

JURISPRUDENCIA

I. SENTENCIAS ANOTADAS

DESISTIMIENTO: BILATERALIDAD: *No es lícito desdeñar el interés del demandado que se opuso a la voluntad de desistir.*

REBELDÍA DEL ACTOR.—*Desoir un requerimiento judicial, es, en el actor, tan acto de rebeldía como no acudir al emplazamiento o citación un demandado, ya que el artículo 281 L. E. C., se refiere a los litigantes, y no sólo al demandado, por lo que puede ser aplicado al demandante.*—(Sentencia de 6 noviembre 1956: *ha lugar*).

A. ANTECEDENTES: Durante la tramitación de determinado pleito, contestada la demanda, evacuados los trámites de réplica y dúplica, y recibido el pleito a prueba con proposición por el demandado de la que estimó conveniente y absteniéndose el demandante, presentó el procurador de este último escrito, renunciando a la representación que ostentaba, y el Juzgado teniéndole por renunciado, notificó al actor dicha renuncia para que en el plazo de cinco días designase nuevo procurador. Transcurrido con exceso el plazo sin dicha designación, el Juzgado dictó providencia, teniendo al actor por desistido, y apartado del pleito, imponiéndole las costas causadas.

El demandado, solicitó reposición de la aludida providencia, a lo que no accedió el Juzgado, e interpuesta apelación contra el auto denegatorio ante la A. T., ésta lo confirmó. Interpuesto recurso de casación, el T. S. declara *haber lugar* con fundamento de la doctrina siguiente:

Admitida jurisprudencialmente la distinción entre renuncia de la acción y apartamiento de los actos del proceso, con posibilidad en el segundo supuesto de reproducir la pretensión, no es lícito admitir que por un acto unilateral del actor, trabada ya la litis, o por una presunción de su voluntad de desistir, se desdeñe el interés jurídicamente protegible del demandado que acudió al llamamiento judicial, y mostró su decisión contraria sin que se le ofrezcan los medios adecuados para oponerse a esa voluntad expresa, o presunta del actor sobre su desistimiento.

La bilateralidad en el desistimiento, está justificada de un lado por la tutela del interés legítimo de la parte convocada a juicio, que no puede quedar sojuzgado por las veleidades del actor, con posible daño de su prestigio y crédito (diffamatio judicialis), y de otro por el prestigio del Estado, que no debe consentir se consuma inútilmente la actividad judicial, ni abrir cauces a un posible fraude, para de esta forma, corregir errores de táctica en el planteamiento del proceso.

B. OBSERVACIONES: 1. Como claramente establece el 2.º considerando de la sentencia que se anota, la cuestión a resolver en el presente recurso, era si renunciando el procurador del demandante a su representación, y no otorgando éste una nueva, dicha conducta implicaba un desistimiento de los actos del proceso (tesis de la Sala de Instancia), o si por el contrario, de acuerdo con el recurrente, procedía la declaración en rebeldía del actor. No parece,

de la lectura íntegra de la sentencia, especialmente de los considerandos 3.º y 5.º, que el T. S. estime francamente que la inactividad del demandante implicaba un auténtico desistimiento, «aunque por su conducta, pudiera ser esa la encubierta finalidad perseguida», sino que fueron el Juzgado primero, y luego la Sala, quienes supliendo una voluntad que no había manifestado e interpretándola como un voluntario apartamiento del proceso, lo tuvieron por desistido. Sin embargo, en el considerando 4.º, que ha quedado extractado al principio, parte ya nuestro Alto Tribunal de tal desistimiento, y por entender que no se produjo la bilateralidad necesaria, casa el auto recurrido.

Indudablemente, pecó de incongruente en su razonamiento el auto de la Sala, pues admitido que había un desistimiento por el actor, era necesaria la aceptación de la parte demandada. La bilateralidad del desistimiento en primera instancia (1) ante el posible fraude de iniciar de nuevo el proceso se señala por nuestros autores (2) y por la jurisprudencia del T. S., principalmente S. de 4 noviembre 1948, y las que en ella se citan. Acerca del fundamento, desechando las teorías convencionales, principalmente la anticuada del cuasi contrato de *litis contestatio*, y admitiendo la de la vinculación del actor al proceso por la difamación judicial que respecto al demandado supone, puede consultarse la monografía de Fairén «El desistimiento y su bilateralidad en primera instancia», y también su artículo, «Desistimiento en el proceso civil», en el tomo VII, páginas 282 a 289, de la N. E. J. (3).

Se discute, aunque en el presente caso dado el momento procesal en que se produjo la renuncia no hay problema, a partir de qué momento es necesaria la audiencia del demandado. Guasp (4), señala el de la contestación a la demanda, y en el mismo criterio se inspira el T. S. en la sentencia ya citada, de 4 noviembre 1948, y el Código de Procedimiento civil de la Zona, artículo 246; Prieto Castro (5), se inclina por el momento de la notificación de la demanda; Menéndez Pidal (6) por el de la comparecencia del demandado, y Fairén, desde que hay *litis pendencia*, y existe esta en su opinión, desde la admisión de la demanda, con efecto retroactivo al momento de la interposición de la misma. El artículo 728, párrafo 1.º de la L. E. C. parece avalar el primero de los criterios anotados. El decreto de 21 noviembre 1952, que desarrolló la base 10 de la L. B. J. M. de 19 julio 1944 sobre procedimiento, regula con gran acierto el desistimiento en el juicio de cognición, artículo 42, y señala como momento a partir del cual se oirá al demandado sobre el desistimiento del actor, el del emplazamiento del primero.

