

MANUEL ORTELLS RAMOS

Derecho Procesal Civil

COLABORADORES

María José Mascarell Navarro
Juan Cámara Ruiz
Ricardo Juan Sánchez
José Bonet Navarro
Rafael Bellido Penadés
Luis A. Cucarella Galiana
José Martín Pastor



Universitat Autònoma de Barcelona
Servei de Biblioteques



1501184108

THOMSON



TM

ARANZADI

Sumario

	<u>Página</u>
ABREVIATURAS	31
PRESENTACIÓN	35
INTRODUCCIÓN	
CAPÍTULO I	
La tutela jurisdiccional del Derecho Privado	39
El derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de legalidad procesal ..	41
A) El contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva	42
B) El principio de legalidad procesal	44
La tutela jurisdiccional declarativa: Clases de tutela jurisdiccional que pueden obtenerse en el proceso de declaración	46
A) La tutela de condena y sus modalidades	47
B) La tutela meramente declarativa	50
C) La tutela judicial constitutiva	52
La tutela jurisdiccional ejecutiva	54
La tutela jurisdiccional cautelar	56
CAPÍTULO 2	
La solución no jurisdiccional de los litigios de Derecho Privado	59
La conciliación	60
A) Concepto, carácter facultativo y supuestos de aplicación	60
B) Competencia	61
C) Procedimiento	61
D) Efectos	62
La reclamación administrativa previa	63
A) Ámbito de aplicación	63
B) Procedimiento	64
C) Tratamiento procesal y efectos	64
El arbitraje	67
A) Concepto y clases	67

	<i>Página</i>
B) Los sujetos del arbitraje y el convenio arbitral	69
C) El procedimiento arbitral	72
D) Intervención jurisdiccional	74
CAPÍTULO 3	
Intervención no jurisdiccional de los jueces en el tráfico jurídico: la jurisdicción voluntaria	83
Concepto de jurisdicción voluntaria	84
Régimen de los actos de jurisdicción voluntaria («judicial»)	87
Clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria («judicial»)	90
LIBRO I	
EL PROCESO DE DECLARACIÓN	
TÍTULO I	
LAS PARTES	
CAPÍTULO 4	
La calidad de parte	99
El supuesto de atribución de la calidad de parte	100
A) El supuesto normativo de atribución de la calidad de parte	100
B) Concreción de las personas a las que se atribuye calidad de parte: identificación de las partes	103
El estatuto de las partes	104
A) Diversas situaciones jurídicas vinculadas a la condición de parte	105
B) Contradicción e igualdad	106
La calidad de <i>tercero</i> procesal	108
A) Concepto y diversos grados en que el proceso puede afectar a un tercero	108
B) La constitución del tercero como parte en el proceso	110
Las posiciones del Ministerio Fiscal en el proceso civil	111
A) Participación del Ministerio Fiscal en calidad de parte	112
B) Participación del Ministerio Fiscal como representante provisional de incapaces y ausentes. La duplicación de la protección de los intereses de incapaces deducidos en el proceso	112
C) Participación del Ministerio Fiscal en actuaciones procesales determinadas	113
CAPÍTULO 5	
Los requisitos de aptitud de las partes	115
La capacidad para ser parte	116

	<i>Página</i>
A) Supuestos de atribución	116
B) Tratamiento procesal	122
La capacidad de actuación procesal	124
A) Atribución de la capacidad de actuación procesal	124
B) Tratamiento procesal de la capacidad de actuación procesal	131
Representación procesal por procurador y asistencia técnica de abogado ...	134
A) La representación procesal mediante procurador	135
B) La asistencia o defensa técnica de abogado	138
C) Supuestos preceptivos y facultativos	139
D) Tratamiento procesal	140
CAPÍTULO 6	
La legitimación	143
A) Concepto	143
B) Modalidades de legitimación	147
C) Naturaleza jurídica y tratamiento procesal de la legitimación	155
Las Administraciones públicas como parte	158
A) El régimen jurídico del estatuto de parte de las Administraciones públicas	159
B) El estatuto procesal de las Administraciones Públicas	160
La sucesión procesal	163
A) Concepto	163
B) La sucesión procesal por muerte de la parte	164
C) Sucesión por transmisión «inter vivos» del objeto litigioso	166
CAPÍTULO 7	
La pluralidad de partes	169
Pluralidad inicial: clases, tratamiento procesal y estatuto procesal de los litigantes	171
A) El litisconsorcio necesario	171
B) El litisconsorcio cuasinecesario	177
Intervención de terceros: clases, tratamiento procesal y estatuto procesal de los intervinientes	178
A) En general	178
B) Intervención litisconsorcial	180
C) Intervención adhesiva simple	184
D) Intervención espontánea e intervención provocada	186

	Página
TÍTULO II	
LOS TRIBUNALES Y SU COMPETENCIA	
CAPÍTULO 8	
El órgano jurisdiccional y sus auxiliares: potestades y actos	191
A) Fundamentos constitucionales y configuración legal de la competencia	191
B) Las potestades del órgano jurisdiccional	194
Extensión y límites de la jurisdicción española en materia civil: supuestos de atribución; tratamiento procesal	196
A) Atribución de un asunto a las Administraciones Públicas y no a la jurisdicción. Tratamiento procesal	196
B) Inmunidad de jurisdicción. Tratamiento procesal	198
C) Competencia judicial internacional de los tribunales españoles del orden jurisdiccional civil	199
La competencia genérica («jurisdicción») de los tribunales civiles: supuestos de atribución; tratamiento procesal; conflictos de jurisdicción y de competencia	203
A) Reglas de atribución de la competencia genérica a los tribunales del orden jurisdiccional civil	204
B) Tratamiento procesal	209
C) Conflictos de jurisdicción y de competencia	210
CAPÍTULO 9	
La competencia objetiva	211
A) Supuestos de atribución	212
B) Tratamiento procesal	218
La competencia territorial	219
A) Prelación de normas para la atribución de la competencia territorial, clases de fueros	221
B) Atribución de la competencia territorial mediante normas imperativas	222
C) Atribución de competencia territorial por sumisión tácita	224
D) Atribución por sumisión expresa	225
E) Atribución mediante reglas legales supletorias	226
F) Atribución de la competencia territorial en los procesos en que son parte el Estado o las Comunidades Autónomas	228
G) Tratamiento procesal	229
La competencia funcional	230
A) Atribución de la competencia funcional	230
B) Tratamiento procesal	232
La declinatoria	233
Cuestiones de competencia	237

	Página
El reparto de asuntos	238
Abstención y recusación de los titulares del órgano jurisdiccional y de sus auxiliares	239
TÍTULO III	
EL OBJETO DEL PROCESO	
CAPÍTULO 10	
La pretensión procesal como objeto del proceso de declaración	243
A) Consideraciones preliminares al concepto de objeto del proceso	243
B) Relevancia jurídica de la determinación del objeto del proceso	244
C) Objeto del proceso, derecho de acción y relación jurídica material ..	246
D) Concepto de objeto del proceso	248
Elementos identificadores del objeto del proceso	249
A) En general	249
B) La petición, «petitum» u objeto de la pretensión	249
C) La causa de pedir, «causa petendi» o fundamento de la pretensión ..	252
La acumulación de pretensiones procesales	262
A) Concepto, fundamento y clases	262
B) Acumulación de acciones (mejor de pretensiones)	264
C) Acumulación de procesos	270
TÍTULO IV	
LA DEMANDA, LA CONTESTACIÓN Y OTRAS ALEGACIONES	
CAPÍTULO 11	
La preparación del proceso civil: las diligencias preliminares	277
A) Introducción	277
B) Supuestos de diligencias preliminares	279
C) Competencia	282
D) Procedimiento	282
La demanda. Concepto y clases	286
A) Concepto	286
B) Clases	287
Requisitos de la demanda según su clase	288
A) Requisitos generales del acto de demanda	288
B) Requisitos de la demanda del juicio ordinario	291
C) Requisitos de la demanda del juicio verbal	291
D) Requisitos especiales de demandas de juicio verbal sobre determinadas pretensiones	292
Carga de acompañamiento a la demanda de documentos, dictámenes y otros medios e instrumentos	292
A) Documentos sobre cuestiones procesales de carácter general	293

	Página
B) Documentos y otros instrumentos relativos al fondo del asunto	293
C) Documentos requeridos para determinados supuestos de tutela judicial	296
La resolución sobre la admisión de la demanda	297
A) Regla general sobre admisión de la demanda y diversas clases de excepciones a la misma	297
B) Supuestos de inadmisión de la demanda	298
C) Suspensión del trámite de la demanda	299
Los efectos procesales de la demanda: la litispendencia	300
A) Límites temporales	301
B) Los efectos de la litispendencia	301
Efectos jurídico-materiales de la demanda	304
CAPÍTULO 12	
Llamamiento del demandado al proceso: emplazamiento o citación	307
Conductas posibles del mismo (referencia a la impugnación de la jurisdicción y de la competencia y a la personación)	310
Rebeldía	312
La defensa del demandado	315
A) Defensas procesales	316
B) Defensas de fondo	320
Requisitos de la contestación a la demanda	324
A) Contestación a la demanda en el juicio ordinario	324
B) Contestación a la demanda en el juicio verbal	325
C) Carga de acompañamiento con la contestación o al presentarse a la vista del juicio verbal de determinados documentos y otros instrumentos	326
La reconvencción y la contestación a la misma	326
A) Concepto de reconvencción	326
B) Objeto de la demanda reconvenccional	327
C) Presupuestos de admisión de la reconvencción	328
D) Contestación a la reconvencción y tramitación subsiguiente	330
CAPÍTULO 13	
Otros actos de alegación	331
Alegaciones aclaratorias y complementarias	332
A) Alegaciones del actor relativas al incumplimiento de requisitos procesales en la personación y contestación del demandado	333
B) Alegaciones que implican modificación de la pretensión procesal o de las pretensiones procesales objeto del proceso	333

	Página
C) Alegaciones complementarias y aclaratorias de las formuladas en la demanda y contestación sobre hechos constitutivos, impositivos, extintivos y excluyentes	334
Alegaciones ampliatorias de hechos	335
A) Qué clases de hechos pueden ser alegados	336
B) Posibilidades procesales de su alegación y tratamiento procesal subsiguiente	336
Alegaciones del interviniente	337
Alegaciones de hechos determinantes de satisfacción extraprocesal o de carencia sobrevinida de objeto	338
Planteamiento de cuestiones incidentales	339
TÍTULO V	
LA PRUEBA	
CAPÍTULO 14	
La prueba: concepto y naturaleza jurídica	343
A) Concepto	343
B) Naturaleza Jurídica	345
Objeto de la prueba	347
A) Los datos de hecho	347
B) Las normas jurídicas	350
C) Reglas de naturaleza no jurídica	352
Fuentes y medios de prueba	353
Procedimiento probatorio	354
A) Proposición de los medios de prueba	354
B) Admisión de los medios de prueba	356
C) Tratamiento de la prueba ilícita por violación de derechos fundamentales	358
D) Práctica de la prueba	361
Valoración de la prueba	366
A) Valoración legal de la prueba: concepto, fundamento y supuestos de aplicación	367
B) Valoración libre de la prueba: concepto y supuestos de aplicación	370
C) Motivación de la valoración de la prueba	370
Las presunciones	371
A) Estructura y clases	371
B) Las presunciones judiciales	373
Carga de la prueba	374
A) Carga de la prueba formal y material	374
B) Fundamento de la carga material de la prueba	375
C) Normas sobre carga material de la prueba	377

	Página
CAPÍTULO 15	
Los medios de prueba (I): interrogatorio de las partes	381
A) Concepto y naturaleza jurídica del interrogatorio de las partes	381
B) Admisibilidad del interrogatorio	382
C) Procedimiento probatorio	384
D) Valoración de la prueba de interrogatorio	387
Prueba documental	388
A) Concepto de documento	388
B) Clases de documentos	390
C) Valor probatorio de los documentos	391
D) Procedimiento probatorio	396
Prueba pericial	399
A) Concepto y problemática sobre la naturaleza jurídico-procesal del perito	399
B) Admisibilidad de la prueba pericial	400
C) Procedimiento probatorio	402
D) Valoración de la prueba pericial	404
CAPÍTULO 16	
Los medios de prueba (II): prueba de reconocimiento judicial	405
A) Concepto	405
B) Admisibilidad objetiva	406
C) Procedimiento probatorio	406
D) Valoración	411
Prueba testifical	411
A) Concepto de prueba testifical y de testigos. Distinciones. Características	411
B) Admisibilidad de la prueba testifical	412
C) Procedimiento probatorio	413
D) Valoración	417
La prueba de informes	418
La prueba audiovisual y en soporte informático	419
TÍTULO VI	
LA SENTENCIA Y OTROS MODOS DE TERMINACIÓN	
CAPÍTULO 17	
La terminación del proceso	423
Alegaciones conclusivas	424
A) Contenido y forma	424
B) Admisibilidad de las conclusiones	425
La sentencia	425

	Página
A) Concepto	425
B) Clases	427
C) Formación interna de la sentencia	430
D) Requisitos de la sentencia; en especial, la congruencia	435
Aclaración, subsanación y complementación de sentencias	445
A) Invariabilidad de las sentencias y excepciones	445
B) Aclaración, rectificación y subsanación de sentencias	445
C) Complementación de sentencias	447
Efectos de la sentencia	448
A) Efectos directos o principales de la sentencia	448
B) Efectos secundarios de la sentencia	449
CAPÍTULO 18	
La terminación del proceso: El allanamiento	451
A) Concepto y distinción de actos afines	451
B) Naturaleza jurídica	452
C) Requisitos	453
D) Efectos	457
La renuncia	458
A) Concepto, distinción de otras figuras y naturaleza jurídica	458
B) Requisitos	460
C) Efectos	462
La transacción	462
A) Concepto, clases y naturaleza jurídica	462
B) Requisitos de la transacción judicial	464
C) Efectos de la transacción judicial	467
El desistimiento	468
A) Concepto y distinción con la renuncia y con el desistimiento del recurso	468
B) Requisitos	469
C) Efectos	473
La caducidad de la instancia	473
A) Concepto	473
B) Presupuestos de la caducidad	473
C) Resolución que declara la caducidad y recursos contra la misma	476
D) Efectos de la caducidad	476
Satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto	477
A) Concepto	477
B) Requisitos	478
C) Efectos	479
Otros modos de terminación	479

	<i>Página</i>
TÍTULO VII	
LOS RECURSOS	
CAPÍTULO 19	
Los medios de impugnación: concepto y fundamento	483
A) Clases de medios de impugnación	484
B) Fundamento de los medios de impugnación	485
Clases de recursos	486
El derecho de impugnación	487
Requisitos de los recursos	488
Efectos de los recursos; en especial, la prohibición de la «reformatio in peius»	492
El recurso de reposición	495
A) Concepto	495
B) Resoluciones impugnables	495
C) Efectos del recurso	497
D) Procedimiento	497
CAPÍTULO 20	
El recurso de apelación: apelación y segunda instancia	499
Órgano jurisdiccional competente	501
Legitimación para la apelación	501
Resoluciones apelables	502
Procedimiento: líneas generales; el recurso de queja	504
Efectos de la apelación	507
A) El efecto devolutivo	508
B) El efecto suspensivo	509
Apelación inicial y apelación posterior	511
A) Concepto	511
B) Tiempo y forma de interposición	512
C) Eficacia de la apelación posterior	512
Objeto del proceso, alegaciones y prueba en la apelación y en la segunda instancia	512
A) Objeto del recurso de apelación	513
B) Alegaciones destinadas a servir de fundamento a los pronunciamientos sobre el objeto de la apelación	514
C) Otros elementos relevantes para la congruencia de la sentencia de apelación	516
D) Prueba en apelación	517
La sentencia	520

	<i>Página</i>
CAPÍTULO 21	
El recurso extraordinario por infracción procesal	523
A) Régimen definitivo y régimen provisional	523
B) Régimen provisional	524
Órgano jurisdiccional competente	525
Resoluciones recurribles	525
Motivos del recurso	526
Procedimiento	529
La sentencia y sus efectos	531
CAPÍTULO 22	
La casación: antecedentes históricos	533
Concepto y características	537
Órgano jurisdiccional competente	539
Resoluciones recurribles en casación	540
Motivo del recurso: el deslinde con el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal	545
A) Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del pleito	545
B) Casación y examen del enjuiciamiento de los hechos	547
C) Recurso de casación e infracción de norma procesal	549
Procedimiento: preparación; interposición; admisión; oposición; vista; sentencia	550
Recurso en interés de ley	554
TÍTULO VIII	
LA COSA JUZGADA Y SU IMPUGNACIÓN	
CAPÍTULO 23	
La «cosa juzgada» formal (firmeza) y material (cosa juzgada)	561
A) Firmeza de las resoluciones judiciales: concepto, fundamento y supuestos en los que las resoluciones adquieren la calidad de firmes ...	562
B) La cosa juzgada: concepto y fundamento	564
Naturaleza jurídica de la cosa juzgada	565
Efectos de la cosa juzgada	566
Resoluciones que producen cosa juzgada	567
Alcance y límites de la cosa juzgada	569
Tratamiento procesal	573

	Página
CAPÍTULO 24	
La impugnación de la cosa juzgada	575
La revisión de sentencias firmes	576
A) Fundamento, naturaleza jurídica y concepto	576
B) Presupuestos de fondo de la pretensión de revisión de sentencias firmes	577
C) Requisitos de admisibilidad	577
D) Procedimiento	578
E) Sentencia de revisión	579
La rescisión de sentencias firmes en determinados supuestos de rebeldía	579
A) Fundamento y naturaleza jurídica	579
B) Presupuestos de la rescisión de la sentencia firme dictada en rebeldía	580
C) Competencia y procedimiento para la rescisión de la sentencia	580
D) La sentencia de rescisión y sus efectos	581
Incidente de nulidad posterior a resolución firme por vulneración de derechos fundamentales	581
A) Origen histórico y régimen actual	581
B) Presupuestos de la impugnación especial por nulidad	583
C) Competencia y procedimiento	585
D) Resolución y efectos	585
Otros medios de impugnación de la cosa juzgada	586
A) Oposición de terceros a la cosa juzgada	586
B) Amparo ante el Tribunal Constitucional	587
C) Demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	587
TÍTULO IX	
LA DIVERSIDAD DE PROCESOS DE DECLARACIÓN, LOS PROCESOS ORDINARIOS Y LAS CRISIS PROCESALES	
CAPÍTULO 25	
La diversidad de procedimientos para el proceso de declaración	593
Clases de procedimientos: comunes, especiales y procedimientos comunes con especialidades	594
A) Procedimientos comunes	594
B) Procedimientos especiales	595
C) Procedimientos comunes con especialidades	595
Procedimientos plenarios y sumarios	597
A) Criterio distintivo y conceptos respectivos	597
B) Las causas y los efectos de la sumariación	598
Problemas que plantea la diversidad de procedimientos	600
La adecuación de los procedimientos comunes: normas de adecuación	601

	Página
Normas para la determinación de la cuantía	603
Tratamiento procesal de la adecuación del procedimiento	604
CAPÍTULO 26	
El juicio ordinario: supuestos de adecuación	609
A) Por razón de la materia	609
B) Por razón de la cuantía	610
Desarrollo normal del juicio ordinario	610
A) Demanda y actos iniciales de alegación: fase de iniciación y alegaciones de parte (arts. 399 a 413 LECiv)	611
B) La audiencia previa al juicio (arts. 414 a 430 LECiv)	612
C) Juicio y sentencia (arts. 431 a 436 LECiv)	616
D) Los recursos (arts. 448 a 495 LECiv)	617
El juicio verbal: Supuestos de adecuación	618
A) Por razón de la materia	618
B) Por razón de la cuantía	620
Desarrollo normal del procedimiento	620
A) La demanda e iniciación del proceso	620
B) El juicio o vista y la sentencia	621
C) Los recursos	622
D) Especialidades procedimentales	622
ANEXO I: Esquema para el seguimiento de la dinámica procedimental de los procesos ordinarios	625
El juicio ordinario	625
A) Fase de iniciación y alegaciones de parte	625
B) Fase de audiencia previa al juicio	625
C) Fase de juicio y sentencia	626
D) Fase de recursos	626
El juicio verbal (sin especialidades)	626
A) Fase de demanda e iniciación	626
B) Fase de juicio o vista y sentencia	626
C) Fase de recursos	628
ANEXO II: Dinámica procedimental del juicio ordinario	628
ANEXO III: Dinámica procedimental del juicio verbal	631
CAPÍTULO 27	
Las crisis procesales: concepto, clases y supuestos	633
A) Crisis procesales subjetivas	633
B) Crisis procesales objetivas	634
C) Crisis de la actividad	634

	Página
Las cuestiones prejudiciales	635
A) Concepto y clases	635
B) Tratamiento de las cuestiones prejudiciales en el proceso civil	637
Las cuestiones incidentales	647
A) Concepto	647
B) Clases	648
C) Procedimiento para tramitar las cuestiones incidentales	649

TÍTULO X LAS COSTAS PROCESALES

CAPÍTULO 28

Los efectos económicos del proceso	653
Gastos y costas procesales	654
A) Gastos procesales	654
B) Costas procesales	655
Pago de las costas y condena en costas	658
A) El pago de las costas procesales	658
B) La condena en costas	660
Tasación y exacción de costas	664
A) La tasación de las costas (arts. 241 a 246 LECiv)	665
B) La exacción de las costas (art. 242 LECiv)	668

LIBRO II EL PROCESO DE EJECUCIÓN

TÍTULO I

NOCIONES BÁSICAS, ACCIÓN EJECUTIVA, PARTES, TRIBUNAL Y NORMAS COMUNES DE LA ACTIVIDAD EJECUTIVA

CAPÍTULO 29

Concepto de proceso de ejecución	673
A) Proceso de ejecución con previo ejercicio de potestad jurisdiccional en proceso de declaración	674
B) Proceso de ejecución sin previo ejercicio de potestad jurisdiccional en proceso de declaración	676
C) Definición de proceso de ejecución	677
Fundamento y límites constitucionales	677
A) En caso de derecho a prestación reconocido por resolución judicial, la ejecución y el derecho a la misma tienen fundamento constitucional	677

	Página
B) La ejecución sin previa resolución judicial no tiene fundamento constitucional, aunque si se establece se halla sujeta a ciertas exigencias constitucionales	680
C) El límite de la indefensión	681
Naturaleza jurídica	681
Principios del proceso de ejecución	683
La tutela judicial ejecutiva y el derecho a la misma (la «acción ejecutiva») ..	687
A) Derecho a la iniciación de la ejecución y derecho al completo desarrollo de la ejecución	687
B) El título ejecutivo	689
C) Los medios o instrumentos ejecutivos	691
Los títulos ejecutivos en el proceso civil español	694
A) Títulos ejecutivos judiciales y arbitrales	694
B) Títulos ejecutivos no judiciales, ni arbitrales	698
C) Títulos ejecutivos extranjeros	703
D) Títulos ejecutivos formados en el ámbito de la Unión Europea	706
CAPÍTULO 30	
Las partes	715
A) Matizaciones al concepto de parte	715
B) La calidad de tercero y los medios para su protección frente a la afectación por la actividad ejecutiva	716
C) Capacidades para ser parte, de actuación procesal y de postulación ..	718
La legitimación de las partes	719
A) Regla general sobre la legitimación	719
B) Extensión de la calidad de legitimados a otras personas y entidades, además de las que aparecen como deudores en el título	721
C) Reconocimiento de la calidad de legitimado a otras personas, por sucesión de quienes constan en el título ejecutivo	724
El tribunal, sus auxiliares y colaboradores	725
A) Jurisdicción y competencia ..	725
B) Funciones del tribunal y de sus auxiliares	729
C) Colaboradores del Tribunal	730
La demanda ejecutiva	730
A) Clases de demanda ejecutiva	731
B) Requisitos de la demanda ejecutiva y carga de acompañamiento de documentos	732
El auto sobre el despacho de ejecución	735
A) ¿Qué puede (y debe) examinar el tribunal para resolver sobre el despacho de ejecución?	735
B) No emisión del despacho de ejecución	738
C) Despacho de ejecución	740

	Página
Oposición a la ejecución	742
A) Oposición por defectos procesales: causas, procedimiento y efectos de su planteamiento y resolución	743
B) Oposición por motivos de fondo: causas, procedimiento y efectos	744
C) Oposición en proceso declarativo separado de la ejecución	750
Medios de impugnación en la ejecución; en especial, los recursos	752
A) Modalidades de medios de impugnación en la ejecución	753
B) Los recursos en la ejecución	754
Acumulación de ejecuciones	755
Terminación de la ejecución	757
Crisis del proceso de ejecución	757

TÍTULO II

EJECUCIÓN DE PRESTACIONES DINERARIAS

CAPÍTULO 31

Ejecución de prestaciones dinerarias: Adecuación del procedimiento y estructura del mismo	763
Especialidades respecto a los títulos ejecutivos, la demanda ejecutiva y el despacho de ejecución	765
A) Requerimiento de pago y plazo de gracia para el pago	765
B) Liquidez de la deuda y modos de liquidación para facilitar el acceso a la ejecución dineraria	766
El embargo de bienes: concepto y justificación	773
Objeto del embargo: derechos embargables e inembargables	774
A) Embargabilidad e inembargabilidad	774
B) Derechos de contenido patrimonial	775
C) Que la ley no establezca que son inalienables	776
D) Que la ley no haga depender su alienabilidad de la de otro derecho	777
E) Que la ley no establezca específicamente su inembargabilidad	778
Preparación del embargo	781
A) Localización y designación de bienes por el ejecutante	782
B) Deber de manifestación de sus bienes por el ejecutado	782
C) Deber de colaboración de terceros en la información de bienes embargables	783
Embargo o afección de los bienes	784
A) Presupuestos del embargo	784
B) El acto de embargo	787
C) Los efectos del embargo	788
La tercería de dominio	790
A) Características de la tutela judicial que puede obtenerse con la tercería de dominio	790

	Página
B) Competencia y procedimiento	791
Las garantías del embargo	793
A) Anotación preventiva de embargo de derechos sobre bienes inmuebles	794
B) Depósito judicial	794
C) Anotación preventiva de embargo de derechos sobre ciertos bienes muebles	795
D) Administración judicial	795
E) Órdenes de retención de cantidades y de frutos y rentas	796

CAPÍTULO 32

Ejecución de prestaciones dinerarias (continuación)	797
Realización de bienes embargados	798
A) Venta en mercados secundarios o a través de fedatario público	800
B) Realización mediante convenio	801
C) Realización a través de persona o entidad especializada	805
D) Subasta	810
E) Administración para pago	818
El pago al ejecutante	823
La tercería de mejor derecho	824
A) Concepto	824
B) Requisitos de admisión	825
C) Aspectos procedimentales	826

CAPÍTULO 33

Especialidades en la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. Introducción	831
Las posibilidades del acreedor hipotecario	831
La venta extrajudicial del bien hipotecado	832
El proceso ordinario de ejecución	833
A) Supuestos en los que se deberá acudir al proceso ordinario de ejecución	833
B) Pretensiones acumulables	835
C) Clases de acumulación de pretensiones en función de los legitimados pasivos	836
D) Especialidades procesales en el proceso ordinario de ejecución cuando la demanda ejecutiva se dirija única y exclusivamente contra bienes hipotecados	839
El proceso especial de ejecución hipotecaria	840
A) Su ámbito de aplicación. La dudosa constitucionalidad del procedimiento especial de ejecución hipotecaria	840
B) El título ejecutivo y los requisitos del mismo	842

	Página
C) Requisitos de la deuda	844
D) La competencia	845
E) La legitimación activa y pasiva. Terceros interesados	846
F) El procedimiento	847
Especialidades en la ejecución sobre bienes pignorados	857

TÍTULO III

EJECUCIÓN DE PRESTACIONES NO DINERARIAS

CAPÍTULO 34

Ejecución de prestaciones de entregar cosa mueble determinada	863
A) Adecuación de la actividad ejecutiva	863
B) Actividades ejecutivas	865
Ejecución por prestaciones de dar cosa genérica	869
A) Adecuación de la actividad ejecutiva	869
B) Actividad ejecutiva	870
Ejecución por prestaciones de dar cosa inmueble	871
A) Adecuación de la actividad ejecutiva	871
B) Actividades ejecutivas	872
Ejecución por prestaciones de hacer	878
A) La adecuación de las actividades ejecutivas	878
B) Actividades ejecutivas	879
Ejecución de condenas a emitir una declaración de voluntad	890
A) Adecuación de la actividad ejecutiva	892
B) Supuestos en los que es procedente la ejecución en sus propios términos del título que impone la emisión de una declaración de voluntad ..	892
Ejecución por prestaciones de no hacer	895
A) Adecuación de las actividades ejecutivas	895
B) Actividades ejecutivas	896
Medidas de aseguramiento en la ejecución	901
A) Concepto y naturaleza	901
B) Presupuestos	901
C) Medidas adoptables	902
D) Procedimiento	903

TÍTULO IV

EJECUCIÓN PROVISIONAL

CAPÍTULO 35

Concepto, fundamento y características generales de la ejecución provisional ..	907
A) Concepto	907

	Página
B) Fundamento legal	908
C) Criterios de política legislativa	909
D) Características	910
Resoluciones provisionalmente ejecutables	912
A) Regla general	912
B) Sentencias no provisionalmente ejecutables	912
Solicitud de ejecución provisional y resolución sobre la misma	914
A) Competencia	914
B) Momento de la solicitud	914
C) Despacho de la ejecución provisional	915
Oposición a la ejecución provisional y resolución sobre la misma	916
A) Causas comunes a toda oposición	916
B) Causas de oposición a la ejecución provisional de condenas no dinerarias	917
C) Causas de oposición a actuaciones ejecutivas concretas en la ejecución provisional de condenas dinerarias	918
D) Resolución	919
Suspensión de la ejecución provisional de condenas dinerarias	920
Confirmación y revocación de la resolución provisionalmente ejecutada	920
A) Revocación de resoluciones de condena dineraria	922
B) Revocación de resoluciones de condena no dineraria	923

LIBRO III

TUTELA JUDICIAL CAUTELAR

CAPÍTULO 36

La tutela judicial cautelar	927
A) Concepto	927
B) Configuración normativa	928
C) Fundamento constitucional de la tutela cautelar	929
La instrumentalidad de la tutela cautelar	931
Naturaleza jurídica	932
A) Medidas cautelares y garantías jurídico-privadas de los derechos	932
B) Consecuencias de la naturaleza jurídica procesal de la tutela cautelar ..	934
C) ¿Proceso cautelar o medidas cautelares?	935
Las medidas cautelares	936
Presupuestos de la concesión de las medidas cautelares	936
A) El peligro por la mora procesal	936
B) La apariencia de buen derecho	939
C) Prestación de caución por el solicitante	942
Los efectos de las medidas cautelares	944

	Página
A) Clases de efectos de las medidas cautelares	945
B) El criterio limitador de las medidas cautelares satisfactivas establecido por el artículo 726.2 LECiv	948
Sustitución de las medidas por caución	949
CAPÍTULO 37	
Jurisdicción y competencia	951
A) Atribución de la jurisdicción y de la competencia	951
B) Tratamiento procesal. Norma especial sobre reparto de asuntos	955
Las partes	955
A) Especialidades en la postulación mediante abogado y procurador	956
B) Legitimación y normas especiales sobre la misma en la tutela cautelar .	956
C) Intervención de terceros en las actuaciones procesales cautelares. Las tercerías de dominio y de mejor derecho en caso de medida cautelar de embargo preventivo	957
El procedimiento para la resolución sobre la tutela cautelar	958
A) La solicitud de la medida cautelar	959
B) Resolución sobre el procedimiento a seguir: regla general y criterios para la resolución sobre la medida sin previa audiencia del demandado	961
C) Actuaciones hasta la resolución sobre la medida cautelar, en caso de procedimiento sin audiencia previa del demandado	962
D) Procedimiento en caso de resolución con audiencia previa del demandado	962
E) La resolución sobre la solicitud de medida cautelar y los recursos contra la misma	964
F) La ejecución de la resolución que acuerda una medida cautelar	965
G) Oposición a la medida cautelar decretada sin audiencia previa	968
H) La variabilidad de las resoluciones sobre las medidas cautelares	969
Relaciones entre la tutela cautelar y el proceso principal	970
A) Admisibilidad de medidas previas al proceso principal	971
B) Consecuencias de la paralización del proceso principal sobre la tutela cautelar	973
C) Consecuencias sobre las medidas cautelares de la terminación del proceso principal	973
Régimen de la responsabilidad por la utilización de la tutela cautelar	975

LIBRO IV

LOS PROCESOS ESPECIALES

CAPÍTULO 38

La técnica monitoria	979
Ámbito de adecuación del monitorio común	980

	Página
Petición de requerimiento de pago y requerimiento	981
A) Órgano jurisdiccional al que se formula la petición: competencia objetiva y territorial	981
B) Petición de requerimiento de pago	982
C) Postulación: sobre la no preceptividad de la asistencia de abogado y representación por procurador	984
D) Control de la admisión de la petición y requerimiento de pago	984
E) Pago	986
Inactividad del requerido y despacho de ejecución	987
Oposición del requerido y resolución en juicio declarativo que corresponda .	988
Especialidades del proceso monitorio en materia de propiedad horizontal .	989
El proceso monitorio especial para créditos transfronterizos	991
Reclamación de derechos y suplidos por el procurador y de honorarios por el abogado (arts. 34 y 35 LECiv)	994
CAPÍTULO 39	
Proceso monitorio cambiario	995
A) Naturaleza jurídica	995
B) Vía procesal adecuada para reclamar el crédito cambiario	997
Ámbito de adecuación	999
A) Requisitos formales de los títulos valor cambiarios	999
B) Requisitos de la obligación cambiaria	1000
Demanda inicial, requerimiento de pago y embargo preventivo especial	1002
A) Órgano jurisdiccional al que se formula la demanda sucinta, documentos que deben integrarla. Postulación	1002
B) Admisión de la demanda de juicio cambiario: del control judicial	1003
C) Recursos frente a la denegación de admisión y adopción de las medidas previstas	1005
D) Resolución procedente en caso de admisión y efectos	1005
Inactividad del requerido y despacho de ejecución	1008
Oposición del requerido y resolución en juicio verbal	1009
A) Motivos de oposición	1010
B) Sustanciación de la oposición	1012
C) La declinatoria en el proceso monitorio cambiario	1015
D) Sentencia sobre la oposición y eficacia de cosa juzgada	1016

CAPÍTULO 40

Procesos de división judicial de patrimonios	1019
La división judicial del patrimonio hereditario	1020
A) El proceso para la división de la herencia	1022
B) Intervención del caudal hereditario	1026
C) Administración del caudal hereditario	1028

	<i>Página</i>
La liquidación del régimen económico matrimonial	1030
A) Ámbito de aplicación	1030
B) Competencia	1032
C) Proceso para la formación de inventario	1032
D) Procesos para la liquidación del régimen económico matrimonial	1034
CAPÍTULO 41	
El concurso: Introducción	1037
El concurso: sujetos	1039
A) Órgano judicial	1039
B) Administración concursal	1041
C) Auxiliares delegados	1041
D) Deudor	1042
E) Acreedores	1042
F) Otros legitimados	1043
El concurso: tramitación procedimental	1043
A) Sección primera	1043
B) Sección segunda	1052
C) Sección tercera	1054
D) Sección cuarta	1058
E) Sección quinta	1060
F) Sección sexta	1065
El concurso: normas procesales generales y sistema de recursos	1066
A) Procedimiento abreviado	1066
B) Representación y defensa procesales	1067
C) Cuestiones prejudiciales	1068
D) Incidente concursal	1068
E) Recursos	1071
ANEXO I: esquemas	1075
CAPÍTULO 42	
Los procesos no dispositivos: normas generales	1081
A) Principios de los procesos civiles no dispositivos	1081
B) Otras normas especiales aplicables en general a estos procesos	1085
Procesos sobre la capacidad de la persona	1085
A) Proceso sobre la pretensión de incapacidad	1086
B) Procesos sobre reintegración de la capacidad y sobre modificación de la incapacidad	1089
C) Internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico	1091
Procesos sobre paternidad y filiación	1092

	<i>Página</i>
Procesos matrimoniales	1097
A) Competencia	1098
B) Partes	1099
C) Proceso de declaración	1100
D) Tutela cautelar	1107
E) Proceso de ejecución	1109
Procesos en materia de protección de menores	1110
Procesos sobre pretensiones de disolución forzosa de partidos políticos	1111
A) Tribunal y partes	1112
B) Procedimiento del proceso de declaración	1112
C) Ejecución impropia y tutela cautelar	1113

Capítulo 1

MANUEL ORTELL RAMOS

SUMARIO.—LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL DERECHO PRIVADO.—EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL.—A) El contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva.—B) El principio de legalidad procesal.—LA TUTELA JURISDICCIONAL DECLARATIVA: CLASES DE TUTELA JURISDICCIONAL QUE PUEDEN OBTENERSE EN EL PROCESO DE DECLARACIÓN.—A) La tutela de condena y sus modalidades.—B) La tutela meramente declarativa.—C) La tutela judicial constitutiva.—LA TUTELA JURISDICCIONAL EJECUTIVA.—LA TUTELA JURISDICCIONAL CAUTELAR.

LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL DERECHO PRIVADO

La tutela jurisdiccional de las situaciones subjetivas de Derecho Privado no es, por regla general, imperativa o preceptiva, en el sentido de que, si en la vida social no se respetan las normas de Derecho Privado respecto de aquellas situaciones, ni los tribunales tienen, por esa sola razón, el deber de ejercitar su potestad jurisdiccional para actuar el Derecho en el caso, ni están previstos instrumentos independientes de la voluntad de las personas afectadas para instar a los tribunales el ejercicio de su potestad.

Sólo excepcionalmente, en los supuestos que se tratarán al estudiar los procesos civiles no dispositivos, se establecen los instrumentos mencionados en segundo lugar (principalmente, imposición al Ministerio Fiscal del deber de instar el ejercicio de la potestad jurisdiccional en determinados supuestos).

Esta característica esencial de la tutela judicial del Derecho Privado obedece a un principio estructural del mismo: el principio de la autonomía de la voluntad.

La tutela judicial configurada de acuerdo con el principio dispositivo no es más que la continuidad, en el plano procesal, de la libertad de ejercicio y de disposición que sobre los derechos subjetivos privados y otros intereses igualmente privados reconoce el Derecho material. Hasta tal punto es así que se ha entendido (CARNACINI) que las regulaciones en que se manifiesta el principio dispositivo no pertenecen a la normativa del proceso, aunque sea en el proceso cuando salen a la luz, sino que conciernen a la tutela jurídica

de los intereses materiales, concretamente haciendo que la libre voluntad de la parte sea la condición y la medida del otorgamiento jurisdiccional de esa tutela.

Consiguientemente, si en la vida social se plantea un caso en que las normas de Derecho Privado no son, o no parecen ser, respetadas, son muy diversas las posibilidades de que sea cerrado sin que los tribunales deban ejercer su potestad jurisdiccional sobre el mismo. Específicamente:

1) Los afectados pueden renunciar a sus derechos (art. 6.2 CC), ya sea abandonando la exigencia que formulaban frente a la persona con la que se producía el enfrentamiento, ya sea cediendo a la exigencia de ésta (es decir, allanándose).

2) Los afectados pueden realizar una transacción mediante la que, con sacrificio por cada uno de ellos de posiciones jurídicas en juego, cierran la divergencia o controversia (arts. 1809, 1813 y 1814 CC).

3) Para llegar a alguno de los modos de solución de la controversia mencionados en 1) y en 2), los afectados pueden utilizar cualesquiera medios instrumentales, salvo los prohibidos por el ordenamiento en general (coacciones, amenazas). Pueden negociar directamente, pueden hacer intervenir a terceras personas en funciones de mediación, de conciliación o en cualesquiera otras funciones que las técnicas de la psicología social pueden desarrollar para que un tercero colabore con los afectados para el cierre más efectivo de una controversia.

4) También pueden encargarle a un tercero la solución de la controversia, obligándose previamente a aceptar su decisión. En esto consiste someter el asunto a arbitraje. Si los afectados pueden llegar a una solución por sí mismos, directamente o con la colaboración de terceros, es lógico que puedan ejercitar su poder de disposición no sólo requiriendo la intervención auxiliar de terceros, sino incluso obligándose a la solución que el tercero establezca. En efecto, esa coincidencia de los casos en los que los afectados pueden cerrar por ellos mismos la controversia y aquellos que pueden ser sometidos a arbitraje se observa en el artículo 2.1 LArb, que establece que se pueden someter a arbitraje «las controversias sobre materias de libre disposición conforme a Derecho».

Ahora bien, todos estos medios de solución de las controversias necesitan el concurso de las voluntades de las personas afectadas. Si este concurso no se produce y los afectados siguen entendiendo que, en el caso concreto, no se respeta la norma respecto de las situaciones subjetivas en las que ellos se hallan, la única vía para la solución de la controversia es la actuación del Derecho por los tribunales y mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 117.3 CE). Sólo de este modo puede ser resuelta una controversia

prescindiendo de la voluntad de todos los afectados, porque todos ellos están sometidos —quieran o no— a la potestad jurisdiccional, que es uno de los poderes del Estado.

Además, al establecer el acceso a los Tribunales para instar el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el Estado cumple con el reconocimiento constitucional de un derecho fundamental: el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

La ponderación de la característica esencial, al principio apuntada, de la tutela judicial del Derecho Privado y del consustancial resultado aleatorio del proceso de declaración, por un lado, y, por otro lado, del indudable coste económico y social de la solución de controversias mediante la realización jurisdiccional del Derecho, explica y justifica que el ordenamiento fomente, en formas diversas, los modos no jurisdiccionales de solución de controversias.

En algunos supuestos establece que el intento de alcanzar solución a través de esos modos constituye presupuesto para que sea admitida la demanda que inicia el proceso de realización jurisdiccional del Derecho (art. 403.3 LECiv). En todo caso permite que esos modos de solución puedan seguir siendo intentados cuando ya el proceso civil está iniciado, determinando que el proceso acabe y la controversia se resuelva de acuerdo con la solución alcanzada (arts. 19 al 22 LECiv). Incluso, más allá de lo anterior, se fomenta dentro de las actividades procesales la consecución de una transacción (art. 415 LECiv). En fin, la sumisión de un asunto a arbitraje tiene el efecto de permitir excluir su planteamiento en vía jurisdiccional (art. 11 de la Ley de Arbitraje) y, además, los afectados conservan el derecho a la tutela judicial cautelar durante el desarrollo del arbitraje (art. 722 LECiv), art. 11 LArb y pueden obtener en el mismo un título con el que instar la tutela judicial ejecutiva (art. 517.2.2ª LECiv).

Con todo, sin embargo, debe tenerse en cuenta que el deber primordial para el Estado en esta materia es el correlativo al derecho de toda persona «a la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión» (art. 24.1 CE). Es un derecho fundamental, rodeado de la especial protección que corresponde a éstos según el artículo 53 CE, cuyo respeto es preferente a toda consideración de política legislativa orientada a aliviar la carga de trabajo de los Tribunales.

EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL

El Tribunal Constitucional va diseñando, con su doctrina jurisprudencial, el contenido esencial del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Recordaremos a continuación las líneas generales de esa doctrina, como paso previo para resaltar una de las características de ese derecho, que ahora

expresan los artículos 1 y 5.1 LECiv: la de ser un derecho de configuración legal.

A) EL CONTENIDO ESENCIAL DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

El contenido esencial de este derecho puede resumirse del siguiente modo:

1) En primer término ha señalado el TC que el artículo 24.1 no asegura sólo una mera posibilidad de acceso de toda persona a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también el derecho a obtener la tutela efectiva de aquellos órganos, sin que deban producirse situaciones de indefensión (STC de 22 de abril de 1981 [RTC 1981, 13] y STC de 14 de julio 1981 [RTC 1981, 24]).

Lógicamente, este derecho presupone que todo asunto jurídico pueda plantearse ante (y ser resuelto por) un órgano jurisdiccional, sin que las personas se vean limitadas a la resolución de otros órganos que, según la Constitución, no tengan naturaleza jurisdiccional.

Objeto del derecho a la tutela judicial efectiva no lo es una resolución estimatoria de las pretensiones deducidas, sino simplemente una resolución jurisdiccional de fondo, fundada en derecho, cualquiera sea su sentido, favorable o adverso (véanse, entre otras, STC de 5 de octubre de 1983 [RTC 1983, 79], SSTC de 8 de noviembre de 1983 [RTC 1983, 92 y 93], STC 1/1991, de 14 de enero [RTC 1991, 1], STC 32/1991, de 14 de febrero [RTC 1991, 32] y STC 96/1991, de 9 de mayo [RTC 1991, 96]).

Este derecho no está reconocido por el artículo 24.1 CE de modo incondicional, sino que la propia Constitución presupone su configuración legislativa (arts. 53.1 -directamente- y 117.3 CE en cuanto somete el ejercicio de la potestad jurisdiccional a las normas de competencia y procedimiento que las leyes establezcan). A esa configuración legislativa habrá que ajustar su ejercicio para que los órganos jurisdiccionales lo reconozcan (SSTC 68/1991, de 8 de abril [RTC 1991, 68] y 145/1991, de 1 de julio [RTC 1991, 145]).

En efecto, «el artículo 24.1 reconoce el derecho de todos a la jurisdicción, es decir, a promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas, en el bien entendido que esa decisión no tiene por qué ser favorable a las peticiones del actor, y que aunque normalmente recaiga sobre el fondo, puede ocurrir que no entre en él por diversas razones. Entre ellas se encuentra que el órgano judicial instado no se considere competente. Ello supone que el artículo 24.1 no puede interpretarse como un derecho incondicional a la prestación jurisdiccional.

sino como un derecho a obtenerla siempre que se ejerza por las vías procesales legalmente establecidas» (STC de 11 de junio 1981 [RTC 1981, 20]).

No obstante, el TC igualmente entiende que no son indiferentes respecto al contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 24.1 CE ni los presupuestos procesales, ni los requisitos de admisibilidad de los actos procesales que el legislador ordinario pueda establecer, ni la apreciación que de unos y otros hagan los órganos jurisdiccionales, pues, en ciertos supuestos, esas normas legales o esos actos del juez pueden ser lesivos del derecho al pronunciamiento de fondo en su núcleo constitucionalmente protegido.

2) En la proyección de este derecho sobre la actividad ejecutiva el TC ha sostenido que «el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener un fallo de éstos y, como precisa la Sentencia número 32/1982 de este Tribunal, de 7 de junio de 1982 (RTC 1982, 32), también el derecho «a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiera lugar a ello, por el daño sufrido». Es decir, corresponde al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la actividad ejecutiva de los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, este derecho no lo es a una ejecución en forma específica, porque «tan constitucional es una ejecución en la que se cumple el principio de identidad total entre lo ejecutado y lo estatuido en el fallo como una ejecución en la que, por razones atendibles, la condena es sustituida por su equivalente pecuniario o por otro tipo de prestación».

El primer párrafo entrecomillado es de la STC de 13 de abril de 1983 (RTC 1983, 26). La Sentencia a la que ésta se remite es la de 7 de junio de 1982 (RTC 1982, 32), aunque esta orientación ya la anunciaba la de 31 de marzo de 1981 (RTC 1981, 9). Se trata de jurisprudencia constante: pueden verse STC de 28 de octubre de 1987 (RTC 1987, 167), SSTC de 15 de julio de 1987 (RTC 1987, 124 y 125), STC 180/1990, de 26 de noviembre (RTC 1990, 189), STC 16/1991, de 28 de enero (RTC 1991, 16) y STC 73/1991, de 8 de abril (RTC 1991, 73). La matización sobre la ejecución en forma específica la hace la STC de 29 de junio de 1983 (RTC 1983, 38).

3) El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a una tutela judicial cautelar e impone al legislador ordinario que establezca posibilidades de que los jueces adopten medidas cautelares (STC 238/1992, de 17 de diciembre [RTC 1992, 238]).

El derecho a la tutela cautelar es satisfecho mediante una resolución judicial que cumpla ciertos requisitos externos, descritos con alguna variante en las diferentes sentencias, pero coincidentes en lo esencial: una resolución en la que un tribunal realice una «valoración de los intereses comprometidos por la ejecutividad, o por la suspensión» (STC 66/1984, de 6 de junio [RTC 1984, 66] y STC 115/1987, de 7 de julio [RTC 1987, 115], ambas respecto a

una medida cautelar de suspensión del acto administrativo), o en la que la «ponderación y valoración de los intereses en pugna es hecha y detalladamente» (STC 202/1987, de 17 de diciembre [RTC 1987, 202]), o en la que un tribunal «con la información y contradicción que resulte menester, resuelva sobre la suspensión» (STC 66/1984, de 6 de junio [RTC 1984, 66]) y STC 238/1992, de 17 de diciembre [RTC 1992, 238]) y lo haga «razonadamente y no de forma arbitraria o carente de fundamento» (STC 210/1993, de 28 de junio [RTC 1993, 210]).

También se estima contrario a este derecho que el régimen de las medidas cautelares o la aplicación judicial del mismo conduzca, en el caso de que la pretensión sea estimada, a «dificiles fórmulas reintegrativas» o a «situaciones irreversibles» o —aún más ampliamente— «de una o de otra forma a limitaciones carentes de justificación respecto al acceso a la jurisdicción» (STC 66/1984) o que suponga «que ese procedimiento no pueda ya alcanzar sus fines», lo que se produce si aquel régimen o su aplicación implican «la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende» o «prejudican irreparablemente la decisión final del proceso» (STC 237/1991, de 12 de diciembre [RTC 1991, 237]).

B) EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL

Se desprende de la doctrina jurisprudencial acabada de exponer que para pronunciarse sobre la tutela judicial solicitada y para solicitar esa tutela, los tribunales y los justiciables, respectivamente, han de actuar con sujeción a la ley.

Ciertamente la ley ordinaria reguladora de la impartición de la tutela judicial está sujeta a la Constitución y, específicamente, ha de respetar el contenido esencial del derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE. Esto determinará que no deba ser aplicado el precepto legal que el tribunal entienda que es contrario a normas constitucionales y no pueda ser ajustado a las mismas por vía interpretativa; y que el tribunal deba plantear cuestión de inconstitucionalidad y esperar la resolución por el Tribunal Constitucional. También existen posibilidades especiales de impugnación (recurso de amparo) si, tal vez no el precepto legal, pero sí su interpretación y aplicación ha infringido un derecho fundamental, específicamente el derecho a la tutela judicial efectiva.

Pero, con estas matizaciones, la primera regla a seguir para solicitar e impartir la tutela judicial es la ley ordinaria. Si se trata de la tutela judicial del Derecho Privado, la ley procesal civil: la Ley de Enjuiciamiento Civil.

La LECiv establece este principio en dos preceptos de contenido distinto, aunque el segundo podría considerarse una especificación del primero.

1) Según el artículo 1 LECiv «en los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley».

Literalmente el precepto se refiere a la ordenación legal de los diferentes actos del proceso —considerados aisladamente y en las diferentes secuencias procedimentales—, pero, como una parte de esa ordenación, también debe entenderse impuesto por el precepto el cumplimiento de los requisitos legales de aptitud de los tribunales (jurisdicción, competencia, reparto) y de los demás sujetos del proceso (capacidades, representación y defensa técnicas).

2) El artículo 5.1 LECiv establece el principio de legalidad procesal respecto a la materia de las modalidades de la tutela jurisdiccional que pueden pretenderse —más ilustrativo hubiera sido decir que pueden obtenerse— en el ordenamiento español: «1. 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 y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley».

El precepto no entra a determinar él mismo en qué consisten las modalidades de tutela que enuncia, cuáles son sus presupuestos y sus efectos jurídicos. Pero, del mismo modo que remite a la ley la ordenación de las clases de tutela que no cita específicamente, el régimen de las que sí menciona ha de ser el establecido por la ley.

Como recuerda GRUNSKY al iniciar el estudio de las diversas clases de acciones: «La tutela jurídica pedida por el actor se desarrolla dentro de determinadas formas, a las que ha de atenerse no solo él sino también el tribunal. La ley no concede cualquier tutela jurídica imaginable (...). Cada una de estas tres modalidades de acción —afirma tras referirse al reconocimiento por el Derecho alemán de las acciones de condena, mero declarativas y constitutivas— sólo son admisibles sobre presupuestos completamente determinados. Basta con advertir de momento que una acción declarativa, según el parágrafo 256 ZPO (Ley Procesal Civil alemana), sólo puede ser ejercitada con perspectivas de éxito si el actor pide la declaración de una relación jurídica. Es decir —con excepción de la acción para la declaración de la autenticidad de un documento, en la que aquí no interesa profundizar—, no hay acción dirigida a la declaración de hechos. Si a pesar de ello tal acción se ejercita, no puede tener éxito. Algo análogo vale para las acciones de condena y constitutivas, que igualmente sólo son admisibles concurriendo los determinados presupuestos que a continuación han de exponerse».

Ahora bien, el postulado de la configuración normativa de las modalidades de tutela jurisdiccional no puede entenderse en la forma simplista de exigir que aquéllas tengan respaldo en textos legales que las regulen con exacta previsión literal y de modo sistemático. Todo ello facilita el proceso

de determinación de la norma jurídica reguladora de la materia y puede considerarse como índice de la perfección técnica de una determinada legislación. Pero cuando esto falta, no puede afirmarse sin más la inexistencia de la norma: ésta aún puede ser extraída aplicando los criterios de interpretación y los métodos de investigación integradora al material normativo de toda clase (disposiciones legales, principios jurídicos) que el ordenamiento ofrece al jurista. Tampoco en esto se diferencia la regulación de las modalidades de tutela jurisdiccional de la de otras materias jurídicas.

Y, por fin, en la materia que estamos considerando también se proyecta el problema global de la tensión entre las normas y las nuevas exigencias que plantea la vida social y económica que aún no han hallado específica satisfacción por vía legislativa. A la espera de esta última, estas tensiones suelen encontrar muchas veces salida en la jurisprudencia y en la práctica jurídica, mediante una utilización más o menos atrevida de los métodos de interpretación e investigación integradora.

En los apartados siguientes consideraremos qué modalidades de tutela jurisdiccional están previstas en el ordenamiento español.

LA TUTELA JURISDICCIONAL DECLARATIVA: CLASES DE TUTELA JURISDICCIONAL QUE PUEDEN OBTENERSE EN EL PROCESO DE DECLARACIÓN

Hay supuestos excepcionales en los que el ordenamiento permite, sobre la base de unos documentos tipificados por la ley, obtener de los tribunales una tutela de situaciones de Derecho Privado directamente consistente en actividad jurisdiccional ejecutiva, es decir, en una injerencia inmediata en el patrimonio de la persona que aparece como obligada, para satisfacer la situación jurídica que aparecía constituida en aquellos documentos. Específicamente esta tutela está prevista si se aportan los documentos descritos en los números 4º, 5º, 6º y 7º del apartado 2 del artículo 517 LECiv, en los que consten negocios constitutivos de obligaciones con las características establecidas en el artículo 520 LECiv.

Por regla general, sin embargo, la tutela judicial del Derecho Privado requiere inicialmente un pronunciamiento jurisdiccional en el que, tras las alegaciones y las pruebas desarrolladas contradictoriamente en el proceso, se establezca, con la necesaria certeza, la realidad y la conformidad a Derecho de la situación jurídica hecha valer por la persona que ha instado la tutela, y, como consecuencia de ello, se conceda la tutela pedida.

La tutela judicial que puede obtenerse en el proceso de declaración tiene como característica común la de que el juez debe realizar un juicio de

hecho y un juicio de Derecho para establecer que la situación que hace valer el solicitante de la tutela está, en concreto, amparada por el Derecho. A partir de ahí las modalidades de tutela son diferentes por la diversa calidad de los efectos jurídicos de la sentencia que las otorga, y, también, por los diferentes presupuestos que han de concurrir (alegarse y probarse) para obtener cada una de ellas.

A) LA TUTELA DE CONDENA Y SUS MODALIDADES

a) La tutela de condena en general

La primera, y más frecuente en la práctica, de las modalidades de tutela en el proceso de declaración es la tutela de «condena a determinada prestación» (art. 5.1 LECiv).

Esta modalidad de tutela puede ser identificada, principalmente, porque la sentencia que la concede es título ejecutivo (arts. 517.2.1º y 524 LECiv), con el que puede ser iniciada la actividad jurisdiccional para el cumplimiento forzoso de la prestación a la que ha sido condenada la parte demandada, aplicando los medios previstos por la ley para cada clase de prestación (de pagar dinero —arts. 571 y siguientes—, de entregar cosas distintas a dinero —arts. 701 y siguientes—, o de hacer o de no hacer —arts. 705 y siguientes—). Frente a estos efectos, las sentencias que conceden tutela meramente declarativa y constitutiva, si bien tienen efectos jurídicos que vinculan a diversas personas al pronunciamiento jurisdiccional, ni precisan, ni permiten acceder a la actividad ejecutiva.

Aquel peculiar efecto jurídico —la eficacia ejecutiva— que tan destacadamente identifica la tutela de condena, lo establece la ley precisamente porque es el adecuado para satisfacer una específica necesidad de tutela judicial. Efectivamente la tutela de condena se necesita por las personas si, en la realidad extraprocésal, existe en favor de esas personas un derecho a prestación frente a otra persona, que ésta no satisface.

El derecho a prestación puede tener por objeto la entrega de dinero, la entrega de cosas, la realización de determinadas conductas (simplemente o con producción de ciertos resultados), y, en fin, la abstención de determinada conducta (arts. 1088 y 1094 al 1099 CC).

Ese derecho a prestación puede tener las causas jurídicas más diversas, por ejemplo las siguientes:

1) Los derechos de la personalidad, que imponen a todos un deber de omitir intromisiones ilegítimas en aquéllos (véase, por ejemplo, el art. 9.2 de la Ley de Protección del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen).

2) El derecho de propiedad, que origina en todos los no propietarios de la cosa un deber de no perturbar el goce de la misma y la titularidad del derecho, y que, si se ha producido la desposesión, justifica la exigencia de restablecimiento del goce y disfrute de la cosa o de una indemnización, si ese restablecimiento fuera imposible.

3) Derechos reales limitados (servidumbre, usufructo, etc.), que han de ser respetados por todos, y, especialmente, por el propietario de la cosa sobre la que recaen tales derechos.

4) Deberes de omisión impuestos por la ley, como el general de no causar daño a los demás (art. 1902 CC), cuyo incumplimiento genera el nacimiento del deber de indemnizar por responsabilidad extracontractual; o, más específicamente, los deberes, que se imponen a quienes participan en la concurrencia económica, de no realizar actos de competencia desleal (arts. 5 al 17 de la Ley de Competencia Desleal), que, en caso de incumplirse, permiten obtener de los tribunales condenas de abstención, de remoción de los efectos de la conducta ilícita y de indemnización por el daño que haya causado (art. 18 de la Ley de Competencia Desleal).

5) Deberes de omisión establecidos por diversas leyes especiales cuyo incumplimiento da base para obtener la tutela de la acción de cesación, expresamente reconocida, entre otras, por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (art. 30) y por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de consumidores y usuario, que introduce la condena a cesación en ocho leyes sectoriales sobre materias que afectan a los intereses de consumidores y usuarios y generaliza esa clase de tutela frente a las conductas de empresarios y profesionales que infrinjan la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y lesionen intereses colectivos y difusos de éstos.

6) El derecho de patente y los deberes de respeto frente al mismo de los no titulares, cuyo incumplimiento permite exigir la cesación de los actos de infracción, la eliminación de sus resultados materiales y, en alguna medida, de los morales, así como la indemnización de los daños causados (art. 63 de la Ley de Patentes).

7) En fin —aunque no debe olvidarse que ésta no es una enumeración cerrada, sino un elenco ilustrativo de supuestos a los que corresponde tutela judicial de condena—, los contratos y otros negocios jurídicos establecen una diversidad de derechos de prestación, cuyo cumplimiento es exigible mediante las condenas correspondientes, así como las consecuencias de la responsabilidad contractual (arts. 1100 y siguientes CC).

b) Tutela de condena ordinaria y tutela de condena a prestación futura

Para que proceda ordinariamente la tutela de condena ha de existir un derecho a prestación no sometido a término, a condición, ni a otro hecho que excluya su actual exigibilidad, y, a pesar de todo ello, no satisfecho por el obligado.

Sin embargo, el ordenamiento puede permitir que se conceda la tutela de condena sin que concurra alguno de los presupuestos referidos al vencimiento y exigibilidad de la prestación. En estos casos, antes de iniciarse la ejecución sobre la base de la sentencia de condena como título, ha de constatarse que, en ese momento, se cumplen los presupuestos de vencimiento y exigibilidad.

Con esta modalidad de tutela de condena se satisface, en unos casos, el interés de no acudir reiteradamente a los tribunales, si se trata de obligaciones de prestación periódica; en otros casos, se atiende al interés de que la tutela ejecutiva se aproxime temporalmente lo máximo posible al momento de la exigibilidad del cumplimiento según el Derecho material, interés que merece atención si objetivamente fuera previsible la intención de incumplimiento cuando llegue ese momento.

Veamos unos ejemplos.

El supuesto más tradicional de condena a prestación futura en nuestra legislación es el de la obligación de alimentos. La obligación de alimentos, dice el Código Civil, «será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos» (art. 148, párr. 1, CC), pero inmediatamente en el párrafo siguiente del mismo artículo establece que «se verificará el pago por meses anticipados» (art. 148, párr. 2, CC), con lo que la concreta obligación de pago de la pensión alimenticia vence y es exigible periódicamente cada mes. No obstante ello, reconocido judicialmente el derecho a recibir alimentos, el alimentista no precisa instar la condena del obligado tras cada incumplimiento de la obligación de pago de la pensión, pues —como ya disponía la antigua LECiv. en el art. 1616— «si el que fuere condenado al pago de los alimentos no hiciere efectiva la pensión el día en que deba pagarla según la sentencia, se procederá a su exacción por los trámites establecidos para el procedimiento de apremio después del juicio ejecutivo. Lo mismo se practicará con las mensualidades que vayan venciendo».

Otro ejemplo nos lo proporciona la jurisprudencia. Prestaron los actores una cierta cantidad de dinero al demandado el cual, con el único fin de garantizar la devolución del préstamo, les transmitió la propiedad de una finca que debía ser restituida al devolverse la cantidad prestada. Sobre esta base, accionan los demandantes pidiendo la devolución del préstamo y reconviene el demandado solicitando la restitución de la finca. Las dos sentencias de instancia estiman la demanda y desestiman la reconvencción. Recurre en casación el demandado-reconviniente, impugnando la sentencia única y exclusivamente en cuanto al pronunciamiento desestimatorio de la reconvencción. El TS, en Sentencia de 28 de septiembre de 1979 (RJ 1979, 3126), cassa la Sentencia de instancia, considerando que «si la cuestionada finca se entregó en

garantía de la devolución del préstamo una vez llevada ésta a efecto resulta obligado declarar la cancelación de esa garantía, con restitución de la finca a quien en tal concepto la entregó, y aun cuando esta restitución, en la forma solicitada por el recurrente y aceptada por el recurrido don Rodolfo G. A., viene a constituir una obligación condicional, exigible solamente cuando la condición se cumpla, es decir, cuando el recurrente satisfaga la suma que en préstamo recibió, ello no impide a éste ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho, en consecuencia con lo que el artículo 1121 del Código Civil dispone, y esto es lo que en definitiva pretende al solicitar la entrega de la finca una vez que ha sido condenado al pago de lo por él debido».

La LECiv no establece, con claridad y con la suficiente amplitud, los supuestos de procedencia de la tutela de condena de futuro.

La establece expresamente para todos los casos de prestaciones periódicas el artículo 220 LECiv: «Cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los intereses o prestaciones que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte».

Sin embargo no se refiere expresamente a esa modalidad de tutela en los casos de prestaciones singulares. Esto puede dificultar el reconocimiento de esa modalidad de tutela por vía jurisprudencial.

Esa forma de reconocimiento la consideró posible la STC 194/1993, de 14 de junio (RTC 1993, 194), según la cual «el artículo 24.1 CE —dice esta Sentencia— consagra como fundamental el derecho a la tutela efectiva de jueces y tribunales, y que esa tutela se despliega respecto de todo tipo de derechos e intereses legítimos. De este precepto cabe deducir un mandato al legislador y a los órganos judiciales de favorecer los mecanismos de tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos, esto es, en general, de las situaciones jurídicas de poder de las personas físicas y jurídicas. Así, una forma de tutela de condena, como la condena de futuro, no puede ser excluida o negada «a radice» sólo por el hecho de que, por excepción a la regla general, conlleva la tutela preventiva de prestaciones todavía no exigibles. Ciertamente esto no significa, en el otro extremo, la indiscriminada admisibilidad «ex Constitutione» de este tipo de tutela en toda clase de proceso. Al legislador o, en su defecto, a los jueces y tribunales, sobre la base de los principios generales del ordenamiento, corresponde perfilar los presupuestos y límites de este tipo de tutela jurisdiccional, que ha de contar, por parte de quien impetra la tutela (...), con un específico y cualificado interés que le habilite y legitime para solicitar una tutela frente a quien aún no ha incumplido la obligación que le incumbe, pero, por su conducta actual, es previsible que no la cumpla».

B) LA TUTELA MERAMENTE DECLARATIVA

Otra modalidad de tutela que ahora establece expresamente el artículo 5.1 LECiv es la de «declaración de la existencia de derechos y de situaciones jurídicas».

Esta tutela consiste solamente en una declaración por sentencia, con eficacia de cosa juzgada (art. 222 LECiv), acerca de los objetos mencionados en el artículo. Su utilidad práctica puede apreciarse claramente en la seguridad jurídica sobre relaciones concretas que genera esa sentencia, dado que si hubiera futuros procesos a los que alcanzara la cosa juzgada de la misma, lo resuelto en ella sería vinculante, lo cual normalmente inducirá a las partes a evitar esos futuros procesos, a no dar causa para los mismos.

La tutela meramente declarativa estaba, y sigue estando, establecida legalmente para supuestos específicos.

Así el artículo 18 de la Ley de Competencia Desleal posibilita ejercitar la «acción declarativa de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste».

El artículo 12.4 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación establece que «la acción declarativa se dirigirá a obtener una sentencia que reconozca una cláusula como condición general de la contratación...», lo que determina que, en procesos futuros, sea vinculante que esa cláusula está sometida al especial régimen jurídico de esa Ley (arts. 5 al 8 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación).

Su consideración como una modalidad de tutela judicial general ha sido, hasta la LECiv, resultado de una construcción jurisprudencial realizada a partir de los principios generales del Derecho.

Aunque en alguna sentencia anterior ya se había referido al tema, el Tribunal Supremo inició la corriente jurisprudencial favorable al reconocimiento con carácter general de la acción mero-declarativa en su Sentencia de 22 de septiembre de 1944 (RJ 1944, 1004). La motivación de esta sentencia para admitir la tutela declarativa se remite a que «aparte de contar con singulares aplicaciones, va que no con una construcción sistemática, en nuestro vigente ordenamiento procesal, está plenamente admitida por la doctrina científica y jurisprudencial, a condición, claro es, de que en los particulares casos esté su utilización justificada por una necesidad de protección jurídica».

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dado a esa construcción jurisprudencial el respaldo de considerarla fundada también en el artículo 24.1 CE.

Para la STC 210/1992, de 30 de noviembre (RTC 1992, 210), «si el artículo 24.1 CE impone que cualquier derecho subjetivo o interés legítimo obtenga la tutela efectiva de jueces y tribunales, no puede admitirse la exclusión de las acciones meramente declarativas en el orden laboral, pues ello significaría una injustificada limitación del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24.1 CE». No obstante, la procedencia de la tutela declarativa, según la STC 20/1993, de 18 de enero (RTC 1993, 20), «está subordinada a la concurrencia de un interés real, actual y concreto en que los órganos judiciales pongan fin a la falta de certidumbre en torno a la relación jurídica de que se trate».

Ahora el artículo 5.1 LECiv la establece legalmente como modalidad general de tutela, aunque es muy parco al regular sus presupuestos.

Su referencia a que la declaración ha de versar sobre la existencia de «derechos y otras situaciones jurídicas», parece, por un lado, excluir la tutela declarativa negativa, y, por otro lado, la declaración de la existencia y trascendencia jurídica de hechos —como la autenticidad o no de documentos, cuya declaración autoriza a obtener el parágrafo 256 de la Ley procesal civil alemana—.

La acción declarativa negativa está expresamente reconocida para supuestos específicos. Por ejemplo, el artículo 127.1 de la Ley de Patentes establece que «cualquier interesado podrá ejercitar una acción contra el titular de una patente, para que el juez competente declare que una actuación determinada no constituya una violación de esa patente». El interés tutelado es el de obtener seguridad —con eficacia de cosa juzgada— acerca de que los concretos planes industriales proyectados no conducirán a una inversión inútil porque, una vez realizados, resulte que se consideran infractores de una patente en vigor.

La regla general del artículo 5.1 LECiv permite obtener un resultado similar si la pretensión de declaración se plantea de un modo positivo, como petición de declaración de un «derecho o situación jurídica» cuya eficacia no está restringida o limitada por aquella posición jurídica que, al hacerse valer extraprocesalmente por el adversario, ha generado necesidad de tutela judicial.

El artículo 5.1 LECiv evita definir el específico interés o necesidad de tutela judicial que justifica pedir y obtener una tutela declarativa. Ni siquiera menciona este presupuesto, aunque —como vimos en la doctrina jurisprudencial mencionada antes— el mismo ha de concurrir. En otro caso los tribunales serían utilizados para emitir declaraciones sobre relaciones jurídicas no discutidas, ni dudosas en el plano extraprocesal, con perjuicio general para el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas de las personas que han necesitado acudir, con justificación, a él. En definitiva, la configuración del presupuesto tendrá que producirse por vía jurisprudencial.

En esa configuración debería tenerse presente el criterio de que si por la naturaleza jurídica del derecho puede ser pedida la condena a prestación, no es admisible pedir una tutela de mera declaración, porque es contrario a la economía en el ejercicio de la potestad jurisdiccional permitir la realización de dos procesos si la tutela necesaria puede ser dispensada en uno solo.

C) LA TUTELA JUDICIAL CONSTITUTIVA

También se puede obtener de los tribunales «la constitución, modificación o extinción» de derechos y otras situaciones jurídicas.

Esta tutela se denomina constitutiva porque los tribunales, con base en un supuesto de hecho que legalmente determina las consecuencias jurídicas que inmediatamente apuntaré, pero cuyo efecto es discutido o negado o que —en los casos que indicaré— sólo puede ser establecido mediante sentencia, intervienen en el orden de las relaciones jurídicas concretas, dando lugar al nacimiento de las mismas, a su extinción o a la modificación de su contenido.

Esta modalidad de tutela se diferencia de las anteriores en que no declara una relación jurídica preexistente, ni simplemente, ni para imponer, en su caso, el cumplimiento de prestaciones que constituyan objeto de esa relación, sino que constata jurisdiccionalmente un hecho o un acto que debe dar lugar, según las normas, a un cambio jurídico en cualquiera de los sentidos antes apuntados.

Este es el único efecto jurídico de esta modalidad de tutela. Lo produce la sentencia por sí misma y, sólo de una manera accesoria, la nueva situación jurídica resultante puede tener acceso a registros públicos o deber ser considerada como ha quedado constituida a diversos efectos, todo ello del mismo modo que, en su momento, lo fue la situación modificada (arts. 521.1 y 2 y 522 LECiv). Sólo si el cambio jurídico producido da origen a nuevos deberes de prestación y la condena al cumplimiento de éstos ha sido pretendida en el proceso —de modo acumulado a la petición de tutela constitutiva—, puede haber pronunciamientos de condena que harán de la sentencia título de ejecución (art. 521.3 LECiv). Por ejemplo: el pronunciamiento constitutivo de rescisión de un contrato origina las obligaciones de devolución de las cosas que fueron su objeto, con sus frutos, y del precio con sus intereses (art. 1205 CC).

De la tutela judicial constitutiva importa destacar dos clasificaciones:

1) Tutela constitutiva, modificativa y extintiva.

La primera crea situaciones o estados jurídicos anteriormente no existentes. Por ejemplo: la constitución de una servidumbre de paso en el caso del artículo 564 CC; la estimación de la reclamación de una determinada filiación (arts. 131 al 134 CC).

La segunda establece un nuevo estado jurídico, pero no limitándose el juez a dar entrada a su configuración legal, sino conformando el contenido del mismo. Por ejemplo: la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado (art. 760 LECiv); las sentencias que acuerden la reducción de las disposiciones testamentarias que menoscaban la legítima de los herederos forzosos (art. 817 CC).

En la tercera modalidad el cambio consiste en la extinción o terminación de una situación jurídica existente. Sería el caso, por ejemplo, de la separación matrimonial (arts. 81 al 83 CC) y del divorcio (arts. 85, 86 y 89 CC), de la impugnación de determinada filiación (arts. 136 al 141 CC), de la rescisión de la partición de bienes hereditarios (arts. 1073 al 1080 CC), de la resolución de las obligaciones (art. 1124 CC), de la anulación de contratos (arts. 1300 y siguientes CC), de la rescisión de los mismos (arts. 1290 y siguientes CC), de la caducidad de una patente (arts. 116 y 117 de la Ley de Patentes), de la impugnación de acuerdos adoptados por órganos colegiados de una sociedad anónima (arts. 115 y 116 de la Ley de Sociedades Anónimas), etcétera.

Dentro de esta tercera modalidad hay supuestos de tutela constitutiva en los que la situación jurídica extinguida es de naturaleza procesal. Por ejemplo: la llamada *tercería de dominio* sustrae de la actividad ejecutiva un bien que había sido afectado a la misma (arts. 601 y 604 LECiv); la oposición a la ejecución por motivos de fondo excluye el efecto ejecutivo de cierto título sobre el patrimonio del ejecutado (art. 561.2 LECiv); la revisión de la sentencia firme elimina el límite puesto por la cosa juzgada a la potestad de resolución del órgano jurisdiccional sobre un caso concreto (art. 516.1 LECiv).

2) Tutela constitutiva necesaria y tutela constitutiva ordinaria.

En la primera modalidad las personas afectadas por la situación jurídica que ha de ser modificada no pueden producir, por sí mismas, la modificación, y ello aunque la voluntad de todas ellas sea concorde en producirla. El pronunciamiento judicial que modifique la situación es necesario para todos los afectados. Por ejemplo: según el artículo 199 CC «nadie puede ser declarado incapaz, sino por sentencia judicial en virtud de las causas establecidas en la Ley»; o el artículo 89 CC: «La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare».

En la segunda modalidad, si todas las personas afectadas por la situación jurídica se ponen de acuerdo en la modificación, pueden producir el cambio jurídico mediante un acto o un negocio jurídico que exprese su voluntad concorde. Sólo en defecto de la concurrencia de alguna de las voluntades, es necesario para la persona afectada que estime que se da en la realidad el hecho determinante del cambio jurídico, instar del órgano jurisdiccional que establezca ese cambio mediante sentencia. Por ejemplo: la disolución de una sociedad anónima por alguna de las causas establecidas en los números 2 a 7 del apartado primero del artículo 260 Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.

