

El fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la primera instancia de nuestro proceso civil

VICTOR FAIREN GUILLEN

Catedrático de Derecho Procesal en la Universidad de Santiago

A primeros del mes de enero de 1947 quedó documentado en el Ministerio de Educación Nacional, juntamente con nuestro expediente personal, y a efectos de ser admitido a las oposiciones para proveer las Cátedras de Derecho Procesal en las Universidades de Santiago y La Laguna, un trabajo original nuestro, intitulado "Estudio sobre la bilateralidad del desistimiento en primera instancia". La tesis fundamental que en él se exponía queda recogida en estas páginas que siguen. En la "Revista de Derecho Privado" (número de febrero de 1949), el jurista que cuida de comentar la jurisprudencia procesal del Tribunal Supremo, tuvo la amabilidad de citarlo—aún inédito—y de exponer algunos puntos del mismo, con ocasión de la sentencia dictada por aquel Alto Tribunal el 4 de noviembre de 1948.

La razón de no haber publicado dicho trabajo hasta el momento quedará clara. En nuestra preocupación de destruir la virtualidad de la idea de la *litis contestatio* nos hemos afanado en reunir la mayor cantidad de datos, tanto sobre bases históricas como de actualidad, que permitan exponer con claridad y de modo convincente la razón por la que debe de abandonarse la tendencia de colocar al viejo cuasi-contrato como momento crucial del proceso civil (se lo nombre expresamente o no). Otras razones de índole diversa han influido también en tal retraso.

Pero ahora, terminada nuestra investigación, estimamos oportuno dar con este trabajo un breve adelanto de lo que nuestra monografía será, trazando en él sus líneas generales.

Habida cuenta de que la monografía aparecerá en breve (a salvo contingencias ajenas a nuestra voluntad), hemos prescindido del aparato bibliográfico que debe fundamentar un trabajo serio, limitándonos a aludir a aquellos autores que con más intensidad nos han suministrado ideas y datos. La bibliografía, al completo, podrá encontrarse en un futuro próximo en la referida monografía, a la cual nos remitimos.

Por idéntica razón damos a conocer solamente las líneas fundamentales de nuestro pensamiento. Es evidente que el lector no encontrará resueltos en estas líneas muchos problemas que ocurran a su mente al leerlas; pero la inclusión en las mismas de cuestiones doctrinales y prácticas de importancia no primaria hubiera convertido al trabajo en una monografía, lo cual se trata de evitar, en méritos de la publicación de ésta.

SUMARIO: 1. *El desistimiento en la primera instancia y su tratamiento procesal.* 2. *La bilateralidad del desistimiento. Doctrina del Tribunal Supremo. La litis contestatio como base de aquélla.* 3. *Objetivo de este trabajo. Necesidad de destruir la actualidad de la litis contestatio.* 4. *La litis contestatio en el proceso romano. Su evolución progresiva hacia la desaparición.* 5. *La litis contestatio en el derecho medieval y de la Edad Moderna. Su valor. Procesos carentes de la misma.* 6. *Valor y significación nulos de la litis contestatio en la actualidad. Necesidad de sustituirla por otro fundamento del proceso.* 7. *La vinculación del actor al proceso. Su origen y evolución histórica.* 8. *Concepto actual y fundamento de la vinculación del actor al proceso incoado. La difamación judicial. Necesidad de reponer los intereses jurídicos por ella lesionados.* 9. *Problemas que suscita la bilateralidad del desistimiento basada en la vinculación del actor. Bilateralidad y momento procesal del desistimiento.* 10. *Posibles conductas del demandado ante la voluntad del actor de desistir.*

1. Uno de los más importantes problemas que plantea la técnica procesal del desistimiento radica en la investigación de las razones por las cuales viene siendo admitida por la doctrina y la jurisprudencia, así como por la legislación extranjera más progresiva, la necesidad de que sea, en casi todo caso, aceptado por el demandado.

El desistimiento es una declaración por la que el actor anuncia su voluntad de abandonar el ejercicio de la pretensión en el proceso que ya está incoado; renuncia mediante él al acto introductivo del proceso y a los efectos que haya surtido; abandona la posición procesal creada por la presentación de la demanda, así como el derecho al examen judicial de la misma en aquel proceso y a la sentencia en concreto. Pero con ello el actor no renuncia al de interponer nuevamente acción y pretensión a desarrollar en otro proceso de idéntico contenido. El desistimiento se limita, pues, a extinguir la litispendencia, y es la contrapartida de la demanda.

La falta de un tratamiento por nuestra Ley de Enjuiciamiento civil del desistimiento en primera instancia, ha dado lugar a que doctrina y jurisprudencia hayan debido aplicarse a construirlo. Para ello, esta última en especial, ha tropezado con dificultades. Y no ha debido

de ser ciertamente la menor la de haber encontrado como base, como precedente informativo (ya que no de aplicación), una muy defectuosa disposición contenida en el Código de Procedimiento civil de la Zona de Protectorado marroquí (véase, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1948). Esta disposición (art. 246) regula el desistimiento de la demanda, confundiéndolo con la renuncia a la acción y pretensión. "Cuando la parte demandada —dice—exprese su conformidad absoluta al desistimiento del actor, el Juzgado o Tribunal dictará auto, teniendo a éste por desistido de su demanda y de la acción ejercitada contra el demandado, y esta resolución reviste todos los caracteres, en su caso, de excepción de cosa juzgada, a los efectos procedentes en Derecho." El Tribunal Supremo, sin tener en cuenta los argumentos que a favor de la diferencia entre desistimiento y renuncia pueden extraerse del art. 1.946 del Código Civil, se dejó confundir, y cayó, por aquel tiempo, en el error de equiparar en sus sentencias a ambas figuras (sentencia de 25 de octubre de 1916 y auto de 29 de enero de 1917). Posteriormente, sin embargo, y en reiterada jurisprudencia, ha vuelto a diferenciar a estos dos medios de terminar el proceso, que nunca hubieran debido ser confundidos. Y éste es el estado actual, ciertamente, de solución correcta, en cuanto a la distinción jurisprudencial del desistimiento de la demanda con respecto a la renuncia a la acción y pretensión.

2. Desde hace mucho tiempo, nuestros Tribunales han aceptado la idea de que el desistimiento haya de ser aceptado por el demandado; la idea de su bilateralidad. Esta es, generalmente, admitida por la doctrina y por las legislaciones (p. ej.: § 271-1.º de la ZPO alemana; § 237 de la austríaca; art. 402 y ss. del Code de Procédure Civile francés; art. 306 y 345 del Código italiano; § 127 de la ZPO del cantón de Zürich; § 80 del Appenzell, etc.). Pero para nuestro Tribunal Supremo la razón, necesidad y medida de la aceptación del desistimiento por el demandado radica en la siguiente argumentación, que se intuye de su jurisprudencia ya citada y demás a que se aludirá.

