

DR 21 7

Derecho procesal, guión número 2, segunda parte, poner en el parte a poverda. Bilateralidad de un desistimiento, segunda parte. En nuestra primera emisión, a propósito del problema de la unilateralidad del desistimiento, se estudió el desarrollo del problema en primera instancia.

Veamos ahora la opinión que, en cuanto a este tema, tenía la Audiencia Territorial de Madrid. Como quiera que la parte actora no estuvo conforme con el autorresolutorio del juzgado de primera instancia, que dio la razón al demandado, interpuso apelación ante la Audiencia Territorial y, previos los trámites oportunos, se llegó a la vista con la asistencia de los letrados de los contendientes que alegaron cada uno lo que estimaron conveniente en apoyo de sus respectivas y encontradas posiciones. La Audiencia comienza por sentar, en su primer considerando, que en nuestra ley de enjuiciamiento civil faltan normas concretas reguladoras del desistimiento de la demanda, por lo cual los juzgadores y la doctrina buscaron en preceptos análogos de la misma y en otros cuerpos jurídicos vigentes o derogados, tanto nacionales como extranjeros, una regulación utilísima para las soluciones prácticas.

Concluye la Audiencia que tal búsqueda inducía a pensar que la manifestación de voluntad del demandante de desistir habría de tener eficacia sin necesidad del consentimiento del demandado si se hacía presente en el proceso antes de tener por contestada la demanda. Solución que, quizás y subrayando el tono dubitativo, se inspiró en que, sin duda alguna, contestada la demanda está completamente entablada la contienda judicial, ya que, con anterioridad, las etapas por que va pasando la indicada demanda consisten en... a. Su presentación al juzgado o tribunal correspondiente. b. La admisión por éste.

c. La notificación de su existencia y emplazamiento al demandado para que comparezca a contestarla dentro de determinado plazo. d. La mera comparecencia del accionado. e. Su admisión como parte o su incomparecencia y consiguiente declaración de rebeldía y el transcurso del plazo legal para la contestación, quizás sin haber llevado a cabo ésta, son acaecimientos que, desde luego, van creando relaciones jurídicas de índole procesal.

Distinguiéndose por la audiencia, tres clases de relaciones. 1. La facultad del demandante de exigir que el juzgado reciba la demanda y decida sobre su admisión y que, en el caso de admitirla, se comunique su contenido al demandado y se le emplace para que, dentro del tiempo establecido por la ley, comparezca ante el juez a contestarla. Como se ve, esta primera relación se crea entre el demandante y el órgano jurisdiccional con independencia del demandado.

La segunda son las facultades del juzgador de disponer él y de ejecutar, por medio de sus auxiliares, las aludidas notificación y emplazamiento y de acordar que el demandado comparecido conteste a la demanda o declarar su rebeldía, si no hubiere comparecido, y en las obligaciones del demandado de admitir esas comunicaciones y llamamiento o de consentir que se le declare rebelde si no compareciere, y aún contestar a la demanda dentro del plazo dado

para verificarlo. En estas segundas facultades, la audiencia admite que existe una relación entre el juzgador y el demandado, relación que no sólo faculta a éste para realizar determinadas actuaciones, es decir, comparecer si quiere, sino que soporta la declaración de rebeldía si no lo hiciere, lo que, naturalmente, entraña una cierta actividad coercitiva por parte del juzgador, y parece olvidar que la causa de la actividad del juzgador proviene del ejercicio de las primeras facultades ya descritas del actor. Luego, en estas segundas facultades, ya se ve un nexo entre la presentación de la demanda por el actor y una obligación por parte del juzgador de relacionar y traer ante él, de una manera o de otra, a un tercero, hasta este momento, extraño en la contienda.

Tres. En la tercera facultad, inexplicablemente, no contempla la audiencia las facultades del accionado, es decir, el demandado, como parecería lógico, puesto que ya el juzgador le ha hecho una comunicación que trae consigo la declaración de rebeldía si no comparece y se muestre parte en el proceso, porque, a partir de la base de que, aun cuando la admisión de la demanda produzca una situación de litis pendencia, no significa la puesta en marcha del combate judicial, según la sentencia. Afirma la sentencia comentada que la iniciación del combate la hace patente solamente la contestación a la demanda, ya que, con anterioridad a ella, únicamente se ha impuesto al demandado, por el juez, la obligación de combatir contraatacando o no.