LA TUTELA JURISDICCIONAL EJECUTIVA

Según el artículo 5.1 LECiv se puede obtener también de los tribunales la ejecución, la tutela judicial ejecutiva en los términos establecidos por la ley.

Esta tutela consiste en que el órgano jurisdiccional ejerza su potestad para producir un cambio físico o material en la realidad social con el fin de acomodarla a lo que establece un título ejecutivo.

Por regla general ese título ejecutivo es una sentencia que ha concedido tutela de condena. Como esta tutela consiste en la concreta imposición de un deber de prestación, salvo que el condenado cumpla la sentencia sin otra coacción que la que deriva del efecto vinculante de la misma (arts. 118 CE y 17.2 LOPJ), para que aquella tutela sea efectiva es necesaria la configuración legal de un instrumento procesal que contenga medios coactivos adecuados para que se haga efectiva en la realidad la prestación impuesta o, en casos excepcionales, un subrogado de la misma.

Lo anterior, como he dicho, es la regla general. Sin embargo, por razones de conveniencia socioeconómica apreciadas por el legislador, el ordenamiento puede establecer que se acceda al proceso de ejecución con fundamento en títulos ejecutivos que no han sido formados mediante una declaración jurisdiccional. A las razones de política legislativa que impulsan esta solución, se unen condicionamientos constitucionales y otras razones de política legislativa que la limitan y moderan, reduciéndola a los supuestos en que el derecho y correspondiente deber de prestación resultan especialmente ciertos.

La configuración legal de la tutela judicial ejecutiva se realiza detalladamente en los artículos 517 al 720 LECiv.

Principalmente comprende:

1) La determinación de cuáles son los títulos ejecutivos, documentos con ciertas características formales (arts. 517, 523, 524 y 525 LECiv) y que incorporan la imposición o la constitución de deberes de prestación que, en algunos supuestos, han de reunir características especiales (art. 520 LECiv). Estos títulos constituyen el fundamento de la acción ejecutiva, del derecho a la tutela ejecutiva (art. 517.1 LECiv). Esta peculiar eficacia del título sólo puede ser excluida por causas limitadas de oposición a la ejecución, correspondiendo al ejecutado la carga de hacerlas valer (arts. 556 al 558 LECiv).

2) El establecimiento de los medios que el juez puede emplear para la ejecución, que la ley configura de un modo ajustado a las características de la prestación debida según el título. Así, para la ejecución de prestaciones dinerarias, las actividades ejecutivas, reguladas en los artículos 571 al 698 LECiv, consisten principalmente en la afección de bienes del ejecutado en cantidad suficiente para, tras su realización forzosa, hacer pago al ejecutante de su crédito dinerario. Si se trata de deberes de entregar cosas, los artículos 701 al 704 LECiv establecen actividades de puesta a disposición coactiva de las cosas muebles o inmuebles correspondientes. Si de deberes de prestación

consistentes en hacer o en no hacer, los artículos 705 al 711 LECiv crean medios jurídicos para producir una satisfacción específica (encargar a un tercero que haga –o que deshaga– por el obligado, sustituir la voluntad del obligado para concluir un negocio jurídico, multas coercitivas para coaccionar la voluntad del obligado) y, si fuera imposible o la ley ya no estimara conveniente aquel objetivo, determinan que la prestación inicial sea sustituida por una prestación pecuniaria indemnizatoria.

LA TUTELA JURISDICCIONAL CAUTELAR

Esta clase de tutela, que también reconoce el artículo 5.1 LECiv –«Se podrá pretender de los tribunales (...) la adopción de medidas cautelares»– es la justa respuesta a una necesidad creada por el propio proceso de declaración.

Una sentencia con eficacia para incidir en la esfera jurídica de las partes procesales no puede ser obtenida sin más e inmediatamente después de haber sido solicitada. Como ya se apuntó, el ordenamiento impone que precedan una serie de actos, a través de los cuales y en contradicción entre las partes, se aportan los hechos, se produce la prueba de las alegaciones y se introducen argumentaciones jurídicas, con todo lo cual se provee al órgano jurisdiccional de los elementos necesarios para dictar una sentencia acertada y justa. Incluso es posible que estas actividades puedan reiterarse, con mayor o menor extensión, ante otros órganos jurisdiccionales, antes de que el Derecho reconozca a la sentencia la necesaria eficacia para incidir en la esfera jurídica de las partes.

Obviamente la realización de esa actividad, la realización del proceso, exige tiempo.

Todo lo anterior suele justificarse aduciendo que es imprescindible para que la potestad jurisdiccional se ejercite con garantías de acierto. Sin embargo, también puede observarse que ese régimen está condicionado por la preponderante consideración de un resultado procesal favorable al demandado. Esa consideración hace injustificada e innecesaria cualquier incidencia en la esfera jurídica del demandado anterior a la sentencia firme.

Pero el proceso es una actividad de resultados inciertos. Ello impone que lo que deba entenderse por correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional deba ser también valorado desde la perspectiva de un actor eventualmente vencedor. Desde ese punto de vista la necesaria demora del momento en que el actor podrá obtener la plena satisfacción de su pretensión aparece como algo negativo.

Esa necesaria demora es un inconveniente, porque deja abierta la posibilidad, constituye la ocasión, para que el demandado adopte conductas o realice actos aislados que impidan o dificulten gravemente la efectividad de la sentencia que, al final, conceda la satisfacción al actor. Se trata de algo más grave que la satisfacción tardía. Es el riesgo de una satisfacción imposible o sólo alcanzable con extrema dificultad.

La tutela cautelar es precisamente el instrumento destinado a contrarrestar ese riesgo, mediante una incidencia en la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para lograr tal efecto.

Respecto de la tutela cautelar la ley procesal no se limita a establecer las normas que rigen la competencia, requisitos de las partes o de los actos procesales en general, el procedimiento para la resolución sobre la medida cautelar y sus relaciones con el proceso principal.

Establece también –de modo similar a lo que ocurre con la tutela ejecutiva– las normas que rigen la propia tutela jurisdiccional cautelar. Es decir, determina cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que deba acordarse una medida cautelar (véase el art. 728 LECiv) y dispone el contenido y efectos de las medidas cautelares (arts. 726 y 727 LECiv). En materia jurisdiccional cautelar, las normas procesales no se limitan a regular cómo se llega a la resolución y los requisitos de los que depende su admisibilidad, sino que regulan el propio contenido de la resolución, rigen el juicio sobre la estimación de la pretensión interpuesta.

Capítulo 2¹

RAFAEL BELLIDO PENADÉS
LUIS ANDRÉS CUCARELLA GALIANA

SUMARIO.—LA SOLUCIÓN NO JURISDICCIONAL DE LOS LITIGIOS DE DERECHO PRIVADO.—LA CONCILIACIÓN.—A) Concepto, carácter facultativo y supuestos de aplicación.—B) Competencia.—C) Procedimiento.—D) Efectos.—LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA.—A) Ambito de aplicación.—B) Procedimiento.—C) Tratamiento procesal y efectos.—EL ARBITRAJE.—A) Concepto y clases.—B) Los sujetos del arbitraje y el convenio arbitral.—C) El procedimiento arbitral.—D) Intervención jurisdiccional.

LA SOLUCIÓN NO JURISDICCIONAL DE LOS LITIGIOS DE DERECHO PRIVADO

Para la solución de los conflictos intersubjetivos de intereses jurídicos en el ámbito del Derecho privado los sujetos jurídicos pueden hacer uso de diferentes instrumentos, salvo los prohibidos por el ordenamiento, tales como las coacciones o amenazas.

En primer lugar, es posible acudir a fórmulas autocompositivas, negociando directamente entre sí (véase el art. 1809 CC), o solicitando la intervención de terceras personas. Como ha puesto de relieve la doctrina (Farrén, Gimeno, entre otros) las fórmulas autocompositivas con intervención de terceros son dos:

a) La conciliación. En ella, las partes son las que solucionan el conflicto de intereses existente entre ellas. El tercero se limita a aproximar las posiciones de las partes.

b) La mediación. En este caso, también son las partes las que buscan la solución a la controversia. El tercero interviniente (el mediador), además de aproximar a las partes, realiza propuestas para resolver la controversia. No obstante, y dado que nos encontramos ante una fórmula autocompositiva,

1. Los apartados relativos a la conciliación y a la reclamación administrativa previa han sido elaborados por el profesor Rafael BELLIDO PENADÉS, y el resto del capítulo ha sido realizado por el profesor Luis Andrés CUCARELLA GALIANA.

las partes son libres para aceptar o rechazar las propuestas realizadas por el mediador.

Además de poder acudir a fórmulas autocompositivas, las partes en conflicto pueden acudir a fórmulas heterocompositivas de resolución de las controversias. Éstas son el proceso y el arbitraje.

Las fórmulas autocompositivas con intervención de terceros (mediación y conciliación), tienen en común con las fórmulas heterocompositivas (arbitraje y proceso), que en todas ellas interviene un tercero. Pero es diferente la posición jurídica que éste ocupa (GIMENO). En el proceso y en el arbitraje, el tercero que interviene (Juez o árbitro), *impone* la solución de la controversia a las partes. En la conciliación, el tercero se coloca «inter partes», limitándose a aproximar sus posiciones. En la mediación, el tercero se coloca «infra partes», pudiéndose rechazar libremente la propuesta realizada.

LA CONCILIACIÓN

La conciliación es una actividad desarrollada por los sujetos entre los que existe un conflicto jurídico de intereses y en presencia de un tercero, en la que se pretende la resolución del conflicto mediante la obtención de un acuerdo entre los sujetos implicados en el mismo.

Aunque en las leyes se regulan diversos supuestos de conciliación, nosotros sólo nos ocuparemos en este capítulo de la conciliación judicial, y más concretamente de la conciliación preprocesal, es decir, de la intentada o realizada con carácter previo al proceso con la finalidad de evitar el mismo. No obstante, el acuerdo que se intenta conseguir mediante la conciliación judicial puede obtenerse también una vez iniciado el proceso con la finalidad de ponerle fin. Así, la LECiv contempla en el artículo 415 la posibilidad de que las partes manifiesten en la audiencia previa del juicio ordinario que han llegado a un acuerdo o que se muestran conformes en concluirlo de inmediato, y equipara el régimen jurídico del acuerdo obtenido como consecuencia de una conciliación o de una transacción, régimen que será tratado en el Capítulo 18 al que nos remitimos.

Por lo tanto, en este capítulo nos centraremos en la conciliación preprocesal. Esta conciliación se regula en los artículos 460 a 480 de la LECiv/1881, que, junto con el artículo 11, se mantienen vigentes hasta la entrada en vigor de la Ley sobre Jurisdicción Voluntaria (disp. derog. única.1.2ª LECiv).

A) CONCEPTO, CARÁCTER FACULTATIVO Y SUPUESTOS DE APLICACIÓN

La conciliación preprocesal se dirige a evitar el proceso y consiste en un intento de resolver un conflicto jurídico de intereses entre los implicados en

el, por medio de un acuerdo y en presencia de un Juez, el cual no actúa jurisdiccionalmente, pues la función que cumple es la de intentar aproximar las posturas de las partes.

En la actualidad tiene carácter voluntario, pues el futuro demandante no resulta obligado a intentar la conciliación antes de presentar la demanda, sino que tan sólo se le otorga la facultad de hacerlo (art. 460 LECiv/1881).

No obstante, por razones de distinta índole, la ley prohíbe al actor el intento de conciliación en los supuestos mencionados en el artículo 460 de la LECiv/1881, determinando el incumplimiento de esta prohibición la inadmisión a trámite de la solicitud de conciliación. Estos supuestos son:

- 1º Los juicios en que esté interesada una Administración, Corporación o Institución Pública.
- 2º Los juicios en que estén interesados los menores y los incapacitados para la libre administración de sus bienes.
- 3º Los juicios de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados.
- 4º En general, todos los que versen sobre materias no susceptibles de transacción o compromiso.

B) COMPETENCIA

El acto de conciliación debe intentarse ante el Juzgado de Primera Instancia o de Paz (competencia objetiva) del lugar en el que el demandado tenga su domicilio o, en su defecto, residencia (competencia territorial), en los términos establecidos en el artículo 463 de la LECiv/1881; y sin que pueda ser cuestionada la competencia, so pena de tener por intentada sin acuerdo la conciliación (art. 464 LECiv/1881).

C) PROCEDIMIENTO

El procedimiento es sencillo, reduciéndose básicamente a lo siguiente. El futuro demandante presentará una papeleta en la que se harán constar los datos personales de «demandante» y «demandado», fecha, firma del «demandante», y lo que éste pretende (art. 465 LECiv/1881), sin que resulte preceptiva la intervención de abogado y procurador (arts. 4.1.1º, 10.II.1º y 11 LECiv/1881 en relación con la disp. derog. única 1.1ª y 2ª LECiv).

En el mismo día de presentación de la papeleta o en el siguiente día hábil, si es admitida, el juez citará a las partes a una comparecencia, señalando día y hora; sin que entre la citación y la comparecencia puedan mediar menos de veinticuatro horas, ni más de ocho días (art. 466 LECiv/1881).

En la comparecencia, el demandante y el demandado expondrán sus alegaciones y los documentos que las fundamenten, y el Juez intentará avenir a ambas partes (art. 471 LECiv/1881), extendiéndose en un acta el resultado de la comparecencia (art. 472 LECiv/1881).

D) EFECTOS

Éstos son distintos según se logre o no el acuerdo perseguido.

a) Terminación sin acuerdo

Tanto si las partes –o alguna de ellas– no acuden a la comparecencia, como si, compareciendo, no hubiera avenencia, se dará el acto por intentado o terminado sin efecto (arts. 469 y 471 LECiv/1881). Esto no significa que carezca de efecto alguno. Por una parte, porque la presentación de la papeleta interrumpe la prescripción desde el momento de su presentación, si después es admitida (art. 479 LECiv/1881).

Por otra parte, por la incidencia que el haber intentado la conciliación tiene sobre una eventual condena en costas en el proceso que después se inicie. Piénsese que, con carácter general, no procede imposición de costas si el demandado se allana a la demanda antes de contestarla, salvo que el tribunal aprecie mala fe en aquél (art. 395 LECiv). Pues bien, esa mala fe del demandado puede considerarse concurrente si el demandante intentó la conciliación y no alcanzó acuerdo con el futuro demandado, y, si, una vez presentada la demanda, el demandado, cambiando de actitud, se allana antes de contestarla. Lo que demuestra que el demandado ha forzado la presentación de una demanda que él acepta y que considera debidamente fundada.

A nuestro juicio, ésta es la justificación que subyace en la norma establecida en el párrafo segundo del artículo 395.1 de la LECiv al estimar concurrente la mala fe del demandado en este supuesto. Conforme al mismo: «se entenderá que, en todo caso, existe mala fe, si antes de presentada la demanda se hubiese formulado al demandado requerimiento fehaciente y justificado de pago, o si se hubiera dirigido contra él demanda de conciliación».

b) Terminación con acuerdo

Por el contrario, si ambas partes comparecen y llegan a un acuerdo, la certificación del convenio obtenido produce efectos de diversa intensidad, según lo convenido entre o no dentro del ámbito de competencia del juez que conoció de la conciliación. Si lo convenido entra dentro de su competencia, la certificación del acuerdo es título ejecutivo que se llevará a efecto por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias (arts. 476.1 LECiv/1881 y 517.2.9º LECiv). Mientras que si queda fuera, al acuerdo se le atribuye el valor de documento público y solemne (art. 476.1 LECiv/1881).

que podrá ser utilizado como medio de prueba en un posterior proceso declarativo.

No obstante, según el artículo 477 de la LECiv/1881, contra el acuerdo obtenido en el acto de conciliación puede ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos, dentro de los quince días siguientes a su celebración, mediante el proceso declarativo ordinario que corresponda.

Sin embargo, la doctrina procesalista (MONTERO, FERNÁNDEZ LÓPEZ, MORENO CALIENA) considera, por una parte, que la nulidad mencionada comprende tanto los casos de nulidad, como los de anulabilidad y rescisión; y, por otra, que ese breve plazo de caducidad sólo es de aplicación cuando la impugnación se funde en el incumplimiento de las normas procesales reguladoras de la conciliación, mientras que cuando se base en razones de fondo serán de aplicación los plazos establecidos en el CC.

LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA

A) ÁMBITO DE APLICACIÓN

Tradicionalmente, la presentación de una demanda fundada en el Derecho Privado y dirigida contra una Administración Pública ha requerido, como requisito de previo cumplimiento, la formulación de una anterior reclamación frente a la Administración a la que se pretendía demandar, con el fin de posibilitar una solución extraprocesal del conflicto de intereses.

En la actualidad, este procedimiento administrativo previo al proceso civil se regula fundamentalmente en los artículos 120 a 124 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas del Estado y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), en los que, con carácter general y salvo expresa excepción legal, se establece su preceptividad, siempre que se pretenda ejercitar una acción fundada en Derecho Privado contra una Administración Pública.

La LECiv/1881 la mencionaba expresamente al regular las excepciones dilatorias. Por el contrario, en la nueva LECiv no se contempla explícitamente la reclamación administrativa previa. No obstante, la falta de expresa previsión normativa en la nueva LECiv, en nuestra opinión, no significa que no sea exigible el cumplimiento de este requisito cuando se tenga intención de formular una demanda fundada en Derecho Privado contra una Administración Pública.

Por una parte, porque los artículos 120.1 y 121.1 de la LRJ-PAC imponen en estos supuestos, con carácter general, la presentación y resolución –ex-

pressa o tácita— de la reclamación administrativa previa, y se exige que la excepción a la regla general venga determinada por norma con rango de ley, mientras que la nueva LECiv no establece dicha excepción.

Por otra parte, porque la LECiv, más que introducir esa excepción, lo que hace es establecer una norma genérica que puede ser integrada en este caso singular con lo dispuesto en los artículos 120 y 121 de la LRJ-PAC al contemplar las reclamaciones exigidas por las leyes en casos especiales como un supuesto excepcional de inadmisión de la demanda (art. 403.3 para el juicio ordinario y 439.5 para el juicio verbal, ambos de la LECiv).

B) PROCEDIMIENTO

El procedimiento para la presentación, tramitación y resolución de la reclamación administrativa se contiene básicamente en los artículos 122 a 124 de la LRJ-PAC.

La reclamación administrativa se dirigirá al órgano competente de la Administración Pública de que se trate, debiendo entenderse por tal el Ministro del Departamento que sea competente por razón de la materia objeto de la reclamación cuando ésta se dirija contra la Administración General del Estado. No obstante, el escrito en el que se efectúe la reclamación podrá presentarse ante un órgano distinto (art. 122 LRJ-PAC).

El órgano ante el que se haya presentado la reclamación administrativa debe remitirla en el plazo de cinco días al órgano competente al que se dirija la reclamación. Una vez recibida la reclamación por este último, antes de resolver podrá ordenar que se complete el expediente con los antecedentes, informes y datos que resulten necesarios (art. 123 LRJ-PAC).

La resolución del órgano competente para decidir sobre la reclamación puede ser expresa, en cuyo caso se establece el deber de notificársela al interesado, o tácita, considerándose desestimada la reclamación si el órgano competente no notifica su decisión al interesado en el plazo de tres meses (art. 124 LRJ-PAC).

C) TRATAMIENTO PROCESAL Y EFECTOS

Los efectos de la resolución sobre la reclamación administrativa son claros, estando en función de la suerte que corra. Si la reclamación es estimada por la Administración, el posterior proceso civil carece de sentido, al haberse satisfecho extraprocesalmente la pretensión del actor. Por el contrario, si la reclamación administrativa es desestimada, ya sea mediante resolución expresa o tácita, queda expedita al demandante la vía judicial (art. 124 LRJ-PAC).

Por el contrario, se plantean dudas en orden a los efectos de la presentación y, sobre todo, de la no presentación de la reclamación administrativa previa. Por lo que respecta a los primeros, el artículo 121.2 de la LRJ-PAC dispone que, presentada la reclamación «se interrumpirán los plazos para el ejercicio de acciones judiciales, que volverán a contarse» desde la desestimación expresa o tácita de aquélla (art. 121.2 LRJ-PAC). No se precisa, sin embargo, si los plazos que se interrumpen son los plazos de prescripción, los de caducidad, o ambos.

No obstante, la cuestión más problemática y debatida ha sido la del tratamiento procesal y efectos de la falta de presentación de la reclamación administrativa, pues si su conceptualización como presupuesto procesal permitiría estimar que pueda ser controlada de oficio por el órgano jurisdiccional, su consideración como impedimento procesal conduciría a que el órgano jurisdiccional no pueda controlar de oficio el cumplimiento de este requisito previo, debiendo ser alegado por la parte demandada.

Partiendo de que la configuración de un requisito procesal como presupuesto o como impedimento y su propio tratamiento procesal depende de la concreta regulación legal, debe tenerse en cuenta que la conformación de la falta de reclamación administrativa previa en el artículo 533.7^a de la LECiv/1881 como excepción dilatoria constituía un argumento a favor de su consideración como impedimento procesal que debía ser puesto de manifiesto por el demandado. Sin embargo, con la nueva LECiv, a nuestro juicio, una interpretación conjunta de lo dispuesto en los artículos 403.3 y 439.5 de la LECiv, por una parte, y en los artículos 120.1 y 121.1 de la LRJ-PAC, por otra, permitiría concluir que la falta de presentación, o de resolución —expresa o tácita— de la reclamación administrativa puede ser controlada de oficio por el órgano jurisdiccional «in limine litis», y que, en caso de que se constatare el incumplimiento de este requisito previo, el efecto jurídico procedente es decretar la inadmisión de la demanda; sin perjuicio de la admisión posterior de una nueva demanda, una vez presentada la reclamación administrativa previa y desestimada ésta expresa o tácitamente, en el segundo caso por transcurso del plazo de tres meses sin resolución de la Administración.

No obstante, debe advertirse que la interpretación apuntada no es la predominante. Una mayoritaria y autorizada doctrina (MONTERO, DIEZ-PICAZO) considera que la falta de presentación de la reclamación administrativa previa no es un requisito apreciable de oficio en momento procesal alguno, sino tan sólo a instancia de la Administración demandada en la contestación a la demanda del juicio ordinario o al inicio de la vista del juicio verbal, en cuyo caso, el órgano jurisdiccional deberá conceder un plazo al demandante en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del verbal para que subsane este defecto, suspendiéndose en el interin el curso del proceso. Y

esta posibilidad de subsanación goza de amplio acogimiento en la doctrina y en la jurisprudencia.

Con todo, esta interpretación mayoritaria tampoco resulta indiscutible, ni está exenta de dificultades.

1) En esa interpretación se entiende que, aunque la falta de reclamación administrativa previa no se regule expresamente en la nueva LECiv, su tratamiento procesal se regirá por lo previsto en el artículo 425 LECiv para las circunstancias procesales análogas. Sin embargo, esta remisión resulta imprecisa, pues no todas las circunstancias procesales reguladas en el artículo 416 reciben el mismo tratamiento en los artículos 417 y ss. Y, a nuestro juicio, la norma que presenta mayor analogía con la falta de reclamación administrativa previa es la contenida en el artículo 423.3.II –especialmente cuando conforme al art. 439.4 sea preciso un previo requerimiento de pago al deudor–, precepto del que puede deducirse que la consecuencia jurídica de la apreciación en la audiencia previa de la falta de un requisito especial exigido legalmente para la admisión de la demanda no parece ser el ofrecimiento de la posibilidad de subsanación, sino decretar el sobreseimiento. Y no debe obviarse la equiparación legal del tratamiento de la falta de aportación con la demanda de los documentos exigidos por la ley para su admisión con la falta de realización de las reclamaciones que se exijan en casos especiales, pues en ambos casos debe decretarse la inadmisión de la demanda (art. 403.3 LECiv).

2) Por otra parte, como el establecimiento de este requisito previo obedece a la finalidad de otorgar a la Administración demandada la facultad de resolver previa y extraprocesalmente el conflicto, si se ofrece la posibilidad de subsanación de la falta de presentación de la reclamación en la audiencia previa o en la vista surgen ciertas dificultades. Además de la inexistencia de un específico tratamiento legal de esta subsanación y su tramitación, la mayor ventaja de la subsanación –conservación de los actos procesales realizados: demanda y, en su caso, contestación a la demanda– quedaría total o parcialmente fuera de contenido si, como consecuencia de la presentación de la reclamación administrativa previa, la Administración demandada estimara extrajudicialmente, de forma total o parcial, la pretensión del particular demandante.

3) Finalmente, esta interpretación tampoco parece que venga exigida en sentido estricto por imperativos del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación del derecho de acceso a la jurisdicción, si este derecho fundamental constituye un derecho de configuración legal condicionado por los requisitos no excesivos ni desproporcionados establecidos por el legislador ordinario para la consecución de una finalidad legítima.

En definitiva, a nuestro juicio, la solución jurídicamente correcta «de lege data» es que si el órgano jurisdiccional aprecia de oficio en el momento de resolver sobre la admisión de la demanda el incumplimiento por el actor de la carga de presentar la reclamación administrativa previa y de esperar a su desestimación (art. 120.1 y 121.1 LRJ-PAC), deberá dicho órgano decretar la inadmisión de la demanda, con el fin de que el actor cumpla lo dispuesto en la ley administrativa antes de la presentación de la nueva demanda. Además, si, pese a la inobservancia de dichos requisitos, el órgano jurisdiccional admitiera la demanda y el demandado denunciara el incumplimiento en la contestación a la demanda del juicio ordinario o al inicio de la vista

del juicio verbal, dicho órgano debería decretar el sobreseimiento si apreciara el incumplimiento del requisito previo en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal.

Frente a esta conclusión puede esgrimirse que se considera una sanción desproporcionada a la negligencia del actor, o más bien de su abogado, pero, sin duda, es menos grave que las consecuencias preclusivas que el legislador ordinario anuda a la negligencia del actor o de su defensor en la configuración de su pretensión o en la aportación de los documentos materiales que sirven para fundamentarla.

EL ARBITRAJE

A) CONCEPTO Y CLASES

El arbitraje se encuentra regulado principalmente en la Ley 60/2003, 23 diciembre, de Arbitraje, cuyo contenido pretendemos analizar básicamente en este capítulo, sin perjuicio de ir completándolo en los capítulos posteriores con ocasión del estudio de las diferentes instituciones procesales. Como hemos señalado al principio de este capítulo, el hecho de que un tercero imponga la solución de la controversia a las partes en conflicto permite diferenciar las fórmulas heterocompositivas de las autocompositivas con intervención de tercero. Sin embargo, el dato apuntado no diferencia el arbitraje del proceso, por lo que vamos a intentar poner de manifiesto las notas que los diferencian. Al respecto, hay que tener presentes las consideraciones siguientes:

a) Desde un punto de vista subjetivo, el arbitraje es una institución heterocompositiva porque en él interviene un tercero, el árbitro (o árbitros) que impone la solución de la controversia a las partes en conflicto. Al igual que en el proceso, las partes deben encontrarse en pie de igualdad, y el tercero que decide, les dicta la solución a la controversia (STC 176/1996, de 11 noviembre [RTC 1996, 176]). Esta potestad del árbitro (o árbitros) para imponer la solución no es de carácter público como ocurre en el proceso (arts. 117.3 y 118 CE). El juez, como titular de la potestad jurisdiccional, puede imponer a las partes en conflicto la solución. Sin embargo, la potestad del árbitro proviene de un acuerdo (el convenio arbitral) que deben haber celebrado las partes, en virtud del cual deciden someterse voluntariamente a la decisión de ese tercero para que les solucione la controversia (STC 75/1996, de 30 abril [RTC 1996, 75]). En definitiva, la nota esencial del arbitraje es que las partes en conflicto encargan a un tercero (que no es titular de la potestad jurisdiccional) la solución de la controversia, obligándose a aceptar la decisión que éste tome.

b) Desde un punto de vista objetivo, hay que indicar que solamente son arbitrables las controversias que se refieran a materias de Derecho Pri-

vado sobre las que las partes tengan poder de disposición. El artículo 2.1 LArb indica que «son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho».

Por este motivo, no es posible el arbitraje (ni cualquier otra forma distinta al proceso de realizar el Derecho al caso concreto) en el ámbito del Derecho Penal. Son los jueces y tribunales los que exclusivamente aplican el Derecho Penal al caso concreto y deben hacerlo solamente a través del proceso (arts. 25 CE, 3 CP, 1 LE-Crim).

Normalmente las partes pueden someter a arbitraje las controversias que surjan en materias propias de Derecho Privado. Sin embargo, hay que tener presente, por ejemplo, el carácter indisponible de las controversias en materia de estado civil (art. 751 LECiv) que se estudia en el Capítulo 42.

En materia laboral es posible el arbitraje, ahora bien, el art. 1.4 LArb excluye estos arbitrajes del ámbito de aplicación de dicha Ley.

Por último, debemos subrayar que hay determinadas controversias en materia administrativa para las que el legislador admite el arbitraje. Así, por ejemplo, el artículo 28 LM regula la posibilidad de someter a arbitraje las controversias que puedan surgir en relación con los actos administrativos que pongan fin al procedimiento de registro de la exclusiva.

c) Las partes en conflicto pueden encomendar a los árbitros la actividad declarativa, y también la cautelar. Es decir, los árbitros pueden declarar cuál es el Derecho al caso concreto, resolviendo la controversia por medio de una resolución que se conoce con el nombre de laudo arbitral. De igual modo, las partes pueden encomendar al árbitro la potestad de adoptar las medidas con estructura cautelar que garanticen el buen fin del arbitraje (art. 23.1 LArb). Ahora bien, si fuera necesario ejecutar forzosamente el laudo cuando la parte condenada no cumpla voluntariamente, la ejecución corresponde siempre a la Jurisdicción (AATC 259/1993, 326/1993). De igual modo, son los órganos jurisdiccionales los que deben llevar a cabo las actuaciones tendentes a la actuación de las decisiones arbitrales cautelares.

d) La existencia de un convenio arbitral en el que las partes del mismo deciden recurrir al arbitraje para la resolución de sus controversias no implica la desaparición de la actividad jurisdiccional. Pueden encontrarse supuestos de intervención jurisdiccional con ocasión del arbitraje antes de que éste comience, durante su desarrollo, y tras la emisión del laudo arbitral.

Así, antes del inicio del arbitraje, la Jurisdicción puede adoptar medidas cautelares que garanticen el buen fin del eventual arbitraje que se pretenda iniciar. De este modo, el artículo 11.3 LArb dispone que «el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales (...), solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas».

Durante el desarrollo de las actuaciones arbitrales, o durante la pendencia del procedimiento arbitral, la Jurisdicción también desempeña importantes funciones de

auxilio o colaboración. Así ocurre en el caso de intervención judicial en el nombramiento de árbitros (art. 15 LArb); remoción de los mismos (art. 19.1 LArb); asistencia judicial para la práctica de pruebas (art. 33 LArb); ejecución de las decisiones arbitrales cautelares (art. 23.2 LArb); y resolución de las demandas de anulación interpuestas contra los laudos previos sobre cuestiones procesales (art. 22.3 LArb), o contra las decisiones arbitrales cautelares (art. 23.2 LArb).

Tras la terminación del procedimiento arbitral, la intervención jurisdiccional se dirige a conocer de las demandas de anulación contra los laudos definitivos (art. 40 LArb), ejecución provisional o definitiva de laudos (arts. 44-45 LArb); así como para conocer de las demandas de revisión de laudos firmes (art. 43 LArb).

A la vista de las consideraciones que hemos realizado, podemos ofrecer un concepto de arbitraje. Se trata de una institución para la solución de conflictos intersubjetivos en el ámbito del Derecho Privado, en la que interviene un tercero cuyo poder de decidir proviene de que los sujetos del conflicto han expresado su voluntad, mediante convenio, de que el conflicto se resuelva por este medio. Este convenio impide a la Jurisdicción la resolución de la controversia siempre que no se renuncie expresa o tácitamente al mismo (art. 11.1 y 2 LArb), sin que se excluya su intervención con una función de auxilio o para garantizar el buen fin del arbitraje.

Señalado el concepto, podemos indicar cuáles son las clases de arbitraje:

1ª) Arbitraje de derecho y arbitraje de equidad: En el caso en que los árbitros decidan conforme a derecho, nos encontramos ante un arbitraje de derecho, por el contrario, si resuelven conforme a su saber y entender, se trata de un arbitraje de equidad. Los árbitros sólo pueden decidir en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello (art. 34.1 LArb).

2ª) Arbitraje «ad hoc» y arbitraje institucional: El arbitraje es institucional cuando la administración del arbitraje se encomienda a Corporaciones de derecho público que puedan desempeñar funciones arbitrales, así como a asociaciones y entidades sin ánimo de lucro en cuyos estatutos se prevean funciones arbitrales (art. 14.1 LArb). Estas instituciones arbitrales ejercen sus funciones conforme a sus propios reglamentos (art. 14.2 LArb). Por el contrario, es «ad hoc» cuando la función arbitral se encomienda a una o varias personas físicas determinadas.

B) LOS SUJETOS DEL ARBITRAJE Y EL CONVENIO ARBITRAL

a) Los sujetos del arbitraje

Entendemos como sujetos del arbitraje la persona que pide la actuación arbitral, la persona frente a la que ésta se pide, y la persona a la que se dirige la petición de tutela arbitral. De este modo, por un lado, sujetos del arbitraje son las partes, las cuales deben ser, a su vez, parte en el convenio arbitral.

Como indica el artículo 11.1 LArb, el convenio arbitral obliga a las partes del mismo. Por lo tanto, solamente quien sea parte en el convenio puede actuar como demandante o como demandado. El demandante es la parte del convenio arbitral que con sus actuaciones puede provocar el inicio del arbitraje (art. 27 LArb) y el que dota de objeto al arbitraje interponiendo la demanda (art. 29.1 LArb). El demandado es la persona frente a la que se dirigen las iniciales gestiones para poner en marcha el arbitraje (art. 37 LArb), y en definitiva, frente al que posteriormente se dirige la demanda (art. 29.1 LArb).

Si atendemos a la concreción del otro de los sujetos del arbitraje, es decir, el llamado a conceder la tutela, hay que señalar que pueden ser árbitros las personas naturales que se hallen en el pleno ejercicio de sus derechos civiles siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidos en el ejercicio de su profesión (por ejemplo, art. 57 EOMF). Salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que actúe como árbitro (art. 13 LArb).

Las partes pueden fijar libremente el número de árbitros, siempre que sea impar. A falta de acuerdo, se designará un solo árbitro (art. 12 LArb). Cuando la cuestión litigiosa deba resolverse conforme a Derecho, los árbitros deberán ser abogados en ejercicio salvo acuerdo expreso de las partes en sentido contrario (art. 15.1 LArb).

En el ámbito del estatuto de los árbitros hay que indicar que éstos tienen derechos a percibir sus honorarios, lo que tendrá sus implicaciones en relación con las costas del arbitraje (art. 37.6 LArb). En contrapartida, los árbitros tienen la obligación de resolver la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación a la demanda o de expiración del plazo para presentarla sin que así se haya hecho. Salvo acuerdo en contrario de las partes, este plazo puede prorrogarse por los árbitros por un plazo no superior a dos meses (art. 37.2 LArb).

Téngase presente que el árbitro tiene también un deber de imparcialidad regulado en el art. 17 LArb que puede dar origen a su abstención o incluso a su recusación. Y por otro lado, hay que añadir, en la delimitación del estatuto de los árbitros, que a éstos también se les puede exigir responsabilidad penal en determinados casos. Véanse en este sentido los arts. 422 y 440 CP.

La designación de los árbitros debe hacerse por las partes de acuerdo con el procedimiento que éstas hayan pactado. A falta de acuerdo, el artículo 15.2 LArb regula las actuaciones que deben seguirse, entre las cuales se prevé la posible intervención de la Jurisdicción para la designación del árbitro o árbitros. El órgano competente se concreta en el artículo 8.1 LArb.

En concreto, el JPI o el JM del lugar del arbitraje; de no estar determinado, el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los demandados; si ninguno de

ellos tuviere domicilio o residencia habitual en España, el del domicilio o residencia habitual del actor, y si éste tampoco los tuviere en España, el de su elección. Por nuestra parte, entendemos que el JPI o JM del lugar del arbitraje (sin necesidad de acudir a los fueros subsidiarios) es el juez competente para conocer de las peticiones de remoción de árbitros que se presenten al amparo del artículo 19.1 LArb.

La designación de los árbitros por las partes también puede ser indirecta. Así ocurre en el supuesto en que la administración del arbitraje se encomienda a una Corporación de Derecho Público o a una asociación o entidad sin ánimo de lucro. El nombramiento de los árbitros se efectuará conforme a los reglamentos de dicha Corporación o Asociación.

b) El convenio arbitral

Presupuesto indispensable para que pueda desarrollarse el arbitraje es la existencia de la voluntad inequívoca de las partes en conflicto para resolverlo por esta vía (STC 75/1996, de 30 abril [RTC 1996, 75]). Esta exigencia se aprecia con claridad en el artículo 9.1 LArb en el que se indica que «el convenio arbitral (...) deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual». En definitiva, el convenio arbitral es el negocio jurídico constitutivo de la obligación de someter a arbitraje la solución de conflictos determinados que hayan surgido o puedan surgir sobre relaciones jurídicas disponibles.

Desde un punto de vista formal, el convenio puede adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente (art. 9.1 LArb). Si está contenido en un contrato de adhesión, la validez de dicho convenio y su interpretación se rigen por lo dispuesto en las normas aplicables a ese tipo de contrato (art. 9.2 LArb). En todo caso, el convenio debe constar por escrito en un documento firmado por las partes o en un intercambio de cartas, telegramas, télex, fax u otros medios de telecomunicación que dejen constancia del acuerdo (art. 9.3 LArb). No obstante, debe tenerse presente que se considera que existe convenio arbitral cuando en un intercambio de escritos de demanda y contestación su existencia es afirmada por una parte y negada por la otra (art. 9.5 LArb). A su vez, hay que añadir que también es válido el arbitraje instituido por disposición testamentaria para solucionar diferencias entre herederos no forzosos o legatarios por cuestiones relativas a la distribución o administración de la herencia (art. 10 LArb).

Los efectos del convenio arbitral son constituir la obligación de acudir al arbitraje, fundando jurídicamente el mismo. El convenio permite excluir que cualquiera de los obligados acuda a los órganos jurisdiccionales iniciando el proceso de declaración. Esta exclusión se concreta estableciendo un impedimento procesal a favor de los demás obligados que tienen la carga de alegar la existencia del convenio arbitral, poniendo fin, de este modo, al proceso que se haya iniciado. Así se recoge en el artículo 11.1 LArb al indicar que «el convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide

a los tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria» (art. 63 L.E. Civ.). Es decir, si cualquiera de los obligados por el convenio presenta demanda ante la Jurisdicción, los restantes obligados tienen la carga de alegar la existencia del convenio mediante declinatoria. Si no se hace así, se entiende que renuncian (tácitamente) al arbitraje, decavendo la obligación que se asumió en el convenio arbitral de resolver la controversia con la intervención de árbitros.

En la delimitación del ámbito de la declinatoria como defensa procesal interesa tener presente que la formulación de la misma no impide la iniciación o prosecución de las actuaciones arbitrales (art. 11.2 LArb). Y de igual modo, hay que tener en cuenta que la formulación de la misma es la defensa que procede si lo que se presenta es demanda con la que se pretenda el inicio ante la Jurisdicción de un proceso de declaración sobre materia sometida a arbitraje. Así debe entenderse el artículo 11.3 LArb al indicarse que «el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas».

C) EL PROCEDIMIENTO ARBITRAL

Las partes pueden convenir libremente el procedimiento al que se han de ajustar los árbitros en sus actuaciones (art. 25.1 LArb). No obstante, es necesario que pacten un procedimiento en el que se trate a todas ellas con igualdad, dando a cada una suficiente oportunidad de hacer valer sus derechos (art. 25.1 en relación con el art. 24.1 LArb). En el caso del arbitraje institucional, el procedimiento lo determina el reglamento de la corporación, o asociación encargada de la gestión del arbitraje. Lo mismo hay que sostener cuando las partes se hayan sometido a un determinado reglamento en los términos previstos en el artículo 4 b) LArb. En todos estos casos, a falta de acuerdo de las partes, los árbitros pueden dirigir el arbitraje, con sujeción a lo dispuesto en la LArb del modo que consideren más apropiado (art. 25.2 LArb).

Las actuaciones arbitrales, salvo que las partes hayan convenido otra cosa, comienzan en la fecha en la que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje (art. 27 LArb). Realizadas estas gestiones, el demandante, en un plazo posterior pactado por las partes, o fijado por los árbitros, deberá presentar su demanda con la que dote de objeto al arbitraje (art. 29.1 LArb). En esta demanda debe alegar los hechos en que la funda, la naturaleza y circunstancias de la controversia y las pretensiones que formula, pudiendo aportar los documentos que considere pertinente o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vaya a presen-

tar o proponer. Nótese por lo tanto, que en primer lugar, el demandante pide el arbitraje y después, le dota de objeto mediante la presentación de la demanda.

De esta demanda debe darse traslado al demandado para que la conteste, o en su caso formule reconvencción [art. 29.1 en relación con el art. 4 c) LArb]. El demandado puede formular defensas procesales en su escrito de contestación sin perjuicio de la potestad que tienen los árbitros para decidir sobre su propia competencia (art. 22 LArb).

En los casos en que sean controvertidos los hechos sobre los que versa la controversia, será necesaria la fase probatoria en el procedimiento arbitral. El árbitro debe pronunciarse sobre la admisibilidad, pertinencia y utilidad de los medios propuestos por las partes (art. 25.2 LArb). De igual modo, y con independencia del lugar donde se esté desarrollando el arbitraje pueden decidirse sobre el lugar de práctica de los medios probatorios (art. 26.2 LArb).

El artículo 25.2 LArb en general para todos los medios probatorios y el 32 LArb en particular para la prueba pericial, permiten que el árbitro pueda acordar de oficio la práctica de prueba.

Para garantizar el buen fin de la fase probatoria arbitral, es posible que los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación, puedan solicitar a la Jurisdicción asistencia para la práctica de un determinado medio probatorio ante el juez o para la adopción de medidas para que la prueba pueda practicarse ante los árbitros (art. 33.1 LArb). El órgano competente para prestar esta asistencia es el JPI o JM del lugar del arbitraje o el del lugar donde deba prestarse la asistencia (art. 8.2 LArb).

Tras la práctica de la prueba, las partes pueden emitir conclusiones (art. 30.1 LArb), y el árbitro, posteriormente, debe proceder a dictar el laudo en los términos previstos en el artículo 37 LArb. Entre otros, debe dictarse por escrito (art. 37.3 LArb), motivarse (art. 37.4 LArb), y deberá constar la fecha y el lugar del arbitraje (art. 37.5 LArb). No es necesaria su protocolización (art. 37.8 LArb), sin perjuicio de que este hecho pueda ponerse de manifiesto por el ejecutado como oposición a la ejecución (art. 559 LECiv).

Con sujeción a lo acordado por las partes, los árbitros deben pronunciarse en el laudo sobre las costas del arbitraje, que incluirán los honorarios y gastos de los árbitros y, en su caso, los honorarios y gastos de los defensores o representantes de las partes, el coste del servicio prestado por la institución administradora del arbitraje y los demás gastos originados en el procedimiento arbitral.

Dentro de los diez días siguientes a la notificación del laudo cualquiera de las partes podrá pedir a los árbitros que corrijan cualquier error de cálculo, de copia, tipográfico o similar, la aclaración de un punto o de una parte concreta del laudo o el complemento del mismo. Los errores a los que

nos referíamos, también pueden corregirse de oficio en el plazo indicado (art. 39 LArb).

El procedimiento que hemos descrito en líneas generales puede alterarse en virtud de alguno de los supuestos de terminación anormal del proceso previstos en la LArb. Así, por ejemplo, debe tenerse presente la posibilidad de terminación anticipada por falta de presentación de la demanda en plazo (art. 31 a) LA), por dictarse un laudo por acuerdo de las partes (art. 36 LArb), por desistimiento del demandante (art. 38.2 a) LArb), por acuerdo de las partes dando por terminadas las actuaciones (art. 38.2 b) LArb), entre otros.

Además de resolver la controversia mediante la emisión del laudo, los árbitros pueden decidir sobre la adopción de medidas cautelares que garanticen el buen fin del arbitraje. Para que pueda darse esta situación, es necesario que las partes les hayan reconocido esta potestad, y se precisa la petición de parte para que el árbitro o árbitros puedan decidir sobre la adopción de las medidas cautelares (art. 23.1 LArb). A la decisión arbitral cautelar le son aplicables las normas sobre ejecución e impugnación a través del proceso de anulación (art. 23.2 LArb). Por este motivo, en cuanto a la tutela cautelar, nos remitimos al tratamiento que sobre la misma realizamos en el siguiente apartado.

D) INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL

A pesar de que las partes en un conflicto hayan decidido acudir al arbitraje para resolver la controversia que existe entre ellas, ya hemos establecido que la actuación jurisdiccional no desaparece. Esta situación nos ha llevado ya a hacer referencia a algunos supuestos de intervención jurisdiccional. En este apartado vamos a hacer hincapié en otros supuestos de intervención que no han sido analizados hasta ahora.

a) El proceso de impugnación jurisdiccional del laudo

La LArb no prevé un sistema de doble instancia arbitral. Dictado el laudo por el árbitro, y una vez que terminan las actuaciones arbitrales en los términos previstos en el artículo 38 LArb, no puede interponerse ningún recurso contra ese laudo en el ámbito arbitral. En su caso, se regula la posibilidad de interponer ante la Jurisdicción una demanda en la que se puede solicitar la anulación del laudo (art. 40 LArb). El órgano competente para conocer de este proceso es la AP del lugar donde se ha dictado el laudo (art. 8.5 LArb). Esta demanda se sustancia por los trámites del juicio verbal, aunque los iniciales actos de alegación se sujetan a la regulación del juicio ordinario (art. 42.1 LArb).

Un laudo solamente puede anularse cuando la parte demandante alegue y pruebe la concurrencia de alguno de los motivos de anulación tasados en

el artículo 41 LArb. Estas causas en que puede fundarse la impugnación persiguen garantizar que el arbitraje ha sido querido por las partes, se ha mantenido dentro de sus límites de eficacia y se han respetado las normas de «ius cogens».

En concreto, los motivos previstos son:

- a) que el convenio arbitral no existe o no es válido;
- b) que no ha sido debidamente notificada la designación de un árbitro o de las actuaciones arbitrales o no ha podido, por cualquier otra razón, hacer valer sus derechos;
- c) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión;
- d) que la designación de los árbitros o el procedimiento arbitral no se han ajustado al acuerdo entre las partes, salvo que dicho acuerdo fuera contrario a una norma imperativa de esta Ley, o, a falta de dicho acuerdo, que no se han ajustado a esta Ley;
- e) que los árbitros han resuelto sobre cuestiones no susceptibles de arbitraje;
- f) que el laudo es contrario al orden público.

Los motivos contenidos en los literales e) y f) del apartado anterior podrán ser apreciados por el tribunal que conozca de la acción de anulación de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en relación con los intereses cuya defensa le está legalmente atribuida (art. 41.2 LArb).

En los casos previstos en los literales c) y e) del apartado 1, la anulación afectará sólo a los pronunciamientos del laudo sobre cuestiones no sometidas a decisión de los árbitros o no susceptibles de arbitraje, siempre que puedan separarse de las demás (art. 41.3 LArb).

La demanda de anulación debe presentarse en el plazo de dos meses siguientes a la notificación del laudo o, en caso que se haya solicitado corrección, aclaración o complemento del laudo, desde la notificación de la resolución sobre esta solicitud, o desde la expiración del plazo para adoptarla (art. 41.1 LArb). La demanda de anulación debe acompañarse de los documentos justificativos del convenio arbitral y del laudo, debiendo realizar la proposición de los medios de prueba que interesan al demandante. Admitida la demanda, debe darse traslado al demandado para que la conteste por escrito en un plazo de veinte días. Contestada la demanda o transcurrido dicho plazo, debe citarse a las partes a la vista del verbal. En ella, el actor podrá proponer medios de prueba en relación con lo alegado por el demandado en la contestación. Tras la vista, y en el plazo previsto en el artículo 447.1 LECiv, debe dictarse sentencia. Frente a esta sentencia no cabe recurso alguno (art. 42.2 LArb).

b) La actividad jurisdiccional ejecutiva

Como se ha indicado al principio del capítulo, el ordenamiento jurídico solamente permite que las partes en un conflicto de Derecho privado puedan

encomendar a los árbitros la actividad declarativa. Es decir, los árbitros deben limitarse a declarar el Derecho al caso concreto. La actividad ejecutiva queda en manos de la Jurisdicción. Por este motivo, si la parte condenada en el laudo arbitral no cumple voluntariamente la condena impuesta, la otra parte podrá dirigirse a la Jurisdicción poniendo en marcha el proceso de ejecución forzosa. De este modo, el artículo 517.1.2ª LECiv señala que son títulos ejecutivos «los laudos o resoluciones arbitrales».

a) Ejecución forzosa del laudo interno

El artículo 44 LArb dispone que la ejecución forzosa de un laudo interno se sujeta a lo previsto en la LECiv y en el título VIII LArb. De este modo, y a falta de norma especial al respecto en la LArb, debe acudir a la LECiv para la concreción del régimen normativo del proceso de ejecución. Si se lee con atención el artículo 45 LArb, resulta que el régimen especial previsto es en materia de ejecución provisional del laudo impugnado en anulación. Esto quiere decir que si nos referimos a la ejecución forzosa de un laudo firme, debe estar necesariamente a la regulación que sobre la materia se contiene en la LECiv. En este caso, las características principales del título ejecutivo arbitral son las siguientes:

1ª) Ha de contener un pronunciamiento condenatorio o de imposición de deberes de prestación (art. 521.1 LECiv a contrario; art. 559.1.3ª LECiv), pero las prestaciones pueden ser de cualquier clase.

2ª) Junto a la copia autorizada del laudo y del convenio arbitral, ha de acompañarse el documento acreditativo de la notificación de aquél a las partes (art. 550.1.1ª LECiv).

3ª) La adquisición de eficacia ejecutiva del laudo depende de una condición positiva (transcurso de dos meses desde su notificación –art. 41.4 LArb–), y esta eficacia subsiste salvo anulación del laudo en virtud de sentencia de anulación dictada tras el correspondiente proceso de anulación.

4ª) La falta de protocolización del laudo no impide el despacho de la ejecución forzosa. No obstante, el ejecutado puede alegar este hecho como oposición a la ejecución despachada (art. 559.1.4ª LECiv).

5ª) Es discutible la influencia que pueden tener sobre la eficacia ejecutiva del laudo arbitral vicios de nulidad que le afecten directa o derivadamente del convenio arbitral del que trae causa.

El órgano jurisdiccional competente para el despacho de la ejecución forzosa de un laudo firme es el JPI o JM del lugar en que se haya dictado (arts. 8.4 LArb y 545.2 LECiv). Este órgano no puede despachar la ejecución forzosa dentro de los veinte días posteriores a aquel en que el laudo condenatorio haya sido notificado al condenado (art. 548 LECiv). De igual modo, y

en cuanto al tiempo para el ejercicio de la acción ejecutiva, debe tenerse presente el plazo de caducidad previsto en el artículo 518 LECiv. Es decir, la acción ejecutiva fundada en un laudo arbitral firme caduca si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a su firmeza.

En los casos en que el juez despache la ejecución, el auto en el que se despache debe notificarse al ejecutado que podrá oponerse a la ejecución por defectos procesales (art. 559 LECiv), o por motivos de fondo (art. 560 LECiv). Entre los primeros motivos debe incluirse el de la falta de autenticidad del laudo (art. 559.1.4ª LECiv).

Dejando a un lado la ejecución forzosa de un laudo firme, debemos subrayar que el artículo 45.1 LArb indica que «el laudo es ejecutable aun cuando contra él se haya ejercitado acción de anulación». Esta previsión, completada con la del artículo 517.2.2ª LECiv, permite sostener que el laudo arbitral impugnado en anulación también es título ejecutivo, a pesar de no ser firme.

Así, impugnado un laudo en anulación, la parte a quien interese podrá solicitar su ejecución provisional. No obstante, en este caso, el ejecutado puede solicitar del tribunal la suspensión de la ejecución siempre que ofrezca fianza por el valor de la condena más los daños y perjuicios que pudieran derivarse de la demora en la ejecución del laudo (art. 45.1 LArb).

Se debe alzar la suspensión y debe ordenarse que continúe la ejecución cuando cese al tribunal la desestimación de la acción de anulación, sin perjuicio del derecho del ejecutado a solicitar indemnización de los daños y perjuicios causados por la demora en la ejecución (art. 45.2 LArb).

En el supuesto en que la demanda de anulación sea estimada, debe alzarse la ejecución (art. 45.3 LArb).

b) Ejecución forzosa del laudo dictado en el extranjero

El artículo 46.1 LArb dispone que se entiende por laudo extranjero el pronunciado fuera del territorio español (art. 46.1 LArb). Por su parte, el apartado siguiente añade que el exequátur de laudos extranjeros se regirá por el Convenio sobre reconocimiento y ejecución de las sentencias arbitrales extranjeras, hecho en Nueva York, el 10 de junio de 1958, sin perjuicio de lo dispuesto en otros convenios internacionales más favorables a su concesión. La remisión a lo previsto en el Convenio de Nueva York se hace, como se señala en la exposición de motivos de la LArb, «con independencia de la naturaleza comercial o no de la controversia y de si el laudo ha sido dictado en un Estado parte en el convenio. Esto significa que el ámbito de aplicación del Convenio de Nueva York en España hace innecesario un régimen legal

interno de exequátur de laudos extranjeros, sin perjuicio de lo que pudieran disponer otros convenios internacionales más favorables».

Hay que señalar que el Convenio de Nueva York permite que los Estados puedan formular reservas con el objeto de limitar su aplicación a los laudos dictados en los otros Estados parte del Convenio, o también, permite que los Estados puedan limitar su aplicación a los arbitrajes de carácter comercial. Sin embargo, España no hizo ninguna de esas reservas. Por otro lado, y en cuanto a los aspectos procedimentales relativos al reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros en España, el artículo 46.2 *in fine* LA, se remite al «procedimiento establecido en el ordenamiento procesal civil para el de sentencias dictadas por tribunales extranjeros».

El Convenio de Nueva York regula principalmente las condiciones de procedencia del exequátur (art. 5), distinguiendo unas examinables de oficio —no arbitrabilidad del objeto en el Estado requerido y contrariedad del laudo al orden público de ese Estado— y otras que sólo pueden considerarse si las alega la parte contraria —nulidad del convenio arbitral, infracciones esenciales del principio de contradicción, laudo dictado con exceso de poder respecto del asunto sometido a arbitraje en el convenio, infracción de las normas sobre constitución del tribunal arbitral y el procedimiento fijadas por las partes supletoriamente por la ley aplicable, anulación o suspensión de eficacia del laudo en el Estado de origen—.

El Convenio no regula los aspectos relativos a la competencia y procedimiento. Respecto al primero, debe estarse a lo previsto en el artículo 8.1 LECiv, que se remite a lo regulado en el artículo 958 LECiv 1881. Llama la atención el error del legislador al remitirse al artículo citado, pues no regula los aspectos sobre competencia. Esta regulación se contiene en el artículo 955 LECiv 1881, que es el que debe tenerse presente. En concreto, la disposición citada dispone que «sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados y otras normas internacionales, la competencia para conocer de las solicitudes de reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales y arbitrales extranjeras, corresponde a los Juzgados de Primera Instancia del domicilio o lugar de residencia de la parte frente a la que se solicita el reconocimiento o ejecución, o del domicilio o lugar de residencia de la persona a quien se refieren los efectos de aquéllas; subsidiariamente la competencia territorial se determinará por el lugar de ejecución o donde aquellas sentencias y resoluciones deban producir sus efectos».

En cuanto al procedimiento, debe estarse a lo previsto para la ejecución de sentencias extranjeras, en lo que sea aplicable al arbitraje y dadas las especialidades del Convenio de Nueva York (arts. 951-958 LECiv 1881).

61 La tutela cautelar en función del arbitraje

De igual modo que cuando se desarrolla un proceso ante la jurisdicción, el tiempo necesario para el desarrollo del arbitraje puede ser utilizado por una de las partes en conflicto para adoptar (o continuar) una serie de actuaciones con las que frustrar la efectividad del laudo arbitral. Para conjurar estas situaciones de peligro de ineffectividad de la tutela arbitral, el ordenamiento jurídico permite que puedan solicitarse y adoptarse medidas de estructura cautelar. En nuestro ordenamiento jurídico, la tutela cautelar en el arbitraje la puede prestar tanto la Jurisdicción como el árbitro ante el que se está dirimiendo la controversia. Así se desprende del artículo 23.1 LArb en el que se señala que «salvo acuerdo en contrario de las partes, los árbitros podrán, a instancia de cualquiera de ellas, adoptar las medidas cautelares que estimen necesarias respecto del objeto del litigio».

Este sistema de prestación de la tutela cautelar por la Jurisdicción o por los árbitros, nos lleva a analizar por separado cada uno de los supuestos.

a) La tutela cautelar prestada por la Jurisdicción

La Jurisdicción debe prestar la tutela cautelar en el arbitraje, en todo caso, antes del inicio del mismo. Es decir, con independencia de que las partes hayan encomendado a los árbitros la posibilidad de adoptar medidas cautelares, antes del arbitraje, solamente la Jurisdicción puede adoptar medidas con las que se garantice la efectividad de la tutela que pueda prestarse en el eventual procedimiento arbitral posterior.

De igual modo, la Jurisdicción es la que debe prestar la tutela cautelar durante la pendency del procedimiento arbitral cuando las partes en el convenio hayan excluido a los árbitros esta potestad.

Y por último, una vez dictado el laudo arbitral, la Jurisdicción es la que puede prestar la tutela cautelar que pudiera corresponder. Nos referimos, por ejemplo, a la posibilidad de adoptar medidas cautelares después de la emisión del laudo y antes de su firmeza, o incluso en el mismo proceso de ejecución, al amparo, por ejemplo, del artículo 700 LECiv.

La posibilidad de solicitar medidas cautelares en función del arbitraje se recoge en el artículo 722 LECiv indicando que podrá solicitar a la Jurisdicción la adopción de estas medidas, quien acredite ser parte en un procedimiento arbitral que se esté siguiendo en España. A continuación añade que pueden solicitarse medidas cautelares con carácter previo al inicio al arbitraje en los supuestos en que se haya solicitado auxilio a la Jurisdicción para la designación de los árbitros, o cuando se haya presentado solicitud de arbitraje institucional.

La redacción del artículo 722 LECiv no está acomodada al contenido de la actual LArb, sino a la anterior. Evidentemente esta situación legislativa no es correcta y es criticable.

Por su parte, el párrafo segundo del artículo 722 LECiv añade que con arreglo a los Tratados y Convenios Internacionales que sean de aplicación, también podrá solicitar de un tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un procedimiento arbitral que se siga en país extranjero.

Cuando el procedimiento arbitral se siga en España, el órgano jurisdiccional competente es el del lugar en el que el laudo, de haberse dictado, se ejecutaría, y en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (art. 724 LECiv).

El artículo 724 LECiv indica que la norma de competencia estudiada también debe aplicarse cuando se soliciten medidas cautelares en el caso de petición de auxilio a la Jurisdicción para la designación de los árbitros.

También es criticable la redacción de este artículo en la medida en que no se acomoda a la LArb.

El citado artículo guarda silencio sobre las medidas cautelares que se soliciten antes del inicio del procedimiento arbitral en el caso del arbitraje institucional. A pesar del silencio, entendemos aplicable la misma regla de competencia. Esta conclusión se refuerza si se tiene presente el artículo 8.3 LArb en el que se indica que «para la adopción judicial de medidas cautelares será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia, de conformidad con lo previsto en el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Civil».

En cuanto al momento para poder realizar la petición de medidas cautelares a la Jurisdicción, debemos señalar que ésta puede hacerse en cualquier momento desde el inicio del arbitraje y como hemos señalado anteriormente, también es posible presentar la solicitud de medidas cautelares antes. Así se desprende de los artículos 722 y 730 LECiv y 11.3 LArb, los cuales nos permiten realizar las siguientes observaciones:

1º) La solicitud de medidas cautelares a la Jurisdicción antes del inicio del arbitraje no supone renuncia al mismo y sumisión al tribunal al que se piden las medidas cautelares. Como indica el artículo 11.3 LArb «el convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales (...), solicitar de un tribunal la adopción de medidas cautelares ni a éste concederlas».

2º) Adoptadas las medidas cautelares «ante causam», es decir, antes del inicio del arbitraje, el sujeto beneficiado por las mismas debe llevar a

cabu las gestiones para poner en marcha el arbitraje en un plazo de veinte días si quiere que la medida cautelar siga siendo eficaz (art. 730.2 segundo párrafo LECiv). Las gestiones que debe realizar son las previstas en el artículo 17 LArb.

Este artículo señala que «salvo que las partes hayan convenido otra cosa, la fecha en que el demandado haya recibido el requerimiento de someter la controversia a arbitraje se considerará la de inicio del arbitraje». De este modo, para que las medidas cautelares adoptadas «ante causam» no pierdan eficacia, el sujeto beneficiado por las mismas debe llevar a cabo el requerimiento apuntado en el plazo señalado, aunque la recepción del mismo tenga lugar una vez vencido el plazo de veinte días al que nos referíamos.

En todo caso, hay que señalar que las medidas cautelares que pueden adoptarse en función del arbitraje por la Jurisdicción, y con independencia del momento en que se adopten, pueden ser cualesquiera que sean que sean necesarios para garantizar el buen fin del arbitraje. Así, en cuanto a sus presupuestos, debe estarse a lo regulado en el artículo 728 LECiv, y en cuanto a sus efectos, al artículo 727 LECiv.

1) La tutela cautelar prestada por los árbitros

Una vez que el arbitraje ha comenzado y durante su pendencia, la tutela cautelar en el arbitraje puede prestarse por los árbitros. Como se indica en el artículo 23.1 LArb, esta posibilidad depende de la voluntad de las partes, las cuales, en el convenio arbitral pueden optar por atribuir esta potestad o no a los árbitros. Si se la atribuyen, deben tenerse presentes las siguientes consideraciones:

1º) La actuación de los árbitros se limita a decidir sobre la concurrencia de los presupuestos que justifican la adopción de la medida cautelar. Los presupuestos son los previstos en el artículo 728 LECiv, no obstante, la prestación de caución por el peticionario de la medida cautelar no es obligatorio. Así debe interpretarse el artículo citado «in fine» en el que se indica que «los árbitros podrán exigir caución suficiente al solicitante».

2º) En todo caso, es necesaria petición de parte (art. 23.1 LArb).

3º) La parte interesada en la actuación de la medida deberá acudir a la Jurisdicción instando su ejecución (art. 23.2 LArb).

4º) El perjudicado por la decisión arbitral cautelar puede interponer contra la decisión cautelar demanda de anulación ante la Jurisdicción (art. 23.2 LArb).

2) La impugnación del laudo firme

El artículo 43 LArb dispone que el laudo arbitral firme produce efectos idénticos a la cosa juzgada, añadiendo que frente a él sólo cabrá solicitar la

revisión conforme a lo establecido en la LECiv para las sentencias firmes. Como puede apreciarse, la LArb se limita a indicar que es admisible la impugnación de un laudo firme a través del proceso de revisión, remitiéndose, en lo restante a la LECiv, en concreto, a los artículos 509-516. De este modo, son aplicables «mutatis mutandi» las consideraciones que se hacen en el capítulo 27 acerca del órgano competente, motivos de revisión, legitimación activa, plazo de interposición, depósito, sustanciación, eventual suspensión de la ejecución, y decisión de este medio de impugnación.

Desde nuestro punto de vista, el legislador debería haber previsto en el artículo 8 LArb qué órgano jurisdiccional es el competente para la revisión de laudos firmes de igual modo que hace en los restantes casos de intervención jurisdiccional con ocasión del arbitraje.

No obstante, debemos indicar que, en ocasiones, debe acomodarse la regulación de la LECiv a la impugnación de laudos firmes (LORCA), existiendo en algunos casos matices. Así ocurre en la aplicación del artículo 510 LECiv que prevé las causas de revisión. Una de ellas es que los testigos o peritos cuyas declaraciones se hubieren tenido en cuenta para dictar sentencia hubiesen sido condenados por delitos de falso testimonio. Dada la remisión de la LArb a la LECiv, podría sostenerse que cuando un testigo es condenado por falso testimonio prestado en procedimiento arbitral, entonces podría revisarse el laudo firme. Sin embargo, el CP solamente permite la condena por falso testimonio cuando el testigo ha prestado su declaración en *causa judicial*, no en función de un arbitraje. Por esta razón, si un testigo falta a la verdad en *causa arbitral*, no puede ser condenado en sentencia penal por falso testimonio, por lo que falta el presupuesto objetivo necesario para revisar el laudo firme.

El TS ha mantenido una jurisprudencia contradictoria sobre la posible revisión de laudos firmes. Por un lado, en el auto de 11 de junio de 1998 (RJ 1998, 5326), sostuvo que un laudo firme no podía revisarse porque la LECiv solamente regula la revisión de sentencias firmes, no de laudos. Con este auto se desconocía la regulación prevista en la LArb sobre impugnación de laudos firmes. Por otro lado, la STS 17 enero 2001 (RJ 2001, 1317) desestimó la demanda de revisión de un laudo firme, pero no porque no fuera revisable dicho laudo, sino porque el TS entendió que no concurría la maquinación fraudulenta que alegaba el que impugnó el laudo.

Capítulo 3

RICARDO JUAN SÁNCHEZ

SUMARIO. INTERVENCIÓN NO JURISDICCIONAL DE LOS JUECES EN EL TRÁFICO JURÍDICO; LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.—CONCEPTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA.—REGIMEN DE LOS ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA (JUDICIAL).—CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA (JUDICIAL).

INTERVENCIÓN NO JURISDICCIONAL DE LOS JUECES EN EL TRÁFICO JURÍDICO: LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Avanzar una idea de lo que es la jurisdicción voluntaria resulta complicado dada la amplitud y diversidad de actos que podemos calificar como tales. Pero intentémoslo con una referencia a alguno de esos actos.

En el tráfico jurídico privado (civil y mercantil), en términos generales, los sujetos de Derecho disponen de plena capacidad para dotar de validez a las situaciones o relaciones jurídicas de las que son parte. Sucede, en cambio, que en un buen número de casos la ley impide que esos mismos sujetos puedan dar lugar al nacimiento de una situación o relación jurídica o bien impide su perfeccionamiento por ellos, exigiendo, a tales fines, la intervención de un juez o un notario quien, por su cualificación y especial posición en nuestro ordenamiento jurídico, autoriza o directamente constituye esa situación o relación jurídica. Surgen así, respecto de esa intervención del juez o notario, los actos de jurisdicción voluntaria.

Es el caso de los siguientes supuestos: el nombramiento de un tutor para un menor no puede hacerse libremente por las personas interesadas en ello, requieren la intervención de un juez, el cual autorizará el correspondiente nombramiento. Igualmente, en el caso del fallecimiento de una persona sin disposición de última voluntad, el reconocimiento como herederos («ab intestato») de los ascendientes, descendientes y cónyuge se realiza por un notario.

En otros supuestos nos encontramos ante un acto de jurisdicción voluntaria cuando, a pesar de que los sujetos de una situación o relación jurídica pueden definir perfectamente los términos de esa situación o relación, la existencia de un desacuerdo lleva a la intervención —generalmente exigida

por la ley— de un juez que dirima al respecto, pero sin el alcance y la relevancia propia de un verdadero proceso.

Así sucede en el caso de desacuerdo para la determinación del domicilio conyugal o en el nombramiento de un perito para la valoración de los daños cubiertos por un seguro.

Aún más, en determinados casos la ley permite que un sujeto solicite la intervención de un juez con la finalidad de evitar futuros perjuicios en sus relaciones con terceros.

Es este último caso el de la consignación judicial o el de la denuncia del extravío o sustracción de un documento al portador a los efectos de impedir su utilización.

Podríamos seguir citando supuestos de jurisdicción voluntaria, pero sirven éstos de introducción al tema que tratamos.

Como se habrá observado, la jurisdicción voluntaria no es una actividad que realizan exclusivamente los jueces —aunque sí en un buen número de casos—, sino que junto con ellos, también realizan actos de jurisdicción voluntaria los notarios y los registradores de la propiedad u otros registradores, e incluso los cónsules españoles en el extranjero (art. 2110 LECiv/1881).

Deben distinguirse, pues, los actos de jurisdicción voluntaria realizados por jueces —jurisdicción voluntaria «judicial»—, del resto de actos de jurisdicción voluntaria realizados por otros sujetos. A nosotros aquí sólo nos interesan los primeros: aquellos que realiza un juez siguiendo las formas propias de un procedimiento y cuyas decisiones son susceptibles de recurso. Esta última matización nos obliga igualmente a descartar ciertos actos típicos de la jurisdicción voluntaria realizados por jueces, pero en los que falta ese referente procesal: así ocurre, por ejemplo, con la celebración de matrimonios por jueces (art. 51 CC) y la llevanza de los registros civiles (art. 2.2 LOPJ).

CONCEPTO DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

Partiendo de esa primera delimitación de la jurisdicción voluntaria objeto de estudio, la definición de la jurisdicción voluntaria «judicial» se presenta complicada. Por una parte, por la necesidad de distinguirla de la jurisdicción contenciosa, de otra, como hemos dicho, por la heterogeneidad de los asuntos que son objeto de una decisión de jurisdicción voluntaria.

De entrada la jurisdicción voluntaria suele definirse por contradicción a la jurisdicción contenciosa: es aquella actividad realizada por los órganos jurisdiccionales en garantía de un derecho (art. 117.4 CE) y que a criterio del legislador consiste en una actividad jurídica distinta a la que se realiza a través de los procesos comunes y especiales regulados en la LECiv. La jurisdicción voluntaria suele caracterizarse frente a la jurisdicción contenciosa por

la ausencia de los siguientes elementos: falta de controversia, falta de verdaderas partes, falta de un proceso y no producción del efecto de cosa juzgada. No obstante, todos estos aspectos requieren un mínimo comentario.

a) La ausencia de controversia u oposición

Esta característica aparece como la principal de la jurisdicción voluntaria, al punto que el propio legislador, en el artículo 1811 LECiv/1881, la define así: «Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas», de modo que, en coherencia, el artículo 1817 LECiv/1881 declara a su vez que si a la solicitud de jurisdicción voluntaria se le «hiciera oposición por alguno que tenga interés, se hará contencioso el expediente».

Sin embargo, la ausencia de oposición (contradicción), a pesar de la definición legal, no es un criterio determinante en la concepción de la jurisdicción voluntaria. Varias razones fundamentan esta afirmación:

1) La oposición se contempla en muchos preceptos reguladores de la jurisdicción voluntaria. Baste citar aquí, entre otros, los artículos 1839, 1840, 1872, 1999, 2009... todos ellos de la LECiv/1881.

2) La aplicación del artículo 1817 LECiv/1881, a pesar de su pretensión de regla general, es realmente excepcional en el conjunto de la normativa reguladora de la jurisdicción voluntaria, de modo que aunque se plantee una oposición en el expediente de jurisdicción voluntaria éste no se hace contencioso, sino que la oposición se tramita y resuelve en el mismo acto de jurisdicción voluntaria. Son ejemplo de esto último que decimos los artículos 1839, 1999, 2055, 2088... todos de la LECiv/1881. El artículo 1817 antes citado se aplicará sólo en aquellos casos en que expresamente así se prevea o en los que la Ley no contemple una posible oposición y que, planteada ésta, sea susceptible de auténtica actividad jurisdiccional.

3) Cuando la oposición no es posible así lo dice expresamente la Ley. Es el caso de lo previsto en los artículos 1965, 1971, 1974, 2111.4º, todos de la LECiv/1881, o en la disposición adicional 3ª de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

b) Inexistencia de partes

En los actos de jurisdicción voluntaria no cabe hacer referencia a la existencia de partes, sino que debemos hablar de solicitantes o interesados en el acto de jurisdicción voluntaria. Si atendemos a la definición legal del acto de jurisdicción voluntaria, la del artículo 1811 LECiv/1881, convendremos en que tampoco cabe hacer referencia a la existencia de una dualidad

de «partes» o posiciones. Sin embargo, y como hemos visto en el punto anterior, dada la frecuencia con que se puede plantear una oposición en el seno del acto de jurisdicción voluntaria, debe cuestionarse esta última afirmación.

Debe distinguirse el solicitante de jurisdicción voluntaria, con plena capacidad de intervención, del resto de terceros interesados en el acto de jurisdicción voluntaria, en cuyo caso su intervención, o bien se limita a una mera presencia en el acto, o bien la Ley les ofrece la facultad de formular alguna petición o incluso una oposición a lo solicitado por el promotor del acto.

En algunos actos de jurisdicción voluntaria está prevista la intervención del Ministerio Fiscal al afectar la solicitud al interés público (arts. 181.5 y 2111.11.2ª LECiv/1881).

c) Inexistencia de ejercicio de potestad jurisdiccional

En la jurisdicción voluntaria no hay ejercicio de la potestad jurisdiccional en los términos que establece el artículo 117.3 CE, de modo que tampoco en los actos de jurisdicción voluntaria cabe hablar de un verdadero proceso, en cuanto éste viene definido como el instrumento para el ejercicio de aquélla.

En el contexto de la jurisdicción voluntaria suelen emplearse tanto las expresiones «expediente» como «procedimiento» para referirse al conjunto de actos que integran la actividad judicial desarrollada en estos casos.

d) No producción de cosa juzgada

Para algún autor (ALLORIO) el criterio determinante para la distinción entre la jurisdicción voluntaria y la contenciosa, reside en que las resoluciones de la primera no tienen eficacia de cosa juzgada. Ni producen la eficacia negativa de la cosa juzgada, de modo que será posible un posterior proceso contradictorio sobre la misma cuestión, cualquiera que haya sido el resultado del acto de jurisdicción voluntaria; ni su eficacia positiva, pues los efectos jurídico-materiales que se derivan de un acto de jurisdicción voluntaria no son vinculantes en la resolución del fondo de un proceso posterior (CARRERAS). Sin embargo, dada la heterogeneidad de los actos de jurisdicción voluntaria, cuando éstos hayan versado sobre determinados aspectos que afectan a la correcta constitución de una relación jurídico-procesal futura, en dicho caso sí deben desplegar su eficacia en el referido proceso posterior. Es el caso, por ejemplo, del acto de jurisdicción voluntaria destinado precisamente a habilitar la comparecencia en juicio de aquella persona que carece de capacidad para ello.

