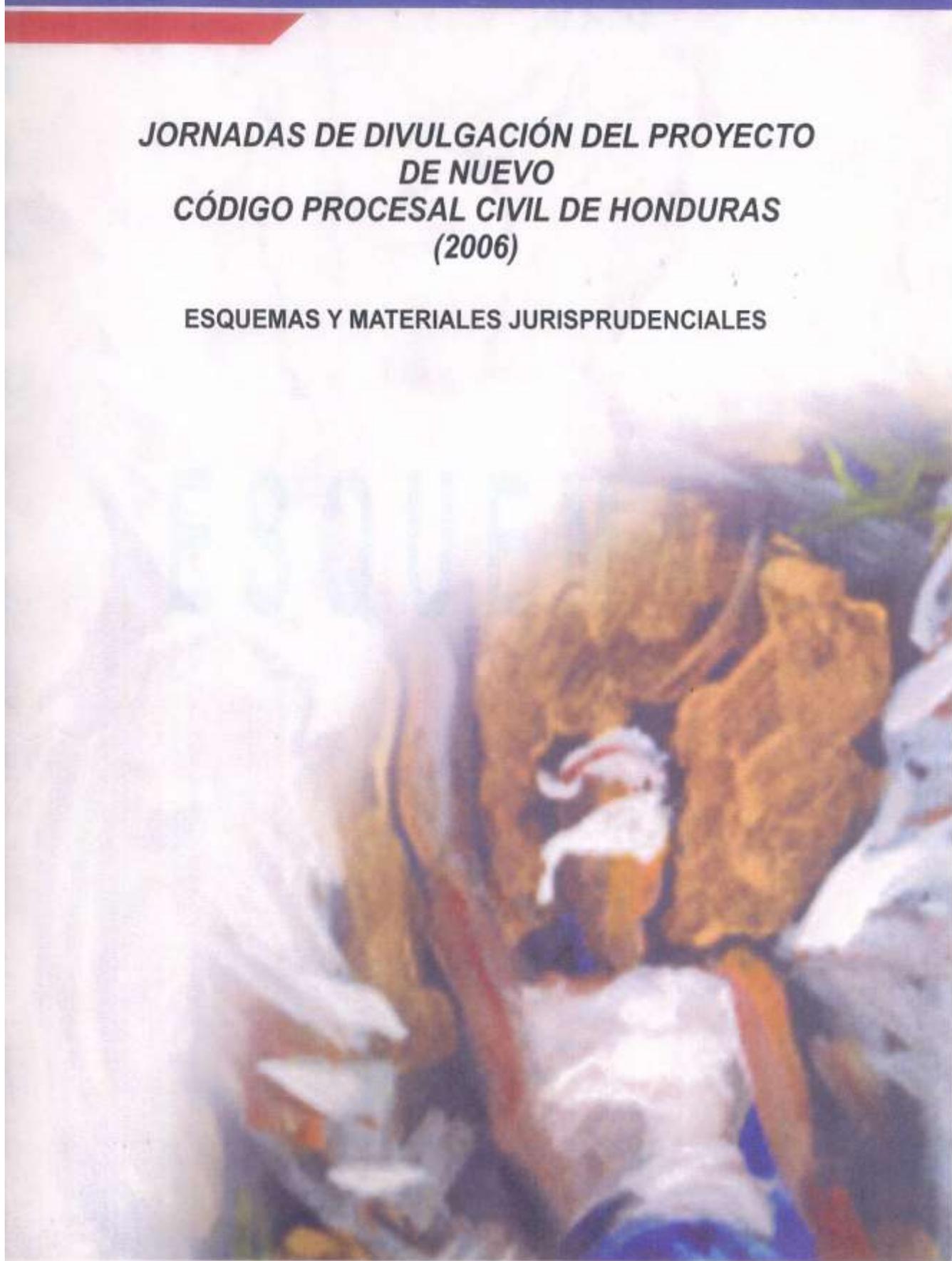




PROYECTO DE FORTALECIMIENTO DEL
ESTADO DE DERECHO EN HONDURAS

**JORNADAS DE DIVULGACIÓN DEL PROYECTO
DE NUEVO
CÓDIGO PROCESAL CIVIL DE HONDURAS
(2006)**

ESQUEMAS Y MATERIALES JURISPRUDENCIALES



ESQUEMAS

EL NUEVO PROCESO CIVIL

MODULO 1: INTRODUCCIÓN (Disposiciones Preliminares y Libro I del Código).- *Lunes 19 de junio*

1. Antecedentes; principios constitucionales y ordinarios del proceso civil.

A) Introducción:

- Orígenes.
- Antecedentes.
- Justificación de la reforma total.

B) Principios:

- Principios atinentes a las partes:
- Principios del proceso
- Principios del procedimiento
- La propuesta del CPC
- Derecho de acceso a los tribunales.
- Clases de pretensiones.
- Proceso debido.
- Contradicción.
- Igualdad.
- Buena fe, conducta procesal adecuada y abuso.
- Legalidad procesal y formas.
- Economía procesal.
- Oportunidad.
- Principio dispositivo.
- Aportación de parte.
- Facultades procesales.
- Valoración de la prueba.
- Principio de doble instancia.
- Oralidad.
- Inmediación.
- Concentración.
- Elasticidad y preclusión.
- Publicidad.

C) Otras reglas generales:

- Subsanción.
- Aplicación de la norma procesal.
- Carácter supletorio del Código Procesal Civil.

2. El órgano jurisdiccional: Jurisdicción y competencia.

A) Jurisdicción:

- Presupuestos del órgano jurisdiccional.

- Extensión y límites del orden jurisdiccional civil.
- Abstención de los tribunales civiles.
- Apreciación de la falta de jurisdicción.
- Juez natural.

B) Competencia:

- Competencia genérica.
- Competencia objetiva
- Especialización.
- Falta de competencia objetiva.
- Competencia funcional
- Extensión.
- Apreciación de oficio.
- Competencia territorial
- Fuero general de las personas naturales.
- Fuero general de las personas jurídicas y de los entes sin personalidad.
- Fueros legales especiales.
- En caso de acumulación de pretensiones y litisconsorcio pasivo.
- Carácter dispositivo de las normas sobre competencia territorial.
- Sumisión expresa.
- Sumisión tácita.
- Falta de competencia territorial.
- Contenido de la declaración negativa.
- Reparto de asuntos.
- Declinatoria
- Proposición y efectos.
- Sustanciación y decisión.
- Recursos contra la resolución de la declinatoria.

C) Prejudicialidad:

- Suspensión.
- Levantamiento de la suspensión.
- Recursos contra la resolución de suspensión.

3. Las partes: Capacidad, legitimación y postulación.

- Presupuestos que afectan a las partes.
- Facultades del órgano jurisdiccional.

A) Capacidad:

- Capacidad para ser parte procesal.
- Capacidad procesal.
- Suplencia e integración de la capacidad procesal.

B) Legitimación:

- Legitimación ordinaria y extraordinaria.

- Las Administraciones públicas como parte civil.
- El Ministerio Público.
- Litisconsorcio activo y pasivo.
- Litisconsorcio necesario.
- Litisconsorcio voluntario.
- Sucesión procesal.
- Sucesión procesal por muerte.
- Emplazamientos en caso de sucesión *mortis causa*.
- Sucesión por transmisión del objeto litigioso.
- Denegación de la sucesión por transmisión.
- Sucesión de personas jurídicas.
- Intervención de terceros voluntaria.
- Intervención de terceros provocada.

C) Postulación procesal:

- Actos que pueden realizar por sí mismas las partes.
- Clases y modos de otorgar el poder.
- Obligatoriedad del poder.
- Exenciones.
- Deberes del profesional del derecho surgidos del poder.
- Profesional del derecho sustituto o delegado.
- Cese de la representación.
- Procuración oficiosa
- Profesional del derecho único para varias partes.
- Responsabilidad disciplinaria del profesional del derecho.
- Cobro de honorarios.
- Asistencia jurídica gratuita
- Derecho a la justicia gratuita.
- Requisitos.
- Contenido del beneficio.
- Procedimiento.

4. El objeto del proceso.

A) Concepto y elementos:

- La pretensión.
- Elementos delimitadores

B) Acumulación de objetos procesales:

- Acumulación de pretensiones.
- Acumulación objetiva.
- Acumulación objetiva eventual.
- Acumulación subjetiva.
- Acumulación de procesos.
- Requisitos.
- Procesos acumulables.
- Procesos no acumulables.

- No suspensión.
- Acumulación de procesos que están pendientes ante el mismo órgano jurisdiccional.
- Acumulación de procesos pendientes ante distintos tribunales.

5. Actos procesales.

A) En general:

- Actuaciones judiciales.
- Derecho de recibir y obtener información.
- Requisitos de los actos procesales.
- Lugar de celebración de los actos procesales.
- Tiempo de realización de los actos procesales.
- Habilitación.
- Actuación diferida.
- Falta grave.
- Perentoriedad del plazo.
- Cómputo de los plazos.
- Presentación de escritos en tiempo.
- Preclusión.
- Responsabilidades.
- Idioma judicial.
- Forma de los actos procesales.
- Actos procesales escritos.
- Prohibición de secreto.
- Actos procesales orales.
- Inmediación de los actos procesales.
- Publicidad de los actos procesales.

B) Actos de comunicación:

- Notificación de resoluciones.
- Forma de la comunicación.
- Comunicación al profesional del derecho de la parte.
- Comunicaciones directas a las partes.
- Designación de domicilio.
- Averiguación del domicilio.
- Comunicaciones con terceros.
- Remisión de las comunicaciones.
- Comunicación subsidiaria por medio de entrega de copia de la resolución o de cédula.
- Servicio Común de Notificaciones.
- Comunicación edictal.
- Actos de comunicación mediante auxilio judicial.
- Nulidad y subsanación de los actos de comunicación.
- Comunicación de oficios y mandamientos.
- Responsabilidades.

C) Actos de documentación:

- Fe pública judicial.
- Documentación de actos procesales no escritos.
- Expedientes.
- Custodia de los expedientes.
- Examen de los autos.
- Expedición de copias.
- Constancia de recepción.
- Reconstrucción de expedientes o actuaciones.

D) Actos de auxilio:

- Órgano al que corresponde prestar el auxilio judicial.
- Exhorto.
- Remisión del exhorto.
- Cumplimiento del exhorto.
- Devolución del exhorto.
- Cooperación judicial internacional.

E) Audiencias públicas:

- El despacho ordinario.
- Dación de cuenta.
- Impulso procesal.
- Suspensión del proceso por acuerdo de las partes.
- Magistrado ponente.
- Funciones del magistrado ponente.
- Señalamiento de las audiencias.
- Solicitud de nuevo señalamiento de audiencia.
- Tiempo para la celebración de audiencias.
- Celebración de las audiencias.
- Dirección de los debates.
- Documentación de las audiencias.
- Suspensión de las audiencias.
- Nuevo señalamiento de las audiencias suspendidas.
- Cambios en el personal juzgador.
- Interrupción de las audiencias.

F) Votaciones y fallos de los litigios:

- Redacción y firma.
- Información sobre el contenido de los autos.
- Deliberación y votación.
- Discusión de las resoluciones.
- Votación de las resoluciones.
- Voto de magistrados impedidos después de la audiencia.
- Impedimento del juez que hubiere asistido a la audiencia.
- Mayoría de votos.
- Discordias.
- Redacción de las resoluciones en los órganos jurisdiccionales colegiados.

- Firma de las resoluciones.
- Votos particulares.

G) Resoluciones judiciales:

- Clases.
- Resoluciones definitivas.
- Resoluciones firmes.
- Cosa juzgada formal e invariabilidad.
- Contenido formal de las resoluciones.
- Contenido formal de las providencias.
- Contenido formal de los autos.
- Contenido formal de las sentencias.
- Plazo para dictar las resoluciones judiciales.
- Publicación, archivo y registro de resoluciones.
- Invariabilidad de las resoluciones.
- Aclaración y corrección de resoluciones.
- Resoluciones defectuosas y subsanación.
- Requisitos internos de la sentencia.
- Claridad, precisión y exhaustividad.
- Motivación.
- Congruencia.
- Sentencias con reserva de liquidación.
- Cosa juzgada material.

H) Nulidad de los actos procesales:

- Clases.
- Nulidad.
- Anulabilidad.
- Medios para lograr la anulación de un acto procesal.
- Nulidad de actuaciones.
- Efectos.
- Conservación de los actos.

I) Costas:

- Condena en costas.
- Tasación e impugnación.

Casos prácticos

MODULO 2: EL PROCESO DE DECLARACIÓN (Libros II y IV del Código).-

Martes 20 y miércoles 21 de junio

6. Clases de proceso.

- Los procesos declarativos ordinarios y especiales.
- Ámbito del proceso ordinario.

- Ámbito del proceso abreviado.
- Determinación del valor de la pretensión.
- Determinación del valor en caso de acumulación de pretensiones.
- Carácter imperativo de las normas sobre procedimiento adecuado.
- Impugnación de la clase de proceso y de la cuantía.

7. Normas comunes a todos los procesos.

- Cuestiones preliminares.
- Diligencias preparatorias.
- Reclamación administrativa previa.
- Mediación y conciliación.
- Abstención y recusación.
- Incidentes.

8. El proceso ordinario.

A) La demanda:

- Procedencia y requisitos.
- Anexos de la demanda.
- Inadmisión de la demanda.
- Efectos de la demanda.
- Influencia del cambio de circunstancias en la sentencia.
- Modificación de la demanda.
- Ampliación de la demanda.
- Introducción de hechos nuevos o de nueva noticia.

B) La contestación a la demanda y la reconvención:

- Traslado de la demanda y emplazamiento.
- Contestación a la demanda.
- Contenido de la contestación a la demanda.
- Reconvención.
- Planteamiento de la reconvención.
- Contestación a la reconvención.
- Tratamiento procesal de la excepción de compensación.
- Tratamiento procesal de la alegación de la nulidad del negocio jurídico base de la demanda.

C) La rebeldía:

- Declaración de rebeldía.
- Notificaciones al rebelde.
- Conocimiento del lugar en que se puede notificar al rebelde que fue emplazado por edictos.
- Comparecencia del rebelde.

D) La audiencia preliminar:

- Convocatoria de la audiencia preliminar.
- Comparecencia de las partes.
- Incomparecencia de las partes.
- Contenido de la audiencia preliminar.
- Intento de conciliación y de mediación.
- Denuncia y examen de los defectos procesales.
- Apreciación de defectos procesales.
- Defectos de capacidad, representación o postulación.
- Indebida acumulación de pretensiones.
- Falta de litisconsorcio necesario.
- Demanda defectuosa.
- Litispendencia o cosa juzgada.
- Inadecuación del procedimiento.
- Existencia de compromiso arbitral.
- Fijación de la pretensión.
- Fijación de los términos del debate.
- Introducción de los hechos nuevos o de nuevo conocimiento.
- Presentación de nuevos documentos o informes de peritos.
- Fijación del objeto de la prueba.
- Proposición de la prueba. Decisión sobre su admisión.
- Finalización del proceso sin audiencia probatoria.
- Fijación de la audiencia probatoria. Citación de las partes.

E) La audiencia probatoria:

- Audiencia probatoria.
- Práctica de la prueba.
- Prueba separada de la audiencia probatoria.
- Comparecencia de las partes.
- Práctica de las pruebas.
- Objeciones a las preguntas y respuestas.
- Objeciones a la conducta de las partes.
- Suspensión de la audiencia probatoria.

F) Alegatos finales y sentencia:

- Alegatos finales.
- Forma de los alegatos finales.
- Contenido de los alegatos finales.
- Objeciones en los alegatos finales.
- Intervención del juez y conclusión de la audiencia.
- Presunciones legales.
- Presunciones judiciales.
- Valoración de la prueba.
- Sentencia.

G) Terminación del proceso sin sentencia contradictoria:

- Poder de disposición de las partes.
- Finalización anticipada del proceso.

- Renuncia a la pretensión.
- Desistimiento de la instancia.
- Allanamiento.
- Transacción judicial.
- Impugnación y ejecución de la transacción.
- Ejecución del acuerdo de transacción.
- Abandono del proceso.
- Exclusión del abandono del proceso en ejecución forzosa.
- Exclusión del abandono por fuerza mayor o contra la voluntad de las partes.
- Efectos del abandono.
- Impugnación de la declaración de abandono por fuerza mayor.
- Impugnación de la declaración de abandono por error en el cómputo.

9. La prueba: Normas generales y medios de prueba.

A) Cuestiones generales:

- Fines de la prueba.
- Iniciativa probatoria.
- Facultades probatorias del tribunal.
- Obligaciones para las partes y terceros.
- Sanciones.
- Intérprete.
- Objeto de la prueba.
- Hechos y derecho.
- Necesidad de la prueba.
- Inadmisión de pruebas.
- Prueba prohibida.
- Carga de la prueba.
- Proposición de prueba.
- Admisión de la prueba.
- Admisión posterior por hechos nuevos o de nueva noticia.
- Procedimiento probatorio general.
- Práctica de la prueba
- Señalamientos.
- Práctica de las pruebas fuera del lugar del proceso.
- Valoración de la prueba.
- Supuestos de anticipación de la prueba.
- Proposición y práctica de prueba anticipada al inicio del proceso.
- Custodia de los resultados de la prueba anticipada.
- Medidas de aseguramiento de la prueba.
- Requisitos para ordenar el aseguramiento de la prueba.
- Orden de práctica de los medios de prueba.

B) Interrogatorio de las partes:

- Procedencia.
- Preguntas y contenido.
- Impugnación de preguntas.
- Incomparecencia y admisión ficticia.

- Interrogatorio cruzado.
- Modo de responder al interrogatorio.
- Facultades del tribunal.
- Negativa a declarar, irregularidades y admisión ficticia.
- Declaración sobre hechos no personales del interrogado.
- Interrogatorio a representantes de persona jurídica.
- Incomunicación de declarantes.
- Interrogatorio en el domicilio de la parte.
- Interrogatorio domiciliario por vía de auxilio judicial.
- Interrogatorio en otros casos especiales.
- No reiteración e irrevocabilidad.
- Valoración.

B) Documentos:

- Procedencia.
- Clases de documentos.
- Documentos públicos.
- Documentos públicos expedidos por autoridades.
- Presentación de original o copia.
- Fuerza probatoria de los documentos públicos.
- Impugnación y cotejo.
- Documentos públicos no susceptibles de cotejo o comprobación.
- Informes escritos de personas jurídicas o entidades públicas y declaración sobre ellos.
- Documentos públicos extranjeros.
- Documentos privados.
- Original y copia.
- Libros de comerciantes.
- Fuerza probatoria de los documentos privados.
- Exhibición de documentos.
- Deber de exhibición documental entre las partes.
- Efectos de la negativa de exhibición.
- Exhibición de documentos por terceros.
- Deber de exhibición de entidades oficiales.
- Extracción de copias de documentos que no sean escritos.
- Valor probatorio de las copias fotostáticas y cotejo.
- Presentación de los documentos
- Momento de presentación de los documentos
- Documentos en otro idioma.
- Testimonio o certificación incompletos.
- Forma de presentación de documentos públicos extranjeros.
- Medios técnicos de filmación y de grabación.
- Medios técnicos de archivo de textos, sonidos e imágenes.

C) Prueba testifical:

- El testigo.
- Designación.
- Limitación del número de testigos.

- Interrogatorio
- Juramento o promesa.
- Declaración oral y contradictoria.
- Preguntas generales al testigo.
- Límites del derecho de preguntar.
- Impugnaciones de preguntas.
- Interrogatorio cruzado.
- Testigo-perito.
- Testigos con deber de guardar secreto.
- Declaración domiciliaria del testigo.
- Interrogatorio por las demás partes.
- Interrogatorio de autores de informes escritos.
- Careos.
- Documentación de las declaraciones.
- Indemnizaciones a los testigos.
- Valoración de las declaraciones de testigos.
- Tachas

D) La prueba pericial:

- Facultades judiciales.
- El dictamen.
- Aportación de dictamen privado de demandante.
- Aportación de dictamen privado por el demandado.
- Dictámenes privados posteriores a la demanda.
- Asistencia a la audiencia del perito privado.
- Solicitud de peritaje oficial.
- Designación de perito oficial por el tribunal.
- Peritaje ordenado de oficio por el órgano jurisdiccional.
- Forma del dictamen.
- Supuestos particulares.
- Cotejo de letras.
- Peritajes instrumentales.
- El perito.
- Requisitos de los peritos.
- Listado de peritos oficiales.
- Llamamiento, aceptación y nombramiento.
- Emisión del dictamen.
- Deberes de los peritos privados y oficiales.
- Participación del perito en la audiencia.
- Careo entre peritos.
- Valoración del dictamen pericial.
- Tachas y recusaciones.

E) Reconocimiento judicial:

- Ejecución.
- Reconocimiento de personas.
- Reconocimiento judicial y prueba pericial.
- Reconocimiento judicial y la prueba testifical.

- Empleo de medios técnicos y acta.

10. El proceso abreviado

A) Fase de alegaciones:

- Escrito de demanda.
- Demanda mediante formularios impresos normalizados.
- Acumulación. Regla especial para la acumulación objetiva de pretensiones.
- Trámite de admisión de la demanda.
- Subsanción de los defectos apreciados de oficio en la demanda.
- Señalamiento de la audiencia.
- Reconvencción y prueba previa a la audiencia.

B) Audiencia:

- Incomparecencia de las partes.
- Alegaciones.
- Contestación a las alegaciones y resolución.
- Prueba.
- Alegatos finales.
- Procedimiento seguido mediante formulario.

C) Terminación:

- Sentencia.

11. Especialidades del procedimiento ordinario.

- Procedimiento adecuado.

A) Tutela de derechos honoríficos de la persona y demás derechos fundamentales:

- Objeto.
- Legitimación.
- Legitimación extraordinaria.
- Prescripción.
- Indemnizaciones.
- Prohibición de ejecución provisional de sentencia.

B) Impugnación de acuerdos sociales:

- Objeto.
- Causas de impugnación de acuerdos de sociedades anónimas.
- Causas de impugnación de acuerdos de sociedades de responsabilidad limitada.
- Causas de impugnación de acuerdos de cooperativas.
- Nulidad de acuerdos y caducidad de la pretensión.
- Legitimación.
- Requisitos para la interposición de la pretensión.

- Acumulación de pretensiones.
- Medidas cautelares específicas.
- Sentencia.

C) Competencia desleal:

- Objeto.
- Pretensiones.
- Legitimación activa.
- Legitimación pasiva.
- Diligencias preparatorias.
- Prescripción.
- Carga de la prueba.
- Prueba específica.
- Medidas cautelares.

D) Propiedad industrial:

- Objeto.
- Pretensiones y solicitudes en materia de derecho de patentes.
- Pretensiones y solicitudes en materia de derecho de marcas.
- Pretensiones en materia de diseño industrial.
- Legitimación.
- Conciliación previa especial.
- Diligencias preparatorias.
- Medidas cautelares.
- Sentencia y ejecución provisional.
- Prescripción.
- Indemnización reconocida en la sentencia.

E) Propiedad intelectual:

- Objeto.
- Pretensiones.
- Legitimación.
- Medidas cautelares.
- Prescripción.
- Indemnizaciones.

F) Publicidad:

- Objeto.
- Legitimación.
- Solicitudes previas al proceso.
- Medidas cautelares.
- Acumulación de pretensiones.
- Carga de la prueba.
- Contenidos específicos de la sentencia.

G) Condiciones generales de contratación:

- Objeto.
- Pretensiones.
- Conciliación previa.
- Legitimación activa.
- Legitimación pasiva.
- Prescripción.
- Sentencia.

H) Arrendamientos urbanos o rurales:

- Objeto.
- Recursos.
- Subsanción.

I) Retracto:

- Objeto.
- Documentos a acompañar a la demanda.