El proceso civil se fundamenta en la idea cuasi-contractual de la *litis contestatio* (Sentencias de 9 de abril de 1932, 5 de diciembre de 1891 con respecto al desistimiento concretamente, pero reiteradísima jurisprudencia aun en los últimos tiempos, en sus constantes alusiones a ese pretendido fundamento del proceso). Hasta la conclusión de la *litis contestatio* no existe contienda jurídica (Sentencia citada de 5 de diciembre de 1891 con respecto al desistimiento, y arg. de la de 13 de febrero y 4 de noviembre de 1948). Y se concierta por la concurrencia de la demanda y contestación (jurisprudencia citada). Así se viene a recordar la doctrina romana postclásica (Cod. Just. III, 1, 14, 1) y medieval (Ley I.ª el Estilo, Ley III, Título X, Partida III, JACOBO DE LAS LEYES) y aún posterior (CARLEVAL, FONTANEL, ACCURSO, AZEVEDO, CÁNCER, LÓPEZ, PAZ, FERRER, MOLINO, etc.). Luego si las partes están ligadas por este vínculo de naturaleza cuasi-

contractual, es lógico que queriendo desligarse de sus efectos (uno de los cuales—el esencial de la *litis contestatio*—habría de ser la consunción de la “acción”), lo hayan de llevar a cabo por medio de un nuevo contrato. Por ello, si el actor quiere desistir, lo que quiere decir retirarse del proceso por él promovido, pero conservando su posibilidad de volverlo a promover, lo que desea es conservar su “acción” a pesar de haberse comprometido a través de la *litis contestatio*, que novándola, la extinguió; y esto supone una vulneración del referido efecto consuntivo. Por lo cual es evidente que la superación de tal efecto sólo podrá tener lugar concertando con la otra parte comprometida a través de la *litis contestatio* un contrato por el que acepte el que el actor retire su demanda sin que se le consuma la acción; es decir: hace falta que el demandado absuelva contractualmente al actor (expresamente, la sentencia de 21 de diciembre de 1927) de la necesidad de respetar el efecto consuntivo derivado de aquel cuasi-contrato (a veces se dice sea contrato) de *litis contestatio*.

Esta doctrina estaría bien como exponente de una corriente de ideas privatísticas del proceso, que hay que considerar completamente superadas; en ellas se plasma casi el principio de libertad contractual de las partes; ellas se sujetan y ellas se absuelven de sus obligaciones procesales. El proceso es, según tales ideas, de base cuasi-contractual (o contractual); luego sus efectos (por ejemplo, la consunción de las acciones) sólo pueden ser evitados de modo contractual. Y así, basada la bilateralidad del desistimiento según la jurisprudencia citada, en la *litis contestatio*, su naturaleza era también la de un contrato (Sentencia de 21 de diciembre de 1927).

Tal argumentación es inaceptable. Y como la idea de la base contractual o cuasi-contractual del proceso civil viene siendo alegada como fundamento de la bilateralidad del desistimiento, tanto por la doctrina (MENÉNDEZ PIDAL, FÁBREGAS, AGUILERA DE PAZ Y RIVES BELLÓN, CALDERÓN, MARTÍNEZ DE LA FUENTE, etc.), como por la jurisprudencia, vamos a aprovechar la ocasión de demostrar que la bilateralidad del desistimiento es necesaria, para poner de manifiesto que no se basa de ningún modo en la pretendida *litis contestatio* (y subsiguiente necesidad de obviar sus efectos mediante un contrato—desistimiento—), y para patentizar que la dicha *litis contestatio* o litis-contestación, como se la llama actualmente, asume en la época presente el carácter de un fantasma, escapado más bien de lo que hay que calificar de consejos de los escolásticos medievales y posteriores, que de Roma, de donde la sensatez de sus juristas la eliminó, exceptuando al nombre, que fué salvado por el “romanticismo” (ERMAN, WENGER) de Justiniano. Evidenciaremos también que, en efecto, de ella no queda actualmente más que el nombre, el cual sólo viene sirviendo para causar confusión en nuestra disciplina; y que, en resumen, debe ser barrida de la doctrina procesal actual y relegada a las obras de Derecho Romano e Historia del Derecho.

Naturalmente, como apoyamos la necesidad de que el desistimien-

to sea, por regla general, aceptado por el demandado, justificaremos dicha necesidad sobre la base de ideas jurídicas correspondientes al siglo xx y no a épocas anteriores a Jesucristo.

3. El tema que nos va a ocupar se extenderá sucesivamente a los siguientes extremos: 1.º, examen de la esencia de la *litis contestatio*; 2.º, exposición fundada de la desaparición de su razón de ser; 3.º, estudio de dicha desaparición en los Ordenamientos Jurídicos históricos españoles (porque no se nos acuse de estar excesivamente imbuidos de doctrina extranjera, con sólo acudir a la cual bastaría para darse cuenta de cómo la *litis contestatio* desapareció para siempre); 4.º, examen de la desaparición lógica del efecto consuntivo de la *litis contestatio* a través de la Historia; y 5.º, debida justificación de la actual bilateralidad del desistimiento. Entendemos que el grano de arena que podamos aportar en favor de la reclusión de la *litis contestatio* en un museo de arqueología jurídica ha de aprovechar, no sólo en su referencia a la bilateralidad del desistimiento, sino también con respecto a puntos más fundamentales del proceso civil actual. Se trata, pues, de considerar desde el punto de vista del Derecho español actual, la inexistencia de cualquier pretendido efecto consuntivo de la *litis contestatio*, deduciéndola de la inexistencia de esta misma; con ello demostraremos que hay que acudir a otros fundamentos para basar la bilateralidad del desistimiento que no sean los de evitar el referido efecto consuntivo.

4. La necesidad de sujetar a los litigantes a la decisión de los jueces privados en los tiempos del proceso formulario romano, fué la base de un contrato procesal (Wlassak); de la *litis contestatio*. Se concertaba por las partes y se refrendaba—si se llegaba a su conclusión, por ser procedente—por el Magistrado, que con el *dare actionem* concedía la garantía de la jurisdicción.

El contenido del contrato que así se completaba consistía en la sumisión por las partes de un programa de puntos litigiosos que en la fórmula se concebía y elaboraba, a un *judex*, para su resolución (Sohm, Wenger). La *litis contestatio* emanaba, pues, de la inexistencia de una función jurisdiccional en el sentido en que hoy la concebimos (Wenger).