No obstante, el artículo 1818.II LECiv/1881, establece que las resoluciones definitivas —entendiendo por tales, tanto las que estiman o desestiman la

petición objeto del acto de jurisdicción voluntaria, como las que ordenan convertir el expediente de jurisdicción voluntaria en un proceso contradictorio— son invariables en el mismo procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que se dictan, lo que permite hablar de una cosa juzgada formal de estas resoluciones.

e) Justificación de la atribución de jurisdicción voluntaria a los Jueces

La intervención de un juez en los actos de jurisdicción voluntaria se justifica en atención a su singular situación en el ordenamiento jurídico. Es precisamente su autoridad como operador jurídico imparcial e independiente el que hace conveniente, a entender del legislador, que el mismo intervenga en una situación o relación jurídica como garante del cumplimiento de sus requisitos o testigo cualificado de las mismas. Pero es preciso que todo acto de jurisdicción voluntaria «judicial» tenga como finalidad la garantía de un derecho (art. 117.4 CE), de modo que la atribución o la permisión por el legislador ordinario de la intervención judicial sin esa finalidad no se compagina con el precepto constitucional.

En conclusión, y a la vista de lo dicho en éste y en el punto anterior, podemos definir la jurisdicción voluntaria «judicial» como aquella intervención de los jueces, autorizada por ley y con fundamento en el artículo 117.4 CE, destinada, siguiendo las formas propias de un proceso, a constituir, autorizar, homologar, documentar o simplemente presenciar una relación o situación jurídica privada y sin que se produzcan los efectos propios de la cosa juzgada.

RÉGIMEN DE LOS ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA («JUDICIAL»)

Con carácter previo a la clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria «judicial» debemos tratar dos cuestiones: la regulación normativa de la jurisdicción voluntaria y los aspectos comunes a los diferentes actos de jurisdicción voluntaria.

La regulación normativa actual de la jurisdicción voluntaria en nuestro ordenamiento jurídico presenta un considerable desorden. Según la disposición derogatoria de la LECiv, se deroga la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, excepción hecha de su Libro Tercero, precisamente el relativo al tema que estamos tratando, hasta la aprobación por las Cortes Generales de una ley sobre la jurisdicción voluntaria. Por lo tanto, en estos momentos, sigue siendo de aplicación la LECiv/1881 en esta materia, de ahí que en la citas de preceptos que hemos hecho anteriormente hemos remarcado la Ley a

que se refieren. Se derogan expresamente, en cambio, los artículos 1827 y 1880 a 1900, inclusive, del mencionado Libro Tercero.

Pero además de la LECiv/1881, también se regulan actos de jurisdicción voluntaria en otras leyes sustantivas como el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley y el Reglamento Hipotecario y otras, lo que genera la consiguiente dispersión de las fuentes reguladoras de la jurisdicción voluntaria que, en algunos casos, da lugar a una regulación fragmentada e incompleta de algunos actos de jurisdicción voluntaria, sin olvidar que también las Compilaciones de Derecho Foral y Especial regulan varios actos de jurisdicción voluntaria.

A ello debemos añadir el hecho de que la LECiv/1881 presenta igualmente una falta de sistemática en la regulación de los actos de jurisdicción voluntaria. Por todo ello es conveniente la aprobación, cuanto antes, tal y como prevé la disposición derogatoria de la LECiv, de una ley sobre la jurisdicción voluntaria que ponga fin a este caos legislativo.

Pasando a exponer los aspectos comunes a los diferentes actos de jurisdicción voluntaria, debemos destacar los siguientes:

a) Prelación en la aplicación de la normativa reguladora

Se aplicarán en primer lugar las normas especiales que regulen cada acto concreto de jurisdicción voluntaria. En defecto de una norma especial habrá que distinguir según se traten de actos de jurisdicción voluntaria en negocios de comercio, en cuyo caso se aplicarán las disposiciones generales para esta clase de actos de jurisdicción voluntaria previstas en la Segunda Parte del Libro III de la LECiv/1881 (arts. 2109 a 2118), y en defecto de éstas se aplicarán las disposiciones generales previstas para cualquier otro acto de jurisdicción voluntaria contenidas en la Primera Parte del Libro III de la misma Ley (arts. 1811 a 1824). Si se trata de actos de jurisdicción voluntaria en materia civil, en defecto de una norma específica se aplicarán estas últimas disposiciones generales referidas.

b) Los sujetos del expediente de jurisdicción voluntaria

Cabe distinguir:

- 1) El juez «competente» para el conocimiento de los actos de jurisdicción voluntaria será el Juez de Primera Instancia (art. 85.2 LOPJ) de la localidad que resulte de aplicar para cada acto de jurisdicción voluntaria las reglas previstas en el artículo 63 LECiv/1881, números 16ª a 27ª (de aplicación en esta materia y no derogado). En algunos aspectos se reconoce competencia a los Juzgados de Paz (art. 2111.II.7ª LECiv/1881).

2) Los intervinientes, además de los requisitos de capacidad jurídica y legitimación (interés), podrán comparecer en el expediente por sí mismos en aquellos actos de jurisdicción voluntaria de cuantía determinada inferior a 400.000 ptas. y demás casos previstos en el artículo 10.3ª LECiv/1881 (tampoco derogado a estos efectos), necesitando de abogado en el resto de asuntos. La intervención a través de procurador es facultativa en todo caso.

c) El procedimiento de los expedientes de jurisdicción voluntaria

No existe en nuestro ordenamiento un procedimiento común aplicable a todos los actos de jurisdicción voluntaria, sino que se establecen procedimientos especiales para cada acto de jurisdicción voluntaria. Con todo, la legislación sobre la materia, salvo excepciones, no regula de forma completa el procedimiento a seguir en cada caso, lo que da lugar a la libertad de formas para algunos actos singulares del expediente de jurisdicción voluntaria. Un ejemplo de ello es lo que dispone el artículo 1816 LECiv/1881 en materia de prueba.

En términos generales el procedimiento de los actos de jurisdicción voluntaria seguirá el siguiente esquema: 1ª, solicitud; 2ª, citación de los interesados y posible intervención de los mismos (oposición); 3ª, práctica de pruebas; 4ª, resolución del expediente; 5ª, recursos.

d) La resolución de los expedientes de jurisdicción voluntaria

La diversidad de los actos de jurisdicción voluntaria dificulta referirse a un modo de terminación del expediente como el de carácter general. Con todo debe apuntarse que un buen número de actos de jurisdicción voluntaria terminarán mediante auto dictado por el juez, mientras que otros pueden concluir mediante acta, por providencia o incluso por sentencia.

e) Recursos contra la resolución final del expediente de jurisdicción voluntaria

Contra las resoluciones definitivas de los expedientes de jurisdicción voluntaria sólo cabe el recurso de apelación, conforme a los artículos 1819 y 2112 LECiv/1881. La apelación será en dos efectos si la interpone el promotor del acto de jurisdicción voluntaria (art. 1819), o en un único efecto cuando la interponga cualquier otro interviniente (arts. 1820 y 2112).

f) Los gastos del expediente de jurisdicción voluntaria

No contiene nuestra legislación ninguna norma relativa a la satisfacción de los gastos ocasionados en los actos de jurisdicción voluntaria, si bien en la práctica se imponen al promotor del expediente.

No obstante, si el promotor obra en interés de un tercero, alguna norma (art. 265.2 CC) autoriza que éste repita contra el interesado.

Los gastos ocasionados a terceros también correrán a cargo del promotor si su intervención es consecuencia de un imperativo legal o de la citación realizada a instancia del promotor o del propio juez. No así cuando su intervención sea totalmente espontánea.

En caso de que se plantee oposición, la práctica judicial es partidaria de la aplicación de los principios que rigen para los gastos y las costas procesales.

CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA («JUDICIAL»)

Vistos los anteriores aspectos comunes a los actos de jurisdicción voluntaria «judicial» vamos a proceder a su clasificación, para lo que, de nuevo, su diversidad es un serio obstáculo. Los actos de jurisdicción voluntaria pueden clasificarse en atención a la calidad de la intervención que el juez tiene en los mismos. En este sentido puede distinguirse (con SERRA) entre:

a) Actos constitutivos de una situación o relación jurídica, bien tengan carácter necesario (la adopción), bien supletorio (nombramiento, en materia de seguros, de un perito para el caso que las partes no se pongan de acuerdo).

b) Actos homologadores de una situación o relación jurídica, como la elevación a escritura pública del testamento ológrafo o la habilitación para comparecer en juicio.

c) Actos de mera documentación, como los deslindes y amojonamientos o el depósito y reconocimiento de efectos mercantiles.

d) Actos de simple presencia, como la subasta voluntaria judicial.

Una clasificación más detallada es la siguiente —que atiende al ámbito jurídico-material en el que influye el acto y que realizamos a partir de la sistematización de GONZÁLEZ POVEDA—:

a) Actos de jurisdicción voluntaria relacionados con otras instituciones procesales

- Habilitaciones para comparecer en juicio (arts. 1994 a 2001 LECiv).

- Nombramiento de defensor judicial (arts. 163 y 299 a 302 CC).
- Informaciones para perpetua memoria (arts. 2002 a 2010 LECiv).

b) Actos de jurisdicción voluntaria en materia civil

Estos mismos actos pueden clasificarse a su vez del siguiente modo:

a) Actos relativos al Derecho de obligaciones:

- Autorizaciones de enajenación de bienes de menores e incapacitados y transacción acerca de sus derechos (arts. 2011 a 2030 LECiv y arts. 166 y 271 a 273 CC).

- La consignación judicial (arts. 1176 a 1181 CC).

- Las subastas voluntarias judiciales (arts. 2048 a 2055 LECiv).

b) Actos relativos al Derecho de las personas:

- Actos relativos a la ausencia y fallecimiento de personas: declaración y nombramiento de representante y/o defensor (arts. 2031 a 2037 LECiv y arts. 181 a 197 CC).

- La autorización para extracción de órganos (Ley 30/1979, de 27 de octubre).

- La autorización para la esterilización de incapacitados (art. 156 Código Penal).

c) Actos relativos al Derecho de cosas:

- La posesión judicial (arts. 2056 a 2060 LECiv).

- El deslinde y el amojonamiento (arts. 2061 a 2070 LECiv).

- Los apeos y prorrateos de foros (arts. 2071 a 2108 LECiv).

- Los expedientes de dominio (arts. 199, 201 y 202 LH y arts. 272 a 287 RH).

- Las actas de notoriedad (arts. 199, 200, 203 y 204 LH y arts. 288 a 297 RH).

- Los expedientes de liberación de gravámenes (arts. 209 y 210 LH y arts. 309 a 311 RH).

d) Actos relativos al Derecho de familia.

Pueden subdividirse, a su vez, en:

a") Relativos a la filiación:

- Reconocimiento de filiación extramatrimonial (arts. 120 a 126 CC).
- Concesión de la emancipación en algunos supuestos (arts. 320 CC).

b") Relativos al ejercicio de la patria potestad:

- Solución de desacuerdos en el ejercicio de la patria potestad conjunta (art. 156.2 CC).
- Atribución de la patria potestad en caso de separación de los padres (art. 156.6 CC).
- Atribución del cuidado de los hijos menores de edad en caso de separación de los padres (art. 159 CC).
- Medidas de protección de menores e incapaces del artículo 158 CC.
- Medidas provisionales en relación con los hijos de familia (arts. 1910 a 1918 LECiv).

c") Relativos a la patria potestad:

- La protección de menores (art. 172 CC, LO 1/1996, de 15 de enero, Ley 54/2007, de 28 de diciembre y normativa autonómica).
- La adopción (arts. 1825 a 1832 LECiv, arts. 175 a 180 CC y Ley 54/2007, de 28 de diciembre).
- El acogimiento familiar (art. 173 CC y normativa autonómica).

d") Relativos a las relaciones personales de los cónyuges y régimen económico matrimonial:

- Fijación del domicilio conyugal (art. 70 CC).
- Autorización de actos de disposición de vivienda y el ajuar del matrimonio (arts. 96 y 1320 CC).
- Medidas para asegurar la contribución de un cónyuge a las cargas del matrimonio (art. 1318.2 CC).
- Atribución de la administración exclusiva a uno de los cónyuges e imposición de limitaciones a esta administración (arts. 1387 y 1388 CC).
- Autorización de actos de disposición de bienes comunes en los supuestos de administración exclusiva (art. 1389.2 CC).

- Separación judicial de bienes (art. 1393 CC).

e) Actos relativos al Derecho de sucesiones:

- La apertura de testamento cerrado (arts. 1956 a 1968 LECiv).
- La protocolización del testamento ológrafo (arts. 688 a 693 CC).
- Del modo de elevar a escritura pública el testamento hecho de palabra (arts. 1943 a 1955 LECiv).
- La protocolización de memorias testamentarias (arts. 1969 a 1979 LECiv).
- El testamento militar (arts. 716 a 721 CC).
- El testamento marítimo (arts. 722 a 731 CC).
- La repudiación de la herencia (art. 1008 CC).
- El beneficio de inventario y el derecho de deliberar en el Código Civil (arts. 1010 a 1034 CC).
- Cuestiones relativas a albaceas (arts. 892 a 911 CC).

e) Actos de jurisdicción voluntaria relacionados con negocios de comercio
Establecemos las siguientes subclasificaciones:*a") Actos relativos a sociedades mercantiles:*

- Nombramiento de coadministrador de las compañías mercantiles (arts. 2162 a 2165 LECiv y art. 132 CCom).
- Convocatoria judicial de las Juntas generales de accionistas y socios y de asambleas de cooperativas (arts. 101.1 LSA, 45.2 LSRL y 23 Ley 27/1999, de 16 de julio, sobre normas reguladoras de las Cooperativas).
- Nombramiento judicial de auditor de cuentas (arts. 206 LSA, 84 LSRL y 152 CCom).
- Actos relativos a la liquidación de sociedades [arts. 110 y 113 LSRL, 280.c) LSA y 71.3 y 72 Ley 27/1999, de 16 de julio, sobre normas reguladoras de las Cooperativas].

b") Actos en materia de contratos de seguro:

- Nombramiento de perito tercero para la valoración de los daños o la determinación del grado de invalidez en los seguros de daños o de accidentes (art. 38.6 Ley 50/1980, de 8 de octubre).

- Determinación pericial del aumento del precio del seguro marítimo en tiempo de guerra (art. 767 CCom).

c') Actos relativos al comercio marítimo:

- Venta de buque común (art. 592.2.3 CCom).
- Venta de nave utilizada para navegar (art. 2161.6º LECiv y arts. 578 y 579 CCom).
- Abandono de cargamento para pago de fletes (arts. 2156 y 2157 LECiv y art. 687 CCom).
- Fianza del valor del cargamento (arts. 2159 y 2160 LECiv y art. 713 CCom).
- Consumo de combustible o provisiones de terceros para llegar a puerto (arts. 2161.10º LECiv y 616 CCom).
- Apertura de escotillas (arts. 2132 y 2169 a 2171 LECiv).
- Protesta de averías (arts. 2173 y 2174 LECiv).
- Autorización de descarga de efectos mercantiles (arts. 2147 a 2155 LECiv y arts. 683 y 822 CCom).

d') Otros actos relativos a negocios de comercio:

- Denuncia de robo, hurto o extravío de documentos al portador (arts. 547 a 566 CCom y arts. 84 a 87 LCCH).
- Extravío, sustracción o destrucción de letra de cambio, cheque o pagaré (arts. 96 y 155 LCCH).
- Depósito de efectos mercantiles (arts. 2119 a 2127 LECiv y arts. 248, 332, 269, 625, 636, 657, 668, 678 y 716 CCom).
- Auditorías de las cuentas anuales (arts. 40 y 41 CCom).

LIBRO I

EL PROCESO DE DECLARACIÓN

Capítulo 4

MANUEL ORTELLS RAMOS

SUMARIO.—LA CALIDAD DE PARTE.—EL SUPUESTO DE ATRIBUCIÓN DE LA CALIDAD DE PARTE.—A) El supuesto normativo de atribución de la calidad de parte.—B) Concreción de las personas a las que se atribuye calidad de parte: identificación de las partes.—EL ESTATUTO DE LAS PARTES.—A) Diversas situaciones jurídicas vinculadas a la condición de parte.—B) Contradicción e igualdad.—LA CALIDAD DE TERCERO PROCESAL.—A) Concepto y diversos grados en que el proceso puede afectar a un tercero.—B) La constitución del tercero como parte en el proceso.—LAS POSICIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO CIVIL.—A) Participación del Ministerio Fiscal en calidad de parte.—B) Participación del Ministerio Fiscal como representante provisional de incapaces y ausentes. La duplicación de la protección de los intereses de incapaces deducidos en el proceso.—C) Participación del Ministerio Fiscal en actuaciones procesales determinadas.

LA CALIDAD DE PARTE

La calidad o condición de parte es un conjunto de situaciones jurídicas, de carácter activo (posibilidades procesales, expectativas) y de carácter pasivo (cargas procesales, perspectivas desfavorables, deberes), que, de acuerdo con la ley procesal, corresponden a las personas que se hallan respecto de un proceso de declaración en una posición determinada.

El estudio de esa calidad o condición requiere ocuparse, principalmente, de dos temas:

1) Por qué, a causa de qué se adquiere la misma; cuál es el supuesto al que la norma procesal anuda o vincula la atribución a una persona de la condición o calidad de parte.

2) En qué consiste tal calidad o condición, ese conjunto de situaciones jurídicas que constituyen el estatuto de la parte.

De estos dos temas, y de algunos relacionados, nos ocupamos en este Capítulo.

EL SUPUESTO DE ATRIBUCIÓN DE LA CALIDAD DE PARTE

A) EL SUPUESTO NORMATIVO DE ATRIBUCIÓN DE LA CALIDAD DE PARTE

Se trata de determinar por qué razón o causa una persona adquiere la condición de parte en un proceso de declaración, es decir, por qué puede afirmarse que es parte en él.

a) La atribución de la calidad de parte depende de una actividad procesal

Parte es la persona que interpone la pretensión procesal en nombre propio —o en cuyo nombre se interpone la pretensión procesal— y la persona frente a la cual la pretensión procesal se interpone.

La referencia a la pretensión procesal puede sustituirse por pedir la actuación de la ley o pedir el acto de tutela jurisdiccional. Y todo ello por la expresión aún más genérica —y, probablemente, más exacta— de interponer la demanda y designarse en ella como actor y al adversario como demandado. Basta eso para ser parte, porque, en algunos supuestos —véanse el art. 437.1 y el art. 443.1 LECiv— aunque la demanda no contenga la completa formulación de la pretensión procesal, ha de ser determinado desde el principio quiénes tienen la calidad de parte, para que puedan ser citados al juicio en tal concepto.

Incluso podría decirse que la condición de parte no depende ni siquiera de los requisitos de capacidad que estudiaremos en el Capítulo siguiente. Es evidente que tales requisitos pueden concurrir en una persona sin que la misma sea parte, porque esto depende de un específico acto procesal y es una condición que no existe si ese acto no se ha realizado. Pero también una resolución judicial sobre si concurren o no en determinada persona tales requisitos, sólo puede ser emitida respecto de quien está designado como parte.

b) La calidad de parte y la posición de las personas según el Derecho material

La condición de parte no depende de que la persona sea titular de la relación jurídica material o del derecho subjetivo deducido en juicio, porque esta titularidad no agota las cualidades subjetivas que autorizan a una persona a pedir y obtener una sentencia de fondo o que la sujetan a la que se dicte.

Así, y sólo como ejemplo porque una exposición más amplia nos llevaría a entrar en las diversas posiciones legitimantes previstas por el Derecho:

1) Según el artículo 1111 CC un acreedor puede pedir, en las condiciones de ese precepto, la tutela de condena de un derecho de crédito que su deudor tiene frente a un tercero; o pedir tutela constitutiva respecto de actos o negocios de su deudor en los que él no ha sido parte.

2) La nulidad de los negocios jurídicos puede ser eficazmente pretendida por quienes tengan interés legítimo en ella, aunque no sean partes en el negocio, sino, por ejemplo, obligados subsidiarios como fiadores o titulares de la cosa dada en prenda o hipotecada, titulares de derechos reales afectados por el derecho que ha sido objeto del negocio, acreedores de las partes en el negocio (DE CASTRO).

3) Las diversas modalidades de tutela previstas en el artículo 12 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación pueden ser eficazmente instadas por las entidades establecidas en el artículo 16 de la Ley (asociaciones de empresarios, profesionales y agricultores, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, asociaciones de consumidores y usuarios, Instituto Nacional de Consumo y entidades autonómicas y municipales similares, etc.) aunque estas entidades no hayan celebrado contratos en los que figuren cláusulas afectadas por esta Ley.

4) La tutela de algunos derechos que forman parte del llamado derecho moral de autor —que es personalísimo de éste y, como tal, no puede ser transmitido— puede ser eficazmente pedida, a la muerte del autor, por las personas indicadas en el artículo 15 de la Ley de Propiedad Intelectual.

Pero es que la adquisición de la condición de parte tampoco depende, en segundo lugar, de la efectiva concurrencia de estas otras cualidades que permiten obtener eficazmente un pronunciamiento sobre la tutela jurisdiccional.

Tanto la efectiva concurrencia de la titularidad de la relación jurídica o derecho subjetivo hecho valer en el proceso, como la de esas otras cualidades sólo se conocerá cuando la sentencia sea firme. Pero antes y después de la sentencia firme, haber sido designados en la demanda como actor y demandado —es decir: haber sido partes— habrá producido y producirá respecto a las personas correspondientes una serie de efectos de los que nos ocuparemos al tratar del estatuto de las partes.

Otra cosa es que la adquisición, la atribución, de la condición de parte si que dependa de afirmar, en la demanda, el actor respecto de sí mismo y respecto del demandado la titularidad y aquellas otras cualidades mencionadas y de formular —coherentemente con tal afirmación— una petición de tutela judicial para sí y respecto del otro. En defecto de esto no se da el supuesto procesal que —según dijimos al principio— atribuye calidad de parte, y podría ser fundada la necesidad de subsanación y la posibilidad de sobreseimiento del proceso prevista en el artículo 424 LECiv.

A saber: «1. Si el demandado alegare en la contestación a la demanda la falta de claridad o precisión de ésta en la determinación de las partes (...) o si el actor adujere en la audiencia esos mismos defectos en la contestación o en la reconvencción, o si, de oficio, el Tribunal apreciase unos u otros, admitirá en el acto de la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas.» 2. En caso de no formularse aclaraciones y precisiones, el Tribunal sólo decretará el sobreseimiento del pleito si no fuese en absoluto posible determinar (...) frente a qué sujetos jurídicos se formulan las pretensiones».

c) Dualidad de la calidad de parte

La vigencia del principio dispositivo y del principio de contradicción conducen a que una de las características de la calidad de parte sea la dualidad. Es parte la persona actora en el juicio, el demandante, y es parte la persona demandada.

Por el principio dispositivo la iniciación de un proceso de declaración se subordina a la interposición de una pretensión procesal por una persona distinta al órgano jurisdiccional. La relación de esa persona con la situación jurídica a la que se refiere la pretensión puede ser más o menos intensa, pero ése es tema de la legitimación.

A su vez, el pronunciamiento sobre la pretensión procesal ha de emitirse «sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión» (art. 24.1 CE), en un proceso «con todas las garantías» (art. 24.2 CE), lo que impone, como establece el artículo 5.2 LECiv, que la pretensión se formule «frente a los sujetos a quienes haya de afectar la decisión pretendida».

Sobre la dualidad característica de la calidad de parte son convenientes dos consideraciones complementarias:

1) Es una dualidad de posiciones de parte (posición actora y posición demandada) y, como mínimo, dualidad de personas que ocupan o que pueden ocupar cada una de ambas posiciones. Pero no se limita a esa mínima dualidad de personas, sino que la ley permite o impone que una o ambas posiciones de parte sean ocupadas por más de una persona. Así, dispone el artículo 12 LECiv que «1. Podrán comparecer en juicio varias personas, como demandantes o como demandados, cuando las acciones que se ejerciten provengan de un mismo título o causa de pedir. 2. Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa».

2) Por regla general esa dualidad de posiciones significa el enfrentamiento o contraposición de intereses existente entre las personas que ocupan cada una de las posiciones. Pero esta regla tiene una matización y una excepción.

La matización es la siguiente: si deja de existir contraposición de intereses porque alguno o algunos de ellos se han sacrificado a los intereses contrarios o han sido satisfechos —como ocurre, de diversas maneras, con la renuncia, el desistimiento, el allanamiento, la satisfacción extraprocesal de los intereses del actor (arts. 20 al 22 LECiv) y la transacción (art. 19.1 LECiv)— las personas que realizan estos actos no dejan de ser consideradas partes, a los efectos, por ejemplo, de los requisitos de

realización eficaz de tales actos, o de los recursos contra las resoluciones judiciales referidas a estos modos de terminación del proceso y de las costas procesales.

La excepción viene dada por los supuestos en los que el Ministerio Fiscal debe ser parte, porque su actividad procesal debe realizarse, como dispone el artículo 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, «en defensa de la legalidad y del interés público y social», lo que puede conducir a que sus tesis coincidan con las de la parte contrapuesta, sin que por ello desaparezca la dualidad de partes, ni deba terminar el proceso mediante actos dispositivos, que no son atendibles en cuanto a los objetos de estos procesos.

b) CONCRECIÓN DE LAS PERSONAS A LAS QUE SE ATRIBUYE CALIDAD DE PARTE: IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

Esa calidad de parte no se entiende en abstracto, sino referida a una o unas personas determinadas, de ahí la importancia que tiene su identificación para precisar respecto de quién en concreto se darán las situaciones jurídicas propias de la parte.

La LECiv exige que en la demanda se hagan constar «los datos y circunstancias de identificación del actor y del demandado y el domicilio o residencia en que pueden ser emplazados» (arts. 399.1 y 437.1 LECiv).

En cuanto a los datos de identificación no añade la Ley otras precisiones complementarias. Ha de entenderse que si se trata de personas físicas, deberán constar, normalmente, el nombre y apellidos de las mismas —sin que se requiera otro dato de identificación más exacto como puede ser número de DNI o del NIF—; si se trata de personas jurídicas, su denominación estatutaria [por ejemplo, art. 9 a) de la Ley de Sociedades Anónimas respecto de estas entidades] o legal (si se trata de entidades de Derecho Público); si se trata de entidades sin personalidad jurídica, el nombre o descripción con el que, de hecho, sea conocida.

El desconocimiento de los datos normales respecto del demandado no puede ser obstáculo insuperable para el derecho a la tutela judicial efectiva del actor, siempre y cuando puedan ser inicialmente aportados o conseguidos por el procedimiento que luego se dirá elementos que permitan una suficiente identificación del mismo, llamarle a juicio y determinar frente a quién ha de hacerse el pronunciamiento (art. 424 LECiv).

En cuanto al domicilio o residencia de las partes demandadas —dato que es más posible no conocer con precisión y que es básico para la efectividad del llamamiento al proceso— la LECiv ha establecido diferentes técnicas para su determinación realista, que también pueden ser utilizadas para conocer otros elementos de identificación.

Según el artículo 155.2 LECiv «el demandante designará, como domicilio del demandado, a efectos del primer emplazamiento o citación de éste, uno o varios de los lugares a que se refiere el apartado siguiente de este artículo. Si el demandante designa varios lugares como domicilios, indicará el orden por el que, a su entender, puede efectuarse con éxito la comunicación. Asimismo, el demandante deberá indicar cuantos datos conozca del demandado y que puedan ser de utilidad para la localización de éste, como números de teléfono, de fax o similares». El apartado 3 de ese mismo artículo precisa que «podrá designarse como domicilio el que aparezca en el padrón municipal o el que conste oficialmente a otros efectos, así como el que aparezca en Registro oficial o en publicaciones de Colegios profesionales, cuando se trate, respectivamente, de empresas y otras entidades o de personas que ejerzan profesión para la que deban colegiarse obligatoriamente. También podrá designarse como domicilio, a los referidos efectos, el lugar en que se desarrolle actividad profesional o laboral no ocasional».

Según el artículo 156.1 LECiv «en los casos en que el demandante manifestare que le es imposible designar un domicilio o residencia del demandado, a efectos de su personación, se utilizarán los medios oportunos para averiguar esas circunstancias, pudiendo dirigirse, en su caso, a los Registros, organismos, Colegios profesionales, entidades y empresas a que se refiere el apartado tercero del artículo 155».

Si las averiguaciones resultaren infructuosas, la comunicación se llevará a cabo mediante edictos, pero el artículo 157 LECiv dispone la creación de un Registro central de rebeldes civiles, al que se comunicarán los casos de falta de localización de personas demandadas, lo que facilitará, entre otras cosas, el descubrimiento de ese dato.

La organización y funcionamiento de este Registro ha sido regulada por el RD 231/2002, de 1 de marzo.

EL ESTATUTO DE LAS PARTES

El conjunto de situaciones jurídicas (activas y pasivas) que corresponden específicamente a las personas que ostentan calidad de parte procesal, bien podría ser denominado estatuto de las partes, porque su contenido está determinado por una ley, por la ley procesal.

Tanto los hechos que –según hemos visto– atribuyen la condición de parte, como el contenido de ese estatuto, diferencian a las personas que están en un proceso siendo partes de aquellas otras que –siendo distintas del órgano jurisdiccional– actúan también en el proceso (por ejemplo, testigos, peritos, el Ministerio Fiscal en algunos supuestos que veremos después).

En el mismo caso están los órganos administrativos de defensa de la competencia que, de acuerdo con el art. 15 bis LECiv, pueden presentar informes en procesos civiles sobre asuntos de Derecho de la Competencia, «sin tener condición de parte» –como expresamente dice la disposición–. No tienen, pues, las situaciones jurídicas, activas y pasivas, que integran el esta-

tuto de parte. Pero lo que transmiten al tribunal puede ser eficaz en la medida en que éste pueda válidamente considerarlo en el ejercicio de sus poderes de oficio.

Un estudio detallado del estatuto de las partes procesales no puede ser hecho aquí, porque, en realidad, supondría anticipar en este Capítulo la consideración de las diversas situaciones jurídicas en las que las partes van hallándose desde el inicio y hasta la terminación definitiva del proceso de declaración.

Pero sí que es conveniente, por un lado, ejemplificar con cierta amplitud esas situaciones jurídicas que se dan específicamente respecto de las partes (no respecto de otros sujetos procesales), y, por otro, mencionar dos características generales del estatuto de las partes en el proceso de declaración –la contradicción y la igualdad–.

A) DIVERSAS SITUACIONES JURÍDICAS VINCULADAS A LA CONDICIÓN DE PARTE

Sin intención de exhaustividad pueden citarse las siguientes:

1) La sumisión expresa o tácita *de las partes*, o el domicilio en España de la *parte demandada* puede determinar la atribución del asunto a los tribunales españoles (art. 22.2 LOPJ).

2) Las *partes* tienen normalmente la carga, y en todo caso derecho a actuar en el proceso mediante abogado y procurador (arts. 23 al 32 LECiv).

3) El derecho a la asistencia jurídica gratuita se reconoce *a las partes y para ser parte* en un proceso (arts. 6.3 al 9; art. 7 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita), aunque la prestación consistente en asesoramiento previo al proceso para evitarlo o para examinar la viabilidad de la pretensión (art. 6.1 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita) hace que este derecho no se vincule sólo a la condición de parte.

4) El domicilio de la *parte demandada* atribuye competencia territorial (arts. 50 y 51 LECiv), competencia que, salvo excepciones, puede ser también atribuida por la sumisión expresa y tácita *de las partes* (arts. 54 al 56 LECiv).

5) Sólo *las partes* pueden denunciar, mediante declinatoria, la falta de jurisdicción y de competencia del tribunal que conoce del proceso (art. 63.1 LECiv).

6) Sólo *las partes* –salvo supuestos de acumulación de oficio– pueden pedir la acumulación de procesos (art. 75 LECiv).

7) La relación de las *personas que son parte* con los titulares del órgano jurisdiccional, personal auxiliar, representante del Ministerio Fiscal y peritos determina la concurrencia de causas de abstención y recusación (arts. 219 LOPJ y 124.3 LECiv).

8) Los actos de demanda, de contestación, reconvencción, de intervención en la audiencia preliminar, de formulación de alegaciones complementarias, de proposición de la prueba (art. 282 LECiv) e intervención activa en su práctica, así como de formulación de alegaciones conclusivas, son propios de las *partes*.

9) Sólo las *partes* pueden ser sujeto de prueba en el medio denominado «interrogatorio de las partes» (art. 301.1, aunque hay excepciones en el ap. 2 de este artículo y en el art. 308, todos de la LECiv), lo que explica las peculiares cargas que acompañan a la práctica de este medio de prueba (art. 307 LECiv: consideración como admitidos de los hechos desfavorables sobre los que la parte no quiera declarar o no se manifieste claramente) y el régimen, también singular, de su valoración (art. 316 LECiv: la declaración de hechos desfavorables conduce, en ciertas condiciones, a tenerlos por ciertos). Por el contrario las personas que son *parte* no pueden ser testigos —es más, la relación de éstos con las partes es un dato que influye, desfavorablemente, en la valoración de su declaración (arts. 377 y 379 LECiv)—, ni peritos —igualmente la relación de éstos con las partes es causa de recusación o de tacha (art. 343 LECiv)—.

10) Los efectos de la litispendencia (art. 421.1 LECiv) y de la cosa juzgada (art. 222.3 y 4 LECiv) alcanzan, por regla general, sólo a *los que están en el proceso como partes*, de modo que el proceso simultáneo o posterior se excluye sólo si las mismas personas son parte en tales procesos.

11) Sólo las partes pueden interponer recursos (art. 448 LECiv).

12) En fin, igualmente son las partes las que pueden ser condenadas a pagar las costas (arts. 394 al 398 LECiv).

B) CONTRADICCIÓN E IGUALDAD

a) Contradicción

La causa del proceso de declaración —divergencia sobre una situación jurídica material por ser dudosa o por negativa a respetarla— y el principal efecto de éste —la cosa juzgada como determinación inmutable acerca de la conformidad a Derecho de la pretensión procesal— hacen del principio de contradicción un componente esencial de la posición de las partes en este proceso.

La petición de tutela judicial realizada por el actor y las alegaciones expuestas por éste para que tal petición sea resuelta y, además, de modo favorable, están destinadas a ser puestas en conocimiento del demandado, para que éste, a su vez, pueda formular alegaciones conducentes a que no haya pronunciamiento sobre la pretensión o a que éste sea desfavorable.

Como sobre la base de las solas alegaciones será normalmente imposible resolver con racionalidad, ambas partes proponen prueba y realizan contradictoriamente su práctica.

Los recursos que puedan ser interpuestos también son sustanciados contradictoriamente.

Incluso si el órgano jurisdiccional debe ejercer «ex officio» algunas potestades (por ejemplo, arts. 13.2, 38, 48, etc. LECiv), antes de resolver ha de someter la cuestión a debate de las partes.

La contradicción como característica general del modo de actuar de las partes en el proceso de declaración descansa en la dualidad de la condición de parte.

Para que la contradicción sea efectiva —es decir, para que contribuya a alcanzar su fin de posibilitar el más exhaustivo examen del objeto del proceso y de los datos relevantes para resolver sobre él— el ordenamiento no puede permitir que la dualidad de la posición de las partes sea cumplida de un modo sólo formal, actuando una sola persona, aunque con doble veste jurídica (en nombre propio y como representante de otro; recuérdese el fenómeno de la autocontratación en Derecho Privado). Por faltar su base real, la posibilidad de diferenciación psicológica, más que contradicción habría una burda escenificación de la misma.

El ordenamiento hace aplicación de esta exigencia de contradicción efectiva cuando —como veremos en el Capítulo siguiente— no permite que quien ostenta la patria potestad, el tutor, el legal representante de la sociedad anónima litigue, cuando tenga intereses contrapuestos con su representado, de un lado en nombre propio, y, de otro, como representante. En estos supuestos el ordenamiento provee a la representación de modo especial (defensor judicial del menor o incapacitado; representante «ad hoc» de la sociedad según el art. 117.3 de la Ley de Sociedades Anónimas).

En otro aspecto de la efectividad de la contradicción debe decirse que, en el proceso civil de declaración, basta ofrecer una posibilidad efectiva de conocer y de participar en el proceso, sin que tal participación sea imprescindible. Impone un régimen cuidadoso del llamamiento al proceso —del que antes se ha mencionado algo y que se estudiará en otro Capítulo—, pero no excluye que el proceso pueda sustanciarse en rebeldía de la parte demandada.

b) El principio de igualdad

Este principio impone que las situaciones jurídicas activas y pasivas que integran el estatuto de las partes sean equivalentes para quienes ocupan ambas posiciones de parte.

Esta plena igualdad jurídica en la ley procesal es básica para la funcionalidad del proceso de declaración, porque es una garantía para que se dicte una correcta resolución, completando lo que en este mismo sentido supone el principio de contradicción. En efecto, si a una parte se le impidiera o restringiera la exposición y defensa de su posición jurídica, sólo se atendería o se atendería preferentemente a la posición de la otra parte, lo que inclinaría las probabilidades de resolución favorable hacia esa parte.

La preceptiva intervención de abogado favorece la igualdad jurídica de las partes. Margina la diversidad de las aptitudes intelectuales de éstas y equilibra sus oportunidades de aprovechamiento de las posibilidades procesales mediante la capacidad técnico-jurídica de los profesionales.

Por esta razón son tan decisivas para preservar la igualdad de las partes disposiciones como la del artículo 32 LECiv y la del artículo 6.3 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, que establecen la previa advertencia a la parte contraria de la intervención de abogado en casos en los que no es preceptiva, para que pueda actuar también con la asistencia de ese profesional, en su caso asignado para la defensa gratuita.

LA CALIDAD DE TERCERO PROCESAL

A) CONCEPTO Y DIVERSOS GRADOS EN QUE EL PROCESO PUEDE AFECTAR A UN TERCERO

Tercero procesal es quien no es parte según lo dicho antes. Es decir, quien no formula la pretensión procesal o la petición de tutela judicial y aquel frente al cual la pretensión procesal o la petición de tutela no ha sido formulada.

Que un tercero no es parte significa que no le corresponden el conjunto de situaciones jurídicas que integran el estatuto de la parte.

Sin embargo, los efectos de un proceso pueden alcanzar, con diversa intensidad, al tercero. Me refiero con esto a los efectos que el proceso va dirigido esencialmente a producir (que pueden centrarse en los de la tutela judicial pretendida), no a los que produce la realización de diversos actos procesales, que pueden imponer la colaboración del tercero como tal tercero (por ejemplo: en actos de comunicación -art. 161.3 LECiv-, con su actuación

como testigo o perito o cumpliendo deberes de exhibición documental -arts. 330 y 332 LECiv-).

En cuanto a aquellos efectos esenciales, el tercero puede hallarse en una situación de absoluta indiferencia o en situaciones de afectación en grados diversos:

1) Los terceros pueden resultar afectados simplemente de hecho. La relación o situación jurídica a la que se refiere el objeto del proceso no les atañe, porque no ostentan ninguna posición legitimante respecto de ese objeto procesal (no son titulares de esa relación, ni de otra dependiente, ni concurren para ellos ninguno de los otros tipos de legitimación). Ahora bien, ese proceso puede afectar a expectativas prácticas del tercero que no tienen protección jurídica.

Por ejemplo: una sentencia de condena al pago de dinero afecta, del modo dicho, a los terceros titulares de derechos de crédito -no preferentes; si los créditos gozaran legalmente de preferencia la afectación podría ser jurídica- frente al deudor común, porque el cumplimiento o la ejecución de la sentencia disminuirá el patrimonio, que es el soporte de la responsabilidad del deudor. Otro ejemplo: el éxito de una demanda reivindicatoria frustrará las expectativas del tercero que había realizado con el aparente propietario tratos preliminares de compra del bien.

2) Los terceros pueden ser afectados jurídicamente de modo indirecto por la sentencia que se dicte, en el supuesto de que el objeto de ese proceso no se refiera a la relación o situación jurídica de la que el tercero es titular, pero sí a una relación jurídica conexa o dependiente de la que aquél sea titular.

Por ejemplo: la posición del fiador respecto de un proceso en el que el acreedor ha demandado sólo al deudor principal (como puede hacerlo según el art. 1834 CC).

3) La afectación del tercero puede ser directa en los casos en que el tercero es titular de la relación o situación jurídica a la que se refiere el objeto del proceso, de manera que los efectos de la sentencia se proyectarán, además de sobre las partes, sobre él. Habría que distinguir -aunque la distinción se refiere más al derecho de defensa del tercero, que a la entidad de su afectación- unos supuestos en los que el tercero debe ser preceptivamente demandado (arts. 12.2 y 420 LECiv) y otros supuestos en los que el hecho de no haber sido parte no impedirá que le alcancen los efectos jurídicos de la sentencia (art. 222.3, párrs. 1 y 3 LECiv).

4) El tercero puede ser titular de una relación jurídica incompatible con aquella a la que se refiere la pretensión del proceso pendiente.

Por ejemplo: en ese proceso se contiene sobre la propiedad de un bien y el tercero estima que él es el propietario, ni el actor, ni el demandado; ahora bien, si

el tercero se mantiene como tal tercero es evidente que, en ese proceso pendiente, no obtendrá la tutela de su afirmado derecho.

En atención a esas posibilidades de afectación del tercero, el ordenamiento establece medios de protección del mismo, que le benefician aunque no decida —como veremos después— constituirse como parte en el proceso:

1) La regla general (art. 12.2 LECiv) es que si el tercero es titular de la relación jurídica y no ha sido demandado, no puede dictarse sentencia sobre el fondo, salvo subsanación (art. 420 LECiv).

2) Los actos de disposición realizados por las partes en el proceso pendiente no deberán ser atendidos por el juez si éste entiende que se realizan en perjuicio de terceros (arts. 19 y 21 LECiv).

3) En algunos supuestos se dispone que el proceso pendiente sea puesto en conocimiento del tercero para facilitar el ejercicio del derecho al que me refiero a continuación.

B) LA CONSTITUCIÓN DEL TERCERO COMO PARTE EN EL PROCESO

El tercero puede dejar de serlo y adquirir la condición de parte procesal si la afectación que le produce el proceso pendiente es suficiente para colocarlo en una de las posiciones legitimantes previstas por la ley.

Las vías procesales para que esto se produzca son tres:

1) Subsanación del incumplimiento del litisconsorcio pasivo necesario: según el artículo 420.1 LECiv «cuando el demandado haya alegado en la contestación falta del debido litisconsorcio, podrá el actor, en la audiencia, presentar, con las copias correspondientes, escrito dirigiendo la demanda a los sujetos que el demandado considerase que habían de ser sus litisconsortes y el tribunal, si estima procedente el litisconsorcio, lo declarará así, ordenando emplazar a los nuevos demandados para que contesten a la demanda, con suspensión de la audiencia»; según el apartado 3 del mismo artículo «si el tribunal entendiere procedente el litisconsorcio, concederá al actor el plazo que estime oportuno para constituirlo, que no podrá ser inferior a diez días. Los nuevos demandados podrán contestar a la demanda dentro del plazo establecido en el artículo 404, quedando entre tanto en suspenso, para el demandante y el demandado iniciales, el curso de las actuaciones».

2) Intervención del tercero de acuerdo con el régimen general, que es el establecido por el artículo 13 LECiv: «1. Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito. En particular, cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de

aquellos. 2. La solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento. El tribunal resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personadas, en el plazo común de diez días».

3) Intervención del tercero con arreglo a alguno de los dos regímenes especiales establecidos por el artículo 14 LECiv (supuestos de intervención provocada previstos en leyes diversas) y 15 LECiv (supuesto de intervención provocada establecido por este artículo respecto de procesos en que asociaciones de consumidores o grupos de afectados hayan interpuesto pretensiones para la tutela de intereses de los consumidores; este régimen facilita la intervención como parte de los consumidores individuales).

Constituido como parte, el estatuto con el que está en el proceso el que era tercero y ha devenido parte es el mismo que el de las partes. Es muy ilustrativo a este respecto lo dispuesto por el artículo 13.3, párrafo primero, LECiv: «Admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa»; y en el párrafo tercero del mismo artículo y apartado se dispone que «el interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte». Igualmente el artículo 14.1 LECiv —«Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, éste dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes»— y el artículo 420 LECiv —«Los nuevos demandados (para integrar el litisconsorcio inicialmente no respetado) podrán contestar a la demanda dentro del plazo establecido en el artículo 404, quedando entre tanto en suspenso, para el demandante y el demandado iniciales, el curso de las actuaciones»—.

LAS POSICIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN EL PROCESO CIVIL

Las situaciones jurídicas a las que se refiere un proceso civil pertenecen, ordinariamente, al ámbito de la autonomía privada. Si, por otro lado, se atiende a las funciones que el ordenamiento encomienda al Ministerio Fiscal (art. 124.1 CE, art. 54.1 LOPJ, art. 3 EOMF: defensa de la legalidad, del interés público y social, de los derechos de los ciudadanos), es comprensible que la participación del Ministerio Fiscal en el proceso civil no tenga la misma frecuencia, ni la misma importancia que su participación en otra clase de procesos —principalmente en el proceso penal—.

No obstante, el Ministerio Fiscal participa en el proceso civil, en diversos supuestos, con una actividad de postulación (de petición) de resoluciones judiciales, con apariencia de similitud a la posición de las partes. Es, pues, conveniente precisar en qué casos su posición es, realmente, la de una parte y en qué otros su participación tiene otra naturaleza.

A) PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN CALIDAD DE PARTE

No ofrece dudas que el Ministerio Fiscal tiene la condición de parte tanto en los supuestos en los que pide la tutela judicial, porque el ordenamiento le legitima para ello, como en aquellos otros supuestos en que el ordenamiento establece que, sobre la tutela pedida, ha de resolverse, en todo caso, siendo parte el Ministerio Fiscal.

Ocurre lo primero respecto de la demanda de incapacitación (art. 757.2 LECiv), de reintegración de la capacidad (art. 761.2 LECiv), algunos supuestos de demanda de reclamación de filiación (art. 765.1 LECiv), igualmente algunos supuestos de demanda de nulidad de matrimonio (arts. 74 y 75 CC), la acción de nulidad de la adquisición de la nacionalidad española (art. 25.2 CC), acciones referidas a condiciones generales de la contratación (art. 16.6 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación), entre otros casos.

Lo segundo se da en todos los procesos sobre incapacitación, nulidad matrimonial y determinación e impugnación de la filiación (art. 749 LECiv).

En estos casos el Ministerio Fiscal está en el proceso con estatuto de parte esencialmente. Pretende, se opone, alega, propone prueba y participa en su práctica, recurre las resoluciones, etc., todo ello en relación con el objeto del proceso y defendiendo los intereses que la ley le encomienda.

No es óbice esencial para afirmar que su condición es de parte que, por un lado, el Ministerio Fiscal no actúe por ningún interés personal, ni que, por otro lado, no pueda orientar libremente su actuación procesal, sino que deba sujetarla a los criterios del artículo 3.6 EOMF —«en defensa de la legalidad y del interés público y social»—; lo decisivo es que en el aspecto procesal el Ministerio Fiscal actúa del mismo modo que una parte. Tampoco son obstáculo a su calidad de parte diversas especialidades que se dan en su estatuto de parte, como, por ejemplo, su no necesidad de abogado y procurador, el deber de abstención del concreto representante del Ministerio Fiscal y la posibilidad de recusación del mismo —art. 99 LECiv—, y la prohibición de imponerle las costas —art. 394.4 LECiv—.

B) PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL COMO REPRESENTANTE PROVISIONAL DE INCAPACES Y AUSENTES. LA DUPLICACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DE INCAPACES DEDUCIDOS EN EL PROCESO

El artículo 8 LECiv recoge un modo de participación del Ministerio Fiscal de larga tradición y que formula también el artículo 3.7 EOMF: «1. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado segundo del artículo anterior y no hubiere persona que legalmente le represente o asista para comparecer en juicio, el Tribunal le nombrará, mediante providencia, un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se

designa a aquella persona. 2. En el caso a que se refiere el apartado anterior y en los demás en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél. En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal».

En estos supuestos el Ministerio Fiscal no es parte. Parte es la persona incapaz, cuya falta de capacidad de actuación procesal el Ministerio Fiscal integra de modo provisionalísimo, para que el incapaz no pierda posibilidades procesales mientras se constituyen los órganos ordinarios de representación o de asistencia.

La fácil explicación de este modo de participación quiebra, sin embargo, en aquellos supuestos en los que están interesados incapaces, pero se hallan constituidos los órganos ordinarios de integración de la capacidad, y, ello no obstante, la ley impone la participación del Ministerio Fiscal para velar por los intereses del incapaz (véase, por ejemplo, art. 749.2 LECiv). En cualquier caso, en estos supuestos tampoco es parte el Ministerio Fiscal, sino que, en concurrencia con el órgano ordinario de integración de la capacidad, defiende los intereses de la parte, que es la persona incapaz.

C) PARTICIPACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN ACTUACIONES PROCESALES DETERMINADAS

Los anteriores supuestos de participación del Ministerio Fiscal lo son en procesos determinados, sea en atención a su objeto, sea en atención a la condición de una persona que es parte en los mismos. Además el Ministerio Fiscal debe actuar a lo largo de todo el proceso.

En las leyes también se prevé una participación del Ministerio Fiscal que puede darse en cualquier proceso, pero no en su totalidad, sino sólo en determinados actos del mismo.

Específicamente:

1) El Ministerio Fiscal es oído —expone su tesis sobre la cuestión a decidir— antes de las resoluciones del juez sobre falta de competencia internacional y de jurisdicción (art. 38 LECiv), de competencia objetiva (art. 48.3 LECiv) y de competencia territorial (art. 58 LECiv).

2) El Ministerio Fiscal tiene la potestad de interponer el recurso de casación en interés de la ley contra sentencias de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia dictadas en recursos por infracción procesal (art. 491 LECiv, si bien la aplicación de este artículo depende de lo dispuesto en la disp. final 16ª Ley 1/2000). El único efecto posible de este recurso es la unificación de la interpretación de normas procesales que hu-

bieran tenido interpretaciones contradictorias, pero sin posibilidad de alterar la situación jurídica particular en que hubiera dejado a las partes la sentencia recurrida. Es, pues, una actuación al servicio del interés público en la interpretación y aplicación uniforme de las normas procesales.

3) El Ministerio Fiscal ha de informar acerca de la procedencia de estimar o no la pretensión de revisión de una sentencia firme (art. 514.3 LECiv). Esta actuación se justifica por el interés público respecto de la conservación del efecto de cosa juzgada de la sentencia.

Claramente se observa que este modo de participación del Ministerio Fiscal no lo es en condición o calidad de parte, puesto que, por un lado, ni el Ministerio Fiscal pide la tutela judicial, ni se pide frente a él, ni formula —como interviniente— peticiones sobre esa tutela, y, por otro lado, no asume en estos procesos todas las situaciones propias de las partes, sino que está limitado a realizar alegaciones o peticiones específicas, algunas de las cuales —por cierto— las partes no pueden realizar eficazmente —por ejemplo: recurso de casación en interés de la ley—.

Capítulo 5

MANUEL ORTELLS RAMOS

SUMARIO.—LOS REQUISITOS DE APTITUD DE LAS PARTES.—LA CAPACIDAD PARA SER PARTE.—A) Supuestos de atribución.—B) Tratamiento procesal.—LA CAPACIDAD DE ACTUACIÓN PROCESAL.—A) Atribución de la capacidad de actuación procesal.—B) Tratamiento procesal de la capacidad de actuación procesal.—REPRESENTACIÓN PROCESAL POR PROCURADOR Y ASISTENCIA TÉCNICA DE ABOGADO.—A) La representación procesal mediante procurador.—B) La asistencia o defensa técnica de abogado.—C) Supuestos preceptivos y facultativos.—D) Tratamiento procesal.

LOS REQUISITOS DE APTITUD DE LAS PARTES

Hemos visto en el Capítulo anterior en qué consiste ser parte y en virtud de qué circunstancias se adquiere tal condición (demandar, ser demandado, intervenir en el proceso).

Importa determinar ahora qué requisitos han de concurrir en quienes se presentan como parte para que, primero, deban ser tenidos como parte en el proceso, y, segundo, para que sean eficaces —en cuanto a los requisitos subjetivos que en este momento consideramos— los actos que se realicen en desarrollo de las situaciones jurídicas que integran el estatuto de las partes.

Se trata de requisitos subjetivos. Por eso hablamos de requisitos de aptitud de las partes, lo que significa cualidades subjetivas de las mismas.

Estos requisitos son tres:

1) La capacidad para ser parte, que es un requisito funcionalmente igual a la personalidad, pero que se atribuye con alguna diferencia.

2) La capacidad de actuación procesal, que en la LECiv también se llama capacidad para comparecer en juicio (art. 7 LECiv) y capacidad procesal (art. 8 LECiv) y que tiene que ver con la eficaz realización de los actos procesales.

3) La que denomina la doctrina capacidad de postulación, que es un requisito de aptitud muy específico —una formación técnico-jurídica determinada—, que igualmente influye en la eficacia de la realización de los actos procesales.

Estos requisitos no toman en consideración la relación entre el sujeto que se presenta como parte y las relaciones jurídicas u otro tipo de situaciones jurídicas materiales a las que se refiere el objeto del proceso. Su influencia queda, por lo tanto, limitada a la eficacia de los actos procesales y del proceso en su conjunto. Influyen en que dicha eficacia exista o no y, como consecuencia, en que pueda o no pueda dictarse una sentencia sobre el objeto del proceso, cualquiera sea el sentido –favorable o adverso– de esa sentencia.

Si el ordenamiento –que es el que los establece y configura– denegara a determinados sujetos estos requisitos de aptitud o no estableciera medios para cumplirlos (por ejemplo: para integrar la falta de capacidad de actuación procesal de las personas incapaces), cerraría con ello la posibilidad de que una persona pudiera obtener cualquier sentencia (favorable o adversa) y, con ello, vulneraría el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE).

LA CAPACIDAD PARA SER PARTE

Capacidad para ser parte es la aptitud para ser titular de la relación jurídica procesal o, de otro modo, de las situaciones jurídicas activas y pasivas que en el proceso corresponden a las partes.

El requisito se limita a la aptitud para ser titular de tales situaciones, sin entrar en lo que sea necesario para la realización de actos procesales que afecten a dichas situaciones. Pero, como es lógico, este requisito es el necesario sustrato del requisito de la capacidad de actuación procesal.

Funcionalmente es un requisito igual a la personalidad (arts. 29 y 35 CC), porque así como ésta es la aptitud para ser titular de derechos y de obligaciones, la capacidad para ser parte significa también esa aptitud, sólo que especialmente respecto de las situaciones jurídicas propias de un proceso. Otra cosa es que, como veremos, la capacidad para ser parte se atribuye de modo algo diferente –en más, no en menos– a la personalidad jurídica.

A continuación examinaremos a quién se atribuye capacidad para ser parte y cómo se examina –y con qué consecuencias– si concurre ese requisito.

A) SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN

Tienen atribuida capacidad para ser parte las personas físicas (art. 6.1.1ª y 2ª LECiv), las personas jurídicas (art. 6.1.3ª LECiv), las entidades que no tienen personalidad jurídica pero a las que la ley atribuye capacidad para ser parte (art. 6.1.4ª, 5ª y 7ª, y art. 6.2 LECiv) y el Ministerio Fiscal (art. 6.1.6ª LECiv).

a) Las personas físicas

Las personas físicas tienen capacidad para ser parte desde el nacimiento, que determina la personalidad (art. 29 CC), y hasta la muerte.

También el concebido pero no nacido («nasciturus») tiene reconocida capacidad para ser parte (art. 6.1.2ª LECiv), para que por él pueda ser pedida la tutela de los derechos que le reconoce el artículo 29 CC.

La muerte determina la extinción de la capacidad, pero salvo que el objeto del proceso sea personalísimo, no la extinción del proceso, en el que se produce una sucesión por los herederos (art. 16 LECiv).

b) Las personas jurídicas

La capacidad para ser parte se la atribuye el artículo 6.1.3ª LECiv.

La llamada persona jurídica es una creación de las personas consistente en una colectividad de éstas y/o en un patrimonio determinado, dotados de una organización y destinados a alcanzar fines específicos, creación a la que el ordenamiento confiere personalidad jurídica si en ella se han cumplido las normas que condicionan adquirir esa cualidad.

El artículo 6.1.3ª LECiv es una norma de remisión, porque la determinación de qué entidades tienen personalidad jurídica no corresponde a la ley procesal, sino a las normas de Derecho material.

Sin ningún ánimo exhaustivo podemos indicar que:

1) Las leyes administrativas atribuyen personalidad jurídica a la Administración General del Estado (art. 2.2 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado), a los organismos públicos dependientes de esa Administración, en la forma de organismos autónomos y de entidades empresariales (art. 32 de la Ley acabada de citar), a las diversas administraciones públicas –del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las entidades que integran la Administración Local– (art. 3.4 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común; además de los reconocimientos contenidos en los diversos Estatutos de Autonomía y en los arts. 11 y 31 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local), a los Colegios Profesionales (art. 1.1 de la Ley de Colegios Profesionales), etcétera.

No tienen personalidad jurídica –ni forman parte de las Administraciones correspondientes– determinadas entidades públicas como el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional, el Consejo General del Poder Judicial, las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, en las que existen órganos de administración que pueden participar en el tráfico jurídico privado. La capacidad para ser parte de estas entidades está reconocida expresamente, en su ámbito, por los artículos 21.1 a) y 1.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Si, por no tratarse de relaciones sometidas a Derecho público, hubieran de ser parte en procesos civiles, su capacidad para ser parte deberá determinarse con arreglo al ar-

artículo 6.1.5º LECiv. En tal caso, para las entidades de ámbito estatal, el artículo 1.1 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas presupone su capacidad para ser parte porque atribuye a la Abogacía del Estado la representación y defensa en juicio de los Organismos Constitucionales.

2) Tienen personalidad jurídica las asociaciones y las fundaciones, desde que hayan sido válidamente constituidas con arreglo a Derecho (art. 35.1º CC) y las sociedades civiles (arts. 36 en relación con el 35.2º CC).

3) La legislación mercantil atribuye personalidad jurídica a las sociedades colectivas y comanditarias, si se constituyen en escritura pública y ésta se inscribe en el Registro Mercantil (arts. 116 y 119 Código de Comercio), a la sociedad anónima debidamente constituida e inscrita en el Registro Mercantil (art. 7 Ley de Sociedades Anónimas), a las sociedades cooperativas constituidas en escritura pública e inscritas en el Registro de Sociedades Cooperativas (art. 7 Ley 27/1999, de 16 de julio, por la que se aprueban las normas reguladoras de la Cooperativa), a las sociedades de responsabilidad limitada (art. 11.1 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada), a las agrupaciones de interés económico constituidas con arreglo a la Ley 12/1991, de 29 de abril (art. 1 de esta Ley).

La capacidad para ser parte de las personas jurídicas se extingue por fusión con otra persona jurídica y por disolución y liquidación.

En caso de fusión se puede producir una sucesión procesal al amparo del artículo 17 LECiv.

En caso de disolución y liquidación la capacidad para ser parte subsiste hasta que concluyan las operaciones extrajudiciales necesarias y sus eventuales derivaciones procesales. Así lo dispone expresamente el artículo 264 de la Ley de Sociedades Anónimas: «conservará la personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza». También en ese sentido el artículo 18.1 de la LO 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación.

c) La capacidad para ser parte de entidades que no sean personas jurídicas

Antes de la expresa regulación que ahora realiza la LECiv se había planteado en la práctica el reconocimiento de capacidad a entes colectivos y a conjuntos patrimoniales no constituidos según las normas que confieren personalidad jurídica, pero que, en una consideración realista, actúan en el tráfico jurídico como una entidad por sí misma, diferenciada de las personas que, sólo de hecho, la integran o se relacionan con ella.

Este reconocimiento perseguía –y persigue–, principalmente, facilitar la solución de problemas prácticos que se plantean si la petición de tutela judicial debe hacerse prescindiendo de reconocer la existencia «de hecho» de esas entidades, y, por lo tanto, con la actuación de y frente a todos los sujetos afectados.

Los principales supuestos son los siguientes.

1) La sociedad mercantil irregular

Hay sociedad mercantil irregular si se ha celebrado válidamente un contrato de sociedad (art. 117 Código de Comercio), pero sus estipulaciones no han sido elevadas a escritura pública o ésta no ha sido inscrita en el Registro Mercantil, por lo que la sociedad no ha adquirido personalidad jurídica (arts. 119 en relación con el 116 Código de Comercio).

En términos de relaciones extraprocesales se entiende por buena parte de la doctrina que los gestores pueden establecer válidamente relaciones jurídicas con terceros a nombre de la sociedad. Por otra parte, la irregularidad de la sociedad implica un régimen especial de responsabilidad por las deudas sociales. Los gestores responden, directa y solidariamente, por las deudas sociales (art. 120 Código de Comercio). Esto no excluye, sin embargo, la responsabilidad del patrimonio social y del personal de los demás socios, pues, de otro modo, resultaría contrariada la finalidad de protección de los intereses de terceros a la que responde el artículo 120 citado, porque se reducirían los patrimonios responsables.

Partiendo de que en esas relaciones jurídicas pueden fundarse pretensiones procesales de y frente a la sociedad, el problema consiste en cómo instrumental procesalmente su ejercicio. Sin forzar el régimen legal –en cuanto a la inexistencia de personalidad jurídica–, las soluciones –y sus problemas– serían las siguientes: a) demandar a los gestores, en cuyo caso la eventual condena sólo podría ejecutarse sobre el patrimonio de éstos, con posible perjuicio para el acreedor; b) demandar a todos los socios en litisconsorcio pasivo necesario, lo que presenta la dificultad de que, al desconocerse quiénes son socios, el litisconsorcio no se forme correctamente y la demanda sea inadmitida; c) si es la sociedad la que necesita pedir tutela judicial las dificultades son mayores porque no puede demandar al carecer de capacidad para ser parte, ni los gestores ni los socios pueden obtener la tutela en nombre propio, dado que la relación jurídica se estableció a nombre de la sociedad, por lo que carecen de legitimación activa.

Facilitaría, sin duda, la petición de tutela judicial reconocer el dato de la realidad de la existencia de un ente colectivo, integrado por la unión de los socios y un patrimonio perteneciente a ella, que actúa como tal unión en el tráfico jurídico y como tal ha de ser tenida también en el plano procesal.

2) Las uniones sin personalidad.

Constituyen unión sin personalidad los conjuntos de personas con cuyas aportaciones se forma un patrimonio destinado al cumplimiento de un fin transitorio y dotado de una cierta organización, aunque no constituido con los requisitos necesarios para ser persona jurídica.

Si se desconoce su capacidad para ser parte se dificulta en extremo –y puede llegar a ser imposible– la interposición de pretensiones por la unión y frente a la unión, basadas en las relaciones jurídicas que los gestores estable-

cen para el cumplimiento del fin. Tendrían que comparecer, activa o pasivamente, todos los adheridos, que pueden ser muchos y no estar determinados con suficiente seguridad.

Serían ejemplos los clásicos de la comisión que organiza un acto de homenaje, las comisiones de viajes de fin de carrera o —ejemplo extraído de un caso resuelto en la SAP Castellón de 31 de diciembre de 1996— una comisión de fiestas que contrata un seguro para garantizar su eventual responsabilidad por los daños que causara el toro de calle; en este último supuesto la obtención de la condena de la comisión condicionaba la de la compañía aseguradora.

Los problemas apuntados se reducen si, con realismo, se reconoce que la unión puede ser considerada parte, al menos en el supuesto de que una organización suficiente permita tratar con ella de modo independiente respecto de las personas que la componen o han aportado fondos.

3) Los patrimonios autónomos.

Incluye dos supuestos: el de la herencia yacente —se ha producido el fallecimiento del causante, pero falta la aceptación por los herederos— y el de la masa del concurso y de la quiebra.

La herencia yacente es una situación de inexistencia temporal de titularidad, que obviamente ya no puede ser imputada al causante, pero que aún no puede ser atribuida a los herederos. No obstante, el problema es más teórico que normativo, porque la ley instrumenta la posibilidad de actuaciones procesales de la herencia y frente a la herencia, considerando a sus administradores como representantes de la propia herencia (arts. 1008 y 1098 de la LECiv/1881). En el supuesto de la masa del concurso, el titular del patrimonio no ha perdido su personalidad jurídica, ni, por tanto, su capacidad para ser parte (arts. 51.2, párrafo segundo y 54.3 LCo), pero puede haber sido privado de las facultades de administración y disposición (art. 40 LCo). En tal caso, el patrimonio es dotado de un régimen de gestión autónoma, que hace del mismo una entidad independiente de su titular, aunque no llega a constituirse como persona jurídica.

La LECiv ha venido a dar apoyo normativo directo a la capacidad para ser parte de alguna de estas entidades, concretamente del modo siguiente:

1) Tiene capacidad para ser parte y pueden ser demandantes y demandadas. «Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración» (art. 6.1.4º LECiv).

Es decir, las consecuencias jurídicas de la actividad procesal se imputan al patrimonio como entidad, no a su titular, privado de poderes jurídicos sobre aquel, ni a los órganos de gestión, cuyos titulares pueden, incluso, contraer responsabilidades frente al patrimonio (por ejemplo, art. 36 LCo).

2) También tienen capacidad para ser partes y pueden ser demandantes y demandadas «las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte» (art. 6.1.5º LECiv).

Esta es una norma de remisión a lo que establezcan otras leyes.

Antes nos referimos al caso de los llamados Órganos Constitucionales. Puede citarse también, como supuesto de gran importancia práctica, el de las comunidades de propietarios sujetas a la Ley de Propiedad Horizontal, que, aun siendo comunidades de bienes carentes de personalidad jurídica, tienen establecido que «el presidente ostenta legalmente la representación, en juicio y fuera de él, en todos los asuntos que la afecten» (art. 13.3 Ley de Propiedad Horizontal), disposición que presupone que es la comunidad, representada por el presidente, la parte procesal.

3) La remisión que acabamos de ver que realiza el artículo 6.1.5º LECiv, es recogida por la propia LECiv en dos supuestos, pero con alguna limitación.

En primer lugar, si se trata de «grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados» (art. 6.1.7º LECiv). Obsérvese que no se trata de asociaciones de consumidores, sino de grupos de los mismos no constituidos como entidad con personalidad jurídica, y que la atribución de capacidad para el supuesto más normal —es decir, el de ser demandantes— no es incondicional, sino que se subordina a que decidan actuar procesalmente como grupo la mayoría de sus miembros.

El artículo 6.1.8 LECiv atribuye capacidad para ser parte a las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de intereses colectivos y de los intereses difusos de consumidores y usuarios, que figuran en una lista oficial publicada en el Diario Oficial de las comunidades europeas. Estas entidades pueden tener o no personalidad jurídica; eso depende del ordenamiento estatal que rija su estatuto personal.

Por otro lado, tendrán capacidad para ser parte, pero sólo a efectos de ser demandadas «las entidades, que no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado» (art. 6.2 LECiv). La razón de ser de esta limitación —que obviamente no se da si en virtud de otra disposición se reconoce a la entidad capacidad de modo pleno— no parece, en principio, contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, porque estas entidades podrán pretenderla si se constituyen como persona jurídica o actuando todos los interesados.

d) El Ministerio Fiscal

El artículo 6.1.6º LECiv atribuye capacidad para ser parte al Ministerio Fiscal. El precepto es correcto desde el punto de vista técnico-jurídico, dado

que la institución del Ministerio Fiscal no tiene personalidad jurídica, pero, tal vez, resulta innecesario si se atiende a la interpretación sistemática de los preceptos rectores del Ministerio Fiscal, dado que una de las funciones que éstos atribuyen a la institución es actuar como parte en procesos sobre determinados objetos, lo cual presupone su capacidad para ser parte.

Sin embargo, esta expresa previsión hace que aparezca como una laguna la falta de mención del Defensor del Pueblo, que también precisa la capacidad para ser parte para actuar como actor pretendiendo la tutela judicial civil de derechos fundamentales. En efecto, debe tenerse en cuenta que está legitimado para interponer el recurso de amparo y, previamente a éste, ha de agotarse la vía judicial ordinaria, que puede ser la civil (arts. 162.1 CE y 43, 44 y 46 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). La capacidad para ser parte del Defensor del Pueblo habrá de entenderse comprendida en el supuesto del artículo 6.1.5ª LECiv.

B) TRATAMIENTO PROCESAL

El estudio de cómo se examina la concurrencia de este requisito en las partes del proceso y de cuáles son las consecuencias de su falta impone distinguir diversas situaciones.

a) Examen de la concurrencia del requisito al constituirse inicialmente las partes en el proceso

Según el artículo 9 LECiv el examen de la concurrencia de este requisito procede de oficio —es decir, sin necesidad de instancia de la parte interesada en la apreciación del defecto—. Si se recuerda que, como dijimos, este requisito influye en que pueda ser o no dictada una sentencia en cuanto al fondo, cabe llegar a la conclusión de que es estrictamente un presupuesto procesal.

En otros aspectos se plantean problemas:

1) En principio, el juez debería no admitir la demanda, tanto si falta capacidad en el actor, como si falta en el demandado, todo ello en atención a lo que consta en la demanda y a las normas vistas de atribución de capacidad. No habría posibilidad, ni siquiera, de iniciar y continuar el proceso hasta, como mínimo, la audiencia previa del juicio ordinario o el trámite inicial del acto del juicio verbal, para dar oportunidad de debatir en esos actos la concurrencia o no de este presupuesto procesal. Este modo de proceder sería injustificado por realizarse parte de la actividad procesal con quien, según la apreciación del juez, no tiene aptitud para ser sujeto de los vínculos jurídicos que genera esa actividad.

El auto de inadmisión de la demanda es recurrible en apelación por ser definitivo —impide la continuación de ese concreto proceso— (art. 455.1 LECiv). Si el auto que decide este recurso confirma la inadmisión, es recurrible mediante recurso extraordinario por infracción procesal (art. 468 LECiv).

aunque esta posibilidad de recurso está subordinada a que entre en vigor el régimen definitivo del recurso mencionado (disp. final 16ª Ley 1/2000).

2) No obstante lo anterior, dado que la LECiv no hace de la falta de este requisito causa expresa de inadmisión de la demanda, parece que, según el artículo 403.1 LECiv, la demanda debería ser admitida para que la falta del presupuesto, inicialmente apreciada de oficio, sea debatida en la audiencia previa o al principio del juicio verbal, con el resultado —si se acaba confirmando aquella apreciación— de dictarse auto poniendo fin al proceso (art. 410.2 LECiv). Como he dicho en el punto 1 esta solución me parece forzada.

3) En todo caso, si el juez no ha apreciado de oficio la falta de capacidad, la parte demandada puede hacer valer la falta de ese requisito en el acto (art. 416.1.1ª LECiv), lo que será tratado en la audiencia previa del juicio ordinario o al principio del acto del juicio verbal (art. 443.2 y 3 LECiv), con la consecuencia —si el juez estima la alegación— que hemos ya indicado en el punto 2.

4) Si la parte se constituye mediante intervención (arts. 14 y 15 LECiv), tanto la apreciación de oficio, como la posibilidad de que las partes ya personadas aleguen la carencia del presupuesto procesal en quien solicita intervenir, tienen su cauce en la resolución sobre la intervención y en las alegaciones previas a ella, previstas en el artículo 13.2 LECiv.

b) Examen de la concurrencia del requisito en momentos procesales posteriores al de la constitución inicial de las partes en el proceso

Hay que distinguir dos supuestos: la posibilidad de apreciar la falta del presupuesto después de los momentos procesales apuntados en el apartado a), el examen de la pérdida sobrevenida de la capacidad para ser parte.

1) El primer supuesto se ampara en lo dispuesto en el art. 9 LECiv, que permite hacer la apreciación de oficio «en cualquier momento del proceso».

Así como para la parte demandada precluye la posibilidad de alegar el defecto, el órgano jurisdiccional puede examinar la capacidad para ser parte y resolver sobre ella en cualquier momento en que la aprecie, salvo que ya hubiera sido resuelta la cuestión mediante resolución firme (art. 207.3 LECiv).

2) El segundo supuesto sólo puede realizarse en los casos de muerte de personas físicas y de extinción por fusión de personas jurídicas.

En caso de disolución y liquidación de personas jurídicas no hay pérdida de capacidad para ser parte, sino que ésta subsiste hasta la conclusión de las operaciones liquidatorias, con sus eventuales derivaciones procesales.

Los dos casos en los que sí que hay pérdida de la capacidad deben ser tratados, por regla general, según las disposiciones reguladoras de la sucesión procesal en los artículos 16 y 17 LECiv.

LA CAPACIDAD DE ACTUACIÓN PROCESAL

La capacidad de actuación procesal —a la que la LECiv denomina también capacidad de comparecer en juicio, en el sentido de actuar en él (art. 7 LECiv), y capacidad procesal (arts. 8 y 9 LECiv)— es la aptitud de las personas o entidades que son parte para realizar válida y eficazmente los actos procesales que corresponden a las partes, bien sea actuando directamente en el proceso, bien sea —como será regla general— a través de los técnicos en Derecho que integran la capacidad de postulación (procurador y abogado). Es también la aptitud para que frente a estas personas se realicen válida y eficazmente actos procesales (por ejemplo: para que el traslado de la demandada con emplazamiento o citación a juicio pueda originar las posibilidades y cargas procesales vinculadas a ese acto procesal).

Funcionalmente la capacidad de actuación procesal significa lo mismo que la capacidad de obrar de Derecho material —es decir: la aptitud para la válida realización de actos jurídicos—. Incluso, quien tiene esta última capacidad tiene capacidad de actuación procesal (art. 7.1 LECiv). Pero, como veremos y como es lógico vista la atribución de capacidad para ser parte, la capacidad de actuación procesal también se atribuye a otras entidades.

A) ATRIBUCIÓN DE LA CAPACIDAD DE ACTUACIÓN PROCESAL

El estudio del régimen de atribución de esta capacidad requiere distinguir entre personas físicas (art. 7.2 y 3 LECiv), personas jurídicas (art. 7.4 LECiv) y entidades sin personalidad jurídica pero con capacidad para ser parte (art. 7.5, 6 y 7 LECiv).

a) Capacidad de actuación procesal de las personas físicas

a') *Personas físicas con capacidad plena*

Tienen capacidad plena de actuación procesal «los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles» (art. 7.1 LECiv); es decir todas las personas físicas, con excepción de los incapaces por menor edad y de los incapacitados mediante resolución judicial por concurrencia de las causas que luego veremos.

b) *Personas físicas sin capacidad plena de actuación procesal y medios de integración de su capacidad*

La alternativa de la capacidad plena de actuación procesal no es la incapacidad plena, sino que pueden existir grados intermedios. A esos diferentes grados de incapacidad les son correlativos diversos medios de integración de la falta de capacidad, porque en cualquier caso el ordenamiento ha de predisponer estos medios para que haya posibilidad de impetrar la tutela judicial en favor de una persona incapaz.

1) Situación del menor de edad no emancipado

La regla general respecto del mismo es la incapacidad plena, porque el medio de integración previsto por la ley es la representación legal (art. 162 CC; art. 7.2 LECiv), consistente en la actuación de otra persona en nombre del menor para la válida realización de cualquier acto procesal, cuyos efectos jurídicos son imputados al menor. El mismo régimen se aplica al concebido pero no nacido, dado que, según el artículo 7.3 LECiv «por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representaran si ya hubieren nacido».

