

DR 21 8

Derecho procesal, guión número 3. Bilateralidad del desistimiento. Repito, bilateralidad de un desistimiento. Guión número 3, a tercera parte.

Bilateralidad de un desistimiento, tercera parte. En el segundo guión dedicado a examinar el problema procesal de la unilateralidad o bilateralidad del desistimiento, se anunció un tercero que había de contener la definitiva sentencia del Tribunal Supremo resolviendo esta controvertida cuestión. Contra la sentencia dictada por la excelentísima Audiencia Territorial de Madrid, se interpuso recurso de casación ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, cumpliendo los trámites exigidos para esta actividad de anunciar e interponer recurso de casación, preparando el mismo con arreglo a los artículos 1700 y siguientes de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, obteniendo la certificación que la audiencia deberá facilitar al recurrente que lo hubiere solicitado y, consecuentemente, el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante la Sala de Admisión.

Más tarde y también cumpliendo lo prevenido en los artículos 1716 y siguientes, la parte que obtuvo la certificación aludida compareció dentro del término fijado de 40 días, acompañando al recurso los documentos que especifica el artículo 1718, es decir, el poder del procurador, la certificación de la sentencia, el documento con que se justifique haber hecho el depósito en caso necesario y tantas copias del escrito de formalización en papel común, cuantas sean las partes litigantes emplazadas. La formalización del recurso empezaba, de acuerdo con el artículo 1720 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, expresando el párrafo del artículo 1692 y citando con precisión y claridad la ley o doctrina legal supuestamente infringida y el concepto en que ésta lo haya sido, ya que si no incurriría al recurrente en motivo de inadmisión, puesto que, como el recurso de casación no es una tercera instancia, mantiene un severo formulismo sin cuyo respeto no puede prosperar dicho recurso. El recurso se amparaba en el número primero del artículo 1692, como antes se ha dicho, citándose como infringidos los artículos 1945 del Código Civil, que regula la interrupción civil de la prescripción del derecho de posesión y que fija el momento de la citación judicial como comienzo de la litis, en relación con las sentencias de 23 de noviembre de 1900 y 7 de diciembre de 1899, 1963, 1100 y 1109 del Código Civil, como valores indiciarios, por cuanto de la interpretación de los mismos puede inferirse cuál sea el momento del inicio de la litis.

El primero de ellos se refiere al ejercicio de la acción ante los tribunales como momento interruptor de la prescripción de la acción. El segundo de los preceptos, al referirse a la mora, habla del momento de la exigencia judicial y el tercero, relativo a los intereses legales, emplea la expresión desde que son judicialmente reclamados. Mantenía el recurrente la tesis de que en estos preceptos podía y debía encontrarse el instante que debía considerarse como origen de la litis pendencia.

Continuaba el recurrente glosando el autorrecurrido en el que la audiencia territorial había declarado la posibilidad de que el demandante retirase su acción y, por tanto, desistiese de la

misma sin necesidad de que el demandado accediese a ello, a pesar de haber sido este emplazado y comparecido en los autos, mientras no hubiese, además de ello, contestado a la demanda. Es decir, y a efectos del estudio de este problema, la Audiencia de Madrid consideraba que, mientras no se hubiera trabado el cuasicontrato de litis contestatio, el actor era dueño de su acción y libre de desistir de la misma, pudiendo reservarse el ejercicio de su acción para otro momento posterior, siempre que dicha acción no hubiera prescrito. Reproducía el recurrente sus argumentos, que ya no son conocidos, acerca de que, si tal tesis fuera correcta, se le concedería al demandante una postura de privilegio frente al demandado, reñida con los principios generales de igualdad entre las partes.

El segundo motivo de casación no tiene interés a los efectos de este comentario y tampoco fue objeto de pronunciamiento, ya que el Tribunal Supremo admitió como válido el primero de los motivos, considerando que el tema debatido se reduce a determinar, si es dable a la parte actora, desistir del procedimiento con reserva de derechos y acciones cuando el demandado ha sido emplazado, relacionado y tenido por parte, aun antes de haber contestado la demanda, porque, y aquí interviene el concepto moderno del proceso, considerado el procedimiento judicial como una serie o sucesión de actos de los cuales forma parte la incorporación del demandado, que ha sido requerido para discutir sobre un estado de hecho y de derecho, es indudable que está ligado y vinculado, y no por su propia y libre voluntad, a la cadena procesal y, consiguientemente, le afecta y le interesa el cese del estado de inquietud en que el proceso le ha situado, razones por las cuales, dice él considerando, no es posible dejar sin efecto el procedimiento por decisión de una sola de las partes, criterio que reconoce el Tribunal Supremo haber variado con respecto al que tradicionalmente venía manteniendo, haciéndose eco de la moderna doctrina científica y jurisprudencial, citando la sentencia de 9 de enero de 1958 y afirmando que, modernamente, se considera la relación jurídico-procesal como consecuencia de un complejo de actos que se inician con la notificación o intimación del demandado. En un segundo considerando, el Tribunal Supremo cita el artículo 1945 del Código Civil, alegado como infringido por el recurrente, y el 1963, el 1100 y 1109, todos ellos del Código Civil, también alegados como infringidos por el recurrente, que tratan de la prescripción de la mora y del devengo de intereses, considerando que existe una íntima ligazón de estos preceptos con la constitución de la relación jurídico-procesal y que, por ello, afectan al derecho discutido en el litigio con repercusión en el interés de la parte, por lo que, al sentar el autorrecurso, doctrina distinta a la antes expuesta, infringe de forma indirecta los usodichos preceptos, por lo que, concluye el alto tribunal, que hay que dar lugar al motivo primero donde se acusa la infracción por interpretación errónea de dichos artículos. Como lógica consecuencia, al declararse haber lugar, por su primer motivo, al recurso de casación, se casa y anula y se priva de todo efecto legal al autorrecurso, y se manda librar certificación de esta resolución y de la que seguidamente se dicte a la audiencia territorial a la que se le devolverá el apuntamiento.

Tras la publicación de la anterior sentencia por el magistrado ponente, celebrando audiencia pública, se dictó una segunda sentencia, por la cual se confirma el auto que dictó el juzgado de

primera instancia número 3 de esta capital, cuya parte dispositiva se reproduce y que, como se recordará, se refería al deseo del demandante de desistir del procedimiento sin desistir de la acción ejercitada por su simple manifestación de voluntad, después de haber sido emplazado y comparecido en autos el demandado. La sentencia del tribunal supremo pone fin a la contienda, revocando el auto de la audiencia y confirmando, en cambio, el que dictó el juez de primera instancia, resolviendo la cuestión con arreglo a la doctrina correcta, es decir, que el desistimiento del actor, con reserva de acción para poder iniciar nuevamente la acción, no es un acto unilateral del demandante si el demandado ha comparecido en autos, puesto que, iniciada la litis pendencia, ambas partes tienen sus respectivos derechos y obligaciones en el proceso, considerado como actividad jurisdiccional que se desarrolla mediante una serie o sucesión de actos, ya que, de otra manera, se alteraría el principio general de la igualdad de las partes ante el proceso, constituyéndose un verdadero privilegio a favor del actor, a costa del perjuicio que, para el demandado, significaría su posición inestable, a merced del capricho o arbitrio del actor, que, de esta manera, podría reformar su demanda caso de haber sufrido algún error o equivocación. Desde esta sentencia, la jurisprudencia del Tribunal Supremo revisó su anterior postura y sienta ya su adhesión a la tesis de que el desistimiento deberá ser consentido por el demandado desde el momento en que se produce la litis pendencia, abandonando la teoría tradicional de la litis contestatio.