Por la *litis contestatio* el litigio pasaba al dominio judicial (*res in iudicio deducta*), y así se producía el efecto consuntivo, el más importante de aquélla, o sea, la imposibilidad de promover nueva demanda sobre el mismo derecho (*bis de eadem re ne sit actio*, Quintiliano, VII, 6. 4). La *litis contestatio* consumía la acción (*in legitimo iudicio ipso jure actio consumitur*, Gayo III, 106) al novar el *dare oportere* del actor con referencia a la obligación, en un derecho a la condena por medio del proceso (Gayo, III, 180); una vez concedida la acción que protegía a cada derecho no podía ser retirada, aunque el primer proceso no terminase con sentencia (por caducidad de la ins-

tancia, WENGER). Tales eran, brevemente descritas, la *litis contestatio* y su efecto novatorio, consuntivo.

Pero ya en los *judicia quae imperio continentur*, y en las acciones reales y personales *in factum*, ocurría que la *litis contestatio* no extinguía *ipso jure* (MITTEIS, WENGER) la acción del demandante y la obligación del demandado novándolas en un derecho a una sentencia y obligación respectiva de aceptar a ésta; sino que solamente las novaba *ope exceptionis*, de tal modo que la demanda judicial podría reiterarse, salva la concesión por el Magistrado de la *exceptio rei in iudicio deductae* (CARRELLI); pero si esta excepción no era interpuesta, el proceso era reiterable. Aquí ya no se podía realmente hablar de una *litis contestatio* en el auténtico significado de la expresión con su principal efecto en la consunción de la acción.

En el proceso romano postclásico, *cognitio extra ordinem*, desapareció la división del proceso en etapas *in jure* y *apud iudicem*; todo el procedimiento se desarrollaba ante el Magistrado, a cuya jurisdicción (ya de carácter público y no simplemente aceptada por las partes contractualmente) (LAURIA, WENGER, CARRELLI), estaban sometidos los litigantes; por ello, el contrato formal de *litis contestatio* dejó de ser el momento central, el centro de gravedad del proceso, y pasó a tener un carácter eventual, secundario (SANTI DI PAOLA), faltándole el efecto novatorio (y por lo tanto, el consuntivo). Pero Justiniano y sus juristas, pretendieron salvar, al menos, el nombre, y determinaron una forma que se adaptase a ser introducida en el punto aproximado del procedimiento en que la antigua *litis contestatio* había tenido lugar (WLISSAK). En el Código justiniano se aprecia claramente la confusión, derivada de la ficción que constituía sobre el momento y forma en que se concertaba; según C. 3, 9, 1, lo era por la *narratio negotii*; según 3, 1, 14, 4. por la concurrencia de la *narratio* y la *contradictio*. Esta última idea es la que, a pesar de su falta de contenido, perduró y pasó a nuestra legislación y doctrina históricas y aún actuales. Pero en el Derecho Romano justiniano, la *litis contestatio* ya no determinaba un efecto consuntivo: los efectos que antiguamente originaba estaban repartidos entre otras dos actuaciones procesales, la demanda y la sentencia: así, por ejemplo, la interrupción de la prescripción se ligaba a la notificación de la citación escrita; el efecto consuntivo se producía con la sentencia (WENGER). El clásico efecto de la citada *litis contestatio* había desaparecido. Y ella misma, habiendo dejado de tener razón de ser, no era sino una ficción, que una labor de arrastre de materiales introdujo sin fijeza ninguna en la obra de Justiniano.

5. Durante la Alta Edad Media, la idea de la *litis contestatio* sufrió, como todas, las consecuencias de la disminución general de la seguridad jurídica, y en muchos lugares se la pudo dar por completamente desaparecida (lugares de Italia Meridional, como p. ej., Bari, Gaeta, Ceretto, Samnita, Benevento, Amalfi, según TRIFONE); y allí

en donde se conservaba, se la consideraba como un simple momento del proceso que cerraba la fase introductiva del mismo (CHECCINI).

Rudo golpe fué para la *litis contestatio*, la creación, en las ciudades comerciales italianas medievales, y simultáneamente, por obra de los canonistas, de procesos en los que no la había; expresándose esto claramente en las disposiciones que los instauraron. Fué la primera Pisa, en sus Estatutos, revisados en 1286 (Breve Pisani Communis); la siguió Padua, y en 1306, promulgó Clemente V su famosa "*Saepe contingit*". "*Sine litis contestatio*", decían los Estatutos pisanos; "*litis contestationem non postulet*" decía la Clementina *Saepe*. Ocurrió, sencillamente, que tanto los juristas laicos como eclesiásticos italianos, se habían dado cuenta de que la severidad con que en la Alta Edad Media se habían recogido los errores de Justiniano sobre la *litis contestatio*, era innecesaria y atentatoria contra el principio de rapidez de los juicios (BRIEGLEB); y las necesidades del tráfico jurídico, incrementadas con la iniciación del Renacimiento, desecharon lo que en realidad era una verdadera formalidad inútil, dispendiosa y engorrosa.

Pero no obstante esta necesaria iniciativa, la idea de la *litis contestatio* siguió influyendo en España, favorecida sin duda por estudios doctrinales, que laborando sobre un mundo irreal volvieron a resucitarla, considerándola esta vez como cuasi-contrato, a pesar de haber quedado demostrada su falta de fundamento y de necesidad.

Así, en las Leyes del Estilo (Ley I); en las Partidas (Ley III, Título X, Partida III y muchas otras); en los Fueros aragoneses *De litis contestatione*, Libro III de la Recopilación de 1247, etc., aparece la *litis contestatio* como concertada por la demanda y contestación, siguiendo en esto el orden de las Decretales, Cap. único (X), II, 5. y Capítulo 54 (X), I, 6.

Pero no está nada claro que esta *litis contestatio* produzca ya efecto consecutivo; ni aún en las Partidas, en las que se hace un verdadero lujo de alusiones y explicaciones sobre ella. Más bien resulta al contrario. Y así se ve en la Ley IX, Tít. XXII de la Partida III, sucediendo que en un determinado supuesto de los cuatro que en su contexto se exponen (cuando el demandante "desampare" el pleito sin haber tenido tiempo de probar su demanda, en cuyo caso el Juez absuelve al demandado en la instancia, mas no de la demanda), el actor puede volver a interponer la demanda sobre la cosa que primeramente demandó (por medio de la misma "acción"). Aquí falta en absoluto el efecto consuntivo de la *litis contestatio*; y aparece, de otro lado, el desistimiento, el cual es aludido también en otras disposiciones (Ley XIX, Tít. V, Partida III: "quitalle la demanda"; Ley XX de las Nuevas de Alfonso el Sabio; etc.).