J) Responsabilidad civil de jueces, magistrados y miembros del Ministerio Público:

- Objeto y competencia.
- Causas.
- Resarcimiento de daños y perjuicios.
- Ministerio Público.
- Legitimación.
- Agotamiento de recursos.
- Documentos que deben acompañar a la demanda.
- Plazo.
- Responsabilidad subjetiva y objetiva.
- Sentencia.
- Demanda maliciosa.
- Responsabilidad penal.

K) Pretensiones colectivas:

- Objeto.
- Pretensiones.
- Capacidad.
- Comparecencia en juicio y representación.
- Legitimación.
- Control judicial.
- Publicidad e intervención.
- Diligencias preliminares.
- Acumulación de pretensiones.
- Exención de caución en la medida cautelar.
- Especialidades de la audiencia preliminar.
- Prueba y carga de prueba.

- Sentencia.
- Publicidad e inscripción de las sentencias.
- Cosa juzgada.
- Indeterminación de los beneficiados.
- Indemnización.

12. Especialidades del procedimiento abreviado.

- Procedimiento adecuado.

A) Desahucio:

- Objeto.
- Condonación de deudas.
- Citación para la audiencia.
- Admisión y traslado de la demanda.
- Inadmisión de la demanda en casos especiales.
- Oposición a la demanda.
- Ocupación del inmueble por un tercero.
- Acumulación.
- Plazos para la desocupación.
- Lanzamiento.
- Enervación del desahucio.
- Sentencia.
- Recursos.

B) Juicios posesorios:

- Objeto.
- Pretensiones.
- Demanda y documentos.
- Acumulación de pretensiones.
- Plazos.
- Medidas cautelares.
- Cauciones.
- Actos previos a la audiencia.

C) Calificación registral:

- Objeto.
- Especialidades.

D) Rectificación de hechos o informaciones inexactas y perjudiciales:

- Objeto.
- Facultades del tribunal.
- No necesidad de reclamación administrativa previa.
- Prueba.
- Sentencia.
- Recursos.

E) Arrendamientos financieros y ventas a plazos:

- Objeto.
- Formalidades.
- Actos previos a la audiencia.
- Oposición del demandado.

F) Propiedad horizontal:

- Objeto.
- Pretensiones.
- Sentencia y ejecución.

G) Prescripción adquisitiva y deslinde:

- Objeto.
- Pretensiones.
- Requisitos especiales de la demanda.
- Emplazamiento.
- Intervención del Ministerio Público.

H) Tránsito:

- Objeto.
- Requisitos para recurrir.

I) Juicios agrarios:

- Objeto.
- Vía administrativa previa.
- Pretensiones.
- Preferencia.
- Exclusión del amparo.

13. Los procesos no dispositivos.

A) Normas comunes:

- Competencia y procedimiento adecuado.
- Ámbito de aplicación del presente Título.
- Intervención del Ministerio Público.
- Representación y defensa de las partes.
- Indisponibilidad del objeto del proceso.
- Prueba.
- Tramitación.
- Exclusión de la publicidad.
- Acceso de las sentencias a registros públicos.

B) Procesos de incapacitación:

- Competencia.
- Legitimación.
- Personamiento.
- Pruebas y audiencias preceptivas en los procesos sobre capacidad.
- Sentencia.
- Reintegración de la capacidad y modificación del alcance de la incapacitación.
- Medidas cautelares.
- Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico.

C) Procesos sobre filiación, paternidad y maternidad:

- Determinación legal de la filiación por sentencia firme.
- Ejercicio de pretensiones que correspondan al hijo menor o incapacitado y sucesión procesal.
- Legitimación activa y plazos para demandar.
- Legitimación pasiva.
- Exclusión.
- Prueba.
- Medidas cautelares.

D) Procesos de familia:

- Competencia.
- Separación.
- Divorcio.
- Nulidad.
- Medidas provisionales y definitivas.
- Adopción.
- Remoción del cargo de tutor.
- Liquidación del régimen económico.
- Procesos de alimentos.
- Embargo de salarios

14. El proceso monitorio.

- Objeto.
- Documentos y acreditaciones.
- Competencia.
- Demanda.
- Requerimiento de pago.
- Mandamiento de ejecución.
- Trámite.
- Pago del deudor.
- Oposición del deudor.
- Transformación en procedimiento ordinario

15. La tutela sumaria.

- Ámbito.
- Competencia y procedimiento.
- Decisión.
- Efectos.

Casos prácticos

MODULO 3: RECURSOS Y MEDIDAS CAUTELARES (Libros III y V del Código).-

Jueves 22 de junio

16. Los medios de impugnación.

A) Doctrina general:

- Ejercicio del derecho a los recursos.
- Clases de recursos.
- Principio de prohibición de la reforma peyorativa.
- Cómputo de los plazos.
- Postulación.

B) Recurso de reposición:

- Procedencia y fundamentación.
- Interposición.
- Traslado de la interposición.
- Resolución.
- Reposición de resoluciones dictadas oralmente en audiencia.
- Irrecurribilidad.

17. Recursos devolutivos.

- Previa denuncia en la instancia de los vicios procesales.
- Efecto devolutivo. Ámbito del recurso.
- Recursos devolutivos y ejecución provisional.
- Regla general para la interposición del recurso devolutivo.
- Deserción de recurso devolutivo.
- Regla general de fundamentación de los recursos devolutivos.
- Exigencias especiales para la formulación de recurso.

A) Recurso de apelación:

- Finalidad del recurso.
- Competencia.
- Procedencia. Apelación diferida.
- Anuncio.
- Interposición del recurso.
- Documentos que pueden acompañar al escrito de interposición.
- Oposición al recurso. Impugnación de la sentencia. Adhesión a la apelación.

- Prueba en el recurso de apelación.
- Remisión de los autos.
- Ejecución provisional.
- Admisión del recurso.
- Decisión sobre la prueba propuesta.
- Vista.
- Sentencia.
- Alcance de la decisión de apelación.

B) Recurso de casación:

- Fines de la casación.
- Resoluciones recurribles.
- Competencia.
- Causales del recurso.
- Exclusión de la revisión probatoria en casación.
- Preparación del recurso.
- Recurso contra la decisión sobre la preparación.
- Personamiento del recurrente.
- Escrito de interposición del recurso.
- Personamiento de las demás partes.
- Trámite de admisión.
- Resolución sobre la admisión.
- Adhesión e impugnación del recurso.
- Vista, votación y fallo.
- Decisión del recurso.
- Contenido de la decisión. Estimación.
- Contenido de la decisión. Desestimación.
- Notificación y remisión de las actuaciones.

C) Recurso de queja:

- Objeto.
- Competencia.
- Requisitos.
- Tramitación.
- Decisión. Efectos.

18. Cosa juzgada y revisión.

A) Efecto del proceso:

- Fundamento.
- Firmeza.
- Cosa juzgada formal.
- Cosa juzgada material.
 - Límites.

B) Revisión:

- Procedencia

C) Audiencia al rebelde

- Motivos para la audiencia contra la sentencia dictada en rebeldía.
- Competencia.
- Plazo de interposición.
- Demanda de audiencia. Alegaciones de las demás partes.
- Tramitación.
- Decisión. Recursos.
- Eventual suspensión de la ejecución.

19. Las medidas cautelares en general:

- Normas generales, procedencia y requisitos.
- Presupuestos.
- Momento para solicitar las medidas cautelares.
- Medidas cautelares en procesos extranjeros y arbitraje.
- Facultades del tribunal.

20. Las medidas cautelares en particular.

- Clases de medidas cautelares.
- Medidas cautelares específicas.
- Potestad cautelar general.
- Proporcionalidad y adecuación.
- Embargo preventivo.
- Procedencia del embargo preventivo.
- Embargo de inmuebles.
- Embargo de vehículo.
- Embargo de bienes informáticos.
- Embargo de títulos valores.
- Obligaciones del depositario.
- Embargo en forma de retención.
- Embargo de empresas.
- Procedencia del secuestro.
- Intervención y administración judicial.
- Régimen general de la intervención o administración judicial.
- Responsabilidad de la intervención y de la administración.
- Retribución.
- Contenido de la intervención de bienes.
- Obligaciones del interventor.
- Práctica de la intervención.
- Contenido de la medida de administración de bienes.
- Obligaciones del administrador.
- Práctica de la medida de administración de bienes.
- Otras medidas cautelares.
- Prohibición general de disponer.
- Anotación de demanda.
- Prohibición de innovar y de contratar.

21. El procedimiento para la adopción de medidas cautelares

- Requisitos de la solicitud de medidas cautelares.
- Competencia.
- Examen de oficio de la competencia.
- Procedimiento.
- Tramitación.
- Decisión sobre las medidas cautelares.
- Prestación de caución.
- Forma y cuantía de la caución.
- Exención de la prestación de caución.
- Ejecución de la medida cautelar.
- Oposición del demandado.
- Caución para impedir la adopción de la medida cautelar.
- Decisión sobre la oposición.
- Reclamación de daños y perjuicios por el demandado.
- Modificación de las medidas cautelares adoptadas.
- Levantamiento de la medida cautelar.
- Efectos del levantamiento de la medida.
- Caducidad de la medida cautelar.

Casos prácticos

MODULO 4: LA EJECUCIÓN FORZOSA (Libro VI del Código).-

Viernes 23 de junio

22. La ejecución forzosa: Principios, competencia, partes, títulos y disposiciones comunes.

A) Principios:

- Derecho a la ejecución forzosa.
- Principio de completa satisfacción del ejecutante.
- Prescripción.
- Límites de la actividad de ejecución.
- Acumulación de ejecuciones.
- Costas.
- Impulso de oficio.

B) Ejecución de títulos judiciales:

- Competencia y partes.
- Competencia para la ejecución forzosa.
- Examen de oficio de la competencia.
- Partes.
- Ejecución instada por o contra sucesores.
- Ejecución de obligaciones solidarias.
- Intervención de terceros.
- Postulación.

C) Títulos de ejecución:

- Títulos de ejecución.
- Títulos no ejecutables.

D) Títulos de ejecución extranjeros:

- Títulos de ejecución extranjeros.
- Reconocimiento de títulos extranjeros a falta de tratados internacionales.
- Competencia y procedimiento para el reconocimiento.
- Competencia para la ejecución de títulos extranjeros.

E) Procedimiento para la ejecución forzosa:

- Solicitud de ejecución.
- Documentos que deben acompañar a la solicitud.
- Copias simples.
- Admisión de la ejecución.
- Contenido del mandamiento de ejecución.
- Notificación al ejecutado.
- Efectos de la notificación al ejecutado.

F) Oposición a la ejecución de títulos judiciales:

- Oposición a la ejecución. Motivos.
- Oposición por falta de competencia territorial.
- Sustanciación de la oposición. Audiencia.
- Desarrollo de la audiencia cuando se alegaran defectos procesales.
- Desarrollo de la audiencia cuando se articulara oposición de fondo.
- Recursos contra la decisión sobre la oposición.
- Oposición a concretas actuaciones ejecutivas.

G) Suspensión de la ejecución:

- Suspensión de la ejecución. Regla general.
- Suspensión en caso de planteamiento de recurso de revisión.
- Suspensión en caso de audiencia al rebelde.
- Suspensión en caso de prejudicialidad penal.
- Suspensión en caso de situaciones concursales.

H) Ejecución de títulos extrajudiciales

- Procedencia de la ejecución de títulos extrajudiciales.
- Demanda.
- Admisión de la demanda.
- Recursos.
- Requerimiento de pago y embargo.
- Lugar del requerimiento de pago.
- Pago por el ejecutado. Costas.

- Consignación.
- Oposición.
- Falta de oposición.
- Motivos de oposición.
- Examen de oficio de la oposición.
- Contestación del ejecutante.
- Tramitación.
- Audiencia de prueba.
- Sentencia resolviendo la oposición.
- Recursos.
- Eficacia.

23. La ejecución provisional.

- Títulos provisionalmente ejecutables.
- Competencia.
- Solicitud de ejecución provisional.
- Garantías y responsabilidades.
- Admisión de la ejecución provisional. Recursos.
- Oposición a la ejecución provisional.
- Sustanciación de la oposición.
- Decisión sobre la oposición.
- Enervamiento de la ejecución pecuniaria.
- Confirmación de la sentencia provisionalmente ejecutada.
- Revocación total de la sentencia provisionalmente ejecutada.
- Revocación parcial de la sentencia provisionalmente ejecutada

24. La ejecución por cantidad de dinero.

A) Actos previos:

- Ámbito de aplicación.
- Vencimiento de un nuevo plazo de obligación.
- Oposición del ejecutado a la ampliación y resolución.
- Mandato de ejecución.
- Pago por el ejecutado.
- Oposición del acreedor al pago.
- Declaración de bienes.
- Averiguación de bienes.
- Deber de colaboración en la averiguación.
- Ausencia de bienes del ejecutado.

B) El embargo:

- Regla general.
- Efecto del embargo.
- Ejecutor de embargos.
- Extensión y límites del embargo.
- Nulidad del embargo indeterminado.
- Bienes inembargables.

- Embargo de salarios.
- Embargo de bienes inembargables
- Orden de bienes para el embargo.
- Práctica del embargo.
- Embargo de dinero.
- Embargo de cuentas, créditos o retribuciones.
- Embargo de títulos, valores, o instrumentos financieros.
- Embargo de intereses, rentas y frutos.
- Embargo de bienes muebles.
- Embargo de inmuebles.
- Embargo de empresas.
- Ampliación y reducción del embargo.
- Reembargo.

C) Tercería de dominio:

- Procedencia.
- Requisitos de la demanda de tercería de dominio.
- Prohibición de ulteriores tercerías.
- Efectos de la admisión de la tercería de dominio.
- Procedimiento.
- Resolución.

D) Tercería de preferencia:

- Procedencia.
- Requisitos de la demanda de tercería de preferencia.
- Efectos de la admisión de la tercería de preferencia.
- Allanamiento y desistimiento.
- Decisión de la tercería de preferencia.

E) Enajenación y subasta:

- Enajenación inmediata de bienes.
- Tasación de los bienes embargados.
- Enajenación previa de bienes.
- Audiencia para la enajenación de los bienes.
- Riesgo de pérdida o depreciación de los bienes embargados.
- Convenio de enajenación.
- Enajenación por el ejecutado.
- Delegación para la enajenación de los bienes.
- Adjudicación de bienes.
- Entrega de los bienes en administración.
- Convocatoria de subasta.
- Especificaciones en subasta de inmuebles.
- Consignación para participar en la subasta.
- Condiciones de la subasta y requisitos del adjudicatario.
- Desarrollo y terminación de la subasta.
- Pago del precio por el adjudicatario.

- Posturas que ofrezcan pagar a plazos o no alcancen el setenta por ciento del valor del bien.
- Incumplimiento del adjudicatario.
- Adjudicación en pago de los bienes no vendidos o levantamiento del embargo.
- Distribución y pago de la suma debida.
- Normas especiales sobre enajenación de inmuebles.

25. Las ejecuciones de hacer, no hacer y dar cosa determinada.

A) Ejecución de obligaciones de hacer no personalísimo:

- Solicitud y requerimiento.
- Medidas de garantía.
- Incumplimiento de la obligación. Sustitución o indemnización.
- Enajenación por tercero.

B) Ejecución de obligaciones de efectuar declaraciones de voluntad:

- Solicitud y requerimiento.
- Incumplimiento.
- Publicación total o parcial de la sentencia.

C) Ejecución de obligaciones de hacer infungible o personalísimo:

- Solicitud y requerimiento.
- Medidas de garantía.
- Alegaciones del ejecutado.
- Incumplimiento de la obligación. Opción del ejecutante.
- Ejecución por el obligado y apremios.

D) Ejecución de obligaciones de no hacer:

- Solicitud y requerimiento.
- Incumplimiento en caso de posibilidad de deshacer.
- Imposibilidad de deshacer.
- Reiteración del quebrantamiento de la obligación de no hacer.

E) Ejecución de obligaciones de dar cosas:

- Obligación de entrega de cosas genéricas o indeterminadas.
- Obligación de entrega de cosas muebles determinadas.
- Obligación de entrega de inmuebles.
- Entrega de inmuebles ocupados.

F) Liquidación de cantidades:

- Liquidación de daños y perjuicios.
- Liquidación de frutos o rentas.
- Rendición de cuentas

26. Las ejecuciones hipotecarias y prendarias.

- Procedimiento aplicable.
- Presupuestos de la ejecución hipotecaria.
- Presupuestos de la ejecución pignoraticia.
- Fijación y cambio del domicilio.
- Competencia para conocer de la ejecución de bienes hipotecados.
- Competencia para conocer de la ejecución de bienes pignorados.
- Control de la competencia.
- Solicitud de ejecución. Personas demandadas.
- Documentos que deben acompañar a la solicitud.
- Requerimiento de pago.
- Certificación de dominio y cargas.
- Comunicación al titular inscrito y a los acreedores posteriores.
- Motivos de oposición a la ejecución.
- Trámite de la oposición. Decisión.
- Oposición a la ejecución por otros motivos.
- Suspensión de la ejecución.
- Suspensión por tercería de dominio.
- Suspensión por prejudicialidad penal.
- Administración de la finca o bien hipotecado.
- Medidas en relación a los vehículos de motor hipotecados y bienes pignorados.
- Convocatoria de la subasta de bienes hipotecados.
- Enajenación de los bienes pignorados.
- Pago del crédito hipotecario y aplicación del sobrante.
- Ejecución por falta de pago de un plazo del principal o de los intereses.
- Reclamación por el total de lo adeudado en caso de vencimiento parcial.

Casos prácticos

MATERIALES JURISPRUDENCIALES

AC 2005\ 2339

Auto Juzgado de lo Mercantil Vizcaya, Bilbao, núm. 479/2005 (Núm. 1), de 9 diciembre

Jurisdicción: Civil

Proceso en primera instancia.

Ponente: Edmundo Rodríguez Achutegui.

COMPETENCIA TERRITORIAL: CUESTIONES DE COMPETENCIA: planteamiento: declinatoria internacional: improcedencia: pretensión por el demandado, emplazado conforme a las disposiciones del Convenio de La Haya de 1965, de que se aplique una norma procesal española a un litigio seguido ante Tribunal norteamericano: falta de prueba de que el derecho de Estados Unidos permita la aplicación del sistema de declinatoria español a sus procedimientos.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao dictó, en fecha 09-12-2005, Auto **acordando no admitir** la petición de remisión de cuestión de competencia por declinatoria internacional al Tribunal del Condado de Orange en California (Estados Unidos de América).

En Bilbao, nueve de diciembre de dos mil cinco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Por la Procuradora de los Tribunales D^a Maria Mercedes Arrese-Igor Lazkano, en nombre y representación de D. Jose Maria S. B., se presentó el dos de diciembre de dos mil cinco ante el Juzgado Decano de Bilbao, dirigido al Juzgado de 1^a Instancia que por turno correspondiera, petición formulando declinatoria internacional frente al Tribunal Superior del Estado de California, que fundaba en el art. 63.2 de la Ley 1/2000 (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) , de Enjuiciamiento Civil (LECiv).

SEGUNDO Argumentaba en su solicitud que había sido emplazada por el Juzgado Decano de Bilbao a través de la Secretaría General Técnica, Subdirección de Cooperación Internacional del Ministerio de Justicia, el veintitrés de noviembre anterior, en virtud de demanda formulada por Progressive America INC. admitida por el Tribunal Superior del Estado de California, Condado de Orange, Central Justice Center, por contravención de contrato, infracción de la Ley Uniforme de Secretos Comerciales, competencia injusta e interdicción permanente, y que consideraba que dicho demandante había buscado de forma fraudulenta un foro de su conveniencia, puesto que

el contrato que le vinculaba con aquél y su resolución fueron firmados en esta villa de Bilbao, de manera que consideraba que procedía la competencia exclusiva de los Tribunales españoles, y planteaba lo que denominaba cuestión de competencia declinatoria internacional al amparo del art. 63 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) .

TERCERO La petición se turnó el día dos de diciembre al Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Bilbao, que la registró como procedimiento 1212/2005.

CUARTO Dicho Juzgado, en providencia de cinco de diciembre siguiente, considera que por razón de las normas de reparto que rigen en los juzgados de Bilbao correspondía que se turnara a este Juzgado de lo Mercantil, por lo que lo devolvió al decanato con tal finalidad.

QUINTO El Juzgado Decano ha vuelto a repartir el nueve de diciembre el asunto a este Juzgado, en el que ha quedado registrado como procedimiento núm. 793/2005.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO La jurisdicción española y la declinatoria internacional

La pretensión del solicitante es ciertamente peculiar. A pesar de haber sido emplazado, a través del sistema de cooperación que dispone el art. 5 del Convenio relativo a la notificación o traslado en el extranjero de documentos judiciales y extrajudiciales en materia civil o comercial, concluido en La Haya el 15 de noviembre de 1965 (RCL 1987\ 1963 y RCL 1989, 817) , del que los Estados Unidos de América son parte desde el 15 de noviembre de 1965 y España ratifica el 21 de octubre de 1976, pretende que el tribunal del Condado de Orange, en el norteamericano estado de California, que conoce del asunto, decline su competencia para someterla a los tribunales de esta villa de Bilbao, y además lo haga a través del procedimiento que dispone la Ley 1/2000 (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) , de Enjuiciamiento Civil (LECiv), aplicable a los tribunales españoles, y mediante una solicitud que expresa en castellano.

La Constitución Española (RCL 1978\ 2836) (CE) establece en el art. 117.3 que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde a los Jueces y Tribunales determinados por las Leyes «según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan». También prevé el art. 123.1 que el Tribunal Supremo tiene «jurisdicción en toda España», concretando los límites de la jurisdicción española al territorio nacional, sin perjuicio de previsiones específicas sobre qué se tiene por tal en ciertos casos especiales (aeronaves, buques, embajadas, etc.), contenidas en la legislación ordinaria.

La Ley 6/1985, de 1 de julio (RCL 1985\ 1578, 2635) , Orgánica del Poder Judicial (LOPJ) establece en su art. 4 que la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el «territorio español», en la forma establecida en la Constitución (RCL 1978\ 2836) y las Leyes. A su vez el art. 21 LOPJ dispone que los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles, entre extranjeros y españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que

España sea parte.

Por otro lado el art. 3 de la LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) indica que con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas. Por último el art. 36.1 LECiv dispone que la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la LOPJ (RCL 1985\ 1578, 2635) y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

En definitiva, si el proceso se sigue en España, las normas aplicables serán las del ordenamiento jurídico español. Por lo tanto si se sustancia un procedimiento civil o mercantil con arreglo a tal normativa, la norma procesal de aplicación será la LECiv, con sus previsiones específicas.

Es posible, por supuesto, que un litigante pretenda que la jurisdicción española no es competente, porque considere que corresponde a un tribunal extranjero la resolución del litigio. En tal caso puede el demandado, sin ninguna duda, plantear cuestión de competencia declinatoria internacional. El actor demandante no podrá verificarlo porque al instar la demanda en España se está sometiendo tácitamente a la jurisdicción española (Fundamento Jurídico -FJ- 3º de la Sentencia del Tribunal Supremo -STS- de 10 de noviembre de 1993 [RJ 1993\ 8980]), como prevé el art. 56 de la LECiv (LEG 1881\ 1) para los supuestos de competencia objetiva en su vertiente territorial. Pero podrá aceptar la declinatoria que le plantee el demandado.

Como se decía, un demandado en un proceso instado en España, ante los tribunales españoles, sometido a la legislación procesal española, puede oponer declinatoria internacional conforme al art. 63.1 LECiv, que dispone que «mediante la declinatoria, el demandado y los que puedan ser parte legítima en el juicio promovido podrán denunciar la falta de jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, a órganos de otro orden jurisdiccional o a árbitros».

Nuestro ordenamiento jurídico permite que si el procedimiento se sustancia en España, sometido al ordenamiento jurídico español, pueda solicitarse que se decline su conocimiento en favor de la jurisdicción de otro país. Para eso está diseñada la cuestión de competencia declinatoria internacional en la Ley 1/2000 (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) , de Enjuiciamiento Civil y lo ha admitido, con la regulación procesal vigente, la Sentencia de la Audiencia Provincial -SAP- Ourense de 9 de junio de 2003 (PROV 2003\ 178058) .

