

Magistrado, votará los pleitos á cuya vista hubiere asistido, y que aun no se hubieren fallado.

Artículo 347.

Si después de la vista se imposibilitara algún Magistrado, de suerte que no pueda asistir á la votación, dará su voto por escrito, fundado y firmado, y lo remitirá directamente en pliego cerrado al Presidente de la Sala. Si no pudiere escribir ni firmar, se valdrá del secretario ó relator del pleito.

El voto así emitido se unirá á los demás, y con el libro de sentencias se conservará por el que presida, rubricado por el mismo.

Cuando el impedido no pudiere votar ni aun de este modo, se votará el pleito por los demás Magistrados que hubieran asistido á la vista, si hubiere los necesarios para formar mayoría. No habiéndolos, se procederá á nueva vista con asistencia de los que hubieren concurrido á la anterior, y de aquel ó aquellos que deban reemplazar á los impedidos.

De la discusión y votación de los autos y sentencias en las Salas de justicia de las Audiencias y del Tribunal Supremo tratan estos cinco artículos: las reglas que dan para ello son iguales á las establecidas en los artículos 680, 681, 682, 686, 687 y 688 de la ley orgánica del Poder judicial, y como son claras y no han ofrecido dificultad alguna en la práctica, es excusado comentarlas. Sólo recordaremos con relación al artículo 344, que en el núm. 5.º del 336 se prohíbe á los ponentes llevar formulado el proyecto de sentencia al acto de la discusión y votación de la misma.

También convendrá indicar, que la conservación, prevenida en el art. 347, del voto que dé por escrito el magistrado imposibilitado de asistir á la votación, en vez de quemarlo, como antes se hacía según el 38 de las ordenanzas de las Audiencias, no puede tener otro objeto que el de considerarlo como voto particular reservado, para los efectos que determina el art. 368, cuando no sea conforme con el de la mayoría; de suerte que en este caso habrá de insertarse en la certificación de los votos reservados que ha de remitirse al Tribunal Supremo siempre que se interpone recurso de casación, y servirá también para los efectos del 914 en el caso de entablarse contra la Sala el recurso de responsabilidad.

La ley de 1855 no contiene otra disposición que se refiera á las votaciones de autos y sentencias, mas que la del art. 52, el cual concuerda en parte con el 343 de la presente.

Artículo 348.

Para que haya sentencia en las Audiencias, son necesarios tres votos conformes de toda conformidad.

Cuando la resolución haya de dictarse en forma de auto, serán necesarios los votos conformes de la mayoría absoluta de los Magistrados que hayan concurrido á la vista.

Artículo 349.

En el Tribunal Supremo serán necesarios cuatro votos conformes de los siete Magistrados que deben formar la Sala, para de-

cidir sobre la admisión de los recursos de casación por infracción de ley, y para la declaración de haber ó no lugar á dichos recursos y á los de quebrantamiento de forma.

Para que haya sentencia ó resolución en los negocios que pueden verse con cinco Magistrados, serán necesarios los votos de la mayoría absoluta de los que hubieren concurrido á la vista.

Véase el comentario del art. 317 (pág. 15 y siguientes de este tomo), en el cual nos hemos hecho cargo de lo que se ordena en estos dos artículos.

Artículo 350.

Cuando hubiere discordia por no reunirse los votos necesarios para que haya sentencia, se dirimirá aquella en la forma que se determina en la sección siguiente.

Resulta discordia siempre que no se reúnen los votos conformes de toda conformidad que, según las reglas expuestas en la pág. 17 de este tomo, sean necesarios para que haya sentencia, auto ó providencia, y en tal caso ha de dirimirse la discordia remitiendo el pleito á más señores, en la forma que se determina en la sección siguiente. Así lo ordena este artículo, el cual concuerda con el 54 de la ley anterior de 1855 y con el 697 de la orgánica de 1870.

SECCION CUARTA.

DEL MODO DE DIRIMIR LAS DISCORDIAS.

En el lenguaje común, "discordia" significa la contrariedad de opiniones, y dándole la misma significación en el tecnicismo del foro, se dice que hay discordia cuando, en las votaciones de los tribunales colegiados, no resulta absoluta conformidad de los votos necesarios para que haya sentencia ó cualquiera otra resolución judicial. Puede haber discordia, no sólo sobre la decisión de todos ó alguno de los puntos litigiosos que deban ser objeto del fallo ó resolución judicial, sino también sobre la apreciación de los hechos, ó sobre la inteligencia y aplicación del derecho. En tales casos es indispensable remitir el pleito á más magistrados para que, viéndolo juntamente con los discordantes, puedan reunirse los votos conformes que la ley exige para que haya sentencia, auto ó providencia, según el caso. Esto se llama "dirimir la discordia," para lo cual se dan las reglas oportunas en los artículos que vamos á examinar.