En Aragón, a pesar de que la doctrina posterior se refiere en diversas ocasiones a la *litis contestatio* (BARDAXI, FERRER, MOLINO, SESSE, MOLINOS), y de que varios Fueros (*De litis contestatione*, Libro III, el primero de Monzón, 1390, y el segundo de Tarazona, 1395)

y Observancias tratan de la misma, de sus mismos textos se deduce que estaba reducida a la calidad de ficción. En efecto, cabía el proceso en rebeldía; el demandado rebelde no era condenado sino que se recibía el pleito a prueba (Fuero citado de 1390). Para ello era necesario tener la demanda por contestada (por concertada la *litis contestatio*, que así pasaba a ser un artificio). Además, en todos los países españoles comienzan a aparecer procesos en los que había *litis contestatio* (FERRER, MOLINO, CÁNCER, AZEVEDO).

Existe una diversidad de tales procesos, tanto en su especie de sumarios determinados, como de plenarios rápidos (mal llamados “sumarios indeterminados”).

En cuanto a los primeros, de su misma naturaleza emana la falta de necesidad de *litis contestatio*; ni en el juicio sumario ejecutivo de la Observancia 19 de *pignoribus* y concordantes (de la Colección de JACOBO DE HOSPITAL); ni en el de la Ley XVI del Ordenamiento Procesal dado por Pedro I a Sevilla en 1360 (en la cual hemos descubierto claramente un juicio de tal especie, superando la investigación de BRIEGLEB); ni en el de la Ley de Don Enrique III, de 1396, aparece la idea de la *litis contestatio*. Y no hay duda que el juicio ejecutivo tiene un tracto declarativo, con posibilidad de contradicción. Tampoco p. ej., en el proceso aragonés de aprehensión se habla para nada de dicha figura; ni la alude quien más ampliamente trató a este juicio (LARRIPA).

En cuanto a los procesos plenarios rápidos, Don Fernando y Doña Isabel dictaron en 1404 una Ley (que pasó a las Nueva y Novísima Recopilaciones) sobre la jurisdicción del Prior y Cónsules de Bilbao y Burgos, referente al proceso sobre cuestiones mercantiles, no arbitral, sino obligatorio. Se trata de un proceso (que p. ej.: HEVIA, BOLAÑOS y PEDRO PÉREZ llaman erróneamente “sumario”), rápido, inspirado en los principios de la *Saepe contingit* (a la que tales autores citan a menudo al referirse al mismo), en el cual no hay *litis contestatio* (PÉREZ, HEVIA, BOLAÑOS); pero como los autores no podían prescindir de este recuerdo, nos dicen que se tenía por concertada por aquel acto que la constituía en los procesos ordinarios (declarativos ordinarios). La descripción que del juicio hace la Ley citada—que también comete el error de llamar “sumario” a este procedimiento—así como HEVIA BOLAÑOS, nos da a conocer que la supresión de la *litis contestatio* derivó de la necesidad de rapidez ya sentida en la Clementina *Saepe*.

Más tarde, Don Carlos y Doña Juana dictaron una Ley, en 1534 (y que también fué recopilada) en la cual regularon un proceso rápido, plenario, extraído de los moldes del creado por los Estatutos italianos y por Clemente V; la expresión “porque en los tales haya toda la brevedad, no haya orden ni forma de proceso”, procede evidentemente del *simpliciter et de plano, ac sine strepitu iudicii* de la *Saepe contingit*; si hubiera duda, las constantes alusiones que a ella hacen los comentaristas de la citada Ley (BOVADILLA, AZEVEDO) la desvanecerían. Este

proceso era para causas de poca entidad económica; inicialmente, para las inferiores a mil maravedís. La doctrina dedujo que se trataba de un juicio sumario (error que hasta las investigaciones de BRIEGLER no se desvirtuó); habiendo unanimidad en que no había en él *litis contestatio* (PÉREZ, MARANTA, HEVIA BOLAÑOS).

La inclusión de dicha figura contractual (o cuasi-contractual) en la doctrina y legislación históricas españolas, es un producto de la mentalidad teórica de los juristas, influidos por el método de trabajo de las antiguas escuelas italianas. Se habla de *litis contestatio* en diversos cuerpos legales y doctrinales; describese con minucia el acto y momento en que se concierta (por lo general, por demanda y contestación); examínense sus efectos, y sobre todo ello, los autores hacen llover hasta la saciedad, escolasticismos farragosos. Pero cuando se trata de cuestiones de utilidad que exigen rapidez en el proceso (p. ej., procesos mercantiles o posesorios); es decir, cuando se trata de problemas en los que las necesidades del tráfico jurídico se imponen y exigen el alejamiento de figuras doctrinales inútiles y entorpecedoras, entonces, legislador y doctrina, abandonan a la *litis contestatio* y se acogen al sano ejemplo de los hábiles canonistas y de los buenos mercaderes pisanos, admitiendo proceso sin necesidad de aquélla.

¿Cómo podría ser esto posible si fuera la *litis contestatio* el fundamento del proceso? A sus defensores toca responder.

¿Bastaría esta ya fatigosa exposición de pruebas contra la misma (pruebas que ya existían hace mucho tiempo) para que se abandone de una vez para siempre una idea que ya no tiene razón de ser? Desémoslo así.

La *litis contestatio* había pasado a ser un recuerdo histórico ya en la Baja Edad Media, y aún más, en la Moderna; a efectos procesales, un verdadero "divertimiento" que permitía a la doctrina hacer gala de agudeza mental en larguísimos e inútiles desarrollos y de erudición en copiosas citas; pero carecía de base, no era necesaria. Los ciudadanos vivían ya sometidos a la Jurisdicción, sin necesidad de que hubieran de someterse contractualmente a la misma; y la prueba de ello es que: cualquier urgencia derivada del progreso del tráfico económico y jurídico, la desbancaba y rechazaba.

Así pues, ya en tales épocas hubiera sido inútil acudir a fundamentar la bilateralidad del desistimiento (de la que hablaba, muy acertadamente VILLADIEGO) en la necesidad de deshacer contractualmente lo hecho por la *litis contestatio*. No sólo el contrato y el cuasi-contrato son fuentes de las obligaciones; también lo es la Ley.