Este sistema, sin embargo, parte de un presupuesto que no concurre en este caso. Es la previa sumisión a nuestro ordenamiento jurídico, y en consecuencia a la LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) , del demandante, que plantea ante la jurisdicción española, y no en otra cualquiera, su pretensión. Para que pueda aplicarse la LECiv habrá que estar a la previa existencia de un procedimiento seguido ante los tribunales españoles, o ante un convenio internacional en que se regule como proceder.

Lo que el solicitante reclama es algo completamente diferente. En este caso existe en tramitación un procedimiento judicial que se sigue en el estado de California, se ha emplazado conforme al Convenio de La Haya (RCL 1987\ 1963 y RCL 1989, 817) al demandado para que acuda ante el mismo en treinta días, y como tiene su domicilio en

Bilbao comparece ante los juzgados bilbaínos y pretende que se aplique nuestra Ley de Enjuiciamiento (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) a un procedimiento extranjero, pues se acoge al art. 63.2 LECiv para oponer una cuestión de competencia declinatoria internacional al tribunal norteamericano. Hay que analizar, en consecuencia, si tal pretensión es admisible.

SEGUNDO Sobre la pretendida aplicación de la ley española a un procedimiento judicial en el Estado de California (USA)

Los hechos son claros y con fundamento en los mismos ha de resolverse. Un litigante extranjero, Progressive America INC. formula una demanda admitida por el Tribunal Superior del Estado de California, Condado de Orange, Central Justice Center, por contravención de contrato, infracción de la Ley Uniforme de Secretos Comerciales, competencia injusta e interdicción permanente, que dirige entre otros frente a D. Jose Maria S. B., vecino de Bilbao que fue emplazado conforme a las disposiciones del Convenio de La Haya (RCL 1987\ 1963 y RCL 1989, 817) para que comparezca ante tal tribunal a defender su derecho, en su caso, en el término de treinta días.

Acude entonces a los Juzgados de Bilbao, sometidos a la jurisdicción española, y presenta escrito que ampara en el art. 63.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) , pretendiendo que se remita al citado tribunal californiano, en el que interpone en idioma castellano cuestión de competencia declinatoria internacional, al considerar que se comete un fraude de Ley por el demandante ya que el contrato fue suscrito en Bilbao, se resuelve en Bilbao, afecta a un ciudadano con residencia en esta villa y surte sus efectos en España.

Con independencia de la cuestión de fondo, en la que no puede entrarse por carecerse de jurisdicción, e incluso apartando la circunstancia de que la demanda no esté traducida al idioma oficial en California, ha de analizarse la petición del solicitante, que pretende la aplicación del art. 63.2 de la LECiv española. Dicho precepto autoriza a presentar cuestión de competencia declinatoria bien ante el tribunal que conoce del asunto, bien ante el del domicilio del demandado, que inmediatamente ha de hacerla llegar por el medio de comunicación más rápido posible al tribunal ante el que se ha presentado la demanda, sin perjuicio de remitirla por oficio al día siguiente de su presentación.

El precepto puede aplicarse, sin ninguna duda, cuando el tribunal que conoce del asunto es un tribunal español. Precisamente en dicho supuesto descansa la regulación de la declinatoria y la propia LECiv. En el anterior fundamento jurídico se ha resaltado que precisamente es ése el requisito para que pueda ser aplicable la norma adjetiva. Pero no es admisible que se pretenda la aplicación de una norma procesal española a un litigio que se sigue en un órgano no sometido a esta jurisdicción nacional y que por lo tanto no se debe a la norma procesal española.

El principio «lex fori regit procesum» tiene acogida en nuestro ordenamiento en el art. 8.2 del Código Civil (LEG 1889\ 27) (CC), en el que se proclama que las Leyes procesales españolas serán las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancien en territorio español. Supone que las normas procesales están sometidas al principio de territorialidad, de manera que las del estado de California serán de aplicación a los procesos que allí se sigan y las españolas, entre las que se encuentra la LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) , en España.

Es más, nuestros tribunales vienen sosteniendo reiteradamente que cuando se inician

procedimientos en el extranjero hay que estar a las normas procesales que los regulan para determinar la validez de las actuaciones. Así lo han recogido diversas resoluciones en materia de emplazamiento, considerando que debe atenderse a la legislación del país donde se litiga, no las propias de nuestro ordenamiento jurídico procesal (Auto Audiencia Provincial -AAP- de Alicante de 23 de abril 1999 [AC 1999\ 799]), incluso aunque no sean admitidas por el ordenamiento jurídico español (AAP Alicante de 1 de marzo de 2002 [AC 2002\ 779]).

No existe fundamento alguno para la pretensión planteada porque la regulación de la LOPJ (RCL 1985\ 1578, 2635) o LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) , antes citada, no autoriza a extender la jurisdicción española a tribunales extranjeros, ni existe o cita el interesado convenio o tratado internacional que justifique semejante pretensión. Tampoco ha probado, como admite el art. 281.2 de la LECiv, que el derecho norteamericano permita la aplicación del sistema de declinatoria español a sus procedimientos.

No hay convenio entre el Reino de España y los Estados Unidos de América que regule el planteamiento de cuestiones de competencia entre tribunales. Lo hay, de carácter multilateral, para la obtención de pruebas en el extranjero en materia civil o mercantil (Convenio de 18 de marzo de 1970 [RCL 1987\ 1964] , ratificado por instrumento de 4 de mayo de 1987), para extradición (Tratado de 12 de marzo de 1996 [RCL 1999\ 1821]), o para la asistencia jurídica mutua en materia penal (Tratado de 20 de noviembre de 1990 [RCL 1993\ 1841, 2189]).

Si no hay tal acuerdo internacional no puede pretenderse la aplicación de una norma procesal, nuestra LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) , a un procedimiento extranjero. El Tribunal del Condado de Orange, en California, puede conocer de la pretensión de que se decline el conocimiento y se reserve a los tribunales españoles. Pero habrá de plantearse tal solicitud ante el mismo, conforme a su regulación legal, en el idioma oficial en tal estado, y no ante los tribunales españoles.

Podrá hacerse tal solicitud si el tribunal que conoce la demanda es español, pero no en caso contrario, porque se superarían los límites de la jurisdicción que se derivan de los arts. 4 de la LOPJ (RCL 1985\ 1578, 2635) , el territorio español, el art. 21 de la misma norma, al no ser de aplicación ni LOPJ ni tratado o convenio internacional, y en los arts. 3 y 36 de la LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) .

Todo ello determina la inadmisión de la solicitud planteada, sin perjuicio de que utilice su derecho ante el tribunal que le ha requerido en la forma que disponga la Ley procesal que sea de aplicación.

TERCERO Costas

Por la naturaleza de la solicitud no hay razón para su imposición.

PARTE DISPOSITIVA

1º Acuerdo no admitir la petición de remisión de cuestión de competencia por declinatoria internacional al Tribunal del Condado de Orange en California (Estados Unidos de

América) formulada por la Procuradora de los Tribunales D^a Maria Mercedes Arrese-Igor Lazkano, en nombre y representación de D. Jose Maria S. B.

2º No se hace imposición de costas.

MODO DE IMPUGNACIÓN: mediante recurso de **REPOSICIÓN** ante este juzgado, no obstante lo cual se llevará a efecto lo acordado.

El recurso deberá interponerse por escrito en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles contados desde el día siguiente de la notificación, con expresión de la infracción cometida a juicio del recurrente, sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículos 451 y 452 de la LECiv [RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892]).

Lo acuerda, manda y firma SS^a. Doy fe.

2

JUR 2006\ 110289

Sentencia Audiencia Provincial Asturias núm. 93/2006 (Sección 5ª), de 13 marzo

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 108/2006.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Luis Casero Alonso.

LEGITIMACIÓN: ACTIVA: improcedencia: culpa extracontractual: accidente de circulación: daños materiales: falta de acreditación de titularidad del vehículo por demandante: la alegación de haber pagado la factura de reparación es introducida con posterioridad a la demanda: modificación de la «causa petendi»

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00093/2006

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000108 /2006

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA MARÍA JOSÉ PUEYO MATEO

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a trece de Marzo de dos mil seis.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Procedimiento Ordinario nº 286/05, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo, Rollo de Apelación nº 108/06, entre partes, como apelante y demandante DON Fernando y, como apelados y demandados DON Cornelio, MAPFRE, MUTUALIDAD DE SEGUROS Y REASEGUROS A PRIMA FIJA y CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 2 de diciembre de 2005, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: QUE DESESTIMANDO INTEGRAMENTE la demanda interpuesta en su día por la Procuradora Sra. Alonso Ruíz DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a DON Cornelio y MAPFRE MUTUALIDAD DE SEGUROS de todas las pretensiones formuladas contra los mismos en este procedimiento; y DEBO CONDENAR Y CONDENAR a don Fernando a pagar las COSTAS de este proceso.

Asimismo, se tiene por DESISTIDA a la parte demandante de la prosecución del presente procedimiento respecto del CONSORCIO DE COMPENSACION DE SEGUROS, imponiéndole al actor las costas causadas."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpuso recurso de apelación por Don Fernando, y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr./a. DON/DOÑA JOSÉ LUIS CASERO ALONSO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Por la representación de Don Fernando se accionó frente a Don Cornelio, la entidad Mapfre y el Consorcio de Compensación de Seguros, en su calidad de propietario del vehículo Peugeot U-....-TJ y ocupante del mismo, en reclamación de la suma de 7.077,51 euros correspondiente a los daños materiales sufridos por la máquina y los personales de él como conductor, al haber colisionado el 17-2-2002 contra un muro cuando circulaba por la localidad de Pola de Lena, como consecuencia de la maniobra evasiva que se vio obligado a realizar por causa de otra sorpresiva e imprudente de giro

a la izquierda del vehículo propiedad de la persona física demandada, el E-....-KB, conducido por Doña María Consuelo.

Los demandados, propietario y entidad aseguradora privada del vehículo tanto opusieron la falta de legitimación del accionante, por no ser, como se dice, propietario del vehículo, como porque el siniestro fue debido a culpa exclusiva del mismo. Y por el Consorcio se opuso su falta de legitimación al hallarse el vehículo asegurado, a la fecha del siniestro, por la otra entidad aseguradora demandada.

En el acto de la audiencia previa desistió el accionante respecto del Consorcio, quien se opuso únicamente en cuanto interesó la imposición de las costas al actor y ya, después de practicado el juicio, en la sentencia el juzgador “a quo” rechaza la demanda, absolviendo a los demandados y con imposición de costas al actor al apreciar la falta de legitimación del accionante, por ser a él atribuible el siniestro y no venir acreditado haberse hecho de su cargo la reparación del vehículo.

El actor, disconforme, recurre arguyendo tanto su legitimación como la culpa del adverso, reprochando a la recurrida una defectuosa valoración de la prueba, como también rechaza la imposición de las costas del Consorcio de Compensación a causa de su desistimiento.

El recurso es del todo rechazable por lo que sigue.

SEGUNDO.- Dos son las razones de fondo en que se asienta la sentencia recurrida para rechazar la demanda, las dos afectantes a la legitimación del actor. Una es que, acreditado que el vehículo no era propiedad suya sino de su madre, como así lo declaró ésta, por el contrario no lo fue que él costeó la reparación del vehículo; la otra tiene que ver con la dinámica del siniestro, que atribuyó a la conducción imprudente del propio perjudicado, razones que, si respecto de la primera sólo nos cabe matizar que en cuanto el recurrente accionó por los daños del vehículo, en su condición de propietario del mismo, bastaba la demostración de que no era, sí para rechazar su legitimación en cuanto que tal elemento de la aludida titularidad integraba la causa petendi de la pretensión ejercitada, constituyendo verdadera mutación de la demanda, vedada por el art. 412 de la LEC, la fundamentación posterior de la legitimación en razón de título real o negocial distinto, como sería en el caso el pago por tercero (art. 1.158 CC); en cuanto a la segunda, la mecánica del siniestro, no podemos sino dar nuestra conformidad al parecer del tribunal de la instancia, pues sin necesidad de llegar a concretar si fue el exceso de velocidad o, sin más, la conducción imprudente del accionante la que fue causa del evento final lesivo, sí que lo segundo es lo que resulta de lo actuado, en cuanto que la conductora del otro vehículo afirma circular normalmente, maniobrando a la izquierda cuando el vehículo del actor aparece para interrumpir su marcha, y sus declaraciones son ratificadas en juicio por su hermana que presencié el hecho, al contrario que el testigo Sr. Benedicto, propuesto como testigo por el accionante, que no compareció al acto a declarar y ratificar como auténtico el documento que se dice por él suscrito acompañado con la demanda, quedando privado el tribunal de la posibilidad de mejor valorar su testimonio y sin que, a todo esto, sea dable otorgar tanta trascendencia como el recurrente da a la contradicción entre los testigos y hermanas, Doña María Consuelo y Doña Victoria, sobre si la segunda, producido el siniestro, bajó o no a la calle, como para privar de fiabilidad sus declaraciones, cuanto más que por el propio actor al declarar se explicó la maniobra del vehículo E-....-KB describiéndola como de apertura inicial a la derecha de la vía para girar a la izquierda y aparcar es decir correcta, nada sorprendente y, por ende, perfectamente percibida y comprendida por el accionante, lo

que hace aún más patente su culpa.

Y si esto es así, llano es que decae todo alegato sobre la inversión de la carga de la prueba y la presunción de culpa del otro, pues resplandece como causa única de los daños personales y materiales reclamados la exclusiva de la víctima.

TERCERO.- Por último, y en cuanto a las costas derivadas del desistimiento respecto de la acción ejercitada frente al Consorcio de Compensación de Seguros, afirma el recurrente que fue preciso dirigir la acción frente a aquella y la entidad Mapfre por la actuación preprocesal de éstos que no precisaron los motivos por los que rehusaron el siniestro, futil argumento para explicar la llamada del primero cuando el 2-04-02 ya contestó éste al actor que el vehículo causante del siniestro estaba asegurado y por ello no debía hacerse cargo del siniestro (documento nº 7 de la demanda) y el artículo 27 del Reglamento sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos de Motor aprobado por R.D. 7/2001 de 12 de Enero y hoy los artículos 24 y 25 del Texto Refundido de la L.R.C.S.C.V.M. aprobado por R.D. Legislativo 8/2004 de 29 de Octubre permitían al accionante llegar a conocer cuál era la entidad aseguradora del vehículo.

Aún más, en cuanto que, como explica el propio escrito de recurso, el desistimiento frente al Consorcio se produjo tan pronto como la otra entidad aseguradora demandada Mapfre reconoció el aseguramiento, más que un acto de tal carácter constituía uno propio de renuncia en cuanto subyacía a la petición la convicción de que nada tenía que reclamar de aquel demandado, acto que en cuanto que conlleva un pronunciamiento absolutorio (artículo 20 LEC) determina, de acuerdo con la regla del vencimiento del artículo 394 de la LEC, la imposición de las costas al actor y que, incluso, partiendo del propio nomen dado por el actor a su petición, también habrían de ser de su cuenta en cuanto que el Consorcio no consintió, interesando la imposición de las costas y que éste es el resultado que procede cuando el demandado no consiente, pues con ser que el artículo 396 de la LEC, basado en la concurrencia o no del presupuesto de bilateralidad a que el artículo 20.2 y 3 LEC se refiere, no contempla específicamente el supuesto de desistimiento bilateral incontestado, se manifiesta éste más cercano al caso del desistimiento unilateral, en que las costas son de quien desiste, que al desistimiento consentido, en que no procede expreso pronunciamiento en cuanto basado este último en la eficacia negocial y de la autonomía de la voluntad, que en combinación con el principio dispositiva y la concurrencia de concorde voluntades, decide el sobreseimiento del proceso, frente, por el contrario, al que se ha dado en identificar como criterio de la causalidad que preside, en el caso de desistimiento unilateral, la imposición de las costas.

Por todo ello se desestima el recurso, con imposición de las costas a la parte recurrente.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por Don Fernando contra la sentencia dictada en fecha dos de diciembre de dos mil cinco por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Oviedo, en los autos de los que el presente rollo dimana, CONFIRMANDO en todos sus pronunciamientos la sentencia recurrida, con

imposición a la parte apelante de las costas causadas en la presente alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.

3

JUR 2006\ 131718

Auto Audiencia Provincial Zaragoza núm. 200/2006 (Sección 5ª), de 5 abril

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 82/2006.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

PROCESO CIVIL (LECiv/2000): PLURALIDAD DE PARTES: intervención procesal: intervención adhesiva: procedencia: proceso de incapacitación en el que se acuerda previa petición de la tutora por auxilio judicial el abandono por el hijo de la incapacitada de la vivienda en la que tiene su domicilio junto a ella: derecho de dicha persona a comparecer en el proceso en el que se ha adoptado dicha medida.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

ZARAGOZA

AUTO: 00200/2006

A U T O núm. 200/2006

Ilmos. Señores:

Presidente:

D. PEDRO ANTONIO PÉREZ GARCÍA

Magistrados:

D. JAVIER SEOANE PRADO

D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER

En ZARAGOZA, a cinco de abril de dos mil seis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA se sigue en grado de apelación, los Autos de INCAPACITACIÓN 169/2002, procedentes del JUZGADO PRIMERA INSTANCIA N. 7 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el ROLLO DE APELACIÓN núm. 82/2006, en los que aparece como parte apelante-demandante D. Arturo representado por la procuradora D^a NATIVIDAD-ISABEL BONILLA PARICIO, y asistido por la Letrado D^a MARIA DEL PILAR SIERRA BRUNA; como apelado-demandante MINISTERIO FISCAL; y como apelado-demandada D^a María Esther, representada por la procuradora D^a ANA ELISA LASHERAS MENDO, y asistida por el Letrado D. JOSÉ MIGUEL REVILLO PINILLA; y en fecha 28 de noviembre de 2005 se dictó AUTO, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: “Por todo ello, SS^a acuerda desestimar la pretensión de Don Arturo”.

SEGUNDO.- Notificado dicho Auto a las partes, por la representación procesal de D. Arturo se interpuso contra el mismo recurso de apelación; y dándose traslado a la parte contraria se opuso al mismo; remitiéndose las actuaciones a esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial, previo emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidos los Autos y una vez personadas las partes, se formó el correspondiente Rollo de Apelación con el número ya indicado; y no considerando necesaria la celebración de vista, se señaló para deliberación, votación y fallo el día 27 de marzo de 2006.

CUARTO.- En la tramitación de estos Autos se han observado las prescripciones legales oportunas; siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JAVIER SEOANE PRADO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución y;

PRIMERO.- Se trata del recurso de apelación formulado contra el auto de 28-11-2005 por el que la juzgadora de primer grado deniega la personación del recurrente, D. Arturo, después de haber acordado por el anterior auto de 8-11-2005 que se le requiriera, a instancia de su hermana, D^a Maribel, nombrada tutora de la madre de ambos en el procedimiento del que trae causa el presente rollo, para que abandonara el domicilio que comparte con su progenitora.

El fundamento de la pretensión de personación se halla en el art. 13 LEC 2000, y en propio auto por el que se acuerda requerir al recurrente para que abandone la vivienda en la que tiene su domicilio, por la sola razón de que pertenece a su madre, y su hermana, ejerciendo su función tutelar, decide solicitar el auxilio judicial en tales funciones al amparo del art. 268 CC a fin de lograr que su hermano abandone el domicilio, por lo que también se invoca el derecho a la tutela judicial efectiva que a todos garantiza el art. 24 CE.

Por su parte, las razones que expresa el auto recurrido para negar la personación de D. Arturo, son que se trata de un proceso con sentencia firme -la de incapacitación y nombramiento de tutora D^a María Esther-, en el que se halla ya determinada la legitimación activa y pasiva y que el interés que alega el recurrente es personal suyo que nada tiene que ver con el objeto del juicio de incapacitación, ni a las actuales actuaciones derivadas de la declaración de tal estado.

SEGUNDO.- Esta Sala no puede compartir los razonamientos que expresa el auto recurrido.

Ciertamente, la legitimación en los procesos de incapacitación se halla expresamente regulada con carácter restrictivo en el art. 757 LEC 2000, ahora bien, ello no puede servir de impedimento para que aquél contra el que se ha tomado una decisión en el proceso sin ser parte él deba ser oído en proceso en cuanto se refiera a aquella decisión, pues tiene respecto de ella un interés principal, y a tal efecto es de recordar cómo el art. 13 LEC reconoce tal derecho a todo el que tenga un interés directo y legítimo en el pleito, y el art. 24 CE reconoce a todos el derecho a la tutela judicial efectiva sin que en ningún caso pueda producirse indefensión.

En el presente caso, como queda dicho, fue adoptada la decisión de requerir al recurrente de abandono de la vivienda que ocupaba en las actuaciones subsiguientes a la declaración de incapacidad y discernimiento de la tutela, y ello tan solo previa petición de la tutora y con el informe contrario del Ministerio Fiscal.

Así las cosas, no puede ser negado al recurrente el derecho a comparecer en el proceso en que ha sido acordada contra él una medida de la gravedad como la que se deja expresada, por lo que procede la estimación del recurso interpuesto.

TERCERO.- Las costas de esta alzada se rigen por el art. 398 LEC 2000.

V I S T O S

los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

LA SALA HA DECIDIDO estimar el recurso de apelación formulado contra el auto de fecha 28-11-2005 que revocamos, y dando lugar a la pretensión deducida por el recurrente en escrito de 15-11- 2005, tenemos al mismo por parte en los autos en todo lo que se refiere a la medida adoptada en el auto de 8-11-2006 bajo la representación que encabeza dicho escrito, y en consecuencia acordamos que se le vista de todo lo actuado en relación a dicha medida.

No hacemos imposición de las costas de esta alzada

Remítanse las actuaciones al Juzgado de Procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

Así, por este nuestro Auto del que se unirá testimonio al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

JUR 2006\ 6015

Auto Audiencia Provincial La Coruña núm. 120/2005 (Sección 4ª), de 21 octubre

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 958/2005.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Carlos Fuentes Candelas.

ACUMULACION DE ACCIONES: estimación: acción de reclamación del precio de la compraventa, y excepción de incumplimiento de las obras y el consecuente saldo reclamado: conexidad suficiente entre ambos procesos.

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

LA CORUÑA/A CORUÑA

SENTENCIA: 00120/2005

BETANZOS 1

Rollo: RECURSO DE APELACION 0000958 /2005

VTA.:19.10.05

FECHA DE REPARTO: 27.5.05

AUTO

Nº 120/05

AUDIENCIA PROVINCIAL

Sección Cuarta

Ilmos. Sres. Magistrados:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

CARLOS FUENTES CANDELAS

DÁMASO BRAÑAS SANTAMARIA

En A CORUÑA, a veintiuno de Octubre de dos mil cinco.

Vistos por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial, integrada por los señores que al

margen se relacionan los presentes autos de Juicio ORDINARIO N° 380/04, sustanciado en el JUZGADO 1ª INSTANCIA N° 1 DE BETANZOS, y que ante la Audiencia Provincial pendían en grado de apelación, seguidos entre partes de una como DEMANDANTE-APELADO GESPYME, S. L., representada en 1ª instancia por la Procuradora SRA. SÁNCHEZ PRESEDO y en esta alzada por la SRA. PÉREZ- CEPEDA VILA y dirigida por el Letrado SR. FERNÁNDEZ-MONTELLS Y FERNÁNDEZ y de otra como DEMANDADA-APELANTE INMOBILIARIA NOSTER BETANZOS, S. L., representada en 1ª instancia por el Procurador SR. LÓPEZ SÁNCHEZ y en esta alzada por la Procuradora SRA. GÓMEZ CORTÉS y dirigida por el Letrado SR. PLACER GARCÍA; versando los autos sobre APELACIÓN C/AUTO DE 25.1.05 (NO HABER LUGAR A LA ACUMULACIÓN DE AUTOS SEGUIDOS EN EL N° 3 DE BETANZOS).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por el JUZGADO 1ª INSTANCIA N° 1 DE BETANZOS, con fecha 25.1.05. SU PARTE DISPOSITIVA LITERALMENTE DICE: NO HA LUGAR A LA ACUMULACION a los presentes autos de los seguidos en el Juzgado de igual clase de número Tres de Betanzos a instancia de INMOBILIARIA NOSTER BETANZOS, S. L., contra GESPYME, S. L., dejándose sin efecto la suspensión del curso de los autos en su día decretada, con imposición de las costas a promovente del incidente.

