

Resumen

La Audiencia estima el recurso presentado y establece que podría entenderse, como hace parte de la doctrina, que siendo la acción encaminada a obtener la separación personalísima, no cabe imponer al actor la continuación del procedimiento. Sin embargo, como se ha dicho, la demandada ha formulado pretensiones que pueden considerarse reconvenionales, en cuanto no pretende la absolución de la demanda, tiene un interés legítimo en que se establezca con certeza su estado civil, no ha cesado la separación de hecho, no se ha fundado la solicitud de desistir en un interés legítimo y el TC, señala, precisamente para un juicio de divorcio, que la bilateralidad, no contemplada en la Ley, es cuestión de interpretación que corresponde a los tribunales ordinarios que deben velar porque no se cause indefensión o lesión alguna constitucional a la parte demandada, e invoca la doctrina del TS que viene a proclamar que la acción procesal, y por lo mismo todo recurso a la jurisdicción ha de estar sostenido por un fin e interés legítimo y justificado.

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO	1
FALLO	2

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

MATRIMONIO

SEPARACIÓN Y DIVORCIO

Contenciosa

Prueba de las causas

Otras cuestiones

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Apelación, Separación matrimonial

Legislación

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

Versión de texto vigente null

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 9 de julio de 1.998 se presentó demanda en nombre de D. Luis en que interesaba la separación respecto de su mujer Dª María del Valle al par que medidas provisionales. Repartida al Juzgado número 2 de La Palma del Condado el siguiente día 14, fue emplazada la demanda y presentó escrito de contestación el 29 de septiembre en que prestó consentimiento ala separación pero no a las medidas económicas, respecto a las que interesó la atribución del domicilio y el incremento de las pensiones alimenticias a favor de los hijos y compensatoria.

SEGUNDO.- Fijada provisionalmente la cantidad de 175.000 pesetas mensuales, formuló el actor incidente de oposición. En providencia de 4 de diciembre de 1.998 se declaró finalizado el periodo probatorio y, con suspensión del plazo para dictar sentencia, se acordó para mejor proveer práctica de pruebas de confesión judicial, testifical y documental. Solicitaron las partes de común acuerdo la suspensión para obtener mutuo acuerdo el 21 de enero de 1.999. El 22 de marzo la demandada pidió que se levantara la suspensión. Unidas las pruebas documentales practicadas, en providencia de 2 de junio se señaló día para las de confesión y testifical, presentando antes de la fecha señalada el procurador del actor escrito desistiendo del procedimiento, de que se dio traslado a la parte contraria que se opuso.

TERCERO.- El 13 de octubre de 1.999 se dictó auto en que se acordó tener por desistida a la parte actora y archivar el expediente.

CUARTO.- Contra el anterior interpuso la demandada recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, y, emplazadas las partes, remitidos los autos a esta Audiencia y personadas, se sustanció el recurso por todos sus trámites y se señaló para la vista prevenida en la Ley el día 27 de septiembre de 2.000, en cuya fecha tuvo lugar, con asistencia de los Letrados de las partes personadas así como el Ministerio Fiscal, quienes informaron en apoyo de sus respectivas pretensiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 no define ni regula con carácter general la figura del desistimiento, aunque sí se refiere a él en disposiciones aisladas: artículo 9.3 relativo al cese del Procurador en su representación, el 846 a 849 en la segunda instancia y el artículo 42 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 respecto al juicio de cognición. No resuelven la necesidad de consentimiento de la parte contraria, limitándose el artículo 42 del Decreto de 21 de noviembre de 1952 a señalar que si emplazado el demandado, el actor desistiere del procedimiento transcurrido que sea el término del emplazamiento, se dará vista al demandado comparecido por término de tres días, debiendo resolver el Juez sobre la petición de desistimiento en el plazo de otros tres días; el 846 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 prescribe la necesidad de poder especial o ratificación personal y el 847 la posibilidad de impugnación por la parte contraria por falta de poder o capacidad. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 -que aún no ha entrado en vigor- ordena el traslado por diez días al demandado emplazado no en rebeldía y, si se opusiera, el juez resolverá lo que estime oportuno.

SEGUNDO.- En el presente caso, la solicitud no ha sido presentada con poder especial: ni es tal el aportado inicialmente, sino general para pleitos en que ni siquiera con carácter genérico se contempla el desistimiento, ni se ha presentado al tiempo de la solicitud ni posteriormente; tampoco ha sido ratificado personalmente por el actor, si bien es cierto que tales defectos son subsanables.

