación de derecho material al margen del proceso, sino suspenderlo en uno de sus principios más merecedores de respeto, el de impulso.

Mas no todo es obra de la voluntad en la suspensión, sino que, como en todas aquellas hipótesis vistas en las que se han producido actos por la jurisdicción, se precisa que el órgano que ostenta este poder resuelva; y mediante su acto procesal, acogiendo el de las partes conformes, será suspendido el proceso.

La autonomía de la voluntad, en el proceso en movimiento, no obra, pues, sino por la sanción que tal acuerdo obtenga del órgano del Estado. Por lo que, en estos casos, no cabe hablar de autonomía, sino de heteronómia de la voluntad.

Sumisión.

Sólo nos hemos de permitir una ligera referencia a este negocio jurídico. Como indica Guasp, esta declaración de voluntad no produce efectos inmediatos en el proceso, por lo que carece de carácter procesal. «No obstante, cuando la sumisión se produzca no en virtud de una declaración sino de una manifestación de voluntad (supuesto de la sumisión tácita) es indudable que su contenido lo constituye un verdadero acto procesal: presentación de la demanda» (53).

Igualmente habrá que entender que hay sumisión de carácter procesal en la no oposición del demandado a la competencia señalada en la demanda cuando, pudiendo ser impugnada, no la impugnó.

Por la sumisión, no influye la autonomía de la voluntad en el derecho material. Y en el procesal, muy limitadamente, en la atribución de conocimiento a un órgano que, normalmente, no lo tendría.

No hay derogación ni atribución de jurisdicción, pues los órganos, conozcan o no de un determinado asunto, poseen la totalidad del poder que les corresponde. El fenómeno que estudiamos depende del llamamiento al órgano de la justicia por el interesado. De igual manera que pudo, con independencia de la jurisdicción, resolver su conflicto de derecho material, dejando de hacer el llamamiento que le permite la Ley, también le es permitido aducir,

(52) ADOLFO SCHÖNKE, obra y edición citadas, pag. 20.

(53) JAIME GUASP, obra y edición citadas, tomo I, pag. 310.

al hacer ese llamamiento específico al órgano que elija, siempre que tenga competencia para conocer del negocio conforme a los preceptos del «ius cogens».

Derecho voluntario y derecho necesario.

Tras la exposición anterior hemos visto que a pesar del carácter público del derecho procesal, los particulares pueden muchas veces impedir su actuación, y una vez en funcionamiento, pueden también extinguir los actos procesales producidos. Mas así como para evitar el proceso no necesitan los particulares de la jurisdicción, pues encuentran en el derecho material caminos directos que les conducen a la solución de sus conflictos, cuando se trata de proceso en marcha, la intervención del órgano jurisdiccional, y el carácter público del derecho hasta ahora aplicado, exigen la intervención del órgano público.

El Estado ha de actuar, mediante sus órganos, porque las partes habían antes acudido a ellos en demanda de que se le reconocieran unas pretensiones conformes al derecho material. Si después se quiere ir, definitiva o temporalmente, contra ese llamamiento específico hecho, habrá de realizarse extinguiendo o paralizando toda la actividad procesal producida, y el único capaz, con su poder público, de dar fin a esa situación procesal, es el órgano de la jurisdicción.

Cuando el derecho público no queda perjudicado con la actividad de las partes, porque éstas evitaron el proceso, en la solución de su conflicto privado, la autonomía de la voluntad puede desprenderse también del derecho material que no es fin del proceso, sino la paz justa en las relaciones entre particulares. Y esta paz, entiende el legislador, se consigue antes con la avenencia que con la guerra insita en todo proceso.

El derecho procesal civil, de necesario que es, en su mayor parte, en cuanto a la raíz de la necesidad de su observancia, siempre es voluntario. Los casos de necesaria aplicación, porque ese llamamiento específico lo haga la Ley, son en número muy reducido.

No nos convence la tesis de Calamandrei—al someter a crítica una teoría de Carnelutti—de que el Estado «no considera agotado el oficio de la jurisdicción por el solo hecho de que el conflicto haya sido compuesto...», sino que quiere que la composición del conflicto se obtenga, cuando el conflicto existe, a través de la aplicación de la ley» (54). A nuestro entender, ese interés del Estado existirá en cuanto es también interés de las partes. Si el de éstas es contrario a que se aplique el derecho material positivo, ese interés privado—salvo en aquellas instituciones que estimó el le-

(54) PIERO CALAMANDREI, obra y edición citadas, pág. 270.

gislador inderogables—prevalece, y de esta forma es también querido por el Estado.

Al Estado únicamente le preocupa que se guarde la paz justa. Para la realización de este fin crea el derecho material y el procesal. Pero aquél entrará en función de una manera coercitiva, a partir del llamamiento específico que, todos los interesados o algunos, hagan al derecho procesal.

El llamamiento específico no es el primer medio solucionador, sino el último y extremo, cuando han sido agotadas las vías del arreglo privado, ya que la solución pacífica es anterior a la solución nacida de la guerra. Por ello, entendemos, contra el parecer de Carnelutti, que los arreglos privados no son equivalentes jurisdiccionales, tal como este autor los entiende, sino que, precisamente, es la jurisdicción la que trata de obtener, por un medio bélico, lo que los particulares, por medios pacíficos, no han conseguido. Que antes es la autonomía de la voluntad que el derecho material y que el proceso. Sólo, en determinados casos, puede haber un interés superior del Estado que limite a esa voluntad, y en estas contadas ocasiones es cuando prevalece el derecho material. Y que éste únicamente tiene garantías de aplicación cuando han acudido las partes al proceso, momento en que deja de ser autónoma la voluntad. De aquí que se precise para suspender o extinguir el proceso nacido de la voluntad del que lo promovió, la intervención del órgano jurisdiccional.

En cuanto a la duda acerca de si esa paz, obtenida privadamente, sea justa, por tratarse de relaciones de justicia conmutativa, son los particulares interesados los más capacitados para apreciarla. Si existe el proceso es para que acudan a él cuando entiendan que el convenio no puede traerles, con la paz, la justicia.

ESTUDIOS LEGISLATIVOS