Contra esta resolución cabe interponer recurso de apelación, para ante la Ilma. Audiencia Provincial de A Coruña, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución.

Se deja sin efecto el señalamiento de la audiencia previa para el día veintiuno de Julio del corriente año, y se señala para su celebración el día VEINTICUATRO DEL PROXIMO MES DE FEBRERO, A LAS 11,30 HORAS, con las prevenciones a que hace referencia la providencia de treinta del pasado mes de diciembre, dictada en este procedimiento.

Contra esta resolución cabe recurso de apelación en un solo efecto que se interpondrá por escrito ante este Juzgado en término de quinto día”.

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por INMOBILIARIA NOSTER BETANZOS, S. L., se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que le fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a Ponencia para resolución.

TERCERO.- Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DON CARLOS FUENTES CANDELAS.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

- No se aceptan los Razonamientos Jurídicos del auto apelado, y:

PRIMERO.- Se recurre en apelación en auto del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Betanzos denegando la acumulación de autos pedida por la demandada-apelante. La decisión judicial se basó en no concurrir los requisitos señalados en los artículos 74 y siguientes LEC, y ser la causa de pedir y la cuestión de fondo a debatir totalmente independientes.

SEGUNDO.- De un primer análisis podría llegarse a conclusión del auto apelado, siendo así que se trata de dos procesos ordinarios seguidos en diferentes Juzgados con diversos demandantes, aunque contra la misma demandada, por hechos y negocios o relaciones jurídicas y peticiones distintas. En el primero de ellos (nº 380/2004 del Juzgado nº 1) la parte demandante pretende obtener una declaración judicial firme a su favor del dominio sobre un local y la elevación a público del documento privado de compraventa. En el segundo (nº 359/2004 del Juzgado nº 3), otra sociedad demandante reclama a la misma demandada con base en una relación o contrato de ejecución de obras el importe del saldo pendiente de pago por las obras realizadas por aquélla, en cuantía de más de 19.000 euros, a cuyo saldo se llegaría, según la parte actora, deduciendo del importe total de las obras facturadas el de los pagos parciales realizados, así como de la cesión de una cuantía de unos 27.000 euros de aquél total que habría sido aplicado como parte del precio de la compraventa debatida en el primer proceso (380/2004). Entonces, lo que tiene en común con la primera demanda es, fundamentalmente, que ésta coincide en tomar ese hecho como tercer pago del precio de la compraventa cubriendo así el precio total pactado. Pues bien, la demandada impugna en ambos procesos esa tesis con sus consecuencias prácticas frente a las respectivas demandas, básicamente para oponer en el primero de ellos la excepción de incumplimiento de esa parte del precio de la compraventa y para contradecir en el segundo el total de las obras y el consecuente saldo reclamado. Al margen de otros aspectos y del resultado de los litigios, cosa que desconocemos y no podemos considerar a los efectos de la acumulación de autos, sí es de apreciar una conexidad suficiente entre ambos, siendo así que, cabría la hipótesis de un pronunciamiento judicial en el primer proceso que niegue el pretendido tercer pago (por compensación o por lo que sea) o su validez o eficacia, y a la vez pueda llegarse en el otro litigio a la conclusión contradictoria o distinta de que efectivamente era una cuantía debida a la contratista ROMAY S.L. y que ésta la cedió a GESPYME S.L. y fue aplicada al pago de parte del precio de la compraventa, con sus consecuencias prácticas en ambas sentencias en relación a lo pedido.

TERCERO.- Presupuesto lo que acabamos de decir, nuestra conclusión es que procede la acumulación de ambos procesos porque tiene encaje en el caso 2º del artículo 76 LEC al darse entre los objetos de los procesos “tal conexión que, de seguirse por separado, pudieren dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes”.

CUARTO.- Dado el tipo de materia y cuestión tratada, y las circunstancias del caso, así como los distintos puntos de vista de que la cuestión era susceptible de ser analizada y resuelta, según se desprende de lo expuesto hasta aquí, es por lo que no procede hacer mención especial de las costas en ambas instancias.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación:

PARTE DISPOSITIVA

Estimamos el recurso de apelación contra el auto apelado de 25/1/2005, el cual revocamos, acordando en su lugar HABER LUGAR A LA ACUMULACIÓN al Juicio Ordinario nº 380/2004 del Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Betanzos del Juicio Ordinario nº 359/2004 del Juzgado nº 3 de la misma localidad, debiendo de proceder los Juzgados en concordancia con tal resolución, todo ello sin mención de las costas en ambas instancias.

Así por este nuestro auto, del que se llevará al Rollo un testimonio uniéndose el original al Libro correspondiente, lo pronunciamos, mandamos y firmamos en el lugar y fecha arriba indicados.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

5

JUR 2005\ 107815

Auto Audiencia Provincial Madrid núm. 57/2005 (Sección 14ª), de 17 marzo

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 740/2004.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Pablo Quecedo Aracil.

LEGITIMACION ACTIVA: cuestión de fondo cuyo examen es previo e inmediatamente anterior a la decisión final: no puede ser considerada una excepción dilatoria que deba ser resuelta en la audiencia preliminar ni provocar el sobreseimiento de los autos: adelanta y prejuzga en fase temprana una cuestión que pertenece al fondo.

La Audiencia Provincial de Madrid **declara haber lugar** al recurso de apelación interpuesto contra el Auto de fecha 23-03-2004 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 58 de Madrid, revocándolo en el sentido expuesto en los fundamentos jurídicos de la presente Resolución.

En Madrid, a diecisiete de marzo de dos mil cinco.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 14 de la Audiencia Provincial de Madrid,

los Autos de Procedimiento Ordinario 946 /2003, procedentes del Jdo. Primera Instancia Núm. 58 de Madrid, a los que ha correspondido el Rollo 740 /2004, en los que aparece como parte apelante D. Lucas representado por el procurador D. Ignacio Argos LinareS, y como apelados D. Pedro Jesús, y D. Julián, este último, formuló oposición al recurso en base al escrito que a tal efecto presentó, representado por el procurador D^a Amparo Laura Diez Espi, sobre Comunidad de derechos sobre el uso y disfrute de inmueble, y siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. Pablo Quecedo Aracil.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Por el Juzgado de 1^a Instancia núm. 58 de Madrid, en fecha 23 de marzo de 2004 se dictó auto, cuya parte dispositiva es de tenor literal siguiente: «Que estimando falta de legitimación activa de carácter insubsanable en el demandante para el ejercicio de la acción objeto del presente proceso acuerdo poner fin al mismo. Todo ello con expresa imposición de las costas a la parte actora».

SEGUNDO Notificada la mencionada resolución, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la parte D. Lucas al que se opuso la parte apelada D. Julián, y tras dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 457 y siguientes de la LECiv, (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) , se remitieron las actuaciones a esta sección, sustanciándose el recurso por sus trámites legales.

TERCERO Por Providencia de esta Sección, se acordó para deliberación, votación y fallo el día 10 de marzo de 2005.

CUARTO En la tramitación del presente procedimiento han sido observadas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

No se aceptan los fundamentos jurídicos del auto apelado.

PRIMERO El recurrente se alza contra el auto de instancia oponiendo los motivos siguientes.

I.- Por infracción de los arts 1548 y 1713 CC (LEG 1889\ 27) al calificar el Juez de Instancia que la resolución del contrato de arrendamiento de vivienda de 8-6-1974 es un acto de administración.

II.- Porque la negación de legitimación ad processum que hace el auto apelado infringe el contenido del art. 392 C. C. así como la doctrina jurisprudencial que sistemáticamente otorga legitimación al comunero para ejercitar acciones en beneficio de la comunidad.

III.- Por Infracción del art. 21 LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) al no tomar en consideración el escrito de allanamiento presentado por el administrador Judicial D. Pedro Jesús.

IV.- Por la inexistencia de acreditación alguna del manifiesto enfrentamiento entre el demandante y la tutora D.ª María del Pilar, y la falta de constancia de oposición alguna a la acción ejercitada por el apelante en beneficio de la comunidad.

SEGUNDO Antes de seguir adelante debemos centrar el objeto del recurso en función del momento procesal en que se ha decidido la excepción de falta de legitimación activa opuesta por el demandado. Nuestra decisión se limitara a decidir si la excepción de falta de legitimación puede estimarse en la audiencia preliminar -fase intermedia- con la consecuencia del sobreseimiento de la actuaciones, o el proceso debe seguir adelante y decidir la legitimación en el fondo del asunto, sin que en este momento podamos ni debemos resolver problemas que atañen al fondo, ni sobre la calificación del arrendamiento como acto de administración o de disposición; en fase tan temprana no podemos hacer calificaciones ni afirmaciones que puedan prejuzgar el asunto.

Los motivos expuestos serán tratados conjuntamente en cuanto todos están en la orbita de la legitimación, siendo sus formulaciones individuales aspectos parciales de una misma realidad.

En la contestación a la demanda se oponía la «excepción de de falta de legitimación activa o falta de personalidad del demandante, por no ostentar derecho actual alguno sobre la nuda propiedad de de la mitad indivisa del edificio sito en la C/ DIRECCION000 núm. NUM000 de Madrid, usufructuado por la incapaz Dª María del Pilar, careciendo por tanto de legitimación activa para irrogarse la administración de los bienes e interponer la demanda que ha dado origen a este procedimiento».

Se fundaba en que según tiene declarada la Sección 20 de esta Audiencia en sentencia de 29-12-2000, el actor no tiene legitimación porque no está definido aún quién es el nudo propietario de la parte que actualmente usufructúa la incapaz Dª. María del Pilar.

Por su parte, el auto recurrido se hacia eco solo de la falta de legitimación activa insubsanable por la existencia de un administrador nombrado para la gestión del usufructo, único que tendría el derecho deber de actuar en beneficio del incapaz. En esas condiciones, el Juez de Instancia mantiene que la presencia de ese administrador invalida al actor como legitimado para seguir adelante con la acción.

TERCERO Lo primero que tenemos que examinar es la forma en que se ha opuesto la excepción; no es posible confundir la capacidad con la legitimación, al ser conceptos radicalmente distintos que no se interfieren ni solapan. La capacidad es un presupuesto procesal acogible de oficio, en cambio la legitimación es requisito del fondo que se examina en ese momento, y como paso lógico inmediatamente anterior a la decisión.

La capacidad a que se refieren los arts 6 y 7 LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) es la capacidad de obrar del derecho civil, sin más limitaciones que las que se deriven de la edad o del estado psíquico o físico del sujeto. Sin sujeto capaz es imposible el proceso, y con sujeto afectado de incapacidad sobrevenida caben los métodos de subsanación por comparecencia de los que deben representarle en cada caso.

El actor es plenamente capaz sin limitación alguna, y no nos consta que este incurso en cualquiera de las causas de incapacidad del art. 200 CC (LEG 1889\ 27) , ni que esté sujeto a curatela u otra forma de guarda o tutela restringidas que hagan necesaria la presencia de su tutor curador.

Por el contrario, la legitimación es el lazo de unión entre el sujeto del proceso y el objeto

que se decide en su seno. La excepción opuesta se basa en que, según los fundamentos de derecho de la sentencia de la Sección 20ª de esta Audiencia de fecha 29-12-2000, que reconstruía el tracto hereditario hasta la actualidad, el actor carecía de facultades para demandar por no ser nudo propietario de la mitad indivisa de la que la incapaz tiene el usufructo. Aquí si que podemos hablar de un supuesto de legitimación, pero con matices.

Como ya hemos dicho mas arriba, la legitimación, es una cuestión de fondo cuyo examen es previo e inmediatamente anterior a la decisión final. Como tal jamás puede ser considerada una excepción dilatoria que deba ser resuelta en la audiencia preliminar ni provocar el sobreseimiento de los autos, y su estimación en fase de audiencia previa es incorrecta en cuanto se prejuzga o deja imprejuzgado el fondo del asunto. Tan es así que no esta revista en el catalogo de excepciones procesales del art. 416 LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) .

Dada su naturaleza, la sentencia que niega la legitimación es una sentencia de fondo que decide definitivamente la cuestión entre los litigantes, y lo hace con plenos efectos de cosa juzgada, que impedirá otro proceso idéntico entre los mismos litigantes, basado en los mismos hechos, e idéntica causa de pedir. Lo que no impedirá que el proceso pueda repetirse frente al efectivamente legitimado, al que no alcanzan los limites subjetivos y objetivos de la cosa juzgada del la sentencia anterior; frente a el la acción esta imprejuzgada.

A la luz de lo expuesto podemos decir que la excepción esta mal formulada; ha identificado los conceptos lo que es una impropiedad y, lo que es peor, la forma de redactarla hace pensar que se ha formulado alternativamente, lo que también es imposible; el Juez carece absolutamente de facultad de elección y disposición sobre las excepciones opuestas por el demandado.

Recapitulando, estimar la excepción de falta de legitimación en la fase de audiencia preliminar no es procesalmente correcto en cuanto adelanta y prejuzga en fase tan temprana una cuestión que pertenece al fondo.

Por su claridad y exhaustividad reproducimos parte de la sentencia de la sección 10ª de esta Audiencia de 18-1-2003 (PROV 2004\ 157553) , nos dice: «la falta de personalidad hace referencia a la carencia de las cualidades necesarias para comparecer en juicio y a no tener el carácter o representación con que se demanda o que se predica del demandado -SSTS de 4 de abril de 1972, 28 de noviembre de 1973 y 13 de abril de 1977, entre otras-, las cuales son cuestiones procedimentales y no sustantivas, de suerte que no son las calidades que resultan del derecho con que se litiga, sino la de su capacidad o incapacidad personal para el litigio mismo en que se ha de dilucidar la cuestión relativa a la existencia, naturaleza y alcance del derecho debatido, carece de justificación y explicación plausible confundir -como se cuidara de precisar, entre otras, la STS, Sala Primera, de 13 de julio de 1981 (RJ 1981\ 3075) -, después de una reiteradísima doctrina legal, los conceptos y realidades de «falta de personalidad» o de «legitimación» relativos al ámbito procesal y la de «falta de titularidad del derecho de acción» -ora en su lado activo, ora en el pasivo- atinente al derecho material o sustantivo en sí mismo debatido, no a los requisitos o presupuestos procesales, por lo que como y en cuanto tal sólo éstos encajan dentro del art. 533, núms. 2. y 4. de la LECiv/1881 (LEG 1881\ 1) , a la vez que las otras constituyen fondo del asunto.

Igualmente, la jurisprudencia tiene declarado que tampoco puede confundirse la falta de

acción con la falta de legitimación, puesto que si ésta mira a la capacidad procesal de la parte no en abstracto sino en referencia a un proceso concreto y por estar las partes demandante y demandada en cierta relación con el objeto de litigio, aquélla, en cambio, atiende al éxito de la pretensión y para lo que es preciso acreditar que se está asistido de la acción de derecho material que se esgrime y probados los requisitos que aquél exige para su validez y eficacia, así como los hechos determinantes en cada caso -v. gr. SSTS de 11 de abril (RJ 1962\ 2020) y 18 de mayo de 1962 (RJ 1962\ 2250) , 6 de noviembre (RJ 1964\ 5051) y 2 de diciembre de 1964 (RJ 1964\ 5636) , 24 de abril (RJ 1969\ 2228) y 27 de noviembre de 1969 (RJ 1969\ 5665) -.

Al no afectar la falta de acción a la capacidad procesal sino al derecho subjetivo contenido, para apreciarla se requiere entrar a conocer y decidir sobre el aspecto del fondo a que la acción se contrae, dado que sin declarar la validez o invalidez y conjuntamente eficacia o ineficacia del derecho con base al cual se pretende dar vida a la acción ejercitada no puede ciertamente decidirse que ésta falta, lo que quiere decir que reconocer o no en las partes la titularidad del derecho cuya efectividad se pretende no es un aspecto de la legitimación ni manifestación del interés en obrar, sino elemento subjetivo del derecho sustantivo y condición de la acción, para cuyo examen se requiere analizar previamente la relación debatida, pues no es susceptible de integrar, de suyo, una excepción procesal y por ende, previa.

CUARTO Por su parte, la doctrina procesalista reputa como «legitimación» o bien la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada -representada por la titularidad de un derecho subjetivo, crédito, deber u obligación- en la posición que fundamenta en Derecho el reconocimiento a su favor de la pretensión que ejercita (activa) o a la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una concreta prestación (pasiva).

Asimismo, se ha afirmado que el poder de conducir el proceso se considera derivación procesal del poder de disposición del derecho civil, de suerte que, en principio, «legitimados» como partes lo están los sujetos de la relación jurídico-material deducida en juicio; es decir, el que tiene el derecho tiene, como secuela, la facultad de disponer de él y el ejercitarlo en juicio no es sino hacer uso de ese poder.

Ahora bien, sucede que precisamente lo que trata de averiguarse por medio del proceso es si existe o no el derecho del actor, tiene el alcance y caracteres que se afirman, y existe precisamente contra el o los demandados, que son extremos que habrá de decidir la sentencia, y por ello la «legitimación» no toma en cuenta la relación jurídico-material en cuanto existente, sino en cuanto meramente «afirmada» o «deducida».

La legitimación, pues, no es un presupuesto del proceso ni por ende una cuestión -previa- de forma, sino que lo es de la estimación o desestimación de la demanda y, por ello, atañe al fondo del asunto, condicionando el contenido material de la sentencia.

QUINTO Este concepto de legitimación, en cuanto instituto material es, sin embargo y por ello, procesalmente neutro e infructífero.

Se es parte en un proceso por el hecho de formular una demanda o aparecer designado en ella como demandado, abstracción hecha de que quien pida o frente a quien se pida sean o no titular y obligado, respectivamente, por el derecho material deducido en el proceso, circunstancia que únicamente, como núcleo fundamental de la litis, se decidirá en la sentencia.

Tan válidos y eficaces son los actos realizados en el proceso por unos como por los otros, y no puede dissociarse del fondo la determinación de si quién es parte por demandar o por ser demandado son precisamente aquellos sujetos entre los cuales puede jurídicamente resolverse con eficacia la cuestión litigiosa»

SEXTO Revisado el auto de instancia vemos que acoge la falta de legitimación por el hecho de que hay nombrado un administrador para la gestión del usufructo, y por tanto entiende que el actor carece de legitimación porque la iniciativa procesal y material estarían fuera de la orbita de disposición del demandante, y da solución al problema aplicando la solución legal para los casos de incapacidad previstos en el art. 418.2 LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) .

Amen de lo ya expuesto, ese razonamiento tiene el grave inconveniente de identificar los conceptos de capacidad y legitimación, aplicando a los problemas de legitimación las soluciones relativas a la capacidad, lo que no parece posible.

Adicionalmente, tiene otro problema; el administrador se allano a las pretensiones del demandante, y sin perjuicio de la viabilidad de este allanamiento, sobre el que no nos pronunciaremos porque no ha sido debatido, lo que no compartimos es que en fase tan temprana se tome decisión de fondo sobre la legitimación haciendo imposible la continuación del pleito.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA: ESTIMAMOS el recurso de apelación, interpuesto por la representación procesal de D. Lucas, contra el auto dictado por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 58 de los de esta Villa en sus autos núm. 946/03, de fecha veintitrés de marzo de dos mil cuatro.

REVOCAMOS dicha resolución que dejamos sin efecto alguno.

El Juez de Instancia CONTINUARA el trámite hasta dictar sentencia, si no hubiera otro motivo legal que lo impida distinto del enjuiciado.

NO HACEMOS expresa condena en costas, ni de primera instancia ni de esta alzada.

Hágase saber al notificar esta resolución las prevenciones del artículo 248.4 de la LOPJ (RCL 1985\ 1578, 2635) .

Así por este nuestro Auto, del que se unirá certificación literal al Rollo de Sala, lo acordamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Firmada la anterior resolución es entregada en esta Secretaría para su notificación, dándose publicidad en legal forma, y se expide certificación literal de la misma para su unión al rollo. Certifico.

PUBLICACIÓN.-En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr./a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

6

AC 2005\ 2132

Sentencia Audiencia Provincial Baleares núm. 447/2005 (Sección 5ª), de 28 octubre

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 165/2005.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Mariano Zaforteza Fortuny.

NULIDAD DE ACTUACIONES (LECiv/2000): INFRACCION DE NORMAS PROCESALES: procedencia: juicio ordinario: celebración de sesión de juicio en la que depuso una testigo sin que fuera grabada en soporte audiovisual y sin que en el acta se recogieran sus manifestaciones siquiera en extracto: imposibilidad de dictar sentencia en apelación por no ser factible conocer el resultado de aquella prueba practicada en el juicio, cuando la parte recurrente cuestiona la valoración que de esa probanza hizo el Juez del primer grado.

La Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Baleares **decreta la nulidad de actuaciones** sin entrar en el examen del recurso de apelación deducido contra la Sentencia dictada, en fecha 23-07-2004, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 7 de Ibiza, en autos de juicio ordinario.

En Palma de Mallorca, a veintiocho de octubre de dos mil cinco.

VISTOS por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, en grado de apelación, los presentes autos, Juicio de Ordinario, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia Número 7 de Ibiza, bajo el Número 200/03, Rollo de Sala Número 165/05, entre partes, de una como demandante apelante Construcciones Nianlobus, SL, representado por el Procurador Sr. Juan Reinoso Ramis y defendido por el Letrado Sr. Miguel A. Torres Colomar; y de otra como demandado apelado Palomata, S.C., representado por el Procurador Sr. José Luis Nicolau Rullán y defendido por el Letrado Sr. Juan A. Noguera Torres.

Es Ponente el Ilmo. Sr. D. Mariano Zaforteza Fortuna.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Por el Ilmo./a Sr./Sra. Magistrado-Juez, del Juzgado de Primera Instancia Número 7 de Ibiza en fecha 23 de julio de 2004, se dictó sentencia cuyo Fallo es del tenor literal siguiente: «Que estimando como estimo parcialmente la demanda promovida por la Procuradora doña María Victoria Martínez García, en nombre y representación de Construcciones Nianlobus, SL, defendida por el Letrado don Miguel Ángel Torres Colomar, contra la entidad Palomata, S.C., representado por la Procuradora doña Mariana Viñas Bastida, defendida por el Letrado don Juan Antonio Noguera Torres, debo condenar y condeno a los demandados a abonar a la actora la cantidad de catorce mil euros 814.000), más los intereses legales desde la fecha de la demanda, sin hacer expresa imposición de las costas devengadas en esta instancia».

SEGUNDO Que contra la anterior sentencia y por la representación de la parte demandante, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se señaló deliberación y votación en fecha 29 de junio de 2005, suspendiéndose el anterior señalamiento al no constar la grabación del juicio celebrado en el Juzgado de Primera Instancia número 7 de Ibiza en fecha 19 de julio de 2004. Tras la suspensión del juicio se dio traslado a las partes por el plazo de cinco días para que informasen sobre una posible nulidad de actuaciones, presentándose escritos por ambas partes los cuales constan unidos al presente rollo.

