

ALGUNAS REFLEXIONES ACERCA DE LA “TUTELA MANDAMENTAL” EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

SOME REFLECTIONS IT BRINGS OVER OF THE
“GUARDINSHIP MANDAMENTAOL” IN THE CIVIL SPANISH PROCESS

DAVID VALLESPÍN PÉREZ*

Fecha de recepción: 18 de diciembre de 2009.

Fecha de aceptación: 12 de enero de 2010.

Resumen

El presente artículo se centra en reclamar el reconocimiento y regulación en el proceso civil español, a diferencia de lo que acontece en la actualidad de la llamada “tutela mandamental”. Ello obedece a que las “acciones y sentencias de mandamiento” constituyen, sin duda, un magnífico instrumento en orden a conseguir, con claro respeto del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, un proceso civil más eficaz.

Abstract

This article is focused on claiming the acknowledgement and regulation in the Spanish civil trial of the so-called “tutela mandamental” (“mandate protection”), against what happens nowadays. This relies on the fact that the “mandate judgements and actions” form, no doubt, an excellent instrument aimed at achieving a more effective civil trial, clearly observing the fundamental right to the actual judicial protection.

Palabras clave: Acción de mandamiento, sentencia mandamental, tutela judicial efectiva.

Key words: *Mandate action, mandate judgement, actual judicial protection.*

* Doctor en Derecho por la Universidad de Barcelona, Catedrático Habilitado de Universidad, Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Barcelona. Dirección electrónica: dvallespin@ub.edu

La Ley de Enjuiciamiento Civil española de 2000 reconoce en su art. 5: “Se podrá pretender de los tribunales la condena a determinada prestación, la declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de estas últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares”, las cuatro clases de tutela jurisdiccional que cabe reclamar: la de condena, la mero declarativa, la constitutiva y la de ejecución, a las que se añade ahora la tutela cautelar”¹.

En este precepto se deja abierta también la vía para el reconocimiento por el legislador de otras formas de tutela: “cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley”. Sin embargo, en los años de vigencia de la LEC de 2000, aun cuando en la realidad jurídica y económica actual se advierten situaciones no amparadas adecuadamente por el legislador, nadie ha reclamado el reconocimiento de nuevas formas de tutela judicial.

Sin duda, una de estas nuevas técnicas de tutela, reiteradamente defendidas en la doctrina iberoamericana², es la de las sentencias mandamentales o, mejor, de las “acciones y sentencias de mandamiento”.

Tales acciones, las de mandamiento, no son del todo desconocidas en la clásica doctrina española, pues ya en su día, tanto Alcalá-Zamora y Castillo³ como Prieto-Castro⁴ hicieron mención de esta forma de tutela que había sido analizada en Ale-

¹. Conviene señalar, no obstante, que si bien la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 reúne por primera vez en la historia multiseccular de la legislación española toda la materia cautelar en un solo pasaje, corrigiendo, además, el planteamiento retrógrado de las medidas cautelares en el Borrador y Anteproyecto, en el que únicamente podían ser cauteladas las sentencias de condena, pero no las declarativas ni las constitutivas; lo cierto es que no regula, a pesar de la dicción literal de su art. 5, un “proceso cautelar” autónomo (VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *La configuración de las medidas cautelares en el Anteproyecto de LEC, en Presente y Futuro del Proceso Civil*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 669).

². La categoría de las sentencias mandamentales, elaborada particularmente por la doctrina brasileña (PONTES DE MIRANDA, Fransisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, I, Campinas, Bookseller, 1998), ha sido desde su inicio recibida con gran resistencia por los procesalistas en general. En las últimas décadas, sin embargo, son muchos quienes defienden su utilidad y conveniencia, pues si bien se trata de sentencias que tienen una naturaleza cercana a las condenatorias, lo cierto es que su eficacia viene reforzada por imperativo de la propia ley (CINTRA, Antonio Carlos - PELLEGRINI GRINOVER, Ada - DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria general do processo*, 19ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003; DINAMARCO, Candido Rangel *Instituições de Direito Processual Civil*, 5ª ed., Malheiros, Editora São Paulo, voses. II e III, 2005; WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 a 461 do CPC)*, en *Reforma do Código de Processo Civil*, coordinado por Sálvio de Figueiredo Ferra, Editora Saraiva, São Paulo, 1996, págs. 19 y ss.).

³. ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Adiciones a la traducción realizada por Prieto-Castro sobre el Derecho Procesal Civil de Goldschmidt*, Ed. Labor, Barcelona-Madrid- Buenos Aires, Río de Janeiro, 1936, pág. 115.

⁴. PRIETO-CASTRO, Leonardo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 1985, pág. 456: “Como especie independiente de la acción constitutiva se ha querido construir esta otra (acción de mandamiento), por medio de la cual se aspira a una sentencia en la que el juez que conoce del asunto, sin emanar una resolución con eficacia de cosa juzgada sobre la relación jurídica básica misma, dirige

mania por Kuttner⁵ y Goldschmidt⁶. Sin embargo, resulta oportuno reconocer que, con posterioridad, nadie ha vuelto a prestar atención a esta categoría de sentencias, si bien, en los últimos tiempos, algunos autores abogan por defender, con acierto, la conveniencia de su incorporación a las clases de tutela que se pueden pretender de los órganos jurisdiccionales⁷.

Situando la función y cometido de la Jurisdicción y el Proceso en la solución de los conflictos planteados, resulta innegable la utilidad de las acciones y sentencias de mandamiento para conseguir un proceso civil más eficaz⁸. Ello es así, porque a través de una sentencia mandamental el juez que conoce de un asunto dirige una orden o mandamiento a una autoridad o funcionario de una oficina pública o registro, para que este adopte alguna medida concreta para la seguridad o mayor eficacia de la resolución (v. g. impedir una transmisión, la salida de determinadas mercancías o la concesión de una licencia)⁹.

Ilustraré mi argumentación con algunos ejemplos tomados de la experiencia:

- a) Hace pocos años un abogado de Barcelona tenía la costumbre de desplazarse al edificio de los juzgados en bicicleta. Un día, cedió una alcantarilla municipal en deficiente estado y el ciclista cayó, resultando lesionado y la bicicleta seriamente dañada. El interesado interpuso la correspondiente reclamación administrativa, que no fue atendida. Acudió, entonces, al juez, que acogió su demanda

de manera inmediata a otro órgano del Estado, oficina pública o funcionario público, el mandamiento de que realice u omite alguna actividad (específicamente expresada en la sentencia) dentro del círculo de sus atribuciones, a petición de la parte que haya vencido en el proceso".

5. KUTTNER. *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses* ("Efectos de la sentencia fuera del proceso civil"), Munich, 1914, págs. 22 y ss.; y 44 y ss.
6. GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*, con traducción de Prieto-Castro y adiciones de Alcalá-Zamora, Ed. Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1936, págs. 113 y ss.: "La acción de mandamiento se encamina a obtener un mandato dirigido a otro órgano del Estado, por medio de la sentencia judicial".
7. Por todos, véanse: PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene Editore, Napoli, 1994, págs. 4 y ss.; VALLESPÍN PÉREZ, David. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, Cims Editorial, Barcelona, 2008, págs. 65 y ss.; y VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *El proceso civil y su futuro*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, núm. 56, págs. 182 y ss.
8. Sin duda, uno de los nuevos retos a los que debe dar respuesta un proceso civil presidido por la demanda de justicia social ante el desafío de la globalización, consiste en alcanzar una mayor eficacia práctica en la resolución de conflictos (MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84 CDC, 2ª ed.*, Revista dos Tribunais, 2001, São Paulo, pág. 39; y *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, traducción de Aldo Zela, Palestra Editores, Lima, 2007, págs.135 y ss.), pues todavía hoy son muchas las dificultades que siguen existiendo para que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sea una realidad en Europa y América.
9. CHAVARI DE ARRUDA, Rodrigo. *Tutela específica na perspectiva do acesso à justiça*, Doutrina Jus Navigandi, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>

y terminó por condenar al Ayuntamiento de Barcelona al pago de una indemnización. De este modo, concluyó el proceso –y cabe suponer que la sentencia se cumplió o ejecutó–, pero el conflicto no se resolvió, pues el Ayuntamiento no acometió la reparación de la alcantarilla en mal estado y tiempo después otro ciclista pudo volver a caer en idéntico lugar y circunstancias¹⁰.