La representación legal del menor no emancipado corresponde, en principio y por regla general, a los padres, o al padre o a la madre que, de acuerdo con las normas civiles, ostenten la patria potestad respecto de él (art. 162, párr. 1º CC).

En caso de contradicción de intereses entre el menor no emancipado y quien ostente la patria potestad, la representación corresponde a un defensor judicial nombrado «ad hoc». Si la contradicción existe sólo con uno de los titulares de la patria potestad, la representación corresponde al otro sin necesidad de especial nombramiento (art. 163 CC).

En caso de que quien ostente la patria potestad haya sido excluido de la administración de ciertos bienes del menor, la representación del menor para los procesos cuyo objeto se refiera a esos bienes corresponde a quien tenga atribuida la administración de los bienes (arts. 162, párrs. 2º, 3º, y 164 CC).

Si el menor de edad está sometido a tutela la representación legal corresponde al tutor, que precisa autorización del juez para demandar, salvo excepciones (arts. 267 y 271.6º CC; y referencia a la autorización en el art. 7.2 LECiv). Si hay conflicto de intereses con el tutor, a un defensor judicial (art. 269.1º CC).

Como excepción, en supuestos específicos más o menos amplios (véanse los previstos en los arts. 158, 160, párr. 3º, 167 y 162, párr. 2º, 1º CC), el Código Civil parece reconocer capacidad de obrar al menor respecto de ciertas actuaciones judiciales. En

todo caso siempre será necesario valorar judicialmente la capacidad natural de entender y querer del menor.

Si los titulares de la patria potestad están imposibilitados o se niegan a ejercitar su función de representación, el menor puede obtener del juez —en procedimiento de jurisdicción voluntaria (arts. 1994 y siguientes de la LECiv/1881)— una habilitación para comparecer en juicio, lo que según el artículo 7.2 LECiv hace válida y eficaz su actuación procesal.

Un caso del todo especial es el contemplado en el artículo 157 CC: menor no emancipado (y, por tanto, no casado —art. 316 CC—) que ejercerá la patria potestad y, por tanto, la representación legal y específicamente en juicio de sus hijos con asistencia de quien tenga la patria potestad sobre él, de su tutor o, en caso de desacuerdo o imposibilidad, con la asistencia del juez (¿habilitación para comparecer en juicio?). Esto significa que, a estos efectos, el menor no emancipado no es completamente incapaz, pues se requiere que concurre su voluntad —junto con la de otras personas— para la válida realización de los actos.

2) Situación del menor de edad emancipado.

La regla general es su plena capacidad de actuación procesal (art. 323, párr. 2º CC).

Este artículo silencia expresamente una restricción tradicional de la capacidad en este supuesto, que era precisamente la de no poder actuar como parte en un proceso sin la asistencia —concurso de la voluntad— de determinadas personas (padres o curador).

Subsiste, en cambio, la necesidad de consentimiento de tales personas para determinados actos que, en principio, el Código Civil concibe como actos extraprocesales (arts. 323 y 324 CC). Probablemente si estos actos se realizan como actos de disposición procesal, para que el juez los atienda se requerirá la prestación del consentimiento por las personas establecidas en tales preceptos o, en defecto de estas, el consentimiento del curador (arts. 286.1º y 2º y 288 CC).

3) Situación del incapacitado por defecto físico o psíquico que le impida gobernarse por sí mismo

La extensión de su incapacidad y los modos de integración de la misma dependen de lo que determine la sentencia de incapacitación (art. 760 LECiv) y, en el interín del proceso de incapacitación, de lo establecido en las medidas cautelares de ese proceso (art. 762 LECiv).

Si la sentencia resuelve someter al incapacitado a tutela (art. 222.2º CC), su incapacidad es plena, en el sentido de que su voluntad es sustituida por la del tutor, que es su representante legal (art. 267, primer inciso CC; art. 7.2 LECiv). Pero esta incapacidad puede no referirse a todos los actos jurídicos, dado que la sentencia puede permitir al incapaz que realice ciertos actos

por sí (art. 267, segundo inciso CC). Por lo demás, el tutor precisa autorización judicial para demandar, salvo en casos de urgencia o de escasa cuantía (art. 271.6º CC; art. 7.2 LECiv). Si entre el tutor y el incapacitado hay conflicto de intereses se nombrará un defensor judicial para que represente en ese caso (art. 299.1º CC).

Si la sentencia determina someter al incapacitado a curatela (art. 287 CC), la incapacidad de éste no es plena en ninguno de los sentidos: primero, porque su integración consiste en la asistencia —que requiere el concurso de la voluntad del incapacitado y de la de su curador (art. 289 CC)—; segundo, porque tal asistencia sólo es necesaria para la validez de aquellos actos jurídicos determinados en la sentencia (art. 289 CC) y, a falta de esa especificación, para los actos en los que un tutor precisaría autorización judicial (art. 290 CC), que comprenden comparecer en juicio como actor, salvo excepciones (art. 271.6º CC). La asistencia corresponde prestarla al curador, salvo en el caso de contradicción de intereses con el incapacitado, en el que es nombrado un defensor judicial (art. 299.1º CC).

Si la sentencia de incapacitación es pronunciada respecto de un hijo menor de edad o respecto de uno mayor de edad que conviva con sus padres o con uno de ellos, esta sentencia determina, para cada uno de los supuestos, la prórroga de la patria potestad o la rehabilitación de la misma. La patria potestad en estos casos no habrá de ejercerse con sujeción a su régimen legal general, sino «con sujeción a lo dispuesto en la resolución de incapacitación» (art. 171 CC).

4) Situación del declarado pródigo.

El régimen de su incapacidad y de la integración de la misma es el propio de los sometidos a curatela (art. 286.3º CC; art. 760.3 LECiv).

5) La representación legal del ausente.

La representación legal del ausente no corresponde a su incapacidad, sino a la imposibilidad de hecho de ejercitar sus derechos. Esto se demuestra en que si el ausente ha dejado establecidas representaciones voluntarias se excluye el nombramiento de defensor como medida provisional (art. 181 CC) y se rehusa la declaración de ausencia (art. 183 CC).

Existente aquella imposibilidad de hecho de actuar, la representación en juicio del ausente corresponde a un defensor nombrado como medida provisional —mientras se tramita la declaración de ausencia— (art. 181 CC); al representante legal nombrado en la declaración de ausencia (art. 184 CC), que, si es representante dativo, precisa para comparecer en juicio autorización del juez, previo dictamen del Ministerio Fiscal (art. 185, párr. 2º CC).

b) Capacidad de actuación procesal de las personas jurídicas

«Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen» (art. 7.4 LECiv).

El contexto de esta disposición —como ya ocurría con el art. 2 de la LECiv/1881— puede inducir a pensar en una equiparación entre la representación de las personas físicas incapaces y la representación de las personas jurídicas. En realidad se trata de un mecanismo jurídico totalmente diferente. La persona física incapaz tendría, en buena parte de casos, posibilidad material de actuar, mientras que la persona jurídica no tiene ni siquiera esa posibilidad. La representación requiere dualidad de personas, dualidad que no existe entre la persona jurídica y quien actúa por ella, ya que éste está integrado en la organización de la persona jurídica, sin distinguirse jurídicamente de la misma.

a) Actuación de la persona jurídica a través de sus órganos

La representación legal de las personas jurídicas no es propiamente una representación, sino la actuación de esas entidades a través de sus órganos —mejor: a través de las personas físicas que encarnan esos órganos, y que, en virtud de las reglas de organización, están facultadas para expresar la «voluntad» de la persona jurídica—. Todo ello de modo necesario, porque estos entes jurídicos no pueden actuar de otra manera.

Esta diferente relación entre el representante y la persona física incapaz representada y la persona jurídica y la persona física que actúa por ella como titular de su órgano de actuación, tiene consecuencias prácticas importantes. Específicamente:

1) El órgano de la persona jurídica confiere poderes de representación procesal para que el procurador comparezca en nombre de la persona jurídica, no en nombre del titular del órgano. En la representación de incapaces los poderes se confieren para comparecer en nombre del representante legal, el cual, a su vez, está actuando en nombre del incapaz.

2) Consecuentemente la sustitución del titular del órgano no extingue la representación del procurador —dado que, como se acaba de decir, apoderó el órgano, no la persona física titular del órgano—. Mientras que si se extingue la condición de representante legal del incapaz se extinguen los poderes de representación procesal otorgados por aquél.

En este sentido, establece ahora el artículo 30.2 LECiv que «cuando el poder haya sido otorgado por el representante legal de una persona jurídica, el administrador de una masa patrimonial o patrimonio separado, o la persona que, conforme a la ley, actúe en juicio representando a un ente sin personalidad, los cambios en la representación o administración de dichas personas jurídicas, masas patrimoniales o

patrimonios separados, o entes sin personalidad no extinguirán el poder del Procurador ni darán lugar a nueva personación».

b) Referencia al régimen de los órganos que actúan por la persona jurídica

La determinación de qué órganos han de actuar por la persona jurídica y de qué requisitos han de cumplir para expresar la voluntad de la misma de actuar en un cierto proceso, la realizan bien —si se trata de entidades públicas— las normas que crean la entidad y que establecen su régimen jurídico, bien —si se trata de personas jurídico-privadas— los negocios jurídicos constitutivos de la entidad.

La variedad y el detalle de esa determinación es grande: por lo tanto, sólo con finalidad ilustrativa se hacen los apuntes siguientes.

1) La actuación en juicio de la Administración General del Estado corresponde al Servicio Jurídico del Estado, de acuerdo con las normas que disciplinan su funcionamiento y con sujeción a las instrucciones jerárquicas dictadas para dirigir su actividad provenientes de la Dirección General, del Ministerio de Justicia y del Gobierno. Las normas rectoras de esa actuación suelen ser diferentes según se trate de interponer demandas o de intervenir en procesos no instados frente al Estado —se requiere autorización de la Dirección General— o de actuar personándose como demandado.

2) La actuación en juicio de las Administraciones de las Comunidades Autónomas es objeto de regulaciones más diversificadas. En términos generales la interposición de demandas y la intervención requieren que los servicios jurídicos sean autorizados —caben, no obstante, delegaciones de competencias— sea por la Presidencia de la Comunidad Autónoma, sea por el Consejo de Gobierno, salvo en casos de urgencia. Para la personación como demandados la autorización no es necesaria.

3) Por las Diputaciones Provinciales el ejercicio de acciones judiciales requiere acuerdo del Pleno [art. 33.2 i), Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local], salvo en casos de urgencia, en que es competencia del Presidente [art. 34.1 i) de esa misma Ley].

4) Por los Ayuntamientos la actuación ejercitando acciones requiere acuerdo del Pleno [art. 22.2 j) de la Ley antes citada], salvo en supuestos de urgencia, en los que es competencia del Alcalde [art. 21.1 k) de la Ley antes citada].

5) Si se trata de Colegios Profesionales la representación en juicio corresponde al Presidente, Decano o cargo similar (art. 7.4 Ley de Colegios Profesionales), pero hay que estar a los Estatutos de los Colegios para determinar a qué requisitos se sujeta el ejercicio de acciones por el órgano de representación.

6) Para las sociedades colectivas y comanditarias ha de estarse a lo estipulado en la escritura pública de constitución en cuanto al socio o socios que ostentan la representación.

7) En cuanto a las sociedades anónimas la representación en juicio de las mismas corresponde a sus administradores en la forma determinada en los Estatutos (art. 128 Ley de Sociedades Anónimas).

8) Las sociedades de responsabilidad limitada son representadas por sus administradores en la forma establecida por la Ley y por los Estatutos (arts. 57 al 63 Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada).

9) Las sociedades cooperativas por el Consejo Rector o su presidente o vicepresidente de acuerdo con el artículo 32 de la Ley 27/1999, de 16 de julio, sobre normas reguladoras de la Cooperativa.

c) **Capacidad de actuación procesal de las entidades con capacidad para ser parte pero sin personalidad jurídica**

Atribuida capacidad para ser parte a entes sin personalidad jurídica esa disposición había de ser completada con una sobre su capacidad de actuación procesal.

Habida cuenta de la proximidad estructural de estas entidades a las personas jurídicas, el régimen de la capacidad de actuación procesal es similar al de éstas (art. 7.5, 6, 7 y 8 y art. 30.2 LECiv).

Así:

1) Por las masas patrimoniales o patrimonios separados comparecerán en juicio quienes, conforme a la ley, las administren (art. 7.5 LECiv). Es el caso del administrador de los bienes de la herencia (art. 798 LECiv).

2) En caso de concurso hay que estar a lo dispuesto en la LCo (art. 7.8 LECiv y capítulo 41 de esta obra). En síntesis: si el concursado ha sido privado de las facultades de administración y disposición, la comparecencia en juicio por la masa corresponde a la administración concursal (arts. 50.2, 51.2 y 54.1 LCo); en defecto de esa privación, el concursado sufre una restricción parcial de la capacidad de actuación procesal, y ha de ejercerla con sujeción a la intervención de la administración concursal (arts. 51.3 y 54.2 LCo).

3) Por las entidades sin personalidad a que se refiere el número 5º del artículo 6 LECiv comparecerán en juicio las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades (art. 7.6 LECiv). Por ejemplo, al presidente de la comunidad de propietarios corresponde la actuación en juicio por esa comunidad (art. 13.3 Ley de Propiedad Horizontal).

4) Por los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso y por las uniones sin personalidad —estas últimas a efectos de ser demandadas— comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros (art. 7.7 LECiv).

B) **TRATAMIENTO PROCESAL DE LA CAPACIDAD DE ACTUACIÓN PROCESAL**

Respecto de este requisito de las partes debe ser examinado si concurre en la persona física que es parte y actúa como tal; si, caso de no tener capacidad esa persona, han sido aplicados los medios de integración establecidos por la ley (representación, asistencia, habilitación o autorización) y si esta aplicación consta acreditada; en fin, si por las personas jurídicas y por la entidad sin personalidad pero con capacidad para ser parte, actúa el órgano debido, con cumplimiento de los requisitos preceptivos y esto consta acreditado.

En el tratamiento de este requisito —si lo comparamos con el anterior— aparecen como novedades la posibilidad de subsanación y la diferencia de consecuencias de su falta según se trate del actor o del demandado.

Este requisito es examinable de oficio (art. 9 LECiv) y en cuanto —salvo el supuesto que se indicará— condiciona la admisión de un pronunciamiento sobre el fondo, cualquiera sea el sentido de éste, es un presupuesto procesal en sentido estricto. La excepción es ésta: la función de este requisito en el acto de personación procesal del demandado no es la de un presupuesto procesal —es decir: no influye en que pueda dictarse sentencia sobre el fondo—, sino la de un requisito de admisión de su personación, cuyo incumplimiento impide que ésta sea eficaz.

Por otra parte, el precepto de examen de oficio no va claramente acompañado de la potestad de no admitir la demanda, si la falta se produce en el actor. De los artículos 403, 264.2º y 269.2 LECiv no se deduce que sea causa de inadmisión ni siquiera la falta de acreditamiento de «la representación que el litigante se atribuya». Parece que, sin perjuicio de que el defecto deba ser puesto de manifiesto de oficio, la necesaria contradicción anterior a la resolución impone llevar el proceso hasta el trámite de audiencia previa en el juicio ordinario o hasta el trámite inicial del acto del juicio verbal, para que, en esos actos, la cuestión sea debatida.

Esta misma solución no podría sostenerse con gran seguridad si la falta del requisito se da en la personación del demandado, puesto que, de una parte, a la norma del examen de oficio se une la disposición del artículo 496 LECiv —«Será declarado en rebeldía el demandado que no comparezca en forma en la fecha o en el plazo señalado en la citación o emplazamiento»—, pero, de otra parte, el artículo 418.3 establece como una de las soluciones a las cuestiones de capacidad tratadas en la audiencia previa que «si el defecto no subsanado afectase a la personación en forma del demandado, se le declarará en rebeldía, sin que de las actuaciones que hubiese llevado a cabo quede constancia en autos». Hay aquí una aparente o real contradicción que ha de reducirse o resolverse.

Consideramos a continuación las diversas situaciones que pueden darse.

a) **Falta de capacidad en el actor**

Recuérdese que la falta de capacidad en el actor comprende todo lo que hemos indicado al principio de este apartado B.

Es examinable tanto por apreciación de oficio del juez (art. 9 LECiv), como a instancia del demandado en la contestación a la demanda (art. 405.1 LECiv) o en sus alegaciones iniciales del juicio verbal (art. 443.2 LECiv).

El debate sobre esta cuestión se produce en la audiencia previa del juicio ordinario (art. 416 LECiv) o en el trámite inicial del acto del juicio verbal (art. 443.2 y 3 LECiv).

Los sentidos posibles de la resolución tras ese debate son tres:

1) Desestimación de la cuestión.

2) Cuando el demandado haya alegado en la contestación defectos de capacidad o representación, que sean subsanables o susceptibles de corrección, se podrán subsanar o corregir en el acto y si no fuese posible en ese momento, se concederá para ello un plazo, no superior a diez días, con suspensión, entre tanto, de la audiencia (art. 418.1 LECiv). La posibilidad de subsanar la falta de acreditación no ofrece duda, la de subsanar, mediante ratificación, la falta del requisito mismo o de su integración es más dudosa. Por ejemplo: ¿Qué debe ocurrir si la pretensión interpuesta en la demanda está afectada por un plazo de caducidad o de prescripción que, en el momento de producirse la subsanación, ya se ha cumplido?

3) Cuando el defecto o falta no sean subsanables ni corregibles o no se subsanen o corrijan en el plazo concedido, se dará por concluida la audiencia y se dictará auto poniendo fin al proceso (art. 418.2 LECiv).

b) Falta de capacidad en el demandado

Es necesario distinguir diferentes supuestos.

a) Falta de capacidad en el acto de traslado de la demanda con emplazamiento o con citación a juicio

El acto procesal de comunicación con el que se llama al demandado al proceso que ha sido iniciado, ya ha de ser realizado respecto de una persona o entidad con capacidad procesal, para que respecto de esa parte nazca la carga de contestar a la demanda o de comparecer en el juicio verbal, con los correspondientes efectos desfavorables si no es asumida con arreglo a la ley procesal.

Pero, para estos efectos el ordenamiento trata de modo diferente a las personas jurídicas y otras entidades y a las personas físicas.

En cuanto a las primeras, realizado válidamente el acto de comunicación, el ordenamiento no se ocupa de garantizar que se realicen por las personas que tienen atribuida la gestión de la entidad las actuaciones internas conducentes a que la misma actúe procesalmente en tiempo y forma. Si

no lo hacen incurrirán en las responsabilidades correspondientes frente a la entidad.

Si se trata de personas físicas y consta su incapacidad y la no constitución de los medios de integración de la misma, no sería legítimo imputar al incapaz consecuencias negativas por omisión de una conducta que no le es exigible. Véase en este sentido SAP Guipúzcoa 23 abril 2002 (JUR 2002, 221656); STEDH 15 junio 2006, Lacárcel Menéndez c. España.

El artículo 8 LECiv establece ahora una regulación adecuada de esta cuestión: «1. Cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado segundo del artículo anterior y no hubiere persona que legalmente le represente o asista para comparecer en juicio, el tribunal le nombrará, mediante providencia, un defensor judicial, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona. 2. En el caso a que se refiere el apartado anterior y en los demás en que haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asumirá la representación y defensa de éste hasta que se produzca el nombramiento de aquél. En todo caso, el proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Ministerio Fiscal».

b) Falta de la representación imputada a la persona designada en la demanda como representante de la parte demandada

El actor no tiene la carga de identificar al representante legal de la parte o a la persona que deba actuar por la persona jurídica u otra entidad, pero si lo hace y pide que la demanda sea trasladada a esa persona, es posible que esa determinación sea errónea. La persona afectada tiene interés en no actuar en el proceso en esa calidad errónea.

El problema puede tener solución en la audiencia previa del juicio ordinario o en el trámite previo del juicio verbal, con una resolución que ponga fin al proceso frente a esa persona en tal calidad (art. 418.2 LECiv).

c) Falta de capacidad en el demandado en el acto de personación en juicio (contestación a demanda o participación en juicio verbal)

Para que la actuación procesal del demandado sea admisible, es necesario que comparezcan, por él o con él, quienes integran su falta de capacidad y que acrediten su condición, y que comparezcan por la persona jurídica u otra entidad quienes estén facultados para hacerlo y lo acrediten.

En defecto de esto —y salvo lo dicho antes respecto de los incapaces— su personación no es admisible y debe ser declarado en rebeldía, con pérdida de las posibilidades procesales que vayan abriéndose hasta su personación correcta.

En este supuesto, principalmente, se plantea el problema de la posible contradicción que ya apunté en la introducción a este apartado B. A mi juicio, una solución podría consistir en lo siguiente:

1) El juez deberá declarar la rebeldía inmediatamente si el demandado no ha realizado ni siquiera un acto de personación en tiempo.

2) Si lo que determina la inadmisión de la personación es la falta de facultades para actuar por la persona jurídica u otra entidad, el juez puede ponerlo de manifiesto de oficio y el actor alegarlo, pero el debate y resolución se producirán en la comparecencia previa de acuerdo con el artículo 418 LECiv.

c) Otros supuestos de tratamiento de la capacidad de actuación

Principalmente hay que mencionar:

a) Capacidad de actuación del interviniente

El examen de la capacidad del que solicita intervenir debe hacerse con arreglo al artículo 13.2 LECiv, aunque con las posibilidades de subsanación que establece el artículo 418.1 LECiv.

b) Las modificaciones en la capacidad de actuación durante el proceso

El cese en la titularidad de los órganos de las personas jurídicas u otras entidades no requiere ningún tratamiento si se recuerda lo que dispone el artículo 30.2 LECiv. Otra cosa es que el nuevo titular introduzca cambios en la representación procesal mediante procurador.

Si se trata de personas físicas y el cambio consiste en la incapacidad sobrevinida a la iniciación del proceso, la aplicación de los medios de integración deberá hacerse con arreglo, en su caso, a lo dispuesto en el artículo 8 LECiv, para que el incapaz no pierda posibilidades procesales.

Si el cambio consiste en haber alcanzado la mayor edad o haberse reintegrado la capacidad, la persona física tendrá la carga de personarse por sí misma, salvo que ya lo estuviera, por consistir la integración simplemente en asistencia.

El órgano jurisdiccional puede poner de manifiesto estas situaciones si le constan; las partes interesadas pueden plantear la cuestión incidental del artículo 391.1º LECiv.

REPRESENTACIÓN PROCESAL POR PROCURADOR Y ASISTENCIA TÉCNICA DE ABOGADO

En principio la capacidad de actuación procesal podría implicar que la propia parte, el titular de su órgano de actuación o el representante de la parte incapaz realizara en el proceso los actos que son propios de la parte. Sin embargo, dado el carácter técnico-jurídico del instrumento procesal y de

la materia que se trata en el proceso, el interés de las partes y el del Estado en el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional han conducido, por regla general, a que los actos no los puedan realizar aquellas personas, sino unos técnicos en Derecho que actúan por ellas.

Si se considera sólo el interés de las partes la actuación de estos técnicos evita o reduce las posibilidades de que los actos procesales de parte sean afectados por vicios de ignorancia o de error.

Pero también está evidentemente presente un interés público —en otro caso no sería fácilmente explicable establecer este requisito como preceptivo— que se evidencia en la más fácil comunicación entre las partes y los tribunales, también integrados por técnicos. Esa facilidad de comunicación tiene, de una parte, un sentido profundo, consistente en la más fácil comprensión recíproca por utilizar los mismos conocimientos técnicos, y, de otra parte, un significado más pragmático, que es el de que las funciones atribuidas a los procuradores (art. 28 LECiv) facilitan la rapidez y seguridad de los actos procesales de comunicación y con ello evitan dilaciones indebidas.

Esa aptitud para realizar directamente en el proceso actos procesales de parte se denomina capacidad de postulación.

La regla general, como ya avancé, es que las partes han de actuar representadas por procurador (art. 23 LECiv) y asistidas o defendidas por abogado (art. 31 LECiv).

Es, indudablemente, un requisito de naturaleza procesal. De él no depende que la sentencia sea favorable o adversa, sino la posibilidad de dictar una sentencia sobre el fondo —si el requisito ha sido cumplido en la actuación procesal de la parte actora— y la admisión de la participación en el proceso de la parte demandada y, en su caso, de los intervinientes.

A) LA REPRESENTACIÓN PROCESAL MEDIANTE PROCURADOR

La relación del procurador de los tribunales con la parte procesal tiene un doble aspecto.

Por una parte, existe entre ellos una relación interna generada por el contrato de mandato en virtud del cual el procurador se ha obligado a gestionar un asunto judicial en favor de su mandante, que es la parte en el proceso. Por ese contrato el procurador ha contraído las obligaciones establecidas en el artículo 26 LECiv. El cumplimiento o no de las obligaciones derivadas del mandato no afecta a la validez de la actuación procesal del procurador, sino que sólo funda posibles responsabilidades a exigir entre mandante y mandatario.

Por ejemplo, el procurador incumple la obligación del artículo 26.2.3ª LECiv «tener al poderdante y al Abogado siempre al corriente del curso del asunto que se le hubiere confiado, pasando al segundo copias de todas las resoluciones que se le notifiquen y de los escritos y documentos que le sean trasladados por el tribunal o por los Procuradores de las demás partes» y, como consecuencia de ello, transcurre el plazo de interposición de un recurso: a los efectos procesales el recurso «vale» como no interpuesto, pero la parte puede exigir responsabilidad al procurador por incumplimiento de sus obligaciones contractuales.

Este contrato de mandato es retribuido (art. 29 LECiv) y, para la reclamación de lo adeudado al procurador en virtud de ese contrato, el artículo 34 LECiv establece un proceso monitorio especial, mediante el cual se puede crear con rapidez un título ejecutivo.

Por otra parte existe entre la parte y su procurador un vínculo de representación. La actuación del procurador vale hacia el exterior (tribunal y las otras partes) como actuación de la parte misma.

Ese aspecto aparece en el artículo 28 LECiv cuando dispone que «1. Mientras se halle vigente el poder, el Procurador oírán y firmarán los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases, incluso las de sentencias que se refieran a su parte, durante el curso del asunto y hasta que quede ejecutada la sentencia, teniendo estas actuaciones la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante sin que le sea lícito pedir que se entiendan con éste. 2. También recibirá el Procurador, a efectos de notificación y plazos o términos, las copias de los escritos y documentos que los Procuradores de las demás partes le entreguen en la forma establecida en el artículo 276».

La existencia y extensión de esta representación es lo que importa para la validez de las actuaciones procesales.

a) La existencia de la representación: otorgamiento del poder; inicio y finalización de la representación

La existencia de la representación procesal del procurador depende, en primer término, del otorgamiento en su favor del correspondiente poder.

El poder de representación procesal puede ser otorgado de tres formas:

- 1) Mediante escritura notarial (art. 24.1 LECiv).
- 2) Por comparecencia ante el Secretario Judicial del tribunal que haya de conocer del asunto (art. 24.1 LECiv).
- 3) Mediante designación del procurador por el Colegio de Procuradores correspondiente, a instancia de la parte que ha de ser representada, tramitada de acuerdo con la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, tanto si se trata de un supuesto en que la designación debe ser hecha como uno de los contenidos de ese derecho (art. 33.1 LECiv), como si la parte ha optado por

esta vía para designar a su representante procesal, al que deberá retribuir (art. 33.2 LECiv).

Otorgado el poder, la representación se inicia con la aceptación del mismo por el procurador, y ésta se entiende hecha por el hecho concluyente de hacer valer el indicado poder (art. 26.1 LECiv).

La representación se extingue en los diferentes casos previstos por el artículo 30 LECiv (revocación expresa o tácita del poder de la que hubiera constancia en autos; renuncia voluntaria del procurador, cese del mismo en la profesión o sanción de suspensión; fallecimiento del poderdante o del procurador; por separarse el poderdante de la pretensión o de la oposición que hubiere formulado y, en todo caso, por haber terminado el asunto o haberse realizado el acto para el que se hubiere otorgado el poder, si fuese para él determinante). A estas causas debe añadirse si el nombramiento se ha producido como contenido del derecho a justicia gratuita, la finalización de la instancia procesal para la que se produjo el nombramiento (art. 31 Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

b) La suficiencia de la representación

La suficiencia del poder alude a la extensión de la representación que confiere, atendidos los actos que el procurador precisa realizar en el proceso en nombre de la parte.

Atendiendo a la extensión de esa representación o del poder, hay que distinguir un poder procesal general y unos poderes especiales.

1) Poder general es el que autoriza al procurador para intervenir en cualquier proceso y, además, para realizar en él todos los actos de parte previstos en el mismo, salvo aquéllos para los que la ley prescribe poder especial. La extensión del poder general se determina, pues, de modo negativo.

Efectivamente si —de acuerdo, ahora, con el art. 25.1 LECiv— el poderdante puede «excluir del poder general asuntos y actuaciones para las que la ley no exija apoderamiento especial», resulta que un poder general para pleitos, un poder procesal general, incluye, en principio, todas las facultades salvo aquéllas para las que la ley requiere un poder específico.

Como acabo de apuntar, la LECiv considera expresamente la facultad del poderdante de restringir la extensión del poder general. La restricción ha de ser expresa e inequívoca (art. 25.1 LECiv).

Esta facultad puede ser ejercitada, por ejemplo, en el sentido de excluir la interposición de recursos —porque la parte desee apreciar específicamente la conveniencia de la misma— o la solicitud de medidas cautelares —atendido que del uso de la tutela cautelar puede nacer responsabilidad para la parte (arts. 742 y 745 LECiv)—.

A mi juicio, sin embargo, esta facultad no puede afectar a las funciones de representación pasiva del procurador (art. 28 LECiv), porque esto alteraría el régimen legal de los actos de comunicación del tribunal con las partes, cuyo fundamento son consideraciones de interés público relacionadas con la rapidez y seguridad de la tramitación del proceso.

2) Poderes especiales son los que facultan para representar a la parte en actos procesales específicos, determinados por la ley o determinados por el poderdante que, en principio, los había excluido del poder procesal general.

En ocasiones se distingue entre poder especial y poder especialísimo.

El primero facultaría, como se ha dicho, para actuaciones procesales no incluidas en el poder general; mientras que el segundo —el especialísimo— añadiría a la exigencia de especificidad que el poder facultara para un acto concreto. Por ejemplo: no sólo para transigir, sino para hacerlo en un concreto proceso e, incluso, en unos términos precisos.

A mi juicio, se trata en ambos casos de poder especial, sólo que con diferente grado de especificación de su especialidad. Ese diferente grado puede depender de la ley o del poderdante.

En cuanto a la primera posibilidad, cuando la ley requiere poder especial para «la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje y las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto» (art. 25.2.1ª LECiv), no parece exigir su otorgamiento «ad hoc», aunque alguna duda introduce que el artículo 414.2 LECiv diga que «al efecto del intento de arreglo o transacción, cuando las partes no concurren personalmente sino a través de su Procurador, habrán de otorgar a éste poder para renunciar, allanarse o transigir. Si no concurren personalmente ni otorgaren aquel poder, se les tendrá por no comparecidos a la audiencia». No obstante, la expresión de este último precepto no tiene la claridad del artículo 107.2 LECiv —«En todo caso, el Procurador deberá acompañar poder especial para la recusación de que se trate», que, inequívocamente, sí que requiere un poder que faculte para una concreta recusación.

En cuanto a la segunda posibilidad, el propio poderdante es el que determina las facultades excluidas del poder general y, en esa propia medida, los casos para los que se requiere poder especial (art. 25.2.3ª LECiv).

B) LA ASISTENCIA O DEFENSA TÉCNICA DE ABOGADO

El abogado dirige la actividad de la parte, tanto en su aspecto procesal, cuanto en lo relativo al tratamiento del objeto del proceso.

La trascendencia de su función se refleja en que, siendo su intervención preceptiva, la falta de la misma comporta la nulidad del acto correspondiente (art. 225.4ª LECiv, art. 238.4ª LOJP).

Si su actuación es preceptiva, el abogado elabora y firma los actos de parte escritos y actúa en las vistas tomando la palabra por la parte (art. 185.2 y 3 LECiv).

Los actos del abogado y su contenido se atribuyen a la parte en cuanto al efecto procesal de los mismos en la posición de la parte. Esta atribución está justificada por el hecho de que (y siempre que) el abogado —cualquier abogado, no es necesaria una especial designación por la parte— actúe con el beneplácito del procurador, que ostenta la representación de la parte y da cobertura a la actividad del abogado.

C) SUPUESTOS PRECEPTIVOS Y FACULTATIVOS

Si la regla general es la del carácter preceptivo de la postulación mediante abogado (art. 31.1 LECiv) y procurador (art. 23.1 LECiv), importa, ahora, determinar las excepciones y tratar los problemas que suscita la postulación en los casos de intervención no preceptiva de estos profesionales.

a) Supuestos en los que no es preceptiva la intervención de procurador, de abogado o de ninguno de ellos

Podemos sistematizarlos según la amplitud de la excepción establecida por el precepto que exige de la intervención:

1) Procesos completos: para los juicios verbales cuya cuantía no exceda de novecientos euros (RD 1417/2001, de 17 diciembre), no se requiere procurador (art. 23.2.1ª LECiv), ni abogado (art. 31.2.1ª LECiv). Tampoco para el ejercicio de la acción de rectificación de hechos inexactos (art. 5 LO 2/1984, de 26 de marzo).

2) Actos específicos de cualquier proceso: para la solicitud de medidas urgentes con anterioridad al proceso (por ejemplo: art. 256 —diligencias preliminares—, arts. 293 y 297 —anticipación y aseguramiento de la prueba—, art. 730.2 —medidas cautelares previas—) no se requiere ni procurador (art. 23.2.3ª LECiv), ni abogado (art. 31.2.2ª LECiv); para personarse en juicio y para pedir suspensión de vistas y de actuaciones no se requiere intervención de abogado (art. 31.2.2ª LECiv); para los incidentes de impugnación en materia de justicia gratuita no se precisa la intervención de procurador (art. 23.1.3ª LECiv).

3) Actos específicos de determinados procesos: la petición inicial de los procesos monitorios no requiere ni procurador (art. 23.2.1ª LECiv), ni

abogado (art. 31.2.1ª LECiv); no se requiere procurador «en los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de créditos o derechos, o para concurrir a Juntas» (art. 23.2.2ª LECiv).

En general, si la intervención no es preceptiva la parte puede actuar facultativamente mediante estos profesionales. No obstante hay supuestos en los que la ley excluye la representación de la parte en un acto del proceso e impone que éste se realice frente a la parte personalmente (art. 28.4 LECiv; por ejemplo: la citación para la prueba de interrogatorio de la parte –art. 304 LECiv–) o con actuación personal de la parte (art. 25.3 LECiv; por ejemplo: declaración en el interrogatorio de la parte –art. 301 LECiv–, interrogatorio directo entre las partes –art. 306.2 LECiv–).

b) Intervención facultativa de procurador y de abogado

En los supuestos en los que la intervención de abogado y/o de procurador no es preceptiva, la parte puede actuar por sí misma –si es persona jurídica, a través del titular de su órgano de actuación– o actuar mediante abogado y procurador (art. 32 LECiv), pero no encargar a otra persona la actuación en el proceso en su nombre, porque ésta es función exclusivamente reservada a abogados (art. 542.1 LOPJ) y procuradores (art. 543.1 LOPJ).

Si en un proceso en que no es preceptiva la intervención de abogado y procurador, una de las partes decide ejercer su facultad de actuar a través de estos profesionales, queda planteado un problema para la igualdad de las partes en el proceso, porque si la parte contraria, ignorando esa circunstancia, actuara por sí misma, se hallaría en desventaja en cuanto al más acertado aprovechamiento de las oportunidades procesales. El artículo 32 LECiv establece las garantías necesarias para que las partes sean recíprocamente informadas del ejercicio de esa facultad, y puedan ejercitarla a su vez, para equilibrar la efectividad de la defensa. A estos efectos, si se dan los presupuestos, los nombramientos deben hacerse en aplicación de las normas del derecho a la justicia gratuita (art. 6.3 Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

En fin, no sería coherente que, no siendo preceptiva la intervención de estos profesionales, los honorarios y derechos arancelarios devengados fueran incluidos en las costas, si una parte hubiera sido condenada a pagarlas. El artículo 32.5 LECiv sólo lo permite si se ha apreciado la temeridad de la parte condenada o si la parte que ha actuado representada o asistida no tiene su domicilio en el lugar del juicio.

D) TRATAMIENTO PROCESAL

Es necesario distinguir, de un lado, el examen de la existencia del poder de representación y de la constancia de la intervención del abogado, y, por otra parte, el de la regularidad formal y la suficiencia del poder.

Separadamente hay que mencionar las modificaciones en la representación procesal y fenómenos aproximados.

a) Existencia de poder y de la intervención de abogado

El poder ha de ser presentado –y el apoderamiento «apud acta» otorgado– cuando se presente el primer escrito, o antes de la primera actuación «si es oral» (art. 24.1 LECiv). En tal sentido el artículo 264 LECiv dispone que «Con la demanda, la contestación o, en su caso, al comparecer a la vista de juicio verbal, habrán de presentarse: 1º El poder notarial conferido al Procurador siempre que éste intervenga y la representación no se otorgue «apud acta»».

Ni el artículo 24 LECiv incluye la advertencia de la LECiv/1881 de que no se dará curso al acto correspondiente si el poder no se presenta, ni del artículo 269.2 LECiv se deduce que, en tal caso, la demanda no deba ser admitida.

La falta de firma de abogado –en la demanda, pero también en cualquier acto escrito de parte que la requiera– sí que implica que no pueda proseguirse sobre la solicitud (art. 31.1 LECiv).

Tanto este último supuesto, como el de falta de poder –si se opta por darle el mismo tratamiento– dan lugar a un supuesto de ineficacia de contornos indefinidos. Admite subsanación –mediante aportación del poder y ratificación o la firma–, pero queda abierta la duda sobre la eficacia de ésta si el requisito debió ser cumplido dentro de un plazo preclusivo y éste ya ha transcurrido (por ejemplo: demanda sometida a plazo de caducidad, interposición de un recurso).

Para que en los casos de imposibilidad económica de proceder a los nombramientos –que pueden justificar el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita– la falta de nombramiento y correlativa actuación no perjudique a la parte, el artículo 10 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita establece las disposiciones oportunas (exención para evitar que el transcurso de los plazos pueda provocar la preclusión de un trámite o la indefensión de cualquiera de las partes; interrupción de los plazos de prescripción si afectan a la acción que ha de ejercitarse; todo ello hasta que se produzcan los nombramientos).

b) Defectos formales e insuficiencia del poder

Son examinables a instancia de parte en la audiencia previa [art. 416.1.1ª LECiv: «Falta (...) de representación en sus diversas clases»; art. 418 LECiv] o al principio del acto del juicio verbal (art. 443.2 y 443.3 LECiv), con la diferente consecuencia –si no se ha producido subsanación– de la finalización del proceso –si el defecto está en el actor–, o de la declaración de rebeldía –si el defecto está en el demandado–.

El examen del cumplimiento de estos requisitos en la persona que solicita intervenir se hará de acuerdo con el artículo 13.2 LECiv.

c) Pérdida de la representación procesal y otros supuestos

La extinción de la representación procesal, pendiente el proceso, será tratada con las diversas actuaciones previstas en el artículo 30.1 LECiv, o, como norma más general, como cuestión incidental del artículo 391.1ª LECiv.

El tratamiento como cuestión incidental (pero del núm. 3º del artículo 391 LECiv, dado que no hay aquí ningún evento sobrevenido) es también el apropiado si el procurador de la parte realiza un acto para el que no está facultado por el poder general (art. 25.2.3ª LECiv).

Capítulo 6¹

MANUEL ORTELLS RAMOS

RICARDO JUAN SÁNCHEZ

SUMARIO.—LA LEGITIMACIÓN.—A) Concepto.—B) Modalidades de legitimación.—C) Naturaleza jurídica y tratamiento procesal de la legitimación.—LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO PARTE.—A) El Régimen Jurídico del Estatuto de parte de las Administraciones Públicas.—B) El estatuto procesal de las Administraciones Públicas.—LA SUCESIÓN PROCESAL.—A) Concepto.—B) La sucesión procesal por muerte de la parte.—C) Sucesión por transmisión «inter vivos» del objeto litigioso.

LA LEGITIMACIÓN

A) CONCEPTO

Las capacidades para ser parte y procesal son requisitos que se determinan considerando exclusivamente las condiciones subjetivas de las partes. Es indudable que sólo condicionan la admisibilidad del pronunciamiento de fondo sobre la pretensión procesal —o, en su caso, de la actuación procesal del demandado—, no la estimación de la pretensión. No hay problema para establecer un examen de las mismas en un momento previo a la sentencia final; es incluso conveniente, desde el punto de vista de la economía procesal, establecer ese examen para que el proceso sólo continúe si —al menos en cuanto a estos requisitos— puede conducir a una sentencia sobre el fondo.

La legitimación es un requisito también subjetivo, pero no sólo es eso. Su existencia depende de una cierta vinculación de las personas que se presentan como parte con la situación jurídica material a la que se refiere la pretensión procesal.

En atención a esa vinculación se determina quién puede pretender eficazmente el pronunciamiento judicial sobre la situación jurídica material (legitimación activa) y frente a quién ha de ser pretendido ese pronuncia-

¹ Los epígrafes de este Capítulo han sido redactados por el profesor ORTELLS RAMOS, salvo el referido a «Las Administraciones públicas como parte», que ha sido redactado por el profesor JUAN SÁNCHEZ.

miento para que sea eficaz (legitimación pasiva). La legitimación no puede ser apreciada si no es en consideración de la concreta pretensión procesal interpuesta en un proceso.

El requisito de la legitimación plantea dos cuestiones fundamentales en torno a las que hay divergencias teóricas y prácticas:

1) ¿Cuál es la eficacia de este requisito? ¿Qué consecuencias tiene su concurrencia o su falta? Según una opinión el requisito afecta a la admisibilidad de la pretensión, a la posibilidad de que haya un pronunciamiento sobre ella en sentido favorable o desfavorable. Según otra opinión la concurrencia del requisito —prueba de los hechos que sustentan la vinculación y reconocimiento normativo de ésta como posición legitimante— condiciona la estimación de la pretensión, que sea dictada la sentencia favorable pedida por el actor.

2) La segunda cuestión discutida se refiere al tratamiento procesal de la legitimación; es decir, al modo de examinar en el proceso la concurrencia o no de la misma. El debate versa sobre la posibilidad o no de examinarla en trámites procesales iniciales, en todo caso antes y fuera de la sentencia final. Las respuestas a esto están influidas, sin duda, por la opinión que se tenga sobre la cuestión enunciada en el punto 1, pero no dependen necesariamente de esa opinión.

En los apartados siguientes aportamos datos y reflexiones que ayuden a formarse un criterio sobre el tema de la legitimación y sus aspectos controvertidos.

a) ¿Qué razones justifican que se plantee la legitimación como un requisito con entidad propia?

Si se dijera que la legitimación corresponde a los titulares activos y pasivos de la relación jurídica deducida en juicio no se estaría planteando un problema diferente al de los presupuestos (subjetivos) para la estimación de la pretensión procesal y no sería conveniente, razonable, ni lógico pensar en un examen de esos presupuestos subjetivos previo a la sentencia final. En efecto, ¿qué razón habría para ello que no pudiera también alegarse respecto a otros presupuestos? ¿por qué este presupuesto de la estimación de la pretensión no ha de poder contar con la plena instrucción —alegaciones y pruebas— anterior a la sentencia, mientras que los demás presupuestos del pronunciamiento sobre el fondo sí que podrían ser exhaustivamente demostrados?

El «aislamiento» del requisito de la legitimación y la posibilidad de su examen procesal separado y previo a la sentencia final necesitan alguna justificación técnico-jurídica. Efectivamente la han tenido por razones diferentes

en diversos momentos históricos y refiriendo ese tratamiento separado a supuestos distintos.

a) La llamada «*legitimatō ad causam*» en la doctrina del proceso común

La doctrina del proceso común —como explica GÓMEZ ORBANEJA— distinguía la «*legitimatō ad processum*» y la «*legitimatō ad causam*». La primera se refería a las capacidades, mientras que la segunda significaba la titularidad activa y pasiva del asunto planteado en el proceso («*res in iudicium deducta*»). En principio esta distinción nos sitúa ante lo que dijimos antes: la «*legitimatō ad causam*» no se refería a otras cuestiones más que a las condiciones subjetivas para la estimación de la pretensión, por lo que no estaba justificado examinarla separadamente de éstas.

Hubo, sin embargo, un intento de justificar racionalmente el tratamiento diferenciado. Se pensó que algunos supuestos de «*legitimatō ad causam*» podían, por razones prácticas, ser asimilados en tratamiento procesal a la «*legitimatō ad processum*». Así, por ejemplo, la titularidad derivativa de la relación jurídica por cesión o transmisión hereditaria: la sentencia dirá si existe el derecho o no, pero si no empieza por demostrarse que existe el título de adquisición derivativa es inútil seguir el proceso hasta la sentencia.

Como advierte GÓMEZ ORBANEJA, el error de este planteamiento radica en que si la adquisición del derecho por cesión o por herencia, ha de ser demostrada en el momento inicial del proceso y con medios probatorios determinados (documentos), con consecuencias similares —en caso de no tener éxito esa previa demostración— a las de la falta de capacidad, una de las condiciones para la estimación de la pretensión —en el caso: quién es el titular actual del derecho— resulta arbitrariamente privada de la plenitud del debate procesal y de la prueba, plenitud de la que sí se valen las demás condiciones influyentes en la estimación.

b) El poder de conducción del proceso sin titularidad de la relación jurídica material

En la moderna ciencia procesal (indica GÓMEZ ORBANEJA que a partir de HELLMIC) se ha llegado a considerar la legitimación como un requisito específico atendiendo a situaciones distintas a las antes apuntadas.

Hay supuestos en el ordenamiento en que la titularidad de la relación jurídica material y el poder de deducir en juicio esa relación (en nombre propio, no como representante) corresponden a personas diferentes, generalmente porque el titular ha quedado privado del poder de disposición, que es atribuido a otra persona. Aparece así como cuestión distinta a la titularidad, la de la atribución de ese poder (que sería la legitimación).

Atendidos los supuestos que dieron lugar a esta reflexión es necesario puntualizar dos aspectos:

1) El «aislamiento» de estos supuestos como casos en los que está justificado un tratamiento separado del requisito de la legitimación, no tiene nada que ver con el tema de la certeza de la afirmación concreta que se haya hecho en el proceso tanto de la titularidad de la relación, como de la titularidad de este poder de conducción procesal atribuido a otra persona. Se trata de la distinción en abstracto, según las

normas, de dos posiciones que permiten plantear eficazmente pretensiones respecto de cierta relación.

2) Si se atiende a los supuestos considerados para distinguir legitimación de titularidad de la relación jurídica material, se observará que no son todos aquéllos en los que esa disociación se produce, sino solamente algunos que son conocidos como sustitución procesal.

b) La subjetivación de la protección jurídica que ofrece el ordenamiento

Para la realización jurisdiccional del ordenamiento es imprescindible que éste sea «subjetivado», que se especifique en determinado sujeto la protección que el ordenamiento ofrece y en otro sujeto la desventaja que ha de sufrir para que se realice aquella protección.

En la mayor parte de casos planteados en procesos civiles, esa «subjetivación» preexiste a la situación litigiosa, unas veces tanto en el aspecto activo como en el pasivo –existencia de una relación jurídica entre varias personas, con un contenido de derechos y de obligaciones–, otras al menos en el aspecto activo –por ejemplo: titularidad de un derecho absoluto (de la personalidad, derecho real, derecho sobre bienes inmateriales), que impone frente a todos un deber de respeto–.

Aunque estos casos sean los más frecuentes, la especificación subjetiva de la protección que ofrece el ordenamiento jurídico no se limita a ellos, ni siquiera a los otros supuestos –necesariamente vinculados a los mismos– en que el ordenamiento atribuye a personas distintas de los titulares del derecho o relación el poder de pedir eficazmente la misma tutela judicial que los propios titulares.

El ordenamiento establece una gran variedad de supuestos que habilitan a las personas que se hallan en los mismos para pretender eficazmente determinada tutela judicial frente a otras personas.

En algunos de tales supuestos no tiene sentido plantearse la legitimación como un requisito vinculado –directa o sustitutivamente– a la titularidad de un derecho o de una relación jurídica.

De una parte, porque esa titularidad no se requiere, sin que ello signifique que la legitimación que el Derecho atribuye sea una sustitución procesal.

Por ejemplo: cualquier persona con interés legítimo tiene acción para que se declare la filiación manifestada por la constante posesión de estado (art. 131 CC); ahora bien esa persona no precisa afirmar respecto de sí misma la relación de filiación, y si alega alguna posición jurídica afectada lo hace sólo a los efectos de la demostración del interés legítimo.

De otra parte, porque no en todos los casos se pretende tutela del contenido del derecho o de la relación jurídica.

Por ejemplo: una filiación no matrimonial con posesión de estado puede ser impugnada por quienes «por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos» (art. 140 CC); en este caso quienes impugnan no piden tutela del contenido de su condición de heredero forzoso –si esa posición puede ser calificada como un derecho y no, más bien, de expectativa– sino una tutela consistente en la declaración negativa de una relación de filiación que puede afectar negativamente a aquella condición de heredero.

En otros supuestos, la atribución a una persona o entidad del poder de pedir la tutela judicial del específico contenido de un derecho, aunque ese derecho no le sea propio, no se debe a las razones que justifican los supuestos clásicos de sustitución procesal, sino a nuevas situaciones generadas por los cambios socioeconómicos, que han conducido a establecer normas sobre atribución subjetiva de aquel poder, adecuadas para una realización efectiva de la protección que ofrece el Derecho (legitimación para la defensa de intereses colectivos y de intereses difusos).

La legitimación representa todos estos modos en los que el Derecho determina quién puede obtener una tutela judicial de contenido determinado y qué tutela puede obtener (no todas las legitimaciones sirven para todas las modalidades de tutela: unas habilitan –incluso a un no titular de un derecho a prestación– para obtener una condena a prestación; otras limitan a obtener pronunciamientos declarativos y constitutivos) y frente a quién pueden obtenerla.

Obviamente la legitimación se limita a las condiciones o presupuestos subjetivos para la obtención de la tutela. Estas condiciones o presupuestos son necesarios, pero no suficientes, porque la obtención de la tutela también depende de que se aleguen, prueben y justifiquen en Derecho las condiciones o presupuestos objetivos.

II) MODALIDADES DE LEGITIMACIÓN

Según el artículo 10 LECiv «serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular».

La disposición se refiere expresamente a una de las posiciones legitimantes (titularidad) y se remite a otras establecidas por el Derecho. Examinaremos ahora los diferentes modos en los que el Derecho configura la vinculación de las personas con las situaciones jurídicas a las que se refiere la petición de tutela que se formula en el proceso, que representan las diversas clases de legitimación.

En la referencia, que ciertamente no puede ser exhaustiva, a las diversas modalidades de legitimación, importa destacar especialmente dos aspectos:

1) La calidad de la persona o entidad a la que se atribuye la posición legitimante. Esta calidad es ilustrativa de la naturaleza del interés que el ordenamiento protege. La persona o entidad actuará de acuerdo con las reglas que rigen su actuación en la vida jurídica: la persona privada con arreglo a la autonomía privada; la persona o entidad gestora de intereses sociales con arreglo a sus normas de gestión y respondiendo ante aquellos a los que representa o defiende; las personas y entidades públicas de acuerdo con el interés público o con los intereses generales, que han de guiar el ejercicio de sus competencias.

2) La precisión normativa del vínculo entre la persona o entidad y la situación jurídica de Derecho material atributivo de legitimación: la norma puede tipificarlo (titularidad de la relación jurídica o derecho, atribución específica de un poder jurídico distinto a los anteriores a una persona o entidad determinadas) o regularlo mediante conceptos jurídicos indeterminados, encargando al juez la función de concretarlos (principalmente el interés legítimo o el interés directo, con modulaciones de diferente amplitud).

a) Legitimación de las personas privadas

a') *Por titularidad del derecho que se hace valer mediante la pretensión procesal*

Es raro que la ley expresamente lo diga, pero a veces lo hace: por ejemplo, el artículo 103 Ley de Propiedad Intelectual, cuando establece que «el titular de los derechos reconocidos en el presente Título podrá instar las acciones y procedimientos...», o el artículo 62 Ley de Patentes, al disponer que «el titular de una patente podrá ejercitar ante los órganos de la jurisdicción ordinaria las acciones que correspondan...». No obstante, estas disposiciones no son en absoluto necesarias, porque la existencia de un derecho, reconocido por el ordenamiento u originado en él, conlleva que su titular pueda pedir eficazmente su tutela judicial.

Esta modalidad de legitimación representa la máxima expresión del principio dispositivo, porque simboliza el respeto absoluto al derecho subjetivo como ámbito en el que el individuo decide, con libertad y con exclusión de otras personas, sobre si quiere o no obtener la tutela jurisdiccional.

b') *Por titularidad de un poder jurídico que habilita para hacer valer, en nombre propio, el derecho de otro*

Quedan incluidos aquí los casos en los que el Derecho, considerando el interés privado que puede tener una persona en que obtengan tutela judicial derechos cuya titularidad corresponde a otro, concede a ese interés la protec-

ción específica y expresa de habilitar a la persona no titular para que pueda instar la misma tutela judicial que el titular. Característica común a todos estos casos es la de un precepto que tipifica la posición legitimante.

Veamos algunos ejemplos:

1) El usufructuario podrá reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo, a pesar de que el titular del derecho de crédito es otra persona (art. 507 CC).

2) El usufructuario de una acción para reclamar un predio, un derecho real, o un bien mueble, tiene derecho a ejercitarla, a pesar de no ser el titular del derecho de propiedad (art. 486 CC), siendo incorrecta la mención que hace el mismo precepto de que puede obligar al propietario a que le ceda, con ese fin, la representación, dado que no la necesita al habilitarle la norma directamente.

3) Los acreedores, después de haber perseguido los bienes del deudor para realizar lo que se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona (art. 1111 CC).

4) Aunque el deudor sigue siendo dueño de la cosa dada en prenda hasta que no deba ser realizada la garantía, el acreedor de crédito garantizado por la prenda podrá ejercitar las acciones que competen al dueño de la cosa pignoriada para reclamarla o defenderla frente a tercero» (art. 1869 CC).

5) El cesionario en exclusiva de derechos de propiedad intelectual tiene «legitimación, con independencia de la del titular cedente, para perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hayan conferido» (art. 48 Ley de Propiedad Intelectual).

6) En el seguro contra daños el asegurador, una vez pagada la indemnización, podrá ejercitar los derechos y acciones que por razón del siniestro correspondieran al asegurado frente a las personas responsables del mismo, hasta el límite de la indemnización (art. 43.1 Ley del Contrato de Seguro).

7) El cesionario en exclusiva de una patente podrá, salvo pacto en contrario, ejercitar las mismas acciones que el titular de la patente frente a los terceros que atropen su derecho. El licenciario sin exclusiva no está legitimado sin más, pero adquiere legitimación si requiere al titular de la patente para que ejercite la acción, sin que éste lo haga en el plazo de tres meses desde el requerimiento (art. 124 Ley de Patentes).

c') *Por interés legítimo*

Esta posición legitimante está prevista expresamente por la ley —o la requiere la jurisprudencia— para la atribución del poder de instar tutela constitutiva y declarativa.

La cláusula del interés legítimo —o la similar, en versión negativa, de resultar perjudicado—, es un concepto jurídico indeterminado con cuya aplicación en el caso concreto el juez puede individualizar la persona investida del poder de instar la tutela. Debe tratarse de alguien para el que, aunque no tenga reconocido por el Derecho un poder de exigir algo de otro, la

actuación del Derecho en el caso concreto reporte una ventaja o la evitación de un inconveniente.

La cláusula del interés presenta, como veremos en los ejemplos, diferentes grados de indeterminación: en ocasiones la norma se limita a establecer que podrán accionar los que tengan interés o resulten perjudicados; en otras acota con diversa precisión el círculo de interesados.

Veamos ejemplos:

- 1) La acción para pedir la nulidad de un matrimonio —salvo por determinadas causas— corresponde, entre otros legitimados, a «cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella» (art. 74 CC).
- 2) Cualquier persona con interés legítimo puede pedir que sea declarada la filiación manifestada por la constante posesión de estado (art. 131 CC).
- 3) Si falta la posesión de estado la filiación no matrimonial puede ser impugnada «por aquellos a quienes perjudique» (art. 140, párr. 1 CC), pero si existe posesión de estado la legitimación de personas ajenas a la relación paterno-filial se restringe «a quienes por la filiación puedan resultar afectados en su calidad de herederos forzosos» (art. 140, párr. 2 CC).
- 4) Para la impugnación de los acuerdos nulos de los órganos de una sociedad anónima —no así para impugnarlos como anulables— está legitimado junto a otros «cualquier tercero que acredite interés legítimo» (art. 117.1 Ley de Sociedades Anónimas). También se atribuye por interés legítimo la legitimación para impugnar acuerdos y actuaciones de asociaciones por contrarios al ordenamiento (art. 40.2 LO 1/2002, de 22 de marzo).
- 5) Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas por la Ley de Competencia Desleal (art. 19.1, párr. 1 Ley de Competencia Desleal).
- 6) Según el artículo 127.1 Ley de Patentes, cualquier interesado podrá ejercitar una acción contra el titular de una patente, para que el juez competente declare que una actuación determinada no constituye una violación de esa patente.
- 7) Diferentes modalidades de afectación y de interés legítimo atribuyen legitimación para la acción declarativa de nulidad o caducidad del registro de una marca (art. 59 LMa).

d') Otras posiciones legitimantes

No cabe incluir en ninguno de los supuestos anteriores otras posiciones legitimantes previstas por las normas, que ni suponen sustitución procesal, ni consisten en un interés indefinido, sino en situaciones precisamente tipificadas, como, por ejemplo, las siguientes:

- 1) La legitimación para instar la declaración de incapacidad, que el apartado 1 del artículo 757 LECiv atribuye al «presunto incapaz, el cónyuge o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable, los descendientes, los ascendientes o los

hermanos del presunto incapaz», atribución que restringe el apartado 4 del mismo artículo: «la incapacitación de menores de edad, en los casos en que proceda conforme a la Ley, sólo podrá ser promovida por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela». El artículo 757.5 LECiv dispone que «la declaración de prodigalidad sólo podrá ser instada por el cónyuge, los descendientes o ascendientes que perciban alimentos del presunto pródigo o se encuentren en situación de reclamárselos y los representantes legales de cualquiera de ellos».

- 2) La legitimación para pedir la tutela judicial del derecho moral de autor ya fallecido corresponde a la persona designada por el autor en disposición de última voluntad y, en su defecto, a los herederos (art. 15 Ley de Propiedad Intelectual), pero no representa titularidad de un derecho transmitido, dado que el derecho moral de autor no es transmisible.

- 3) La junta de propietarios de un edificio en propiedad horizontal puede ejercitar acciones frente al propietario u ocupante del piso o local que realice diversas actividades ilícitas, para la cesación de éstas, indemnización de daños y, en su caso, prohibición temporal de uso del piso o local o extinción de los derechos de uso si no se tratase del propietario (art. 7.2 Ley de Propiedad Horizontal). En esta legitimación se manifiesta un interés colectivo de los miembros de la comunidad.

b) Legitimación de personas jurídicas y de entidades constituidas con el fin de defender intereses sociales de diversa amplitud (generales, de grupos profesionales, de ciertos agentes económicos, de consumidores y usuarios de servicios o productos diversos; etc.)

Es coherente que si una tutela judicial va a afectar, además de a una persona a un cierto colectivo de personas, la legitimación se otorgue sólo a estas entidades y no a personas privadas. Dada la repercusión social de la tutela judicial se requieren garantías suficientes de que tales entidades están destinadas a velar por determinados intereses sociales, lo que conduce a someterlas a una ordenación legal y a controles administrativos para verificar que su organización y funcionamiento se ajustan al mismo (véanse, por ejemplo, el capítulo VI de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en cuanto a las asociaciones de estos últimos; arts. 147 y ss. Ley de Propiedad Intelectual, respecto de las entidades de gestión de derechos reconocidos en esa Ley).

Esto no puede conducir a negar legitimación a la persona individual en la medida en que la precise para obtener la tutela de sus derechos e intereses legítimos individuales, sino sólo a que la tutela concedida no tenga —o no tenga en todos los casos— la eficacia colectiva mencionada. Por ejemplo: el contratante individual no está legitimado para las tutelas del artículo 12 de la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, pero puede hacer valer a su favor la causa de nulidad prevista en el artículo 8 de la Ley citada.

Estas personas jurídicas y entidades tienen legitimación:

- a') *Por titularidad de un poder jurídico específico que las habilita para obtener tutela de determinados intereses sociales*

Por ejemplo, legitimación activa de entidades del artículo 16.1, 2, 3 y 5 Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación (asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, asociaciones de consumidores y usuarios, colegios profesionales) para las tutelas del artículo 12 de esa Ley (acciones de cesación de uso de determinadas cláusulas generales de contratación, de retractación de la recomendación de utilizarlas, declarativas del carácter de condición general de la contratación).

- b') *Por titularidad del poder jurídico que habilita para hacer valer, en nombre propio, un derecho de otro*

Es el caso de sustitución procesal de asociaciones de consumidores y usuarios y de grupos de los mismos para pedir tutela de condena en caso de daños a los consumidores.

Está previsto en el artículo 11 LECiv: «2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados. 3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas».

El ejercicio de estas acciones produce cosa juzgada respecto de las acciones individuales (art. 222.3 LECiv), aunque no impide actuar en el proceso como parte al consumidor individual (art. 13 LECiv). En este caso la sustitución no está justificada en la protección de un interés privado, sino para proteger el interés social consistente en que si no se establece esta modalidad de legitimación la pequeña cuantía de las reclamaciones individuales inducirá a no presentarlas.

En otros supuestos el titular del derecho no puede ejercerlo individualmente: por ejemplo, el derecho a remuneración por copia privada, que se hará efectivo a través de las entidades de gestión de los derechos de propiedad intelectual (art. 25 Ley de Propiedad Intelectual), que, en cuanto al derecho mencionado, no actúan como representantes voluntarios de los autores (art. 150 Ley de Propiedad Intelectual), sino gestionando colectivamente un derecho de éstos cuyo ejercicio individual sería materialmente imposible.

- c') *Por habilitación para defender derechos e intereses legítimos no individualizables*

La legitimación de la entidad no se establece con tipificación del supuesto en que tiene poder para pedir la tutela, sino con un concepto indeterminado.

Son buenos ejemplos los siguientes: legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para defender los intereses generales de éstos –por ejemplo, mediante acciones de condena a abstención de fabricar o comercializar productos peligrosos, que tienen efecto preventivo de posibles daños a un conjunto indeterminado de consumidores– (art. 22.1, c) Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios); legitimación de las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos para ejercitar acciones declarativas de la deslealtad del acto, de cesación o prohibición de los mismos, de remoción de los efectos y de rectificación de informaciones incorrectas, engañosas o falsas, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros (art. 19.2 a) Ley de Competencia Desleal).

- c) **Legitimación de las Administraciones Públicas y de otras entidades públicas**

Si se persigue obtener la protección que el ordenamiento dispensa a los intereses generales es coherente atribuir legitimación a las Administraciones públicas –cuyo deber es el de velar por esos intereses, según el art. 103.1 CE– y a otras entidades públicas –como el Ministerio Fiscal, que tiene atribuida por el art. 124.1 CE la función de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad y del interés público tutelado por la ley–.

La propia naturaleza de las situaciones jurídicas a las que se refiere un proceso civil, dominadas en su mayor parte por el principio de la autonomía privada (Cap. 1), hace que estos supuestos de legitimación sean muy escasos en este proceso. No obstante existen en la medida en que el ordenamiento impone que, en determinados sectores del Derecho privado, los intereses generales prevalezcan sobre intereses privados individuales y también sobre intereses de grupo.

Deben recordarse aquí, en primer lugar, los supuestos en los que está legitimado el Ministerio Fiscal, que hemos indicado en el Capítulo 4. Pero también se pueden añadir los siguientes:

1) La legitimación del Instituto Nacional de Consumo y entidades asimiladas de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones Locales, para el ejercicio de acciones colectivas en materia de condiciones generales de la contratación (art. 16.4 en relación con el art. 12 Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación).

2) La legitimación del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales e instituciones públicas de carácter cultural para instar la tutela de ciertos componentes del derecho moral de autor después de la muerte de éste, en defecto de legitimados preferentes (art. 16 Ley de Propiedad Intelectual).

3) Legitimación de las mismas entidades citadas antes para instar la tutela del derecho de acceso a la cultura frente a ciertos modos de ejercicio «post mortem» del derecho a la no divulgación de la obra (art. 40 Ley de Propiedad Intelectual).

4) Los órganos administrativos competentes pueden demandar, previo cumplimiento de determinados requisitos, la cesación y, en su caso, la rectificación de la publicidad ilícita (arts. 25.1 y 27.4 Ley General de Publicidad).

5) La Oficina Española de Patentes y Marcas está legitimada en algunos casos para instar la declaración de nulidad o caducidad del registro de una marca [art. 59 a) LMa].

Otro modo de atender a la tutela de los intereses generales sería la acción popular, que habilita a cualquier ciudadano para instar la tutela judicial respecto de una situación jurídica con la que no tiene ninguna vinculación. No hay manifestaciones de esta modalidad de legitimación en el proceso civil.

Algunos supuestos próximos son éstos:

1) La legitimación de los administradores de la sociedad anónima para impugnar acuerdos sociales por causa de nulidad, dado que ni se requiere que sean accionistas, ni que tengan un interés legítimo (arts. 117.1 y 2, en relación con el art. 123.2 Ley de Sociedades Anónimas).

2) Cualquier vecino puede requerir a la entidad local legitimada para ejercer acciones en defensa de sus bienes y derechos, para que las ejerce; caso de no hacerlo en el plazo de treinta días los vecinos podrán ejercitar las acciones «en nombre e interés de la Entidad Local» (art. 68 Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local).

d) La legitimación pasiva

Cualquier persona que haya sido demandada tiene, por esa sola razón, la calidad suficiente para comparecer en ese proceso concreto y para defenderse en él. Esto no es manifestación de su legitimación pasiva —como concepto equivalente, en la parte demandada, a la legitimación activa—, sino reflejo de sus capacidades para ser parte y de actuación procesal y de su condición de parte demandada, en la que le ha colocado el actor.

La legitimación pasiva significa frente a quién ha de ser interpuesta la petición de tutela judicial, para que tal petición sea eficaz en este aspecto subjetivo.

En este sentido, legitimados pasivamente están:

1) El o los obligados frente al derecho que se hace valer mediante la pretensión procesal interpuesta. En ocasiones el ordenamiento atribuye legitimación pasiva a quien frente a la persona que demanda no está obligado, pero sí lo está a garantizar el cumplimiento de una obligación contraída por otra persona frente al demandante. Así, según el artículo 76 Ley de Contrato de Seguro el perjudicado por un hecho cubierto por seguro de

responsabilidad civil o sus herederos tendrán acción directa frente al asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar.

2) La legitimación pasiva corresponde al o a los titulares de un derecho, relación jurídica, estado jurídico o negocio jurídico a los que se refieran peticiones de tutela merodeclarativa o constitutiva.

3) La persona que hubiera realizado la conducta lesiva de un derecho de la personalidad, de un derecho real, de un derecho absoluto sobre bienes inmateriales, o la conducta infractora de unas normas objetivas de comportamiento social, está legitimada pasivamente frente a las peticiones de tutela que, por ello, se formulen. La dificultad que puede tener la precisión de los legitimados pasivos en estos supuestos, conduce a la ley, en algunos supuestos, a establecer normas expresas (véanse, en ese sentido, el art. 17 Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación y el art. 20 Ley de Competencia Desleal).

1) El Ministerio Fiscal en aquellos casos en los que la ley establece que debe ser parte y no ha sido él quien ha formulado demanda (Cap. 4).

c) NATURALEZA JURÍDICA Y TRATAMIENTO PROCESAL DE LA LEGITIMACIÓN

a) Naturaleza jurídica

En nuestra doctrina se mantienen tesis diferentes acerca de la naturaleza jurídica de la legitimación.

Unos autores mantienen su naturaleza procesal, principalmente por la razón de que si el proceso se sigue entre partes no legitimadas y el juez lo entiende así, la sentencia no afectará a la relación material, no será de fondo, sino meramente procesal.

Otros autores —cuya opinión comparto— estiman que es un requisito de fondo, que integra uno de los presupuestos de la acción como derecho concreto (a una sentencia favorable), o, de otro modo dicho, es uno de los presupuestos de la estimación de la pretensión.

Para reflexionar sobre esta cuestión puede ser útil tener en cuenta estas observaciones:

1) La función que cumple el juez en un proceso civil de declaración no es la de decir, con fuerza de cosa juzgada, si el ordenamiento es o no respetado, ni siquiera con la matización de referir esa declaración a un caso concreto. Su función es, más precisamente, resolver sobre la tutela judicial pedida por alguien y frente a alguien, adoptando esa resolución en atención al estado de hechos probados y con arreglo al Derecho.

2) Si esta petición es rechazada por el juez a causa de que quien la ha formulado no tiene atribuido el poder de pedirla sobre la situación jurídica a la que se refería su petición o no lo tiene frente a la persona a la que ha demandado, es cierto que esto no impedirá que el juez pueda conceder la tutela a instancia de uno o frente a otro —y «verdadero»— legitimado.

Pero ¿cuál es la más correcta interpretación de esto? ¿Ha de entenderse que se debe a que no ha habido cosa juzgada sobre esos aspectos de atribución subjetiva, con lo cual debería ser admitida incluso la pretensión nuevamente interpuesta entre los mismos que se presentaron como parte en el primer proceso? ¿O, más bien, debe entenderse que, estando excluida por la cosa juzgada la reiteración entre las mismas partes de la pretensión inicial, lo único que deja abierta la posibilidad de un pronunciamiento sobre la misma situación jurídica a la que esta pretensión se refería es la existencia de otros legitimados a los que la eficacia de cosa juzgada de la primera sentencia no se haya extendido?

La segunda explicación deja simultáneamente a salvo el efecto de la cosa juzgada entre los que litigaron y la posibilidad de que se dicte sentencia sobre la misma situación jurídica, pretendida, esta vez, entre legitimados distintos a los del primer proceso, siempre —como es natural— que la cosa juzgada no se extendiera también a ellos (art. 222.3 LECiv).

3) Si se concluye —como creo más fundado— que la norma que atribuye la legitimación es material, aún queda por dilucidar si es una norma de Derecho privado con reflejo procesal (tiene sin duda ese carácter la legitimación por titularidad del derecho o de la relación jurídica) o si, al menos en algunos supuestos, es una norma de Derecho procesal no formal.

Que no es una norma de Derecho procesal formal es evidente. Las personas se hallan o no se hallan en la posición legitimante, según el estado de los hechos y el Derecho que configura aquellas posiciones —en las variadas formas que antes hemos visto—. Hallarse en tal posición no depende de unos actos del demandante realizados a voluntad para cumplir el presupuesto (salvo en algún supuesto en el que adquirir la legitimación depende también, aunque no sólo, de un acto suyo —por ejemplo: requerimiento del licenciatario no exclusivo de una patente, en el art. 124.2 Ley de Patentes—).

Para que se tratara de una norma procesal no formal debería ser una norma con exclusiva incidencia en el proceso, no en las relaciones extraprocerales. Pero esto no sucede, al menos en todos los casos de norma de legitimación no coincidente con la titularidad del derecho. Por ejemplo: la acción subrogatoria del artículo 1111 CC puede tener su correlativo en el plano extraprocerales en los artículos 1162 —pago a persona autorizada para cobrar en nombre del deudor— y 1163 —pago a tercero que redunde en utilidad del deudor— CC; las entidades de gestión de derechos derivados de la Ley de Propiedad Intelectual realizan válida y eficazmente actividad extraprocerales de cobro de derechos por copia privada (art. 25 de la ley citada).

b) Tratamiento procesal

Con independencia de la opinión acerca de la naturaleza de la legitimación, se han defendido teóricamente unas posibilidades limitadas de examen de la misma en un trámite casi inicial del proceso, para evitar la completa

realización de éste si, desde el principio, se revela que no podrá conducir, por falta de este presupuesto, a una sentencia que pueda conceder la tutela pedida.

Quien opina que tiene naturaleza procesal no por eso defiende una posibilidad limitada de examen «a limine», porque se reconoce que en la mayor parte de los casos la legitimación está vinculada al tema de fondo y sería inconveniente un tratamiento previo.

Quien sostiene que es tema de fondo no por eso excluye toda posibilidad de tratamiento «a limine» y se propone explicar de qué modo es éste posible, en qué condiciones un tema de fondo puede ser tratado como si fuera de forma sin serlo. La conclusión es, fundamentalmente, la siguiente: es posible y útil un tratamiento previo si de las propias afirmaciones y peticiones de la demanda y atendidas las normas legitimantes, cabe concluir que aquélla no podrá prosperar por falta de legitimación. De otro modo: objeto de tratamiento «a limine» sólo puede serlo la legitimación en cuanto afirmada, pero no en cuanto existente. Aun de otro modo dicho: una demanda podría ser rechazada «a limine» por falta de legitimación si no fuera concluyente en la afirmación de la posición legitimante.

Veamos en qué casos prevé la LECiv un tratamiento de la legitimación, el examen de su concurrencia o no, de modo específico y previo a la sentencia final:

1) En los casos de litisconsorcio necesario. Si todos los litisconsortes (art. 12.2 LECiv) no están en el proceso como partes, bien como demandantes, bien por haber sido demandados, salvo que se subsane el defecto ampliando la demanda a los litisconsortes inicialmente no demandados, el proceso deberá ser sobreseído (arts. 420 y 443.2 y 3 LECiv).

2) Si un tercero solicita intervenir alegando como posición legitimante su interés directo y legítimo en el objeto del proceso pendiente, la admisión de la intervención depende del examen de lo alegado respecto de su legitimación (art. 13.2 LECiv).

3) Para admitir la sucesión en la posición de la parte inicial ha de ser examinado —como veremos al final de este mismo Capítulo— el título de transmisión, que completa la legitimación del sucesor.

4) En procesos sobre ciertas clases de pretensiones el acreditamiento documental de la titularidad del derecho que se hace valer condiciona el acceso al proceso en el que se pide la tutela (caso del retracto —arts. 266.3º y 269.2 LECiv— y de los alimentos —art. 266.2º LECiv—) o la obtención de una tutela sumaria del derecho (caso de la adquisición de la posesión de bienes hereditarios —arts. 266.4º y 269.2 LECiv—).

El artículo 425 LECiv dispone que «la resolución de circunstancias alegadas o puestas de manifiesto de oficio, que no se hallen comprendidas en el

artículo 416, se acomodará a las reglas establecidas en estos preceptos para las análogas». En principio podría entenderse que da base general para el tratamiento previo de la legitimación. Pero esa interpretación del precepto no es correcta.