TERCERO Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO En este proceso el Juzgado «a quo» celebró tres distintas sesiones de juicio, en fechas 24 de octubre de 2003, 23 de junio de 2004 y 19 de julio de 2004, en cada una de las cuales se practicaron pruebas, según consta en las respectivas actas. Sin embargo, sólo las dos primeras sesiones fueron grabadas correctamente en soporte audiovisual, pues ello no acaeció con la tercera, en la que depuso la testigo doña Cristina, sin que en el acta correspondiente se recogieran sus manifestaciones siquiera en extracto, razón por la cual esta Sala desconoce cuales fueron aquéllas. Esa circunstancia es relevante, porque la parte apelante aludió en el escrito de interposición del recurso a esta prueba testifical, y la recurrida hizo lo propio al oponerse a la apelación, de lo que se desprende que para dictar sentencia en la alzada resulta imprescindible conocer y valorar las declaraciones de la señora Cristina.

SEGUNDO No queda otro remedio procesal, ante todo ello, que declarar la nulidad de lo actuado por el Juzgado «a quo» a partir de la sesión de juicio celebrado el día 19 de junio de 2004, incluyendo dicho acto y la sentencia apelada, por lo que han de retrotraerse las actuaciones a tal momento procesal y ha de repetirse la declaración testifical de la señora Cristina, cuidando de que quede correctamente registrada en el correspondiente soporte audiovisual, decisión anulatoria que se adopta en aplicación de lo establecido en los artículos 238.3º y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985\ 1578, 2635) así como 225.3º y 227 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) en relación con el artículo 147 de este último texto legal, al

resultar imposible dictar sentencia en este segundo grado jurisdiccional, por no ser factible conocer el resultado de aquella prueba practicada en el juicio, cuando la recurrente cuestiona, entre otros extremos, la valoración que de esa probanza hizo el Juez «a quo», circunstancia que exige la revisión en la alzada de tal prueba.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca HA DECIDIDO:

Que sin entrar en el examen del recurso de apelación interpuesto por la representación de la entidad Construcciones Nianlobus, SL, contra la sentencia de fecha 23 de julio de 2004, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Ibiza, en los autos de juicio ordinario de los que trae causa el presente rollo, debemos resolver y resolvemos:

1º Declarar la nulidad de lo actuado por el Juzgado «a quo» a partir de la sesión de juicio celebrada el día 19 de julio de 2004, incluyendo dicho acto y la sentencia apelada, por lo que han de retrotraerse las actuaciones a tal momento procesal y ha de repetirse la declaración testifical de doña Cristina, cuidando de que quede correctamente registrada en el correspondiente soporte audiovisual.

2º No hacer especial imposición en cuanto a las costas de esta alzada.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Dada y pronunciada fue la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo la Secretaria certifico.

PUBLICACIÓN.-En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr./a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Adela Bardón Martínez.

RECONOCIMIENTO DE DEUDA: INEXISTENCIA: documento incluido en lo que son las negociaciones previas anteriores al procedimiento en las que se cruzan una serie de ofertas entre las partes, que si llegan a prosperar evitan la existencia del procedimiento posterior, lo que aquí no se ha producido.

PRUEBA (LECiv/2000): DOCUMENTOS PRIVADOS: admisión: procedencia: documentos que no constituyen prueba prohibida: no ponen de manifiesto ningún hecho reservado de la actividad de la parte sino la propia reclamación en si misma y la existencia de conversaciones previas al procedimiento entre ambos letrados en aras de evitar el mismo.

La Audiencia Provincial de Castellón **declara no haber lugar** al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la Sentencia de fecha 03-12-2003 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Villarreal.

En la Ciudad de Castellón, a ocho de junio de dos mil cuatro.

La Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Castellón, constituida con los Ilmos. Sres. referenciados al margen, ha visto el presente recurso de apelación, en ambos efectos, interpuesto contra la Sentencia dictada el día tres de diciembre de dos mil tres por el Sr. Juez del Juzgado de 1^a Instancia número 3 de Villarreal en los autos de Juicio Ordinario seguidos en dicho Juzgado con el número 62 de 2002.

Han sido partes en el recurso, como apelante, Catalana de Occidente, SA, representada por la Procuradora Doña Pilar Ballester Ozcariz y defendida por el Letrado Don Vicente Balaguer Sancho, y como apelado, Don Rodolfo y Doña Gloria, representados por el Procurador Don Vicente Brea Sanchis y defendidos por el Letrado Don José R. Salas Molina.

Es Magistrada Ponente la Ilma. Sra. D^a. Adela Bardón Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO El Fallo de la Sentencia apelada literalmente establece: «Que estimando parcialmente la demanda, DEBO CONDENAR Y CONDENO a la entidad aseguradora Catalana Occidente S.A a pagar a D. Rodolfo la cantidad de 7.661,9 euros, y a Dña. Gloria la cantidad de 7.480,5 euros, cantidades a las que deberán añadirse los correspondientes intereses, que con cargo a la entidad aseguradora demandada serán los previstos en el artículo 20.4º de la Ley de Contrato de Seguro (RCL 1980\ 2295) a contar desde el día 3 de noviembre de 1997 (fecha del accidente) hasta su completo pago, debiendo cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad».

SEGUNDO Notificada dicha Sentencia a las partes, por la representación procesal de Catalana de Occidente, SA, se interpuso recurso de apelación, en tiempo y forma, en escrito razonado, solicitando se dicte Sentencia estimando el recurso de apelación y su absolución al existir prescripción en su reclamación. De forma alternativa para el supuesto de no aceptarse la anterior petición, se establezca como límite de principal la cifra de 6.5222,70 euros a favor del Sr. Rodolfo y 6.664,88 euros a favor de la Sra. Gloria.

Se dio traslado a la parte contraria, que presentó escrito oponiéndose al recurso, solicitando la confirmación de la sentencia de instancia, condenando expresamente a la parte apelante a las costas de la segunda instancia. Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial, correspondiendo su conocimiento a esta Sección Tercera, en virtud del reparto de asuntos.

Por Providencia de fecha 2 de abril de 2004 se formó el presente Rollo y se designó Magistrada Ponente, y por Providencia de fecha 26 de abril de 2004 se señaló para la deliberación y votación del recurso el día 2 de junio de 2004, llevándose a efecto lo acordado.

TERCERO En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales de orden procesal.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

SE ACEPTAN los de la resolución recurrida y se resuelve el recurso conforme a los siguientes:

PRIMERO Se alza la aseguradora Catalana Occidente, SA frente a la sentencia dictada en la instancia que estimó parcialmente la demanda y condenó a dicha compañía de seguros a abonar a Rodolfo la cantidad de 7.661,9 euros y a Gloria la cantidad de 7.480,5 euros, más intereses y sin hacer expresa imposición de costas de la instancia.

Alega para ello como base de su recurso en primer lugar la no admisión de la excepción de prescripción en la reclamación interpuesta por constituir prueba ilegal los documentos presentados interruptores de la prescripción, habiendo vulnerado en la obtención de esta prueba un derecho fundamental como es el derecho de defensa, lo que considera que produce una desigualdad de las partes, y vulnera el principio de buena fe procesal y supone un abuso de derecho o fraude de Ley, por lo que no debe surtir efecto dicha prueba.

En segundo lugar expone que se ha concedido como indemnización una cuantía superior a la establecida en el documento núm. 26 de la demanda, al haberse producido una novación de la obligación derivada del acto ilícito, limitándose la aceptación de la deuda a las cantidades que constan en ese escrito y sin que quepa su extensión a otras cantidades no manifestadas, dado que toda cantidad superior estaría prescrita, al entender que en el referido documento consta un reconocimiento de deuda, surgiendo una obligación independiente.

SEGUNDO Se cuestiona, según lo expuesto, la licitud de la prueba documental que se

acompañó por la parte demandada como documentos núm. 26 y 27 a su escrito de contestación a la demanda y que ha servido para considerar interrumpida la prescripción a los efectos previstos en el artículo 1973 del Código Civil (LEG 1889\ 27) .

No se plantea en esta alzada la eficacia de tales documentos en orden a interrumpir la prescripción, ni tampoco es motivo de controversia la autenticidad de dichos documentos, que el letrado de la parte actora reconoció en el acto de la audiencia previa.

El Juez de instancia rechazó en el fundamento de derecho primero que la presentación de estos documentos constituya prueba prohibida por vincular las normas del Estatuto General de la Abogacía (RCL 1982\ 2294, 2656) exclusivamente a los letrados pertenecientes a dicha Corporación, quedando su infracción sujeta al régimen disciplinario prevenido en los artículos 80 y siguientes de dicho texto y sin que la mencionada responsabilidad disciplinaria tenga que trascender a particulares, criterio que comparte la Sala.

El artículo 34 apartado e) del Estatuto General de la Abogacía establece, como uno de los deberes de los colegiados, el de mantener como materia reservada las conversaciones y correspondencia habida con el abogado o abogados contrarios, con prohibición de revelarlos o presentarlos en juicio sin su previo consentimiento, añadiendo que no obstante, por causa grave, la Junta de Gobierno del Colegio podrá discrecionalmente autorizar su revelación o presentación en juicio sin dicho consentimiento previo.

La contravención de esta norma en un supuesto como el que nos ocupa no supone que la prueba aportada sea ilícita. El artículo 283-3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) determina a tales efectos que nunca se admitirá como prueba cualquier actividad prohibida por la Ley, lo que entendemos que no es aplicable al caso ya que aquí no se ha desarrollado ninguna actividad prohibida por la Ley, siendo lo prohibido por la norma estatutaria la presentación en juicio, pero no la actividad en si misma.

Tampoco entendemos que se haya obtenido dicha prueba o que en el origen de la misma se haya vulnerado derechos fundamentales.

El derecho de defensa no se ha visto afectado por la presentación de los documentos controvertidos, siendo otra cuestión diferente las consecuencias que ello puede tener en las relaciones entre el Colegio de Abogados y los colegiados, en este sentido conviene recordar el contenido de la sentencia del Tribunal Constitucional núm. 1984/114 de fecha 29 de noviembre de 1984 (RTC 1984\ 114) , citada al impugnar el recurso, donde examinando en otro supuesto similar al aquí enjuiciado respecto a la licitud de una prueba, se considero que había «que ponderar en cada caso, los intereses en tensión para dar acogida preferente en su decisión a uno u otro de ellos (interés público en la obtención de la verdad procesal e interés, también, en el reconocimiento de plena eficacia a los derechos constitucionales). No existe, por tanto, un derecho constitucional a la desestimación de la prueba ilícita» concluyendo por ello que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente obtenida, no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental, afectando a éste por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso.

A esto debemos añadir que lo que puso de manifiesto con los documentos aportados no fue ningún hecho reservado de la actividad de la parte sino la propia reclamación en si

misma y la existencia de conversaciones previas al procedimiento entre ambos letrados en aras de evitar el mismo, lo que además se admite por la demandada, por lo que no se ha vulnerado el derecho a la intimidad de ninguna de las partes.

Tampoco entendemos que con la presentación de dichos documentos se haya ejercitado un derecho en forma contraria a las exigencias de la buena fe, a los efectos previstos en el artículo 6 del Código Civil (LEG 1889\ 27) o que esto haya supuesto un abuso de derecho al sobrepasar los límites del ejercicio de un derecho, puede suponer en todo caso un ejercicio contrario a las normas deontológicas de un letrado, lo que evidentemente debe depurarse fuera del presente procedimiento.

Rechazamos en definitiva el primer motivo del recurso de apelación.

La misma suerte desestimatoria debe correr la cuestión planteada en segundo lugar por la parte apelante ya que no podemos entender que con base al documento núm. 26 de los acompañados con la demanda, que además ha sido impugnado de adverso según lo antes expuesto, se haya producido un reconocimiento de deuda con los efectos que se pretende.

La acción que se ejercita es única con independencia de la cuantía de las indemnizaciones que en su caso pudieran fijarse y no podemos por ello establecer, según las cantidades, dos plazos de prescripción diferentes.

El documento núm. 26 de la demanda no supone un reconocimiento de deuda como tal, encontrándose por el contrario incluido es lo que son las negociaciones previas anteriores al procedimiento en las que se cruzan una serie de ofertas entre las partes, que si llegan a prosperar evitan la existencia del procedimiento posterior, lo que aquí no se ha producido, pudiendo apreciar que el documento núm. 26 es un fax remitido tras una serie de conversaciones telefónicas, según se dice en el mismo y en el que se fijan por el representante de la aseguradora las cantidades correspondientes a las indemnizaciones, lo que no fue aceptado de contrario como lo demuestra el contenido del otro fax aportado, documento núm. 27 de la demanda, de fecha 29 de mayo de 2001, en el que se refiere la parte a la confirmación de la última oferta realizada.

Procede en consecuencia desestimar el recurso de apelación y confirmar por ello la resolución recurrida.

TERCERO En cuanto a las costas de la alzada, la desestimación del recurso de apelación implica que se impongan al apelante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 394-1 y 398-1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) .

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que desestimando el recurso de apelación formulado por la representación procesal de Catalana de Occidente, SA, contra la Sentencia dictada por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Villarreal en fecha tres de diciembre de dos mil tres, en autos de Juicio Ordinario seguidos con el número 62 de 2002, CONFIRMAMOS la

resolución recurrida e imponemos el pago de las costas de la alzada a la parte apelante.

Notifíquese la presente Sentencia y remítase testimonio de la misma, junto con los autos principales al Juzgado de procedencia, para su ejecución y cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

8

AC 2004\ 725

Sentencia Audiencia Provincial Zaragoza núm. 167/2004 (Sección 4ª), de 18 marzo

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 400/2003.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Javier Seoane Prado.

PROCESOS DECLARATIVOS (LECiv 1/2000): JUICIO VERBAL: RECONVENCION: alegación por el demandado de la excepción de compensación: inadmisión: incumplimiento con la carga establecida en el art. 438.2 de la nueva LECiv de su notificación al actor con cinco días de antelación a la vista.

La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza **desestima** el recurso de apelación planteado contra la Sentencia dictada, en fecha 10-04-2003, por el Juzgado de 1ª Instancia núm. 17 de dicha capital, en autos de juicio verbal, confirmando la misma.

En la Ciudad de Zaragoza a dieciocho de marzo de dos mil cuatro.

VISTO por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Zaragoza, integrada por los Magistrados del margen el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada en fecha 10 de abril de 2003 por el Juzgado de Primera Instancia Número Diecisiete de Zaragoza, en autos de Juicio Verbal seguidos con el número 88/03, sobre RECLAMACION DE CANTIDAD, de que dimana el presente rollo de apelación número 400 de 2003 en el que han sido partes, apelante, la demandada MDES, SL representada por el Procurador D. Carlos Manuel Moreno Pueyo y asistido el Letrado D. Guillermo Choliz del Junco, y, apelada, el demandante DON Ángel representado por la Procuradora Dª Belén Gabian Usieto y asistido del Letrado D. Pablo Malo García siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Javier Seoane Prado que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se aceptan los correlativos de la sentencia recurrida; y

PRIMERO La anterior sentencia contiene la parte dispositiva siguiente: « FALLO: Que estimando la demanda interpuesta por Ángel contra “MDES, S.L.” debo condenar y condeno a esta última a que pague al demandante la cantidad de DOS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y CINCO EUROS Y SETENTA CÉNTIMOS (2.675,70 euros), más el interés legal desde la fecha de interpelación judicial, con imposición de las costas a la parte demandada».

SEGUNDO Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación procesal de la demandada MDES, SL, se interpuso en tiempo y forma contra la misma recurso de apelación. Dado traslado a la parte demandante formuló oposición al presente recurso remitiéndose los autos originales a esta Audiencia Provincial, Sección Cuarta.

TERCERO Recibidos los autos, formado el correspondiente rollo, sin celebración de Vista, se señaló para deliberación y votación el día 16 DE marzo DE 2004 en que tuvo lugar.

CUARTO En la sustanciación de ambas instancias se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución y;

PRIMERO D. Ángel reclamó 2.675'70 a MDES SL en concepto de rentas vencidas y no satisfechas correspondientes a los meses de enero a marzo de 2002 del alquiler que concertaron en su día sobre los locales que se indican en el escrito promotor del monitorio que dio principio a los presentes autos.

Opuesto el deudor, el juzgador convocó juicio verbal conforme señala el art. 818 LECiv/2000 (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) . En él la parte actora se ratificó en su petición inicial, y la demandada alegó la existencia de un pacto por el cual las rentas reclamadas serían cobradas con cargo a la fianza prestada, y subsidiariamente alega compensación por las mejoras hechas en el local.

El juzgado de primer grado entendió acreditados el devengo y el impago de las rentas reclamadas y, por el contrario que la parte demandada no acreditó el pacto que opone como motivo principal de oposición a la reclamación, y que no hizo valer oportunamente la excepción de compensación que ahora pretende, la cual, por otra parte tampoco podría prosperar debido a que el crédito compensable que alega carece del requisito de exigibilidad que recoge el art. 1196 CC (LEG 1889\ 27) en consecuencia da lugar a la demanda en su integridad.

Contra dicha decisión se alza la condenada mediante el recurso de apelación del que

conocemos en que discute el criterio del juzgador de primer grado de no tener por opuesta debidamente la compensación y la concesión de los intereses moratorios del crédito reclamado cuando no fueron pedidos sino en el acto del juicio verbal y no en el escrito monitorio inicial.

SEGUNDO Sobre el primero de los puntos el razonamiento del juez de primer grado es impecable. A diferencia de lo que acontecía en la Ley procesal anterior, el art. 438.2 LECiv/2000 (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) se ocupa de disciplinar la articulación procesal de la excepción de compensación, y a tal efecto exige que cuando se trate de juicio verbal la misma ha de ser notificada al actor con cinco días de antelación a la vista, carga que no ha cumplido el recurrente, por lo que difícilmente puede discutir la decisión del juzgador de primer grado, y en apoyo de su pretensión nada valen sus alegatos sobre lo escueto del escrito inicial, pues en él se expresa el origen del débito que reclama, y las comunicaciones cruzadas entre ambas ponen en evidencia que la postura de cada una de las partes había sido debidamente establecida con anterioridad al inicio de la contienda judicial.

De otra parte, aun cuando no existiera el óbice procesal, la excepción no puede prosperar por motivos de derecho material, ya que discutiéndose la existencia o no de desperfectos en los locales difícilmente puede sostenerse la exigibilidad del crédito para su devolución, ya que sólo abarca el saldo resultante, una vez satisfechas las responsabilidades en cuya consideración es constituida (art. 36 LAU/1994 [RCL 1994\ 3272 y RCL 1995, 1141]).

TERCERO En lo que atañe al segundo motivo de apelación, el recurrente no discute que el actor dedujo la petición de los intereses moratorios que señala el art. 1100 CC (LEG 1889\ 27) en el juicio verbal, por lo que no se entiende la razón del motivo que se estudio aun cuando ciertamente estos intereses se hallan sometidos al principio de rogación conforme una jurisprudencia constante.

CUARTO Las costas de esta alzada se rigen por el art. 394 LECiv/2000 (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) (art. 398 LECiv/2000).

VISTOS los demás preceptos de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS:

Que desestimando el recurso de apelación formulado contra la sentencia de fecha 10-4-2003 dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Primera Instancia núm. 17 en los autos núm. 88/2003, debemos confirmar y confirmamos la misma.

Imponemos las costas de esta alzada a la parte recurrente.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo y proceso original, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

JUR 2006\ 78391

Sentencia Audiencia Provincial Toledo núm. 28/2006 (Sección 1ª), de 6 febrero

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 82/2005.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Gema Adoración Ocariz Azaustre.

NULIDAD DE ACTUACIONES (LECiv/2000): INFRACCION DE NORMAS PROCESALES: desestimación: incongruencia omisiva en primera instancia: efectos: dictado de sentencia en apelación resolviendo la cuestión.

SOCIEDADES DE RESPONSABILIDAD LIMITADA: JUNTA GENERAL: CONVOCATORIA: ordinaria: improcedencia: fuera del plazo de los seis primeros meses del ejercicio social.

La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Toledo **declara haber lugar** al recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia de fecha 20-12-2004 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Talavera, revocándola en el sentido expuesto en los fundamentos jurídicos de la presente Resolución.

En la Ciudad de Toledo, a seis de febrero de dos mil seis.

Esta Sección Primera de la Ilma. Audiencia Provincial de Toledo, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que se expresan en el margen, ha pronunciado, en NOMBRE DEL REY, la siguiente,

SENTENCIA

Visto el presente recurso de apelación civil, Rollo de la Sección núm. 82 de 2005, contra la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 3 de Talavera, en el juicio ordinario núm. 36/04, sobre impugnación de acuerdos sociales, en el que han actuado, como apelantes D. Juan y D. Benedicto, representados por la Procuradora de los Tribunales Sra. Gómez de Salazar y defendido por el Letrado Sr. Martín Jiménez; y como apelado Residencial San Julian, SL, representado por la Procuradora de los Tribunales Sra. Encinas Hernando y defendido por el Letrado Sr. González de Rivera.

Es Ponente de la causa el Ilma. Sra. Magistrado D^a Gema Adoracion Ocariz Azaustre, que expresa el parecer de la Sección, y son,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 3 de Talavera, con fecha veinte de diciembre de dos mil cuatro, se dictó sentencia en el procedimiento de que dimana este rollo, cuya PARTE DISPOSITIVA dice: «Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la representación procesal de D. Juan y D. Benedicto frente a la entidad mercantil Residencial San Julian, SL, debo absolver y absuelvo a la referida entidad demandada de las pretensiones frente a ella deducidas en la demanda rectora del presente procedimiento, imponiendo a los actores las costas causadas en esta instancia».

SEGUNDO Contra la anterior resolución y por D. Juan y D. Benedicto, dentro del término establecido, tras anunciar la interposición del recurso y tenerse por interpuesto, se articularon por escrito los concretos motivos del recurso de apelación, que fueron contestados de igual forma por los demás intervinientes, con lo que se remitieron los autos a ésta Audiencia, donde se formó el oportuno rollo, quedando los autos vistos para deliberación y resolución.

SE REVOCAN los fundamentos de derecho y fallo de la resolución recurrida, en cuanto no se entienden ajustados a derecho y en todo lo que contradigan a la presente resolución, si bien se ratifican los antecedentes de hecho, que relatan la dinámica procesal, por lo que, en definitiva, son.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO De los múltiples motivos de recurso esgrimidos por la apelante debe entrarse a examinar en primer termino, por razones lógicas, la alegada incongruencia omisiva que se imputa a la sentencia apelada indicando que esta no se ha pronunciado en modo alguno sobre la pretensión esgrimida en la demanda formulada por los apelantes de que los acuerdos adoptados en la Junta celebrada el 18.12.03 y ahora impugnados habrían de ser declarados nulos por resultar lesivos para la sociedad y los socios minoritarios en beneficio del socio mayoritario. Esta Sala, de la lectura de la sentencia apelada, solo puede concluir que efectivamente nada se determina en la misma sobre la nulidad por lesividad del acuerdo por el que se fijaba un salario a percibir de la sociedad por parte del administrador de la misma. La parte apelada alega que sobre dicho particular se pronuncia la sentencia en su Fundamento de Derecho Sexto pero lo cierto es que en el mismo se trata la cuestión de si las cuentas aprobadas reflejaban o no la realidad de la situación contable de la empresa, con mención de los preceptos relativos a dicho particular, y ello en relación con el salario a percibir por el administrador, pero no la cuestión conexa pero distinta de si el hecho mismo de la fijación a su favor y a cargo de la sociedad de dicho salario es un acuerdo lesivo para la sociedad y sus socios minoritarios.

Ahora bien, dicha omisión de la sentencia apelada no puede determinar la solicitada nulidad de la misma para que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior a que aquella fuera pronunciada, volviéndose a dictar una nueva sentencia que subsane dicha omisión, como solicita la parte apelante en su recurso, porque ello lo impide el art. 465 de la LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) que determina que si en la sentencia de apelación se hubiera apreciado la comisión de una infracción procesal de la sentencia apelada de las que originan la nulidad de actuaciones, esta no se declarara si el vicio o

defecto procesal pudiera ser subsanado en la segunda instancia. En este caso, el defecto se comete en la misma sentencia por la omisión de un pronunciamiento y dado que este versa sobre una cuestión netamente jurídica, esta Sala, que en cualquier caso es quien ha de decidir en última instancia las cuestiones planteadas, puede subsanar perfectamente el mismo, dictando sentencia el pronunciamiento correspondiente sobre dicha cuestión objeto del pleito sin necesidad de declarar la nulidad solicitada.