La misma aparición del desistimiento es suficiente argumento para que posteriormente se funde su bilateralidad en otra base que no sea la *litis contestatio*; la inherente posibilidad de reiterar el proceso nos indica claramente que ya no existía el efecto consuntivo. Siendo éste el más importante que producía la *litis contestatio*, resulta lógico pensar que la causa también había dejado de existir. Y el desistimiento apareció en las Partidas y Leyes Nuevas (así como también la cadu-

cidad de la instancia, en la Ley IX, Tít. VI, Partida VI, diferenciada de la prescripción de las acciones). En Aragón, apareció también con gran claridad (SESSE); se le diferenció de la renuncia al derecho, de la revocación de los actos procesales y del cambio de demanda (MOLINO; y se le reguló de modo que antes de la *litis contestatio* (que así, era ya sólo un recuerdo), el actor podía desistir sin ser condenado en costas (Observancia 1.^a *De litis contestatione*), y, después de la misma (cuando la había) también podía desistir (SESSE) pidiendo licencia (Obs. 4.^a *De litis contestatione*) que se entendía, al que administraba justicia (FRANCO VILLALBA). Y por su parte, es magistral el tratamiento que VILLADIEGO hizo del desistimiento y de su bilateralidad, sentando las bases de lo que es la doctrina moderna referente a esta última.

Pero a pesar de este acertado desarrollo doctrinal y legislativo que prescinde acertadamente de la *litis contestatio*, los Cuerpos legales generales de la Edad Moderna y Contemporánea (Nueva y Novísima Recopilaciones) y gran parte de la doctrina (desde el CONDE DE LA CAÑADA hasta los autores contemporáneos antes citados, pasando por HEVIA BOLAÑOS, ORTIZ DE ZÚÑIGA y VICENTE Y CARAVANTES) siguen considerando y valorando tal concepto, con carácter de cuasi-contrato. Quizá ello se deba en parte, al menos, al extenso desarrollo (y tememos que también mala orientación) dado a los estudios romanísticos en las Universidades españolas durante el siglo XVIII especialmente, con grave perjuicio de otras materias (Exposición del MARQUÉS DE LA ENSENADA a Fernando VI en 1752).

6. La Ley de Enjuiciamiento civil actualmente vigente (y su antecesora de 1855) no rechazaron el esquema basado en la *litis contestatio*, de la que pueden verse aún inútiles vestigios en sus textos; vestigios que dan lugar a verdaderas inconsecuencias (no se comprende, por ejemplo, como serán compatibles la *litis contestatio* y el juicio rescisorio de audiencia al rebelde (art. 783); ni con el mismo procedimiento en rebeldía). Ejemplo de tales restos, lo es el de la llamada "comparecencia en los autos, personándose en forma" del art. 525. Se trata de un residuo de la antigua necesidad de que el demandado compareciera "para tenerle por parte" (art. 530), para concertar la *litis contestatio*. Hoy día, este trámite es inútilmente dilatorio. Aún se han visto en la Ley otras muestras del arrastre de tan inútil concepto (PRIETO CASTRO). Pero he aquí que en nuestro moderno Ordenamiento Jurídico ocurre lo mismo que en la Edad Media y Moderna; en aquellos juicios en los que se ha tratado de conseguir la rapidez que en todos es necesaria (con fines de economía procesal, que tanto se hace desear), ha sido eliminado el trámite de "personación para constituirse como parte", trámite-homenaje a la *litis contestatio*; esta actuación, desaparece en el juicio de menor cuantía, pequeña cuantía y verbales, etcétera. Pero, a pesar de todo, y también como en las edades citadas, la idea de la *litis contestatio* ha venido informando la doctrina del Tri-

bunal Supremo hasta la actualidad (p. ej., en las Sentencias de 13 de febrero de 1948 y 26 de febrero de 1947); para el mismo, se estima concertada por la demanda y contestación.

En contra de esta interpretación arcaica de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado a través de la función jurisdiccional de este último, hay que alegar lo que antes dijimos: que hoy día no es preciso que los ciudadanos acuerden someterse a los Tribunales del Estado, pues viven siempre sometidos a ellos; la defensa privada fué sustituida por un derecho de petición al Estado, una de cuyas formas características es el derecho de acción (FAIREN); es la situación histórica actual del desarrollo de la Jurisdicción lo que ha anulado a la *litis contestatio*. Por ello resulta incomprensible que parte de la doctrina y de la jurisprudencia sigan refiriéndose a ella.

Por todo ello hay que aplicarse a la tarea de destruir la actualidad de la repetida idea, relegarla a la Historia, y poner de manifiesto el incongruente arcaísmo que hoy constituye. Y, naturalmente, después de intentar hacerlo—como nosotros hemos hecho—es preciso sustituirla por otra noción fundamental, que esté a la altura que corresponde a las modernas ideas en materia procesal.

7. Esta base de la bilateralidad del desistimiento creemos haberla encontrado en la que puede expresarse por “vinculación del actor al proceso incoado”. Su origen histórico, muy antiguo, poco tiene que ver en verdad con el contenido y fundamento actuales que daremos a tal idea; pero estimamos que dicha expresión (*Die Gebundenheit des Klägers an den angehobenen Prozess*) puede ser la que nos dé la clave para hallar el fundamento de la bilateralidad del desistimiento en la actualidad, así como también de la bilateralidad de otras actuaciones procesales que la hagan necesaria.

Históricamente, la vinculación del actor al proceso es de origen germánico (en contra, БУЧКА); y de ella derivó lo que los romanos hacían surgir de la *litis contestatio*; esto es, el efecto constitutivo (ULRICH).

La vinculación del actor al proceso supone una obligación del mismo de seguirlo hasta el final, una vez que lo promovió. El desistimiento constituiría una excepción a ese principio de vinculación. Por tal causa, precisaría reunir diversos requisitos, entre los cuales se habría de contar con la aquiescencia del demandado (bilateralidad).

La vinculación del actor tuvo en su origen de modo semejante a la *litis contestatio*, un carácter contractual.

En la época franca tenía una enorme significación para el proceso; antes de la sentencia de prueba, el actor no estaba vinculado al mismo, y por lo tanto, podía retirarse (desistir); pero después de la misma, ya no podía hacerlo (BETHMANN-HOLLWEG).

El proceso de la época franca se desarrollaba esquemáticamente del siguiente modo: el actor venía obligado a comparecer desde la *mannitio* o *bannitio* del demandado; pero su incomparecencia no

surtía otro efecto que el de una multa que le era impuesta (BETHMANN-HOLLWEG, SCHRÖDER-VON KÜNNSBERG) y el deber de demandar sobre la misma cosa en el plazo de un año (Lex Salica); lo mismo ocurría si el actor retiraba (desistía) la demanda (ULRICH). Pero si el demandado se oponía a la pretensión actora y, por lo tanto, había de pasarse a dictar una sentencia de prueba (*zweisünigige Urteil*), el Tribunal sujetaba a las partes con un contrato (asegurado con *wadiatio* por el que había de proponerla); si una parte se negaba a comparecer o a llevar a cabo la prueba, se la condenaba sobre el fondo del asunto (SCHRÖDER-VON KÜNNSBERG). Esto significaba para el actor concretamente la imposibilidad de apartarse del proceso; quedaba vinculado a él.