Haría posible una inadmisión fundada, en definitiva, en una interpretación de la norma legitimante o en considerar no demostrados los hechos relevantes para su aplicación. Es decir, nítidos juicios de fondo, pero realizados sin que el actor haya podido utilizar todas las posibilidades de alegación y de prueba respecto de este presupuesto del derecho a la tutela.

La consecuencia es demasiado grave para aceptarla sin la base de una disposición expresa, como las que se ha estimado necesario establecer para supuestos de inadmisión de similar naturaleza.

La inadmisión basada en un juicio de fondo anticipado está expresamente prevista, por ejemplo, en los artículos 42 CC, 5 Ley reguladora del Derecho de Rectificación –petición de rectificación manifiestamente improcedente– y 29 a) de la Ley General de Publicidad. Y, de modo general en cuanto a la apreciación del requisito de la legitimación, por el artículo 51.1 LJCA («cuando conste de modo inequívoco y manifiesto la falta de legitimación del actor»).

LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS COMO PARTE

También las Administraciones públicas pueden ser sujetos activos o pasivos de relaciones o situaciones jurídicas de Derecho privado, de modo que tienen la posibilidad de ser parte en un proceso civil. A tal efecto –como hemos visto– tienen reconocidas capacidad para ser parte y capacidad procesal.

La particularidad que define la intervención de una Administración pública en el proceso civil de declaración reside precisamente en su estatuto de parte, configurado en buena medida por el conjunto de situaciones jurídicas previstas en la ley procesal para toda parte en juicio, pero también por un conjunto más reducido –pero de notable repercusión en el proceso– de situaciones jurídicas de específica aplicación a las Administraciones públicas –doctrinalmente calificadas en su mayor parte como privilegios– y contenidas en una regulación específica.

Veamos, en primer lugar, cuál es dicha regulación normativa del estatuto de parte específico de las Administraciones públicas en el proceso civil y después analizaremos brevemente en qué consiste.

A) EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL ESTATUTO DE PARTE DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

A este respecto es conveniente distinguir los siguientes supuestos:

a) Normativa aplicable a la Administración estatal y local

En el caso de la Administración estatal y local la regulación de sus situaciones jurídicas particulares se encuentra toda ella en diversas disposiciones estándares de aplicación directa a dichas Administraciones.

Así, para la Administración estatal, sus especialidades procesales se regulan principalmente en la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas (Ley 52/1997, de 27 de noviembre, en adelante LAJEIP), en el Reglamento del Servicio Jurídico del Estado (RD 997/2003, de 25 de julio), en la LOPJ (arts. 544.2 y 551.1 y 2) y en los arts. 120 a 124 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.

Para la Administración de las Entidades Locales, sus particularidades procesales se encuentran igualmente en la LOPJ (arts. 544.2 y 551.1) y en los arts. 120 a 124 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a lo que debe añadirse lo dispuesto en el artículo 173.2 del RDLeg 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

b) Normativa aplicable a la Administración de las Comunidades Autónomas

En el caso de las Comunidades Autónomas el régimen normativo de su estatuto como parte se complica respecto de las Administraciones anteriores. Puede afirmarse que la totalidad de las Comunidades Autónomas disponen de una normativa reguladora de su intervención procesal –bien se trate de una legislación «ad hoc» o no, bien tenga rango legal o reglamentario– cuya cita resulta imposible en estos momentos, y cuya legitimidad constitucional es dudosa en algunos puntos, si tenemos en cuenta el reparto competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas que el artículo 149.1.6ª CE hace en materia procesal.

A ello debe añadirse que la disposición adicional cuarta, párrafo segundo, de la LAJEIP, hace extensibles a la Administración autonómica buena parte de las especialidades previstas para la Administración estatal –lo que no está exento de problemas como veremos más adelante– y que algunos Estatutos de Autonomía –legislación estatal, recuérdese– también contienen algunas previsiones al respecto. Como hemos dicho en el caso de la Administración estatal y local, también a la Administración autonómica le son de aplicación los artículos 120 a 124 Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

B) EL ESTATUTO PROCESAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Si se tiene presente que cuando se alude a las Administraciones públicas entre ellas se comprenden tanto las de ámbito estatal, autonómico y local –cualquiera que sea su base configuradora: territorial o institucional, incluyendo los órganos constitucionales o estatutarios; pero no las entidades públicas empresariales– se entiende que, por una parte, existan situaciones jurídicas que sean de aplicación común a todas ellas (por ejemplo, los arts. 120 a 124 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, relativos a la reclamación administrativa previa) y que, por otra parte, otras situaciones jurídicas sólo sean de aplicación particular a alguna de esas Administraciones (por ejemplo el art. 15 LAJEIP, de aplicación exclusiva a la Administración estatal y autonómica por razones de organización).

En consecuencia, como criterio para la sistematización de las particularidades que definen el estatuto de parte de las Administraciones públicas, hemos optado por el siguiente:

a) Particularidades aplicables a la Administración estatal, autonómica y local:

1) Tanto la representación como la defensa en juicio les corresponde conjuntamente a los letrados adscritos a sus servicios jurídicos (art. 447 LOPJ). No obstante es posible atribuir la postulación procesal –representación y defensa– a un abogado colegiado, aunque para el Estado no resulte del todo claro con la nueva redacción del artículo 551.1 LOPJ. Los Abogados del Estado pueden asumir la representación y defensa en juicios de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales, en los términos que se establezca reglamentariamente y en los convenios que celebren con la administración del Estado.

En el caso de la Administración estatal debe especificarse igualmente que no sólo a los abogados del Estado les compete la postulación en juicio (arts. 551.1 LOPJ y 1.1 LAJEIP), sino que si de la Administración de la Seguridad Social se trata, su postulación procesal corresponde a los Letrados de la Seguridad Social (art. 551.1 LOPJ y art. 1.2 LAJEIP), y que en el caso de las Cortes Generales y de la Administración electoral son los Letrados de las Cortes quienes asumen dichas funciones (arts. 551.2 LOPJ y disp. adic. 6ª LAJEIP), esquema que sigue alguna Comunidad Autónoma con respecto a su Asamblea legislativa (así ocurre, por ejemplo, en la Comunidad Autónoma de Murcia).

La nueva redacción del art. 551.1 LOPJ permite que los Abogados del Estado también asuman la representación y defensa de las sociedades mercantiles estatales y fundaciones con participación estatal; pero ello no debe significar que a dichas ent-

dades se les aplique el resto de especialidades procesales de una Administración Pública.

2) Con carácter previo a la presentación de una demanda contra una Administración pública debe interponerse la reclamación administrativa previa regulada en los artículos 120 a 124 Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

3) Los actos de comunicación que deban practicarse con las Administraciones públicas, se realizarán en la sede oficial de sus servicios jurídicos. La norma es clara para la Administración estatal y autonómica (art. 11 LAJEIP), pero con las Entidades Locales el resultado es el mismo si tenemos en cuenta que el domicilio oficial de las mismas coincidirá con el domicilio de sus servicios jurídicos (art. 155 LECiv).

4) Tanto la Administración estatal y autonómica (art. 12 LAJEIP), como la local (art. 173.2 RDley 2/2004) están exentas de constituir depósitos, cauciones, fianzas o demás consignaciones previstas en las leyes procesales.

5) Debe destacarse que no existe ninguna particularidad respecto de las costas procesales (pero véase, art. 13 LAJEIP).

b) Particularidades aplicables a la Administración estatal y autonómica:

1) Para el conocimiento y resolución de los procesos en que sean parte la Administración estatal o autonómica, serán en todo caso competentes, y con preferencia a cualquier otra norma de competencia, los Juzgados que tengan su sede en una capital de provincia, en Ceuta o Melilla (art. 15 LAJEIP), o, en el caso de la Administración autonómica, también aquellos Juzgados que tengan su sede en la capital de una Comunidad Autónoma que no sea capital de provincia (disp. adic. 4ª LAJEIP).

2) El letrado de la Administración estatal o autonómica, cuando sean demandadas y tras recibir el primer acto de comunicación, podrá solicitar la suspensión del curso de los autos, tanto para solicitar los antecedentes del asunto, como para elevar consulta a la dirección de los servicios jurídicos. El Juez concederá dicha suspensión durante un plazo discrecionalmente fijado por él, sin que exceda de un mes ni sea inferior a quince días, salvo que ello pueda producir un grave daño para el interés general (art. 14 LAJEIP).

Con respecto a las Comunidades Autónomas debe retomarse la cuestión relativa a su régimen jurídico ahora que conocemos cuáles son las especialidades que definen su estatuto como parte procesal.

Según el párrafo primero de la disposición adicional cuarta de la LAJEIP, las especialidades procesales que son de aplicación a las Comunidades Autónomas han sido dictadas al amparo de la competencia que en materia procesal corresponde en exclusiva al Estado, lo que no empece para que nos

planteemos hasta qué punto no suponen una imposición a las Comunidades Autónomas que puede interferir en su capacidad autoorganizativa (art. 148.1.1ª CE).

Resulta incuestionable la naturaleza procesal de normas como el artículo 15 LAJEIP (fuero territorial), pero si dicha norma obedece a las exigencias de organización de la Administración del Estado y su intervención en el proceso —fundamentalmente a la base provincial de sus servicios jurídicos—, ¿cabe suponer que todas las Comunidades Autónomas tienen iguales exigencias? Así, ha resultado evidente la disfuncionalidad existente entre los esquemas organizativos del Estado y de las Comunidades Autónomas en otro punto de clara naturaleza procesal como la postulación en juicio, en el que a pesar de reconocer la legislación estatal que representación y defensa en juicio pueden asumirse conjuntamente por los letrados de sus servicios jurídicos, exigencias de índole práctica ha llevado a algunas Comunidades Autónomas a mantener la representación a través de procurador.

Lo mismo podemos decir de otras especialidades procesales del Estado debidas a su organización interna y que, trasladadas a las Comunidades Autónomas, tienen una aplicación cuanto menos discutible. Nos referimos, por ejemplo, a la suspensión del curso de los autos para que el abogado del Estado solicite antecedentes y consulte con la Dirección de los servicios jurídicos de que depende, norma de funcionamiento interno tradicionalmente incluida en la ordenación del Servicio Jurídico del Estado, que sin embargo resulta ignorada en la mayoría de las regulaciones autonómicas sobre sus servicios jurídicos. Obsérvese que el artículo 14 LAJEIP tiene una innegable repercusión procesal, pero que en el fondo regula una actuación del abogado del Estado, pues es éste quien debe recabar «los antecedentes para la defensa de la Administración». ¿Debe entenderse que también está el letrado autonómico compelido a recabar dichos antecedentes en virtud de este precepto?

Queremos poner de manifiesto con todo este planteamiento que, en el caso de la aplicación de las normas procesales estatales a la intervención en juicio de las Comunidades Autónomas, más que de una aplicación directa deberíamos hablar de una aplicación supletoria de la misma, supletoriedad entendida del siguiente modo: sólo cuando la organización y regulación autonómica sobre la intervención en juicio de la Administración autonómica lo requiera, procederá la aplicación de las especialidades procesales contempladas en la legislación estatal. Sólo de este modo se respetaría la capacidad autoorganizativa de las Comunidades Autónomas, al tiempo que la legislación autonómica sobre la comparecencia en juicio de sus Administraciones encontraría pleno sentido, sirviendo la legislación estatal como complemento de aquello que no pueden regular las Comunidades Autónomas.

Sin embargo, parece que el legislador estatal no ha tenido en cuenta estos factores y que proclama más bien una aplicación directa de las referidas especialidades procesales.

LA SUCESIÓN PROCESAL

A) CONCEPTO

La sucesión procesal es la adquisición de la situación jurídica procesal en la que se hallaba la persona o entidad que era parte en un proceso, por otra persona o entidad a la que, a causa de un hecho o de un acto o negocio jurídico extraprocesal, le han sido transmitidos los derechos, relaciones u otras situaciones jurídicas materiales a las que se refiere la pretensión procesal pendiente en ese proceso.

La persona o entidad que anteriormente eran parte en el proceso dejan de serlo. La condición de parte y la concreta situación procesal de quien era parte hasta ese momento (en cuanto a las posibilidades procesales que aprovechó, cargas que asumió o lo contrario) es adquirida por la persona o entidad a la que han sido transmitidas las situaciones jurídicas materiales a las que se refiere la pretensión objeto del proceso.

Para que exista sucesión procesal es necesario:

1) Que la transmisión de la situación jurídica material se haya producido después de la litispendencia (art. 410 LECiv), dado que sin ésta no hay algo que sea objeto de juicio, como requieren los artículos 16.1 y 17.1 LECiv.

Las transmisiones producidas antes de la litispendencia han de ser tomadas en consideración por la parte actora para cumplir correctamente el requisito de la legitimación, según el nuevo estado de cosas, formulando la demanda el adquirente o dirigiéndola frente al adquirente.

2) Que se haya producido una transmisión extraprocesal de aquello a lo que se refiere la pretensión procesal. Esta transmisión ha podido producirse por cualquier hecho, acto o negocio jurídico, pero, como veremos, la distinción principal debe hacerse entre transmisión «mortis causa» —por fallecimiento de la parte, regulada en el art. 16 LECiv— y transmisión «inter vivos» —específicamente de aquello a lo que se refiere el objeto del proceso o de un conjunto patrimonial en el que aquello se incluye, regulada por el art. 17 LECiv—. Obviamente no habrá sucesión si la situación jurídica no es transmisible (ATC, Sala 1ª, 29 abril 2004: legitimación para instar incapacitación).

3) Que se realicen los actos legalmente previstos para la constitución como parte en el proceso del sucesor. Para esto, como veremos, no siempre

se requiere una actuación procesal de éste, pero sí puede ser necesaria una actuación procesal frente a él.

4) Que la transmisión y los actos para la sucesión se realicen antes de la firmeza de la sentencia, porque con esta firmeza termina toda posibilidad de actuación en el proceso de declaración. Ocurridos el primero o ambos hechos con posterioridad a la firmeza, sólo cabe hablar de la extensión de la cosa juzgada a los sucesores (art. 222.3 LECiv), de la legitimación de éstos para las acciones de impugnación de la cosa juzgada (arts. 511 y 514 LECiv, relativos a la revisión), y eventualmente —si la sentencia es de condena— de la posición de los sucesores en el proceso de ejecución (véase, en general, el art. 540 LECiv).

B) LA SUCESIÓN PROCESAL POR MUERTE DE LA PARTE

a) Determinación de su ámbito de aplicación

Del doble régimen al que la LECiv somete la realización de una sucesión procesal —una vez producida ésta los efectos de la sucesión son iguales— el establecido por el artículo 16 de la misma se aplica estrictamente a los casos de muerte de una persona que es parte.

La transmisión que da lugar a este caso de sucesión es universal, afecta a todos los derechos y obligaciones del causante. Pero esto no determina que, por analogía con esta característica, las modificaciones de personas jurídicas que afecten a su personalidad y a la generalidad de su patrimonio (por ejemplo: fusiones de sociedades) deban someterse al régimen del artículo 16 LECiv.

Lo determinante de la aplicación de este régimen es la muerte como hecho causante de la transmisión. Tampoco se someten a él todas las transmisiones relacionadas con y derivadas de la transmisión «mortis causa»: por ejemplo, las derivadas del cumplimiento de legados (arts. 858 y siguientes CC) y de la partición entre los herederos (art. 1068 CC); hay, en estos supuestos, una transmisión «inter vivos» entre quienes sucedieron «mortis causa», incluso procesalmente, al causante y quienes reciben bienes y derechos determinados, transmisión que, si tiene por objeto los que sean litigiosos, podrá dar lugar a una sucesión procesal según el artículo 17 LECiv.

Sólo puede originar sucesión el fallecimiento de quien es parte en el proceso. El fallecimiento del representante legal de la persona sin capacidad de actuación, o de la persona que integre esa capacidad de otro modo, es cuestión de modificación sobrevenida de la capacidad de actuación procesal —que se trata del modo visto en el Cap. 5º— e, indirectamente, puede serlo de extinción de la representación del procurador. En todo caso la persona que es parte sigue siendo la misma.

El reconocimiento de capacidad para ser parte a las masas patrimoniales que carezcan transitoriamente de titular (art. 6.1.4º LECiv) —lo que supone que tiene esa capacidad la herencia yacente—, determina que la sucesión pueda producirse en favor de:

1) La herencia yacente, por la que actuará en el incidente de sucesión y, en su caso, en el proceso que continúe, quien, conforme a ley, deba administrar la herencia (art. 7.5 LECiv).

2) Los herederos, una vez aceptada la herencia.

b) Actuaciones para la sucesión procesal

Principalmente son las siguientes, según los artículos 16.1 y 2 y 30.1.3º LECiv:

1) Conocido por el tribunal, por cualquier medio, el hecho del fallecimiento —comunicación de las otras partes, del procurador que representa a la parte fallecida (art. 30.1.3º LECiv), o, simplemente, porque la defunción «conste al tribunal» (art. 16.2 LECiv)—, deberá acordar la suspensión del proceso.

2) Si el sucesor se personara espontáneamente, acreditando el título sucesorio o su condición de administrador de la herencia yacente, el juez oirá a las demás partes y resolverá sobre la personación del sucesor.

3) Si en el plazo de cinco días desde la constancia del fallecimiento no se personase el sucesor «se permitirá a las demás partes pedir, con identificación de los sucesores y de su domicilio o residencia, que se les notifique la existencia del proceso, emplazándoles para comparecer en el plazo de diez días» (art. 16.2 LECiv).

c) Modos de producirse la sucesión

Electuadas las notificaciones y los emplazamientos antes indicados la sucesión procesal se produce en todo caso, aunque de modo y con alcance distinto según diversas actitudes de las personas emplazadas:

1) Si optan por personarse en el proceso, suceden al causante en la situación procesal tal como se ha desarrollado hasta el momento de la suspensión por el incidente de sucesión, y, desde su personación, pueden participar activamente en el desarrollo de esa situación con los poderes propios de una parte.

2) Si ha fallecido la parte demandada y sus sucesores no son conocidos, no pueden ser localizados para realizar los actos de comunicación, o, realizados éstos, no se personan, serán declarados en rebeldía y el proceso continuará (art. 16.3, párr. 1º LECiv). Resulta de esto que la sucesión procesal se

produce –en su caso respecto de la herencia vacante como parte–, sólo que, mientras el sucesor no se persone, no podrá participar en el desarrollo activo de la situación jurídica procesal.

3) Si ha fallecido la parte demandante y sus sucesores no son conocidos o no pueden ser localizados para realizar los actos de comunicación, se entenderá que ha habido desistimiento y se resolverá sobre la terminación del proceso con arreglo a las normas del desistimiento –art. 20.3 LECiv; si el demandado no se opone se acordará la terminación; si se opone el juez resolverá (art. 16.3, párr. 2º LECiv)–. Hay sucesión procesal en la situación producida hasta el desistimiento y en cuanto a las consecuencias de éste, al igual que en la continuación del proceso, si la misma se produce por rechazarse el desistimiento.

4) Si ha fallecido la parte demandante y sus sucesores «no quisieran comparecer» se entenderá que se produce «renuncia a la acción» (art. 16.3, párr. 3º LECiv). El supuesto de hecho de esta renuncia tácita es dudoso: no querer comparecer parece algo distinto a, simplemente, no comparecer; en cualquier caso, clarificar el efecto jurídico de la no comparecencia está en manos del sucesor, que puede excluir la renuncia con sólo personarse y desistir. La sucesión procesal se limita a la situación procesal desarrollada hasta el incidente de sucesión y a la sentencia desestimatoria por renuncia y a sus efectos (art. 20.1 LECiv).

C) SUCESIÓN POR TRANSMISIÓN «INTER VIVOS» DEL OBJETO LITIGIOSO

a) Determinación de su ámbito de aplicación

El régimen establecido por el artículo 17 LECiv se aplica a la sucesión procesal que tenga causa en la transmisión por negocios jurídicos «inter vivos» de las situaciones jurídicas materiales a las que se refiera la pretensión procesal.

Como ya se apuntó al tratar de la sucesión «mortis causa», estas transmisiones pueden serlo a título singular –específicamente del derecho, relación o situación jurídica a la que se refiere la pretensión procesal– o tratarse de transmisiones de conjuntos patrimoniales en los que el objeto litigioso esté comprendido –como ocurre en los casos de fusión y escisión de sociedades y de transmisión del patrimonio social o cesión en bloque de activo y pasivo–.

En principio, permitir que estas transmisiones tengan consecuencias en el proceso es contrario a los efectos de la litispendencia, en concreto al que ahora describe el artículo 413.1 LECiv cuando dispone que «no se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio,

introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvencción».

La transmisión «mortis causa» se impone indefectiblemente y su eventual falta de regulación sería, indudablemente, una laguna. Pero la transmisión «inter vivos» es un acto, por lo general, voluntario y la ley podría prohibirlo respecto de los bienes y derechos que fueran litigiosos.

Ahora bien, el Derecho material, en vez de establecer esa prohibición, autoriza implícitamente los contratos sobre cosas litigiosas al disponer que son rescindibles «cuando hubiesen sido celebrados por el demandado sin conocimiento y aprobación de las partes litigantes o de la autoridad judicial competente» (art. 1291.4º CC), de modo que, si se cumplen estos requisitos, son inmunes a la impugnación de los artículos 1290 y ss. CC.

b) Justificación de la sucesión procesal por transmisión «inter vivos» de la cosa litigiosa

El Derecho procesal podría optar por la solución de no dar entrada como parte en el proceso al adquirente o cesionario. En tal caso esta persona resultaría afectada por la cosa juzgada como causahabiente de la parte (art. 222.3 LECiv: «afectará a las partes del proceso y a sus herederos y causahabientes»), pero para la defensa en el proceso de su posición respecto del objeto litigioso tendría que confiar en la que desarrollara la persona inicialmente parte en el mismo y que le transmitió ese objeto.

Presupuesto que el Derecho material no niega incondicionalmente la validez y eficacia de estas transmisiones, resulta más adecuado a la efectividad del derecho de defensa del adquirente o cesionario que pase a ocupar la posición de parte en la que, de momento, se halla el transmitente.

No obstante, esta solución puede originar inconvenientes a la parte contraria. Por ejemplo, además de los que enuncia el párrafo segundo del apartado 2 del artículo 16 LECiv, la menor solvencia del adquirente o cesionario –que dificultará una ejecución dineraria, directa o subsidiaria, tanto del título ejecutivo principal como de las costas–, la eventual extinción de una medida cautelar obtenida frente a la parte inicial o de una caución sustitutiva de la misma. La consideración de esta posibilidad conduce, como veremos, a que la sucesión procesal «inter vivos» no deba ser admitida en atención a la mera constatación de la transmisión.

En cualquier caso debe apuntarse que si la sucesión no es admitida, el adquirente o cesionario –para defender personalmente sus intereses respecto del objeto litigioso– puede solicitar la intervención prevista por el artículo 13 LECiv. A la admisión de ésta no cabe oponer ninguno de los perjuicios

que puede originar a la contraparte la sucesión, porque el transmitente sigue siendo parte.

c) Actuaciones para la sucesión procesal

La admisión como parte, en sucesión de quien estaba constituido en tal calidad, ha de ser pedida por el adquirente o cesionario, acreditando la transmisión. Hecha esta petición se suspende la tramitación ordinaria del proceso para dar lugar a un debate específico sobre la sucesión.

Se da audiencia a la parte contraria por plazo de diez días. Si esta parte no se opone (acto de causación) el juez ha de admitir la sucesión, salvo defectos de capacidad que debe apreciar de oficio. Si se opone a la sucesión, el juez ha de resolver atendidas las razones expuestas y de acuerdo con las normas. Estas imponen una resolución de inadmisión en los casos del párrafo segundo del artículo 17.2 LECiv: «No se accederá a la pretensión cuando dicha parte acredite que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, o un derecho a reconvenir, o que pende una reconvencción, o si el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa»; pero esto no supone que el juez no pueda inadmitir la sucesión por otras causas fundamentadas (véase las que citamos en el anterior apartado b) porque la ley autoriza al juez a resolver «lo que estime procedente».

La sucesión se produce sin estas actuaciones en el caso de que el bien o derecho litigioso hubiera sido adquirido en enajenación realizada en proceso concursal. Para que se produzca la sucesión basta la comunicación de la administración del concurso al juzgado que conoce del proceso (art. 150 LCo).

En las actuaciones para la sucesión derivadas de una inicial intervención de tercero provocada por el demandado, éste toma la iniciativa de solicitar su salida del proceso y que su posición sea ocupada por el tercero; el plazo de audiencia de la contraparte se reduce a cinco días (art. 18 LECiv).

Capítulo 7

MANUEL ORTIGUELL RAMOS

SUMARIO.—LA PLURALIDAD DE PARTES.—PLURALIDAD INICIAL: CLASES. TRATAMIENTO PROCESAL Y ESTATUTO PROCESAL DE LOS LITISCONSORTES.—A) El litisconsorcio necesario.—B) El litisconsorcio cuasinecesario.—INTERVENCIÓN DE TERCEROS: CLASES. TRATAMIENTO PROCESAL Y ESTATUTO PROCESAL DE LOS INTERVINIENTES.—A) En general.—B) Intervención litisconsorcial.—C) Intervención adhesiva simple.—D) Intervención espontánea e intervención provocada.

LA PLURALIDAD DE PARTES

En el Capítulo 4 se hizo notar que, en el proceso de declaración, sólo existen dos posiciones de parte, y también que, aunque la ley tome normalmente en consideración que cada una de tales posiciones está ocupada por una sola persona o entidad, puede darse el caso de que sean varias las que se hallen en la posición de actor, en la de demandado o en ambas.

Esta configuración especial de la condición de parte puede ser debida a tres razones distintas:

1) Se ha interpuesto una pretensión procesal referida a derechos, relaciones jurídicas o estados jurídicos con una pluralidad de titulares, de modo que si la legitimación pasiva se concreta correctamente es necesario formular la pretensión frente a todos los titulares.

Por ejemplo: uno de los afectados en su condición de heredero forzoso ejercita acción de impugnación de una relación paterno-filial frente al o los aparentes padres y frente al aparente hijo (art. 140, párr. 2º CC).

2) Se ha interpuesto una pretensión procesal que se refiere a una relación jurídica conexa con otra sobre la cual no ha de resolverse en el proceso, pero la sentencia que se dicte en éste influirá —a causa de la conexión o dependencia apuntadas— en lo que se resuelva en un proceso futuro sobre la relación dependiente.

Por ejemplo: el acreedor puede, en reclamación de una deuda dineraria garantizada por fianza, interponer sólo pretensión de condena frente al deudor. Sin embargo, el fiador —que, salvo absolución del deudor, podrá ser condenado, en otro proceso, a pagar la deuda con fundamento en su obligación accesoria de fianza—

puede intervenir en aquel proceso, dando lugar a una pluralidad de partes en la posición del demandado.

3) Se interponen varias pretensiones procesales referidas a derechos, relaciones jurídicas, etc., diferentes pero conexas.

Por ejemplo: diferentes sujetos pasivos de los daños causados por la caída de un muro (cada uno de los propietarios de los vehículos estacionados junto al mismo, cada una de las personas que transitaban por ese lugar) interponen conjuntamente sus pretensiones frente al propietario de la edificación, originando una pluralidad de partes en la posición de la parte actora.

O, utilizando el mismo ejemplo del número 2, el acreedor, en vez de demandar sólo al deudor principal, demanda también al fiador, dando lugar a una pluralidad de partes en la posición demandada.

Si se reflexiona sobre los ejemplos apuntados para ilustrar cada uno de los supuestos, podrá concluirse que sólo en los supuestos de los números 1 y 2 hay exclusivamente pluralidad de partes: en ellos la pretensión procesal, el objeto del proceso, es único; la pluralidad sólo aparece en las personas que son parte en el proceso sobre ese objeto. En los supuestos del número 3 la pluralidad de partes es, en cambio, una característica adicional de la pluralidad de pretensiones procesales, cada una de las cuales tiene –como mínimo– una parte actora y una demandada.

En este Capítulo estudiaremos sólo los supuestos de estricta pluralidad de partes. Los supuestos de pluralidad de partes con pluralidad de pretensiones se tratarán en el Capítulo 10.

Las clases de pluralidad de partes se distinguen por el momento procesal en que se produce la pluralidad y por la clase de legitimación que las partes tienen:

1) Hay una pluralidad de partes inicial –es decir: existente desde la demanda como acto de iniciación del proceso–, que es el litisconsorcio necesario, al que se refiere el artículo 12.2 LECiv: «cuando por razón de lo que sea objeto del juicio la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa».

El último inciso de la disposición apunta otra modalidad de pluralidad inicial: la que se da en los casos en que, a pesar de la expresa dispensa legal, el actor demanda a la pluralidad de sujetos titulares de lo que sea objeto del juicio. Es el llamado –y discutido– litisconsorcio cuasinecesario.

2) La pluralidad de partes sobrevenida se produce en los casos de intervención procesal que regulan los artículos 13, 14 y 15 LECiv.

PLURALIDAD INICIAL: CLASES, TRATAMIENTO PROCESAL Y ESTATUTO PROCESAL DE LOS LITISCONSORTES

A) EL LITISCONSORCIO NECESARIO

a) Concepto y fundamento

Hay litisconsorcio necesario si la pretensión procesal se refiere a un derecho, relación jurídica o estado jurídico con una pluralidad de titulares, de modo que, salvo que sean precisamente todos los titulares excepto uno quienes demanden a este titular restante, la pretensión habrá de ser interpuesta frente a todos los titulares, dado que solamente así podrá dictarse un pronunciamiento eficaz sobre el derecho, relación o estado jurídico.

El supuesto determinante del litisconsorcio necesario se describe en el artículo 12.2 LECiv como una implicación de lo que sea objeto del juicio, conducente a que la tutela jurisdiccional solicitada sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados.

En la mayor parte de los casos no es la ley la que establece esa consecuencia –es decir, la que determina que, atendido cierto objeto de proceso, la tutela ha de pretenderse frente a cierta pluralidad de personas–, sino que es una conclusión que ha de extraerse del análisis de la tutela judicial que concretamente se pide, análisis en el que participan las partes y sobre el que concluye definitivamente el juez. La importancia de esta apreciación judicial del caso concreto hace que según se entienda el fundamento del litisconsorcio necesario, la exigencia de la legitimación conjunta pueda tener una diferente amplitud.

Conviene, pues, revisar los diversos modos en los que ese fundamento ha sido explicado, así como sus consecuencias:

1) La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sostenido, en ocasiones, que el fundamento se halla en que, al tratarse de pretensiones referidas a relaciones jurídicas con pluralidad de titulares, todos ellos deben ser parte, porque, de no ser así, la sentencia podría afectar a quienes no lo hubieran sido, sin darles oportunidad de defenderse. Este fundamento es erróneo, porque precisamente no hay litisconsorcio necesario cuando, para hacer efectiva una tutela judicial en la que estén afectados una pluralidad de sujetos, la ley permite expresamente que no sea pretendida frente a todos ellos; recuérdese el último inciso del artículo 12.2 LECiv: «todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa». En los casos de litisconsorcio necesario, la protección de los litisconsortes no partes opera con independencia de su defensa procesal: no necesitan defenderse, porque sobre la pretensión no puede resolverse sin que ellos sean partes en el proceso.

2) También la jurisprudencia ha creído ver el fundamento en la evitación de sentencias contradictorias. Esta explicación no es plenamente acertada, aunque en un aspecto es correcta.

No es acertada porque el problema de la contradicción entre sentencias y sus medios de solución es más extenso que la cuestión del litisconsorcio necesario: dos sentencias pueden ser contradictorias aunque se refieran a pretensiones diferentes —por ejemplo: absolución del deudor principal por nulidad de la deuda y condena del fiador al pago—, lo que excluye la legitimación plural respecto de una única pretensión, y para evitar la contradicción están previstos medios distintos al tratamiento del litisconsorcio —acumulación de pretensiones, litispendencia, efecto prejudicial de la cosa juzgada—.

Es cierto, por otra parte, que si el ordenamiento permitiera, en casos de litisconsorcio necesario, pronunciamientos en sentencias diferentes se podría dar una suprema contradicción jurídica consistente, por ejemplo, en que el matrimonio fuera nulo para uno de los cónyuges y válido para el otro, o esa misma situación hasta el momento en que otra sentencia lo declare también nulo para el otro cónyuge. Que un fiador deba pagar y que no deba hacerlo el deudor principal no son afirmaciones, ni realidades jurídicamente contradictorias —véanse, por ejemplo, los dos primeros párrafos del art. 1824 CC—. Por el contrario, un matrimonio sólo puede ser válido o nulo frente a los dos cónyuges, la relación paterno-filial sólo puede afirmarse o negarse respecto de dos personas y entre ellas. El litisconsorcio necesario puede decirse que evita sentencias contradictorias siempre que se limite a las que pueden incurrir en estas contradicciones jurídicas. Y también siempre que se tenga en cuenta que el litisconsorcio necesario evita la contradicción con la técnica radical de evitar que se dé el primer término de ella: es decir, una primera sentencia referida a uno solo de los legitimados plurales, cuya emisión ya provoca el absurdo jurídico antes apuntado.

3) La orientación jurisprudencial más acertada y la doctrina (FAIRÉN, SERRA, MONTERO, CORRÉS DOMÍNGUEZ) consideran que el fundamento del litisconsorcio necesario se halla en la configuración de ciertas relaciones jurídicas materiales con pluralidad de titulares, sobre las cuales sólo se puede incidir jurídicamente con la presencia de todos aquellos. Si esa incidencia jurídica ha de producirse a través del proceso, mediante un pronunciamiento judicial, ello se traduce en la legitimación conjunta de la pluralidad de titulares.

Sólo si respeta esta legitimación se puede llegar en el proceso a una sentencia eficaz. En defecto de ello, la sentencia no podría ser eficaz. No lo sería respecto de los titulares que no han sido parte, porque la cosa juzgada de la sentencia no les afecta; pero tampoco lo sería respecto de los titulares

que sí fueron parte, porque no cabe un pronunciamiento sobre la relación jurídica con efectos sólo frente a ellos dado el carácter unitario de la relación.

b) Supuestos jurídico-materiales que implican litisconsorcio necesario

Veamos ahora supuestos de Derecho material en los que existe litisconsorcio necesario:

1) La pretensión de condena al cumplimiento de obligaciones indivisibles debe dirigirse contra todos los obligados (art. 1139 CC: «sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores»).

2) Las pretensiones relativas a la nulidad de matrimonio interpuestas por el Ministerio Fiscal o por un tercero legitimado han de interponerse frente a ambos cónyuges (art. 74 CC).

3) Las pretensiones de reclamación de filiación han de interponerse frente a las personas entre las que ha de existir la relación paterno-filial que ha de ser constituida, salvo aquella que actúe como demandante; las de impugnación de una relación paterno-filial, frente a las personas entre las que actualmente existe (art. 140 CC).

4) Las pretensiones de nulidad o anulación de un negocio jurídico —contrato, testamento— en el que han sido partes —en sentido material— varias personas o que constituye derechos en favor de diversas personas, han de ser interpuestas frente a todas ellas.

5) Pretensiones relativas a las relaciones jurídicas entre el conjunto de comerceros o socios: división de cosa común, elevación a escritura pública del contrato de sociedad, declaración de existencia de la sociedad o pretensión de extinción de la misma.

Dados los fundamentos que, como ya he dicho, la jurisprudencia reconoce como propios del litisconsorcio necesario, no es infrecuente encontrar sentencias en las que los supuestos determinantes de litisconsorcio necesario experimentan una ampliación más allá de los imprescindibles para evitar pronunciamientos jurídicamente absurdos. Llegan a abarcar todos aquellos casos en que los pronunciamientos pedidos pueden afectar de alguna manera a personas distintas de las traídas al proceso como partes, aunque aquella afectación se concibe con notable imprecisión.

Esta tendencia jurisprudencial dificultaría, caso de mantenerse, el acto de demanda, al establecer la carga de dirigirla no sólo frente a los afectados próximos e inmediatos atendida la relación a la que se refiere, sino también frente a personas afectadas de modo más impreciso y, en todo caso, indirecto. La justificación de esta jurisprudencia probablemente ha sido la de facilitar la defensa de terceros con interés legítimo respecto del proceso desarrollado entre otros, pero para este fin basta con el régimen de la intervención que ahora se establece en los artículos 13, 14 y 15 LECiv.

c) Tratamiento procesal

La LECiv establece expresamente un tratamiento procesal para el litisconsorcio necesario que, de una parte, satisface unas exigencias reiteradamente formuladas por la doctrina y ensayadas por la jurisprudencia con ciertos esfuerzos interpretativos, y que, de otra parte, arroja dudas sobre una constante doctrina jurisprudencial relativa al tratamiento del litisconsorcio.

a) Alegación de la falta del debido litisconsorcio y subsanación por integración subjetiva del proceso

El tratamiento procesal del litisconsorcio necesario lo establecen los artículos 416.1 y 420 LECiv para el juicio ordinario. En cuanto al juicio verbal, el artículo 443.2 y 3 LECiv ha de ser integrado con las normas de los artículos citados.

El artículo 416.1.3ª LECiv considera una circunstancia que puede impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, la falta del debido litisconsorcio.

El artículo 420 LECiv establece cómo ha de procederse cuando el demandado haya alegado en la contestación falta del debido litisconsorcio, distinguiendo que el actor acepte o no tal alegación:

1) Si el actor acepta esa alegación podrá presentar, en la misma audiencia, y con las copias correspondientes, «escrito dirigiendo la demanda a los sujetos que el demandado considerase que habían de ser sus litisconsortes y el tribunal, si estima procedente el litisconsorcio, lo declarará así, ordenando emplazar a los nuevos demandados para que contesten a la demanda, con suspensión de la audiencia» (art. 420.1 LECiv).

2) El actor puede oponerse a la alegación del demandado, tanto por entender que, dado el objeto del proceso, no se impone un litisconsorcio, como por estimar que ha demandado a las personas debidas. En tal caso el tratamiento es el establecido en los apartados 2 al 4 del artículo 420 LECiv.

A saber: «el tribunal oír a las partes sobre este punto y, cuando la dificultad o complejidad del asunto lo aconseje, podrá resolverlo mediante auto que deberá dictar en el plazo de cinco días siguientes a la audiencia. En todo caso, ésta deberá proseguir para sus restantes finalidades. 3. Si el tribunal entendiere procedente el litisconsorcio, concederá al actor el plazo que estime oportuno para constituirlo, que no podrá ser inferior a diez días. Los nuevos demandados podrán contestar a la demanda dentro del plazo establecido en el artículo 404, quedando entre tanto en suspenso, para el demandante y el demandado iniciales, el curso de las actuaciones. 4. Transcurrido el plazo otorgado al actor para constituir el litisconsorcio sin haber aportado copias de la demanda y documentos anejos, dirigidas a nuevos demandados, se pondrá fin al proceso y se procederá al archivo definitivo de las actuaciones».

b) *Apreciación de oficio de la falta del debido litisconsorcio y efectos de la apreciación de la falta de litisconsorcio en la sentencia*

La jurisprudencia siempre había entendido que la falta del debido litisconsorcio debía ponerse de manifiesto de oficio y en cualquier etapa del proceso en que el tribunal observara su falta. Hasta cierto momento la jurisprudencia sostuvo, además, que ese defecto debía dar lugar a una sentencia procesal, que no entra a resolver el fondo del asunto. Con posterioridad lo consideró subsanable, pero mediante la reposición de las actuaciones al trámite necesario para que el litisconsorte pueda aprovechar plenamente sus posibilidades procesales.

La nueva LECiv plantea dos precisas dificultades para el mantenimiento de esta asentada doctrina jurisprudencial:

1) No sólo omite la referencia al examen de oficio, sino que parece excluirlo implícitamente en el artículo 420.1 al referirse a «cuando el demandado haya alegado en la contestación falta del debido litisconsorcio...».

Es verdad que, luego, el artículo 425 LECiv, al tratar de las cuestiones no enunciadas en el artículo 416 LECiv como cuestiones procesales objeto de la audiencia previa, menciona que pueden ser alegadas o puestas de manifiesto de oficio. Pero —dejando aparte que la falta del debido litisconsorcio sí que está comprendida en el art. 416 LECiv— el artículo 425 LECiv es precepto de gran ambigüedad, porque no deja claro si es una norma que, por sí misma, autoriza el tratamiento a instancia de parte o de oficio de cualquier cuestión condicionante de la admisión del pronunciamiento de fondo, o si, de modo sutilmente diferente, se limita a hacer una remisión implícita al régimen de cada cuestión en cuanto al extremo de si la potestad de apreciarla está o no condicionada por la instancia de parte. Si el sentido de la disposición es el primero, hubiera podido ser más clara, sobre todo en materias como la falta de debido litisconsorcio, que, por la corriente jurisprudencial mencionada, requería una solución legislativa más definida.

2) La posibilidad de tomar en consideración de oficio la falta del debido litisconsorcio en cualquier instancia o recurso extraordinario encontrará, por su parte, el definido obstáculo de los arts. 227.2 LECiv y 240.2 LOPJ, que disponen: «En ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal».

d) Estatuto procesal de los litisconsortes

Si el litisconsorcio ha sido respetado al instaurar el proceso, importa determinar de qué modo influye la situación litisconsorcial en los poderes

de cada uno de los litisconsortes y en la eficacia de sus actos procesales. Deben distinguirse diferentes clases de actos:

a) Actos de alegación

Basta la actividad de un litisconsorte en cuanto a la personación en el proceso y a la formulación de alegaciones, para que ello beneficie al litisconsorte inactivo o que no haya aducido determinada alegación. Como la pretensión procesal es única y único el pronunciamiento sobre ella, toda alegación relevante para el sentido de ese pronunciamiento influirá por igual en la expectativa de sentencia de todos los litisconsortes.

Cada litisconsorte puede actuar en el proceso con diferente representación y defensa técnica y orientar su actividad de alegación con recíproca independencia.

Sin embargo, la admisión de hechos no es eficaz para eximir un hecho de prueba, salvo que la hayan realizado todos los litisconsortes (el art. 281.3 LECiv requiere plena conformidad de las partes sobre tales hechos).

b) Actos de prueba

Además de la libertad de cada litisconsorte en la proposición de la prueba e intervención en su práctica, y de la recíproca influencia de la actividad que desarrollan en la prueba, hay que destacar lo siguiente:

1) No es admisible que un litisconsorte pida el interrogatorio del otro, dado que no hay entre ellos oposición de intereses (art. 301.3 LECiv).

2) El valor probatorio legal de algunos resultados del interrogatorio de las partes —consistente en que quede fijado el hecho enteramente perjudicial a la parte que lo declara (art. 316.1 LECiv)— sólo se da si todos los litisconsortes han declarado el hecho, porque la ley no autoriza a extender el efecto a una parte distinta a la declarante.

c) Actos de disposición

Sólo son atendibles los actos de disposición (renuncia, allanamiento, transacción) si los realizan todos los litisconsortes, pues de no ser así falta poder de disposición o puede haber perjuicio para los demás litisconsortes, lo que según el régimen de aquellos actos es causa para rechazar sus efectos normales.

d) Recursos

Si recurre la parte contraria a los litisconsortes —porque la sentencia ha sido favorable a éstos— ha de impugnar todos los pronunciamientos sobre la relación unitaria, aunque se hayan hecho respecto de uno solo de los

litisconsortes, pues la utilidad del recurso depende de que en el mismo pueda dictarse pronunciamiento sobre toda esa relación. Obsérvese la importancia de esto atendido el artículo 457.2 LECiv.

Si la sentencia ha sido desfavorable a los litisconsortes puede recurrirla cualquiera de ellos, aunque los demás no recurran o incluso consientan la sentencia (argumento «a fortiori» con base en art. 13.3, párr. 3º LECiv). Si, tratándose de la sentencia de segunda instancia, se ha de optar entre el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación (cuando sea aplicable el régimen definitivo de los recursos extraordinarios —disp. final 16ª Ley 1/2000—), cada litisconsorte puede ejercer su opción libremente y los recursos se resolverán según lo previsto en los artículos 417 y 489 LECiv.

II) EL LITISCONSORCIO CUASINECESARIO

a) Concepto y justificación de esta modalidad de litisconsorcio

Con esta denominación nos referimos a unos supuestos de proceso sobre una pretensión procesal única pero con pluralidad de partes con las siguientes características específicas:

1) La pluralidad de partes es originaria, se produce desde la demanda como acto de iniciación del proceso. Esto los distingue de la intervención que, como veremos, también está relacionada con estos supuestos, pero representa una situación de pluralidad de partes posterior a la iniciación del proceso.

2) La pluralidad de partes no es necesaria, porque si solamente son partes algunos de los varios legitimados no hay obstáculo para que se dicte una sentencia sobre el fondo plenamente eficaz, con lo que se diferencian del litisconsorcio necesario. En definitiva, serían supuestos amparados en el inciso último del artículo 12.2 LECiv: «todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa».

Esta modalidad de pluralidad de partes ha sido rechazada por parte de la doctrina (SERRA), por entender que no tiene sustantividad distinta al litisconsorcio voluntario o a la intervención litisconsorcial. Otra orientación doctrinal (FAJÉN, PRIETO-CASTRO, MONTERO) la justifica porque, si bien es indudable su diferencia con el litisconsorcio necesario, si el proceso se instaura, desde su inicio, con la pluralidad de legitimados, el carácter unitario de la pretensión procesal interpuesta impone que sólo pueda haber un pronunciamiento, lo que influye en el estatuto de las partes del modo que se estudió antes para el litisconsorcio necesario.

b) Supuestos de litisconsorcio cuasinecesario y régimen jurídico de este litisconsorcio

Sirven todos los supuestos que después citaremos al tratar de la intervención litisconsorcial. Serán casos de litisconsorcio cuasinecesario si, desde la demanda, son partes la pluralidad de legitimados.

En cuanto al régimen jurídico de este litisconsorcio no es admisible, obviamente, que su falta se plantee como excepción procesal a debatir en la audiencia previa, ni procede una integración subjetiva del proceso.

La mutua influencia de las actividades de los litisconsortes desde el punto de vista de su dirección a obtener una sentencia sobre una única pretensión procesal, se produce de la misma manera que en el litisconsorcio necesario.

En cuanto a los actos dispositivos también vale lo dicho para el litisconsorcio necesario.

INTERVENCIÓN DE TERCEROS: CLASES, TRATAMIENTO PROCESAL Y ESTATUTO PROCESAL DE LOS INTERVINIENTES

A) EN GENERAL

De entrada debe aclararse que las únicas clases de intervención de terceros que deben tratarse en este Capítulo son la intervención litisconsorcial y la intervención adhesiva simple. La intervención principal no es un caso de exclusiva pluralidad de partes, sino que también comporta la formulación de nuevas pretensiones procesales (del interviniente frente al inicial actor y frente al inicial demandado).

El fundamento de las clases de intervención que vamos a estudiar radica en que los efectos (de diverso tipo) de las sentencias no siempre se limitan a las personas que son parte en el proceso, de modo que si un tercero se halla en una posición jurídica que pueda sufrir los efectos de una sentencia dictada en un proceso entre otros, debe concedérsele alguna posibilidad de influir, a través de la actividad procesal, en el sentido que vaya a tener esa sentencia.

Que un tercero resulte afectado por la sentencia dictada en un proceso entre otros puede ser debido principalmente a dos causas:

1) El tercero es titular de una relación jurídica dependiente de aquélla a la que se refiere el proceso entablado entre otros, de modo que, según resuelva la sentencia sobre esa relación, la relación jurídica dependiente sub-

strará, se extinguirá o experimentará otras modificaciones jurídicas en su contenido.

Por ejemplo: si el comprador resulta privado de la cosa comprada en las condiciones del artículo 1475 CC, se produce la llamada evicción y en el vendedor se concreta una responsabilidad frente al comprador cuyo contenido se establece en el artículo 1178 CC.

O si tiene éxito la acción de extinción del contrato de arrendamiento ejercitada frente al arrendatario, se produce la extinción del subarriendo que aquél pueda haber concertado (art. 8.2, párr. 3º LAU).

Otro ejemplo, por fin: si tiene éxito una acción mero declarativa de dominio o reivindicatoria sobre un determinado bien, quedan puestas en cuestión las transmisiones del mismo hechas por el litigante vencido, sin que ello suponga que, en todo caso, deban perder su validez y eficacia, porque, según las circunstancias, pueden ser de aplicación las normas que protegen la adquisición por el tercero.

2) El tercero es titular de la misma relación jurídica a la que se refiere el proceso entablado entre otros, y, aunque el Derecho no impone su participación en él, establece que le alcanzarán los efectos de la sentencia que se dicte. Un supuesto equiparable al indicado sería el del tercero que, estando atribuida la legitimación con base en un interés legítimo individual o colectivo, ostente un interés igual o incluido en el que ha aducido el legitimado que ya está actuando.

Por ejemplo: el deudor del artículo 1111 CC resulta afectado por la cosa juzgada que se forma en el proceso en el que su acreedor reclamó, por sustitución, un crédito frente a un deudor del deudor (art. 222.3 en relación con el 10 LECiv).

O también éste: los socios están vinculados, como la sociedad, por los acuerdos adoptados por los órganos de ésta; cuando esos acuerdos se impugnan la sentencia afecta a la sociedad y a todos los socios aunque no hubieran litigado (art. 222.3, párr. tercero LECiv).

La solución del problema que estas formas de afectación plantean al tercero no se halla en imponer al actor la carga de demandar a todos los interesados, próximos y remotos, como si de un litisconsorcio necesario se tratara. A diferencia de lo que ocurre con las situaciones de Derecho material que dan lugar a este último, no existe ahora obstáculo jurídico a que la sentencia se dicte entre quienes son partes en el proceso, el ordenamiento permite que sea así.

Las exigencias que presenta en estos supuestos el principio de contradicción son menores: se trata de permitir, de posibilitar la intervención del tercero en ese proceso pendiente, para que pueda precaverse frente a futuras consecuencias desfavorables, tal vez debidas a la falta de diligencia procesal de las partes en ese proceso o a su conducta fraudulenta.

El régimen de la intervención de terceros en nuestro proceso civil experimenta un cambio importante con la LECiv.

Hasta este texto nuestro ordenamiento procesal era impreciso en cuanto a la admisión de la intervención de terceros. Las leyes sólo consideraban supuestos específicos y con diferente grado de regulación. La jurisprudencia era vacilante en admitirla, aunque progresivamente se confirmaba su orientación favorable.

El artículo 24.1 CE, que garantiza la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos, sin indefensión, constituye una norma general relevante para decidir sobre la admisión de la intervención, aunque su aplicación dependía en gran medida de construcciones jurisprudenciales.

Los artículos 13, 14 y 15 LECiv establecen ahora un régimen general para la intervención de terceros, que deja clara su admisión y resuelve parte de los problemas que suscita su realización en un proceso.

También antes de la LECiv, aún presupuesta la admisión general de la intervención, quedaba por resolver la cuestión de que el tercero conociera la posibilidad concreta de ejercitarla; es decir, el problema de los medios para poner en conocimiento de los eventuales intervinientes la pendencia del proceso. Fuera de los casos de intervención provocada —que veremos luego— no había previsión expresa de ningún medio. Algunos autores (PRIETO-CASTRO, FAIRÉN, MORÓN) apuntaron la conveniencia de utilizar, con esa finalidad, lo dispuesto en el artículo 260, párrafo segundo, de la antigua LECiv/1881, que permitía que el juez ordenara expresamente que las resoluciones fueran notificadas, además de a las partes, «a las personas a quienes se refieran o puedan deparar perjuicio».

La LECiv resuelve esta cuestión con una norma directa. El artículo 150.2 dispone: «Por disposición del tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare. Esta comunicación se llevará a cabo, con los mismos requisitos, cuando el tribunal advierta indicios de que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos».

B) INTERVENCIÓN LITISCONSORCIAL

a) Concepto y supuestos

Es la entrada en un proceso pendiente de un tercero —tercero porque no era ni actor, ni demandado inicial— en el que concurren las dos siguientes características: 1ª) ostentar legitimación por titularidad de la relación jurídica a la que se refiere la pretensión interpuesta en ese proceso o una legitimación por interés legítimo igual que el aducido por la parte actora o compren-

didado en el; 2ª) se extienden a él los efectos directos de la sentencia que se dicte (declarativos —cosa juzgada—, constitutivos, ejecutivos —aunque éstos no siempre—).

Estos son algunos supuestos que pueden dar lugar a esta clase de intervención:

1) En la impugnación de acuerdos sociales la sentencia que se dicte afectará a todos los socios aunque no hayan litigado (art. 222.3, párr. tercero LECiv), por lo que los socios que no hubieran ejercitado la pretensión pueden intervenir en apoyo de la validez del acuerdo (art. 117.4 LSA), pero también en contra de la misma, siempre que tengan la legitimación adecuada.

2) Por construcción jurisprudencial, cualquiera de los comuneros puede ejercitar, en beneficio de la comunidad, acciones en materia de actos de administración de la cosa común. La intervención, en este caso, sería la de los restantes comuneros. Legalmente hay muestra de esto en la facultad que el artículo 72.2 d) Ley de Patentes reconoce a los cotitulares de una solicitud de patente o de una patente para ejercitar individualmente acciones en defensa de los derechos que derivan de aquéllas, dando tutela a los demás comuneros.

3) El deudor que ve ejercitado por su acreedor un derecho suyo frente a un deudor también suyo (art. 1111 CC) y, en general, cualquier titular de derechos respecto de los que la ley haya establecido una legitimación por sustitución en favor de persona distinta del titular. Si en el proceso es parte el sustituto, el titular del derecho puede intervenir, porque la cosa juzgada le alcanza (art. 222.3 LECiv).

4) En los casos de legitimación por interés legítimo individual o colectivo, aquellas personas que ostenten el mismo interés o un interés comprendido en el interés colectivo. El primer supuesto se daría en procesos sobre estado civil, en el caso de que los legitimados por interés legítimo no hubieran demandado; la cosa juzgada les alcanzaría, por su extensión «erga omnes» en estos casos (art. 222.3 LECiv). El segundo supuesto —que debe ser distinguido del previsto en el art. 15 LECiv, en el que hay, en principio, una sustitución procesal de los consumidores y usuarios individuales— está expresamente contemplado por el artículo 13.1, párrafo segundo LECiv: «cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquéllos».

b) Tratamiento procesal y estatuto procesal del interviniente

La LECiv establece una doble regulación. Una general, contenida en el artículo 13 LECiv, y que, por lo demás, también es aplicable a la intervención adhesiva simple que trataremos a continuación. Una especial, establecida en el artículo 15 LECiv, que se refiere a los supuestos de intervención de los consumidores y usuarios individuales, sujetos pasivos de daños y perjuicios en los que se funda una pretensión de condena a indemnización interpuesta por entidades que tiene legitimación colectiva.

a) Régimen general

La intervención puede solicitarse mientras el proceso esté pendiente. Desde la presentación de la demanda (art. 410 LECiv) hasta la firmeza de la sentencia o de cualquier resolución que ponga fin al proceso. Eso significa que es admisible la intervención aunque el proceso esté ya en etapa de recurso. Incluso es admisible la intervención, precisamente, en el momento procesal oportuno para interponer un recurso que posibilite la continuación del proceso, porque el interviniente puede «utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte» (art. 13.3, párr. 3º LECiv).

La solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento. El tribunal resolverá por medio de auto, previa audiencia de las partes personaladas, en el plazo común de diez días (art. 13.2 LECiv).

Sobre el estatuto procesal del interviniente (posibilidades procesales, cargas, etc.), una vez ha sido admitido en el proceso, establece las disposiciones adecuadas el apartado 3 del art. 13 LECiv: «no se retrotraerán las actuaciones, pero el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos y podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa. También se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones se dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días». Además —como ya se apuntó— tiene derecho a la interposición de recursos con independencia de la parte inicial.

Respecto de lo establecido en el artículo 13.3 LECiv debe hacerse notar:

1) La amplitud de los poderes del interviniente, que en este caso no debe extrañar, dado que la legitimación que ostenta el interviniente es la misma que la de las partes iniciales. En cuanto al ejercicio de esos poderes, entre la actividad de la parte inicial y la del interviniente se genera una recíproca influencia, dado que todas ellas serán tenidas en cuenta en una sentencia que decidirá sobre un único objeto procesal. Esa influencia se produce en lo favorable: las fijaciones de hechos como consecuencia de actitudes de la parte y los actos dispositivos no producen su eficacia normal, salvo que sean atribuibles a la parte inicial y al interviniente.

2) La posibilidad de que el interviniente formule pretensiones distintas a las de la parte inicial «si tuviere oportunidad para ello», ha de entenderse referida a la interposición de reconvención frente al actor inicial, para cuya admisión será necesario que el interviniente sea admitido antes de que pre-

cluya el plazo de contestación a la demanda (art. 406 LECiv) o el plazo de inicio de la reconvención en el juicio verbal (art. 438.1 LECiv).

3) La regla general de no retroacción de las actuaciones tiene una matización de difícil interpretación —«se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso»—. Puede referirse a que el interviniente tenga, como mínimo, una posibilidad de formulación de alegaciones, si ha comparecido cuando ya todas hubieran precluido. O puede significar que se autoriza una retroacción limitada al tiempo que medió entre la solicitud de intervención y la admisión de la misma, para compensar las posibilidades procesales perdidas por la no suspensión del procedimiento.

b) Régimen especial del artículo 15 LECiv.

Las especialidades establecidas por el artículo 15 LECiv para el supuesto de intervención litisconsorcial que considera, son, principalmente, de dos clases.

Una primera tiene que ver con la información a los eventuales intervinientes —recuérdese que son consumidores y usuarios legitimados individualmente para interponer una pretensión de indemnización por daños— para que puedan solicitar la intervención: publicación de la demanda en la que se interpone la pretensión colectiva de condena a indemnizar esos daños (art. 15.1 LECiv), previa comunicación a los interesados de la intención de presentar la demanda (art. 15.2 LECiv), suspensión del proceso por dos meses si es difícil determinar el número de afectados (art. 15.3 LECiv).

La segunda clase de especialidades consiste en una rigurosa aplicación de la preclusión para que una tardía solicitud de intervención no perturbe el desarrollo del proceso —que es previsible que tenga gran complejidad—: 1º si la interposición de la demanda fue preanunciada a los interesados «el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido» (art. 15.2 LECiv); 2º si los interesados son una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el proceso se suspenderá por determinado plazo y «se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de esta Ley» (art. 15.3 LECiv).

C) INTERVENCIÓN ADHESIVA SIMPLE

a) Concepto y supuestos

La intervención adhesiva simple difiere de la litisconsorcial en que el tercero que entra en el proceso pendiente no lo hace por ser titular de la relación jurídica a la que se refiere la pretensión procesal interpuesta en él, sino para evitar la consecuencia desfavorable que puede ocasionarle, a causa de los efectos reflejos o indirectos de la sentencia, que una de las partes de ese proceso sea vencida.

La posición legitimante del tercero podríamos describirla de este modo:

1) El tercero carece de legitimación respecto de la pretensión procesal interpuesta en el proceso pendiente. Ni la tiene para interponer la pretensión, ni ésta podía, ni debía ser interpuesta frente a él.

2) Según el sentido, favorable o adverso a una de las partes, la sentencia que se dicte en el proceso pendiente condicionará como hecho jurídico la constitución, modificación o extinción de otra relación jurídica de la que el tercero sí que es titular.

3) Esta dependencia implica que el tercero tenga un interés jurídico que le legitima para intervenir en el proceso pendiente, para posibilitar que la sentencia se dicte en un sentido que favorezca indirectamente su posición jurídica.

Es cierto que si la parte en el proceso pendiente realiza una actividad procesal diligente, la posición del tercero resulta indirectamente protegida. Pero una protección más efectiva impone permitir su intervención personal, para evitar todo riesgo derivado de una actividad procesal negligente o fraudulenta de la parte inicial.

Partiendo de lo dicho, los supuestos en los que esta intervención puede producirse no se hallan legalmente tipificados, sino que dependen de que existan situaciones extraprocesales concretas que permitan sostener que el tercero tiene, como indica el artículo 13.1 LECiv, «interés directo y legítimo en el resultado del pleito».

Por vía de ejemplo se pueden mencionar algunos supuestos:

1) El interés del vendedor por intervenir en un proceso en el que el comprador puede ser privado de la cosa, generándose para el primero responsabilidad por evicción (arts. 1475-1483 CC).

2) El subarrendatario tendrá interés en intervenir en el proceso entablado frente al arrendatario, en el que pueda declararse frente a éste la extinción del arrendamiento, porque esto determinará la correlativa extinción del subarriendo (art. 8.2, párr. 4º LAU).

3) El fiador tiene interés en intervenir en el proceso entablado frente al deudor principal y en el que se pretenda la condena por la obligación principal o la declaración de validez o de nulidad del negocio constitutivo de esa obligación, porque el resultado de ese proceso condiciona que subsista o se extinga su obligación accesoria de fianza o la cuantía de la misma.

4) El asegurador de la responsabilidad civil de una persona frente a terceros, puede tener interés en intervenir en el proceso en que los últimos reclamen frente al causante del daño condena a indemnización por esa responsabilidad, indemnización que, después, el asegurador deberá pagar al asegurado. Prácticamente esta intervención tiene poco interés desde el momento en que el perjudicado tiene acción directa frente al asegurador (art. 76 Ley del Contrato de Seguro) o si el asegurador sigue la dirección jurídica de la defensa del asegurado (art. 74 de la misma Ley).

5) Diversos supuestos de intervención de personas interesadas en que no disminuya o en que se incremente el patrimonio de otras: de los acreedores en procesos sobre materias de naturaleza patrimonial frente a los deudores; del fiador en procesos contra el deudor principal por deudas distintas a la garantizada, dado que ello influirá en la utilidad del beneficio de excusión; de los socios de sociedades mercantiles personalistas en los procesos de reclamación de deudas frente a éstas, de las que los patrimonios de los socios pueden acabar respondiendo (SERRA DOMÍNGUEZ).

b) Tratamiento procesal y estatuto procesal del interviniente

Bajo la vigencia de la LECiv/1881 se discutía sobre si el interviniente tenía condición de parte en el proceso y sobre la amplitud de sus poderes.

En líneas generales había tres orientaciones: una que le negaba la condición de parte; otra que se la reconocía, aunque con un «status» especial en el que los poderes de la parte estaban mermados; una tercera, en fin, que le reconocía el «status» de parte, sin otra restricción que la de no poder realizar los actos de disposición dado que carece de poder para ello, por no ser titular de la relación jurídica a la que se refiere la pretensión pendiente.

La corriente restrictiva de los poderes de parte del interviniente se fundaba en entender que éste debe limitarse a ayudar a la parte cuya derrota procesal puede perjudicarle. Eso es cierto, pero la cuestión radica en si esa ayuda debe ser entendida objetivamente o desde el punto de vista de la propia parte coadyuvada. Si ha de entenderse del segundo modo, la intervención carecería de eficacia precisamente en los casos en los que es mayor su necesidad: negligencia en la actividad procesal de esa parte, fraude o simulación de la misma, puesta de acuerdo con la parte contraria.

La ordenación establecida en el artículo 13 LECiv —que hemos expuesto al tratar de la intervención litisconsorcial— decide en el sentido más favorable a la efectividad de la tutela del tercero interviniente la divergencia doctrinal y jurisprudencial que he recordado. El interviniente puede alegar, proponer y practicar prueba, recurrir resoluciones, todo ello según su criterio; no puede realizar actos de disposición, pero sí puede oponerse a que los de

la parte principal conduzcan a la terminación del proceso; también puede oponerse a la fijación de hechos como consecuencia de la conducta procesal de esa parte.

D) INTERVENCIÓN ESPONTÁNEA E INTERVENCIÓN PROVOCADA

Estas modalidades de intervención se distinguen por la previsión o no de un específico llamamiento al proceso de la persona legitimada para intervenir.

Si la ley prevé la realización de ese llamamiento estamos ante una intervención provocada. En otro caso la intervención se califica de voluntaria, aunque sería mejor hablar de intervención espontánea, pues la intervención es voluntaria en todo caso, salvo la matización que puedan introducir las consecuencias jurídicas desfavorables (principalmente de naturaleza material: responsabilidad por daños y perjuicios) que la ley vincula a la omisión de pedir el llamamiento del tercero en algunos supuestos de intervención provocada.

Por otra parte, estas modalidades de intervención no son excluyentes de las dos modalidades antes estudiadas, sino que pueden concurrir con ambas. Incluso, en determinados supuestos, el llamamiento al proceso de un tercero para que intervenga, puede no conducir a una intervención, sino a la sucesión procesal de la parte inicial por el tercero.

Respecto de la intervención provocada hay que distinguir unos supuestos específicos y un supuesto general, que puede pasar desapercibido porque no se halla establecido entre las disposiciones relativas a la intervención.

a) Supuestos específicos de intervención provocada

El artículo 14 LECiv no determina cuáles son, sino que se limita a establecer las actuaciones procesales que deben realizarse si alguna de las partes solicita el llamamiento del tercero en los casos previstos por la ley. Estos casos se establecen en disposiciones de Derecho material, que no siempre son claras en referirse a la existencia de un proceso y al llamamiento del tercero.

Veamos los supuestos:

1) El comprador frente al que se interpone una pretensión cuya estimación implicará la pérdida de la cosa comprada ha de solicitar que sea llamado el vendedor, que podrá actuar en el proceso para facilitar la defensa de la validez y eficacia del título de propiedad de la cosa que vendió (art. 1482 CC). Si el comprador no pide ese llamamiento, pierde el derecho a saneamiento por evicción (art. 1481 CC). Posibilita una intervención adhesiva simple.

2) La disposición anterior es aplicable en otros supuestos de evicción respecto de bienes y derechos transmitidos: arrendamiento de fincas rústicas y urbanas (art.

1483 CC), enfiteusis (art. 1643 CC), bienes y derechos aportados a una sociedad (art. 1681 CC), donaciones onerosas (art. 638 CC), legados (arts. 860 y 869.3º CC), adjudicación de bienes a coherederos (art. 1069 CC).

3) El heredero demandado para el pago de deudas de la herencia, tiene «derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o por consecuencia de la partición hubiera quedado él solo obligado al pago de la deuda» (art. 1084 CC). Posibilita una intervención litisconsorcial.

4) De lo dispuesto por el artículo 1830 CC («El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor») se deduce que si aquél «fiador con beneficio de excusión» es demandado para el pago de la deuda, sin que previamente lo haya sido el deudor principal, tiene derecho a pedir el emplazamiento de éste. Si se persona el deudor principal, el llamamiento habrá dado lugar a una acumulación de pretensiones.

5) Lo establecido por el artículo 511 CC puede ser interpretado en el sentido de que si el acto de tercero que conoce el usufructuario y puede lesionar el derecho de propiedad es una demanda, tiene el deber de notificarlo al propietario. Este supuesto dará normalmente lugar a una sucesión procesal: el usufructuario que inicialmente se ha personado en el proceso, saldrá si el propietario comparece a defender su derecho. El artículo 1559 CC establece un deber similar para el arrendatario en cuanto a los actos de usurpación de la cosa arrendada.

6) El cotitular de una solicitud de patente o de una patente que ejercite acciones frente a terceros que atenten contra los derechos derivados de aquéllas, debe comunicarlo a los demás comuneros (art. 72.2 d) Ley de Patentes). Puede dar lugar a una intervención litisconsorcial.

7) El concesionario de licencia para explotar una patente que haya ejercitado acciones en defensa de los derechos derivados de la patente, ha de notificar este hecho al titular de la patente a los efectos de que pueda personarse en el proceso (art. 124.3 Ley de Patentes). Puede dar lugar a una intervención litisconsorcial.

8) La propia LECiv establece un supuesto de intervención provocada en el artículo 15 que, como ya explicamos antes, establece diversos modos para que la demanda por daños a una pluralidad de consumidores, interpuesta por entidades legitimadas para ello, pueda ser conocida por los consumidores individuales por si desearan personarse en el proceso.

Salvo el supuesto del artículo 15 LECiv, cuyo tratamiento lo establece el propio artículo, el tratamiento procesal de los supuestos de intervención provocada lo regula el artículo 14 LECiv, que distingue dos supuestos:

1) Intervención a instancia del actor (por ejemplo, los supuestos de los anteriores aps. 6 y 7): «la solicitud de intervención deberá realizarse en la demanda, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa. Admitida por el tribunal la entrada en el proceso del tercero, éste dispondrá de las mismas facultades de actuación que la ley concede a las partes» (art. 14.1 LECiv).

2) Intervención a instancia del demandado (por ejemplo, los supuestos de los anteriores aps. 1 al 5): La solicitud deberá presentarse dentro del plazo

otorgado para contestar a la demanda –y suspende este plazo hasta que se resuelva o se dé traslado de la contestación del tercero personado– o, cuando se trate de juicio verbal, antes del día señalado para la vista. El tribunal oirá al demandante en el plazo de diez días y resolverá mediante auto lo que proceda. Si resuelve llamar al tercero, le emplazará para contestar a la demanda según lo establecido para el emplazamiento del demandado. o, si se tratase de un juicio verbal, hará nuevo señalamiento para la vista, citando a las partes y al tercero llamado al proceso (art. 14.2.1ª, 2ª y 3ª LECiv). Si comparecido el tercero, el demandado considerare que su lugar en el proceso debe ser ocupado por aquél, se procederá conforme a lo dispuesto para la sucesión procesal (Cap. 6º).

b) Supuesto general de intervención provocada

Se halla establecido por el artículo 150.2 LECiv que, como ya se hizo notar, estatuye que «por disposición del tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare. Esta comunicación se llevará a cabo, con los mismos requisitos, cuando el tribunal advierta indicios de que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos».

La iniciativa del llamamiento no la toman las parte, sino el tribunal, aunque nada impide que esta potestad se utilice en supuestos en que las partes debieron instar el llamamiento.

Se refiere solamente a los terceros que están identificados en autos.

Debe ser, sin más, ejercitada en el caso de que estos terceros puedan realizar una intervención litisconsorcial. Mientras que si su intervención hubiera de considerarse adhesiva simple, es necesario que el tribunal advierta indicios de comportamiento fraudulento de la parte.

Título II

Los tribunales y su competencia

SUMARIO.—EL ORGANISMO JURISDICCIONAL Y SUS AUXILIARES: POTESTADES Y ACTOS.—A) Fundamentos constitucionales y configuración legal de la competencia.—B) Las potestades del organismo jurisdiccional.—EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA CIVIL.—SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN. TRATAMIENTO PROCESAL.—A) Atribución de un asunto a las Administraciones Públicas y no a la jurisdicción. Tratamiento procesal.—B) Inmunidad de jurisdicción. Tratamiento procesal.—C) Competencia judicial internacional de los tribunales españoles del orden jurisdiccional civil.—LA COMPETENCIA GENÉRICA (JURISDICCIÓN) DE LOS TRIBUNALES CIVILES.—SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN. TRATAMIENTO PROCESAL; CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN Y DE COMPETENCIA.—A) Reglas de atribución de la competencia genérica a los tribunales del orden jurisdiccional civil.—B) Tratamiento procesal.—C) Conflictos de jurisdicción y de competencia.

EL ORGANISMO JURISDICCIONAL Y SUS AUXILIARES: POTESTADES Y ACTOS

A) FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES Y CONFIGURACIÓN LEGAL DE LA COMPETENCIA

La tutela pretendida por el actor frente al demandado ha de ser concedida por los jueces y tribunales (art. 24.1 CE) y, también ante éstos, han de tener las partes su oportunidad de defensa.

Para dar respuesta a la petición de tutela y a la defensa, la potestad jurisdiccional será ejercitada por «los juzgados y tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan» (art. 117.3 CE). Por otra parte, el artículo 24.2 CE reconoce como fundamental el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Estas son, resumidamente, las normas constitucionales básicas de las instituciones que vamos a tratar en los siguientes dos capítulos.

Las normas constitucionales remiten a una ordenación legal de la competencia. Y en la LECiv se establece una disposición muy general en el artículo 5.2, en el sentido de que «las pretensiones a que se refiere el apartado anterior se formularán ante el tribunal que sea competente».

La determinación del tribunal competente para resolver sobre una pretensión procesal se plantea, de este modo, como uno de los primeros problemas a resolver si hay necesidad de pedir tutela judicial.

Si se considera sólo el ordenamiento español en lo relativo a juzgados y tribunales inmediatamente se concluye que hay gran diversidad de ellos. Hay tribunales ordinarios, integrados en diferentes órdenes jurisdiccionales, y, dentro de cada uno de éstos, diversas clases de órganos y una buena cantidad de los mismos de clase igual. Hay tribunales especiales como los tribunales militares, el Tribunal de Cuentas y el Tribunal Constitucional. Contribuye, finalmente, a complicar el panorama que las Administraciones públicas tienen atribuida por la ley potestad para resolver sobre asuntos de naturaleza próxima a los litigios civiles.

Pero no es sólo el ordenamiento español el que debe ser considerado directamente para comprender el problema en toda su complejidad. Además de lo anterior, importa también lo siguiente:

1) En España, en cuanto Estado miembro de la Unión Europea, tienen inmediato efecto jurídico las potestades del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia. Y se repite el problema de ciertas competencias de la Administración comunitaria que la apoderan para resolver asuntos próximos a los que están atribuidos a los tribunales. Sirva sólo como ejemplo de lo último que, en materia de protección de la competencia, la Comisión entendió conveniente emitir una Comunicación relativa a la cooperación entre la misma y los órganos jurisdiccionales nacionales para la aplicación de los artículos 81 y 82 (antiguos 85 y 86) del Tratado CEE.

2) España está sometida a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del que no debe pensarse que tiene una actuación relevante sólo en materia penal y administrativa. Basta recordar que uno de los derechos cuya violación permite pedir la tutela del Tribunal Europeo —previo agotamiento de los recursos internos— es el que tiene toda persona «a que su causa sea oída, equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil» (art. 6.1 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos).

3) En fin, pero no por eso menos importante, cada vez son más frecuentes las relaciones jurídicas que afectan a personas, cosas y servicios vinculados a diferentes soberanías estatales. Junto a los casos de empresas que tienen inversiones en países extranjeros o relaciones comerciales con ellos —o, recíprocamente, empresas extranjeras que se relacionan con el mercado español—, hay otros que pueden estimarse más próximos a lo cotidiano, como el de personas que, acabada su vida profesional activa, establecen su residencia en un país distinto, de lo que en nuestro país hay una amplia experiencia.

Atendido este complejo panorama y siempre en función de las circunstancias del caso concreto —no parece muy razonable consultar un convenio

internacional, si se está considerando plantear una acción reivindicatoria sobre una finca radicada en Castellón y en la que están interesados un vecino de Morella y otro de Peñíscola— la determinación del tribunal competente se realiza resolviendo las siguientes cuestiones y por este orden:

1) Si el asunto presenta algún elemento personal (partes) u objetivo (fundamento de la pretensión u objeto al que ésta se refiera) que esté vinculado a la soberanía de otro Estado, hay que examinar y resolver la jurisdicción de cuál de los Estados es competente para conocer del asunto. Es la cuestión de la extensión y límites de la jurisdicción española o también llamada de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles.