SEGUNDO Sin embargo y antes de entrar a examinar y resolver sobre aquella cuestión carente de pronunciamiento de fondo en la sentencia apelada, por razones lógicas de la exposición, ha de entrarse a valorar otro punto de litigio interpartes aun habiéndose alegado como último motivo de recurso: si la junta en que se acordaron los acuerdos impugnados fue extemporáneamente convocada y celebrada y por tanto ha de considerarse nula su celebración, lo que necesariamente ha de valorarse en primer termino dado que si la Junta es nula, los acuerdos adoptados en ella son nulos automáticamente y ello independientemente de que además sean o no lesivos para la sociedad y los socios minoritarios, aprueben cuentas societarias que respondan o no a la realidad de la situación financiera o se hayan adoptado cumpliendo o no todos los trámites previos de respeto al derecho de información de los socios.

Consta en la causa y así se reconoce en la sentencia apelada que la Junta celebrada para la aprobación de las cuentas de la sociedad correspondientes al ejercicio del año 2002 tuvo lugar el 18 de diciembre de 2003, es decir, transcurridos mas de seis meses desde que tuvo lugar el cierre del ejercicio a que dichas cuentas hacían referencia. Pues bien, sobre cuestión idéntica, incluso entre las mismas partes litigantes, solo que referente a la Junta de aprobación de cuentas correspondientes a un ejercicio anterior, ya se ha pronunciado esta misma Sala en la reciente Sentencia de 18.10.05 (PROV 2005\ 273306) que señaló que «El art. 45 de la vigente Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada (RCL 1995\ 953) dispone en efecto, como también el art. 95 de la Ley de Sociedades Anónimas (RCL 1989\ 2737 y RCL 1990, 206) , que los administradores convocarán la Junta General para su celebración dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio para censurar la gestión social, aprobar en su caso las cuentas del anterior y resolver sobre la aplicación del resultado. La única diferencia entre ambos preceptos se encuentra en el término “necesariamente”, que emplea el precepto de la LSA y no el de la LSRL. Respecto a la sociedad anónima, la Jurisprudencia ha venido proclamando la aplicación literal del precepto, “porque esa norma que es evidentemente de derecho necesario, no puede ser interpretada de otro modo que teniendo en cuenta lo prevenido en el artículo 57 (hoy 101) de la misma Ley, a cuyo tenor si la Junta General Ordinaria no fuera convocada dentro del plazo legal, que es precisamente el caso, podrá serlo judicialmente en las precisas condiciones que se establecen en la norma aunque sólo a petición de los socios, sin que la expresión ‘podrá’, tenga ni pueda tener otro sentido que el de acudir a este recurso sólo a instancia de quien como socio está legitimado para requerir la intervención judicial, pero sin que por ello pueda entenderse que transcurrido el plazo legal pueda convocarse la Junta y adoptar sus acuerdos sobre los extremos que precisamente fija el artículo 50 (hoy 95) en cualquier momento y oportunidad, aunque haya transcurrido el plazo preclusivo determinado por el legislador” (STS de 17 de abril de 1960). “Es nula la Junta General Ordinaria celebrada después de los seis primeros meses del ejercicio social, no estando facultada la Junta General Extraordinaria para la aprobación del balance y cuenta del ejercicio anterior. La sentencia del Tribunal Supremo de 10 de mayo de 1997 (RJ 1997\ 3881) , manifiesta que el artículo 50 citado, dispone que dicha Junta se reunirá necesariamente dentro de los seis primeros meses de cada ejercicio, y como éste, a falta

de disposición estatutaria, termina, según el artículo 102 (hoy 9j), el 31 de diciembre de cada año, es claro que si se convoca después de dicho plazo, exigido con carácter necesario, se comete un acto contrario a la Ley y por ende susceptible de impugnarse, según el artículo 67 (hoy 115), y, por otra parte, el repetido artículo 50 no prevé más que una sola Junta General Ordinaria, ceñida a la finalidad que le asigna el precepto; si pasado el primer semestre del ejercicio social, se convoca por el Consejo, ya no puede tener el carácter de ordinaria y sí sólo el de extraordinaria, con arreglo al artículo 52 (hoy 96), la que no está facultada para la aprobación del balance y cuentas del ejercicio anterior” (STS de 3 de abril de 2003 [RJ 2003\ 2769]). En parecidos términos se pronuncia la de 26 de septiembre de 2001 (RJ 2001\ 7492) . Así las cosas, en el ámbito de las sociedades de responsabilidad limitada no existe como dijimos, el término “necesariamente” para la celebración de la junta dentro de los seis meses siguientes al cierre del ejercicio, como tampoco existe en la Ley la diferenciación entre juntas generales ordinarias y extraordinarias, aunque sí en este caso en los estatutos sociales. No obstante, la Sala entiende que la exigencia de que la Junta que aprueba las cuentas se realice de modo imperativo dentro de los seis meses siguientes, es igualmente aplicable a las sociedades de responsabilidad limitada, por analogía de razón con las anónimas, pues ambos preceptos obedecen a un mismo designio, que no es otro que el hacer que la convocatoria extemporánea para las finalidades de aprobación de cuentas y gestión social y aplicación del resultado, haya de realizarse necesariamente en forma judicial, con la trascendental diferencia, de que entonces será el Juez que la convoque, quien designará libremente al Presidente y Secretario de la Junta, (art. 45.5 LSRL [RCL 1995\ 953]). Es decir, si la junta para aprobar las cuentas no se convoca en plazo, ya no se puede convocar (o si se convoca, es impugnable), salvo que lo haga el Juez, designando entonces él, en la forma que estime oportuna, los órganos rectores de la misma. Con ello se evita, como en este caso ha ocurrido, que presida la Junta General precisamente aquel que ha incumplido la obligación de convocarla dentro de plazo».

En consecuencia, en la transcrita sentencia esta Sala acordó estimar el recurso de apelación interpuesto, como por los mismos motivos ha de estimar el formulado en este caso, sin necesidad de entrar ya a valorar las restantes cuestiones de fondo planteadas en el recurso.

TERCERO La estimación del recurso implica que haya de dictarse un pronunciamiento estimatorio de la demanda formulada, si bien teniendo en cuenta que la cuestión por la que se resuelve así puede considerarse en cierto modo dudosa desde el punto de vista jurídico, procede, aplicando el art. 394 de la LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) , no hacer expresa imposición a ninguna de las partes de las costas procesales que fueron causadas en la primera instancia, siendo que la estimación del recurso de apelación conlleva que tampoco se efectuó expresa condena al pago de las costas de esta alzada a ninguna de las partes (art. 398 LEC).

FALLO

Que ESTIMANDO el recurso de apelación que ha sido interpuesto por la representación procesal de D. Juan y D. Benedicto, debemos REVOCAR Y REVOCAMOS EN PARTE la sentencia dictada por el Juzgado de 1ª Instancia Núm. 3 de Talavera, con fecha veinte de diciembre de dos mil cuatro, en el procedimiento núm. 36/04 de que dimana este rollo,

y en su lugar debemos declarar y declaramos la nulidad de la Junta General de socios de la sociedad limitada Residencial San Julián, SL que fue celebrada el 18 de diciembre de 2003, con todas las consecuencias legales inherentes, todo ello sin efectuar especial pronunciamiento condenatorio a ninguna de las partes al pago de las costas procesales causadas tanto en la primera instancia como en la presente alzada.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación al Rollo de la Sección, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada la anterior resolución mediante su lectura íntegra por el Ilma. Sra. Magistrado D^a Gema Adoracion Ocariz Azaustre, en audiencia pública. Doy fe.

10

JUR 2005\ 898

Sentencia Audiencia Provincial Castellón núm. 221/2004 (Sección 2^a), de 6 octubre

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 119/2004.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Luis Francisco de Jorge Mesas.

ACUMULACION DE ACCIONES: improcedencia: juicio verbal: tutela sumaria de la posesión: no cabe acumular peticiones de declaración de naturaleza propia y no medianera de una pared y condena al cerramiento de finca.

AUDIENCIA PROVINCIAL -SECCIÓN SEGUNDA- CIVIL

ROLLO NÚM 119/04

Juzgado de 1^a. Instancia Nº 2 de Nules

PROCEDIMIENTO: VERBAL Nº 613/03

LITIGANTES: D. Jose María

C/

D^a Rosario

SENTENCIA CIVIL NÚM. 221/04

Ilmos. Sres.:

PRESIDENTE: D. LUIS FRANCISCO DE JORGE MESAS

MAGISTRADO: D^a ELOÍSA GÓMEZ SANTANA

MAGISTRADO: D. JOSÉ LUIS ANTÓN BLANCO

En la Ciudad de Castellón de la Plana, a seis de octubre de dos mil cuatro.

La SECCIÓN SEGUNDA de la Audiencia Provincial de Castellón, integrada por los Ilmos. Señores anotados al margen, ha visto el presente rollo de apelación en ambos efectos, interpuesto contra la sentencia de fecha 23 de febrero de 2004 dictada por el Sr. Juez de 1^a Instancia del Juzgado nº 2 de Nules en autos de juicio Verbal seguidos en dicho Juzgado con el número de 613 de 2003 registro.

Han sido partes en el recurso, como APELANTE, el demandante don Jose María representado por la Procuradora doña Inmaculada Tomás Fortanet y defendido por el Letrado don Juan Serrano Castañ y como APELADO la demandada doña Rosario representada por la Procuradora doña M^l Teresa Palau Jericó y defendido por el Letrado don Javier Ibáñez Martínez y Ponente el Imo. Magistrado don LUIS FRANCISCO DE JORGE MESAS.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El fallo de la sentencia apelada literalmente dice:” Desestimando íntegramente la demanda interpuesta por la Procuradora D^a Inmaculada Tomás Fortanet, en nombre y representación de D. Jose María , contra D^a Rosario , representada por la Procuradora D^a Teresa Palau Jericó, debo absolver y absuelvo a la citada parte demandada de todos los pedimentos efectuados en su contra, con expresa imposición de las costas causadas a la parte demandante. Y ello, sin perjuicio del contenido del art. 447 Ley de Enjuiciamiento Civil”.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación del demandante referenciado se interpuso recurso de apelación contra la misma, y admitido que fue el recurso se dio traslado a la parte adversa quien lo impugnó, remitiéndose las actuaciones a esta Ilma. Audiencia Provincial correspondiendo por normas de reparto a esta Sección Segunda, donde se designó Ponente y se señaló para deliberación y votación el día 29 de septiembre de 2004 en el que ha tenido lugar.

TERCERO.- En la tramitación del juicio se han observado en ambas instancias las formalidades legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El suplico de la demando contiene el petitum que es uno de los elementos esenciales identificadores de la pretensión, y por tanto no puede ser sustancialmente alterado en la apelación, cambiando la pretensión ejercitada. Pues bien, la redacción del

referido suplico evidencia con total claridad, destacándose así incluso en letras mayúsculas, que lo que se ejercita es una acción encaminada a obtener la tutela sumaria de la posesión, frente a lo que el demandante considera un uso ilegítimo y perturbador de una pared. Así pues, el procedimiento ha de ser el adecuado a la clase de tutela pretendida, tal como lo calificó con toda corrección la Juzgadora, y como queda expuesto en la Sentencia. Ante la redacción inequívoca del suplico de la demanda no podía ser otra la calificación del procedimiento que la que se hace en la Sentencia, con expresa remisión al artículo 439 LEC.

SEGUNDO.- Igualmente acierta la Juzgadora cuando, a la vista del procedimiento instado, correspondiente a la clase de tutela reclamada -la protección sumaria de la posesión- considera indamisibles las otras dos pretensiones acumuladas consistentes en la petición de declaración de la naturaleza propia y no medianera de una pared y a la pretendida condena al cerramiento de la finca de la demandada. Tales pretensiones no son acumulables a un juicio verbal dirigido a obtener la tutela sumaria de la posesión, por lo que dichas pretensiones debían ser necesariamente inadmisibles, por razones procesales, sin tener que entrar a valorar el fondo de la cuestión. Nuevamente sobran más comentarios y bastan los acertados fundamentos de Derecho de la Sentencia.

La sentencia es ajustada a Derecho y el fallo desestimatorio era el único que cabía dada la clase de acción ejercitada, y el apelante lo que niega es que él haya ejercitado una acción de tutela sumaria de la protección. Pero lo cierto es que esa fue la que ejercitó y que él mismo admite en el recurso de apelación que no ha existido acto alguno de perturbación o despojo. El recurso ha de ser desestimado, con imposición de las costas al apelante, conforme al artículo 398 LEC.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

F A L L A M O S

Desestimando el recurso interpuesto por la representación de D. Jose María , contra la sentencia de 23-02-04 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Nules, CONFIRMAMOS íntegramente la sentencia recurrida, con imposición de las costas al apelante.

Notifíquese la presente resolución a las partes, y con testimonio de la misma, devuélvanse los autos originales al juzgado de procedencia para su ejecución y cumplimiento.

Así por este nuestro auto, cuya certificación se unirá al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

AC 2006\ 251

Auto Audiencia Provincial Asturias núm. 34/2006 (Sección 1ª), de 2 marzo

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 416/2005.

Ponente: Ilmo. Sr. D. José Ignacio Alvarez Sánchez.

PROCESO MONITORIO: PETICION INICIAL: admisión y requerimiento de pago: petición frente a tres prestatarios que se habían obligado solidariamente a devolver a la actora la suma prestada por ella: oposición de uno de ellos: despacho de la ejecución frente a los otros dos: la existencia de deudores solidarios constituyó una apreciable ventaja para el acreedor en relación con la situación de un solo deudor o de varios que se obligan mancomunadamente.

La Audiencia Provincial de Asturias **declara haber lugar** al recurso de apelación interpuesto contra el Auto de fecha 06-05-2005 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Avilés, revocándolo en el sentido expuesto en los fundamentos jurídicos de la presente Resolución.

En Oviedo, a dos de marzo de dos mil seis.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO En Autos de Monitorio 739/2003, procedentes del Jdo. 1ª. Inst. e Instrucción N. 3 de Avilés, se interpuso recurso de apelación contra el Auto de fecha seis de mayo de dos mil cinco, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: «Se acuerda el archivo de los presentes autos de proceso monitorio, seguidos a instancia de Hispamer Servicios Financieros Establecimiento Financiero de Crédito, SA, frente a Jesús Carlos, Jon y Ángel Daniel, previa baja en los libros correspondientes».

SEGUNDO El recurso de apelación fue interpuesto por Hispamer Servicios Financieros, Establecimiento Financiero de Crédito, SA, representado por el Procurador de los Tribunales Don Fernando López Castro y bajo la dirección letrada de Doña Mª. Luz Pertega Souto. Siendo parte apelada Don Ángel Daniel, Don Jesús Carlos y Don Jon.

TERCERO Turnados los Autos a este Tribunal se formó el Rollo de Sala, registrándose con el número 416/05, tramitado el recurso con el resultado que obra en autos.

CUARTO Y dictándose Providencia de señalamiento para el día veintiocho de febrero de

dos mil seis, quedando los autos tras la votación y fallo para dictar la resolución que proceda.

VISTOS. Siendo ponente el Ilmo. Sr. Don José Ignacio Álvarez Sánchez.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Se dirige el presente recurso de apelación frente al Auto que niega el despacho de ejecución frente a los demandados que no habían comparecido ante el Tribunal a formular oposición a la reclamación planteada a través de un proceso monitorio. La petición se dirigía frente a tres prestatarios que se habían obligado solidariamente a devolver a la actora la suma prestada por ella. Uno de ellos se opuso y la demandante pretendió que se dictara el auto despachando ejecución, a que hace referencia el artículo 816.1, frente a los otros dos, recibiendo una respuesta negativa de la Juzgadora de 1ª instancia que entiende que al haber presentado escrito de oposición uno de los deudores, debe sustanciarse éste frente a todos ellos, por el vínculo de solidaridad existente entre los mismos.

SEGUNDO En relación al proceso monitorio con pluralidad de demandados la primera cuestión que se plantea es si cabe esta posibilidad. El Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª) de 5 de febrero de 2004 optó por la postura negativa, razonando que la oposición de alguno de ellos podría sustanciarse por distinto procedimiento que la de otro y que las acciones acumuladas no tienen la misma causa de pedir; pronunciándose en similar sentido el Auto de la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Baleares de 22 de septiembre de 2003. Esta postura, sin embargo, es claramente minoritaria y no la comparte esta Sala, pues el hecho de que los preceptos reguladores del proceso monitorio se refieran al deudor, en singular, no es suficiente para entender que no puede dirigirse frente a varios, siendo de aplicación el artículo 72 de la LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) , que regula con carácter general la acumulación de acciones y que permite ejercitar simultáneamente las que uno tenga contra varios, siempre que exista un nexo por razón del título o causa de pedir. En este sentido se pronuncian los Autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, de 14 de octubre de 2003 (PROV 2003\ 251884) , Guadalajara, de 6 de noviembre de 2002 (PROV 2003\ 23995) , Castellón, Sección 2ª, de 13 de julio de 2002 (AC 2002\ 1308) , Gerona, Sección 2ª de 21 de junio de 2001 (PROV 2001\ 266821) , Madrid, Sección 12ª, de 10 de marzo de 2004 (PROV 2004\ 249225) , y Sección 21, de 14 de octubre de 2005 (PROV 2005\ 252114) , Alicante, Sección 5ª, de 26 de enero de 2005 (PROV 2005\ 81771) , Murcia, Sección 5ª, de 14 de enero de 2005 (PROV 2005\ 64543) y Almería, Sección 2ª, de 24 de mayo de 2004 (PROV 2004\ 193046) .

TERCERO Es más controvertida la cuestión que aquí se debate. Se trata de determinar si una vez formulado el requerimiento a que se refiere el artículo 815 de la LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) . y opuesto uno sólo de los demandados, el actor puede solicitar que se despache ejecución frente a los incomparecidos. El Auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, Sección 1ª, de 4 de abril de 2005 (PROV 2005\ 99861) indica que la solución depende de la acción ejercitada, que en el caso concreto eran de reclamación de cantidad y la directa del artículo 1597 del CC (LEG 1889\ 27) que aprecia como subordinada a aquélla. El Auto de la Audiencia Provincial de Badajoz,

Sección 3ª, de 25 de enero de 2005 no ve obstáculo a que se despache ejecución frente a los incomparecidos, aplicando el artículo 816 de la LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) , y operando el artículo 818 respecto al opuesto. La Revista Sepin (septiembre 2002, página 85) considera que esa solución es insatisfactoria y que la causa de oposición de un obligado solidario aprovecha a los demás e impide que se siga la ejecución frente a ellos pues, en otro caso, podría dar lugar a resoluciones contradictorias, por un lado el auto de despacho y por otro una eventual sentencia absolutoria del deudor solidario.

Esta Sala, reconociendo que estamos ante una cuestión muy dudosa, con argumentos coherentes a favor de una u otra postura, considera que es posible despachar ejecución frente al deudor que no se haya opuesto. La existencia de deudores solidarios constituyó una apreciable ventaja para el acreedor en relación con la situación de un solo deudor o de varios que se obligan mancomunadamente, ya que puede exigir el total de la deuda a cualquiera de ellos y las reclamaciones hechas a un deudor no impiden dirigirse frente a los demás si aquél no ha satisfecho la deuda por completo (artículo 1144 del Código Civil [LEG 1889\ 27]).

Si el acreedor podía dirigirse frente a uno de los deudores y la falta de oposición de éste acarrearía el despacho de ejecución frente a él, no se aprecia obstáculo alguno que impida llegar al mismo resultado cuando se demanda a varios y uno se ha opuesto. Si, llegado el caso, un obligado solidario obtuviere una sentencia favorable posteriormente y se entendiese que éste debe beneficiar a los demás por la fuerza expansiva de la solidaridad, que hasta la promulgación de la LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) tenía fundamento legal al venir recogido en el artículo 1252 del Código Civil (LEG 1889\ 27) , el deudor que hubiera pagado podría dirigirse frente al acreedor para reclamar lo pagado de más.

CUARTO Los razonamientos precedentes expuestos conducen al acogimiento del recurso, por lo que no procede hacer especial pronunciamiento sobre las costas de la alzada (artículo 398-2 de la LECiv [RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892]).

PARTE DISPOSITIVA

Estimar el recurso de apelación interpuesto por Hispamer Servicios Financieros, Establecimiento Financiero de Crédito, SA frente al Auto que con fecha seis de mayo de dos mil cinco dictó la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 3 de Avilés el que se revoca. Despáchese por el Juzgado ejecución frente a los demandados Don Jesús Carlos y Don Jon en los términos precedentes, manteniéndose el derecho de la actora de acudir al juicio ordinario frente al deudor opuesto, Don Ángel Daniel, en los términos expresados en esa resolución. No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de ambas instancias.

Así, por este auto, lo acordamos, mandamos y firmamos. Doy fe.

JUR 2006\ 99204

Sentencia Audiencia Provincial Pontevedra núm. 110/2006 (Sección 6ª), de 23 febrero

Jurisdicción: Civil

Recurso de Apelación núm. 4161/2005.

Ponente: Ilma. Sra. D^a. Magdalena Fernández Soto.

EJECUCIÓN FORZOSA (LECiv/2000): oposición a la ejecución: títulos no judiciales ni arbitrales: cheques y pagarés: falsedad de la firma: desestimación: informe pericial; falta de provisión de fondos: desestimación: existencia de causa de libramiento de los pagarés y cheques: débito generado por el impago de las rentas a que se refiere el contrato de arrendamiento de 2 de junio 2000.

La Sección 6ª de la Audiencia Provincial de Pontevedra **declara haber lugar** al recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la Sentencia de fecha 21-01-2005, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Vigo.

En Vigo, a veintidós de febrero de dos mil seis.

VISTO en grado de apelación ante la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sede en Vigo, los autos de Juicio Cambiario n. 705/02, procedentes del Juzgado de 1ª Instancia núm. 3 de Vigo, a los que ha correspondido el rollo de apelación 4161/05, aparece como parte Apelante-demandante, Don Millán, representado/s por el procurador D. Carlos Acosta Santos, asistido/s del letrado Doña Maria Jesús Ferreiro Ros, y como Apelado-Demandado, Don Sebastián, representado/s por el procurador Doña Paz Barreras Vazquez y asistido/s del letrado Don José Ramón Cuervo Gómez.

Ha sido Magistrado Ponente el Ilma. Sra. Doña Magdalena Fernández Soto, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO Por el Juzgado de Primera Instancia núm. 3 DE Vigo, con fecha 21-01-05, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

«Que estima la oposición formulada por el Procurador D. Paz Barreras Vazquez, en representación de Sebastián. Se imponen las costas a la parte demandante originaria y demandada de oposición».

SEGUNDO Contra dicha Sentencia, por el procurador D. Carlos Acosta Santos, en nombre y representación de D. Millán, se preparó y formalizó recurso de apelación, que

fue admitido a trámite, y conferido el oportuno traslado, se formuló oposición al mismo por la parte contraria. Una vez cumplimentados los trámites legales, se elevaron las actuaciones a la Audiencia Provincial de Pontevedra, correspondiendo por turno de reparto a esta Sección Sexta, sede Vigo, señalándose para la deliberación del presente recurso el día 24-11-05.

TERCERO En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Frente a la sentencia que estima la oposición en orden a la falsedad de la firma formulada por la representación del demandado, Don Sebastián, se alza el presente recurso de apelación que, en base a invocar error en la apreciación de la prueba, insta la revocación de aquella de acuerdo con el resultado de la prueba pericial practicada como diligencia final en la instancia, solicitando se dicte nueva resolución en la que admitiendo la demanda se condene al demandado al pago de la cantidad reclamada, con sus intereses y costas.