En el Espéculo de Sajonia, el momento procesal de la vinculación varió; pues el deber probatorio de las partes no surgía ya de la sentencia de prueba, sino de la misma presentación de la demanda; la sentencia de prueba no hacía sino reforzar esta vinculación (ULRICH). Es decir, el efecto vinculatorio lo producía la primera actuación del demandante. A semejanza de lo ocurrido con la *litis contestatio* en el procedimiento romano postclásico, los efectos que producía la sentencia de prueba (y concretamente la vinculación) aparecieron ya en otro momento del proceso. También, pues, en el derecho germánico perdió importancia la idea contractual del proceso.

En la época de la recepción del Derecho común, la vinculación del actor sajona había desaparecido ya, y en su lugar apareció la llamada "pérdida de la instancia", de tal modo que el demandado, no ante la simple inactividad, pero sí ante la rebeldía del actor podía ser desligado (absuelto) de la instancia, siendo aquella parte condenada en costas y a una caución *de lite prosequenda* para el caso de que volviera a presentar su demanda (ULRICH).

Con la recepción, el concepto de la *litis contestatio*, considerada como cuasi-contrato, dominó sobre el proceso alemán (VON BAYER, C. L. GOLDSCHMIDT, RENAUD), haciendo caer en el olvido a la antigua idea de la vinculación, y sólo cuando los autores del siglo XIX y de la actualidad redujeron su importancia a los justos límites, volvió a aparecer dicha idea de vinculación (KISCH, ULRICH).

En la evolución del derecho español se hallan vestigios de lo que LÓPEZ ORTIZ dice "una especie de *litis contestatio*"—¿no sería de origen germánico?—, relacionada con la *datio iudicis* si éstos eran elegidos por las partes (no había entonces sentencia de prueba, pues ésta había ido acordada por aquéllas); y con las preguntas que los *judices* dirigían a las partes antes de dictarla, si habían sido nombrados por el Tribunal. Una Colección de Fueros aragoneses del primer tercio del siglo XIII da por perdido el pleito al que no comparece después de haber jurado aportar testigos en un plazo determinado; el Fuero de Estella incluye prescripción análoga, detallando que además se ha de haber dictado la sentencia de prueba. Estos efectos son, pues, análogos a los de la vinculación en el proceso germánico de la época franca; y posible-

mente estén más relacionados con la vinculación que con el romanístico contrato de *litis contestatio*.

Entendemos que es vinculación la figura que aparece en el Fuero Juzgo, Ley XXVI, Título I, Libro II, y V del Título II en el mismo Libro; se prohíbe a las partes llevar a cabo actos dispositivos una vez incoado el proceso; se conmina a los jueces a que terminen sentenciando los pleitos comenzados (Leyes XII y XIV, Título I, Libro II). Lo mismo en el Fuero Viejo (Ley I, Título III), no se permite ninguna avenencia entre las partes (¿vinculación o *litis contestatio*?) si no fuera admitida por ambas (excepción a la vinculación). Pero de modo semejante a lo ocurrido en Alemania, la *litis contestatio*, resucitada al menos en su forma, vuelve a dominar el proceso, y cualquier vinculación es deducida de ella (Ley XII, Título XXII, Partida III; Proemio y Ley I, Título VIII, Partida III y otras muchas). Y desde entonces hasta nuestros días no se deja de hablar y escribir en España de la *litis contestatio* y sus efectos.

8. La vinculación del actor al proceso tuvo, pues, una base contractual en determinado momento histórico; esta base se debilitó (de modo paralelo a lo sucedido en Roma con la *litis contestatio*) o desapareció por completo en el derecho del Espéculo sajón. Pero su verdadera significación sólo puede darse, a nuestro entender, con asistencia de un bagaje metodológico y conceptual adecuado; es preciso utilizar elementos idóneos para dar un contenido acertado a la expresión de que tratamos. Hemos aprovechado las sugerencias que nos produjo el nombre de la figura y ciertos desarrollos históricos de la misma; pero su construcción actual hay que acometerla totalmente, y utilizando un método en el que se valoren debidamente los intereses que aparecen en el proceso civil contemporáneo.

El significado de la idea de vinculación del actor al proceso es el siguiente: se le limita la posibilidad de ejercitar una misma pretensión ante los Tribunales, a una sola vez. El que promovió el proceso, si está vinculado a él, está constreñido en el caso de que quiera desistir a renunciar definitivamente a su pretensión. De lo contrario debe continuar hasta su final (sentencia definitiva). Y en ambos casos, la fuerza producida por la sentencia que recae impide la vuelta sobre el mismo asunto (bien que la cosa juzgada obre como excepción en nuestro derecho, y que, por lo tanto, no pueda impedirse realmente la interposición de la nueva demanda).

El interés que guía al Estado al tratar y resolver los litigios entre los ciudadanos, es el de velar por el mantenimiento del orden jurídico. Y cuando se trata de derechos privados, cuya vulneración no ocasiona un grave perjuicio a la comunidad, el Estado faculta al particular a que solicite él mismo su actuación jurisdiccional (mediante el ejercicio de su derecho de petición en su manifestación específica de acción), comunicándole que otra persona ha violado el Ordenamiento Jurídico. Entonces, el Estado ha de velar porque éste sea restaurado de modo

rápido, justo, barato (practicabilidad y adecuación de KLEIN), evitando, de un lado, un derroche de energías tanto por parte de sus organismos (Tribunales) como por la de los ciudadanos que litigan. Pero también ha de evitar que un rigor procesal extremado pueda poner en peligro el adecuado fin del proceso. Es decir, el Estado, al administrar justicia, ha de velar por la economía procesal. Y tanto la justicia como la economía saldrían malparadas si se aceptase rígidamente el principio de que, una vez incoado un proceso, el actor está indisolublemente ligado a él.

La razón de ser de la vinculación del actor al proceso hay que buscarla, principalmente, en el interés jurídico que la interposición de la demanda haya podido lesionar al demandado.