2) Resuelta la anterior cuestión en el sentido de que corresponde conocer del asunto a los tribunales del Estado español, se plantea una nueva consistente en determinar, entre los diversos órdenes jurisdiccionales en los que se organizan los tribunales ordinarios (art. 9 LOPJ) y los tribunales especiales existentes, cuál de ellos tiene atribuido el conocimiento del asunto. ste es el tema generalmente denominado de jurisdicción, pero que también podría llamarse de competencia genérica.

3) Si hemos concluido que el asunto corresponde a los tribunales del orden judicial civil el análisis debe continuar. Por más que puede no ser frecuente la duda acerca de si un asunto está atribuido a los tribunales civiles o está, por el contrario, sometido a una previa resolución de las Administraciones públicas (de diferente ámbito territorial, incluida la Administración de las Comunidades Europeas), no debe descartarse que esta duda se suscite y deba ser resuelta en algunos casos.

Por ejemplo: una Administración afecta unos bienes privados en ejercicio de su potestad expropiatoria. ¿cumple la Administración los requisitos legales que hacen que su actividad sea inmune a la tutela judicial civil urgente (art. 101 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y de Procedimiento Administrativo Común), o, por el contrario, no los cumple, lo que permite la inmediata actuación del juez civil? O también este otro: un asunto de competencia desleal está atribuido a los tribunales civiles, pero si falsea la libre competencia y afecta al interés público, queda sometido a las potestades de la Comisión Nacional de la Competencia o a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas (art. 3 Ley de Defensa de la Competencia).

4) Si no ha surgido la cuestión específica que acabo de apuntar, haber concluido que el asunto corresponde a los tribunales del orden jurisdiccional civil conducirá a plantearse a qué clase de tribunales de las varias que hay dentro de ese orden (Juzgados de Paz, Juzgados de Primera Instancia, Audiencia Provincial, Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por no citar los supuestos de especialización de los Juzgados de Primera Instancia y algunas Salas especiales del Tribunal Supremo) corresponde el conocimiento del asunto. En términos estadísticos

—y, también, como consecuencia de una regla general jurídica (art. 85.1 LOP y art. 45 LECiv)— lo más probable es que la respuesta sea que corresponde a los Juzgados de Primera Instancia. Con ello habremos determinado la competencia objetiva. Pero Juzgados de Primera Instancia hay más de dos mil en todo el territorio del Estado.

5) Es obvio que la cuestión siguiente deberá ser cuál de todos los tribunales que tienen competencia objetiva para conocer del asunto, puede conocer concretamente de él. Resolver esta cuestión es determinar la competencia territorial.

6) Con la solución de todas las cuestiones anteriores habremos llegado a la conclusión de que la competencia para conocer del asunto corresponde a los Juzgados de Primera Instancia radicados en la capital de cierto partido judicial. Más precisamente habría que decir que la competencia que ha sido establecida es la competencia para conocer de la primera instancia. En efecto, si, durante ésta, se plantean incidentes que, según la ley procesal, no pueden ser resueltos por el Juzgado (por ejemplo: discrepancias con otro juzgado en cuanto a si procede acumular o no dos procesos —arts. 94 y 95 LECiv—) y si se interponen recursos contra las resoluciones de ese juzgado, es necesario seguir preguntándose sobre la competencia, ahora sobre la que habilita para resolver sobre temas no atribuidos al juez de la instancia. ste es el problema de la llamada competencia funcional.

Con esto está determinado el tribunal competente. Pero puede darse el caso de que tanto al concretarse, con la competencia territorial, el órgano competente para la primera instancia, como al precisarse, ahora con la competencia funcional, el órgano competente para conocer de un recurso, nos encontremos con varios órganos jurisdiccionales competentes (respectivamente: varios Juzgados de Primera Instancia en el Partido; varias secciones en la Audiencia Provincial). Concretar cuál de todos ellos ha de conocer del asunto ya no es problema de competencia, sino de reparto, pero en este problema sigue estando en juego el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley.

B) LAS POTESTADES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL

Al tratar del concepto de parte en el Capítulo 4 hicimos notar que la condición de parte en un proceso comporta la titularidad de una serie de situaciones jurídicas y la posibilidad de desarrollarlas en el proceso. No podían, entonces, ser explicadas ampliamente, porque hacerlo supondría concentrar la explicación de un proceso de declaración y, además, sólo desde la perspectiva de las partes.

Puede hacerse, ahora, una consideración similar, aunque referida al órgano jurisdiccional.

En este Capítulo y en el siguiente se estudia, principalmente, el régimen de la competencia, pero no debe descuidarse la consideración de que a ese órgano jurisdiccional y a sus auxiliares —principalmente al secretario— la ley les atribuye las potestades y les encomienda las funciones necesarias para que el proceso se desarrolle y termine con la producción de efectos jurídicos determinados.

Tampoco respecto del órgano jurisdiccional y sus auxiliares puede hacerse ahora una exposición completa de las potestades y funciones que tienen atribuidas. La ordenación legal de esa atribución será observada a lo largo de la exposición del proceso de declaración.

Pero puede ser ilustrativo apuntar que los órganos jurisdiccionales tienen potestad para:

- 1) Resolver sobre la admisión a trámite de una demanda.
- 2) Decidir el tipo de procedimiento a seguir.
- 3) Admitir o no solicitudes de intervención de terceros o de sucesión en la posición de una parte.
- 4) Suscitar de oficio cuestión acerca de la concurrencia de los presupuestos procesales.
- 5) Resolver sobre la admisión de la prueba e intervenir en su práctica según les autorice la ley.
- 6) Dirigir el procedimiento en su tramitación ordinaria y en sus incidencias.
- 7) Dictar sentencia y actuar del modo correspondiente en otros actos de terminación del proceso.
- 8) Resolver sobre la admisión a trámite de los recursos, dirigir su tramitación y resolver sobre el fondo de los mismos.

Esta relación podría continuar y sus términos desarrollarse de modo muy específico, en función de las diversas circunstancias de las que la ley hace depender el ejercicio de las potestades.

Baste, sin embargo, la advertencia de que lo que después estudiamos como proceso de declaración es el resultado de la concurrencia entre las situaciones que integran el estatuto de las partes y las potestades del órgano jurisdiccional respecto de un determinado objeto de proceso.

EXTENSIÓN Y LÍMITES DE LA JURISDICCIÓN ESPAÑOLA EN MATERIA CIVIL: SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN; TRATAMIENTO PROCESAL

El artículo 21 LOPJ dispone: «1. Los Juzgados y Tribunales españoles conocerán de los juicios que se susciten en territorio español entre españoles y entre extranjeros y entre españoles y extranjeros con arreglo a lo establecido en la presente Ley y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte. 2. Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas del Derecho Internacional Público».

Según esto la cuestión de la extensión y límites de la jurisdicción en materia civil presenta dos aspectos:

- 1) Los supuestos de inmunidad de jurisdicción, es decir, de personas excluidas de la misma, a pesar de que, por su naturaleza, deberían ser sujetos.
- 2) Los asuntos con elementos de extranjería, personales o objetivos, respecto de los cuales se establecen normas sobre su atribución a la jurisdicción española.

El artículo no menciona un tercer aspecto de la cuestión: el de la atribución de un asunto jurídico determinante de la sujeción del mismo a las potestades de las Administraciones públicas, en vez de a la potestad jurisdiccional de los tribunales.

También de este aspecto nos ocuparemos, aunque más brevemente.

A) ATRIBUCIÓN DE UN ASUNTO A LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LUGAR DE ATRIBUCIÓN A LA JURISDICCIÓN. TRATAMIENTO PROCESAL

a) Régimen de la atribución

Esta delimitación de atribuciones no significa que lo que no está atribuido a la jurisdicción excluya a ésta, de modo absoluto, de conocer el asunto en cuestión. Lo que ocurre es que la Administración está apoderada para resolver en un primer momento, y los tribunales —generalmente del orden jurisdiccional civil, sino los del orden judicial administrativo— pueden ejercer su potestad después de que la Administración haya actuado o dejado de actuar, si debía hacerlo (art. 106 CE: «Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»).

Pueden suscitarse dudas sobre si, atendida la naturaleza del caso, debe entender del mismo la Administración o los tribunales del orden civil.

inmediato. Al introducir el tema de la progresiva determinación de la competencia de los tribunales cité dos ejemplos que considero plausibles.

En todo que haya normas específicamente destinadas a delimitar supuestos atribuidos a la jurisdicción, discriminándolos de los encomendados a la Administración.

La disposición expresa que había en la derogada Ley de Defensa de la Competencia sobre la pretensión de indemnización por daños derivados de conductas de competencia desleal, ha desaparecido en la nueva Ley. Pero esa pretensión, así como la declaración de nulidad en virtud de lo dispuesto en el art. 1.2 Ley 15/1980 de julio, de Defensa de la Competencia, no están atribuidas a los órganos de la competencia, sino a los tribunales del orden civil.

En lo general es el análisis jurídico del asunto concreto el que permite determinar si es debida una actuación administrativa o si lo debido es someterlo a los tribunales civiles.

Un ejemplo puede ser el siguiente: si el asunto controvertido surge en relación con un contrato de carácter administrativo (art. 19, Ley de Contratos del Estado), la Administración está investida de potestades de interpretación del contrato, de modificación del mismo por razones de interés público y de resolución del mismo con arreglo a los arts. 194 y siguientes de la Ley citada, el ejercicio de tales potestades es posteriormente controlado por los tribunales del orden administrativo; si el contrato celebrado por la Administración es de los sometidos a Derecho privado, las discrepancias a las que pueda dar lugar su cumplimiento y extinción han de ser sometidas a los tribunales civiles (art. 21 de la Ley citada).

b) Tratamiento procesal

La atribución de un asunto a la Administración y no —de momento— a la jurisdicción, ha de ser examinada de oficio por el tribunal civil (art. 37.1 LECiv), previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal (art. 38 LECiv), con la consecuencia de que el juez debe abstenerse de seguir conociendo del asunto (art. 414 LECiv) y de la nulidad de pleno derecho de los actos procesales posteriores (art. 238.1 LOPJ). Tiene, pues, tratamiento de presupuesto procesal.

En caso de no haberse apreciado de oficio, es dudoso si el demandado puede denunciar el defecto mediante declinatoria, dirigida al tribunal que conociendo para que se abstenga de hacerlo (arts. 39 y 63 al 65 LECiv; preceptos que se refieren genéricamente a la falta de jurisdicción, pero no a la atribución a la Administración entre los supuestos de esta falta), o si puede plantear la cuestión en la contestación para debatirla en la audiencia, con la eventual consecuencia de una resolución de sobreseimiento del proceso (arts. 416 y 425 LECiv: circunstancias procesales análogas).

Siendo la Administración pública cuyas atribuciones hayan sido desconocidas por la actuación del tribunal civil puede plantearle a éste un con-

llo de jurisdicción, que será tramitado según lo dispuesto por los artículos 3 al 21 de la L.O. 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, y resuelta por el órgano cuya composición establece el artículo 38 LOPJ.

B) INMUNIDAD DE JURISDICCIÓN. TRATAMIENTO PROCESAL

De los asuntos que, por su naturaleza, están atribuidos a la jurisdicción son eximidos excepcionalmente de ésta los que son inmunes a la jurisdicción según las normas de Derecho Internacional Público.

a) Supuestos de inmunidad de jurisdicción

Unos supuestos están reconocidos por el Derecho Internacional General, mediante la costumbre y los principios generales del Derecho. Es el caso de la inmunidad de los Estados, que se manifiesta más como inmunidad frente al proceso de ejecución, que frente al proceso previo de declaración.

El Tribunal Constitucional se ha ocupado de esta cuestión en la STC 107/1992, de 1 de julio (RTC 1992, 107), y en la STC 292/1994, de 27 de octubre (RTC 1994, 292). La oportunidad de estos pronunciamientos del TC viene dada porque la inmunidad de jurisdicción aparenta ser contraria al derecho a la tutela judicial efectiva. El TC ha llegado a la conclusión «de que no existe una inmunidad absoluta, sino relativa, de ejecución de los Estados, conclusión que se ve reforzada por la propia exigencia de efectividad de los derechos contenidos en el artículo 24 CE y por la ratio de la inmunidad, que no es la de otorgar a los Estados una protección indiscriminada, sino la de salvaguardar la integridad de la soberanía» (STC 292/1994 [F. 3]), por lo que «salvo los bienes de Estado extranjero inmunes a la ejecución en virtud de tratado» «a) son absolutamente inmunes a la ejecución los bienes de las misiones diplomáticas y consulares, incluyendo las cuentas corrientes bancarias «según la práctica internacional contemporánea»; b) son inmunes a la ejecución los demás bienes de los Estados extranjeros que estén destinados a actividades «iure imperi» pero no los destinados a actividades «iure gestionis»» (STC 292/1994 [F. 3]).

Otros supuestos de inmunidad son regulados con mayor precisión por el Derecho Internacional convencional. Así, como ya ha quedado apuntado antes, los bienes de las misiones diplomáticas y consulares (arts. 22.3 Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de 24 de abril de 1963, y 31.4 de la Convención de Viena sobre relaciones consulares, de 24 de abril de 1963). También la de los agentes diplomáticos, salvo las excepciones a la inmunidad y la posibilidad de renuncia a la misma, regulada por los artículos 31 y 32 de la Convención citada sobre relaciones diplomáticas. Asimismo la de los funcionarios y empleados consulares, regulada por los artículos 43 y 45 de la Convención citada sobre relaciones consulares. El TC, en STC 140/1995, de 28 de septiembre (RTC 1995, 140), se ha ocupado de la inmunidad de los agentes diplomáticos y no la ha estimado contraria al derecho a la tutela judicial efectiva, aunque hay votos particulares que matizan esa conclusión mayoritaria.

b) Tratamiento procesal

Si la inmunidad de jurisdicción está fundada, el tribunal civil, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal (art. 38 LECiv), ha de dictar resolución en el sentido de abstenerse de conocer (art. 36.2.1ª LECiv).

Es dudoso cómo ha de ser denunciado este defecto por el demandado, si el juez no lo ha apreciado de oficio. Véase lo que dijimos sobre las dos posibilidades en el caso de que el problema versara sobre la atribución del asunto a la Administración o la jurisdicción.

c) COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

Este es, sin duda, el aspecto prácticamente más importante de la cuestión de la extensión y límites de la jurisdicción. Se trata de determinar respecto de asuntos que presenten elementos (personales u objetivos) de extranjería cuáles están atribuidos a los tribunales españoles y cuáles no. Esta atribución la realizan textos normativos muy diversos y de contenido complejo, de modo que, más que el examen detenido de su contenido, importa asimilar el sistema de fuentes y el modo general de aplicación de esas normas de atribución.

a) Régimen de atribución de asuntos: convenios internacionales, Derecho Comunitario derivado y Derecho interno

Con carácter preferente deben ser aplicadas las normas establecidas por los convenios internacionales sobre la materia ratificados por España. Estos convenios «cuyo ámbito de vigencia es muy diferenciado, como en seguida veremos» suelen regular tanto la materia de atribución de asuntos a los tribunales de los Estados contratantes, como la materia del recíproco reconocimiento y ejecución en el ámbito de soberanía de un Estado de las sentencias dictadas por los tribunales del otro Estado. Entre ambas materias existe una estrecha interdependencia: un Estado no reconocerá, ni ejecutará sentencias dictadas por los tribunales de otro Estado si, de acuerdo con el régimen de atribución de competencia judicial internacional, los tribunales del segundo Estado han invadido la competencia atribuida a los tribunales del primer Estado o no tienen una competencia fundamentada en una vinculación del litigio «de sus sujetos o de su objeto» con la soberanía del Estado cuyos tribunales han dictado la sentencia.

Los convenios sobre esta materia pueden clasificarse de la siguiente manera:

1) Convenios multilaterales sobre materias jurídicas específicas: por ejemplo: Convenio de La Haya sobre reconocimiento y ejecución de sentencias en materia de obligaciones alimenticias respecto a menores, de 15 de abril de 1958, Convenio rele-

rente al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones relativas a las obligaciones alimenticias hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, Convenio Europeo relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia, de 20 de mayo de 1980, todos ellos ratificados por España.

2) Convenios bilaterales sobre materias civiles y mercantiles en general. El Estado español tiene ratificados convenios sobre estas materias con diversos países, pero una detallada mención aquí no tiene interés.

3) Convenios multilaterales sobre materias civiles y mercantiles en general. Son los más importantes en cuanto a la frecuencia de aplicación. En este apartado se incluye el Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Lugano, de 16 de septiembre de 1988, que vincula a los Estados miembros de la Comunidad Europea y a los Estados de la Asociación Europea de Libre Comercio.

La competencia judicial internacional entre los Estados miembros de la Comunidad Europea, que estaba regida por una norma de Derecho Internacional —el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968—, está regulada, desde el 1 de marzo de 2002, por el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. La materia pasa, en consecuencia, a ser objeto de una disposición de Derecho comunitario derivado.

Normas de esta misma naturaleza, aunque con ámbito de aplicación más especial, son también el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, sobre competencia y reconocimiento de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, y el Reglamento (CE) núm. 1346/2000, sobre procedimientos de insolvencia.

En caso de que el asunto concreto no sea subsumible en las previsiones de los convenios internacionales, o de las disposiciones de Derecho comunitario, se aplicarán las normas de Derecho interno español.

b) Atribución de asuntos según el Reglamento (CE) núm. 44/2001

Con arreglo a esta disposición, la atribución de la competencia judicial internacional a los tribunales de los Estados miembros de la Comunidad Europea, en materias de Derecho Privado en general —hay excepciones que se fijan en el art. 1 del Reglamento—, se realiza del siguiente modo:

1) Determinados asuntos son atribuidos sólo a los tribunales del Estado con los que tengan la conexión establecida por el artículo 22 del Reglamento (competencias exclusivas). Esta atribución no puede ser desconocida aunque medie sumisión expresa (art. 23.5 del Reglamento) o tácita (art. 24 del Reglamento) de las partes a los tribunales de otro Estado.

2) Si el asunto no está afectado por normas atributivas de competencias exclusivas, serán competentes los tribunales del Estado ante los cuales haya presentado la demanda el actor y haya comparecido el demandado, salvo que sólo sea a los efectos de denunciar su incompetencia (art. 24 del Reglamento). Nada importa que, por las reglas que indicaremos después, pudiera estar fundada una atribución distinta. Lo decisivo es que ni el actor, ni el demandado han querido hacer valer esas reglas, de modo que, para atribuir la competencia, el Convenio atiende a la voluntad de las partes manifestada por los actos conculcantes de comparecer y no discutir la competencia.

3) La competencia se atribuye por sumisión expresa si las partes —generalmente al constituir la relación jurídica respecto de la que luego se plantea litigio— acordaron, con arreglo al artículo 23 del Reglamento, que la competencia correspondiera a los tribunales de un determinado Estado. Esta atribución sólo es válida si no rigen reglas atributivas de competencias exclusivas y si no se infringen límites imperativos a la sumisión establecidos por el Reglamento para ciertas materias. Y también: sólo servirá para atribuir competencia si las partes no se someten tácitamente.

4) En defecto de sumisión expresa, la competencia se atribuye a los tribunales del Estado con cuya soberanía tiene el litigio los puntos de conexión establecidos en materia de seguros (arts. 8 al 14) y en materia de contratos con consumidores (arts. 15 al 17). Estas son reglas más especiales que las que citaremos después y, por lo tanto, de aplicación preferente a ellas. Para que atribuyan competencia es necesario hacerlas valer; es decir, que si no han sido respetadas y la demanda no ha sido presentada ante el Estado competente, el demandado no ha de someterse tácitamente, sino impugnar la competencia de los tribunales por no haberse determinado con aplicación de esas reglas.

5) En defecto de sumisión expresa y de que el asunto pueda ser incluido en las reglas especiales citadas en el apartado anterior, la competencia se atribuye a los tribunales del Estado con cuya soberanía tiene el litigio los puntos de conexión establecidos respecto de las materias jurídicas más generales mencionadas en los artículos 5 al 7 del Reglamento.

6) En fin, si al asunto tampoco le fueran aplicables estas reglas más generales, la competencia judicial internacional corresponde a los tribunales del Estado en cuyo territorio tenga su domicilio el demandado (arts. 2 y 3 del Reglamento).

c) Atribución de asuntos según el artículo 22 LOPJ

En defecto de convenio internacional aplicable la atribución del asunto a los tribunales españoles frente a los extranjeros se determina con arreglo al artículo 22 LOPJ, cuya confusa ordenación se aplica de un modo similar al que hemos explicado respecto del Reglamento (CE) núm. 44/2001:

1) Primero se atiende a las materias exclusivas de las que sólo pueden conocer los tribunales españoles.

Son las siguientes según el artículo 22.1ª LOPJ: «Con carácter exclusivo, en materia de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España; en materia de constitución, validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas que tengan su domicilio en territorio español, así como respecto de los acuerdos y decisiones de sus órganos; en materia de validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español; en materia de inscripciones o de validez de patente y otros derechos sometidos a depósito o registro cuando se hubiere solicitado o efectuado en España el depósito o registro; en materia de reconocimiento y ejecución en territorio español de resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero».

2) Sumisión tácita (art. 22.2ª LOPJ).

3) Sumisión expresa (art. 22.2ª LOPJ).

4) Una serie de materias son atribuidas a los tribunales españoles por que alguno de sus componentes tiene puntos de conexión con la soberanía española (art. 22.3ª, 4ª y 5ª LOPJ).

5) Aunque falten otros puntos de conexión el asunto se atribuye a los tribunales españoles si el demandado tiene su domicilio en España (art. 22.3ª LOPJ).

d) Tratamiento procesal

a) Examen de oficio

La falta de competencia internacional de los tribunales españoles debe ser apreciada de oficio en dos supuestos:

1) «Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado» (art. 36.2.2ª LECiv).

2) «Cuando no comparezca el demandado emplazado en debida forma, en los casos en que la competencia internacional de los tribunales españoles únicamente pudiera fundarse en la sumisión tácita de las partes» (art. 36.2.3ª LECiv). Si el demandado se persona en el plazo legal, o bien se somete tácitamente o bien recae sobre él la carga de denunciar la incompetencia; es en defecto de esta personación cuando el juez tiene el deber de examinar si hay sumisión expresa en favor de los tribunales españoles o si las reglas legales atribuyen la competencia a éstos.

El órgano jurisdiccional, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, resolverá abstenerse de conocer del asunto (art. 38 LECiv), por medio de auto, contra el que es admisible recurso de apelación (art. 66.1 LECiv). Si, por el contrario, el juez rechaza la falta de competencia internacional, el auto es recurrible en reposición y ese defecto de competencia puede ser utilizado para fundar el recuso de apelación contra la sentencia definitiva (art. 66.2 LECiv).

b) Declinatoria del demandado

Si el juez no se ha abstenido de conocer, por apreciar de oficio la falta de competencia internacional, el demandado puede denunciar esa falta mediante declinatoria (art. 39 LECiv).

La declinatoria ha de dirigirse al tribunal que está conociendo del proceso (art. 63 LECiv), «dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista, y surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal» (art. 64.1 LECiv). La cuestión planteada por la declinatoria ha de ser debatida con arreglo a lo dispuesto en el artículo 65.

«Si el tribunal entendiese que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso» (art. 65.2 LECiv).

Contra la resolución son admisibles —según el sentido de su pronunciamiento— los recursos mencionados al examinar el tratamiento de oficio.

c) Especialidades si es aplicable al caso el Reglamento núm. 44/2001

Si se han interpuesto demandas con la misma pretensión procesal ante tribunales de diferentes Estados (litispendencia; art. 27 del Reglamento) o demandas con pretensiones conexas (conexidad; art. 28 del Reglamento), el tribunal español no puede limitarse a abstenerse de conocer y sobreseer el proceso, sino que ha de inhibirse (dejar el asunto en manos) en favor del tribunal extranjero que sea competente según los artículos acabados de citar.

LA COMPETENCIA GENÉRICA («JURISDICCIÓN») DE LOS TRIBUNALES CIVILES: SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN; TRATAMIENTO PROCESAL; CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN Y DE COMPETENCIA

Jurisdicción es un término con variedad de significados. Por lo que ahora interesa, significa potestad jurisdiccional (si, por ejemplo, se dice que

un tribunal ejerce jurisdicción) y conjunto de órganos que tiene atribuida esa potestad (por ejemplo: estos asuntos están atribuidos a la jurisdicción española). La expresión «jurisdicción» también se utiliza con el significado de conjunto de asuntos de cierta clase que son atribuidos a determinadas clases de órganos jurisdiccionales. Se es el significado del término en el artículo 9.6 LOPJ y, en ese sentido, se habla de jurisdicción civil, jurisdicción penal, jurisdicción contencioso-administrativa y de jurisdicción laboral.

Considerando la acepción de jurisdicción como potestad jurisdiccional, el último significado del término que he apuntado resulta llamativamente incorrecto, porque la jurisdicción, como potestad jurisdiccional, es la misma y la tienen por igual todos los órganos jurisdiccionales. Lo que se distribuye entre los órganos jurisdiccionales —y es un dato que permite diferenciarlos— es la competencia: los asuntos sobre los cuales pueden ejercer su potestad jurisdiccional.

Cuando se habla de jurisdicción civil, penal, laboral, contencioso-administrativa se hace referencia, en realidad, a un tema de competencia, sólo que a una clase de ésta que es distinta —por su modo de atribución, por su tratamiento procesal, por el régimen de conflictos— a la que generalmente es denominada competencia.

La denominada jurisdicción hace referencia a la atribución general de competencia en materia civil que el artículo 9.2 LOPJ hace a los tribunales del orden jurisdiccional civil. Mientras que la habitualmente denominada competencia es la atribución de asuntos, por ley o por la voluntad de las partes, a los diferentes tribunales que tienen atribuida la materia civil. Para reflejar adecuadamente la similitud de conceptos, pero también su diferencia, el término «jurisdicción» con esta acepción podría ser útilmente sustituido por el de competencia genérica.

La competencia genérica (la «jurisdicción») es el conjunto de asuntos que están atribuidos a los tribunales de cada orden jurisdiccional de los establecidos por el artículo 9 LOPJ (civil, penal, contencioso-administrativo, social) y a los tribunales especiales (tribunales militares, Tribunal de Cuentas y Tribunal Constitucional).

La determinación de si la tutela judicial puede ser pedida de un tribunal del orden jurisdiccional civil requiere precisar si el asunto está comprendido en la competencia genérica («jurisdicción») de ese orden jurisdiccional.

A) REGLAS DE ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA GENÉRICA A LOS TRIBUNALES DEL ORDEN JURISDICCIONAL CIVIL

La regla general de atribución la formula el artículo 9.2 LOPJ. Pero las dificultades de concreción de esa regla —en ciertos casos— y normas especiales

que afectan a esa atribución, aconsejan que, por lo menos, se dé noticia de los problemas que plantea la misma.

a) El artículo 9.2 LOPJ como regla general de atribución

Dispone este artículo, en el primer párrafo de su apartado 2: «Los Tribunales y Juzgados del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional».

La formulación de esta regla merece estos comentarios:

1) La regla tiene dos partes: materias que están atribuidas a los tribunales del orden civil por serles «propias» y materias que les corresponden por no estar «atribuidas a otro orden jurisdiccional».

2) De la primera clase de materias el precepto no da ninguna definición positiva y expresa. El artículo 51 de la LECiv/1881 se refería a los «negocios civiles», lo cual, ciertamente, tampoco era muy ilustrativo, y hasta es deducible del artículo 9.2 LOPJ: cabe pensar razonablemente que las materias que les son propias son las materias civiles.

En definitiva, lo determinante para esta primera parte de la regla de atribución es que el pronunciamiento de fondo que deba dictar el órgano jurisdiccional dependa esencialmente de normas de Derecho Privado (civiles, mercantiles), dado que estas normas son, por otra parte, las que rigen la situación jurídica extraprocesal respecto de la que se pide la tutela. Esta primera parte de la regla experimenta restricciones por normas legales especiales que, a pesar de la naturaleza jurídica privada del asunto, atribuyen en ciertos supuestos la competencia genérica a tribunales de órdenes jurisdiccionales distintos al civil.

Por ejemplo: las pretensiones de condena a indemnización y a la restitución de cosas de las que pueden conocer los tribunales del orden jurisdiccional penal, si están fundadas en los mismos hechos que —desde el punto de vista penal— son delito (art. 111 LECrim); los tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las cuestiones que se susciten en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas «cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive» (art. 9.4, párrafo segundo LOPJ; art. 2 e) LJCA).

No es una restricción de esta regla la competencia atribuida a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 87 bis LOPJ), porque estos Juzgados tienen atribuida competencia genérica civil (art. 87 ter.2 y 3 LOPJ), y, en ese ámbito, ejercen su potestad con arreglo a las normas procesales civiles (art. 49 bis.5 LECiv), aunque también tengan competencia penal (art. 87 ter.1 LOPJ). Desde el punto de vista de la competencia genérica, los Juzgados de Violencia sobre la Mujer son comparables a los Juzgados de Primera Instancia

e Instrucción, porque, como éstos, tienen competencia genérica tanto civil como penal, aunque, a diferencia de éstos, la competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer es especializada dentro de los dos órdenes jurisdiccionales.

No obstante, es comprensible cierta confusión en esta materia, porque la norma que atribuye la competencia objetiva a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, como órganos jurisdiccionales especializados, frente a los Juzgados de Primera Instancia —órganos no especializados—, incluye la pendencia ante los primeros de un proceso penal en alguna medida conexo con el asunto civil afectado por la norma de competencia objetiva.

3) También esta primera parte de la regla de atribución experimenta una matización por lo dispuesto en el artículo 10.1 LOPJ: «A los solos efectos prejudiciales, cada orden jurisdiccional podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente». Estudiaremos esto más ampliamente al tratar de las cuestiones prejudiciales. Baste decir ahora que el precepto apodera a los tribunales del orden civil —que deben pronunciarse sobre un efecto jurídico establecido por normas de Derecho Privado y esencialmente dependiente de ellas— para apreciar hechos jurídicos que también influyen en el pronunciamiento, pero cuya valoración ha de hacerse con arreglo a normas que no son de Derecho Privado.

Por ejemplo: según el artículo 28 Ley de Arrendamientos Urbanos es causa de extinción del contrato de arrendamiento «la declaración firme de ruina acordada por la autoridad competente». La determinación de si la declaración de ruina es conforme a Derecho, por estar fundada y por haberse dictado por el órgano competente y según el procedimiento debido, es asunto de naturaleza administrativa, atribuido a los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Pero es asunto de los tribunales del orden jurisdiccional civil pronunciarse sobre una pretensión constitutiva de extinción del arrendamiento y apreciar, para pronunciarse al respecto, si se da el supuesto legal de declaración de ruina.

4) La segunda parte de la regla general (materias no atribuidas a otro orden jurisdiccional) representa el establecimiento como norma positiva de un principio reiteradamente formulado por la jurisprudencia: el de la llamada «vis atractiva» de la jurisdicción civil.

Esta regla no significa que los asuntos no atribuidos expresa y claramente a otro orden jurisdiccional estén atribuidos al orden civil, de modo que cualquier duda interpretativa pueda ser resuelta con la conclusión de su atribución. Significa, más bien, que sólo si, agotada la interpretación, no cabe concluir la atribución a otro orden jurisdiccional, entra en juego la norma de atribución residual al orden civil, con lo que se garantiza que ningún asunto jurídico quedará sin posibilidad de tutela judicial.

b) Referencia a problemas concretos en la atribución de competencia genérica a los tribunales del orden judicial civil frente a los de otros órdenes jurisdiccionales o a tribunales especiales

Lo que he anotado en los puntos 2 y 4 del anterior apartado a), debe servir de advertencia acerca de las dificultades que, en algunos casos, puede presentar la determinación de la competencia genérica de los tribunales del orden civil.

Sin ánimo exhaustivo apunto algunas:

1) Con los tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo

Los arts. 9.4, párrafo segundo LOPJ y 2. e) LJCA han sido redactados y reformados para resolver con una disposición muy clara los problemas sobre competencia genérica en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, que se suscitaban por hacer depender tal atribución de que los daños se hubieran causado por la Administración actuando o no con sujeción al Derecho Administrativo y por tener que ser demandadas, junto a la Administración, personas privadas.

En materia de régimen jurídico de asociaciones, el artículo 39 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 marzo, reguladora del derecho de asociación, atribuye al orden contencioso-administrativo las cuestiones que se susciten en relación con los procedimientos administrativos que se instruyan según esa Ley, mientras que el artículo 40 establece la competencia del orden civil para las «pretensiones derivadas del tráfico jurídico privado de las asociaciones y de su funcionamiento interno».

También el art. 43 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones delimita expresamente la competencia genérica del orden administrativo con el civil en la materia de la ley.

Hasta la LJCA/1998, la tutela judicial frente a las llamadas «vías de hecho» (actuaciones de la Administración con incumplimiento esencial de las normas de competencia y de procedimiento) correspondía a la competencia genérica de los tribunales del orden civil. La LJCA/1998 establece que la tutela frente a las vías de hecho puede pedirse de los tribunales del orden contencioso-administrativo (arts. 25.2, 30 y 32.2 LJCA), pero, al no haberse derogado disposiciones que hacían referencia a la tutela interdictal otorgada por los tribunales civiles (arts. 101 LRJ-PAC, 125 Ley de Expropiación Forzosa, entre otros), pueden plantearse problemas de atribución a uno u otro orden jurisdiccional.

2) Con los tribunales del orden jurisdiccional social

Los litigios que se susciten en relación con planes de pensiones y con contratos de seguro son, sin duda, de Derecho Privado y atribuidos a los tribunales del orden civil. Pero si estos sistemas de previsión se utilizan para

mejorar la protección de la Seguridad Social y se imponen por contrato de trabajo o por convenio colectivo, la competencia genérica pasa a los tribunales del orden social [art. 2 c) LPL].

Este mismo criterio –vinculación a una relación de naturaleza laboral– es el que la Sala especial de conflictos de competencia ha aplicado, por ejemplo, para decidir la competencia genérica sobre litigios relativos a préstamos (que por sí tienen naturaleza jurídico-privada) concedidos por una entidad de crédito a sus empleados.

3) Con los tribunales del orden jurisdiccional penal

Los problemas a apuntar aquí no son los genéricos derivados de la preferencia de la actuación de los tribunales del orden penal (art. 114 LECrim, arts. 10.2 y 44 LOPJ y art. 40 LECiv), sino los más específicos que afectan a las peticiones de tutela judicial que, en función de diversas circunstancias, pueden ser resueltas por los tribunales del orden penal o por los del orden civil.

El campo de esos problemas queda acotado a las pretensiones procesales civiles que pueden ser acumuladas al proceso penal, porque el fundamento de aquéllas son los mismos hechos que están siendo enjuiciados como delitos (arts. 100, 108 al 113 y 115 al 117 LECrim y arts. 109 al 122 CP). Si se produce la acumulación, y mientras ésta no deba terminar, la competencia genérica corresponde a los tribunales del orden penal: si la acumulación se extingue (por reserva de la acción civil; por finalización del proceso penal sin condena penal), la competencia genérica corresponde a los tribunales del orden civil, aunque, según supuestos, éstos tal vez deban suspender el proceso civil.

4) Con tribunales especiales y con otros tribunales que no están integrados en un orden jurisdiccional.

La necesaria delimitación de las competencias genéricas de los tribunales del orden civil con los tribunales militares la establece el artículo 9.2, párrafo segundo LOPJ: «En este orden civil corresponderá a la jurisdicción militar la prevención de los juicios de testamentaria y de “ab intestato” de los miembros de las Fuerzas Armadas que, en tiempo de guerra, fallecieron en campaña o navegación, limitándose a la práctica de la asistencia imprescindible para disponer el sepelio del difunto y la formación del inventario y aseguramiento provisorio de sus bienes, dando siempre cuenta a la Autoridad judicial civil competente».

La actual competencia de los juzgados de menores, que sólo comprende la potestad de imposición de medidas a menores por comisión de hechos constitutivos de delito o falta y no las potestades de protección contra el ilegítimo ejercicio del derecho de guarda y educación (véase, principal-

mente, el art. 2 de la Ley reguladora de la responsabilidad penal de los menores –L.O. 5/2000, de 12 de enero–), no posibilita el planteamiento de problemas específicos con la competencia del orden judicial civil, salvo los que puedan derivar de la acción para exigir la responsabilidad civil, normalmente acumulada en el procedimiento para imposición de medidas (arts. 32, 61 y 62 de la Ley acabada de citar).

El Tribunal de Cuentas enjuicia la llamada responsabilidad contable, que es una especial responsabilidad de indemnizar los daños y perjuicios causados por el menoscabo de los caudales y efectos públicos, que una persona está encargada de recaudar, intervenir, administrar o manejar (arts. 15-17 y 38-42 Ley Orgánica del Tribunal de Cuentas). Los problemas de delimitación de la competencia genérica pueden darse si, para exigir esta responsabilidad, se plantea demanda ante los tribunales civiles por responsabilidad extracontractual.

5) Con diversos órdenes jurisdiccionales en materia concursal.

La competencia de los Juzgados de lo Mercantil –pertenecientes al orden jurisdiccional civil– en materia concursal alcanza a algunas materias ordinariamente atribuidas al orden social (art. 86 ter.1.2ª LOPJ) o a tribunales de otros órdenes jurisdiccionales (art. 86 ter.1.3ª y 4ª LOPJ).

II) TRATAMIENTO PROCESAL

La falta de atribución del asunto a los tribunales del orden jurisdiccional civil por estar atribuido a los de otro orden jurisdiccional o a tribunales especiales, ha de ser examinada de oficio (art. 37 LECiv) y, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal (art. 38 LECiv). Si el tribunal estima que el defecto concurre dictará auto absteniéndose de conocer y dando por terminado el proceso. Contra este auto cabe recurso de apelación (art. 66.1 LECiv). Si, tras la audiencia mencionada, el tribunal entendiera que no le falta competencia genérica el régimen de impugnación es el establecido en el artículo 66.2 LECiv. La apreciación de la falta de competencia genérica puede hacerse en cualquier momento del proceso anterior a la sentencia firme.

Si el tribunal no aprecia de oficio el defecto de competencia genérica, el demandado puede denunciar la falta de esa competencia mediante la declinatoria (arts. 39 y 63-65 LECiv).

La resolución que, de oficio o a instancia de parte, estime la falta de competencia genérica deberá indicar el orden jurisdiccional al que el asunto está atribuido (art. 9.6 LOPJ).

C) CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN Y DE COMPETENCIA

Si el tribunal del orden jurisdiccional civil inicia el proceso y un tribunal de otro orden jurisdiccional o un tribunal especial estima que aquella actuación del tribunal civil invade su competencia genérica —o a la inversa— pueden plantearse:

1) Conflicto de jurisdicción, si uno de los tribunales en conflicto es un tribunal militar (art. 39 LOPJ y arts. 22 y 29 Ley de Conflictos Jurisdiccionales). El conflicto será resuelto por la Sala de Conflictos de Jurisdicción cuya composición establece el artículo 39 LOPJ.

2) Conflicto de competencia, si se trata de tribunales de diferentes órdenes jurisdiccionales (arts. 42-50 LOPJ). A estos efectos el Tribunal de Cuentas se considera que forma parte del orden jurisdiccional contencioso administrativo (art. 37.2 LECiv y art. 31.2 Ley de Conflictos Jurisdiccionales). Será resuelto por la Sala Especial de Conflictos de Competencia constituida en el Tribunal Supremo según el artículo 42 LOPJ.

Los anteriores conflictos tienen carácter positivo —ambas clases de tribunales sostienen que el asunto les está atribuido—. Pero caben conflictos negativos: si el tribunal del orden jurisdiccional ante el que se acudió, por indicación del auto del artículo 9.6 LOPJ, estima también que carece de competencia genérica, la parte puede interponer un llamado recurso por defecto de jurisdicción ante la Sala Especial de Conflictos de Competencia, que, con conocimiento de las actuaciones que se han practicado ante los tribunales de ambos órdenes jurisdiccionales y con audiencia de las partes, determinará el orden jurisdiccional a cuyos tribunales corresponde el conocimiento del asunto (art. 50 LOPJ).

Como regla especial de lo dicho, si los problemas de delimitación de la competencia genérica afectan al TC, es este mismo tribunal el que los resuelve (art. 4 LOTC).

Capítulo 9

MANUEL ORTELLS RAMOS

ÍNDICE.—LA COMPETENCIA OBJETIVA.—A) Supuestos de atribución.—B) Tratamiento procesal.—LA COMPETENCIA TERRITORIAL.—A) Prelación de normas para la atribución de la competencia territorial, clases de fueros.—B) Atribución de la competencia territorial mediante normas imperativas.—C) Atribución de competencia territorial por sumisión tácita.—D) Atribución por sumisión expresa.—E) Atribución mediante reglas legales supletorias.—F) Atribución de la competencia territorial en los procesos en que son parte el Estado o las Comunidades Autónomas.—G) Tratamiento procesal.—LA COMPETENCIA FUNCIONAL.—A) Atribución de la competencia funcional.—B) Tratamiento procesal.—LA DECLINATORIA.—CUESTIONES DE COMPETENCIA.—EL RÉPARTO DE ASUNTOS.—ABSTENCIÓN Y RECLUSIÓN DE LOS TITULARES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL Y DE SUS AUXILIARES.

LA COMPETENCIA OBJETIVA

En el orden jurisdiccional civil existen varias clases de órganos jurisdiccionales.

La competencia objetiva es la atribución a cada clase de órganos del conocimiento, en primera instancia, de ciertas clases de pretensiones procesales civiles.

Para determinar esas clases de asuntos el legislador atiende a dos tipos de criterios: cuantitativos y cualitativos.

1) Los criterios cuantitativos atienden a la cuantía o valor económico del asunto, determinado de acuerdo con las normas establecidas por la LECiv (arts. 251-252).

Estos criterios tuvieron gran importancia cuando existían dos clases de juzgados con amplia competencia cada una de ellos para conocer de los asuntos civiles en primera instancia (antiguos Juzgados de Distrito y Juzgados de Primera Instancia). Actualmente sólo delimitan la competencia objetiva de los Juzgados de Paz, y esto aun de la manera matizada que después se explicará.

2) Los criterios cualitativos atienden bien a aspectos del objeto del proceso —principalmente a la justificación jurídica de la petición de tutela en

normas especiales de Derecho Privado; por ejemplo: arrendamientos, patentes, marcas, etc.—, bien a la calidad de la persona del demandado, unida a que los hechos en que se funda la pretensión han sido realizados por esa persona en el ejercicio de determinadas funciones públicas.

Esta clase de criterios había perdido importancia práctica en el proceso civil, porque la atribución de competencia objetiva en virtud de los mismos quedaba reducida a los «aforamientos» en materia civil —es decir: a las atribuciones de competencia objetiva por razón de la persona que acabamos de mencionar—, cuya aplicación no es muy frecuente.

La LECiv contiene, sin embargo, dos normas que reavivan el interés práctico de esta clase de criterios: el artículo 47, que excluye de la competencia de los Juzgados de Paz ciertas materias; el artículo 46 LECiv, que equipara a la competencia objetiva la atribución en exclusiva de cierta clase de asuntos —según el art. 98 LOPJ— a un juzgado de un partido en el que existen varios de Primera Instancia. A esto se ha unido la previsión legal de los Juzgados de lo Mercantil (art. 86 ter LOPJ) y de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 87 bis LOPJ).

Estudiamos, a continuación, las normas de atribución de la competencia objetiva y el tratamiento procesal de su aplicación en concreto en un proceso.

A) SUPUESTOS DE ATRIBUCIÓN

El examen de las normas atributivas de competencia objetiva conduce a que la exposición más sencilla y, al propio tiempo, más exacta sea la siguiente: por regla general la competencia objetiva para conocer en primera instancia de cualquier asunto civil corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, salvo que la ley establezca otra cosa, o que, con amparo en la ley, se establezca otra cosa.

Desarrollaremos esto.

a) Regla general: competencia objetiva de los Juzgados de Primera Instancia

La regla general ya la establecía el artículo 85.1º LOPJ —«Los Juzgados de Primera Instancia conocerán en el orden civil: 1º En primera instancia, de los juicios que no vengan atribuidos por esta Ley a otros Juzgados o Tribunales»— y, ahora, la formula el artículo 45 LECiv —«Corresponde a los Juzgados de Primera Instancia el conocimiento, en primera instancia, de todos los asuntos civiles que por disposición legal expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales»—.

Todo asunto atribuido a la competencia genérica del orden jurisdiccional civil, cuyo conocimiento no esté atribuido a alguna de las clases de tribunales de ese orden jurisdiccional, es de la competencia objetiva de los Juzgados de Primera Instancia.

También es consecuencia de esta regla general que cualquier Juzgado de Primera Instancia tiene competencia objetiva para conocer de cualquier clase de asunto civil.

No obstante, esta regla general tiene excepciones como inmediatamente vamos a ver.

b) Competencia objetiva de los Juzgados de lo Mercantil y de los Juzgados de Marca Comunitaria

Los Juzgados de lo Mercantil, creados por una reciente reforma de la LOPJ, tienen carácter especializado, tanto por la formación del personal judicial titular (art. 329.4 LOPJ), como por su competencia objetiva, que se determina con arreglo a criterios cualitativos.

Específicamente, los Juzgados de lo Mercantil son competentes (art. 86 ter LOPJ).

1) En materia concursal y en materias conexas con la misma según el artículo 86 ter.1 LOPJ.

2) Respecto de pretensiones amparadas en las normas reguladoras de las sociedades mercantiles y cooperativas.

3) Respecto de pretensiones referidas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad.

4) Respecto de pretensiones amparadas en normas jurídico-privadas reguladoras del transporte.

5) Respecto de pretensiones referidas a Derecho Marítimo.

6) Respecto de pretensiones referidas a condiciones generales de la contratación.

7) Para conocer de la impugnación jurisdiccional de calificaciones registrales en materia de Registro Mercantil.

8) En las actuaciones de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea y su Derecho derivado (régimen de la libertad de competencia), salvo que competan a las Administraciones públicas y a los tribunales del orden jurisdiccional administrativo. La disp. adic. Primera de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, extiende esta atribución a los asuntos, no correspondientes a los órganos administrativos de defensa de la competencia, en los que deban aplicarse los arts. 1 y 2 de la Ley mencionada.

9) En las actuaciones jurisdiccionales relacionadas con arbitrajes sobre las materias antes mencionadas.

Entre todos los Juzgados de lo Mercantil del Estado, los que tienen la sede en Alicante tienen asignada la competencia objetiva para conocer de las pretensiones que se interpongan al amparo de los Reglamentos 40/1994 del Consejo de la Unión Europea, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, y 6/2002 del Consejo de la Unión Europea, de 12 de diciembre de 2001, sobre los dibujos y modelos comunitarios (art. 86 bis LOPJ).

c) Competencia objetiva de los Juzgados de Paz

Según el artículo 100.1 LOPJ: «Los Juzgados de Paz conocerán, en el orden civil, de la sustanciación en primera instancia, fallo y ejecución de los procesos que la ley determine». El artículo 47 LECiv lleva a cabo esa determinación, estableciendo que «a los Juzgados de Paz corresponde el conocimiento, en primera instancia, de los asuntos civiles de cuantía no superior a quince mil pesetas, que no estén comprendidos en ninguno de los casos a que, por razón de la materia, se refiere el apartado primero del artículo 250».

De acuerdo con esto, y con el artículo 99.1 LOPJ, la competencia objetiva de los Juzgados de Paz en materia civil se extiende a los asuntos cuya cuantía no sea superior a quince mil pesetas o a noventa euros si las pretensiones se basan en hechos posteriores a la entrada en vigor de la moneda única europea (RD 1417/2001, de 17 diciembre) siempre que:

1) La adecuación del juicio verbal, que es el que debe seguirse en tal caso, no la determine la ley en atención a la materia o calidad del asunto, ese es el sentido de la remisión que hace el artículo 47 LECiv al artículo 250 LECiv.

2) La competencia territorial corresponda también al Juzgado de Paz. Téngase en cuenta que Juzgado de Paz sólo existe en los municipios donde no hay Juzgado de Primera Instancia, y que el ámbito territorial al que se extiende la potestad del Juzgado de Paz es el término municipal correspondiente (art. 99.1 LOPJ). Fuera de esos límites la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia del partido judicial.

d) Competencia objetiva de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y de la Sala de este último Tribunal establecida en el artículo 61 LOPJ

La mayor parte de la competencia de los órganos jurisdiccionales que acabo de mencionar en el epígrafe es competencia funcional; es decir: competencia para conocer de recursos contra resoluciones de otros órganos jurisdiccionales o de otras cuestiones surgidas en procesos en curso ante los mis-

mos. Sólo excepcionalmente tienen competencia objetiva para conocer en primera instancia de determinados asuntos civiles.

Estos asuntos son pretensiones de condena a indemnización por responsabilidad extracontractual nacida de acciones u omisiones de determinadas autoridades y de jueces y magistrados, realizadas en el ejercicio de sus cargos públicos. Se trata de casos de exigencia de responsabilidad personal a quienes ocupan el cargo, no de exigencia de responsabilidad del Estado según el régimen general (arts. 139-144 LRJ-PAC) o según el régimen especial por funcionamiento de la Administración de Justicia (arts. 292-297 LOPJ).

Específicamente las atribuciones de competencia objetiva son las siguientes:

1) Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia.

Según el apartado 2 del artículo 73 LOPJ esta Sala conocerá: «a) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de sus respectivos cargos, dirigidas contra el Presidente y miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y contra los miembros de la Asamblea legislativa, cuando tal atribución no corresponda, según los Estatutos de Autonomía, al Tribunal Supremo. b) En única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de su cargo, contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Audiencia Provincial o de cualquiera de sus secciones».

2) Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Según el artículo 56 LOPJ esta Sala conocerá: «2ª De las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra el Presidente del Gobierno, Presidentes del Congreso y del Senado, Presidente del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial, Presidente del Tribunal Constitucional, miembros del Gobierno, Diputados y Senadores, vocales del Consejo General del Poder Judicial, Magistrados del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, Presidentes de la Audiencia Nacional y de cualquiera de sus Salas y de los Tribunales Superiores de Justicia, Fiscal General del Estado, Fiscales de Sala del Tribunal Supremo, Presidente y Consejeros del Tribunal de Cuentas, Presidente y Consejeros del Consejo de Estado, Defensor del Pueblo y Presidente y Consejeros de una Comunidad Autónoma, cuando así lo determine su Estatuto de Autonomía. 3ª De las demandas de responsabilidad civil dirigidas contra Magistrados de la Audiencia Nacional o de los Tribunales Superiores de Justicia por hechos realizados en el ejercicio de sus cargos».

3) Sala del Tribunal Supremo del artículo 61 LOPJ.

Según este artículo: «Una Sala formada por el Presidente del Tribunal Supremo, los Presidentes de Sala y el Magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas conocerá: (...) 3º De las demandas de responsabilidad civil que se dirijan contra los Presidentes de Sala o contra todos o la mayor parte de los Magistrados de una Sala de dicho Tribunal por hechos realizados en el ejercicio de su cargo».

e) La delimitación de la competencia objetiva de los Juzgados de Primera Instancia al amparo del artículo 98 LOPJ

La regla general de que cualquier Juzgado de Primera Instancia puede conocer cualquier asunto civil puede ser excepcionada, tanto por ley —como hemos visto hasta ahora—, como al amparo de la ley, si el Consejo General del Poder Judicial adopta el acuerdo, que autoriza el artículo 98 LOPJ, de atribuir a uno o más Juzgados de un partido judicial donde existan varios, el conocimiento en exclusiva de determinadas clases de asuntos. Este acuerdo ha de ser publicado en el «Boletín Oficial del Estado» y surte efectos desde el año siguiente a su adopción (y publicación).

Es dudoso que ésta sea una norma de competencia objetiva.

En efecto:

- 1) No es la ley la que establece la clase de asuntos de la que en exclusiva podrá conocer uno o más entre todos los Juzgados competentes en un partido judicial.
- 2) La potestad que el artículo 98 LOPJ atribuye al Consejo General del Poder Judicial está limitada por las normas legales de competencia objetiva, en el sentido de que no se puede, por esta vía, atribuir a los Juzgados de Primera Instancia asuntos que no sean de su competencia objetiva. No obstante sí que hay modificación de lo establecido por tales normas en el sentido de que, en el partido judicial en el que rija un acuerdo del artículo 98 LOPJ, cada uno de los Juzgados no tendrá la competencia objetiva completa.
- 3) Los Juzgados a los que se atribuye el conocimiento en exclusiva de determinados asuntos, no son de clase distinta a los demás Juzgados en el aspecto orgánico. Ni siquiera se requiere legalmente especialización del titular del órgano para servir ese destino (véase el art. 329 LOPJ), aunque, con posterioridad, aquella exclusividad acaba generando una especialización práctica.

También es dudoso que el artículo 98 LOPJ sea una norma sobre reparto de asuntos. De entrada ni el órgano competente para aprobar la exclusiva atribución, ni el procedimiento de formación del acuerdo correspondiente, ni la publicidad del acuerdo son los mismos que para las normas de reparto. También habría que apuntar que, con el acuerdo del artículo 98 LOPJ, se persigue un objetivo de eficiencia derivada de la especialización.

mientras que el reparto debería buscar sólo la equitativa distribución de la carga de trabajo.

El artículo 46 LECiv ha intentado superar esas dudas, sobre todo en sus consecuencias prácticas, equiparando la exclusiva atribución de asuntos con base en el artículo 98 LOPJ a la competencia objetiva. Dice el artículo: «Los Juzgados de Primera Instancia a los que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, se les haya atribuido el conocimiento específico de determinados asuntos, extenderán su competencia, exclusivamente, a los procesos en que se ventilen aquéllos, debiendo inhibirse a favor de los demás tribunales competentes, cuando el proceso versare sobre materias diferentes. Si se planteara cuestión por esta causa, se instanciará como las cuestiones de competencia».

Es importante insistir y resaltar que una limitación de competencia objetiva «ex- artículo 98 sólo afecta a los Juzgados del partido judicial en el que rige el acuerdo. Los Juzgados de partidos judiciales no afectados por el acuerdo siguen teniendo todos la misma competencia objetiva.

f) La competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer

La LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección contra la Violencia de Género, ha reformado la LOPJ para crear una nueva clase de juzgados especializados —tanto en materia civil, como en penal, aunque aquí nos ocupamos de ellos por lo primero—: los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

No obstante, si se atiende a lo dispuesto por el art. 87 bis LOPJ (redacción de la LO 1/2004), la especialización no ha sido tan intensa como con los Juzgados de lo Mercantil. En unos casos serán establecidos Juzgados de Violencia sobre la Mujer (art. 87 bis.1 y 2 LOPJ); en otros la especialización se producirá con el régimen del art. 98 LOPJ (art. 87 bis.3 LOPJ); en fin, incluso es posible que en algún partido judicial la competencia objetiva de estos juzgados corresponda al único Juzgado de Primera Instancia e Instrucción del partido judicial (art. 87 bis.4 LOPJ).

Estos Juzgados son objetivamente competentes para conocer de los asuntos de estado civil a los que se refiere el art. 87 ter.2 LOPJ, siempre que, además (art. 87 ter.3 LOPJ), concurren los siguientes requisitos:

- 1º) Que se haya iniciado un proceso penal por delito o falta a causa de un hecho constitutivo de violencia de género —a mi juicio, y por el requisito siguiente, es además necesario que se haya producido una imputación— o que haya sido dictada, en ese proceso, una orden de protección.

No es necesario que estos hechos tengan una específica relevancia para la resolución del asunto civil.

2º) Que personas que tengan la condición de parte en el asunto civil aparezcan, unos como víctimas, y otros hayan sido imputados por los hechos que constituyen objeto del proceso penal antes mencionado.

La terminación del proceso penal, incluso sin sentencia condenatoria, no extingue la competencia objetiva en el asunto civil del Juzgado de Violencia sobre la Mujer (art. 411 LECiv).

B) TRATAMIENTO PROCESAL

Según el artículo 48 LECiv «1. La falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto. 2. Cuando el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia o en trámite de recurso extraordinario por infracción procesal o de casación entienda que el tribunal ante el que se siguió la primera instancia carecía de competencia objetiva, decretará la nulidad de todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes a ejercitar sus acciones ante la clase de tribunal que corresponda». Estas resoluciones se adoptarán previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal por plazo común de diez días (art. 48.3 LECiv) y deberán indicar la clase de tribunal al que corresponde el conocimiento del asunto (art. 48.4 LECiv y art. 51.2 LOPJ).

La competencia objetiva recibe el tratamiento propio de presupuesto procesal, como se comprueba también en el régimen de la ineficacia de los actos afectados por la falta de esta competencia —el art. 238.1º LOPJ establece la nulidad de pleno derecho de los actos «cuando se produzcan por o ante un tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional— y por la prohibición de alterar esta atribución competencial por sumisión tácita (art. 54.3 LECiv).

Contra el auto en el que el Juzgado se abstiene de conocer por falta de competencia objetiva, cabrá recurso de apelación (art. 66.1 LECiv).

Si el tribunal no aprecia de oficio la falta de competencia objetiva, el demandado podrá denunciar esa falta mediante la declinatoria (art. 49 LECiv).

Si el tribunal declina la competencia por entender que corresponde a otra clase de tribunales civiles, la demanda habrá de ser interpuesta ante un tribunal de esa otra clase, y, en el caso de que éste también se considere incompetente, se plantea una cuestión de competencia negativa de la que trataremos después.

Si la falta de competencia es debida a que ésta corresponde a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, el tratamiento procesal tiene varias especialidades:

1º) La competencia puede faltar no sólo porque, al presentarse la demanda, concurren los requisitos que la atribuyen al juzgado especializado, sino también si la concurrencia de los mismos es sobrevenida, con tal que sea anterior a que «se haya iniciado la fase de juicio oral» (art. 49 bis.2 LECiv).

2º) Si el juzgado no especializado tiene conocimiento de hechos que constituyen violencia de género, pero no concurren los requisitos de la competencia objetiva del juzgado especializado, aquél debe dar audiencia a las partes. Esta audiencia, además de propiciar el cumplimiento de los requisitos mencionados, cumple preventivamente una actuación que debería realizarse si, requerido de inhibición por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, el juzgado no especializado hubiera de trasladarle la competencia objetiva para conocer del asunto civil (art. 49 bis.2 al 4 LECiv).

3º) Las partes no pueden plantear declinatoria, de modo que, si estiman que la competencia objetiva corresponde al juzgado especializado, habrán de instar de éste que requiera de inhibición al juzgado no especializado.

4º) La falta de competencia objetiva del juzgado no especializado, sea originaria, sea sobrevenida, no comporta nulidad de las actuaciones realizadas, ni mera indicación de la clase de juzgado competente, sino la remisión de las actuaciones al Juzgado de Violencia sobre la Mujer (art. 49 bis.1 y 4 LECiv).

LA COMPETENCIA TERRITORIAL

Habitualmente la competencia territorial se describe haciendo referencia a que si son varios los órganos jurisdiccionales que tienen atribuida la competencia objetiva sobre cierta clase de asuntos, las normas de competencia objetiva no son suficientes para determinar cuál de todos los órganos jurisdiccionales de esa clase deberá conocer de un asunto de la clase correspondiente. Para esta determinación son necesarias las normas de competencia territorial, que atribuyen a un órgano jurisdiccional concreto el conocimiento de un asunto concreto.

La anterior explicación es ilustrativa e, incluso, exacta. Es evidente que sólo si se concluye que la competencia objetiva es de la Sala Primera del Tribunal Supremo, no es necesaria otra norma de competencia, porque órgano jurisdiccional de esa clase sólo hay uno. En cambio, si la competencia objetiva corresponde a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia o a los Juzgados de Primera Instancia, la determinación del órgano jurisdiccional competente sigue abierta.

Ahora bien, si se atiende a la clase de órganos jurisdiccionales que, por lo general, tiene competencia objetiva en materia civil —los Juzgados de Primera Instancia—, es más realista referirse —para definir la competencia territo-

rial— a que existe un gran número de partidos judiciales —unidades territoriales de la organización judicial, con, como mínimo, un Juzgado de aquella clase, pero, normalmente, con varios— y a que las normas de competencia territorial sirven para determinar el partido judicial cuyos Juzgados deberán conocer de un concreto asunto civil de los que corresponden a la competencia objetiva de los Juzgados de Primera Instancia.

Para realizar esta atribución las normas atienden a la relación que existe entre las personas que son parte en el proceso, o los hechos que fundamentan la pretensión interpuesta o el objeto al que refiere esa pretensión con el partido judicial (demarcación de los Juzgados de Primera Instancia) o, en los casos excepcionales en que la competencia objetiva corresponde a otros órganos, a la demarcación territorial de éstos.

Esta relación se expresa en unas reglas legales denominadas fueros. Con la aplicación de las mismas, la competencia territorial queda determinada.

Ahora bien, el ordenamiento puede establecer, por diversas razones de política legislativa, que esas reglas legales no sean imperativas, o no lo sean en todos los supuestos, de modo que la competencia territorial sea atribuida atendiendo, preferentemente, a la voluntad de las partes, y sólo subsidiariamente, con aplicación de las reglas legales.

En favor del carácter no imperativo de estas reglas juega, en primer término, la consideración de que, en todo caso, está garantizado el interés público en que el asunto sea conocido por una cierta clase de órganos jurisdiccionales y no por otra de calidades distintas (esto lo establecen imperativamente las normas de competencia objetiva). En segundo lugar, que siendo las partes las principales responsables de la actividad procesal —de realizarla, de instarla o pedirla, de asumir las consecuencias eventualmente desfavorables de la misma— cabe dejar en sus manos ante los Juzgados de qué partido prefieren litigar.

En favor del carácter imperativo de alguna de las reglas puede influir la facilitación de la actividad probatoria, debido a que los hechos fundamentales de la pretensión se han producido en determinado lugar y las fuentes de prueba existirán, normalmente, en ese lugar —por ejemplo: art. 52.1.1ª, 7ª, 8ª, 9ª y 11ª LECiv—, o también el criterio de proteger a la parte contractual más débil, o el de evitar que, como efecto indirecto de esta facultad de disposición de las partes, se desequilibre la distribución de la carga de trabajo de los tribunales en todo el Estado —por ejemplo: una sociedad aseguradora domiciliada en Madrid, y con gran volumen de contratación, establece en todos sus contratos una cláusula de sumisión a los Juzgados de esa villa—.

A) PRELACIÓN DE NORMAS PARA LA ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL, CLASES DE FUEROS

La LECiv recoge todas las modalidades de atribución de la competencia territorial que acabo de mencionar.

Es útil exponer cómo debe procederse, en general, para aplicar esa variedad de normas; cuál es el orden de prelación en que deben ser aplicadas:

1) En primer lugar debe examinarse si, atendido el asunto, es aplicable una regla imperativa de atribución de competencia territorial. Si es así, se excluye toda posibilidad de atribuir esta competencia mediante sumisión tácita o expresa. Es cierto que la regla general es la de que «las reglas legales atributivas de la competencia territorial sólo se aplicarán en defecto de sumisión expresa o tácita de las partes a los tribunales de una determinada circunscripción» (art. 54.1 LECiv), pero, en la misma disposición, se establece la excepción de «las reglas establecidas en los números 1ª y 4ª a 15ª del apartado primero y en el apartado segundo del artículo 52 y las demás a las que esta u otra Ley atribuya expresamente carácter imperativo». Es decir, si existen reglas imperativas, excluyen absolutamente otro modo de atribución, por lo que tales reglas son de aplicación prioritaria. Sólo si tales reglas no son aplicables al caso, podrá continuar analizándose de qué otro modo se atribuye la competencia territorial en el caso.

2) El segundo criterio o norma de atribución es la sumisión tácita (art. 56 LECiv), porque, aunque las partes estén favorecidas por una cláusula de sumisión expresa —o por su nulidad— o por una norma legal no imperativa de competencia territorial, si, en vez de hacer valer esas circunstancias, presentan (el actor) la demanda ante un órgano jurisdiccional no competente, o comparecen (el demandado) ante él sin denunciar su incompetencia, la competencia territorial queda atribuida, sin más, por el artículo 56 LECiv.

3) En tercer lugar, la competencia territorial se atribuye por sumisión expresa (art. 55 LECiv). Recuérdese lo apuntado antes sobre el porqué de la prioridad de la sumisión tácita.

4) En fin, si no hay acuerdo de sumisión expresa o no es válido, y si las partes no han atribuido tácitamente competencia a los tribunales de un partido determinado, la competencia territorial se atribuirá por aplicación de las reglas legales subsidiarias.

Las reglas legales atributivas de competencia territorial se denominan fueros. Tanto si son imperativos, como si tienen carácter subsidiario, presentan diversas modalidades atendiendo a características relevantes para su aplicación.

Las principales clases de fueros legales son las siguientes:

- 1) Fuero general y fueros especiales: el primero atribuye competencia para cualquier asunto que no sea específico objeto de otro fuero (por ejemplo, fueros de los arts. 50.1, 51.1 y 52.1.1ª LECiv). Especiales son los restantes.
- 2) Fuero exclusivo y fueros concurrentes: el primero es el que, con carácter de único, atribuye competencia respecto a un asunto (por ejemplo, el fuero del art. 52.1.1ª LECiv: «En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles será tribunal competente el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa»).

Los fueros concurrentes, respecto a un mismo asunto, hacen varias atribuciones de competencia territorial, bien sea de modo sucesivo —en defecto de datos para una primera atribución de competencia territorial se aplica la segunda—, bien sea de modo electivo —el actor opta entre las varias atribuciones de competencia territorial posibles—.

Un ejemplo de las últimas clases de fueros pueden ser los fueros del art. 52.1.2ª LECiv: «En las demandas sobre presentación y aprobación de las cuentas que deban dar los administradores de bienes ajenos será tribunal competente el del lugar donde deban presentarse dichas cuentas (*éste es un fuero concurrente preferente*), y no estando determinado (*empezamos con los fueros concurrentes subsidiarios*), el del domicilio del mandante, poderdante o dueño de los bienes, o el del lugar donde se desempeñe la administración, a elección del actor (*los fueros subsidiarios son más de uno, y entre sí son electivos*)».

B) ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL MEDIANTE NORMAS IMPERATIVAS

La competencia territorial se atribuye en virtud de normas imperativas en los supuestos que se indican en el artículo 54.1 LECiv. Entre ellos hay unos que constan en la propia LECiv y otros que pueden establecerse en otras leyes.

Entre los establecidos en la LECiv —art. 54.1 en relación con el art. 52 y otros artículos— están, además de todos los asuntos para cuya tramitación sea adecuado el juicio verbal, los siguientes:

- 1) En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles será tribunal competente el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa. Cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles o sobre una sola que esté situada en diferentes circunscripciones, será tribunal competente el de cualquiera de éstas, a elección del demandante.
- 2) En los juicios sobre cuestiones hereditarias, será competente el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante.

3) En los juicios en que se ejerciten acciones relativas a la asistencia o representación de incapaces, incapacitados o declarados pródigos, será competente el tribunal del lugar en que éstos residan.

4) En materia de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, en general, en materia de protección civil de derechos fundamentales, será competente el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el Tribunal donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate.

5) En los juicios sobre arrendamientos de inmuebles y en los de desahucio, será competente el tribunal del lugar en que esté sita la finca.

6) En los juicios en materia de propiedad horizontal, será competente el tribunal del lugar en que radique la finca.

7) En los juicios en que se pida indemnización de los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor será competente el tribunal del lugar en que se causaron los daños.

8) En materia de impugnación de acuerdos sociales será tribunal competente el del lugar del domicilio social.

9) En los procesos en que se ejerciten demandas sobre infracciones de la propiedad intelectual, será competente el tribunal del lugar en que la infracción se haya cometido o existan indicios de su comisión o en que se encuentren ejemplares ilícitos, a elección del demandante.

10) En los juicios en materia de competencia desleal, será competente el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio o lugar de residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante.

11) En materia de patentes y marcas, será competente el tribunal que señale la legislación especial sobre dicha materia.

12) En los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante. Y, sobre esta misma materia, cuando se ejerciten las acciones declarativa, de cesación o de retractación, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, el de su domicilio; y si el demandado careciere de domicilio en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión.

13) Cuando las normas que establecen los supuestos anteriores no fueren de aplicación a los litigios en materia de seguros, ventas a plazos de bienes muebles corporales y contratos destinados a su financiación, así como en materia de contratos de prestación de servicios o relativos a bienes muebles cuya celebración hubiera sido precedida de oferta pública, será competente el tribunal del domicilio del asegurado, comprador o prestatario o el del domicilio de quien hubiere aceptado la oferta, respectivamente.

14) En las tercerías de dominio o de mejor derecho que se interpongan en relación con un procedimiento administrativo de apremio, será competente el tribunal del domicilio del órgano que acordó el embargo, sin perjuicio de las especialidades previstas para las administraciones públicas en materia de competencia territorial.

15) Será competente para conocer de las demandas sobre capacidad y declaración de prodigalidad el Juez de Primera Instancia del lugar en que resida la persona a la que se refiera la declaración que se solicite (art. 756 LECiv).

16) El artículo 769 LECiv determina normas imperativas sobre competencia territorial para conocer de procesos matrimoniales.

17) Será competente para conocer de los procesos sobre protección de menores el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora y, en su defecto, o en los supuestos de los artículos 179 y 180 del Código Civil, la competencia corresponderá al tribunal del domicilio del adoptante (art. 779 LECiv).

18) Los artículos 813 y 820 LECiv establecen también fueros imperativos para conocer de los procesos monitorios común y cambiario.

C) ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA TERRITORIAL POR SUMISIÓN TÁCITA

La sumisión tácita —que estaría mejor denominada como presunta— consiste en que de los hechos concluyentes de personarse ambas partes ante determinado órgano jurisdiccional, sin poner en cuestión su competencia territorial, se presume acuerdo entre ellas sobre esa competencia.

No basta cualquier conducta significativa de la aceptación de la competencia del Juzgado, sino que son necesarias las conductas previstas en el artículo 56 LECiv:

1) Se entiende que el demandante se ha sometido tácitamente, por el mero hecho de acudir a los tribunales de una determinada circunscripción interponiendo la demanda o formulando petición o solicitud que haya de presentarse ante el tribunal competente para conocer de la demanda —por ejemplo: haber pedido ciertas diligencias preliminares (art. 257.1, párr. 2º LECiv), haber pedido una medida cautelar previa al proceso (art. 723 LECiv)—.

2) Para el demandado determina sumisión tácita el hecho de hacer, después de personado en el juicio tras la interposición de la demanda, cualquier gestión que no sea la de proponer en forma la declinatoria. No se produce este efecto si ha tenido la carga de comparecer antes de la demanda, dado que en tal caso no ha podido denunciar la incompetencia del Juzgado (por ejemplo: arts. 257.2 y 725 LECiv), por lo que sería injusto que su comparecencia para defenderse tuviera efecto de sumisión.

Como ya se advirtió, la competencia territorial no quedará determinada por sumisión tácita si está regida por normas imperativas (art. 54.1 LECiv).

porque, en tal caso, aunque las partes hayan realizado las conductas constitutivas de sumisión tácita, el juez ha de ejercitar su potestad de examen de objeto de la competencia y de remitir las actuaciones al tribunal competente según la ley (art. 58 LECiv).

No obstante, la prohibición de la sumisión expresa no conduce, de modo indudable, a entender excluida la eficacia de la sumisión tácita. En el artículo 54.2 LECiv hay una norma que, expresamente, sólo declara no válida la sumisión expresa: «contenida en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios». Entendiéndose esta norma estrictamente puede tener un sentido: la parte contractual débil no está vinculada a la cláusula de sumisión, pero si es demandada ante los juzgados del partido que la cláusula designa y le conviene comparecer, puede hacerlo, atribuyéndosele competencia por sumisión tácita y no viéndose obligada a litigar ante los juzgados del lugar que establezca la regla legal.

En definitiva, podría ser conveniente distinguir entre prohibiciones de sumisión debidas a razones de interés público, que excluyen tanto la expresa como la tácita —porque aquel interés ha de sobreponerse a los intereses privados de ambas partes—, y prohibiciones que persiguen proteger a una parte frente al abuso de la libertad contractual de la otra parte, que sólo requieren excluir la sumisión expresa, pero no la tácita. Esta distinción, sin embargo, sólo podría tener acogida en la interpretación del artículo 54.2 LECiv, porque los restantes preceptos son claros en excluir ambas formas de sumisión.

B) ATRIBUCIÓN POR SUMISIÓN EXPRESA

La competencia territorial puede quedar determinada antes del proceso por acuerdo expreso de las partes (arts. 54.1 y 55 LECiv), a condición de que, iniciado el proceso, ese acuerdo se haga valer.

El instrumento para esta atribución de competencia territorial es el acuerdo de sumisión, del que seguidamente estudiaremos los elementos más importantes.

a) Objeto

La delimitación del objeto del acuerdo de sumisión tiene una doble referencia: versa sobre competencia territorial y sobre determinados asuntos de los que han de conocer los tribunales:

1) De entrada hay que tener presente que sólo puede versar sobre la competencia territorial, no sobre la objetiva y la funcional (art. 54.3 LECiv), ni sobre el reparto (art. 57 LECiv).

Específicamente, la sumisión expresa requiere designación precisa de la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren las partes (art. 55 LECiv). Esta designación precisa puede ser directa (nombrando los juzgados o la po-

blación de su sede o la demarcación –juzgados de la ciudad de Valencia o del partido judicial de Valencia–) o indirecta (estableciendo datos que permitan precisar el juzgado al que se hace la sumisión: p. ej. a los juzgados del domicilio de uno de los interesados).

2) En principio, y salvo lo que luego diremos, puede referirse a cualquier pretensión procesal. Pero la sumisión ha de efectuarse respecto a una relación jurídica concreta existente entre las partes. No es válida una sumisión general. Respecto a la relación concreta, la sumisión puede afectar a todas las pretensiones deducidas con referencia a ella o sólo a algunas específicas.

3) El acuerdo de sumisión no es válido si versa sobre asuntos que son objeto de atribución de competencia territorial mediante reglas imperativas (art. 54.1 LECiv).

b) Consentimiento

El consentimiento puede prestarse en unidad de acto (firma de un contrato que incluye una cláusula de sumisión). En el tráfico mercantil es frecuente que no exista esa simultaneidad en la prestación de consentimiento. La cláusula suele incluirse en documentos unilaterales propios de ese tráfico (pedidos, facturas, albaranes). La cuestión es si el otro contratante ha aceptado las condiciones de contratación y específicamente la cláusula. La aceptación puede ser expresa (firma de albarán que contiene la cláusula) o tácita (recibida factura con la cláusula se pagan cantidades a cuenta sin protestar la cláusula).

No obstante, el acuerdo de sumisión no es válido –por falta de garantía en la expresión consciente y libre del consentimiento– si está incluido «en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios» (art. 54.2 LECiv).

c) Forma

A pesar de la general libertad de forma contractual, la eficacia del acuerdo de sumisión requiere la forma escrita, porque la ley no da oportunidad de demostrar el fundamento de la atribución concreta de la competencia territorial más que mediante documentos, como veremos después.

