

EDJ 2007/63790

AP Madrid, sec. 24ª, A 7-3-2007, nº 353/2007, rec. 999/2006

Pte: Hernández Hernández, Rosario

Resumen

La AP estima el recurso de apelación interpuesto por el demandante en primera instancia contra un Auto conforme al cual se acuerda tener a la parte actora por desistida de la demanda de divorcio al no haber comparecido al acto de la vista. La AP acuerda que se siga el procedimiento ya que sí compareció el procurador del demandante a la vista en su nombre y representación lo que evitaría tenerle por desistido.

NORMATIVA ESTUDIADA

Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC
art.442 , art.770.3

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	2
FALLO	3

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

PROCESO CIVIL

OTRAS FORMAS DE TERMINACIÓN

Desistimiento

REPRESENTACIÓN

EN GENERAL

PROCESAL

Personas físicas

FICHA TÉCNICA

Favorable a: Esposo divorciado; Desfavorable a: Esposa divorciada

Procedimiento:Apelación, Divorcio

Legislación

Aplica art.442, art.770.3 de Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita Ley 1/2000 de 7 enero 2000. Ley de Enjuiciamiento Civil LEC

Cita LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial

Cita art.24 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española

Jurisprudencia

Cita en el mismo sentido sobre REPRESENTACIÓN - EN GENERAL STSJ Cataluña Sala de lo Social de 10 enero 2005 (J2005/5261)

Cita en el mismo sentido sobre REPRESENTACIÓN - EN GENERAL AAP Vizcaya de 13 febrero 2003 (J2003/34392)

Cita en el mismo sentido sobre REPRESENTACIÓN - EN GENERAL AAP Salamanca de 3 julio 2002 (J2002/43553)

Cita en el mismo sentido sobre REPRESENTACIÓN - EN GENERAL SAP Salamanca de 24 septiembre 2001 (J2001/75459)

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sala acepta y tiene por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada.

SEGUNDO.- Que en fecha 9 de marzo de 2006, por el Juzgado de Primera Instancia Número 23 de Madrid, se dictó auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:"Se tiene por desestima del presente juicio a la parte actora.

Firme este auto, archívense las actuaciones."

TERCERO.- Notificada la mencionada resolución a las partes, contra la misma se interpuso recurso de apelación por la representación de D. Jesús, en base a las alegaciones contenidas en su escrito de fecha 21 de abril de 2006, que en aras a la brevedad damos aquí por reproducido.

Dado el oportuno traslado a la contraparte, trascurrió el plazo sin que por la misma se hiciese alegación alguna.
CUARTO.- Que en la tramitación del presente recurso se han observado y cumplido todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente al Auto de fecha 9 de marzo de 2006, dictado por el Juzgado de Primera Instancia Número 23 de los de Madrid, conforme al cual se acuerda tener a la parte actora por desistida de la demanda de divorcio formulada contra D^a Filomena, se alza la parte apelante -demandante, alegando, básicamente y en esencia, como único motivo del Recurso, la infracción de precepto legal por indebida aplicación del artículo 442.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 EDL 2000/77463.

SEGUNDO.- Concretado el Recurso en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico anterior y examinadas las alegaciones que lo conforman, la cuestión controvertida suscitada se centra en determinar si la incomparecencia personal de los demandantes al acto de la vista del presente juicio, cuando se encuentran debidamente representados por Procurador, habilita la aplicación del artículo 442.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 EDL 2000/77463 y su consecuencia de tenerlos por desistidos de la Demanda con los efectos inherentes a tal declaración.

En esta materia, esta Sala, en consonancia con el criterio de otras Audiencias Provinciales, como es la de Cáceres, sentencia de 13 de mayo de 2.004, por citar una de ellas, ha venido expresando:

"Conforme al apartado 1 del artículo 442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 EDL 2000/77463, si el demandante no asistiere a la vista, y el demandado no alegare interés legítimo en la continuación del Proceso para que se dicte Sentencia sobre el fondo, se le tendrá en el acto por desistido a aquél de la Demanda, se le impondrán las costas causadas y se le condenará a indemnizar al demandado comparecido, si éste lo solicitare y acreditarle los daños y perjuicios sufridos. Pues bien, el tenor literal del expresado precepto admite, ciertamente, una doble interpretación: por un lado, considerar que se exige siempre y en todos los casos la presencia personal del demandante en el acto de la vista, de modo que su ausencia conduciría a que se le tuviera por desistido de la Demanda, y, por otro, entender que lo que el precepto contempla es el supuesto de que el demandante no compareciera, como parte litigante, al acto de la vista del Juicio Verbal al efecto de tenerlo por desistido de la Demanda, de modo que la comparecencia del demandante por medio de Procurador legalmente habilitado para ello -sea o no preceptiva su intervención en el Juicio- no permitiría ni autorizaría la consecuencia indicada.

En trance de indagar el sentido y alcance de la norma contenida en el artículo 442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 EDL 2000/77463, cabría significar que la exégesis interpretativa del precepto no puede encontrarse presidida por parámetros simplistas, ni restrictivos, en la medida en que - según el criterio de esta Sala- ello podría incidir negativamente en el Derecho a obtener la Tutela Judicial Efectiva que, como Fundamental, se consagra en el artículo 24 de la Constitución Española EDL 1978/3879 EDL 1978/3879. De este modo y, en primer término, la expresión "asistiese" a la vista debe equipararse a la de "comparecer" a la misma, porque, así, se compagina con la prescripción establecida en el apartado 2 del mismo artículo, cuando señala -con referencia a la parte demandada- que "al demandado que no comparezca se le declarará en rebeldía y, sin volver a citarlo, continuará el Juicio"; y, en segundo lugar, no debe desconocerse que la comparecencia en Juicio de los litigantes puede hacerse de dos maneras: bien por medio de Procurador legalmente habilitado para actuar en el Tribunal que conozca del Juicio (artículo 23.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 EDL 2000/77463), o bien por sí mismos, esto es, personalmente, en los casos que contempla el apartado 2 del citado artículo 23, de manera que, en uno u otro supuesto, el efecto es el mismo en la medida en que, a tenor del primer párrafo del apartado 1 del artículo 25 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 EDL 2000/77463, el poder general para pleitos facultará al Procurador para realizar válidamente, en nombre de su poderdante, todos los actos procesales comprendidos, de ordinario, en la tramitación de aquéllos.

En sede de Juicio Verbal, trámites por los que ha de discurrir el presente proceso de divorcio, no existe precepto alguno en la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 EDL 2000/77463 que exija de forma expresa que los litigantes hayan de comparecer -siempre y en todos los casos- personalmente -o por sí mismos- al acto de la vista; de hecho, el artículo 442, en sus dos apartados, no lo contempla, sino sólo los efectos de la falta de comparecencia al acto, comparecencia que puede efectuarse, de manera procesalmente hábil -insistimos-, por medio de Procurador; y, así, el inciso final del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 EDL 2000/77463 dispone que "asimismo, se prevendrá -se entiende, en la citación- a demandante y demandado de lo dispuesto, en el artículo 442, para el caso de que no comparecieren a la vista", mas no se indica que tal comparecencia hubiera de ser necesariamente personal; luego la comparecencia por medio de Procurador legalmente habilitado al acto de la vista evita tanto que se tenga por desistido de la Demanda al actor, como que se declare la rebeldía del demandado, sin perjuicio -evidentemente- de las consecuencias que pudieran derivarse del hecho de que no asistiesen personalmente y se hubiera propuesto y admitido su declaración, en cuyos supuestos (tal y como establece el propio párrafo segundo del apartado 1 del artículo 440 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 EDL 2000/77463) podrían considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304.

De esta manera, como corolario de cuanto antecedente y en interpretación del artículo 442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 EDL 2000/77463, este Tribunal considera que, en el Juicio Verbal, únicamente el caso de que el actor hubiera comparecido por sí mismo, en los supuestos en los que no sea preceptiva la intervención de Procurador, determina que el demandante haya de comparecer también por sí mismo al acto de la vista, de modo que, si no lo verificara así (esto es, si no comparece a la misma personalmente), procedería tenerle en el acto por desistido de la Demanda. En cambio, si la comparecencia en el Juicio se hizo por medio de Procurador -sea o no preceptiva su intervención-, la falta de asistencia personal del demandante al acto de la vista no autoriza a que se le tenga por desistido de la Demanda porque el Procurador legalmente habilitado se encuentra facultado para comparecer en el

referido acto en su nombre y representación, a salvo -como ya se ha indicado- las consecuencias que pudieran derivarse de su inasistencia personal si se hubiera propuesto y admitido su declaración.