Artículo 351.

Cuando en la votación de una sentencia, auto ó providencia no resultare mayoría de votos sobre cualquiera de los pronunciamientos de hecho ó de derecho que deban hacerse, ó sobre la decisión que haya de dictarse, volverán á discutirse y á votarse los puntos en que hayan disentido los votantes.

Cuando tampoco del segundo escrutinio resultare mayoría, se dictará providencia declarando la discordia, y mandando celebrar nueva vista con más Magistrados.

Artículo 352.

La nueva vista se celebrará con los Magistrados que hubieren

asistido á la primera, aumentándose dos más si hubiere sido impar el número de los discordantes, y tres en el caso de haber sido par.

Artículo 353.

Asistirán por su orden á dirimir las discordias:

- 1º El Presidente del Tribunal.
- 2º Los Magistrados de la Sala respectiva que no hayan visto el pleito.
- 3º Los Magistrados más antiguos de las otras Salas, con exclusión de los Presidentes.

Artículo 354.

El Presidente del Tribunal hará el señalamiento de las vistas en discordia, previo aviso del Presidente de la Sala respectiva, y después de designar los Magistrados á quienes corresponda dirimirla.

Artículo 355.

Los nombres de los Magistrados que han de dirimir las discordias se harán saber oportunamente á los litigantes, para que puedan hacer uso del derecho de recusación, si fuere procedente.

Artículo 356.

Los Magistrados discordantes consignarán con toda claridad, en la providencia declarando la discordia, los puntos en que convinieren y aquellos en que disintieren, y se limitarán á decidir con los dirimientes aquellos en que no hubiere habido conformidad.

Artículo 357.

Antes de empezar á ver un pleito en discordia, el Presidente de la Sala que haya de dirimirla preguntará á los discordantes si insisten en sus pareceres, y sólo en el caso de contestar afirmativamente se procederá á la vista.

Si al verificarse la votación de la sentencia en discordia llegaren los discordantes á convenir en número suficiente para formar mayoría, no pasará adelante el acto.

Artículo 358.

Cuando en la votación de una sentencia por la Sala de discordia, no se reuniese tampoco mayoría sobre los puntos discordados, se procederá á nuevo escrutinio, poniendo solamente á vota-

ción los dos pareceres que hayan obtenido mayor número de votos en la precedente.

Vamos á comprender en un solo comentario todos los artículos que contiene esta sección, porque vistos y examinados en conjunto, aparece con más claridad el procedimiento que ha de seguirse para dirimir las discordias, acerca del cual poco tendremos que decir, pues basta la lectura de dichos artículos: haremos, sin embargo, algunas observaciones.

La ley de 1855 sólo tres artículos dedicó á esta materia; el 55, en el cual ordenó que dirimirían la discordia dos magistrados, si hubiere sido impar el número de los discordantes; y tres, en el de haber sido par: el 56, que dispuso sustancialmente lo mismo que el 353 de la presente; y el 57, igual al 356 de ésta, aunque con distinta redacción. Y como no bastaba esto para determinar todo el procedimiento, se suplió en la práctica su deficiencia con lo que ordenaban los artículos 41, 42 y 43 de las ordenanzas de las Audiencias. Todas estas disposiciones se refundieron en los artículos 696 y 698 al 704 de la ley orgánica de 1870, los cuales, en cumplimiento de lo prevenido en el número 1.º, base 2.ª de las aprobadas por la ley de 21 de Junio de 1880, se reproducen en la presente casi literalmente, sin otra modificación que la que luego indicaremos.

Raro será el caso en que dé lugar á discordia una providencia de sustanciación; y si ocurriese, la prudencia aconseja que antes de emplear el procedimiento aquí establecido, y al que habrá de acudir en último término, el presidente de la Sala reúna á todos los magistrados de su dotación para acordar lo que haya de hacerse en aquel caso y los demás análogos que ocurran, si la duda nace, como es de suponer, de no hallarse previsto el caso en la ley. Las discordias, que en todo caso han de dirimirse necesariamente en la forma que ordenan los artículos de este comentario, son las que se originan en los autos y sentencias, cuando ha precedido vista pública, porque entonces sólo los magistrados que á ella hubieren asistido, pueden dictar el fallo; y así debieron entenderlo los autores de la ley, puesto que, si bien al principio del art. 351 se mencionan las providencias, á su final se dice que "se dictará providencia declarando la discordia, y mandando "celebrar nueva vista" con más magistrados." Nunca se celebra vista para dictar una providencia.