El demandado ha podido ser molestado, perturbado y puesto en peligro por la demanda en su hacienda y prestigio comercial, profesional, personal; pues aquélla es una actuación escrita que puede tener carácter de publicidad (art. 313 de la Ley de Enjuiciamiento civil y 649 de la Orgánica del Poder Judicial). Por el simple hecho de haber sido incoado el proceso puede tener una repercusión económica y social en contra del demandado, lesionando así su interés. Y por causa de esta posible difamación judicial (ULRICH) aparece la dicha posibilidad de un interés del demandado en que el proceso termine por una sentencia de fondo que, absolviéndole, deje limpia su reputación, evite cualquier futuro ataque sobre el mismo asunto, y le indemnice de los daños patrimoniales que se hubieran podido producir. He aquí la base de la vinculación del actor; está subordinada a la existencia de este interés jurídico del demandado en que el proceso continúe y termine por sentencia definitiva. Es lógico que tal vinculación exista desde el momento en que el proceso se dirige contra el demandado (o sea, desde su iniciación); pues es el acto mismo por el cual se inicia el que ya puede constituir difamación para el demandado: en tal caso, el interés de éste en que el proceso continúe habrá aparecido en aquel momento. La vinculación del actor es, pues, a nuestro modo de ver, un efecto de la litispendencia.

Y cuando el actor intenta retirar su demanda conservando de otra parte su acción para pretender de nuevo sobre el mismo asunto (con lo cual denota que no hubiera debido interponerla), se hace más vehementemente la idea de que el demandado ha podido ser objeto de la difamación judicial. Por ello, y teniendo en cuenta que con el fin de oponerse a difamaciones extrajudiciales (a la jactancia sobre hechos o derechos) los Ordenamientos Jurídicos conceden remedios tan enérgicos como lo son las acciones declarativas negativas (pretensiones, diríamos nosotros) o de jactancia (MÜLLER), es evidente que aún deben proteger más a quien puede haber sido objeto de una difamación judicial. Esta protección se debe reconocer, en el caso del desistimiento, dando al demandado posibilidad de demostrar que, habiendo existido difamación judicial, ha sido lesionado un interés jurídico suyo, y que el medio de reponerlo estriba en que una sentencia definitiva aclare su situación

y lo satisfaga, impidiendo además al actor la oportunidad de volver a difamarle sobre aquel asunto concreto. Aquí—repetimos—radica el fundamento de la bilateralidad del desistimiento; una vez expresada por el actor su voluntad de llevarlo a cabo (de desvincularse del proceso incoado), el Tribunal debe conceder una oportunidad al demandado—que puede tener interés en que el actor continúe vinculado al proceso referido—, para que alegue y pruebe la existencia de tal interés y su juridicidad. A la vista de esta alegación y prueba, el Tribunal podrá resolver, por último, si en vista de que el interés del demandado es más protegible que el del actor en desistir, no debe accederse al desistimiento; y por el contrario, si el demandado no logra alegar o probar interés jurídico alguno en favor de la continuación del proceso, o el que alegue sea menos protegible que el del actor en desistir, el Tribunal deberá acceder al desistimiento.

Así, pues, la economía procesal justifica la posibilidad de que el actor se desvincule del proceso, desistiendo de su demanda, y por el contrario, la posible existencia de una difamación judicial en aquella aconseja que el demandado tenga oportunidad procesal para oponerse a la desvinculación (alegando y probando la difamación, y con ella, su interés jurídico en que el proceso termine por sentencia definitiva) o bien para acceder a ella (si estima que no hubo difamación). Y después de que todos estos intereses se hayan puesto de manifiesto, al Tribunal tocará la resolución sobre el desistimiento, previa valoración de aquéllos.

La litispendencia, cierto es que se instaura unilateralmente; pero como sus efectos alcanzan a otra persona (al demandado) es lógico que la vinculación del actor a la misma solamente pueda desaparecer antes de la sentencia, contando con la aceptación de dicha persona.

Así aparece la excepción al principio de vinculación del actor al proceso; y la naturaleza de los intereses que la hacen necesaria.

9. Pasemos a examinar brevemente algunos problemas concretos que el desistimiento y su bilateralidad suscitan.

Desde y hasta un determinado momento de la primera instancia (sólo a ello nos venimos refiriendo) debe de admitirse el desistimiento del actor en determinadas condiciones.

Fijamos los momentos procesales límites del desistimiento en los juicios declarativos y primera instancia en los siguientes: el inicial en el de la producción de la litispendencia; el final, en el de la citación para sentencia, por precluir en él toda alegación, quedando las partes sin oportunidad procesal prevista para actuar. A partir del tal momento, no habría en realidad un desistimiento de la demanda, sino una renuncia a la sentencia.

También interesa determinar cuándo comienza el demandado a tener un posible interés en oponerse, pues a partir de dicho momento, el desistimiento deberá ser sometido a su aceptación y resolución fundada del Tribunal.

Contra lo que dice el Tribunal Supremo (Sentencias de 4 de noviembre de 1948, 9 de abril de 1932 y 5 de diciembre de 1891, y decía algún autor, el interés del demandado en oponerse no nace con la contestación a la demanda, ni tampoco con la comparecencia del mismo, sino con anterioridad a ambos momentos procesales. No hay sino considerar la razón de existencia de su posible interés contrario al del actor para comprenderlo. De existir la difamación judicial, se produjo con la presentación de la demanda, como efecto de la litispendencia; y para nosotros ésta tiene lugar a partir del momento de admisión de la demanda con efecto retroactivo al de la presentación de la misma (GUASP).

La trascendencia de la demanda se produce desde el momento de su interposición; entonces, el actor ejercita su derecho de accionar. Y al hacerlo puede producir una difamación judicial. La demanda es por sí, y en cuanto que se presenta ante un Tribunal, trascendente para el demandado; o al menos, puede serlo. La narración que en ella se contiene puede molestarle y perjudicarle de modo antijurídico.

Si el momento a partir del cual pasa a tener la demanda trascendencia para el demandado fuese el de la comparecencia de éste, y no tuviera lugar (por quedar en rebeldía), vendría a resultar que todo el desarrollo del proceso sería intrascendente para el mismo. Y estaría falto de base el recurso de audiencia al rebelde, cosa que no es así, ciertamente. La difamación judicial puede producirse, pues, desde la presentación de la demanda, comparezca o no el demandado.

Cierto es que en la Ley de Enjuiciamiento civil, la primera posibilidad de actuar que se concede al demandado es la personación o a partir de la citación para que conteste a la demanda. Y puede preverse el caso de que el actor pretenda desistir antes de que tales trámites hayan tenido lugar. En tal momento, sin embargo, ya puede haberse producido la difamación de acuerdo con lo antes expresado, y cabiendo posibilidad de que ya tenga el demandado un interés en que el proceso continúe, será preciso que se le notifique la voluntad de desistir del actor, a efectos de que acceda o se oponga al mismo.