E) ATRIBUCIÓN MEDIANTE REGLAS LEGALES SUPLETORIAS

La competencia territorial es determinada con aplicación de reglas legales no imperativas, en defecto de sumisión tácita y de sumisión expresa hecha valer en el proceso.

Estas reglas legales –también denominadas fueros– se establecen en los arts. 50 al 53 LECiv, aunque dentro de los mismos hay que distinguirlas de los fueros que tienen carácter imperativo (art. 54.1 LECiv). También pueden ser establecidos en otras leyes.

La LECiv regula la atribución de la competencia territorial mediante dos grupos de fueros generales, en los que se atiende a la vinculación del demandado con el partido judicial a cuyos juzgados se atribuye competencia –art. 50, para los supuestos en los que el demandado es persona física; el art. 51, para el caso de que el demandado sea persona jurídica–; también establece algunos fueros especiales, que no atienden a las circunstancias del demandado, sino a las circunstancias del asunto litigioso.

a) Fueros especiales

Los fueros especiales y no imperativos son escasos en la LECiv, concretamente los previstos en el artículo 52.1.2º y 3º LECiv. Estos fueros han de ser aplicados de modo preferente a los generales, porque expresan una norma que excepciona el fuero general para supuestos específicos. Obsérvese que las disposiciones que establecen los fueros generales empiezan diciendo: «Salvo que la ley disponga otra cosa...».

Si, dado el asunto, no es atribuible la competencia territorial mediante aplicación de un fuero especial, esta competencia se establece con aplicación de alguno de los dos grupos de fueros generales.

b) Fueros generales de las personas físicas

Los establece el artículo 50 LECiv: «1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, la competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio del demandado y si no lo tuviere en el territorio nacional, será juez competente el de su residencia en dicho territorio. 2. Quienes no tuvieren domicilio ni residencia en España podrán ser demandados en el lugar en que se encuentren dentro del territorio nacional o en el de su última residencia en éste y, si tampoco pudiera determinarse así la competencia, en el lugar del domicilio del actor. 3. Los empresarios y profesionales, en los litigios derivados de su actividad empresarial o profesional, también podrán ser demandados en el lugar donde se desarrolle dicha actividad y, si tuvieren establecimientos a su cargo en diferentes lugares, en cualquiera de ellos a elección del actor».

c) Fueros generales de las personas jurídicas y de los entes sin personalidad

Los establece el artículo 51 LECiv: «1. Salvo que la Ley disponga otra cosa, las personas jurídicas serán demandadas en el lugar de su domicilio. También podrán ser demandadas en el lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiera el litigio haya nacido o deba surtir efectos, siempre

que en dicho lugar tengan establecimiento abierto al público o representante autorizado para actuar en nombre de la entidad. 2. Los entes sin personalidad podrán ser demandados en el domicilio de sus gestores o en cualquier lugar en que desarrollen su actividad».

F) ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA TERRITORIAL EN LOS PROCESOS EN QUE SON PARTE EL ESTADO O LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

El artículo 15 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas dispone: «Para el conocimiento y resolución de los procesos civiles en los que sean parte el Estado, los Organismos públicos o los órganos constitucionales, serán en todo caso competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en las capitales de Provincia, en Ceuta o en Melilla. Esta norma se aplicará con preferencia a cualquier otra norma sobre competencia territorial que pudiera concurrir en el procedimiento. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a los juicios universales ni a los interdictos de obra ruinosa».

Esta disposición es aplicable a las Comunidades Autónomas y a las entidades públicas dependientes de ellas (disp. adic. 4ª.1 de la Ley citada), pero, además, la disposición adicional 4ª.3 añade que «serán también competentes los Juzgados y Tribunales que tengan su sede en la capital de la Comunidad Autónoma en el caso de que la misma no sea capital de provincia».

Estas normas se aplican tanto si las Administraciones públicas son demandadas, como si son demandantes.

Pero estas normas no bastan, por sí solas, para determinar la competencia territorial, porque —salvo en el caso de las Comunidades Autónomas insulares— resultan una serie de partidos judiciales cuyos juzgados serían competentes, sin que la ley haya establecido un fuero concurrente electivo que permita concretar la competencia territorial de uno de ellos.

Estas normas deben ser aplicadas en concurrencia con las otras reglas legales de competencia territorial, del siguiente modo:

1) En primer término se aplican las reglas legales generales y si, atendiendo a las vinculaciones subjetivas u objetivas que fundamentan la competencia territorial de los Juzgados de un partido judicial, ese partido resulta ser el de una capital de provincia o capital autonómica, el artículo 15 y la disposición adicional 4ª.3 de la Ley citada ya están cumplidos.

2) Si no se produjera el anterior resultado, la aplicación de esos dos preceptos últimamente citados conduce a atribuir la competencia territorial a los Juzgados de la capital de provincia en la que esté incluido el partido

judicial cuyos juzgados resultaron competentes antes de aplicar el artículo 15 y la disposición adicional 4ª.3 de la Ley citada.

Por ejemplo: si se trata de una acción real —competencia territorial según art. 15.1ª LECiv— y el bien inmueble está sito en Castellón, no es necesario recurrir a esta norma para obtener la atribución de competencia territorial según el art. 15 de la citada Ley; pero si el bien inmueble radica en Morella, el artículo 15 determina que la competencia pase a los Juzgados de Castellón, del mismo modo que debería pasar a los de Alicante si el bien estuviera sito en Crevillente.

Ahora bien, cuando los fueros legales atribuyen competencia territorial a los juzgados del domicilio del demandado —como ahora hace el fuero general del art. 50 LECiv—, el problema vuelve a surgir, porque la competencia correspondería a los Juzgados de capitales de provincia sí, pero a los de cualquier capital de provincia del Estado o de la Comunidad Autónoma. Para paliar en este caso la determinación de la competencia sería necesario que el actor pudiera elegir entre los Juzgados competentes, como si existiera un fuero concurrente electivo. Pero la ley no establece esto último.

Jurisprudencia (STS de 11 de marzo de 1991 [RJ 1991, 3236]) y doctrina (JUAN SANCHEZ) sostienen como solución que por domicilio de la Administración debe entenderse la sede del órgano administrativo que tenga —según la norma de organización administrativa— competencia territorial para el asunto que ha dado lugar al litigio.

G) TRATAMIENTO PROCESAL

El tratamiento procesal de la competencia territorial es diferente en función de si las normas que la rigen son o no imperativas.

a) Competencia territorial regida por normas imperativas

Su atribución en el caso concreto debe ser examinada de oficio con arreglo al artículo 58 LECiv.

Si el tribunal no ha ejercitado esa potestad, el demandado y quienes puedan ser parte en el proceso pueden, mediante la declinatoria, pedir al tribunal que se declare incompetente y remita las actuaciones al órgano jurisdiccional que se estima competente. El artículo 59 LECiv —que relaciona la declinatoria sólo con la competencia territorial atribuida por normas imperativas—, no significa que la declinatoria no sea admisible en ese caso de competencia regida por normas imperativas, sino que, en ese caso, no es necesaria para examinar la correcta atribución de la competencia territorial.

Contra los autos que resuelven sobre la competencia territorial no cabe recurso, pero la infracción de las normas imperativas que la rigen puede ser

alegada para fundar los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia (art. 67 LECiv).

b) Competencia territorial regida por normas no imperativas

La correcta atribución de la competencia territorial en estos casos sólo puede ser examinada, como dispone el artículo 59 LECiv, «cuando el demandado o quienes puedan ser parte legítima en el juicio propusieren en tiempo y forma la declinatoria». Este medio específico de defensa procesal lo estudiaremos después.

La resolución sobre la competencia territorial no regida por normas imperativas no es recurrible (art. 67 LECiv).

LA COMPETENCIA FUNCIONAL

La competencia funcional es la atribución a cada uno de los órganos jurisdiccionales que han de ejercer su potestad en un determinado proceso de cada una de las específicas funciones que, a cada uno de ellos, corresponde realizar en ese proceso.

La atribución de la competencia objetiva y territorial lleva implícita la de una competencia funcional: la de conocer de la primera instancia del proceso.

Pero hay actividades en un proceso que la ley atribuye a otros órganos. Para hacer esa atribución la ley se sirve de la relación existente entre los órganos jurisdiccionales en la organización judicial.

El artículo 61 LECiv refleja, en su propia letra, esta ordenación de la competencia funcional: «el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito (*se entiende que en virtud de las normas de competencia objetiva y territorial*), la tendrá también para resolver sobre sus incidencias, para llevar a efecto las providencias y autos que dictare, y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare»; pero esta competencia —que es la competencia funcional— la tiene «salvo disposición legal en otro sentido».

A) ATRIBUCIÓN DE LA COMPETENCIA FUNCIONAL

Presupuesta la atribución de competencia funcional que hace el artículo 61 LECiv, lo que importa es determinar las funciones que la ley atribuye a otros órganos jurisdiccionales y cuáles son éstos.

Para concretar el órgano jurisdiccional funcionalmente competente la ley se sirve —si es necesario por no ser único ese órgano— de la relación existente entre el órgano que está conociendo del proceso cuando surge la

cuestión de la que él no puede conocer, y el órgano que tiene la competencia funcional para conocer de esa cuestión.

Veamos las principales atribuciones de competencia funcional.

a) Competencia para conocer de determinados incidentes que, por disposición legal, no pueden ser conocidos por el tribunal del proceso en el que se plantean

Corresponde a los tribunales siguientes y respecto de las cuestiones que se indican:

1) La resolución de conflictos de jurisdicción a las Salas de los artículos 38 y 39 LOPJ.

2) La resolución de los conflictos de competencia a la Sala especial del Tribunal Supremo del artículo 42 LOPJ.

3) La resolución de las cuestiones de competencia al órgano jurisdiccional inmediato superior común de los órganos jurisdiccionales entre los que se haya planteado la cuestión (art. 51.1 LOPJ). Ese órgano puede ser, en consecuencia, diverso [arts. 60.1, 73.2 c), 82.5 a) y 85.4^a LOPJ].

4) La resolución sobre incidentes de acumulación de procesos pendientes ante tribunales distintos corresponde al tribunal superior común inmediato a los que están conociendo de los procesos (arts. 93, 94 y 95 LECiv).

5) La instrucción y resolución de los incidentes de recusación de jueces y magistrados que integran el órgano jurisdiccional que está conociendo del proceso corresponde a diferentes jueces, magistrados y órganos jurisdiccionales colegiados en función de la categoría del recusado y del órgano jurisdiccional del que forma parte.

b) Competencia para la ejecución

Si el título ejecutivo ha sido creado en un proceso de declaración, la ley atribuye competencia para conocer del proceso de ejecución mediante una norma de competencia funcional: «será competente para la ejecución de resoluciones judiciales y de transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados el tribunal que conoció del asunto en primera instancia o el que homologó o aprobó la transacción o acuerdo» (art. 545.1 LECiv).

c) Competencia para conocer de recursos devolutivos

La aplicación más importante de la competencia funcional es la que se hace en materia de recursos contra resoluciones judiciales que no pueden ser conocidos por el mismo órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución recurrida —todos los recursos, salvo el de reposición—.

Así, se establece que:

1) «Conocerán de los recursos de apelación: 1º Los Juzgados de Primera Instancia, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por los Juzgados de Paz de su partido. 2º Las Audiencias Provinciales, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por los Juzgados de Primera Instancia de su circunscripción» (art. 455.2 LECiv).

Si las resoluciones han sido dictadas por el Juzgado de lo Mercantil la competencia corresponde a la Sección o Secciones de la Audiencia Provincial respectiva, especializada con arreglo al art. 98 LOPJ (art. 82.4 LOPJ).

2) De los recursos por infracción procesal contra sentencias y autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia, conocerán las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 468 LECiv: la efectividad de esta atribución competencial está pendiente de que se reforme el art. 73 LOPJ, y, provisionalmente, la competencia corresponde, según la disp. final 16ª Ley 1/2000, a los mismos órganos competentes para la casación).

3) «El conocimiento del recurso de casación, en materia civil, corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo. No obstante, corresponderá a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocer de los recursos de casación que procedan contra las resoluciones de los tribunales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso se funde, exclusivamente o junto a otros motivos, en infracción de las normas del Derecho civil, foral o especial propio de la Comunidad, y cuando el correspondiente Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución» (art. 478.1 LECiv).

4) Los recursos de queja han de ser resueltos por el órgano al que corresponda resolver del recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación no tramitado (art. 494 LECiv).

B) TRATAMIENTO PROCESAL

La correcta atribución en concreto de la competencia funcional debe ser examinada de oficio, como dispone expresamente el artículo 62 para la competencia funcional para conocer de recursos.

Este tratamiento es generalizable a todos los supuestos de competencia funcional, porque el artículo 238.1º LOPJ establece la nulidad de pleno derecho de los actos realizados por o ante un tribunal con falta de competencia funcional, y el artículo 240.2 LOPJ dispone que el tribunal podrá declarar de oficio la nulidad de actuaciones si aprecia el defecto de competencia funcional.

Si el tribunal no realiza el examen de oficio, la parte interesada puede denunciar la falta de competencia funcional para que el tribunal resuelva lo correspondiente (art. 240.2 LOPJ: «de oficio o a instancia de parte»).

LA DECLINATORIA

La declinatoria es un medio específico de defensa procesal, correspondiente a las partes, con el que éstas pueden provocar que el tribunal que está conociendo del proceso deje de hacerlo, por carecer de jurisdicción o de competencia en cualquiera de sus modalidades o por estar el asunto sometido a arbitraje (art. 63.1 LECiv). Según los casos la estimación de la declinatoria comporta la indicación del orden jurisdiccional o del órgano jurisdiccional competente y la remisión al mismo de las actuaciones.

Salvo las dos excepciones que a continuación indicaré, este medio procesal para el examen de la jurisdicción y de la competencia concurre con la potestad de oficio del órgano jurisdiccional para hacer ese examen. Si el tribunal no ejercita esa potestad, las partes pueden hacer valer las normas sobre jurisdicción y competencia mediante la declinatoria.

Pero si el tribunal no tiene esa potestad de oficio, el único modo de provocar un examen y, en su caso, una rectificación de la aplicación en concreto de esas normas, es el planteamiento de declinatoria. Esto último ocurre con la sumisión a arbitraje del asunto sobre el que el actor ha formulado demanda (compárese el art. 39 con los arts. 37 y 38 LECiv; art. 11 LArb) y con las reglas no imperativas de competencia territorial (art. 59 LECiv).

Con la nueva LECiv desaparece un medio que tenían las partes para provocar el examen de la concreta atribución de alguna modalidad de competencia: la llamada inhibitoria. Este medio se proponía, no ante el órgano que estaba conociendo del proceso, sino ante el órgano que el demandado estimaba competente, para que éste requiriera al que estaba conociendo, con objeto de que dejara de hacerlo y le remitiera las actuaciones. Si el órgano requerido se negaba, la cuestión de competencia «positiva, dado que dos tribunales sostenían ser simultáneamente competentes en el caso» era resuelta por el inmediato superior en grado.

La LECiv suprime la inhibitoria y, con ella, desaparece la posibilidad de cuestiones de competencia positivas. El tribunal ante el que debe proponerse la declinatoria, y que es competente para resolverla, es el que está conociendo del asunto (art. 63.2 LECiv). Se ha conservado, no obstante, una ventaja práctica para la proposición de la declinatoria: según el artículo 63.2 LECiv «la declinatoria podrá presentarse también ante el tribunal del domicilio del demandado, que la hará llegar por el medio de comunicación más rápido posible al tribunal ante el que se hubiera presentado la demanda, sin perjuicio de remitirla por oficio al día siguiente de su presentación». La recepción y transmisión de ese escrito no permite al órgano jurisdiccional receptor sostener su propia competencia frente al órgano jurisdiccional destinatario de la de-

declinatoria, sino que el receptor actúa en funciones de auxilio judicial para transmitir el escrito al destinatario.

Si la falta de competencia es debida a que ésta corresponde a los Juzgados de Violencia sobre las Mujeres, la declinatoria no es admisible (art. 49 bis.4 LECiv). Además, ha sido restaurada una inhibitoria muy especial, principalmente porque el juzgado no especializado, cuando es requerido de inhibición, no puede oponerse al requerimiento, ni, en consecuencia, provocar una cuestión de competencia positiva (art. 49 bis.3 y 4 LECiv).

Veamos ahora, brevemente, el régimen de la declinatoria.

a) Quién puede proponer declinatoria

Puede proponerla el demandado y los que pueden ser parte legítima en el proceso (art. 63.1 LECiv).

Entre los mencionados en segundo lugar se incluyen los litisconsortes necesarios y los terceros legitimados para intervenir siempre que intervengan.

Los litisconsortes siempre tendrán oportunidad de proponer declinatoria, aunque sean demandados como consecuencia de la subsanación del defecto inicial de litisconsorcio necesario (art. 420 LECiv). Para ellos se abre plazo para contestar a la demanda (art. 420 LECiv) y, con él, plazo para formular declinatoria (art. 64.1 LECiv).

No es la misma la situación de los intervinientes. Si interviene después de concluir la posibilidad de proponer declinatoria (art. 64.1 LECiv), «no se retrotraerán las actuaciones» (art. 13.3 LECiv), y, por tanto, no podrán formularla, aunque si instar el ejercicio de la potestad del órgano jurisdiccional de examinar de oficio algunas atribuciones de jurisdicción y de competencia.

b) Competencia para la tramitación y para la resolución de la declinatoria

Corresponde al órgano jurisdiccional que está conociendo del proceso, aunque, como apunté, el escrito de proposición puede ser presentado ante el tribunal del domicilio del demandado, para que lo transmita al órgano jurisdiccional destinatario (art. 63.2 LECiv).

c) Requisitos del acto de proposición

La declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista (art. 64.1 LECiv).

Si la declinatoria se fundare en la falta de competencia territorial, habrá de indicar el tribunal al que, por considerarse territorialmente competente, habrían de remitirse las actuaciones (art. 63.1, párr. 2º).

Al escrito de declinatoria habrán de acompañarse los documentos o principios de prueba en que se funde, con copias en número igual al de los restantes litigantes (art. 65.1 LECiv).

d) Efectos del acto de presentación

a) Suspensión del proceso

La declinatoria «surtirá el efecto de suspender, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal» (art. 64.1 LECiv), pero «la suspensión del procedimiento principal producida por la alegación previa de declinatoria no obstará a que el tribunal ante el que penda el asunto pueda practicar, a instancia de parte legítima, cualesquiera actuaciones de aseguramiento de prueba, así como las medidas cautelares de cuya dilación pudieran seguirse perjuicios irreparables para el actor, salvo que el demandado prestase caución bastante para responder de los daños y perjuicios que derivaran de la tramitación de una declinatoria desprovista de fundamento» (art. 64.2 LECiv).

b) Tramitación del incidente

Del escrito de declinatoria y de los documentos acompañados se dará traslado a los restantes litigantes, que dispondrán de un plazo de cinco días, contados desde la notificación de la declinatoria, para alegar y aportar lo que consideren conveniente para sostener la jurisdicción o la competencia del tribunal (art. 65.1 LECiv).

c) Demostración de las cuestiones de hecho condicionantes de la aplicación de las normas de jurisdicción y de competencia

Para que el tribunal que ha de resolver la declinatoria pueda aplicar la norma de competencia es necesario que se demuestre que, en el caso concreto, concurren los hechos previstos en el supuesto de la norma competencial. Por ejemplo: que existe un acuerdo de sumisión expresa a los tribunales de cierta circunscripción, cuál es el lugar en el que deben ser presentadas las cuentas, a efectos del artículo 52.1.2ª LECiv, cuál es el lugar en que ha nacido o debe surtir efectos la relación jurídica a la que se refiere el litigio, a efectos del artículo 51.1 LECiv.

La competencia no puede ser decidida con base en las simples afirmaciones del actor, porque las normas de competencia serían inútiles. Por otra parte, no puede realizarse prueba en sentido estricto sobre los hechos relevantes para aplicar la norma competencial, en unos casos porque ello supondría probar los hechos de la cuestión de fondo (por ejemplo, la existencia de la relación jurídica, a los efectos del art. 51.1 LECiv), en otros porque el

tema de la competencia generalmente ha de ser resuelto cuando aún no se ha practicado prueba alguna en el proceso.

El Tribunal Supremo ha dado a este problema una solución jurisprudencial, consistente en que los hechos relevantes para la aplicación de la norma competencial han de resultar acreditados por un principio de prueba por escrito. No es una simple afirmación de tales hechos, ni una prueba para producir una convicción plena, sino unos elementos que hacen aparecer inicialmente como ciertos aquellos hechos. Esos elementos consisten bien en que el demandado haya reconocido o, como mínimo, no haya negado los hechos relevantes alegados el actor, bien en que, si los hubiera negado, tales hechos resulten de documentos aportados al proceso y que tengan apariencia de autenticidad (por ejemplo: facturas o albaranes con firmas de las partes o de sus empleados).

Estos documentos o principios de prueba pueden estar ya aportados al proceso, pero, en todo caso, han de aportarse junto con el escrito de declinatoria y junto con el escrito de oposición a ésta (art. 65.1 LECiv). En el procedimiento incidental en el que se trata la declinatoria no está prevista ninguna posibilidad de actividad probatoria específica.

e) Resolución sobre la declinatoria y recursos contra la misma

Según el tema de jurisdicción y competencia que haya sido suscitado mediante la declinatoria las resoluciones tienen contenido diferente (art. 65.2, 3, 4 y 5 LECiv):

1) Si el tribunal entendiérase que carece de jurisdicción por corresponder el conocimiento del asunto a los tribunales de otro Estado, lo declarará así mediante auto, absteniéndose de conocer y sobreseyendo el proceso.

2) Del mismo modo procederá el tribunal si estimase la declinatoria fundada en haberse sometido el asunto a arbitraje.

3) Si el tribunal considera que carece de jurisdicción por corresponder el asunto de que se trate a los tribunales de otro orden jurisdiccional, en el auto en el que se abstenga de conocer señalará a las partes ante qué órganos han de usar de su derecho.

4) Igual resolución se dictará cuando el tribunal entienda que carece de competencia objetiva.

5) Si se hubiere interpuesto declinatoria relativa a la competencia territorial y ésta no viniere determinada por reglas imperativas, el tribunal, para estimarla, habrá de considerar competente al órgano señalado por el promotor de la declinatoria. El tribunal, al estimar la declinatoria relativa a la competencia territorial, se inhibirá en favor del órgano al que corresponda la

competencia y acordará remitirle los autos con emplazamiento de las partes para que comparezcan ante él en el plazo de diez días.

Si se ha estimado la declinatoria en los supuestos de los anteriores apartados 1, 2, 3 y 4, cabe recurso de apelación. Si, en los mismos supuestos, se ha desestimado cabe reposición y alegar la falta de estos presupuestos al interponer apelación contra la sentencia definitiva (art. 66 LECiv).

Si la declinatoria versaba sobre la competencia territorial no cabe ningún recurso, pero la infracción de normas imperativas puede ser hecha valer en los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal que se interpongan contra la sentencia (art. 67 LECiv).

CUESTIONES DE COMPETENCIA

La declinatoria no es una cuestión de competencia, porque como sólo interviene en su tramitación y decisión el tribunal que está conociendo del asunto, no existe controversia de dos órganos jurisdiccionales acerca de la competencia, por pretenderla o por rechazarla ambos. En esto último consisten precisamente las cuestiones de competencia.

Si la declinatoria es estimada o si el tribunal, de oficio, ha apreciado su falta de competencia, el asunto ha de ser planteado ante el tribunal que se indica como competente en la resolución (arts. 62.2 y 65.3 LECiv), o los autos han de ser remitidos al tribunal competente (en el supuesto de falta de competencia territorial: arts. 58 y 65.5 LECiv).

Hay casos en los que la ley determina que ese tribunal designado como competente no puede, cuando se le plantea el asunto, declararse incompetente. Así el artículo 60.1 LECiv, que evita, en cuanto sea aplicable, el planteamiento de una cuestión de competencia negativa.

Fuera de estos casos, el tribunal designado como competente y ante el que se plantea el asunto o al que se remitan los autos, puede declararse incompetente siempre que pueda hacerlo de oficio.

No podría declararse incompetente a instancia de parte, porque quien interpuso la declinatoria, ante el tribunal que antes estaba conociendo, debió indicar cuál era el tribunal con competencia territorial (art. 63.1, párr. 2º LECiv), la contraparte pudo impugnar esa indicación (art. 65.1, párr. 2º LECiv), y la declinatoria sólo pudo estimarse si fue estimado competente el tribunal designado (art. 65.4 LECiv). No tendría, pues, sentido permitir a esas mismas partes que denunciaban la incompetencia territorial de un tribunal que, en la tramitación de la declinatoria, ellas consideraron competente.

La declaración de incompetencia del segundo tribunal da lugar a una cuestión negativa de competencia.

El artículo 51.1 LOPJ dispone que las cuestiones de competencia entre Juzgados y Tribunales de un mismo orden jurisdiccional se resolverán por el órgano inmediato superior común, conforme a las normas establecidas en las leyes procesales.

Esta remisión sólo puede ser cumplimentada hoy con el artículo 60.3 LECiv.

Las discrepancias sobre la competencia entre dos órganos jurisdiccionales —que, por la supresión de la inhibitoria, sólo pueden tener carácter negativo— pueden ser tramitadas y resueltas de dos modos:

1) Si los órganos jurisdiccionales están relacionados en la estructura de la organización judicial, por ser uno de ellos superior en grado, inmediato o mediato del otro, el tribunal superior en grado, previa audiencia del Ministerio Fiscal y de las partes, establece si la competencia le corresponde a él o al inferior en grado (art. 52 LOPJ).

2) Si los órganos jurisdiccionales no están relacionados en aquella estructura (por ejemplo: Juzgado de Primera Instancia del partido de Sagunto y Juzgado de Primera Instancia de Xàtiva, pero también Juzgado de lo Mercantil y Juzgado de Primera Instancia) la cuestión se tramita y resuelve según lo dispuesto por el artículo 60.3 LECiv: «La resolución (del segundo tribunal) que declare la falta de competencia mandará remitir todos los antecedentes al tribunal inmediato superior común, que decidirá por medio de auto, sin ulterior recurso, el tribunal al que corresponde conocer del asunto, ordenando, en su caso, la remisión de los autos y el emplazamiento de las partes, dentro de los diez días siguientes, ante dicho tribunal».

EL REPARTO DE ASUNTOS

La determinación del órgano jurisdiccional concreto que ha de conocer del asunto requiere, en ocasiones, la aplicación de normas complementarias a las de competencia, porque éstas se han aplicado en todas sus modalidades y, a pesar de ello, resultan ser varios los órganos competentes.

Esto puede ocurrir en dos casos:

1) Determinada la competencia territorial, en el partido judicial correspondiente existe más de un Juzgado de Primera Instancia.

2) Determinada la competencia funcional, ésta puede ser afirmada de varios órganos jurisdiccionales. Por ejemplo: la Audiencia Provincial de Valencia es competente para conocer del recurso de apelación contra sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia de la provincia de Valencia, pero la Audiencia está dividida en varias secciones —conjunto de magistra-

dos que constituyen órgano jurisdiccional colegiado—todas las cuales pueden conocer del recurso de apelación.

La atribución de cada asunto a un Juzgado o a una sección en concreto, se realiza por reparto de los asuntos, aplicando las reglas de reparto en vigor, aprobadas por los órganos competentes de gobierno del Poder Judicial.

a) Realización del reparto

Presentado un asunto que, por las circunstancias indicadas antes, deba ser repartido, el reparto se realizará por el Juzgado Decano o por el Presidente del Tribunal o de la Audiencia, en el plazo de dos días siguientes a la presentación del escrito de solicitud (art. 69 LECiv).

Mientras el asunto no haya sido repartido y remitido al Juzgado o sección al que haya correspondido, ningún órgano jurisdiccional puede adoptar resolución sobre él, ni siquiera de dirección procesal (art. 68.2 LECiv). En previsión de que la demora en repartir el asunto pueda causar perjuicios graves, se atribuye a los Jueces Decanos y a los Presidentes de Audiencia o de Tribunal la potestad de adoptar resoluciones urgentes —por ejemplo: acordando medidas cautelares— (art. 70 LECiv).

b) Impugnación de las actuaciones realizadas sin previo reparto o con infracción de las normas de reparto

El reparto, además de distribuir equitativamente la carga de trabajo entre los órganos jurisdiccionales competentes, garantiza el derecho al juez legal, en el sentido de que persigue una determinación «a ciegas» del órgano que ha de conocer del asunto, evitando que éste sea de algún modo elegido en atención a los criterios de dirección procesal y de resolución o incluso a la ideología del titular o de los titulares del mismo.

La LECiv —de modo más coherente que la LECiv/1881, para la que la infracción de las normas de reparto sólo era considerada infracción disciplinaria— establece que la falta de reparto o la infracción de las reglas de éste es impugnabile por las partes, y que éstas pueden instar la nulidad de las actuaciones y de las resoluciones del tribunal que actuó en el asunto sin previo cumplimiento de las normas de reparto (art. 68.2, 3 y 4 LECiv).

ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN DE LOS TITULARES DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL Y DE SUS AUXILIARES

Concretado el órgano jurisdiccional que ha de conocer del asunto, resultan determinados los jueces o magistrados que son titulares de ese órgano jurisdiccional y, con ello, se pone la base para que, si concurren las causas legales, aquéllos puedan abstenerse o las partes recusarlos. La abstención de

jueces y magistrados y su recusación, serán tratadas y resueltas de acuerdo con lo establecido en los artículos 102 y 107 al 113 LECiv y en los arts. 217 a 228 LOPJ.

Igualmente la concreción del órgano que ha de conocer del asunto identifica a las personas que desempeñen en el mismo la función de secretario judicial y otras funciones auxiliares, y posibilita, si concurren las causas legales, su abstención y su recusación, con arreglo a los artículos 103, 104 y 114 al 123 LECiv.

Si, después de la inicial atribución del asunto, se producen cambios de juez o de magistrados titulares del órgano jurisdiccional, la abstención y la recusación habrán de producirse, en su caso, al concretarse el nuevo juez o magistrado que deba actuar en el asunto.

Título III

El objeto del proceso

Capítulo 10

MANUEL ORTELLS RAMOS

SUMARIO.—LA PRETENSIÓN PROCESAL COMO OBJETO DEL PROCESO DE DECLARACIÓN.—A) Consideraciones preliminares al concepto de objeto del proceso.—B) Relevancia jurídica de la determinación del objeto del proceso.—C) Objeto del proceso, derecho de acción y relación jurídica material.—D) Concepto de objeto del proceso.—ELEMENTOS IDENTIFICADORES DEL OBJETO DEL PROCESO.—A) En general.—B) La petición, «petitum» u objeto de la pretensión.—C) La causa de pedir, «causa petendi» o fundamento de la pretensión.—LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES PROCESALES.—A) Concepto, fundamento y clases.—B) Acumulación de acciones (mejor de pretensiones).—C) Acumulación de procesos.

LA PRETENSIÓN PROCESAL COMO OBJETO DEL PROCESO DE DECLARACIÓN

A) CONSIDERACIONES PRELIMINARES AL CONCEPTO DE OBJETO DEL PROCESO

El órgano jurisdiccional, con su potestad, y las partes confluyen de modo necesario en la realización del proceso. La actividad del órgano jurisdiccional y de las partes en el proceso se refiere o proyecta sobre una diversidad de materias, entre las cuales hay una que destaca por su fundamental importancia: el objeto del proceso.

Según sean los principios rectores del proceso, son diferentes los poderes que al órgano jurisdiccional y a las partes corresponden respecto al objeto. La vigencia en el proceso civil de los principios de oportunidad y dispositivo, conduce a que sean las partes las que tengan el monopolio sobre la configuración y proposición del objeto del proceso, mientras que el órgano jurisdiccional está excluido de esa labor y su función respecto al objeto procesal consiste en ejercer su potestad de resolver, de juzgar sobre el mismo.

En principio la expresión «objeto del proceso» tiene una variedad de significados que no todos son apropiados a su concepto técnico.

Así, en primer término, por objeto del proceso no se entiende técnicamente el fin u objetivo que persigue esta institución.

Tampoco se piensa en el significado excesivamente amplio de todo aquello que, en un proceso, se refieren los actos de las partes y del juez: aquello que es materia de aportación por las partes y de tratamiento contradictorio entre las mismas y de dirección y resolución por el órgano jurisdiccional (cuestiones de naturaleza procesal, alegaciones de las partes, pruebas).

De todas las materias sobre las que versa la actividad procesal, sólo se considera objeto del proceso en sentido estricto y técnico-jurídico aquel tema o asunto jurídico fundamental sobre el que el actor pide la sentencia del juez, previa contradicción con el demandado.

Obsérvese, como fundamento de lo dicho, en primer término, que las restantes materias que podrían entrar en un sentido amplio del concepto sólo ocupan la actividad procesal en cuanto se relacionan con aquel tema o asunto jurídico fundamental: las cuestiones procesales en cuanto condicionan la admisibilidad del pronunciamiento sobre él; las alegaciones y pruebas se dirigen a obtener un pronunciamiento sobre él en un sentido o en otro.

En segundo término, al objeto del proceso está ligada una función de identificación del proceso, en su aspecto objetivo como es lógico. La determinación de lo que es objeto del proceso y de su identidad con otro objeto procesal, unida a la constatación de la identidad de las partes, tiene una serie de consecuencias de gran importancia [siguiente ap. B)]. Pues bien, para esa función identificadora sólo es relevante aquel tema o asunto jurídico fundamental, pero no las demás materias que en un proceso se tratan y resuelven.

Si ese tema o asunto jurídico fundamental debe entenderse como un derecho subjetivo privado o situación jurídica de naturaleza privada, como la afirmación del derecho a la tutela jurisdiccional o como una pretensión procesal, es cuestión que se tratará en el siguiente apartado C.

B) RELEVANCIA JURÍDICA DE LA DETERMINACIÓN DEL OBJETO DEL PROCESO

La determinación de lo que sea el objeto del proceso es relevante para interpretar y aplicar las normas reguladoras de una larga serie de materias procesales.

Se atiende al objeto del proceso para determinar la competencia genérica de los tribunales del orden judicial civil (jurisdicción de los tribunales civiles), por revestir carácter civil el asunto o materia suscitado por el actor (art. 9.2 LOPJ y art. 37 LECiv). También para determinar la extensión de la jurisdicción española en el ámbito internacional en materia civil (art. 22 LOPJ).

La competencia objetiva, en sus dos criterios de atribución, depende también de lo que sea objeto del proceso. Su atribución por la cuantía depende del valor del objeto, y su atribución por la materia, dejando a parte los supuestos en que también

depende la calidad del demandado (p. ej.: arts. 56.2º y 3º y 73.2 LOPJ), está condicionada por la calificación jurídica de lo que sea objeto del proceso. Similarmente depende el objeto del proceso en la determinación de cuál sea el procedimiento aplicable.

La atribución de competencia territorial por los fueros legales también está condicionada por lo que sea objeto del proceso, aunque no siempre sea la relación de pertenencia de éste con cierta demarcación judicial, lo que se toma en cuenta para atribuir la competencia (p. ej.: a veces se atribuye por el domicilio del demandado).

Sin embargo, todos estos supuestos no son los más importantes, ni propiamente específicos de aplicación de la noción de objeto del proceso, porque lo decisivo para todos ellos no es el concreto y singular objeto de un proceso determinado, sino la calificación jurídica de aquél e incluso de la relación que se alega como fundamento del mismo. En efecto, puede observarse que para objetos procesales diferentes la atribución de los temas de competencia y adecuación de procedimiento es la misma, lo que revela que a estos efectos no son relevantes los elementos identificadores del objeto del proceso, sino su calificación jurídica que, pudiendo ser la misma para objetos diferentes, carece de eficacia identificadora.

La consideración del objeto del proceso a los efectos de la modificación de la demanda y de la contestación (art. 426 LECiv) y de la congruencia (art. 218 LECiv) se atiende, en gran parte, a la función identificadora específica del objeto procesal. Las normas relativas a la modificación prohíben esta última respecto al objeto introducido con la demanda. La norma de congruencia prohíbe el pronunciamiento judicial sobre objeto distinto al propuesto e impone el deber de no omitir el pronunciamiento sobre él. Es, pues, necesario para su aplicación determinar qué identifica un objeto procesal y lo distingue de otro diferente. Ahora bien, estas normas tienen un alcance mayor que el apuntado respecto al objeto del proceso: también prohíben, en primer lugar, la modificación de las defensas del demandado y de las alegaciones del actor no identificadoras del objeto procesal y la norma de congruencia igualmente prohíbe resolver (sobre el objeto del proceso) en atención a alegaciones no identificatorias de ese objeto y que no hubieran sido formuladas por las partes. Consecuentemente, a estos efectos es imprescindible atender al objeto del proceso, pero no basta con ello. Dicho de otro modo, son irrelevantes otros elementos que, sin embargo, no constituyen el objeto del proceso.

La noción de objeto del proceso demuestra su específica relevancia, con particular nitidez, en las materias de acumulación de acciones y de autos, de la reconvencción, de la litispendencia y de la cosa juzgada.

Respecto a la acumulación (sobre la que, más ampliamente, puede verse la segunda parte de este Capítulo) la noción de objeto del proceso sirve, en primer lugar, para comprobar si existen realmente diversos objetos, lo que es presupuesto lógico de cualquier acumulación, y, en segundo término, para apreciar la existencia de conexión entre los diversos objetos.

No podría saberse si hay reconvencción sin una noción de objeto del proceso que permita distinguir cuándo el demandado está introduciendo un

nuevo objeto procesal y cuándo se limita a formular resistencia frente a la pretensión del actor (véase art. 406 LECiv).

Para determinar si concurre la excepción de litispendencia (art. 421 LECiv) es necesario aplicar la noción de objeto del proceso, pues sólo así puede saberse si el proceso posterior tiene el mismo objeto que el proceso primeramente iniciado.

Por fin, la teoría del objeto del proceso tiene también aplicación en la cosa juzgada (arts. 421 y 222 LECiv). Para que ésta produzca sus efectos es necesario que entre el proceso que ha generado la cosa juzgada y el proceso posterior exista identidad de partes e identidad de objeto procesal.

C) OBJETO DEL PROCESO, DERECHO DE ACCIÓN Y RELACIÓN JURÍDICA MATERIAL

La teoría del objeto del proceso presenta puntos de contacto con la teoría de la acción, pero es muy importante destacar que se sitúa en una perspectiva diferente a ésta.

La relación con el problema de la acción consiste en que, de cualquier modo se conciba esta última, o bien es la propia acción lo que constituye el objeto del proceso, o bien mediante el ejercicio de la acción, interponiendo la pretensión procesal, se proporciona al proceso su objeto.

Ahora bien, la teoría del objeto del proceso se sitúa en una perspectiva diferente, porque para ella no importa en ningún caso que el actor tenga o no derecho a lo que pide, que el juez se lo conceda o deniegue, sino que cualquiera sea el éxito que acabe por alcanzar la petición fundamental formulada por el actor, el proceso tiene y habrá tenido su objeto y en función de éste se habrán producido y se producirán todos los efectos enunciados en el apartado anterior:

1) Si se concibe la acción en términos iusprivatistas, el proceso tendrá y habrá tenido su objeto aunque el juez no le reconozca al actor el derecho a exigir algo del contrario, derecho que aquél afirmó ejercitar. Problema distinto es si una concepción iusprivatista permite o no satisfacer la necesidad de identificación del objeto del proceso, que constituye misión fundamental de la teoría sobre el mismo.

2) Si se piensa que la acción es el derecho concreto a una cierta tutela jurisdiccional, no le faltará objeto al proceso aunque el juez declare que, en el caso concreto, tal derecho no existe o no corresponde al actor. Incluso el problema de la procedencia, en un ordenamiento jurídico dado, de las diversas modalidades de tutela jurisdiccional (p. ej.: los presupuestos y el alcance de la admisión de la mera declaración, de la condena a prestación futura, de la tutela cautelar) no es problema de objeto del proceso, porque aquel problema no versa sobre lo que el actor pide, sino sobre la posibilidad de que se le conceda de acuerdo con el ordenamiento. Con el objeto del

proceso sólo tiene que ver la cuestión de si la modalidad de tutela jurisdiccional pedida por el actor es o no elemento identificador del objeto procesal.

3) Por fin, si se asume un concepto abstracto del derecho de acción y, por ello, es necesario, para designar aquello sobre lo que el actor pide resolución, referirse a los conceptos de acción como acto o de pretensión procesal, el objeto del proceso existirá para todos los efectos que a él atañen, sean la acción o la pretensión fundadas o infundadas.

En todo caso sí que debe advertirse, desde ahora, que no es correcto mantener que objeto del proceso sea un determinado derecho subjetivo privado o una relación o situación jurídica de esa naturaleza, y ello aunque se haga la salvedad de que a estos efectos se les toma en consideración como meramente afirmados, con independencia de que existan o no. No es correcta esta concepción del objeto procesal porque no puede cumplir la función identificadora que está ligada a dicho concepto: un mismo derecho subjetivo, una misma relación o situación jurídica material puede estar vinculada con una pluralidad de objetos procesales diferentes entre sí, razón por la cual aquellas categorías jurídico-materiales no sirven para identificar objetivamente los procesos.

Piensese, p. ej., en un concreto contrato de compraventa entre A y B. Con relación al mismo puede pretenderse en un proceso la condena al cumplimiento, la declaración de nulidad por ciertas causas, la rescisión por ser fraudulento para los acreedores, la resolución por incumplimiento o porque existe derecho a retractar, etc. En todos estos supuestos los objetos procesales son distintos, aunque de algún modo tengan que ver con una misma relación jurídica material.

Con más claridad se revela la insuficiencia del concepto si se entiende que objeto del proceso es el derecho del actor a exigir una prestación del demandado, porque entonces quedan sin explicación las pretensiones declarativas y constitutivas.

Ahora bien, lo que acabamos de exponer no significa que para la formación del concepto del objeto del proceso civil de declaración pueda prescindirse de toda referencia al Derecho privado. Esto no es ni posible, ni correcto por varias razones. En primer término, porque para que exista objeto del proceso debe haber en todos los elementos que lo componen materia jurídicamente relevante. En segundo lugar, porque, como se comprobará más adelante, para la determinación de la causa de pedir —uno de los elementos del objeto del proceso— es imprescindible manejar categorías de Derecho privado. En tercer lugar, porque sobre el bien litigioso, que es también elemento del objeto del proceso, versan algunas normas jurídico-privadas (véanse, p. ej., los arts. 1291.4º, 1459.4º y 5º y 1535 CC).

D) CONCEPTO DE OBJETO DEL PROCESO

Aun aceptada la dificultad de dar un concepto del objeto del proceso (civil de declaración), no puede eludirse el intento y menos si se persigue, principalmente, un fin didáctico.

El concepto de pretensión procesal responde adecuadamente a ese intento. Por un lado cumple la función identificadora propia del objeto del proceso, como después veremos ampliamente. Por otro, resalta claramente la idea —ya expuesta antes— de que la noción de objeto del proceso no hace referencia a un derecho existente del actor, sino a algo afirmado o, más precisamente, pedido o postulado por éste.

La pretensión procesal es, resaltando ahora en la definición los elementos objetivos de aquélla, la petición (dirigida a un órgano jurisdiccional y frente a otra persona) de sentencia sobre un determinado bien jurídico, para la que se invocan o alegan como fundamento unos hechos jurídicamente relevantes.

La pretensión procesal se introduce o interpone en el proceso por el actor, mediante actos procesales cuyo tiempo, contenido y forma depende de las diversas ordenaciones procedimentales a las que puede estar sujeto el proceso. En el juicio ordinario debe interponerse la pretensión completamente en el acto de demanda (art. 399 LECiv) con limitadas posibilidades de modificación posterior (art. 412 LECiv), pero en el juicio verbal cabe pensar que la completa interposición pasa por la demanda y la alegación del actor en el juicio (arts. 437, 442 y 443 LECiv).

La resistencia del demandado, incluso las excepciones materiales o de fondo, no supone introducción de un nuevo objeto procesal, ni ampliación del mismo, al menos desde el punto de vista de la acepción estricta del objeto del proceso, aunque, en un sentido amplio, la resistencia es, sin duda, materia de discusión y resolución en el proceso.

Este sentido amplio es el que tiene la expresión «pretensiones de las partes» (no sólo del actor) en el artículo 218.1 LECiv; la expresión «objeto del proceso» como algo establecido en la contestación —además de en la demanda y en la reconvencción— que usa el artículo 412 LECiv, además de otros ejemplos que podrían apuntarse.

El demandado, en cuanto se limite a resistir, no influye en la determinación del objeto del proceso, sino que sólo introduce alegaciones para que el objeto procesal propuesto por el actor sea resuelto en sentido favorable a él.

Sólo así se explica la diferencia entre esa actitud del demandado y la formulación por el mismo de reconvencción, mediante la cual interpone una pretensión (frente al actor inicial) y, consiguientemente, introduce un objeto del proceso distinto al propuesto por el actor inicial, resolviéndose ambos objetos, como consecuencia de la acumulación, en un procedimiento único. Así se entiende que no se considere recon-

vencción «el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal» (art. 406.3 LECiv).

ELEMENTOS IDENTIFICADORES DEL OBJETO DEL PROCESO

A) EN GENERAL

Los elementos que componen la pretensión procesal en su aspecto objetivo (otra cosa son los elementos subjetivos, también esenciales para el concepto de pretensión, de órgano jurisdiccional y persona que la interpone y frente a quien se interpone) son la petición que se dirige al órgano jurisdiccional y lo que se alega o afirma como fundamento de dicha petición.

Estos elementos se corresponden con los que se determinan, con diversa precisión, en algunos preceptos como factores de identificación del proceso en cuanto a su objeto:

1) En la demanda se contienen peticiones de pronunciamientos judiciales, fundadas en hechos y en fundamentos jurídicos, que también se alegan en aquélla (arts. 399 y 400 LECiv).

2) La reconvencción habrá de expresar la concreta tutela pretendida (art. 406 LECiv).

3) Las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, sobre las que se forma la cosa juzgada, se fundamentan en determinados hechos (art. 222.2 LECiv).

4) Lo que se pide en la demanda se fundamenta en determinados hechos y fundamentos de derecho, que han de ser alegados en la demanda, a riesgo de preclusión (art. 400 LECiv).

Es posible entrever en estas disposiciones los dos elementos del objeto del proceso: la petición —también denominada, en la doctrina y en la práctica, «petitum»—, el fundamento de esa petición, también designado como «causa petendi».

A continuación estudiaremos —teniendo presentes las aportaciones de GUASP, SERRA y BERZOSA FRANCO— en qué consisten estos dos elementos integrantes de la pretensión procesal.

B) LA PETICIÓN, «PETITUM» U OBJETO DE LA PRETENSIÓN

En la petición o «petitum» hay que distinguir un doble componente: la petición u *objeto inmediato* de la pretensión y aquello a lo que la petición se refiere u *objeto mediato* de la pretensión procesal.

a) Objeto inmediato de la pretensión procesal

La petición contenida en la pretensión procesal tiene, como *objeto inmediato*, la solicitud de una cierta actuación jurisdiccional. En el proceso de declaración específicamente tal actuación puede consistir en alguna de las modalidades de tutela jurisdiccional previstas (con mayor o menor precisión) por el ordenamiento jurídico y que el juez concede en los casos concretos.

Como es sabido (art. 5 LECiv) las clases de tutela jurisdiccional que pueden pedirse en el proceso de declaración son: a) Condena, es decir, declaración de un deber de prestación y mandato de cumplirlo (si no hay cumplimiento puede iniciarse proceso de ejecución); b) Mera declaración: declaración jurisdiccional, con valor de cosa juzgada, respecto a una cierta relación jurídica; c) Constitución: creación, modificación o extinción de una relación jurídica mediante un pronunciamiento jurisdiccional.

La clase de tutela jurisdiccional pedida es, en principio, un factor relevante para la identificación del objeto del proceso:

Una pretensión mero declarativa o constitutiva se diferencian, a pesar de su conexión, de la pretensión de condena a cumplir las obligaciones declaradas o creadas por la estimación de aquellas pretensiones.

Piénsese, por ejemplo, en los siguientes casos:

- 1) A pretende que se declare que ostenta un derecho de crédito, actualmente no exigible, frente a B (tutela merodeclarativa). En otro proceso, ante el incumplimiento de B, A pretende se le condene al pago (tutela de condena).
- 2) F pretende que se resuelva la disolución de una sociedad que formaba con G (tutela constitutiva extintiva). En otro proceso se pretende la liquidación del haber social, con reparto de los bienes entre los socios (tutela de condena).

Con la misma relación o situación jurídica como objeto mediato de la pretensión procesal puede haber diversidad de peticiones y, consiguientemente, diversidad de objetos procesales en atención a la diferente petición de tutela jurisdiccional que en cada caso se formule.

Por ejemplo: una es la pretensión (declarativa) de nulidad de un matrimonio y otras las pretensiones (constitutivas) de separación o de divorcio de ese matrimonio; la pretensión (declarativa) de nulidad de un contrato por simulación absoluta, es distinta a la pretensión (constitutiva) de rescisión de ese mismo contrato por haberse celebrado en fraude de acreedores; la pretensión (declarativa negativa) de inexistencia de una cierta servidumbre legal de paso, es diferente a la pretensión (constitutiva) de extinción de esa servidumbre al amparo del artículo 568 CC.

b) Objeto mediato de la pretensión procesal

La tutela jurisdiccional no se pide en el vacío, sino respecto a un determinado bien jurídico, entendida esta expresión en sentido amplio. Ese bien jurídico constituye, como más arriba dijimos, el *objeto mediato de la pretensión*.

a) Objeto mediato de la pretensión procesal de condena

El *objeto mediato de las pretensiones de condena* es una prestación en el sentido del Derecho Privado. Esta presenta, como es sabido, varias modalidades (arts. 1088 y 1094 a 1099 CC): hacer, no hacer, dar una cosa específica, o cosas genéricas o —de gran importancia, por su frecuencia en la realidad procesal— una cantidad de dinero.

La cosa o la conducta a la que se refiere la prestación respecto a la que se pide condena, debe ser determinada cualitativamente y, en su caso, cuantitativamente.

Tratándose de dar cosa que no sea dinero ha de determinarse la clase de ésta (mueble o inmueble), su situación (linderos, para inmuebles; para dinero, para muebles) y características; para cosas genéricas, el género y cantidad. Para prestaciones de hacer y no hacer, las modalidades y circunstancias de tales conductas.

Las pretensiones de condena a dar una suma de dinero pueden formularse como ilíquidas, es decir, con indeterminación cuantitativa, efectuándose la liquidación en incidentes declarativos en el proceso de ejecución (arts. 712-720 LECiv). Esto último sólo es admisible si el actor fija unas bases de liquidación cuya estimación por la sentencia permita que la liquidación se realice con aplicación de operaciones aritméticas (art. 219.1 y 2 LECiv).

La indeterminación del objeto en estos casos no es absoluta. Se pide condena a indemnización de determinados daños y perjuicios, a la entrega del saldo resultante de una administración desempeñada en cierto período de tiempo o de frutos y rentas de bienes disfrutados en cierta época. Consiguientemente, cualquier condena a una partida específica comprendida en la pretensión de condena ilíquida no constituye objeto distinto.

Si la falta de liquidación va más allá de los límites previstos en el artículo 219.1 y 2 (posibilidad de liquidación mediante operación matemática), la tutela se considera declarativa, porque la sentencia estimatoria no puede ser ejecutada al no ser admisible liquidarla en ejecución de sentencia y necesitar de un proceso declarativo adicional (art. 219.3 LECiv, cuya expresión es incorrecta). Este proceso tendrá objeto distinto —petición de cantidades concretas—, pero vinculado por el objeto del primer proceso (diversas partidas y conceptos declarados exigibles, etc.).

Respecto a prestaciones de dar cosa distinta a dinero, de hacer y de no hacer, la pretensión de condena al cumplimiento, no parece que debe ser tenida como pretensión distinta, por su objeto, respecto a la condena a indemnización por incumplimiento de aquellas prestaciones, porque en el proceso de ejecución puede determinarse y ejecutarse la indemnización si no se ha podido ejecutar la prestación en forma específica (art. 712 LECiv).

b) *Objeto mediato de las pretensiones declarativas y constitutivas*

El *objeto mediato de las pretensiones declarativas y constitutivas* consiste en la situación o relación jurídica, estado jurídico o algún elemento de los anteriores, o en el negocio o acto jurídico (o alguno de sus componentes), sobre los cuales se pide, respectivamente, la declaración de existencia, inexistencia o esencia, o la creación, modificación o extinción.

C) LA CAUSA DE PEDIR, «CAUSA PETENDI» O FUNDAMENTO DE LA PRETENSIÓN

a) *Su relevancia identificadora en general*

De entrada, y sin perjuicio de la explicación que inmediatamente seguirá, puede decirse que causa de pedir es el conjunto de hechos jurídicamente relevante en el que se funda la petición.

En principio, la causa de pedir es un elemento identificador del objeto del proceso, porque una misma petición (o peticiones iguales y aparentemente idénticas) puede estar fundada en diferentes causas de pedir, de modo que, si nos limitáramos a considerar el elemento «petición» —que ha quedado expuesto— no resultaría una plena identificación de la pretensión procesal objeto del proceso, ni sería posible distinguirla de pretensiones que, fundadas en causa distinta, contengan una misma petición.

Por ejemplo: la petición de condena a pagar seis mil euros puede tener causa en la obligación de pagar el precio de una compraventa, de devolver una cantidad prestada, de indemnizar por un ilícito extracontractual, etc.; la petición de condena a entregar la vivienda X puede fundarse en un derecho de propiedad o de usufructo o en la obligación constituida por un contrato de compraventa o de arrendamiento, etcétera.

b) *Naturaleza de la causa de pedir*

Hemos dicho que causa de pedir es un conjunto de hechos jurídicamente relevante para fundar la petición.

a) *Hechos jurídicamente relevantes*

Con ello se destaca, en primer término, que la causa de pedir no consiste en normas o principios jurídicos, en construcciones o calificaciones jurídicas. La razón es que estas entidades son por sí mismas una abstracción referible a una plural diversidad de hechos de la vida social y, por tanto, no son aptas para identificar la causa de pedir concreta de una determinada petición.

Respecto a una petición de condena a pagar dos mil euros, alguna identificación produce la simultánea alegación de que se funda en ser el precio debido por una compraventa o la renta mensual debida por un arrendamiento. Pero inmediatamente

surge la duda: ¿de qué compraventa entre todas las que pueden existir con precio de dos mil euros?, ¿de qué arrendamiento?

La causa de pedir debe consistir, pues, en hechos históricos, en acontecimientos concretos de la vida social.

Queda excluido, en consecuencia, que formen parte de la causa de pedir los argumentos (que no son hechos, sino construcciones intelectuales) y los medios de prueba (que son instrumentos para demostrar los hechos). La identidad o diferencia de estos elementos no influye en la solución de los problemas derivados de la identificación del objeto del proceso.

Ahora bien, tampoco cualesquiera hechos integran la causa de pedir. Es obvio, en primer término, que no la integran los hechos jurídicamente irrelevantes o indiferentes, puesto que estos hechos carecen de trascendencia para distinguir o delimitar realidades a las que se vinculan consecuencias jurídicas.

Por ejemplo: si se afirma que, para preparar la compraventa al pago de cuyo precio se pretende una condena, las partes usaron los servicios de un agente de la propiedad inmobiliaria, este último hecho no forma parte de la «causa petendi», aunque pueda tener interés en el proceso, a los efectos, p. ej., de citar al corredor de fincas como testigo.

Este mismo ejemplo sirve para meditar que la relevancia o irrelevancia jurídica de los hechos está en función de la petición formulada: piénsese en que se pidiera condena al pago de la retribución por el contrato de corretaje.

Debe tratarse, pues, de hechos concretos jurídicamente calificables (pero cualquiera sea el punto de vista jurídico desde el que puedan ser calificados) que funden la petición formulada en la pretensión procesal.

Entiendo que ésta es una postura equilibrada respecto de la cuestión sobre si lo decisivo para identificar la «causa petendi» son los hechos o la calificación jurídica.

Ahora el artículo 218.1. párrafo segundo LECiv determina que «el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes». A pesar de la mención alternativa de los fundamentos de hecho o de derecho, lo cierto es que los fundamentos de derecho tienen una limitada eficacia identificativa —distintamente a los fundamentos de hecho—, pero no una compraventa de otra compraventa—. Cuestión distinta es que se admita como alegación la de una compraventa como negocio jurídico concreto, en vez de exigir la narración de los hechos con los que se contrajo el negocio que, luego, se califica

de compraventa. En cualquier caso, siempre hemos de contar con hechos concretos —más o menos detallados— jurídicamente relevantes.

b') *Hechos constitutivos de la pretensión procesal y hechos que identifican la causa de pedir*

Dentro de los hechos jurídicamente relevantes es todavía necesario introducir una nueva distinción, porque no todos los hechos de esa clase tienen importancia para identificar la causa de pedir, y, con ello, la pretensión procesal.

Con diferente terminología suele distinguir, a estos efectos, la doctrina entre dos clases de hechos:

1) Por un lado, los hechos constitutivos de la pretensión, como conjunto de hechos necesarios y suficientes, que, si son alegados y probados, conducen a la estimación de la pretensión.

2) Por otro lado, los hechos, que también forman parte del conjunto acabado de indicar, pero que, con carácter lógicamente previo a la función de fundamentar la pretensión en el sentido de apoyar su estimación, desarrollan una función delimitadora, individualizadora, identificadora de la pretensión procesal en cuanto a su elemento de «causa de pedir».

Sólo los hechos de esta última clase integran la causa de pedir, como elemento identificador de la pretensión procesal, del objeto del proceso. Sin duda el actor tiene la carga de alegar y probar todos los hechos constitutivos si no quiere ver desestimada su pretensión, pero antes de suscitarse la cuestión sobre estimación o no de la pretensión, se plantea la de saber de qué pretensión se trata y para este problema de identificación no todos los hechos constitutivos son importantes.

Dos ejemplos ayudarán a aclarar lo expuesto:

1) Se pacta la compraventa de cierta cosa por dieciocho mil euros, aplazando el pago del precio en 24 mensualidades. Tres meses después de la entrega de la cosa, el vendedor presenta demanda pidiendo se condene al comprador al pago de la totalidad del precio. La pretensión estará completamente identificada (condena al pago del precio de esta compraventa), pero será desestimada por faltar el hecho constitutivo de la exigibilidad del precio (que fue aplazado), salvo que se entienda que puede ser estimada en calidad de condena a prestación futura.

2) A presenta demanda pidiendo que se condene a B a poner a su disposición determinada vivienda, alegando que B le hizo donación de la misma. La pretensión está identificada, aunque falte el hecho constitutivo (tratándose de donación de inmuebles: art. 633 CC) de constar en escritura pública la donación y aceptación. Si este hecho no se alega y se prueba, la pretensión (existente e identificada) será desestimada.

Esta observación (no todo hecho constitutivo es relevante para la identificación de la causa de pedir y forma parte de ella) puede ser desarrollada considerando diversas clases de pretensiones, para determinar cuáles son los hechos identificadores que forman la causa de pedir en cada una de ellas. Es lo que vamos a hacer en los apartados que inmediatamente siguen.

a) *La causa de pedir en las diversas clases de pretensiones procesales*

1) *Pretensiones de condena*

Es necesario distinguir, principalmente, según la pretensión se ampare o justifique en un derecho de obligación o en un derecho real.

1) *Pretensiones justificadas en un derecho de obligación*

Si la pretensión se justifica en un *derecho de obligación* la «causa petendi» está integrada por los hechos concretos que dan lugar al nacimiento y adquisición de aquel derecho. Cada conjunto históricamente diferenciado de tales hechos constituye una causa de pedir diferente. No es posible distinguir las causas de pedir, sino mediante la diferenciación de esos hechos, porque la simple alegación de ser actualmente acreedor de una determinada prestación frente al demandado y a la que se pide condena, no agota la identificación de la pretensión.

En efecto, se puede ser acreedor de 500.000 pesetas, además de en virtud de diferentes hechos, actos o negocios jurídicos, porque tal cantidad es el precio de la compraventa celebrada el 6 de octubre de 1994 o de la hecha el 10 de enero de 1998 (o incluso de alguna de las varias hechas ese mismo día), o como indemnización por los daños causados en un vehículo por la colisión ocurrida el 5 de octubre de 1997 o por la producida el 2 de enero de 1998. En cada supuesto surge y se adquiere un distinto derecho de crédito. Cada supuesto proporciona una diferente causa de pedir para una también diferente pretensión procesal.

2) *Pretensiones justificadas en un derecho real*

Si la pretensión se ampara o justifica en un *derecho real* la solución es distinta.

El derecho real una vez adquirido, cualquiera sea el título en virtud del cual haya sido adquirido y mientras no se extinga, es uno y el mismo. Además impone un deber de respeto a todas las personas, no sólo a quien lo transmitió y por el hecho de la transmisión (incluso la transmisión no es necesaria, pues el derecho real puede adquirirse originariamente). Esto conduce a que carezcan de relevancia identificadora de la causa de pedir los hechos que originan el nacimiento y adquisición del derecho real.

Piénsese en la «acción reivindicatoria», que supone una pretensión de condena, justificada o amparada en el derecho (real) de propiedad. Basta la

alegación de ser el propietario actual de la cosa reivindicada para que la causa de pedir quede identificada. Que esa propiedad se adquiriera por usucapión, legado, donación o compraventa (más la «traditio», en su caso) y precisamente por este legado, esta donación o esta compraventa, no integra diferentes causas de pedir, porque el actor no pretende que se condene a entregar la cosa en virtud del hecho constitutivo de una obligación, respectivamente, del heredero, donante o vendedor, sino por el hecho de su actual propiedad sobre la cosa, lesionada por uno de todos los que tienen el deber de respetarla.

La causa de pedir se integra, pues, por la alegación de la titularidad actual del derecho real y la alegación del contenido de ese derecho (propiedad o servidumbre o usufructo, etc.). Con esto y la identificación de la cosa sobre la que recae el derecho, la pretensión está individualizada.

Otra cosa es que no haya otra manera de probar ese «actual derecho real sobre una cierta cosa», más que la de alegar y probar un título por el que tal derecho se adquirió. Sin embargo, cualquiera que sea el título que se alegue, continuará siendo idéntica la pretensión objeto del proceso. En consecuencia, en esta clase de pretensiones, el título adquisitivo pertenece a los hechos constitutivos de la pretensión, pero no identificadores de la causa de pedir.

Caso de la STS de 20 de abril de 1968 (RJ 1968, 2530): se alega la compraventa de una finca como título de adquisición de la propiedad, desestimándose la demanda en segundo proceso, se alega la usucapión como título adquisitivo, y se estima que existe cosa juzgada porque la usucapión no supone «causa petendi» distinta.

Después consideraremos la incidencia en estos casos de una norma como la del artículo 400 LECiv.

b) Pretensiones de mera declaración

Para las pretensiones *declarativas de carácter positivo* (que se declare que tal relación, relevantemente negada por el demandado, existe o tiene tal contenido o esencia) el problema de la identificación de la causa de pedir se resuelve del mismo modo y con la misma distinción antes expuesta.

La declaración de un derecho de crédito requiere, para identificar la «causa petendi», determinar los hechos que originaron aquel derecho. Mientras que la pretensión declarativa de dominio es una y la misma cualquiera sea el título por el que se afirme haber adquirido el derecho de propiedad.

De nuevo, sin embargo, surgen problemas al considerar las pretensiones *declarativas de carácter negativo* (que se declare la inexistencia o la nulidad de cierta relación o negocio jurídico, cuya existencia y validez sostiene el contrario, originando con esta actitud el interés jurídico en la declaración).

La inexistencia o la nulidad pueden ser debidas a diferentes hechos (jurídicamente calificables), suficientes cada uno de ellos para fundarlas y, en algunos casos, posiblemente concurrentes varios de ellos para fundar una misma petición.

Por ejemplo: una relación jurídica puede declararse no existente porque no se constituyó o porque se extinguió, y esto último por cumplimiento, por resolución o por otras causas; un negocio jurídico puede ser nulo por falta de consentimiento, de objeto o de causa, o por ser ilícitos el objeto y la causa, etcétera.

La cuestión es, entonces, la siguiente: ¿Cada conjunto de hechos que constituye por sí mismo presupuesto para la declaración negativa, integra una causa de pedir diferente y, por tanto, una pretensión diferente? ¿O la afirmación de la inexistencia o nulidad de la relación o negocio jurídico determinado como objeto mediato de la pretensión es suficiente para completar la identificación de ésta, de manera que cada hecho determinante de la inexistencia o la nulidad sería constitutivo de la pretensión pero no identificador?

Estas cuestiones, que no tienen una respuesta segura, se plantean en similares términos respecto a las pretensiones constitutivas extintivas o de impugnación. Al tratar de estas últimas, en el siguiente apartado, haremos alguna observación.

Hay una razón para no acoger, de entrada, una solución similar a la de las pretensiones justificadas en un derecho real: así como carece de lógica la afirmación simultánea de varios títulos adquisitivos respecto a un mismo derecho real, es perfectamente posible la concurrencia de varias causas de nulidad de un mismo negocio jurídico, por lo que no cabe excluir, en principio, la posibilidad de examen de cada una, incluso en procesos simultáneos o sucesivos.

Por otra parte, la disposición del artículo 400 LECiv incide en estas cuestiones de modo importante, pero, como veremos, no decisivo para negar eficacia identificativa de la «causa petendi» a cada uno de los hechos determinantes de la inexistencia o nulidad del negocio.

c) Pretensiones constitutivas

1) Pretensiones constitutivas y modificativas.

En las pretensiones constitutivas dirigidas a crear o modificar relaciones o estados jurídicos la causa de pedir está integrada por el conjunto de hechos al que legalmente se vincula el efecto constitutivo.

Por ejemplo: La «causa petendi» de una pretensión de incapacitación está integrada por el estado psíquico-físico de una persona en un período determinado de su vida, una modificación de dicho estado supone una causa de pedir distinta tanto para

pretender una incapacitación antes denegada, como para pretender la modificación del alcance de la incapacitación o la reintegración de la capacidad (art. 761 LECiv); la circunstancia de enclave de una finca sin acceso a camino público es causa de pedir de una pretensión constitutiva de servidumbre legal de paso, la variación de aquella circunstancia nos sitúa ante una pretensión diferente (también a efectos de pretender la extinción; art. 568 CC); cada controversia en cierta relación jurídica respecto a la que se haya pactado convenio de arbitraje, da lugar, si no se puede proceder de otro modo a la designación de árbitros, a una distinta pretensión de nombramiento judicial de los mismos.

2) Pretensiones constitutivas extintivas.

Ya adelantamos que las pretensiones constitutivas de carácter extintivo presentan especiales problemas respecto a la identificación de la causa de pedir.

En principio, cada conjunto de hechos concretos sustentador de cada una de las diferentes causas legales determinantes de la anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, etc., de un mismo negocio, relación o estado jurídico, pueden considerarse como integrantes de una diferente causa de pedir.

Por ejemplo: las diferentes causas de indignidad para suceder (art. 756 CC); la anulación de un contrato por error, dolo, violencia o intimidación o incapacidad de un contratante; revocación de donaciones por las causas del artículo 644 CC, por incumplimiento de cargas (art. 647 CC) o por ingratitud (art. 648 CC); diferentes causas de resolución de un arrendamiento (p. ej., para uno sometida a la LAU, arts. 27 y 28 de esta Ley). Es conveniente insistir en que no se trata sólo de distinguir causas legales, sino de que, dentro de cada una de éstas, cada hecho concreto suficiente para sustentarla constituye una causa de pedir distinta.

Las consecuencias de este modo de identificar la causa de pedir son las siguientes: alegadas varias causas (para una misma petición) en un mismo proceso, habría acumulación; alegadas tales causas en varias demandas iniciadoras de procesos simultáneos no habría litispendencia; y, sobre todo, desestimada la pretensión para la que se adujo una de las causas, no habría cosa juzgada respecto a la pretensión fundada en alguna de las otras causas concurrentes, alegables pero no alegadas en el primer proceso.

En efecto, la jurisprudencia se inclina por la solución de que cada hecho que sustenta la causa de un efecto extintivo constituye causa de pedir diferente.

STS de 10 de febrero de 1984 (RJ 1984, 586): impugnación de una donación, en un primer proceso, por inoficiosidad; en el segundo, por falta de aceptación en vida del donante; STS de 20 de octubre de 1959 (RJ 1959, 4424): resolución de arrendamiento, primero por subarriendo inconsentido, después por falta de uso; STS de 13 de marzo de 1953 (RJ 1953, 590): resolución de arrendamiento, primero por necesidad de ocupar la vivienda el arrendador, después por transformación no autori-

zada en local de negocio; STS de 24 de mayo de 1958 (RJ 1958, 1751): resolución de arrendamiento por necesidad del local para instalar una industria y, en segundo proceso, por necesitarlo como vivienda.

En la consecuencia sobre la cosa juzgada encuentra la doctrina el grave inconveniente de este modo de identificar la causa de pedir en las pretensiones constitutivas extintivas: posibilita un «goteo» de pretensiones respecto al mismo negocio, relación o estado jurídico, lo cual es contrario al valor de la seguridad jurídica, que está protegido por la institución de la cosa juzgada.

Este argumento es razonable, pero, a mi juicio, es necesario encontrar una base más sólida para hacer prevalecer la seguridad jurídica sobre el derecho o interés legítimo de una persona y, en el tema que nos ocupa, no existía tal riguroso fundamento hasta que la LECiv introduce una disposición como la del artículo 400, cuyo significado en la materia que tratamos debe ser aclarado.

d) Causa de pedir como componente del objeto del proceso y preclusión, generalmente con la demanda, de los hechos que podrían ser causa de pedir

Dispone el artículo 400 LECiv que «cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o motivos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior», de modo que «sigue disponiendo el mismo precepto» «a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste».

Este precepto trata de resolver, de un modo adecuado, el problema del «goteo» de pretensiones al que nos referíamos al final del apartado anterior y que también se producía en las pretensiones meramente declarativas de carácter negativo.

Pero no resuelve ese problema disponiendo que esos hechos que sustentan causas de pedir alegables, pero no alegadas, pasan, a pesar de la falta de alegación, a ser objeto del proceso. Eso significaría que la sentencia podría resolver a tenor de los mismos, sin incurrir en incongruencia, lo que no es correcto según el artículo 218.1, párrafo tercero.

Resuelve el problema estableciendo la preclusión de la causa de pedir alegable y no alegada; es decir, la inadmisibilidad de su utilización, tanto en otro proceso simultáneo al ya pendiente, como en otro posterior. Esta preclusión tiene excepciones (hechos o fundamentos desconocidos para la parte o que no hubiera podido invocar al interponer la demanda) que hacen admi-

ble la formulación de la misma petición, pero fundada en la «causa petendi» distinta, que no se hizo valer en la primera demanda.

e) Irrelevancia de la calificación jurídica como elemento identificador de la causa de pedir

En varios apartados anteriores se ha considerado la influencia de la calificación jurídica en la noción de objeto del proceso y en la determinación de sus elementos identificadores. Si se repasan esas referencias se comparará, por un lado, la necesidad de utilizar la calificación jurídica a sus efectos, pero también los límites de dicha utilización.

En definitiva, puede afirmarse radicalmente que la calificación jurídica que se haga o pueda hacerse de los hechos no es elemento identificador de la causa de pedir.

Si los hechos son los mismos, la posibilidad de calificarlos jurídicamente de varias maneras (siempre que esto sea posible sin alterar la consecuencia jurídica pretendida), no determina otras tantas causas de pedir, ni objetos procesales diferentes por este último elemento.

Y, a la inversa: una pluralidad de hechos histórica y realmente distintos aunque subsumibles en el supuesto de hecho abstracto de una misma norma jurídica, representan causas de pedir diferentes y, por ello, objetos procesales distintos.

A diferencia de los elementos integrantes del objeto del proceso que, rigiendo el principio dispositivo, sólo pueden ser determinados por el actor, la determinación de la calificación jurídica entra en las potestades del órgano jurisdiccional («iura novit curia», «da mihi factum dabo tibi ius»). El actor puede proponer en la demanda una calificación jurídica (art. 399.4 LECiv: los fundamentos de derecho), la calificación jurídica es materia de debate en el proceso (la contestación puede referirse a ella —art. 405 LECiv— y véase también el art. 433.3 LECiv), pero el juez no está vinculado a resolver según las tesis jurídicas sostenidas por las partes, sino que, respetando los hechos y la petición que identifican el objeto del proceso, puede realizar la calificación jurídica que estime más correcta y lo mismo puede hacer con aquellos hechos no identificadores del objeto del proceso (p. ej., los que basan la resistencia del demandado).

Se ha ocupado de esta cuestión, resolviéndola en el sentido indicado, la STC 20/1982 de 5 de mayo (Sala 2ª) (RTC 1982, 20). Similarmente STC 12/1987, de 4 de febrero (RTC 1987, 12).

El artículo 218.1, párrafo segundo LECiv —que ya reproduce antes— quiere darle a los fundamentos de derecho una mayor importancia en la identificación de la causa de pedir, limitando el «iura novit curia» a que el

juez deba resolver «conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

A mi juicio, si se aplican rigurosamente los límites de los hechos jurídicamente relevantes y de la petición, el ámbito de aplicación del principio «iura novit curia» queda fijado sin riesgo para los principios dispositivo y de aportación de parte. Por otro lado, no parece que la disposición quiera limitar la aplicación del «iura novit curia» a los casos de error en la cita de disposiciones, y si se trasciende de ellos, el único límite objetivo es el de los hechos cuya relevancia jurídica atienda la petición formulada.

II. Concurso de normas y concurso de «acciones»

Partiendo de lo que se acaba de exponer puede entenderse bien la distinción entre concurso de «acciones» y concurso de normas o de leyes (véase ORTELLS RAMOS y CAVANILLAS-TAPIA FERNÁNDEZ).

a) El concurso de «acciones» supone:

- 1) Unos hechos parcialmente idénticos o comunes.
- 2) La posibilidad de varias calificaciones jurídicas según los hechos diferenciales que sean destacados en la alegación.
- 3) La consecuencia jurídica derivada de los hechos es sólo una desde un punto de vista práctico o de utilidad, de modo que si el actor ve estimada su petición aduciendo una de las posibles configuraciones de la «causa petendi», ni le interesa, ni puede obtener nueva tutela con base en las otras configuraciones de la «causa petendi».

La doctrina y la jurisprudencia españolas se inclinan, en estos casos, por entender que existe pluralidad de objetos, precisamente porque la parcial diferencia de los hechos permite concluir que existen varias causas de pedir.

Veamos algunos ejemplos:

- 1) En un primer proceso el actor pide condena al pago de 2.000.000 de ptas., como devolución de un préstamo. Los demandados reconocen haber recibido esa cantidad, pero como precio de una compraventa y formulan reconvencción pidiendo condena al pago del resto del precio que se les adeuda. Se desestiman tanto la demanda como la reconvencción. En un segundo proceso el actor pide condena al pago de la misma cantidad por enriquecimiento injusto. El TS entiende que no hay cosa juzgada porque la causa de pedir es diferente al estar integrada la del segundo proceso por el hecho de la entrega de la cantidad y por la ausencia de causa de tal desplazamiento patrimonial (STS de 25 de junio de 1982 [RJ 1982, 3441]; similar STS de 23 de mayo de 1947 [RJ 1947, 630 bis]).