La ley orgánica del Poder judicial previno en su art. 673, que fuese siempre impar el número de magistrados para fallar pleitos, y en su consecuencia ordenó en el 698 que para dirimir las discordias se aumentasen dos magistrados más, cuando los discordantes fuesen tres, y cuatro, cuando estos fuesen cinco ó más, lo cual daba lugar á que en las Audiencias de una Sala no hubiese en el segundo caso magistrados bastantes para dirimir las discordias. Como en la nueva ley, derogando aquella disposición, se han restablecido las anteriores que permitían la constitución de las Salas con número par, fuera de los casos expresamente exceptuados, según se ha expuesto en el comentario del art. 317 (pág. 16 de este tomo), era preciso también modificar la segunda, y por esto se ordena en el art. 352, de acuerdo con el 55 de la ley antigua, que dirimirán la discordia dos magistrados, si hubiere sido impar el número de los discordantes, y tres en el caso de haber sido par. De este modo siempre se constituye con número impar la Sala para dirimir la discordia, y se facilita la resolución por mayoría absoluta de votos. Esta es la única modificación que se ha hecho á lo dispuesto sobre esta materia en la ley orgánica de 1870.

En la práctica antigua, fundada en las ordenanzas de las Audiencias, á la nueva vista para dirimir la discordia sólo asistían los magistrados dirimientes; práctica que continuó después de la ley de 1855 por no haber dispuesto cosa alguna sobre este punto. En consideración sin duda á que en la nueva vista pueden darse razones que inclinen el ánimo de alguno de los discordantes á variar de opinión, se previno en el artículo 698 de la ley orgánica, que se celebre la nueva vista con asistencia de los magistrados discordantes y de los dirimientes, de suerte que ha de constituirse la Sala con todos los que hubieren asistido á la primera vista y los designados para dirimir la discordia; y esta misma disposición se reproduce en el art. 352 de la presente.

Según el 353, han de asistir á dirimir la discordia, en primer lugar, el presidente del tribunal; en segundo, los magistrados de la dotación de la misma Sa-

la, que no hubieren visto el pleito, incluso su presidente, si se hallara en este caso; y á falta de estos, los más antiguos de las otras Salas, con exclusión de los presidentes de las mismas; exclusión justificada por la necesidad que éstos tienen de atender diariamente al servicio y dirección de su propia Sala. Lo mismo ordenaba el art. 56 de la ley antigua, pero con la prevención de que uno de los dirimientes sería "siempre el presidente del tribunal." Esto dió lugar á la duda de si los regentes ó presidentes de las Audiencias podrían continuar haciendo uso de la facultad que les concedía el art. 23 de sus ordenanzas, para asistir á la Sala que mejor estimasen; ó si habría de considerarse derogada esta facultad, é imposibilitados aquellos de asistir á las vistas, á fin de quedar "siempre" en reserva para dirimir las discordias que pudieran ocurrir. El Tribunal Supremo resolvió esta duda declarando en sentencia de casación de 19 de Noviembre de 1863, que la ley de Enjuiciamiento civil no contiene disposición expresa que prive de dicha facultad á los regentes, hoy presidentes, ni podía deducirse de su art. 56, el cual debía entenderse en términos hábiles; "es decir, que en caso de discordia, cuando no sea discordante, ni concurra en él impedimento legítimo que lo estorbe, el Regente ha de ser siempre uno de los dirimientes." En este sentido ha de entenderse el art. 353 de la presente, en el cual para evitar dudas se ha suprimido el adverbio "siempre," como se hizo ya en el 699 de la ley orgánica, conciliando así esta disposición con la de su art. 581, núm. 10 hoy vigente, que también atribuye á los presidentes de las Audiencias y del Tribunal Supremo la facultad de "presidir cuando les parezca cualquiera Sala de justicia, sin perjuicio de hacerlo en los casos en que expresamente la ley lo ordenare." El de dirimir discordias es uno de estos casos, y debe por tanto el presidente del tribunal ser el primero de los dirimientes, siempre que no sea discordante ni concurra en él alguna causa legítima de recusación, que le obligue á abstenerse.