SEGUNDO Correctamente desestimadas en la instancia la falta de legitimación activa y la de falta de validez del título por figurar en uno de ellos (núm.7.605.253) una fecha inexistente abordaremos la excepción referida a la falsedad de la firma de los títulos que se acompañan con la demanda, cuatro cheques y un pagaré, en tanto que la parte demandada alegó que no son de su representado las que obran al pie de cada uno de ellos: «Sebastián, rubricado».

En primer lugar y en respuesta a las alegaciones del apelado, recordar la consolidada jurisprudencia que viene estableciendo que en aquellos casos que en que el juzgador tergiversarse ostensiblemente las conclusiones periciales o extraiga deducciones absurdas o ilógicas podrá prosperar la impugnación (STS 20 febrero 1992 [RJ 1992\ 1329] , entre otras) o dicho de otra forma que el error o desacierto en la valoración de la prueba pericial puede ser censurado y sometido a revisión en la apelación.

La sentencia de instancia parte de que se han realizado dos informes caligráficos, aludiendo a sus conclusiones antagónicas para, seguidamente, sin entrar a valorarlos ni contrastarlos, concluir expresando sus dudas sobre la autenticidad de los títulos, y ello en base a que el demandante declaró en la prueba de interrogatorio que el nombre de Sebastián que figura en los títulos a modo de antefirma fue puesto por un empleado del Banco Urquijo, sin distinguir que en el caso figuran, además de lo anterior, las firmas o rubricas correspondientes que, con independencia de la antefirma, también fueron objeto de dictamen pericial, ni realizar el necesario examen comparativo entre ambas periciales, resultando, por lo demás, ilógica la exclusiva valoración de lo que llamaremos antefirma en tanto que la misma, según fue aceptado por la parte, no la realizó el Sr. Sebastián.

La perito Doña Magdalena, dictaminó en su informe que la escritura que aparece en los documentos dubitados y la que aparece en el documento indubitado no fue realizada por la misma mano autores es decir, por Don Sebastián. Como quiera que la representación del demandante consideró que la mención que se hacia en el mencionado informe era escasa, interesó la ampliación de la pericial que fue admitida en cuanto a tres de los

extremos solicitados, lo que dio lugar a la ampliación incorporada al procedimiento el 22 de mayo 2003, en la que la nombrada perito refiriéndose a lo que nosotros llamamos antefirma -el nombre de Sebastián- y después de un somero análisis de cada una de las letras que componen la expresión, análogo al que ya constaba en su primitivo informe, concluye que han sido realizadas por la misma mano autora; al contestar sobre las similitudes de las antefirmas y rubricas informa que tienen la misma presión, que hay una mezcla de ángulos y curvas y que el despegue es hacia arriba-derecha, para concluir que ambas fueron realizadas por la misma mano y con la misma tinta y ello sin expresar el análisis o la técnica empleada al efecto. A la vista del dictamen anterior y las explicaciones rendidas por la informante en el acto del juicio, la representación de la demandante solicitó que se acordara como diligencia final una nueva pericial caligráfica, precisando en escrito presentado el 2 de enero 2001 y una vez acordada la misma, que el objeto de la pericia debería limitarse a la firma/rubrica no legible, puesto que la antefirma no la imputan al demandado, Sr. Sebastián. Nombrada que fue para tal encargo la perito calígrafo Doña Valentina, explicitó en el mismo que todos los documentos, dubitados e indubitados, han sido debidamente analizados en el Instituto de Ciencias Criminológicas aplicando la tecnología óptica, métrica y lumínica precisa, a la vez que explicó las técnicas exploratorias empleadas, metodología y criterios grafoanalíticos, reflejando exhaustivamente en el informe el resultado de los mismos, para concluir dictaminando que las firmas/rubricas dubitadas han sido estampadas por el mismo autor que realizó los cuerpos de escritura que le fueron facilitados y que están atribuidos a Sebastián. La Sra. Valentina, como ya adelantó en su informe escrito, explicó, al ratificar su informe y someterlo a contradicción en el acto del juicio, que en el cuerpo de escritura apreció una tendencia a la autofalsificación, que tal cuerpo resulta escaso para la pericia en cuanto a la letra no así en cuanto a la rubrica, concluyendo que la rubrica esta hecha por la misma persona que no ha sido copiada por nadie y que es del Sr. Sebastián, siendo indiferente que se hubiese estampado antes la antefirma que la rubrica o viceversa.

Pues bien, una vez puestos de manifiesto ambos informes indudablemente nos merece más confianza y credibilidad el rendido por la Sra. Valentina al apreciarse racionalmente motivado, coherentemente explicado en el acto de la ratificación y, en particular, por la exactitud, conexión y resolución de los argumentos que soportan su exposición, así como de la técnica y metodología empleada, de lo que manifiestamente carece el rendido por Doña Magdalena. Consideraciones, las anteriores, que conducen a la desautorización de la oposición basada en la falsedad de la firma, compartiendo así la Sala -que no alberga las dudas del juzgador de instancia- el criterio del recurrente de que los títulos en que se basa el procedimiento cambiario han sido firmados por el demandado, autor de las rubricas que estampa en el lugar destinado a la firma del librador, firmas autenticas, con valor estructural y formal, por lo cual procede estimar el primer motivo del recurso.

TERCERO En cuanto a la excepción de falta de provisión de fondos, reexaminada la prueba, no es difícil concluir que concurre también en el supuesto examinado una causa de libramiento de los pagares y cheques. Efectivamente, la causa está en el debito generado por el impago de las rentas a que se refiere el contrato de arrendamiento de 2 de junio 2000, obrante a los folios 111 y sig., como lo evidencian el requerimiento notarial de fecha 16 de octubre del 2000 que se entendió con la esposa del demandado y en el que se le requería para el pago de las rentas debidas y se daba por resuelto el derecho de opción de compra, la sentencia dictada en juicio de desahucio el 2 de octubre 2003 en la que se declaró resuelto el ya mencionado contrato de arrendamiento, suscrito por los aquí litigantes y, el pacto suscrito entre ambos en el que acuerdan la forma de pago de

las debidas, pacto en el que una vez cuantificada la deuda generada por el impago de rentas convienen en que se hará efectiva con la emisión de unos cheques y pagares, los cuales perfectamente detallados por numero, cuantía y fecha de vencimiento coinciden absolutamente con los aquí reclamados (f. 125 a 129) pues son precisamente objeto de este juicio.

CUARTO La estimación del recurso justifica que no se haga especial pronunciamiento sobre las costas de esta alzada, de conformidad con el art. 398 en relación con el 394 de la LECiv (RCL 2000\ 34, 962 y RCL 2001, 1892) .

En atención a lo expuesto y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que nos confiere la Constitución Española-

FALLAMOS

Estimar el recurso de apelación interpuesto por el procurador Don Carlos Acosta Santos en nombre y representación de Don Millán, frente a la sentencia dictada en fecha 21 de enero 2005 por el Juzgado de 1ª Instancia num. 3 de Vigo en Juicio Cambiario núm. 705/02, de que dimana el presente Rollo, la cual revocamos en el sentido de desestimar la oposición formulada por la representación de Don Sebastián y, en consecuencia, mandamos seguir la ejecución adelante hasta hacer pago al actor del principal reclamado DIECISIETE MIL, CINCUENTA Y SEIS EUROS, CON SETENTA Y DOS CENTIMOS (17.056,72 euros) más otros CINCO MIL SEISCIENTOS EUROS (5.600 euros) en que se han presupuestado, sin perjuicio de su ulterior liquidación, los intereses, gastos y costas, a través de los oportunos trámites legales; con expresa imposición de las costas devengadas en la instancia y sin hacer expreso pronunciamiento de los devengadas en esta instancia.

Notifíquese a las partes.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente Doña Magdalena Fernández Soto, en audiencia pública de la Sala, en el mismo día de su fecha. Doy fe.

PUBLICACIÓN.-En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr./a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.

RJ 2005\ 10187

Sentencia Tribunal Supremo núm. 924/2005 (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 2 diciembre

Jurisdicción: Civil

Recurso de Casación núm. 1505/1999.

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montes Penades.

RECURSO DE APELACION: Alcance y características: recurso ordinario: plena competencia para conocer y resolver todas las pretensiones de las partes.

RECURSO DE CASACION: Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia: error de derecho en la apreciación de la prueba: desestimación: necesidad de citar el precepto valorativo de la prueba infringido; no cabe plantear cuestiones nuevas.

CONTRATO DE DISTRIBUCION: en exclusiva: concepto y características; Resolución: por incumplimiento: procedencia: concesionaria que estando ya en situación de impago seguía solicitando mercaderías que acumulaba: condena a abonar su precio: obligación que no se puede sustituir por la devolución de las mercaderías.

Los antecedentes de hecho cuyo conocimiento es necesario para el estudio de la Sentencia se relacionan en su fundamento de derecho primero.

La demandada interpone recurso de casación contra la Sentencia dictada el 19-02-1999 por la Sección decimoprimera de la Audiencia Provincial de Barcelona.

El TS declara no haber lugar al recurso.

En la Villa de Madrid, a dos de diciembre de dos mil cinco.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, constituida por los Magistrados indicados al margen, ha visto el presente recurso de casación interpuesto por la Procuradora D^a Victoria Brualla Gómez de la Torre, en nombre y representación de Dachs Electronica, SA, contra la Sentencia dictada con fecha diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve por la Sección Once de la Audiencia Provincial de Barcelona en el Recurso de Apelación núm. 1207/96 dimanante de los autos de Juicio declarativo de Menor cuantía núm. 924/91 del Juzgado de Primera Instancia núm. 37 de Barcelona. Ha sido parte recurrida Navarra de Componentes Electrónicos, SA, representado por el Procurador D. Argimiro Vaquez Guillen.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO «Navarra de Componentes Electrónicos, S.A». dedujo demanda contra D. Aurelio y «Dachs Electrónica, S.A». ante el Juzgado de Primera Instancia de Barcelona número 37, postulando la condena solidaria de ambos demandados a satisfacerle la suma de 76.590.216 pesetas, así como la resolución del contrato de 30 de junio de 1986 y, para el caso de no apreciarse la solidaridad, la condena alternativa a uno y a otro, en todo caso con imposición de costas. Los demandados contestaron a la demanda y, tras oponer la excepción de cosa juzgada y la falta de legitimación de D. Aurelio. para ser demandado, solicitaron la desestimación de la demanda, formulando reconvencción en la que solicitaban se declarase la resolución del contrato de 30 de junio de 1986, con la obligación de la actora de indemnizar a «Dachs Electrónica, S.A». la totalidad de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento unilateral del contrato de distribución, a calcular en ejecución de sentencia, compensando el saldo resultante de la deuda recíproca, a determinar asimismo en ejecución de sentencia, y el derecho de «Dachs Electrónica, S.A» a devolver al actor la mercancía en depósito por el importe del valor reclamado por la actora.

SEGUNDO La Sentencia dictada en Primera Instancia, en 16 de mayo de 1996, estimó parcialmente la demanda y la demanda reconvenccional. Absolvió a D. Aurelio., declaró «cesados los efectos del contrato de 30 de junio de 1986» entre «Navarra de Componentes Electrónicos, S.A». y «Dacha Electrónica, S.A». , por incumplimiento de dicho contrato por parte de la actora, y condenó a ésta a pagar a «Dachs Electrónica, S.A». los daños y perjuicios que le ha causado dicho cese por incumplimiento, que se determinarán en ejecución de sentencia; y condenó también a «Navarra de Componentes Electrónicos S.A». a recibir las mercancías o productos que forman el stock en poder de «Dacha Electrónica, S.A». de los cuales los no pagados por ésta se deducirán de la cantidad de 74.575.258 pesetas que Nacesa reclama, y el importe de los ya pagados por Dachs a la otra parte, deberán serle reembolsados por la misma, cuyos cálculos y comprobaciones se realizarán en ejecución de sentencia; condenando a Dachs a que pague a Nacesa el saldo que resulte a favor de ésta, caso de haberlo. Todo ello sin expresa imposición de costas.

TERCERO Apelada por la actora, fue parcialmente revocada por la Sentencia que dictó la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 11ª, en 19 de febrero de 1999, Rollo 1207/96, por la que, estimando el recurso, se declaró resuelto el contrato de 30 de junio de 1986, condenando a la demandada «Dacha Electrónica, S.A». a pagar a la actora 76.590.216 pesetas más sus intereses legales, sin hacer expresa imposición de costas, salvo respecto del demandado absuelto D. Aurelio., que se imponen a la actora. Se desestima la reconvencción, imponiendo las costas al actor reconvenccional. No se hace expresa declaración respecto de las costas de la apelación.

CUARTO Contra dicha Sentencia ha interpuesto «Dachs Electrónica, S.A». recurso de casación, ordenado sobre siete motivos, de los cuales el 1º y el 2º se amparan en el ordinal 1º del artículo 1692 LECiv/1881 (LEG 1881\ 1) y los otros cinco por el ordinal 4º del mismo precepto. La parte recurrida ha formulado oportunamente oposición al recurso.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO Del debate suscitado en la litis es importante destacar los extremos que acto seguido exponemos.

Por el contrato que ligaba a las partes, de 30 de junio de 1986, llamado «compromiso de distribución», la actora cedía a «Dacha Electrónica, SA»(Dachs) la venta de sus productos en «Cataluña, Baleares y Levante», dirigidos al núcleo de clientes revendedores, comprometiéndose a no suministrar directamente a estos clientes. Dachs se comprometía a no negociar, vender o facturar productos de la actora a otros clientes que están fuera de este compromiso y que se consideran clientes directos de «Navarra de Componentes Electrónicos, SA»(Nacesa). La condición de pago era a 90 días fecha factura y la duración del compromiso se establecía al 30 de junio de 1987, renovándose luego por un contrato a largo plazo, en el que se reflejarían y contemplarían todos los puntos adicionales de un contrato de distribución y que el incumplimiento de cualquiera de estos cuatro puntos por parte de los firmantes da derecho al otro a cancelar el contrato ipso facto, sin que la parte causante de la ruptura pudiera exigir contraprestación por daños.

Pasado el plazo, no se renovó el contrato, si bien las partes continuaron colaborando dos años más bajo el mismo régimen., hasta que surgieron desavenencias cuando Nacesa nombró distribuidora de sus productos a BIOHM, SA para las «zonas Norte, Centro y Sur del mercado español». Dachs dejó de pagar y, sin regularizar la deuda pendiente, cursó nuevos pedidos. Nacesa denunció el contrato, comunicándolo por vía notarial a los demandados, y reclamó 74.575.258 pesetas por suministros impagados y 2014.958 pesetas por gastos bancarios.

Los demandados fijaron en cuatro puntos las divergencias entre las partes: a) fijación de los límites de duración del contrato; b) incumplimiento de la exclusiva por Nacesa; c) situación del stock permanente en los almacenes de Dachs; d) cese de la relación con daños, por lucro cesante, lesión de la reputación comercial, mantenimiento del stock, gastos de publicidad e indemnización del personal cualificado.

El Juzgado de Primera Instancia calificó la relación contractual como un contrato de distribución, acogiendo a las Sentencias de esta Sala de 11 de febrero de 1984 (RJ 1984\ 647) , 22 de marzo de 1988 (RJ 1988\ 2224) y 27 de mayo de 1993 (RJ 1993\ 3986) . Veía los requisitos básicos de concesión exclusiva y terminante prohibición a las partes de invadir la zona o la clientela asignada al distribuidor, a cuya prohibición constataba que «suelen ir unidas otras cláusulas, como son las de tener un stock o la promoción de los productos».

Las divergencias se originan cuando Nacesa concede a BIOHM, SA la distribución, si bien para zona distinta, según la actora, pero esta nueva distribuidora, que habría de respetar la zona concedida, se instala en los locales de Nacesa y reparte una circular ofreciendo los servicios como en calidad de distribuidor para las zonas «Norte, Centro y Sur del mercado español».

En el criterio del Juzgado de Primera instancia, el incumplimiento del contrato debe imputarse a Nacesa (F. 5º), que ha de pagar los daños que se calcularán (F. 6º),

debiendo Nacesa hacerse cargo del stock que obligaba a tener el pacto 3º del contrato, ya que la compra de mercaderías hasta 50 mm/ ptas. venía impuesta por el concedente, lo que permite calificar la compra como dependiente de los pactos y, aunque no se pactó, ordenar la devolución, que estaría implícita en el contrato (F. 7º), pues de otro modo el distribuidor se vería perjudicado «ante la existencia de un stock que había dejado de distribuir en exclusiva y que había pasado a ser distribuido con tal carácter por una entidad distinta, competidora en el mercado y, en consecuencia, con dificultades notables para colocar el stock en el mercado». Por ello, Nacesa había de ser condenada a recibir las mercancías o productos que forman el stock, debiendo determinarse en ejecución de sentencia qué parte fue pagada y cual no.

La Sala de Instancia, en cambio, a partir de que ambas partes solicitan la resolución, examina el contrato (F. 4º), destaca que las partes continuaron bajo las condiciones del contrato hasta que surgió el conflicto, y que el impago de las mercancías suministradas a Dachs no es controvertido, y en cambio se ha probado la entrega. Examina si hubo actuación contraria a lo pactado y a la buena fe contractual (F. 5º) y concluye que el incumplimiento atribuido a Nacesa no ha sido probado, ni la captación por BIOHM ni la oferta de precios más bajos. Señala que sólo se producen consecuencias indemnizatorias para el contratante que resuelve el contrato de distribución en exclusiva «pactado sin limitación temporal» cuando actúa o procede de manera maliciosa, abusiva o contraria a la buena fe, lo que aquí no se ha probado. Ni cabe atender a lo solicitado sobre devolución de mercaderías, pues Dachs siguió formulando pedidos cuando ya se habían dejado de atender pagos, esto es, se había colocado en situación de incumplimiento y seguía solicitando, y ahora pretende la devolución de la mercancía. Por todo ello, declara resuelto el contrato, estima la demanda frente a Dacha Electrónica, SA, absolviendo a D. Aurelio. y desestima la reconvencción.

SEGUNDO En el primero de los motivos, por la vía del ordinal 1º del artículo 1692 LECiv/1881 (LEG 1881\ 1) , denuncia la recurrente exceso en la jurisdicción en la valoración de la prueba, invocando jurisprudencia para justificar que la Audiencia Provincial se habría extralimitado en su función, en cuanto que - según la recurrente - si «el Juzgador de Primera Instancia considera que una valoración conjunta (de la prueba) acredita uno u otro de los peticionamientos mantenidos por las partes, tal valoración tiene que ser respetada y no puede ser sustituida por una nueva valoración de cada una de las pruebas». Ante todo, es claro que el cauce del ordinal 1º del artículo 1692 LECiv/1881 sólo comprende el abuso, exceso o defecto de jurisdicción y nada tiene que ver con la valoración de la prueba. Razón que ya sería suficiente para rechazar el motivo. Pero, además. el motivo se basa en un error manifiesto: confunde «instancia» con «primera instancia», ignora el sentido del recurso de apelación en nuestro Derecho e invoca, para referirla a la apelación, jurisprudencia referida a la casación como recurso extraordinario. El Recurso de Apelación (Sentencias de 6 de julio de 1952, de 11 de julio de 1990 [RJ 1990\ 5853] , de 13 de mayo de 1992 [RJ 1992\ 3922] , de 21 de abril de 1993 [RJ 1993\ 3111] , entre muchas otras), en cuanto ordinario que es, transfiere plena jurisdicción al órgano superior para volver a conocer del asunto planteado y debatido en la primera instancia, aunque dicha transferencia no se produzca de modo incondicionado y absoluto, sino con limitaciones que no son aquí de destacar, dado que en la materia a que se refiere, y en los términos en que se ha planteado en el caso, no cabe duda de que la Sala ha podido conocer y resolver las cuestiones suscitadas, revisando la prueba.

El motivo ha de ser, pues, desestimado

TERCERO La misma suerte ha de correr el segundo de los motivos, en que, por idéntica vía al anterior, se denuncia exceso de jurisdicción en lo que se refiere a la «existencia de buena o mala fe en el comportamiento de las partes», invocando también, dentro de la misma confusión que hemos puesto antes de relieve entre «instancia» y «primera instancia» doctrina de esta Sala sobre el recurso extraordinario de casación. El motivo ha de ser desestimado por las mismas razones que el motivo anterior, cuya reproducción sería superflua.

CUARTO Por la vía del ordinal 4º del artículo 1692 LECiv/1881 (LEG 1881\ 1) , el tercero de los motivos denuncia la infracción, por interpretación errónea, del artículo 1124 del Código civil (LEG 1889\ 27) , párrafo primero, en relación con los artículos 7 y 1258 del mismo Código, 57 del Código de Comercio (LEG 1885\ 21) y 5 de la Ley 3/1991, de 10 de enero (RCL 1991\ 71) , de competencia desleal.

Parte la recurrente de que «para apreciar cualquier posible incumplimiento, se hace preciso determinar la concurrencia de buena o mala fe en la conducta de cualquiera (de las partes)», y pretende una revisión de la prueba, para demostrar que la parte demandada, ahora recurrente, al adquirir mercaderías, cumplía su obligación de sostener un stock (de buena fe), que ahora se debería obligar a aceptar a la contraparte.

Pero esta posición, de una parte, se enfrenta con la estimación probatoria efectuada por la Sala, que no es posible revisar en casación salvo arbitrariedad o irrazonabilidad, que cabría plantear como error en la valoración, pero que se ha de suscitar invocando el concreto precepto que se haya infringido, razonándolo adecuadamente, sin desarticular la estimación en conjunto para basarse en elementos aislados, lo que aquí no se hace (Sentencias de 18 de mayo de 1992 [RJ 1992\ 4129] , de 28 de octubre de 1994 [RJ 1994\ 7872] , 4 de noviembre de 1993 [RJ 1993\ 8966] , 7 de junio de 1995 [RJ 1995\ 4631] , etcétera). La Sala de Instancia, por otra parte, destacaba que la ahora recurrente, situada ya en actitud de no atender los pagos pendientes, solicitaba más mercaderías: una estimación de hecho que, como «quaestio facti» no es posible revisar salvo error en la valoración, como se ha dicho, y que es cardinal para la comprensión de la posición de la sentencia recurrida.

Por cuya razones el motivo ha de ser desestimado.

QUINTO En el Motivo cuarto, por la vía del ordinal 4º del artículo 1692 LECiv/1881 (LEG 1881\ 1) , se denuncia la infracción, por interpretación errónea, del artículo 1255 del Código civil (LEG 1889\ 27) , «en relación con la jurisprudencia interpretativa del contrato de distribución y el artículo 1124 del Código civil».

De entre las concretas cláusulas del contrato que regía las relaciones entre las partes, destaca ahora la recurrente el pacto de exclusiva, la cláusula sobre mantenimiento del stock y la fijación de los precios de común acuerdo, e insiste en que el mantenimiento del stock era requisito ineludible y no puede ser considerado como causa de incumplimiento. No precisa más la recurrente sobre el sentido de la infracción que denuncia, aunque cabría deducir que está reprochando a la sentencia recurrida que entienda como incumplimiento la adquisición de mercadería después de hallarse el distribuidor en situación de impago, por cuanto -siempre según la recurrente- estaba obligada a ello por razón de lo convenido y de acuerdo con el contenido típico de la relación establecida entre las partes.

La Sala de instancia parte de la constatación de que ambas partes han solicitado la

resolución, entiende que no se ha probado un incumplimiento por parte de Nacesa, por lo que no cabe atribuir el carácter de abusivo o malicioso a la resolución por parte de ésta; y en cambio ha quedado acreditado que Dachs, cuando ya se había colocado en una situación de incumplimiento contractual, solicita mercancía que se le entrega y posteriormente pretende su devolución.