10. Exteriorizada la voluntad del actor de desistir de su demanda, el demandado puede adoptar una serie de conductas.

Puede declarar, a su vez, que está conforme con la voluntad del actor de desistir (y acceder al mismo); porque considera que no ha habido difamación judicial en su contra, y que por ello no tiene interés jurídico alguno lesionado que exija la continuación del proceso hasta sentencia definitiva, bien porque considere que si la demanda lesionó algún interés suyo, ha quedado suficientemente resarcido por el final del proceso sin sentencia de fondo.

En este caso, como ningún interés público (no opinaría así cierta doctrina alemana de los últimos años de dominio nazi, por causa de la Ley de 15 de julio de 1941 sobre intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil en favor de la comunidad) exige que el Estado

continúe el proceso de oficio a fin de esclarecer inútilmente (contra la voluntad de los particularmente interesados) la verdad material; concordes las voluntades de ambas partes en el desistimiento, el Tribunal debe resolver considerando al actor como desvinculado del proceso en la correspondiente resolución.

Pero el demandado, ante la voluntad de desistimiento del actor, puede exteriorizar su disconformidad con la misma; y declarar, al contrario, que desea que el proceso continúe hasta ser terminado por sentencia definitiva. El demandado habrá de alegar en su actuación, el interés jurídico que se opone al desistimiento, y habrá de probarlo.

Este interés del demandado en que el proceso continúe (opuesto a la vinculación del actor) puede resultar ser protegible o impropetible por el Tribunal.

Será digno de protección (y así habrá de declararlo el Tribunal resolviendo, de conformidad con el demandado, que no ha lugar al desistimiento) cuando sea, sencillamente, el de quien se ha visto perturbado, inquietado y perjudicado, difamado en definitiva, por una demanda, la cual pone en duda la existencia o inexistencia de un hecho o derecho que a él afectan. Y dicho interés es el de que se formule una declaración judicial vinculante para el actor de modo que aclare el asunto e impida su nuevo planteamiento judicial, a través de la fuerza excluyente de la cosa juzgada material (MÜLLER, HELLWIG, CALDERÓN). Con ello, además, se favorece a la economía procesal; pues deengando el desistimiento del actor se evitará que el demandado se vea obligado más tarde a interponer acción con una pretensión de carácter declarativo negativo.

Todo hace que en estos casos tal interés sea jurídico y tutelable; y debe de predominar sobre el de economía procesal que favorecería el desistimiento del actor. En consecuencia, si el Tribunal considera como existente el interés jurídico del demandado en que el proceso continúe, habrá de resolver denegando al actor el desistimiento, y dejando así subsistente para él la carga de continuar llevando el proceso (vinculación).

Puede resultar también que el interés del demandado en que el proceso continúe sea extrajurídico e ilegítimo, y por ello, no digno de ser tutelado por el Tribunal; tal es el caso de que su base sea un dolo espíritu de litigiosidad; el de forzar al actor a continuar un proceso que el demandado conoce ser inútil (p. ej., por no concurrir algún presupuesto procesal; por no haber causado difamación alguna la demanda, de un modo claro y evidente). Y frente a este interés ilegítimo del demandado, se encuentra el del actor en desistir; es el interés en evitar un proceso que ha comprendido que sería inútil, bien por ser su pretensión infundada o errónea, bien por defectos procesales. A su favor está la economía procesal; en contra, sólo un interés antieconómico e ilegítimo. Por ello, en tal caso, el Tribunal, a pesar de la oposición del demandado, debe acceder al desistimiento del actor.

En definitiva, quien debe resolver sobre el desistimiento es el Tri-

bunal, recogiendo en una resolución el resultado de la valoración a que haya sometido los intereses alegados por las partes. Es lógico que esta calificación corresponda al Tribunal, puesto que sus consecuencias son de gran importancia: reiterabilidad o irreiterabilidad del proceso; no producción o producción de cosa juzgada.

Este contrapeso y juego de intereses posiblemente contrarios, así como la necesidad de que fueran valorados por el Tribunal, fué visto con claridad por nuestro gran procesalista del siglo xvii, ALFONSO DE VILLADIEGO, quien decía así: "...y queriendo (el actor) desistir de la demanda solamente, y que le quede salva su acción, y derecho, no lo puede hacer contra voluntad del reo (nótese que se refiere al proceso civil) y en tal caso, puede ser compelido a l'tigar y proseguir el pleito comenzado, sino es que el Juez vea, que conforme a los autos de necesidad, se ha de seguir la absolución de la instancia, por la mala compostura del libelo, o por otra cosa semejante, que debe en tal caso admitir al actor la renunciación que hace de aquella instancia, pues con esto se acaba la causa".

Desgraciadamente hay que decir que a tan grande y acertada lección ha correspondido un no menos grande desaprovechamiento de la misma.

Existen en algunas legislaciones (y también por obra de construcciones jurisprudenciales y doctrinales extranjeras) determinados casos en que de antemano puede valorarse la juridicidad o antijuridicidad del interés del demandado en que el proceso continúe. Tal es el que ocurre cuando habiendo alegado él mismo la falta de un presupuesto procesal (incompetencia, falta de legitimación), desea el actor desistir. Si el demandado se opone al desistimiento, lo que pretende es que se lleve adelante una demanda cuya inadmisibilidad ha afirmado (ROSENBERG, MICHELI); al oponer este defecto procesal, el demandado ha solicitado una sentencia, una sentencia de absolución en la instancia; por ello, posteriormente, no puede admitirse que pida una sentencia de fondo, como sucedería si prosperase su oposición al desistimiento. Tal conducta atentaría contra el principio de irrevocabilidad de los actos procesales y con ello, contra la seriedad del proceso. Y en definitiva, mostraría una voluntad dolosa del demandado.

Pero si el demandado opone la falta de un presupuesto procesal, y a la vez entra en el fondo del asunto (HELLWIG, SCHÖNKE), muestra con ello que también tiene un interés en una sentencia de fondo; para tales casos, la doctrina acepta que pueda prosperar su oposición al desistimiento. Esta posición es discutible, y sobre todo, difícil de adaptar a Ordenamientos Jurídicos concretos en que la construcción de la figura ha de tener lugar fuera del estricto marco legal.

El tratamiento procedimental de la bilateralidad del desistimiento plantea una serie de problemas (de forma, tiempo, excepciones, posible condicionalidad, revocabilidad o irrevocabilidad, naturaleza jurídica de las alegaciones del demandado, etc.). Pero en estas líneas no hemos

pretendido sino adelantar lo que estimamos es el fundamento de la misma. El desarrollo de tales ideas en cuanto a su puesta en práctica queda para otra ocasión, que creemos próxima: serán consideradas en la obra que ya anunciamos, actualmente casi terminada por completo en sus líneas fundamentales.