- b) En los caminos públicos de algunas poblaciones sometidas a una pobreza extrema, son frecuentes, por desgracia, los accidentes que sufren los llamados “niños de la calle”, que caen por huecos que actúan como trampas. En estos casos, si aplicamos la ley, es muy posible que se condene a indemnizar, pero el conflicto quedará sin resolver, de tal forma que cualquier otro día, otro niño de los que “duermen bajo las estrellas”, volverá a pasar por allí y volverá a sufrir lesiones o daños¹¹.
- c) Hace unos meses, en algunas ciudades españolas se produjeron, los días de lluvia, numerosas caídas de peatones que “resbalaron” al intentar cruzar las calles por los pasos de cebra habilitados (y recién pintados) a tal efecto. Algunas de estas caídas dieron lugar a procesos contra los ayuntamientos implicados, y algunos de ellos fueron condenados a indemnizar a los peatones. Con ello el peatón afectado pudo ver satisfecha su pretensión en el proceso respectivo, pero la solución del conflicto, como es fácil comprender, solo puede venir dada por un nuevo y correcto pintado de los pasos de cebra –previa utilización de pintura no resbaladiza en contacto con el agua–.

Por todo ello, precisamente, la sentencia mandamental, próxima a la sentencia constitutiva o de condena, podría resultar un magnífico complemento para alcanzar la mayor eficacia de estas, ya que no es lo mismo aplicar la ley que resolver un conflicto. Para que el juez, al otorgar la tutela solicitada por el particular (generalmente el resarcimiento o indemnización), pudiera resolver el conflicto en estos casos, habría que autorizarle bien a proceder de oficio o, mejor, mediante acción ejercitada por el Ministerio Fiscal u otro órgano público¹².

¹⁰. Este ejemplo ha sido tomado de las lecciones que tuve y tengo la fortuna de recibir de mi maestro, el Dr. Vázquez Sotelo, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona.

¹¹. Este ilustrativo ejemplo ha sido tomado de la Conferencia pronunciada por la ilustre magistrada argentina KEMELMAJER DE CARLUCCI en el Congreso de Buenos Aires de 1991 sobre “Jueces, abogados y medios de comunicación”, dirigido por el Prof. Roland Arazi.

¹². DE OLIVEIRA, Carlos. *O problema da eficácia da sentença*, Revista de Processo, São Paulo, 112, 9-22, octubre-diciembre/2003.

Bibliografía

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *"Adiciones a la traducción de Prieto-Castro sobre el Derecho Procesal Civil de Goldschmidt"*, Ed. Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires- Río de Janeiro, 1936.
- CHAVARI DE ARRUDA, Rodrigo. *Tutela específica na perspectiva do acesso à justiça*, Doutrina Jus Navigandi, <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp>
- CINTRA, Antonio Carlos - PELLEGRINI GRINOVER, Ada - DINAMARCO, Candido Rangel. *Teoria general do processo*, 19ª ed, São Paulo, Malheiros, 2003.
- DINAMARCO, Candido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*, 5ª ed., Malheiros, Editora São Paulo, vols. I e II, 2005.
- GOLDSCHMIDT, James. *Derecho Procesal Civil*, con traducción de Prieto-Castro y adiciones de Alcalá-Zamora, Ed. Labor, Barcelona-Madrid-Buenos Aires-Río de Janeiro, 1936.
- KUTTNER. *Urteilswirkungen ausserhalb des Zivilprozesses ("Efectos de la sentencia fuera del proceso civil")*, Munich, 1914.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela específica: arts. 461, CPC e 84 CDC*, 2ª, ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2001.
- MARINONI, Luiz Guilherme. *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, traducción de Aldo Zela, Palestra Editores, Lima, 2007.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado das ações*, I, Campinas, Bookseller, 1998.
- PRIETO-CASTRO, Leonardo. *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 1985.
- PROTO PISANI, Andrea. *Lezioni di diritto processuale civile*, Jovene Editore, Napoli, 1994.
- VALLESPÍN PÉREZ, David. *Los nuevos retos del derecho a la tutela judicial efectiva en el proceso civil*, Cims Editorial, Barcelona, 2008.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *La configuración de las medidas cautelares en el Anteproyecto de LEC*, en Presente y Futuro del Proceso Civil, Bosch, Barcelona, 2000.
- VÁZQUEZ SOTELO, José Luis. *El proceso civil y su futuro*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2003, núm. 56.
- WATANABE, Kazuo. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer (arts. 273 a 461 do CPC)*, en Reforma do Código de Processo Civil, coordinada por Sálvio de Figueiredo Ferra, Editora Saraiva, São Paulo, 1996.