Ante tales afirmaciones, que comprenden cuestiones de hecho ya intocables en casación y cuestiones de derecho que han sido correctamente resueltas en función de los indicados hechos, no cabe entender que se haya producido la infracción del artículo 1255 CC (LEG 1889\ 27) que aquí se denuncia, por cuanto ni la Sala de instancia desconoce el valor de las determinaciones de la autonomía de la voluntad ni el precepto invocado puede servir de apoyo, dado su carácter general, a un recurso de casación si no va acompañado de la cita del contrato que al amparo de la libertad que el precepto consagra se haya efectivamente pactado y del precepto correspondiente al régimen legal de ese contrato (Sentencias de 18 de noviembre de 1996 [RJ 1996\ 8640] , de 26 de noviembre de 1997 [RJ 1997\ 8433] de 23 de septiembre de 1998 [RJ 1998\ 7847] , entre otras).

Por otra parte, estamos ante un contrato de distribución en que el distribuidor adquiere los bienes que pretende colocar en el mercado y juega con la diferencia entre el precio de coste y el de transferencia para, deducidos los gastos, obtener beneficios (Sentencias de 8 de noviembre de 1995 [RJ 1995\ 8637] , de 17 de mayo [RJ 1999\ 4046] y de 30 de octubre de 1999 [RJ 1999\ 8169] , entre otras). Se trata de un contrato mercantil complejo, de duración, en que interviene una especial consideración o relevancia del distribuidor (capacidad técnica u organizativa, etc.) generando un intuitus personae (Sentencias de 22 de marzo de 1988 [RJ 1988\ 2224] , de 28 de febrero de 1989 [RJ 1989\ 1409] y de 21 de noviembre de 1992 entre otras muchas). El distribuidor actuaba en nombre y por cuenta propia, adquiriendo por compraventa los productos de la concedente, entre otros caracteres que no es necesario destacar aquí (pero pueden verse en Sentencias como las de 17 de mayo [RJ 1999\ 4046] y 30 de octubre de 1999 [RJ 1999\ 8169]), en una relación que ha de regirse por el régimen pactado (arts. 1255 y 1091 CC [LEG 1889\ 27]), integrado de acuerdo conforme a lo previsto en los artículos 1258 CC y 57 Ccom (LEG 1885\ 21) . Así las cosas, la situación de impago que se produce es entendida como justa causa para la resolución por la Sentencia de apelación, y esta apreciación no puede infringir el precepto que se invoca como infringido, y menos cuando, como se ha dicho, no basta por sí solo, dado su carácter genérico, para fundar un motivo casacional. Por lo que el motivo ha de ser desestimado.

SEXTO El quinto de los motivos del recurso, introducido por el cauce del ordinal 4º del artículo 1692 LECiv/1881 (LEG 1881\ 1) , denuncia la «infracción por interpretación errónea de la jurisprudencia sobre los contratos de distribución en exclusiva». Se trataría de demostrar que la compraventa de mercaderías que se efectuaba en base a la relación establecida no tiene el carácter de compraventa en firme. A cuyo efecto invoca dos sentencias de esta Sala (27 de mayo de 1993 [RJ 1993\ 3986] y 3 de junio de 1994 [RJ 1994\ 4582]).

El motivo no puede prosperar. En primer lugar, las Sentencias a que se refiere no contradicen la posición de la Sala de instancia en la Sentencia recurrida, ni menos en cuanto se trata de señalar, sin precisión sobre el caso debatido, un fragmento de lo razonado en ellas. La segunda de las citadas trata de calificar como de «distribución en exclusiva» una relación que había sido entendida como «compraventa mercantil». La

primera de las citadas, se ciñe a los pactos específicamente convenidos en el contrato a que se refiere.

En segundo lugar, es propio del contrato de concesión o de distribución en exclusiva que el concesionario o distribuidor se obligue a comprar los productos al empresario principal o concedente para revenderlos por su cuenta y riesgo a su propia clientela, de modo que parece que la reventa es elemento esencial del sistema operativo en este tipo de relaciones, aunque -como destaca la más reciente doctrina- el elemento que verdaderamente cualifica el contrato de distribución o concesión mercantil es la «promoción» de la distribución de los productos del concedente entre el público, de modo que la compraventa de tales productos juega un papel instrumental, pues el concesionario no compra para satisfacer sus propias necesidades, sino para promover la colocación de esos productos en el mercado. Es decir, que a pesar de que actúa en nombre y por cuenta propia, el concesionario sirve los intereses del empresario concedente, y se integra en su red distributiva. En esta concepción el pacto de exclusiva aparece como un elemento natural, pero no esencial, y desde este punto de vista cabría integrar la regulación, a falta de normativa propia, mediante el recurso a figuras que cumplen una función próxima, como ocurre con el contrato de agencia, que es lo que parece buscar, aun cuando no lo diga expresamente, la recurrente.

Pero no hemos de olvidar que estamos ante un supuesto de resolución por justa causa y no ante una denuncia unilateral sin preaviso, lo que se encuentra admitido con carácter general por el artículo 1124 CC (LEG 1889\ 27) (y en el contrato de agencia, por el artículo 26 de la Ley 12/1992 [RCL 1992\ 1216]), como puede verse, entre otras, en las Sentencias de 27 de febrero de 1990 (RJ 1990\ 722) , de 18 de marzo de 1991 (RJ 1991\ 2265) , de 27 de mayo de 1993 (RJ 1993\ 3986) , de 8 de noviembre de 1995 (RJ 1995\ 8637) o de 15 de noviembre de 1997 (RJ 1997\ 8126) , ya que la Sala de instancia considera, en base precisamente a los pactos establecidos entre las partes, que preveían el pago de las mercaderías a 90 días, que la concesionaria, estando ya en situación de impago, seguía solicitando mercaderías, que iba acumulando sin pagar, y la consideración de esa actitud, que cabe calificar de contraria a la buena fe, determina la solución en la instancia.

Por cuyas razones el motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO En el Motivo sexto, por el cauce del ordinal 4º del artículo 1692 LECiv/1881 (LEG 1881\ 1) , se denuncia la infracción, por interpretación errónea, de los artículos 6, párrafo primero, 7 y 12 de la Ley de Competencia desleal (RCL 1991\ 71) , en relación con los artículos 1258 y 1281 del Código civil (LEG 1889\ 27) , y 57 del Ccom (LEG 1885\ 21) .

El planteamiento del motivo es confuso. Se produce una cierta mezcolanza de preceptos, sobre todo apreciable si se trata, como parece a tenor de cuanto se explica en el texto del recurso, que se trata de dar a un documento (el núm. 10 de los acompañados a la contestación de la demanda) un valor que no le dio la Sentencia recurrida, ya que tal documento adveniría que el nuevo concesionario de los productos (BIOHM) se ha presentado a la clientela como distribuidor en las zonas «Norte, Centro y Sur del mercado español».

Pero, de una parte, este documento ha sido ya apreciado por la Sala, y no se está presentando un error en la valoración de la prueba, única vía por la que cabía reexaminarlo. Y por otra parte, guarda una relación ciertamente lejana con la infracción

que se denuncia, pues vendría a decirse que al haber realizado esta « presentación » el nuevo distribuidor de Nacesa ésta ha incidido en un comportamiento de mala fe, desleal, con aprovechamiento indebido de la reputación comercial ajena. Lo que la Sala tiene por no probado, ni en punto a captación de clientes ni en cuanto se refiere a ofertas de más bajo precio.

Finalmente, estamos ante una cuestión nueva que una reiterada doctrina jurisprudencial impide conocer en casación (Sentencias de 22 de abril de 1992 [RJ 1992\ 3319] , 4 de junio [RJ 1994\ 4583] , 22 de julio [RJ 1994\ 6575] y 20 de septiembre de 1994 [RJ 1994\ 6979] , etc.), al menos en cuanto se refiere a la alegación de un comportamiento desleal, al que sería aplicable la Ley de Competencia desleal (artículo 7 y 12 de la Ley 3/1991, de 10 de enero). El motivo, por ello, ha de ser desestimado.

OCTAVO El Motivo séptimo, al amparo del ordinal 4º del artículo 1692 LECiv/1881 (LEG 1881\ 1) , denuncia la infracción por interpretación errónea de «la jurisprudencia interpretativa del contrato de distribución en relación con la indemnización de daños y perjuicios a cargo del concedente».

Aunque redactado con notoria falta de precisión, que por sí misma acarrearía la desestimación (causa de inadmisión, según el artículo 1710.1, 2ª, inciso primero LECiv/1881, que en esta fase implica la desestimación; Sentencias de 20 de febrero y 8 de julio de 1992 (RJ 1992\ 6190) , entre otras muchas), parece reclamarse aquí la indemnización por clientela. El motivo ignora que se trata de un contrato de distribución en el que se ha determinado que la resolución tiene justa causa, y además plantea ahora una cuestión nueva, sin apoyo de ninguna clase en las pretensiones oportunamente deducidas ni menos en la prueba practicada no sólo respecto de la existencia y cuantificación de los daños, sino en las circunstancias que necesariamente han de concurrir para que la indemnización se pudiera conceder, venciendo las dificultades que se presentan por el tipo de relación entablada, por el modo de su finalización y por la imprescindible apreciación de las ventajas de que estaría disfrutando el concedente y demás estimaciones que han de concurrir para que tal indemnización le pudiera ser concedida. Reiteramos que no procede conocer de esta cuestión en casación, según se ha visto en el Fundamento Jurídico anterior, y en consecuencia se ha de desestimar el motivo.

NOVENO La desestimación de todos y cada uno de los motivos conduce a la del recurso, de acuerdo con el artículo 1715.3 LECiv/1881 (LEG 1881\ 1) , con imposición a la recurrente de las costas.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

NO HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la Procuradora Dª Victoria Brualla Gómez de la Torre en nombre y representación de Dachs Electrónica, SA contra la Sentencia dictada con fecha diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y nueve por la Sección Once de la Audiencia Provincial de Barcelona en el recurso de apelación núm. 1207/96, dimante de los Autos de Juicio declarativo de menor cuantía núm. 924/91 del Juzgado de Primera Instancia de Barcelona núm. 37, imponiendo a dicha parte las costas causadas en el presente Recurso.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de Sala.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.- Jesús Corbal Fernández.- Vicente Luis Montés Penadés.-Clemente Auger Liñán.- Rubricados.

PUBLICACIÓN.-Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. D Vicente Luis Montés Penadés, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

14

JUR 2006\ 27255

Auto Juzgado de lo Mercantil Cantabria, Santander, (Núm. 10), de 23 diciembre 2005

Jurisdicción: Civil

Recurso núm. 758/2005.

Ponente: María del Mar Hernández Rodríguez.

MEDIDAS CAUTELARES: Finalidad, características y requisitos; Adopción «inaudita parte»: aplicación restrictiva: requisitos; EMBARGO PREVENTIVO: IMPROCEDENCIA: Ausencia de apariencia de buen derecho: acción de fiador vía 1843.4º: naturaleza cautelar de la acción pretendida: no cabe añadir el embargo de bienes y derechos en garantía de un derecho que aún no tiene.

JUZGADO DE 1ª INSTANCIA Nº 10

SANTANDER

MEDIDAS CAUTELARES Nº 758/2005

DEMANDANTE: HORMIGONES CÁNTABROS, S.A., don Enrique y doña

Asunción

Procurador: don Ignacio Calvo Gómez

DEMANDADOS: REAL RACING CLUB DE SANTANDER, S.A.D.,

AUTO

En Santander, a 23 de diciembre de 2005, por mí, María del Mar Hernández Rodríguez, Magistrada del Juzgado de Primera Instancia nº 10 y de lo Mercantil de Santander, se procede a dictar el presente Auto resolviendo solicitud de medidas cautelares.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por los Procuradores don Ignacio Calvo y don Fernando García Viñuela, en la representación que respectivamente acreditaron en autos, se presentó solicitud de medidas cautelares previas a la demanda frente a REAL RACING CLUB DE SANTANDER, S.A.D., consistente en el embargo preventivo de bienes y derechos de ésta en cuantía suficiente para cubrir la cantidad de 3.103.853,93 euros de principal y 150.000 euros por intereses y costas. Efectuado requerimiento para que otorgasen una común y única representación y común defensa, se atendió el requerimiento efectuado, quedando a continuación los autos para resolver.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por el Procurador don Ignacio Calvo Gómez, en la representación se tiene acreditada en autos, se solicitó la adopción de medidas cautelares previas a la demanda frente al Real Racing Club de Santander, S.A.D., consistente en el embargo preventivo de bienes de ésta suficientes para cubrir la cantidad de 3.103.853,93 de euros de principal más 150.000 euros en concepto de intereses y costas. Basa su petición en la concesión de un crédito a cuenta corriente por importe de 9.000.000 euros por Caja de Ahorros de Santander y Cantabria al Real Racing Club de Santander, mediante póliza intervenida por Notario, en la cual los solicitantes se obligaron como fiadores solidarios del Racing. En segundo término, en que los solicitantes han recibido el 21 de octubre de 2005 sendas cartas de la Caja de Ahorros de Santander y Cantabria en la que les comunicaban que la operación de crédito proyecta un saldo exigible de 3.103.853,93 euros conminándoles para la puesta al corriente de la operación, tras o cual formalizaron actas de requerimiento a la Sociedad Anónima Deportiva en las que la requerían para que les relevase de la garantía o, alternativamente, procediera a dar cumplimiento a la contragarantía que el Club acordó otorgar a los actores por razón de haber garantizado éstos las obligaciones asumidas por el Club en virtud del contrato, que no fueron contestados. Alegan que la acción que pretenden ejercitar es la prevista en el artículo 1.843 del Código Civil y que existe urgencia para la adopción de la medida ante el peligro de insolvencia del Club que tiene anunciada un Junta General Ordinaria y Extraordinaria de Accionistas para el próximo día 29 de diciembre de 2005 en cuyo orden del día se incluyen, el examen de la situación económica de la sociedad, la aprobación de las condiciones que permiten el restablecimiento del equilibrio patrimonial de la sociedad, la ampliación de capital y alternativamente a estas dos medidas, la disolución de la sociedad o solicitud de la declaración de concurso de la misma.

SEGUNDO.- La adopción de las medidas cautelares reguladas en los artículos 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil viene determinada por su necesidad para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pueda otorgarse en eventual Sentencia estimatoria, si concurren los preceptos previstos en el art. 728 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 726.1.º), de modo que no puedan verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso (art. 721.1 y 727.11ª), por lo que con ella no se protege la ejecución sino la efectividad de la Sentencia.

Para la comprensión de tales consideraciones ha de partirse de la finalidad del proceso judicial, esto es, otorgar la tutela judicial que consagra el artículo 24 de nuestra Constitución, es decir, que sirve para la conservación y actuación del derecho otorgando tutela jurídica a quien está necesitado de ella. La correcta tutela en ocasiones no se obtiene por la simple declaración del derecho sino que requiere un plus determinado para la plena efectividad del derecho reconocido, por ello ante la real situación de un proceso largo y complejo, han de adoptarse medidas para evitar que la declaración de derecho que se realice en el mismo resulta inútil o baldía, por la previsible conducta del demandado de burlar el contenido obligacional incumplido ante lo cual es preciso una tutela cautelar. Con ello se trata que por el transcurso del tiempo no resulte carente de contenidos la declaración de la resolución final y a esto es lo que tiende las denominadas medidas cautelares, es decir asegurar lo que se pretende con el proceso, asegurar la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso, en definitiva.

Por otro lado, el artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece como momento ordinario para su solicitud el de la presentación de la demanda principal, acompañando tal regla de dos excepciones. La primera, la presentación en momento posterior, que exige que la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos. La segunda, que es la que nos ocupa, la solicitud con carácter previo a la interposición de la demandada principal, requiriendo necesariamente que quien las pida acredite y alegue razones de urgencia o necesidad.

Junto a esta regla procesal que establece el momento de su solicitud, el artículo 733 de la misma norma, en cuanto al trámite a seguir para su adopción establece la previa audiencia del demandado como regla general. Sólo excluye este trámite previo cuando el solicitante así lo pida y acredita que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar. De lo anterior, se colige que la adopción de la medida cautelar sin previa audiencia del demandado se configura como un supuesto excepcional. En este sentido hay que tener en cuenta que sin olvidar que la adopción de cualquier Medida Cautelar entraña una restitución coactiva de la esfera patrimonial del demandado al que le asiste el derecho fundamental de defensa y la facultad inherente de ser oído antes de que se dicte una resolución, La Ley de Enjuiciamiento Civil, es muy exigente para dar aplicación a la regla excepcional del artículo 733.2, sin que sea suficiente para su adopción la simple alegación genérica de las razones de urgencia o del posible resultado fraudulento por el demandado.

En estos supuestos, es preciso que la resolución que acuerde la medida cautelar razone por separado los requisitos generales para su adopción, las razones que aconsejado adoptarla sin oír al demandado y la concurrencia de razones de urgencia o necesidad que justifiquen su solicitud con carácter previo a la presentación de la demanda.

TERCERO.- En consecuencia, es preciso que concurren los presupuestos que con carácter general requieren toda medida cautelar, esto es, que de los hechos se extraiga una apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* y un *periculum in mora*, o riesgo de no

poder obtener la tutela pretendida si no se acuerda la medida cautelar.

El primero de ello, *fumus boni iuris*, es decir, la apariencia de buen derecho, supone en definitiva que la pretensión que se ejercita teniendo en cuenta su contenido y soporte probatorio, cuando se ejercita la acción, permita presumir unas expectativas de admisión de la pretensión deducida, pero que como nos dice la Sentencia del Tribunal Constitucional de 10-2-92 no requiere una plena certeza del derecho provisionalmente protegido; para lo cual es necesario que el solicitante presente, como exige el artículo 728-2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión, sin que en ningún caso pueda sustituir al juicio principal, aunque en defecto de justificación documental el solicitante podrá ofrecerla por otros medios.

El *periculum in mora* o temor de un daño jurídico, es el temor a la ineffectividad del derecho. Siendo características de las medidas su temporalidad, provisionalidad, instrumentalidad, y variabilidad.

Procede, en consecuencia, el examen de los requisitos generales para la adopción de las medidas cautelares, la exigencia específica para su adopción inaudita parte y la necesidad o urgencia para su adopción con carácter previo a la interposición de la demanda principal.

CUARTO.- El primero de dichos requisitos es, como se ha dicho anteriormente, la apariencia de buen derecho de la pretensión del actor en el procedimiento principal. En el presente caso, los actores pretenden ejercitar la acción prevista en el artículo 1.843 del Código Civil que compete a todo fiador cuando concorra alguno de los supuestos de hecho que en cinco apartados enumera. En concreto, fundamentan su pretensión en el supuesto referido en el número 4º que se refiere a que la deuda haya llegado a hacerse exigible por haberse cumplido el plazo en que deba satisfacerse. De los documentos obrantes en autos, tras un examen inicial a los meros efectos que nos ocupa, se extrae que la demandada concertó una póliza de crédito con Caja de Ahorros de Santander y Cantabria, en virtud de la cual ésta concedió al Racing un crédito en cuenta corriente por importe de 9.000.000 euros, en la cual se obligaron como fiadores solidarios del Real Racing Club de Santander, S.A.D. los actores. Por otro lado, analizando el número de cuotas pactadas en la póliza de crédito, tres, y su periodicidad, doce meses, el 2 de abril de 2005 venció la segunda de las amortizaciones. Igualmente, de la carta remitida a los solicitantes por Caja Cantabria, se extrae la existencia de una deuda exigible a su favor de 3.103.853,93 euros.

Sin embargo, y pese a lo anterior, ha de estarse a la concreta naturaleza de la acción que se pretende ejercitar y respecto a la cual se interesa la salvaguarda y garantía del derecho a la tutela judicial efectiva. Esta acción, recogida en el artículo 1.843 del Código Civil, se otorga al fiador, aún antes de haber pagado, esto es, en garantía de la acción de reembolso establecida en el artículo 1.838 del Código Civil, lo que la configura claramente como una acción cautelar puesto que el derecho al reembolso tiene únicamente lugar cuando se cumplen los requisitos legales, el primero y principal de los cuales es el pago de la deuda afianzada. De este modo, la ley permite anticipar la tutela del fiador al momento en que surja su crédito contra el deudor afianzado, cuando concurre alguno de los supuestos de hecho del artículo 1.843 del Código Civil. Es decir, que la tutela cautelar del posible derecho del fiador, con objeto de garantizar su tutela judicial efectiva, se ve satisfecha en el caso que nos ocupa mediante el ejercicio de dicha

acción que por sí misma tiene naturaleza cautelar.

Para la comprensión de lo anterior, ha de tenerse en cuenta que si bien el embargo preventivo es una medida eficaz para salvaguardar la tutela judicial efectiva del que pretenda obtener una condena a la entrega de una cantidad de dinero o frutos, en el caso que nos ocupa los solicitantes carecen de derecho de crédito alguno frente a la demandada, en tanto que ni siquiera ostentan en la actualidad la acción de regreso del artículo 1.833 del Código Civil puesto que aún no han pagado a Caja Cantabria. Es decir, que con la medida cautelar pretendida se está tratando de garantizar un crédito no sólo no exigible, sino un crédito que aún no ha nacido, que no puede ser meramente calificado como futuro sino como futurible, por no haberse producido el hecho que lo devenga. No habiendo nacido aún el crédito y calificándolo del modo anterior, con carácter general y en virtud de la configuración del derecho a la tutela judicial efectiva, no existiría posibilidad de tutela cautelar del derecho inexistente del fiador antes de efectuar el pago de la cantidad debida al acreedor, puesto que es a partir del momento en que efectúa dicho pago cuando se le concede la acción de regreso. Sin embargo, como se ha dicho, el legislador ha adelantado cautelarmente la tutela de los fiadores respecto a un derecho de reembolso aún no surgido mediante la acción del artículo 1.843 del Código Civil que por ello se configura como una acción de carácter cautelar, pero la única posibilidad de protección cautelar del derecho futurible que en ese momento compete a los fiadores ha de realizarse por los cauces legalmente establecidos, es decir, mediante el ejercicio de dicha acción, por los cauces del procedimiento que corresponda en virtud de la cuantía, sin que sea posible añadir a esta protección cautelar la añadida de una medida cautelar. Ello porque pretender embargar los bienes y derechos del deudor por el fiador del mismo que aún no ha abonado la deuda de aquél, excede por completo y en modo alguno resulta posible dentro del sistema propio de las medidas cautelares de los artículos 721 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil puesto que carece de derecho actual frente a dicho deudor ni, en consecuencia, de *fumus boni iuris*. Por todo ello, el régimen de la acción del artículo 1.843 del Código Civil es la única protección cautelar que es posible otorgar al fiador frente al deudor garantizado cuando aquél no ha abonado aún la deuda de éste sin que quepa añadir el embargo de bienes y derechos en garantía de un derecho que aún no tiene.

Para cerrar el debate, ha de señalarse que la totalidad de las resoluciones judiciales reseñadas por los solicitantes no resultan aplicables al caso en tanto que vienen referidas no a un procedimiento de medidas cautelares como el que nos ocupan sino al procedimiento en ejercicio de la acción del 1.843 del Código Civil, es decir, de la única tutela cautelar admitida para el fiador por el ordenamiento jurídico en el caso que nos ocupa, sin que resulten justificativas de la adopción de la medida con carácter previo al ejercicio y éxito de la acción.

Por estas razones, sin necesidad de entrar en el examen del resto de los requisitos para su adopción, ha de denegarse la adopción de las medidas instadas.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO: denegar la medida cautelar instadas por HORMIGONES CÁNTABROS, S.A., don Enrique y doña Asunción, representados por el Procurador don Ignacio Calvo Gómez frente a REAL RACING CLUB DE SANTANDER, S.A.D., consistente en el embargo preventivo de bienes y derechos de ésta en cuantía suficiente para cubrir la cantidad de 3.103.853,93 euros de principal y 150.000 euros por intereses y costas.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de apelación que deberá ser preparado en el plazo de cinco días ante este Juzgado, del que conocerá la Audiencia Provincial y al que se dará una tramitación preferente.

Así lo manda y firma S.S.; de lo que doy fe.

LA MAGISTRADO-JUEZ, LA SECRETARIO,