TERCERO.- Los preceptos citados ponen de manifiesto que es el juzgador el que debe decidir en resolución fundada sobre la aceptación o no del desistimiento solicitado y el criterio a seguir no puede ser otro que el interés que tenga el demandado en la prosecución del pleito. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1.994 funda el traslado al demandado del desistimiento en la necesidad de que se pronuncie al respecto por cuanto puede tener interés en que el proceso llegue a su fin y sea resuelto con autoridad de cosa juzgada; y la de 9 de junio de 1986 observa de forma explícita que, siendo el desistimiento una declaración de voluntad revocatoria de otra anterior, tiene carácter unilateral y no requiere para la prosecución del juicio la aceptación del demandado, ni ésta es, consecuencia, un requisito necesario para su válida existencia, a no ser que la pretensión del desistimiento se haya producido después de la contestación a la demanda. En este juicio la demandada tiene un evidente interés, ya que no se opuesto a la separación sino que la ha interesado igualmente en el suplico con unas medidas complementarias diferentes aunque no haya formulado reconvencción expresa y ha alegado fundadamente estar preparando la demanda dada la separación de hecho cuando fue emplazada (todo ello en el hecho cuarto de la demanda y reiterado en la vista). Además ha pedido y obtenido una pensión provisional superior a la que proponía el actor. La demandada se opone al desistimiento alegando el interés que tiene en obtener una resolución definitiva no sólo por evitar otro proceso a instancias de la actora en este, sino por no verse impelido a iniciar ella misma otro nuevo para obtener la separación (sentencia de 19 de noviembre de 1.998 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22).

CUARTO.- Puede argumentarse también que se ha producido extemporáneamente, pues se habían acordado ya diligencias para mejor proveer, de las que se había practicado la mayoría de las pruebas documentales. La S.T.S. de 26 de abril de 1.999 señala cómo la doctrina jurisprudencial ha establecido que el actor puede desistir del procedimiento incoado desde el momento en que surge la litispendencia hasta aquél en que se produce la citación para sentencia, contemplando un caso en que fue acordada, como diligencia para mejor proveer, la unión a los autos de los informes presentados por los peritos designados y que permanecieran de manifiesto en la Secretaría del Juzgado para que las partes pudieran hacer las alegaciones que estimaran por conveniente acerca del alcance o importancia de tales pruebas, siendo sólo entonces cuando interesó el desistimiento parcial, para concluir que, transcurrido ya el instante de citación para la sentencia, era impropio verificar entonces dicha intención procesal.

QUINTO.- Podría entenderse, como hace parte de la doctrina, que siendo la acción encaminada a obtener la separación personalísima, no cabe imponer al actor la continuación del procedimiento. Sin embargo, como se ha dicho, la demandada ha formulado pretensiones que pueden considerarse reconvenccionales, en cuanto no pretende la absolución de la demanda, tiene un interés legítimo en que se establezca con certeza su estado civil, no ha cesado la separación de hecho, no se ha fundado la solicitud de desistir en un interés legítimo y el Tribunal Constitucional, en Sentencia de fecha 26 noviembre 1990 señala, precisamente para un juicio de divorcio, que la bilateralidad, no contemplada en la Ley, es cuestión de interpretación que corresponde a los Tribunales ordinarios que deben velar porque no se cause indefensión o lesión alguna constitucional a la parte demandada, e invoca la doctrina del Tribunal Supremo que viene a proclamar que la acción procesal, y por lo mismo todo recurso a la jurisdicción ha de estar sostenido por un fin e interés legítimo y justificado.

SEXTO.- Debe en consecuencia estimarse el recurso, sin pronunciar condena a las costas conforme al artículo 896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 2000/77463 y ordenar al Juez la prosecución del procedimiento en los términos legalmente procedentes.

FALLO

En virtud de lo expuesto, el Tribunal HA DECIDIDO ESTIMAR el recurso interpuesto contra el auto dictado en el asunto a que se refiere el rollo de Sala por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número 2 de La Palma del Condado, que se REVOCA, para, en su lugar, no tener por desistido al actor y ordenar continuar el procedimiento hasta sentencia.

Remítanse las actuaciones originales al Juzgado de su procedencia, con certificación de la presente y despacho para su cumplimiento y efectos oportunos.

Así, por este auto, de que se unirá certificación al rollo de Sala, lo mandamos y firmamos. Francisco Martín Mazuelos.- Santiago García García.- Mercedes Izquierdo Beltrán.