Este mismo criterio es el seguido por el Auto de fecha 13 de febrero de 2003, dictado por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Vizcaya EDJ 2003/34392 EDJ 2003/34392 (que, a su vez, cita el Auto de fecha 18 de marzo de 2002 de la Sección Décimo-Segunda de la Audiencia Provincial de Barcelona), por la Sentencia de fecha 18 de septiembre de 2002, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Toledo EDJ 2002/52561 EDJ 2005/5261 , y, finalmente, por la Sentencia de fecha 24 de septiembre de 2001, dictada por la Audiencia Provincial de Salamanca EDJ 2001/75459 EDJ 2001/75459 .

Por otra parte, sólo le consta a este Tribunal, como Resolución de las Audiencias Provinciales que sigan el criterio opuesto, el Auto de fecha 3 de julio de 2002 de la Audiencia Provincial de Salamanca EDJ 2002/43553 EDJ 2002/43553 , donde viene a concluirse que la ausencia de poder especial en la parte demandante, así como la falta de su asistencia personal al juicio, determinan inexorablemente, que se le tenga por desistida en los términos del artículo 442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 EDL 2000/77463, criterio que no comparte esta Sala por cuanto que las normas reguladoras del Juicio Verbal en la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 EDL 2000/77463 no contemplan que, en el caso de que los litigantes no comparecieran por sí mismos, hubieran de hacerlo con poder especial, de modo que, si el poder general faculta al Procurador para comparecer al acto de la vista, dicho apoderamiento -sin necesidad de que contuviera facultades especiales- ha de reputarse suficiente a este fin, impidiendo, de esta manera, la aplicación de las consecuencias previstas en el artículo 442 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 EDL 2000/77463."

TERCERO.- En el presente caso, a mayor abundamiento, de la literalidad del artículo 770.3 de la L.E.Civil EDL 2000/77463 , no se desprende la consecuencia seguida en la instancia de tener a la actora por desistida del proceso, de dicha incomparecencia al acto de la vista, no puede derivar sino que se considere que se admiten los hechos alegados por la parte que compareciere para fundamentar sus pretensiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial, lo que nos conduce a la estimación del recurso en los términos interesados por el apelante, y, en su consecuencia, a la revocación del Auto que constituye su objeto.

Habrán de devolverse las actuaciones ordenando la prosecución del trámite, con continuación de la vista, en su caso, de no haberse llevado a efecto su totalidad, por lo que hubiere quedado pendiente, o con el dictado de la sentencia que correspondiere, de haberse practicado en el acto de fecha 7 de marzo de 2.006, toda la prueba propuesta y admitida, y hubieren quedado las actuaciones vistas para sentencia.

CUARTO.- Estimándose el Recurso de Apelación interpuesto y, de conformidad con lo establecido en el artículo 398.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 EDL 2000/77463, no procede efectuar pronunciamiento especial en orden a la imposición de las costas de esta alzada.

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

FALLO

LA SALA ACUERDA: Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por D. Jesús, representado por el Procurador D. ANTONIO DE PALMA VILLALON, contra el auto de fecha 9 de marzo de 2006, del Juzgado de Primera Instancia Número 23 de Madrid, en procedimiento número 1408/05, seguido con Dª Filomena; debemos REVOCAR Y REVOCAMOS la expresa resolución, ACORDANDO:

La prosecución del trámite, con continuación de la vista, en su caso, de no haberse llevado a efecto en su totalidad, por lo que hubiere quedado pendiente, o con el dictado de la sentencia que correspondiere, de haberse practicado en el acto de fecha 7 de marzo de 2.006, toda la prueba propuesta y admitida, y hubieren quedado las actuaciones vistas para sentencia.

Notifíquese la presente resolución, conforme a lo dispuesto en la L.O.P.J. EDL 1985/8754 con expresión de sus derechos a las partes.

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

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079370242007200051