Puede verse ya, en esta sentencia de 5 de diciembre de 1959, cómo la audiencia admite paladinamente que la litis pendencia se ha abierto y producido en el momento de la admisión de la demanda, pero distingue, entre el comienzo de la actividad judicial, la cita o emplazamiento hecho al demandado para combatir, con el combate judicial, que, según dicho organismo, empieza en la contestación a la demanda hecha por el demandado. En el segundo considerando de la sentencia, se admite que en la época actual se ha superado el denominado en épocas anteriores cuasi-contrato de litis contestatio, por entender ahora, la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, que la litis pendencia se origina con la presentación de la demanda y su notificación al demandado, con llamamiento para que acuda a la controversia. Entiende la sentencia comentada que tal estado de opinión no es bastante para alterar los razonamientos del primero de sus considerandos ya comentados, porque, aunque exista dicho cuasi-contrato y la litis pendencia nazca antes de la contestación a la demanda, ello no es incompatible con la exigencia de la aludida contestación para cerrar la posibilidad de que el demandante pueda, con pertinencia, desistir, y ello por las siguientes razones.

Primera, que la litis pendencia constituye un desafío al demandado, pero el combate judicial no queda entablado sin la contestación a la misma, y, por tanto, vuelve a la teoría que afirma ya superada. Hemos de comentar esta afirmación hecha en términos bélicos y no podemos mostrar nuestra aprobación, ya que lo cierto es que el desafío, por utilizar la terminología de la sentencia, no es sólo una constancia de la voluntad de pelear por parte del actor, sino que, como ya hemos visto, y la propia sentencia admite, no se limita a un reto, sino que tiene la virtud de poner en marcha al organismo jurisdiccional y hacer que éste formule, a su vez, una intimación al demandado, dándole un plazo para comparecer con la advertencia o amenaza de

que, si no lo hace, se le declarará rebelde, es decir, comienza el proceso. Segunda, la sentencia reconoce el evidente interés del demandado porque la contienda se desenvuelva sin dilación y quedar libre de la amenaza de la provocación de un nuevo pleito sobre el mismo objeto en un momento indeterminado o ulterior en que la voluntad de su adversario lo decidiera, y justifica que, para renunciar a derecho o derechos, que se pretendía hacer efectivos mediante la demanda presentada, se requiera algo más que la simple voluntad del actor, pero ello cuando el combate está completamente formado, ya que, según nuestro derecho histórico, cuando el desistimiento surge antes de la formación de la contienda, tan sólo es menester esta declaración de voluntad unilateral del actor, por lo que, a falta de nuevas normas, ello obliga al juzgador a no alterar ese criterio mientras no existan preceptos jurídicos que señalen algún momento anterior para exigir la bilateralidad en el desistimiento.

El comentario es claro. La audiencia reconoce que el traer a una persona a juicio, llamarla a contestar la demanda y a comparecer, entraña perjuicios que no deben prolongarse o volverse a producir tras de un desistimiento unilateral, pero, como no existe otro criterio que el antiguo, el juzgador debe atenerse a los existentes por más que entienda que la posición del demandado no es exactamente igual a la del actor, a pesar de que uno de los principios generales del derecho consiste en velar por la igualdad entre las partes. Tercera, se funda en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y la cita de disposiciones que realmente no son operantes, tales como el artículo 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil relativo al juicio verbal civil ordinario, y el artículo 42 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 que se refiere al juicio llamado de cognición, ambas normas sin relación alguna con las relativas al juicio ordinario de mayor cuantía.

Y, por último, que no es motivo atendible para un cambio de criterio en esta materia, la producción de gastos ocasionados al demandado, y que si bien la sentencia de 9 de enero de 1958 apunta al origen o comienzo de la relación jurídico-procesal según la sentencia, nada decidió ni razonó siquiera respecto a si la constitución de esa relación impide o no el desistimiento por la sola voluntad del demandante. Por todas estas razones, la Sala, no atreviéndose a confirmar el autoapelado por el que se introducía la teoría de la necesidad de la bilateralidad o del consentimiento del demandado para la validez del escrito de desistimiento, y, aun cuando el demandado había hecho constar su decisión de iniciar una acción declarativo, negativa o de jactancia, como se la conocía en el derecho histórico, revoca el autoapelado de fecha de 14 de febrero último para fallar la validez del desistimiento decidido unilateralmente por el actor, sin que ello signifique la renuncia a las acciones y derechos del demandante. En otra emisión posterior, daremos a conocer la definitiva resolución del Tribunal Supremo, ya que el demandado no aceptó la tesis de la excelentísima Audiencia Territorial de Madrid y recurrió en casación, donde, como más tarde se verá, se sienta la doctrina correcta en cuanto a este problema.