2. La L. E. C., no regula con carácter general la inactividad del actor después de presentada la demanda, como conducta calificable de contumacial o rebelde. La razón fundamental de este silencio, según Prieto Castro (7), y De la Plaza (8), podría ser el principio de escritura que rige en el juicio

(1) No ocurre lo mismo en la segunda, ya que en la apelación sólo el apelante tiene interés en que el recurso se trámite, pues no siendo así, la sentencia apelada quedará firme (art. 846 L. E. C.). Por ello, no siempre será adecuada la aplicación analógica de las normas que regulan el desistimiento en la segunda instancia (ver también arts. 409 y 410 L. E. C.) al desistimiento en la primera.

(2) Así, en GUASP: *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1956, pág. 570; GÓMEZ ORBANEJA y HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal Civil*, 3.ª edic. volumen I, pág. 366; PRIETO CASTRO: *Derecho Procesal Civil*, I, 1949, págs. 367, y PLAZA: *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1951, pág. 539.

(3) En el mismo sentido, PLAZA: obra y tomos citados, págs. 540 y 541.

(4) *Obra citada*, pág. 570. En el mismo sentido, FÁBREGA CORTÉS: *Leciones de Procedimientos Judiciales*, 3.ª edic., 1928, pág. 396.

(5) *Obra y tomo citados*, pág. 367.

(6) *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1935, pág. 169.

(7) *Derecho Procesal Civil*, 1952, tomo II, pág. 241 y sigs.

(8) *Obra y tomo citados*, págs. 366 y 367.

ordinario de mayor cuantía (y con alguna limitación en el de menor cuantía), pues la demanda es elemento suficiente para que el proceso pueda seguir adelante, ya que es escrito fundamental y no simplemente preparatorio como en los sistemas de oralidad. En contra de este criterio, Gómez Orbaneja (9), entiende que ello es debido a que la presentación de la demanda, comprende por necesidad la «comparecencia» o personación del actor en el Juzgado, y la declaración de rebeldía es el efecto de la falta de personación no de cualquier otra inactividad—aun cuando sea total—ulterior. El T. S., en la sentencia anotada, no acepta este punto de vista a la vez que da entrada de manera absoluta a la rebeldía del actor.

Sea cualquiera el motivo, es lo cierto, que sólo en los procesos de tipo verbal se aceptaba hasta esta sentencia la rebeldía del actor, citando los autores del artículo 462 del Código del Trabajo, y el 728 de la L. E. C. en cuanto al llamado juicio verbal. Gómez Orbaneja estima que este último precepto no regula un caso de rebeldía del actor. Para que hubiera juicio en rebeldía—dice—tendría que haber juicio y sentencia (imperativamente, como en el proceso laboral, o dejando al demandado la facultad de exigirlos, como en la rebeldía del demandante del Cód. Proc. Civ. Italiano, artículo 290, por ejemplo). Pero justamente lo que hace esa disposición de la L. E. C. es excluirlo al tener al actor que no comparezca como desistido. El pago de las costas y la indemnización al demandado de los perjuicios derivados de la citación no son efecto de una presunta rebeldía, sino del desistimiento mismo.

En los ordenamientos extranjeros se citan preceptos que admiten francamente la posibilidad de declarar en rebeldía al actor, aparte del Cód. Proc. Civ. Italiano ya citado, puede recordarse aquí el parágrafo 330 de la Z. P. O. («Si el actor no compareciere en el término de una audiencia, se promoverá contra él, a instancia del demandado, sentencia contumacial, desestimando la demanda.»)

El Derecho español anterior a la L. E. C. no desconocía enteramente la rebeldía del actor, y De la Plaza, cita el artículo 32 de la Institución del Marqués de Gerona, que hacía referencia al supuesto de que, en cualquier trámite del juicio, el actor o el demandado se constituyesen en rebeldía. La posición adoptada ante el texto de la L. E. C. que en los artículos 762 a 789 (De los juicios en rebeldía) sólo se refiere al demandado, envolvía grandes inconvenientes y perjuicios para el demandado, sin que la condena en costas que podía recaer contra el demandante fueran sanción suficiente, y por ello, el T. S. con fundamento en el artículo 281, que al referirse a la rebeldía no la limita al demandado, ha dado entrada de manera absoluta a la del demandante.

3. Hay también que destacar en la presente sentencia, la posibilidad que apunta de que la conducta del demandante, envuelva un fraude. En España, el fraude procesal que ha sido objeto de estudios de Lois (10) y de La Plaza, (11) carece de normación legal o jurisprudencial adecuada. La exigencia de bilateralidad en el desistimiento hace, sin embargo, que no sea necesario acudir en el caso de esta sentencia al concepto técnico del fraude, y por ello, el T. S. se limita a aludirlo.

RAFAEL IZQUIERDO

(9) *Obra y tomo citados*, pág. 528.

(10) *Teoría del fraude en el proceso civil*, Santiago de Compostela, 1948.

De acuerdo con este autor más que de fraude procesal se trataría en el presente caso de un acto ilícito por existencia de dolo unilateral.

(11) *Contribución al estudio del dolo procesal y sus formas*, «R. D. Pr.» (año 1949), págs. 773 a 785 y 849 a 863. Acertadamente dice: «El fraude procesal arguye en todo caso la infracción de una norma jurídica, o, por lo menos, su empleo ilegítimo y torcido; pero se caracteriza... por el modo cauteloso como esa desviación se produce, por lo habilidoso de la trama, por la, en muchos casos, aparente inocuidad de la maquinación» (pág. 774): son palabras de exacta aplicación al supuesto de la sentencia que nos ocupa.