Conforme á los artículos 354 y 355, al presidente del tribunal corresponde designar los magistrados que con él, en su caso, hayan de dirimir la discordia, y señalar el día para la vista. A este fin, luego que se declara la discordia, el presidente de la Sala lo pone en conocimiento de aquel, á quien da cuenta el secretario con los autos para que haga la designación y señalamiento antedichos, poniéndose de acuerdo ambos presidentes sobre el día que haya de señalarse para la vista, á fin de conciliarlo con los señalamientos ya hechos, que no deben alterarse. Ambos extremos pueden comprenderse en una misma providencia; pero si no es posible, se hace primero la designación de los magistrados dirimientes, y después el señalamiento de día para la vista. Hecha la designación, en el mismo día ó en el siguiente (art. 260) el secretario debe notificar la providencia á los procuradores de las partes, haciéndoles saber los nombres de los magistrados que han de dirimir la discordia, para que puedan hacer uso del derecho de recusación, si fuese procedente. Esta recusación ha de interponerse en el término y en la forma establecidos en los artículos 326 y 327, observándose también en su caso el 328. (Véanse estos artículos con su comentario, pág. 39 de este tomo.) Así lo tiene declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 13 de Diciembre de 1877, haciendo aplicación, por ser el derecho entonces vigente, de los artículos de la ley orgánica del Poder judicial, que concuerdan con los citados.

A las actuaciones expuestas ha de preceder la declaración de la discordia, después de no resultar mayoría en el segundo escrutinio que previene el art. 351. En la providencia haciendo dicha declaración y mandando celebrar nueva vista con más magistrados, han de consignar los discordantes con toda claridad los puntos en que estén conformes y aquellos en que disintieren, á fin de que se limite á estos la intervención y voto de los dirimientes. Así lo ordena el art. 356, reproduciendo literalmente el 702 de la ley orgánica y conforme también con el 57 de la de 1855. La fórmula usada para tales providencias es la de "A más señores sobre los puntos A y B," expresando solamente aquellos en que disintieren, con lo cual se da á entender con toda claridad que están conformes respecto de las demás cuestiones del pleito. En tal caso, los letrados deben limitar sus informes á los puntos de la discordia. Pero ocurre muchas veces que no es posible designar estos puntos sin dar á conocer el juicio formado por la Sala y su resolución sobre las demás cuestiones, y como esto trae graves inconvenientes, se

procede con prudencia expresando en la providencia que se remite el pleito á más señores sobre todas las cuestiones que en él se ventilan, á reserva de manifestar los discordantes, al votar la sentencia en discordia, los puntos en que están conformes, para que los dirimientes se limiten á dar su voto sobre aquellos en que no hubiese conformidad. Que á esto ha de limitarse el voto de los dirimientes, lo demuestra el art. 357, igual al 703 de la ley orgánica, al ordenar que no ha de pasarse adelante, siempre que, tanto antes como después de la vista en discordia, manifiesten su conformidad los discordantes en número suficiente para formar sentencia por mayoría.

En la práctica antigua, que continuó después de la ley de Enjuiciamiento civil de 1855 por no haber dispuesto cosa en contrario, cuando en la votación de discordantes y dirimientes resultaba nueva discordia por no reunirse la mayoría absoluta de votos, era preciso remitir otra vez el pleito á más magistrados, con los mismos procedimientos empleados para dirimir la primera discordia. Para evitar los inconvenientes y perjuicios á que esto daba lugar, se previno en el artículo 704 de la ley orgánica, y se reproduce en el 358 de la presente, último de este comentario, que "cuando en la votación de una sentencia por la Sala de discordia, no se reuniese tampoco mayoría sobre los puntos discordantes, se procederá á nuevo escrutinio, poniendo solamente á votación los dos pareceres que hayan obtenido mayor número de votos en la precedente." De este modo uno de los dos pareceres ha de tener necesariamente mayoría absoluta y habrá sentencia. Pero cuando hayan asistido á la vista siete magistrados, podrá suceder que tres voten en un sentido, dos en otro, y los otros dos en otro: entonces no puede hacerse lo que ordena la ley, porque no resultan dos pareceres con mayor número de votos, y lo que el recto sentido aconseja es que se excluya el parecer que más diste del de la mayoría relativa y se pongan á votación los otros dos.

Téngase presente lo que ordena el art. 886 para dirimir la discordia en el caso de haberse escrito é impreso alegaciones en derecho.

Indicaremos, por último, que según el art. 708 de la ley orgánica del Poder judicial, en las sentencias que pronuncie el Tribunal Supremo en los recursos de casación y de revisión, no podía haber discordia, quedando al efecto desechados los resultandos y considerandos que no reúnan mayoría absoluta de votos. Esto hacía imposible la decisión del motivo de casación sobre que versara la discordia, y por eso no se ha incluido dicho artículo en la presente ley, quedando por consiguiente derogado ó sin aplicación. Si resultare alguna discordia en el Tribunal Supremo, tanto en recurso de casación, como en cualquier otro negocio, tendrá que dirimirse conforme á las reglas que quedan expuestas.

BIBLIOTECA ALFONSO XIII