- 2) El arrendatario de un local de negocios acumula materiales combustibles necesarios para su industria, sin las suficientes medidas de seguridad, produciéndose un incendio que destruye el local. El arrendador puede pretender condena a indem-

nización fundándola o en el daño causado por una conducta imprudente e infracción de los deberes generales de conducta (responsabilidad extracontractual: art. 1902 CC) o en el incumplimiento de una obligación contractual (arts. 1555.2º, 1561 y 1563 CC).

b') En el concurso de normas (o de leyes) los hechos son idénticos y fundan una misma petición, pero pueden ser jurídicamente calificados con arreglo a diferentes normas, porque son subsumibles por igual en los supuestos de hecho abstractos de las mismas. Como sólo varía la calificación jurídica no hay, de acuerdo con lo dicho, diversidad de objetos de proceso.

Un ejemplo: en arrendamientos urbanos, el subarriendo y la cesión de vivienda y de inmuebles destinados a uso distinto al de vivienda se consideran como supuestos fácticos diferentes (arts. 8 y 32 LAU); su realización sin cumplir los requisitos legales debería integrar diferentes causas de pedir la resolución del contrato [arts. 27.2 c) y 35 LAU]. Estaríamos, por tanto, ante un concurso de «acciones». Sin embargo, el TS, para facilitar la prueba al arrendador, se inclinó —bajo la vigencia de la antigua LAL— por entender que la base fáctica de la causa de resolución es la introducción de un tercero en la vivienda o local sin consentimiento del arrendador, cualquiera sea la forma jurídica (subarriendo o cesión ilegales). Por esta interpretación jurisprudencial lo que era concurso de «acciones» ha devenido en concurso de normas.

En los casos de concurso de «acciones» y de concurso de normas también tendrá aplicación la preclusión establecida en el artículo 400 LECiv: todos los hechos jurídicamente relevantes que servirían para integrar otras «causae petendi» —para la misma consecuencia jurídica— y todos los fundamentos jurídicos para que, por unos mismos hechos, pueda obtenerse la consecuencia jurídica pretendida, han de ser alegados en la demanda, a riesgo de no ser ya admisible su alegación en otro proceso.

LA ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES PROCESALES

A) CONCEPTO, FUNDAMENTO Y CLASES

Cada pretensión procesal constituye objeto de un proceso y, en principio, cada proceso tiene su tramitación procedimental propia, distinta y separada de la de otros procesos.

Ahora bien, por razones centradas en algún tipo de relación entre dos o más objetos procesales, el ordenamiento permite que los diversos procesos que versan sobre ellos tengan una misma y única tramitación procedimental. A esto se le puede denominar acumulación de pretensiones.

La tramitación procedimental única supone que, desde el principio o desde un momento posterior, una única serie de actos procesales sirve para el tratamiento de una pluralidad de objetos: son únicas la demanda, la con-

testación, el período probatorio y la sentencia, pero el contenido de estos actos se refiere a varias pretensiones procesales.

De ahí que suele decirse (MONTERO) que el proceso es único sólo externamente, pero internamente es plural, o, más exactamente, que el procedimiento es único, pero hay pluralidad de procesos, pues aunque sea única la serie de actos a realizar, las posibilidades, cargas y expectativas de las partes se desarrollan respecto a cada objeto procesal: pueden haber defensas, admisiones de hechos, pruebas que inciden en el pronunciamiento sobre una pretensión y no sobre otras, actos de disposición sobre una pretensión y no sobre otra, recursos que afecten al pronunciamiento acerca de una pretensión, pero no al relativo a otras. Pero además, y a diferencia de lo que ocurre en el proceso único con pluralidad de partes, en el que también las partes plurales que ocupen una misma posición pueden adoptar diferentes actitudes procesales (véase Cap. 7), la diversidad de actitudes procesales respecto a cada pretensión conduce correlativamente a unos pronunciamientos igualmente diversos sobre ellas.

El fundamento de la acumulación de pretensiones es la conexión existente entre ellas, es decir, la identidad de alguno o de algunos de sus elementos.

Presupuesta esa conexión, la acumulación sirve para evitar sentencias contradictorias en un sentido estricto (si la resolución sobre una pretensión es prejudicial respecto a la resolución sobre otra) o en un sentido amplio (p. ej., cuando por ser común la causa de pedir de varias pretensiones existe el riesgo de una diferente convicción judicial acerca de ella).

Además produce economía procesal porque una única actividad procesal sirve para el debate y resolución de varias pretensiones en lo que éstas tienen de común.

La conexión necesaria para la acumulación puede exigirse por la ley con diversos grados. En este aspecto la LECiv sigue siendo muy generosa en algunas clases de acumulación, al permitir la mera identidad de las partes entre las que se interponen las varias pretensiones, supuesto en el cual no hay riesgo alguno de contradicción entre sentencias. Cabría pensar que la acumulación, en este caso, sigue sirviendo a la economía procesal (pues en otro caso sería necesario seguir varios procedimientos), pero esta finalidad debe tener un límite, porque de ese modo se genera una sobrecarga de trabajo a desarrollar con un «ritmo» procedimental «calculado», en principio, para el tratamiento de una sola pretensión.

La LECiv sistematiza la regulación de esta materia distinguiendo la acumulación de acciones (arts. 71-73) y la acumulación de procesos (arts. 74-98).

No nos parece adecuada la terminología legal: en pasajes anteriores de este mismo Capítulo pueden verse las razones por las que entendemos más correcto designar el objeto del proceso como pretensión procesal y no como acción. Por otro lado,

en la regulación citada no hay referencia a otras modalidades de acumulación, que son reguladas en otras partes de la LECiv (ampliación de la demanda, reconvención).

A continuación desarrollaremos el régimen jurídico de cada clase de acumulación (exceptuada la reconvención, que será tratada en el Capítulo 12).

B) ACUMULACIÓN DE ACCIONES (MEJOR DE PRETENSIONES)

a) Acumulación inicial

Esta clase de acumulación consiste en la interposición, en una única demanda, de varias pretensiones entre un demandante y un demandado o entre varios demandantes y/o varios demandados.

La acumulación se denomina inicial porque existe ya en el primer acto del procedimiento.

a') Clases

Hay que destacar fundamentalmente dos clasificaciones por la incidencia que tienen en el régimen jurídico de esta acumulación.

1) Acumulación objetiva y objetivo-subjetiva.

En la acumulación exclusivamente objetiva un único demandante interpone varias pretensiones frente a un único demandado (art. 71.2 LECiv: «El actor podrá acumular en su demanda cuantas acciones le competan contra el demandado...»), de modo que las partes actora y demandada son las mismas en todas las pretensiones acumuladas.

Lo decisivo, a estos efectos, es la identidad de quienes sean partes, de modo que si una parte está representada, para que la acumulación sea exclusivamente objetiva es necesario que las varias pretensiones se interpongan en nombre de la parte y/o frente a ella (no, p. ej., alguna pretensión por o frente al representante en su propio nombre).

En la acumulación objetivo-subjetiva entre varios demandantes y/o varios demandados se interponen varias pretensiones, respecto a cada una de las cuales cada una de las partes está individualmente legitimada (art. 72 LECiv: «Podrán acumularse y ejercitarse simultáneamente las acciones que uno tenga contra varios sujetos, o varios contra uno»).

Esta última clase de acumulación, generalmente, es denominada litisconsorcio voluntario y es encuadrada sistemáticamente con los restantes supuestos de litisconsorcio. Ambas cosas son erróneas, porque partiendo de la pluralidad de pretensiones y de la legitimación individualizada respecto a

cada una de ellas, no puede dictarse una sentencia con pronunciamiento único y que afecte por igual a todas las partes (véase Cap. 7).

Una acumulación exclusivamente subjetiva no existe, porque al presuponer que la pretensión es única (y sólo las partes varias) desaparece la base lógica de la acumulación. En este caso lo que hay es un proceso (con objeto) único con pluralidad de partes.

2) Acumulación simple, alternativa, eventual y accesoria.

Estas diversas clases de acumulación inicial (con excepción de la acumulación alternativa), ya conocidas por la práctica, porque su posibilidad es una simple consecuencia del principio dispositivo, son ahora expresamente contempladas por la LECiv (arts. 71.4, 252.1ª y 2ª, 399.5 y 438.3 LECiv).

La acumulación es simple o principal cuando se persigue la estimación de todas y de cada una de las varias pretensiones interpuestas.

La acumulación es alternativa si persigue la estimación de alguna de las varias pretensiones interpuestas, siendo indiferente al actor cuál de ellas sea estimada.

Estrictamente una acumulación alternativa, que deje al juez la elección de la pretensión que debe estimar, es contraria al requisito de la determinación del objeto de la pretensión (art. 399 LECiv: «se fijará, con claridad y precisión lo que se pida»), de ahí que, o bien la elección debe hacerla el actor (si le corresponde: p. ej., arts. 1483 y 1486 CC) antes del proceso o en la demanda (con lo cual no habrá acumulación), o bien si la elección corresponde al demandado (p. ej., arts. 1132.1 y 1077 CC), la sentencia estimatoria seguirá siendo alternativa y sólo en su cumplimiento o ejecución deberá quedar satisfecha una de las pretensiones.

La acumulación es eventual (o subsidiaria) si el actor no persigue la estimación de todas las pretensiones, sino sólo de una de ellas, pero según un orden de preferencia que él establece.

P. ej., que se declare que cierto contrato es nulo por simulación absoluta y, de no estimarse esta pretensión, que se rescinda el mismo contrato por haberse hecho en fraude de acreedores.

La acumulación es accesoria (o eventual impropia) si el actor interpone una pretensión como principal y, para el caso de que sea estimada, otras pretensiones cuyo fundamento, en todo o en parte, descansa en aquella estimación.

P. ej., que se condene a la entrega de una suma de dinero y, en ese caso, también al pago de intereses devengados por aquélla; o a la entrega de una cosa y, de estimarse la pretensión, al abono de los frutos por aquélla producidos y percibidos por el demandado.

b) *Presupuestos de admisibilidad*1) *Iniciativa del actor.*

Tratándose de la interposición de pretensiones está en juego lo esencial del principio dispositivo y, por ello, depende de la voluntad del actor interponer una pretensión o varias (y el modo de interponerlas, según la última clasificación anterior) (art. 71.2 LECiv: «El actor *podrá* acumular...»; art. 72 LECiv: «*Podrán* acumularse...»).

Sin embargo del artículo 38.11 Ley Hipotecaria se deduce que la acumulación de la pretensión de nulidad de una inscripción registral, puede ser una carga del actor que formule una pretensión contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de otro: «no podrá ejercitarse ninguna acción... sin que, previamente o *a la vez*, se entable demanda de nulidad...». Éste es uno de los casos a los que se remite el artículo 73.3 LECiv.

2) *Competencia objetiva por la materia y por la cuantía del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda con las pretensiones acumuladas*

La competencia objetiva por la materia (y, previamente a ella, que la pretensión corresponda a la competencia genérica de los tribunales del orden jurisdiccional civil) condiciona absolutamente la admisibilidad de la acumulación: si el órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda es incompetente por razón de la materia para conocer de alguna pretensión acumulada, la acumulación de esta pretensión es inadmisible (art. 73.1.1ª LECiv).

La competencia objetiva por la cuantía, que en principio también condiciona la admisibilidad de la acumulación (art. 73.1.1ª LECiv), no lo hace de manera tan absoluta, sino que precisamente esta competencia objetiva puede variar a consecuencia de la acumulación en el sentido que se deduce del artículo 73.1.1ª LECiv: la pretensión que, por razón de su cuantía, debiera ser tramitada en juicio verbal y, además, correspondiera a la competencia de un Juzgado de Paz, puede ser acumulada a una pretensión que deba tramitarse en juicio ordinario, con lo que la competencia pasará al Juzgado de Primera Instancia.

3) *Competencia territorial del órgano jurisdiccional ante el que se presenta la demanda.*

Mediante la acumulación no puede producirse una arbitraria supresión de las reglas atributivas de la competencia territorial (con olvido de las aplicables a cada pretensión acumulada).

Lo que ocurre es que, por una norma especial, la acumulación puede determinar (como ya se ha visto respecto a la competencia por la cuantía) una especial atribución de competencia territorial, diferente a la que corresponda individualmente a cada pretensión acumulada.

La LECiv establece ahora expresamente una norma general sobre esto en el artículo 53: «1. Cuando se ejerciten conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas será Juez competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente. 2. Cuando hubiere varios demandados y, conforme a las reglas establecidas en este artículo y en los anteriores, pudiera corresponder la competencia territorial a los jueces de más de un lugar, la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del demandante».

1) *Procedimiento adecuado para todas las pretensiones acumuladas.*

De lo dispuesto en el artículo 73.1.2ª LECiv se deduce que la acumulación es inadmisibile:

1ª) Si implica que una pretensión hubiera de cambiar el tipo de procedimiento declarativo (juicio ordinario o juicio verbal), que tenga establecido como adecuado por razón de la materia (arts. 249.1 y 250.1 LECiv).

2ª) Si, aun no implicando el cambio de tipo de procedimiento declarativo, hay norma que prohíbe, en atención a la materia, la acumulación.

3ª) Si implica que una pretensión hubiera de cambiar su tramitación procedimental de la regida por las normas generales (art. 248 LECiv) a alguno de los procedimientos especiales regulados en el Libro IV de la LECiv o a la inversa.

Las pretensiones cuyo procedimiento adecuado se determina en atención a la cuantía pueden ser acumuladas, sin obstáculo en cuanto al requisito de adecuación del procedimiento. Si se acumulan, la cuantía que determina el procedimiento declarativo que debe seguirse se calcula de acuerdo con el artículo 252 LECiv.

5) *Relación entre las pretensiones acumuladas.*

A los efectos de este presupuesto hay que distinguir que la acumulación siendo procedente por los demás presupuestos— se realice en juicio ordinario o en juicio verbal.

1ª) *Acumulación en juicio ordinario*

Si se trata de una acumulación exclusivamente objetiva —dos partes, varias pretensiones— la ley no exige conexión entre los elementos objetivos de las pretensiones, sino que considera suficiente que éstas no sean incompati-

bles (art. 71.2 y 3 LECiv). Las pretensiones son incompatibles si los hechos que constituyen la causa de pedir de cada una se niegan recíprocamente, si la satisfacción de una pretensión comprende la de otra haciéndola ineficaz (p. ej., reconocida la propiedad es inútil reconocerle al mismo actor el derecho de usufructo sobre el mismo bien) y si la ley excluye la satisfacción simultánea (p. ej., arts. 1124 y 1486 CC). La incompatibilidad no impide, como es lógico, la acumulación eventual (art. 71.4 LECiv).

Para la acumulación objetivo-subjetiva —varias pretensiones, varias partes legitimadas para cada una de ellas—, además de la ausencia de incompatibilidad, se requiere una conexión entre las pretensiones: nexo por razón del título o causa de pedir, entendiéndose que el último se produce si las pretensiones se fundan en los mismos hechos (art. 72 LECiv).

2') Acumulación en juicio verbal.

En las acumulaciones objetivo-subjetivas se requiere conexión de pretensiones, como hemos visto para el juicio ordinario (art. 438.4 LECiv).

En la acumulación exclusivamente objetiva se requiere que entre las pretensiones acumuladas exista conexión en alguna de las formas previstas en el artículo 438.3 LECiv.

c) Tratamiento procesal

El examen del cumplimiento de los presupuestos de admisión de la acumulación se puede realizar de oficio (art. 73.4 LECiv) y a instancia de parte (arts. 419 y 443.2 LECiv), con la consecuencia, en el caso de no estimarse admisible la acumulación realizada, de ser requerido el actor para que subsane el defecto en un plazo de cinco días; si no lo hace o si mantiene una acumulación inadmisibile, la demanda debe ser archivada.

d') Efectos

1) La acumulación determina o puede determinar alteraciones en la competencia objetiva por la cuantía, en la competencia territorial y en la adecuación del procedimiento por razón de la cuantía, en el sentido que se ha indicado anteriormente.

2) Las pretensiones acumuladas son tratadas en un procedimiento único (art. 71.1 LECiv). Siendo una acumulación inicial, ya el primer acto del procedimiento (la demanda) es único y, a diferencia de la acumulación sucesiva, no es necesario ningún ajuste en el procedimiento para posibilitar la acumulación.

3) Como consecuencia de la unidad del procedimiento también es único el acto de sentencia (art. 71.1 LECiv), pero el requisito de congruencia, que en ésta se debe respetar, supone aquí especialmente, por un lado,

el deber de pronunciamiento separado sobre cada pretensión acumulada (art. 218.3 LECiv), y, por otro, respetar el planteamiento de la acumulación eventual (pronunciarse sobre las diversas pretensiones en el orden fijado por el actor). Además en la sentencia deberán evitarse las contradicciones entre pronunciamientos relativos a pretensiones conexas.

b) Acumulación sobrevenida

Consiste en la interposición de una nueva pretensión procesal introduciéndola en el procedimiento de un proceso ya pendiente.

La interposición de la nueva pretensión puede provenir de alguna de las personas que son partes en el proceso ya pendiente (el actor: ampliación de la demanda; el demandado: reconvencción) o de un tercero respecto a ese proceso (intervención principal).

a) Clases

1) Ampliación de la demanda.

La acumulación de pretensiones proviene en este caso del actor quien, tras haber iniciado el procedimiento con una demanda (conteniendo una o varias pretensiones), la amplía, interponiendo nuevas pretensiones para su tratamiento en el mismo procedimiento.

Presupuesto específico de admisibilidad de esta acumulación es el de que no haya sido aún contestada la demanda inicial (art. 401 LECiv). Contestada la demanda o precluido el plazo para hacerlo, la acumulación es inadmisibile y las pretensiones nuevas habrán de interponerse en otro procedimiento.

Por lo demás los presupuestos de admisibilidad de la acumulación inicial rigen también aquí, aunque con dos diferencias:

1') Dado que el artículo 401 LECiv sólo permite conceder un nuevo plazo para contestar, y no otras modificaciones en el procedimiento iniciado, la acumulación sólo será admisible si no implica modificación en la competencia objetiva por la cuantía, ni el procedimiento adecuado por la cuantía.

2') En el juicio verbal no es admisible, porque la ley no la considera específicamente, y, sobre todo, porque no prevé un traslado de la ampliación de la demanda, con nuevo señalamiento para juicio.

Los efectos de esta acumulación coinciden con los de la inicial, con la diferencia que acabamos de indicar, y además produce como efecto específico (y necesario para salvaguardar el derecho de defensa del demandado respecto a la nueva pretensión) el de abrir nuevamente el plazo de contesta-

ción a la demanda desde que se confiere traslado de la ampliación (art. 49.1 LECiv).

2) Reconvencción.

La acumulación procede del demandado en el procedimiento ya iniciado, quien se convierte en actor, interponiendo pretensión frente al actor inicial, para que sea tratada y resuelta en el mismo procedimiento.

El régimen jurídico de la reconvencción se estudia en el Capítulo 12.

3) Intervención principal.

La acumulación proviene, en este supuesto, de un tercero respecto al proceso ya iniciado entre determinado actor y demandado. El tercero interpone unas pretensiones frente a éstos, relacionadas con la pretensión inicial en el sentido de ser incompatibles con ella.

Por ejemplo: pendiente un proceso en el que A ha interpuesto una pretensión reivindicatoria frente a B sobre la finca X, interviene C afirmando que la finca X es de su propiedad e interponiendo frente a A una declarativa de dominio y frente a B una reivindicatoria.

Las pretensiones resultantes de la intervención principal deben ser tratadas en el mismo procedimiento inicialmente incoado, lo que exige que la ley regule el modo en que debe producirse el necesario ajuste procedimental. La LECiv no regula tal cosa, de ahí que pueda afirmarse que en nuestro ordenamiento la intervención principal no es admisible.

Hay que advertir que la finalidad práctica de la intervención principal puede lograrse por la vía de la acumulación de procesos: en nuestro ejemplo, C puede iniciar procesos separados frente a A y B y luego pedir la acumulación de éstos y del proceso primeramente pendiente entre A y B.

C) ACUMULACIÓN DE PROCESOS

a) Concepto

Consiste en la tramitación en un procedimiento único de dos o más procesos hasta ese momento pendientes con tramitaciones procedimentales separadas.

Junto a la acumulación de procesos declarativos, la LECiv se refiere a otras acumulaciones que responden a finalidades diferentes a la primera y, por ello, se someten a otro régimen jurídico:

1) Acumulación a proceso concursal, que se rige por lo dispuesto en la Ley Concursal (art. 98.1 LECiv). El objetivo de esta acumulación no es reunir varios procesos en un solo procedimiento para evitar contradicción

entre las sentencias. Aquí se trata de someter las actuaciones procesales tanto declarativas (arts. 50.1 y 51.1 LCo), como ejecutivas (arts. 55, 56 y 57 LCo) para hacer valer derechos de trascendencia patrimonial contra el concursado, al tratamiento propio del proceso concursal, para que aquellos derechos sean judicialmente declarados en este proceso (arts. 51.1, inciso segundo y 192 LCo, aunque hay excepciones, como puede verse en los arts. 51.1, inciso primero y 86.1 LCo) y satisfechos ejecutivamente dentro del mismo (arts. 154 y siguientes LCo).

2) Algo similar ocurre con la acumulación a juicios hereditarios (art. 88.1.2ª LECiv), pero, en este caso, la LECiv no deja claramente establecidas las normas de especial aplicación.

b) Presupuestos de admisibilidad de la acumulación

1) Instancia de parte.

Para que se pueda ordenar la acumulación es necesaria solicitud de alguno de los que sean parte en alguno de los procesos que se trate de acumular (art. 75 LECiv). Este artículo deja abierta la duda sobre si basta con tener la condición de parte (que, p. ej., respecto al demandado se adquiere por el mero hecho de haberse presentado una demanda frente a él), o si es necesario haberse personado en el proceso y que la personación haya sido admitida. No obstante, si el demandado no se persona en el proceso que quiere que sea acumulado a otro pendiente, y se limita a pedir, en las actuaciones del último, la acumulación, como esta solicitud no suspende los procedimientos, podrá ser declarado en rebeldía.

Solicitada acumulación, no son admisibles otras solicitudes de acumulación de la misma parte, referidas a procesos posteriormente iniciados por ella (art. 97 LECiv).

2) Competencia de los tribunales que conocen de los procesos a acumular.

La acumulación ha de ser solicitada del tribunal que conoce del proceso más antiguo (art. 79 LECiv).

Según el artículo 77.2 LECiv «cuando los procesos estuvieren pendientes ante distintos tribunales, no cabrá su acumulación si el tribunal del proceso más antiguo careciere de competencia objetiva por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer del proceso o procesos que se quieran acumular». La razón de ser de esta norma es que deberá ser ese tribunal el que conozca de los procesos acumulados, de modo que precisa tener competencia para ello.

Según el apartado 3 de ese mismo artículo «tampoco procederá la acumulación cuando la competencia territorial del tribunal que conozca del proceso más moderno tenga en la Ley carácter inderogable para las partes». La razón es la misma que en el supuesto anterior, sólo que a causa del carácter imperativo de algunas normas de competencia territorial.

3) Igualdad de los procedimientos adecuados a cada uno de los procesos acumulados o equivalencia concreta de garantías procesales en caso de unificación procedimental.

Según el artículo 77.1 LECiv «sólo procederá la acumulación de procesos declarativos que se sustancien por los mismos trámites o cuya tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales».

De lo que se deduce que:

1') Es admisible la acumulación de juicios ordinarios entre sí y de juicios verbales entre sí, dado que son procesos declarativos que se sustancian por los mismos trámites (art. 248 LECiv).

2') No es admisible la acumulación de procesos especiales, ni entre sí ni con los declarativos.

3') La acumulación entre sí de diferentes procesos declarativos (por ejemplo: de un verbal y un ordinario), podría decirse que siempre es admisible si ha de ser posteriormente seguido el juicio ordinario, porque su tramitación establece mayores posibilidades procesales para las partes. Pero la aplicación del requisito que establece la ley no ha de limitarse al supuesto apuntado, sino que impone una determinación en concreto de las posibilidades procesales disponibles desde el momento de la acumulación.

4) Estado de los procedimientos.

En cuanto a este presupuesto la acumulación de los procesos requiere, en primer lugar y como es lógico, que se haya iniciado la litispendencia de todos los procesos que se trata de acumular (sobre el momento inicial de la litispendencia véase el Cap. 11).

Por lo demás es necesario que los procesos que se trate de acumular estén todos ellos en primera instancia (no cabe acumulación de los que están en segunda instancia u otro recurso contra la sentencia final, aunque todos estén en la misma etapa de recurso), ni de los que ya haya concluido el acto del juicio y estén sólo pendientes de sentencia (art. 77.4 LECiv, la remisión hay que entenderla hecha también al art. 447.1 LECiv).

b) Causas de acumulación.

Para que sea admisible la acumulación de procesos es necesario que concurren causa legal para la misma. Las causas de acumulación pueden clasificarse en dos grupos:

1') Prejudicialidad de un proceso respecto de otro (art. 76.1ª LECiv): consistirá si, atendidos los sujetos y objetos de los procesos que se trata de acumular, la sentencia de uno de ellos produjera cosa juzgada en el otro, no en su función negativa o excluyente, sino en su función positiva o prejudicial.

Por ejemplo: el objeto de un proceso es una pretensión declarativa de la nulidad de un contrato; objeto del otro proceso, entre las mismas partes, es una pretensión de condena al cumplimiento de las obligaciones derivadas de ese mismo contrato; el primer proceso es prejudicial respecto al segundo y podrían acumularse por esta causa.

2') Conexión simple entre las pretensiones de los procesos a acumular (art. 76.2ª LECiv): «Cuando entre los objetos de los procesos cuya acumulación se pide exista tal conexión que, de seguirse por separado, pudieren dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes».

Por ejemplo: los diversos legitimados para interponer pretensión de condena a indemnización por los daños causados por la caída de un muro ruinoso, interponen sus pretensiones en diferentes procesos, con riesgo de que la causa de los daños y la culpa del responsable sean apreciados de modo diferente en cada proceso.

3) Este otro: el propietario de productos en depósito en determinado establecimiento, que han sido dañados por una fuga de agua, demanda al propietario del establecimiento. Éste, a su vez, demanda a la empresa constructora, a una compañía aseguradora y al vecino de la planta superior. La empresa constructora demanda a la empresa con la que subcontrató la instalación de fontanería.

Aunque las anteriores causas concurren, la acumulación no será admitida.

1') Si puede ser excluida, mediante la defensa procesal de litispendencia, la tramitación del proceso que se trata de acumular (art. 78.1 LECiv). Esto ocurrirá cuando su objeto y partes coincidan o estén comprendidos en los del otro proceso pendiente, y, dado el estado de tramitación de éste, aún sea admisible proponer esta defensa procesal.

2') Si la acumulación es utilizada para burlar los efectos de la preclusión de la aportación, en la demanda del primer proceso, de todos los fundamentos de hecho y de derecho disponibles para obtener la tutela pedida (art. 78.2 y en relación con el art. 400 LECiv).

c) Procedimiento

La solicitud de acumulación no suspende los procedimientos de los procesos que se trate de acumular, pero sí el plazo para dictar sentencia cualquiera de ellos.

Por lo demás, hay que distinguir dos supuestos:

1) Que los procesos a acumular pendan ante el mismo órgano jurisdiccional (arts. 81-85 LECiv). El auto que decida sobre la acumulación es recurrible en reposición.

2) Que los procesos a acumular pendan ante órganos jurisdiccionales distintos (arts. 86-97 LECiv). Las discrepancias entre éstos acerca de la procedencia de la acumulación o del procedimiento en el que ha de producirse ésta, serán resueltas por el superior en grado inmediato común de los tendientes.

d) Efectos

1) Salvo que los procesos acumulados estuvieran pendientes ante el mismo órgano jurisdiccional, la atribución del conocimiento de los acumulados al que conociera del más antiguo (art. 79 LECiv) supone, según la designación de los órganos sea la misma o diferente, una modificación del tipo o de la competencia territorial, respectivamente.

2) Firme la resolución de acumulación y para posibilitar el efecto de tramitación en procedimiento único, «si los procesos acumulados no estuvieran en la misma fase dentro de la primera instancia, se ordenará la suspensión del que estuviera más avanzado, hasta que los otros se hallen en el mismo o similar estado» (arts. 84.2 y 92.2 LECiv).

3) A partir del momento en que puedan tener tramitación común, los diversos procesos se tramitarán en un solo procedimiento y serán resueltos por una sola sentencia (arts. 74 y 84.1 LECiv), con la preceptiva suspensión de pronunciamientos.

Título IV

La demanda, la contestación y otras alegaciones

Capítulo 11¹

MANUEL ORTELLS RAMOS
RAFAEL BELLIDO PENADÉS

SUMARIO.—I. LA PREPARACIÓN DEL PROCESO CIVIL: LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES.—A) Introducción.—B) Supuestos de diligencias preliminares.—C) Competencia.—D) Procedimiento.—II. LA DEMANDA: CONCEPTO Y CLASES.—A) Concepto.—B) Clases.—REQUISITOS DE LA DEMANDA SEGÚN SU CLASE.—A) Requisitos generales del acto de demanda.—B) Requisitos de la demanda del juicio ordinario.—C) Requisitos de la demanda del juicio verbal.—D) Requisitos especiales de demandas de juicio verbal sobre determinadas pretensiones.—CARGA DE ACOMPAÑAMIENTO A LA DEMANDA DE DOCUMENTOS, DICTÁMENES Y OTROS MEDIOS E INSTRUMENTOS.—A) Documentación sobre cuestiones procesales de carácter general.—B) Documentos y otros instrumentos relativos al fondo del asunto.—C) Documentos requeridos para determinados supuestos de tutela judicial.—LA RESOLUCIÓN SOBRE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA.—A) Regla general sobre admisión de la demanda y diversas clases de excepciones a la misma.—B) Supuestos de inadmisión de la demanda.—C) Suspensión del trámite de la demanda.—LOS EFECTOS PROCESALES DE LA DEMANDA: LA LITISPENDENCIA.—A) Límites temporales.—B) Los efectos de la litispendencia.—EFECTOS JURÍDICO-MATERIALES DE LA DEMANDA.

LA PREPARACIÓN DEL PROCESO CIVIL: LAS DILIGENCIAS PRELIMINARES

A) INTRODUCCIÓN

El proceso penal tiene una fase previa, denominada por la doctrina procedimiento preliminar, una de cuyas funciones consiste en la realización de diligencias de investigación para averiguar los datos que son precisos para formular una acusación fundada: comprobación de la comisión de un hecho delictivo y averiguación de las personas responsables.

Esa fase previa se regula por la ley y tiene carácter oficial, en el sentido de que la dirección de la investigación se atribuye a un órgano público, normalmente al Juez de Instrucción, sin perjuicio de la posible intervención de las partes.

¹ Este Capítulo ha sido redactado por Manuel ORTELLS RAMOS, salvo el apartado relativo a las diligencias preliminares cuyo autor es Rafael BELLIDO PENADÉS.

Por el contrario, en el proceso civil, de ordinario las actividades de preparación no se regulan por la ley y no tienen carácter oficial, en el sentido de que la investigación de datos previa al inicio del proceso, con el fin de presentar en él una demanda admisible y bien fundada, se realiza privadamente por la parte y su abogado.

No obstante, excepcionalmente, las partes pueden precisar que intervenga un juez para poder obtener la información necesaria para presentar en el proceso civil una demanda admisible y fundada, a cuyo fin la ley regula las diligencias preliminares. Estas son unas actividades previas al proceso judicial que el futuro demandante solicita la intervención de un órgano jurisdiccional, con el fin de obtener la información que necesita para preparar el posterior proceso que se pretende iniciar.

Con todo, y aunque la ley no se pronuncie con claridad, no parece que resulte procedente acordar diligencias preliminares para obtener una información que, siendo necesaria para preparar el proceso posterior, puede obtenerla el justiciable por otros medios sin necesidad de intervención judicial (DÍEZ-PICAZO), como parece deducirse del artículo 258 al supeditar la adopción de la diligencia preliminar a la concurrencia de justa causa e interés legítimo (DAMIAN). Piénsese que este entendimiento es plenamente coherente con el régimen legal establecido en el artículo 265 sobre la carga de aportación de documentos, medios e instrumentos relativos al fondo.

Así, el artículo 265.2 LECiv establece que sólo cuando las partes no puedan disponer de dichos documentos, medios e instrumentos podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro o expediente del que se pretende obtener una certificación (párr. 1); mientras que si dichos documentos, medios e instrumentos se encontrarán en un archivo, protocolo, expediente o registro del que se puedan pedir y obtener copias fehacientes, se entenderá que las partes disponen de ellos y deberán acompañarlos a la demanda o a la contestación, sin que puedan limitarse a efectuar la designación del «lugar» en que se hallan (párr. 2).

Pasando ya a la concreta regulación positiva, cabe constatar que la LECiv establece su régimen jurídico general en los artículos 256 a 262, que será, además, de aplicación supletoria a las diligencias preliminares reguladas en otras leyes especiales (art. 263), como son las diligencias de comprobación de hechos reguladas en los artículos 129 a 132 de la Ley de Patentes, y en el artículo 24 de la Ley de Competencia Desleal.

Nosotros nos ocuparemos tan sólo de ese régimen jurídico general, que ha sido reformado por la Ley 19/2006, de 5 junio, y que puede estructurarse sobre tres cuestiones: supuestos en los que pueden solicitarse diligencias preliminares, competencia y procedimiento.

1. SUPUESTOS DE DILIGENCIAS PRELIMINARES

La LECiv, continuando la tradición anterior, configura un sistema de «numerus clausus» de diligencias preliminares, pues si en los ocho primeros párrafos del artículo 256 se establecen los supuestos concretos en que pueden solicitarse determinadas diligencias, ciertamente indeterminadas en el texto del número 6º, la cláusula de cierre del sistema contenida en su número 7º es una cláusula cerrada, en la medida en que se remite a aquellas otras diligencias que se regulen en las leyes especiales. En definitiva, para preparar un proceso posterior tan sólo podrán solicitarse las diligencias reguladas en el artículo 256 de la LECiv o en otras leyes especiales, resultando siempre necesaria la previsión legal.

Veamos, pues, las diligencias que, con carácter general, pueden pedirse al amparo del artículo 256, dejando al margen las que pueden adoptarse en virtud de lo establecido por leyes especiales. Conforme al primer apartado del artículo 256, «todo juicio podrá prepararse»:

1º) «Por petición de que la persona a quien se dirigirá la demanda *declara, bajo juramento o promesa de decir verdad, sobre algún hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación*, cuyo conocimiento sea necesario para el pleito, o *exhiba los documentos* en los que conste dicha capacidad, representación o legitimación».

Como ya sucedía en la ley anterior, esta diligencia puede ser útil en los supuestos de sucesión en la relación jurídica material —sucesión «mortis causa» o «inter vivos», fusión y absorción de sociedades— (FERNÁNDEZ), o en aquellos en los que pretende acreditarse la identidad de las distintas personas responsables de un ilícito extrajudicial (AAP Navarra 20 mayo 1999 [AC 1999, 840]).

No se establece, sin embargo, en qué forma debe realizarse la declaración; entendiéndose que, como sucedía en la ley anterior, la declaración deberá prestarse en la forma que establece la ley para el interrogatorio de la parte en los artículos 301 y ss. (MONTORO, DAMIAN).

2º) «Mediante solicitud de que la persona a la que se pretende demandar *exhiba la cosa* que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio».

Aunque la nueva ley no lo establezca expresamente, esta diligencia parece pensada para la exhibición de cosas muebles, como ya sucedía en la ley anterior (MONTORO). Sin embargo, si la antigua ley parecía excluir esta diligencia cuando en el posterior proceso fuera a solicitarse la entrega de una cosa mueble como consecuencia de una acción personal (FERNÁNDEZ), en la nueva ley esta diligencia de exhibición también resulta procedente en este caso (DÍEZ-PICAZO).

3º) «Por petición del que se considere heredero, coheredero o legatario, de *exhibición*, por quien lo tenga en su poder, *del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado*».

Esta diligencia presenta escasa utilidad en la práctica, pues normalmente quien sea heredero, coheredero o legatario podrá acceder a las disposiciones testamentarias por otros medios, concretamente a través del protocolo o archivo notarial, y del Registro General de Actos de Última Voluntad (ÁLVAREZ, DAMIÁN). No obstante, esta diligencia de exhibición puede mantener su virtualidad en el caso de que el causante hubiese otorgado testamento ológrafo (ÁLVAREZ), el cual puede ser válidamente otorgado sin intervención notarial, sin perjuicio de la necesaria protocolización posterior dentro de los cinco años siguientes al fallecimiento del causante (arts. 688 y 689 CC).

4ª) «Por petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigida a éstas o al consocio o condueño que los tenga en su poder».

Esta diligencia preliminar es la más utilizada en la práctica para hacer efectivo el derecho a la información del socio reconocido en diversas leyes sustantivas ante la negativa de los órganos sociales. La regulación actual es muy similar a la de su precedente en la LECiv/1881, la contenida en el art. 497.5, y de la cual la jurisprudencia menor ha efectuado una interpretación extensiva preconizada en la doctrina (ÁLVAREZ), en el sentido de reconocer que la solicitud de exhibición de libros y documentos pueda realizarse no sólo por integrantes (socios y comuneros) de una sociedad o comunidad, sino también por miembros de asociaciones de carácter cultural o de recreo, o de federaciones deportivas (SAP Teruel 16 julio 1999 [AC 1999, 1231] y AAP Vizcaya 3 febrero 1999 [AC 1999, 286]).

5ª) «Por petición del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder».

Se trata de una nueva diligencia preliminar que tiene por objeto facilitar el conocimiento de la identidad de los eventuales diversos legitimados pasivos (causante del hecho, entidad aseguradora) cuando el hecho ilícito dañoso deba o pueda estar cubierto por un seguro de responsabilidad civil.

5ª bis) «Por la petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la Ley».

La configuración de esta diligencia en la LECiv es muy abierta, limitándose a determinar el sujeto pasivo, que será el centro sanitario o profesional que custodie la historia clínica, y remitiéndose a las condiciones y contenido que determine la legislación especial. Ese régimen de acceso a la historia clínica viene constituido por la Ley 14/1986, General de Sanidad, por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y, especialmente, por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

6ª) Por petición, de quien pretenda demandar en defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, de medidas dirigidas a averiguar

los integrantes del grupo de afectados, si son fácilmente determinables; adoptando el juez las medidas oportunas al efecto, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluido el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación.

7ª) Mediante la solicitud, formulada por quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de diligencias de obtención de datos sobre el origen y redes de distribución de las mercancías o servicios que infringen un derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial, tales como el interrogatorio de personas que guarden algún tipo de relación con la vulneración del derecho incluido por la normativa sobre propiedad industrial o intelectual, y la exhibición de los documentos que acrediten los datos sobre los que versa el interrogatorio.

8ª) Por petición, de quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual cometida mediante actos desarrollados a escala comercial, de la exhibición de los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, producidos en un determinado tiempo y que se presuman en poder de quien sería demandado como responsable; debiendo acompañarse a la solicitud un principio de prueba de la realidad de la infracción.

9ª) Finalmente, su número 9ª se remite a las diligencias reguladas en las leyes especiales, regulación especial que se contiene, por ejemplo, en los artículos 129 a 132 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes y en el artículo 24 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. En la primera ley se efectúa una regulación más detallada, pero también más restrictiva, en la que se contempla como diligencia preliminar la inspección y descripción de las máquinas, dispositivos, procedimientos o instalaciones mediante cuya utilización se lleve a cabo presumiblemente la violación de una patente (art. 130.3 LP).

Por el contrario, en la segunda se efectúa una regulación de carácter abierto, en la que, sin mencionar diligencia concreta alguna, se autoriza adoptar todas aquellas diligencias sin las cuales no se podría obtener la información necesaria para preparar el juicio, aun cuando supongan acceder al ámbito interno de la empresa presuntamente infractora de la normativa sobre competencia desleal. Entre esas diligencias cabría mencionar, entre otras, el examen y descripción de productos, envases, etiquetas o cualesquiera objetos a través de los cuales se haya podido cometer un acto de competencia desleal.

C) COMPETENCIA

En el régimen de la LECiv se altera la implícita regla tradicional, la cual, la competencia para conocer de la solicitud de diligencias previas se atribuía al juzgado competente para conocer del posterior juicio que, mediante las diligencias preliminares, se intenta preparar.

Sin embargo, el artículo 257.1 de la LECiv tan sólo establece con carácter excepcional para el caso de los números 6º, 7º, 8º apartado primero del artículo 256. Pero, con carácter general, se atribuye la competencia al Juez de Primera Instancia del domicilio de la parte en su caso, hubiere de declarar, exhibir o intervenir de otro modo actuaciones que se acordaren para preparar el juicio.

Por lo que respecta al tratamiento procesal de la competencia y territorial para acordar diligencias preliminares, se establece el juez de examinar de oficio su propia competencia, prohibiéndose, a las partes su discusión mediante el planteamiento de declin

Si el Juez entiende que es competente, resolverá sobre las diligencias solicitadas. Por el contrario, si considera que no es competente, deberá darse de conocer e indicar al solicitante el Juzgado que se considera competente, el cual conocerá de las diligencias, salvo que tampoco se considere competente, en cuyo caso éste deberá inhibirse, dando lugar a un dictamen negativo de competencia que se decidirá por el tribunal superior inmediato (arts. 257.2 y 60 LECiv).

DI PROCEDIMIENTO

a) Solicitud

El procedimiento comienza con la presentación ante el Juegador del escrito de solicitud del futuro demandante.

No se precisa en la LECiv si en este procedimiento es preceptiva la intervención de abogado y procurador, en cuyo caso deberán firmar este escrito. En las generales rectoras de la postulación procesal se excepciona la intervención de los profesionales para solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio (arts. 31.2.1ª y 31.2.2ª LECiv). Por lo que, siendo en todo caso previas al inicio del proceso, será preceptiva la firma de abogado y procurador en el escrito de solicitud, salvo que en el caso singular concurren razones de urgencia. Además de que, como elemento elemental criterio hermenéutico, tampoco parece que sea necesaria la intervención de aquellos profesionales en el procedimiento preliminar cuando no lo es en el proceso principal que se persigue preparar.

En el escrito de solicitud se deberán expresar las diligencias que se pidan (así parece deducirse, por ejemplo, de la referencia legal)

la diligencia «que haya sido solicitada y acordada», o del examen de la documentación mencionado en el art. 258.1) y la fundamentación, es la diligencia para preparar el posterior juicio y la valoración de la causa e interés legítimo (arts. 256.2 y 258.1 LECiv); el mismo ofrece caución para responder de los gastos, y de los perjuicios que se les pudieren irrogar a las personas intervinientes (art. 256.3 LECiv).

El juez deberá resolver mediante auto dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la solicitud. Si el juez estimare que las diligencias están justificadas, las denegará mediante auto, que resulta recurrible en apelación.

El contrario, si los considera justificadas dictará auto mediante el cual, en su práctica, fijará la caución —la cual debe prestarse en el plazo de diez días—, y citará y requerirá a los interesados que, en la sede del juzgado o en el lugar y del modo que se determine, y dentro de los diez días siguientes, lleven a cabo la diligencia (arts. 258 y 259.1 LECiv).

de la persona requerida

El requerimiento judicial de práctica de las diligencias solicitadas, si la impedida puede adoptar tres posturas:

Aplicación a la práctica de las diligencias

La oposición requerida puede oponerse a la práctica de diligencias preliminares (art. 260.1 LECiv), dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se practique, en cuyo caso se citará a las partes para una vista, que se celebrará en la forma establecida para los juicios verbales (art. 260.1 LECiv), y el juez resolverá mediante auto (art. 260.2 LECiv).

Después de la celebración de la comparecencia, el juez considera justificada la condena, la acordará así mediante auto, contra el que cabe recurso de apelación (art. 360.4 LECiv), cuya falta de interposición o desestimación supone la terminación del procedimiento sin que se practiquen las diligen-

En caso contrario, tras la celebración de la comparecencia, el juez de lo civil, si se ha justificado la oposición, condenará al requerido al pago de las costas por el incidente mediante auto irrecurrible (art. 260.3 LEJ) y adoptará las medidas procedentes en caso de negativa.

b) *Negarse a realizar las diligencias*

En este punto es donde la nueva regulación resulta más acertada. La regulación anterior se consideraba deficiente por la doctrina porque, frente a la negativa del demandado, no se establecían los medios necesarios para realizar la ejecución en forma específica del requerimiento judicial mediante el que se ordenaba la práctica de la diligencia preliminar solicitada. Esta carencia se suple, sin embargo, en la regulación efectuada en la nueva LECiv, en la que se autoriza al juez para que adopte las medidas necesarias para obtener coactivamente la información solicitada, y para que ésta pueda utilizarse o surtir eficacia en el proceso posterior.

No obstante, debe ponerse de manifiesto que el objetivo de eficacia puede estar en colisión con derechos fundamentales de la persona requerida, en particular, con el derecho a la inviolabilidad de domicilio, cuando el órgano jurisdiccional acuerda la entrada y registro ante la negativa de la persona requerida a llevar a cabo las diligencias. Ante esta situación, algunos autores han puesto en tela de juicio la constitucionalidad de la regulación efectuada en la nueva ley (LORCA), conviniendo acordar que en el Informe al Anteproyecto de la LECiv elaborado por el CGPJ se alude desde una perspectiva constitucional, a la «necesidad de un expreso razonamiento y de un juicio de proporcionalidad sobre la necesidad de la medida».

Esta observación adquiere pleno sentido a la luz de la jurisprudencia constitucional en la que se ha puesto de manifiesto que «las garantías esenciales de la inviolabilidad del derecho a la inviolabilidad del domicilio (...) consisten en el carácter judicial del órgano autorizante de la entrada y registro y en la realización por parte de dicho órgano de una ponderación previa de los derechos e intereses en juego», de modo que «la resolución judicial, pues, aparece como el método para decidir en casos de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 CE u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos»; motivación que es la «única vía de constatación de la ponderación judicial que constituye la esencial garantía de esta excepción a la inviolabilidad domiciliar» (STC 126/1995, de 25 de julio [RTC 1995, 126], F. 3). No debe sorprender, en consecuencia, que recientemente haya sido admitida a trámite la cuestión de inconstitucionalidad núm. 5099/2002, en relación con el art. 261.2 de la LECiv (BOE núm. 83 de 7 de abril de 2006), así como que la Ley 19/2006 sustituya la clase de resolución judicial mediante la que deben acordarse medidas coercitivas en caso de negativa del sujeto pasivo, exigiendo auto en vez de providencia.

Así, según el artículo 261 LECiv, si la persona citada y requerida no atiende el requerimiento o no formula oposición, el juez acordará, mediante auto, diversas medidas:

1ª) Si se hubiere pedido *declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación del citado*, se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior (art. 261.1ª LECiv).

2ª) Si se hubiera pedido la *exhibición de documentos contables*, se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante (art. 261.4ª LECiv).

3ª) Si se hubiese solicitado la *exhibición de títulos, de documentos no contables o de una cosa*, y el juez considera que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, y, si se encuentran, su ocupación y puesta a disposición del solicitante, en la sede del Juzgado.

Así mismo, si se tratare de una cosa, el solicitante podrá pedir, una vez presentada, su depósito o la medida de garantía más adecuada para su conservación (art. 261.2ª y 3ª LECiv). No obstante, pese a la ubicación sistemática de esta medida, ésta no constituye una verdadera diligencia preliminar, sino que presenta naturaleza de medida cautelar, razón por la cual su adopción requerirá que concurren los presupuestos establecidos en la LECiv para decretar esta clase de medidas.

4ª) Finalmente, cuando, quien pretenda iniciar un proceso para defender los intereses colectivos de consumidores y usuarios, solicite la *adopción de las medidas necesarias* —incluido el requerimiento al demandado— para *averiguar los integrantes del grupo de afectados*, ante la negativa de éste o de cualquier persona que pudiese colaborar en la determinación de los integrantes del grupo, el juez ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos o datos necesarios, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiese incurrir por desobediencia a la autoridad judicial (art. 261.5ª LECiv). Iguales medidas ordenará el Tribunal en los casos de los números 5 bis, 7ª y 8ª del apartado 1 del artículo 256, ante la negativa del requerido a la exhibición de documentos.

c) *Realizar la diligencia solicitada*

Frente a la citación y requerimiento judicial, la persona requerida también puede practicar voluntariamente la diligencia preliminar ordenada. En este caso, el solicitante, como debiera suceder en el caso anterior, podrá intervenir en su práctica asesorado por un experto en la materia, que actuará siempre a costa de aquél (art. 259.2ª LECiv). Así mismo, en el caso de las diligencias contempladas en los apartados 7ª y 8ª, para garantizar la confidencialidad de la información se contempla la posibilidad de que el interrogatorio se celebre a puerta cerrada, y de que se atribuya carácter reservado a las declaraciones (art. 259.3 y 4 LECiv).

En este supuesto el solicitante obtendrá voluntariamente de la persona requerida la exhibición de los documentos, títulos o cosas cuya presentación

se ha solicitado, obteniéndose de este modo la información necesaria para preparar el juicio posterior.

d) Destino de la caución y presentación de la demanda

Finalmente, el juez debe resolver sobre la aplicación de la caución, tanto cuando se hayan practicado las diligencias solicitadas, como cuando se han denegado su práctica por considerarse justificada la oposición de la persona requerida. El juez resolverá sobre el destino de la caución en el plazo de cinco días, a contar desde su práctica o desde el auto denegatorio, mediante auto apelable sin efecto suspensivo, previa petición de indemnización y de la justificación de gastos de la persona requerida, y después de oír al solicitante (art. 262.1 LECiv).

Una vez aplicada la caución, con el fin de satisfacer los gastos y la indemnización de daños y perjuicios que la práctica de las diligencias haya irrogado a la persona requerida, el sobrante no se devolverá al solicitante hasta que transcurra el plazo de un mes desde la terminación de las diligencias, pero lo perderá si no presenta demanda en dicho plazo, sin que exista justificación suficiente a juicio del juez (arts. 262.2 y 256.3 LECiv).

LA DEMANDA. CONCEPTO Y CLASES

La demanda es un acto procesal de la parte actora que da lugar, si es admitido, a la iniciación del proceso de declaración.

A) CONCEPTO

En la doctrina española se han sostenido dos conceptos de demanda que, aunque coinciden en los elementos del intento de definición antes apuntado, se diferencian en un importante matiz.

Para unos autores (GUASP), la demanda es la petición de parte que inicia el proceso y que puede o no contener la proposición del objeto del mismo (la pretensión procesal). Este acto significaría, además, la manifestación más pura del ejercicio del derecho de acción como derecho al proceso (FAIREN). Se fundan estos autores en la consideración de diversos supuestos de actos de iniciación del proceso de declaración previstos en el ordenamiento, que no contienen la formulación del objeto del proceso, el cual será concretado después en diferentes momentos, y que, no obstante ello, tienen el efecto jurídico de iniciar ese proceso. El ejemplo más próximo al proceso civil es el escrito de interposición del llamado recurso contencioso-administrativo, que inicia el proceso de declaración administrativo, a pesar de que la pretensión

se formulará en la demanda, que, en el régimen de ese proceso, no es el primer acto de parte.

Para otros autores (GÓMEZ ORBANEJA) la demanda es el acto que contiene la petición del demandante de que se le otorgue determinada tutela jurisdiccional mediante sentencia. Esa petición tiene como efecto que se inicie el proceso, pero no porque el demandante lo pida, sino porque para resolver sobre la petición de tutela formulada por el actor no hay otra vía más que la de realizar el proceso.

El concepto más ajustado a la ordenación del proceso civil que hace la LECiv es el segundo. No hay ningún tipo de acto de iniciación del proceso de declaración que se limite a ser un acto de petición de iniciación del mismo. Aun contando con la diferencia entre las dos clases de demanda previstas por la LECiv, no hay ninguna clase de demanda que consista sólo en pedir la iniciación del proceso frente a otra persona como demandado, sin proponer sobre qué ha de versar, de qué ha de tratar el proceso.

B) CLASES

Lo que sí se deduce de la LECiv es la existencia de dos clases de demanda, distinguidas en función de las cargas de proposición de la pretensión procesal y de la alegación de los hechos relevantes para un pronunciamiento estimatorio sobre ella.

a) Demanda completa

Es un acto de iniciación del proceso de declaración en el que el actor tiene la carga de proponer de modo completo la pretensión procesal y también la carga de formular todas las alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos que pueden fundar la estimación de aquella pretensión.

Hay excepciones a esta carga, pero, para que el actor pueda beneficiarse de ellas, será necesario que concurran los supuestos específicos a los que la ley vincula tales excepciones.

Corresponde a esta clase de demanda la del juicio ordinario, atendido el contenido de la misma según el artículo 399 LECiv.

b) Demanda sucinta

Es un acto de iniciación del proceso de declaración en el que el actor tiene la carga de proponer la pretensión procesal, pero no la de formular las alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos destinados a propiciar la estimación de esa pretensión.

Corresponde a esta clase de demanda la del juicio verbal (art. 437 LECiv).

Me inclino por una definición tan precisa por dos razones fundamentales:

1) Si el actor no comparece en la vista y el demandado alega un interés legítimo en que se dicte sentencia sobre el fondo, el proceso continuará (art. 442.1 LECiv «a contrario sensu»), lo que revela que, como mínimo, el objeto del proceso ha de haber sido definido en la demanda.

2) Si para que la reconvencción sea admisible en el juicio verbal, ha de ser anunciada por el demandado antes de la vista y con una precisión que permita apreciar si es adecuado el juicio verbal para tramitarla y si hay conexión con las pretensiones de la demanda inicial de éste (art. 438.1 LECiv), el principio de igualdad en cuanto a las posibilidades de contradicción en el proceso, conduce a interpretar que el actor ha de ser igualmente preciso en la demanda inicial, que es la única base con la que el demandado cuenta para preparar su defensa en la vista.

REQUISITOS DE LA DEMANDA SEGÚN SU CLASE

Los requisitos del acto de demanda tienen una cierta complejidad a causa de los diferentes regímenes jurídicos de ese acto, que son aplicables en función del proceso que la demanda inicia (juicio ordinario, juicio verbal), y en algunos casos, también en función de la clase de pretensión procesal que se interpone.

Para el estudio de estos requisitos puede partirse de la siguiente clasificación: requisitos generales —que han de ser cumplidos por toda demanda, cualquiera sea el juicio declarativo que inicie y la clase de pretensión procesal que sea su objeto—, requisitos de la demanda del juicio ordinario, requisitos de la demanda del juicio verbal, y requisitos especiales de las demandas de juicio verbal si tienen por objeto determinadas pretensiones procesales.

A) REQUISITOS GENERALES DEL ACTO DE DEMANDA

a) Jurisdicción y competencia

En la demanda se ha de alegar acerca de la jurisdicción y de la competencia (art. 399.4 LECiv), pero lo determinante para la eficacia del acto es su presentación ante el órgano jurisdiccional que sea competente (en su caso, ante el Decanato de los Juzgados de Primera Instancia del partido) según una correcta aplicación de las normas sobre jurisdicción y competencia oportunamente estudiadas.

b) Identificación del actor, capacidades, representación de procurador y asistencia de abogado. Intervención de terceros provocada por el actor

Es el conjunto de requisitos subjetivos relativos al actor. Sobre ellos se pueden formular alegaciones (art. 399 LECiv), pero lo esencial para la eficacia del acto es el cumplimiento de las normas sobre los mismos.

En la demanda han de constar los datos de identificación del actor y su domicilio (art. 399.1 LECiv), que será tenido, a partir de ese momento, como domicilio del mismo a todos los efectos procesales (art. 155.2 LECiv).

Si el actor es persona física sin capacidad de actuación procesal habrán de identificarse las personas que integran esa falta según los diversos modos previstos. Estas personas actuarán, normalmente, al otorgar poderes de representación procesal; sólo en los casos excepcionales en que la parte puede postular directamente firmarán la demanda en representación del actor o con el (asistencia).

Si el actor es persona jurídica, la condición de titular del órgano de actuación de aquélla habrá sido afirmada y acreditada al otorgar el poder de representación procesal; si ésta no es preceptiva, aquella condición habrá de constar en el acto de demanda. En un caso y en otro la demanda se interpone en nombre de la persona jurídica.

Si se trata de entidades sin personalidad jurídica, pero con capacidad para ser parte dependiente de ciertas circunstancias fácticas (por ejemplo, los supuestos del art. 6.1.7ª y 2 LECiv), estas circunstancias habrán de ser alegadas en la demanda.

Las preceptivas representación por procurador y asistencia de abogado constan en la demanda por la mención del nombre y apellidos de aquéllos (art. 399.2 LECiv) y por su firma del escrito que contiene el acto (art. 28.1 LECiv).

Por otra parte, si el actor entiende que se da uno de los supuestos legales que le autorizan para pedir que un tercero sea llamado al proceso sin calidad de demandado, habrá de hacer valer esa posibilidad, generalmente, en el acto de demanda (art. 13.1 LECiv y Cap. 7).

c) Identificación del demandado y respeto a las situaciones de litisconsorcio necesario

En cuanto a los requisitos subjetivos del demandado, sólo tres son responsabilidad del actor y debe asumirla en la demanda:

1) Suficiente determinación de los sujetos jurídicos frente a los que se formulan las pretensiones, en defecto de la cual habrá lugar al sobreseimiento del proceso, salvo subsanación (art. 424.2 LECiv).

2) Si la tutela judicial pedida no puede ser concedida sino frente a una pluralidad de personas en litisconsorcio necesario, la demanda deberá dirigirse frente a todos ellos.

3) Indicación de los datos de identificación y de domicilio del demandado que estén a disposición del actor (art. 399.1 en relación con el art. 155 LECiv).

d) Formulación de la pretensión procesal

En la demanda del juicio ordinario «se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y se fijará con claridad y precisión lo que se pida» (art. 399.1 LECiv).

Para la demanda del juicio verbal sólo se dispone que «se fijará con claridad y precisión lo que se pida» (art. 437.1 LECiv).

Es evidente que la disposición primeramente citada comprende la exposición de la «causa petendi», porque, en realidad, establece una carga de alegación que va más allá de la exposición de los hechos identificadores de aquélla.

En el juicio verbal la «causa petendi» también ha de ser aducida en la demanda, porque en otro caso no estaría identificado el objeto del proceso a efectos de la determinación de la competencia y de la adecuación del procedimiento, de la litispendencia y de la cosa juzgada. Sólo otras alegaciones no precisan ser formuladas en la demanda y pueden serlo en la vista.

En la formulación de la petición han de ser tenidos en cuenta los arts. 399.5 LECiv (separación de los diversos pronunciamientos que se pidan, orden de los pedidos en acumulación eventual) y 219 (precisión de cantidad de dinero en condenas pecuniarias).

e) Expresión de la cuantía de la demanda e indicación de la clase de juicio a seguir

La realización de indicaciones sobre estos dos extremos en la demanda la imponen los artículos 253 y 254. Su incumplimiento o su incorrecto cumplimiento no impide que el juez adopte de oficio la resolución debida sobre el procedimiento adecuado. Sólo si la demanda omite los datos necesarios para tal determinación y la omisión no se subsana, procederá el archivo de la demanda (art. 254.4, párr. 2º LECiv).

8) REQUISITOS DE LA DEMANDA DEL JUICIO ORDINARIO

a) Cumplimiento de las normas de acumulación inicial de pretensiones

El cumplimiento de esas normas o la subsanación del defecto condicionan la admisión de la demanda (art. 73.4 LECiv).

b) Alegación de los hechos y de los fundamentos jurídicos necesarios para la estimación de la pretensión

En el juicio ordinario el acto de demanda es la oportunidad de asumir la carga de alegación del actor relativa no sólo a los hechos identificadores de la «causa petendi» —cuya alegación también precluye, normalmente, con la demanda (arts. 400 y 401 LECiv) sino también respecto a los hechos simplemente constitutivos, es decir aquellos hechos cuya alegación —y posterior prueba o fijación por otra vía— es necesaria para que la pretensión pueda ser estimada en la sentencia.

Con posterioridad a la demanda sólo se admitirán, como veremos en su momento, modificaciones no esenciales en los hechos alegados o excepciones a la preclusión de esas alegaciones por desconocimiento de los hechos o por novedad de los mismos.

Sobre la alegación de los hechos y de los fundamentos jurídicos relativos al fondo del asunto dispone el artículo 399.3 y 4 LECiv. Cabe destacar el requisito de que «los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar».

c) Forma de la demanda

La forma de la demanda es escrita y ha de sujetarse a las indicaciones que establece sobre ella el artículo 399 LECiv.

9) REQUISITOS DE LA DEMANDA DEL JUICIO VERBAL

a) Cumplimiento de las normas sobre acumulación inicial de pretensiones

Se trata ahora de las normas específicas sobre esta materia en el juicio verbal (art. 438.3 y 4 LECiv), cuyo incumplimiento conduce a la inadmisión, salvo subsanación.

b) Forma de la demanda

También es escrita, pero su estructura es más sencilla, particularmente porque la alegación de los hechos y de los fundamentos jurídicos dirigidos a obtener la estimación de la pretensión —que la demanda sí ha debido identificar— no se hace en ese acto, sino en la vista (art. 443.1 LECiv).

En los juicios verbales en que se reclame una cantidad inferior a novecientos euros (RD 1417/2001, de 17 de diciembre) el demandante podrá formular su demanda cumplimentando unos impresos normalizados que, a tal efecto, se hallarán a su disposición en el juzgado correspondiente (art. 437.2 LECiv). Esos modelos han sido aprobados por Instrucción 1/2002, de 3 de noviembre, del Pleno del CGPJ.

D) REQUISITOS ESPECIALES DE DEMANDAS DE JUICIO VERBAL SOBRE DETERMINADAS PRETENSIONES

La LECiv ha suprimido una larga serie de procedimientos especiales, pero establece normas procesales especiales que deben ser aplicadas sea en el juicio ordinario, sea en el juicio verbal, cuando estos procesos tengan por objeto cierta clase de pretensiones.

Estas normas especiales pueden versar sobre requisitos de la demanda, como específicamente ocurre con los establecidos por el artículo 439 LECiv para demandas de juicio verbal que tengan por objeto determinadas pretensiones.

CARGA DE ACOMPAÑAMIENTO A LA DEMANDA DE DOCUMENTOS, DICTÁMENES Y OTROS MEDIOS E INSTRUMENTOS

Se establece una carga de aportar junto con la demanda determinadas clases de documentos. Estos documentos tienen una diferente naturaleza, las razones de la carga de su aportación con la demanda son distintas y su falta de aportación produce efectos igualmente diferentes.

Con independencia de esas diferencias, que trataremos a continuación, respecto al modo o forma de la aportación del documento, la ley distingue según sea público o privado.

Cuando sean públicos los documentos que hayan de aportarse conforme a lo dispuesto en el artículo 265, podrán presentarse por copia simple o en soporte electrónico, con imagen digitalizada del documento que se adjuntará firmado con firma electrónica reconocida; si se impugna su autenticidad, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios (art. 267 LECiv). Los documentos públicos necesarios para acreditar las cuestiones procesales de los artículos 264 y 266 LECiv han de aportarse por copia fehaciente.

Los documentos privados se presentarán en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos. Si la parte sólo posee copia simple del documento

privado, podrá presentar ésta, que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquélla con éste no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes. El documento o, en su caso, copia del mismo, también podrán ser aportados mediante imagen digital de aquéllos incorporados a anexo firmado electrónicamente. En el caso de que el original del documento privado se encuentre en un expediente, protocolo, archivo o registro público, se presentará copia auténtica o se designará el archivo, protocolo o registro (art. 268 LECiv).

A) DOCUMENTOS SOBRE CUESTIONES PROCESALES DE CARÁCTER GENERAL

Dispone el artículo 264 LECiv que «con la demanda (...) habrán de presentarse: 1º El poder notarial conferido al Procurador siempre que éste intervenga y la representación no se otorgue "apud acta". 2º Los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya. 3º Los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa, a efectos de competencia y procedimiento».

Se trata de documentos que acreditan presupuestos procesales o requisitos de admisibilidad de actos procesales y es fácilmente comprensible que se exijan en este momento, porque la demostración en el momento inicial del proceso ya influye en la admisión del acto de demanda.

La consecuencia de la falta de aportación de esta clase de documentos es la inadmisión del proceso —es decir, que éste no continúe para la emisión de una sentencia de fondo—, de acuerdo con las reglas aplicables al tratamiento del presupuesto o del requisito que el documento hubiera de acreditar.

B) DOCUMENTOS Y OTROS INSTRUMENTOS RELATIVOS AL FONDO DEL ASUNTO

Tienen esta calidad los documentos mencionados en el artículo 265 LECiv.

Específicamente los siguientes:

- 1) Los documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden.
- 2) Los medios de reproducción de la palabra, sonido e imagen, si en ellos se fundaran las pretensiones de tutela formuladas por las partes.
- 3) Las certificaciones y notas sobre cualesquiera asientos registrales o sobre el contenido de libros-registro, actuaciones o expedientes de cualquier clase.

4) Los dictámenes periciales en que las partes apoyen sus pretensiones. En el caso de que alguna de las partes sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita no tendrá que aportar el dictamen con la demanda, sino simplemente anunciarlo.

5) Los informes, elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados, sobre hechos relevantes en que aquéllas apoyen sus pretensiones. Sobre estos hechos, si no fueren reconocidos como ciertos, se practicará prueba testifical.

Puede considerarse anómalo que se establezca la carga de aportar con la demanda estos documentos e instrumentos, dado que, siendo su finalidad probar los hechos relevantes para la estimación de la pretensión, la etapa procesal normal para su aportación debería ser la de proposición y práctica de la prueba. Ya la antigua LECiv establecía la carga de la aportación con la demanda de la prueba documental. Eso obedecía a la razón de poner, de entrada, en conocimiento del demandado el medio de prueba de mayor utilidad de los que el actor dispone, para que el demandado valore si le conviene oponerse o, por el contrario, allanarse o transigir, y, en el primer caso, para que empiece a preparar su prueba. La LECiv ha extendido este criterio del desvelamiento inicial de ciertos medios de prueba a otros distintos a la documental, como son la pericial y la testifical a través de declaraciones de investigadores privados.

La norma afecta a todos los medios de prueba de las características establecidas en el artículo 265 LECiv, salvo que su «interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda» (art. 265.3 LECiv).

La consecuencia de que no se aporten los documentos de esta clase es la preclusión. Es decir, la inadmisión de su aportación en cualquier momento procesal posterior (art. 269 LECiv). Como consecuencia de esto la expectativa de estimación de la pretensión experimenta una minoración correlativa a la utilidad probatoria del documento u otro instrumento excluido.

Esta regla general tiene excepciones.

En unos supuestos las excepciones son muy amplias y poco rígidas. Así, la prueba pericial puede proponerse y practicarse en diversos momentos procesales posteriores (véase Capítulo 15). Respecto de la testifical de profesionales de la investigación privada sólo precluye la aportación del informe escrito, pero subsiste la posibilidad de que declaren como testigos si son propuestos oportunamente.

Si se trata de prueba documental o mediante instrumentos asimilados las excepciones son más rigurosas. Su régimen es el que se expone a continuación.

a) Excepción ordinaria a la preclusión en la primera instancia

Los documentos y otros instrumentos que se aporten hasta el momento de la vista o juicio serán admisibles si se hallan en alguno de los casos siguientes (art. 270.1 LECiv):

1) Ser de fecha posterior a la demanda, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a la misma.

2) Tratarse de documentos, medios o instrumentos anteriores a la demanda, cuando la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia.

3) No haber sido posible obtener con anterioridad los documentos, medios o instrumentos, por causas que no sean imputables a la parte, siempre que haya hecho oportunamente la designación del archivo o registro en que se hallaren o el anuncio de la posterior aportación del dictamen pericial.

Las demás partes podrán alegar en el juicio o en la vista la improcedencia de tomarlo en consideración, por no encontrarse en ninguno de los casos a que se refiere el apartado anterior. El tribunal resolverá en el acto y, si aprehiere ánimo dilatorio o mala fe procesal en la presentación del documento, podrá, además, imponer al responsable una multa de ciento veinte a trescientos euros (art. 270.2 LECiv; RD 1417/2001, de 17 de diciembre).

b) Excepción especial a la preclusión en la primera instancia

Los documentos o instrumentos que se intenten aportar después de la vista o del juicio sólo serán admitidos de acuerdo con el régimen de las diligencias finales (art. 271.1 LECiv y Cap. 14 sobre la admisión de diligencias probatorias finales).

c) Excepción especialísima a la preclusión en la primera instancia

Las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso, se podrán presentar incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia.

Al ser aportadas se dará traslado a las demás partes, para que, en el plazo común de cinco días, puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente, con suspensión del plazo para dictar sentencia. El tribunal resolverá sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia (art. 271.2 LECiv).

d) Excepciones a la preclusión en la segunda instancia

Si se interpone recurso de apelación contra la sentencia final y se abre la segunda instancia, en ésta son admisibles los documentos y otros instru-

mentos que se hallen en casos de excepción a la preclusión según lo dicho antes y que no hubieran podido ser aportados en primera instancia (art. 460.1 LECiv).

C) DOCUMENTOS REQUERIDOS PARA DETERMINADOS SUPUESTOS DE TUTELA JUDICIAL

Los documentos del artículo 266 LECiv y otros que se asimilan a los mismos por la remisión del número 5º del artículo (arts. 439.4, 595.3, 614.1 y 767.1 LECiv) se refieren al fundamento de algunas pretensiones específicas de tutela judicial.

Pero, a pesar de acreditar cuestiones de fondo, la ley dispone que la falta de su aportación tenga como consecuencia la inadmisión de la demanda (art. 269.2 LECiv).

La razón de este tratamiento es la de garantizar —por diferentes causas— una especial probabilidad de fundamento de la tutela pedida. El problema es, sin embargo, que esto se convierta en obstáculo irracional e insuperable para la obtención de tutela judicial.

Por regla general no es así:

1º) En algunos supuestos la inadmisión sólo implica que el actor no puede obtener una tutela más ventajosa, generalmente sumaria (arts. 266.4º, 439.1 y 603 LECiv), pero no que, por carecer del documento, tenga vedada de modo absoluto toda tutela para su derecho. De modo que el documento sólo condiciona una tutela especial, pero no toda tutela.

2º) En otros supuestos el documento puede ser fácilmente obtenido por el actor si han ocurrido los hechos que el documento ha de acreditar, lo cual muchas veces depende de la propia voluntad del actor (art. 266.1º y 3º LECiv).

3º) En el supuesto del artículo 266.2º el acreditamiento documental del título es fácil si el derecho de alimentos se funda en el parentesco y éste consta en el Registro Civil.

En los casos en que el requisito pudiera erigirse en obstáculo absoluto para la tutela judicial (por ejemplo, derecho de alimentos constituido negocialmente, titularidad del derecho que tenga como accesorio un derecho de retracto, demandas de impugnación y reclamación de filiación) la solución consiste en considerar que el requisito se cumple con un simple acreditamiento documental, sin que sea necesario un documento con valor probatorio decisivo.

LA RESOLUCIÓN SOBRE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA

Presentada la demanda —y, en su caso, asignada por aplicación de las reglas de reparto a uno de los Juzgados de Primera Instancia del partido judicial— el órgano jurisdiccional ha de dictar una resolución de dirección procesal acerca de si ha de reconocer a la demanda presentada el efecto inmediato de provocar la incoación de la serie de actos del proceso de declaración, de desencadenar el desarrollo de las situaciones jurídicas de ese proceso.

Si esa resolución es positiva, admite la demanda, y, según la clase de juicio, da traslado de la misma al demandado para que la conteste en plazo de veinte días (juicio ordinario; art. 404 LECiv), o da traslado al demandado y cita a las partes para la vista señalada para un día y hora determinados (juicio verbal; art. 440.1 LECiv).

El cumplimiento de los presupuestos procesales y de determinados requisitos del acto de demanda no sólo condiciona que, al término del proceso, pueda dictarse pronunciamiento sobre el fondo, sobre la pretensión procesal interpuesta, sino que también puede influir en que el juez deba negarle a la demanda, desde su presentación, el efecto que acabamos de exponer.

A) REGLA GENERAL SOBRE ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y DIVERSAS CLASES DE EXCEPCIONES A LA MISMA

La norma general rectora de la resolución judicial sobre la admisión de la demanda la establece el artículo 403.1 LECiv: «Las demandas sólo se admitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley».

Dejando aparte la advertencia de que es vano el intento de hacer de la LECiv el único Texto Legal que puede establecer causas de inadmisión (la LECiv es una ley que cualquier otra posterior puede modificar), el sentido de esa norma general es diáfano: las demandas deben ser admitidas, salvo que concurran causas legales de inadmisión.

Las excepciones a esta regla general van desde la estricta inadmisión a otras diversas modalidades, en las que se manifiesta la ineficacia de la demanda o la falta de una plena eficacia de la misma. Nos limitamos, ahora, a mencionar las diversas clases de excepciones a la regla general de admisión:

1) Inadmisión de la demanda.

Consiste en negarle el efecto de producir litispendencia y de iniciar la serie de actos del proceso de declaración.

Requiere de un precepto legal que establezca los casos en que procede acordarla y, también, que el órgano jurisdiccional tenga atribuida una potes-

tad ejercitable de oficio, pues en otro caso no es posible la inadmisión inmediata, sino que es necesario lo que indicaremos en el apartado 3.

2) Suspensión del trámite de la demanda.

Hay supuestos en los que la ley no establece, inmediatamente, el efecto de la inadmisión, sino que, como la norma que establece el requisito incumplido posibilita la subsanación, dispone que, sin iniciación del curso normal del proceso declarativo, se lleven a cabo las actuaciones para la subsanación, y, sólo si éstas no tienen éxito, que la demanda sea inadmitida.

3) Admisión de la demanda y defectos procesales sólo examinables a instancia de parte.

Si el defecto procesal en el que ha incurrido la demanda sólo puede ser examinado si la parte contraria lo denuncia, la demanda deberá ser admitida, iniciará el proceso (y la litispendencia), y, dentro de aquél, el demandado u otra parte distinta del actor (el interviniente) podrán, mediante la declinatoria o mediante las defensas procesales hechas valer en la contestación y debatidas en la audiencia previa (si se trata de juicio ordinario), o hechas valer en las alegaciones iniciales de la vista y debatidas al inicio de ésta (si se trata de juicio verbal), obtener una resolución que finalice el proceso (o que remita éste a otro órgano jurisdiccional, si se estima una declinatoria por falta de competencia territorial).

Estos supuestos no se consideran aquí. Hay que remitirse a la declinatoria (Cap. 9) y al régimen de las defensas procesales (Cap. 12).

B) SUPUESTOS DE INADMISIÓN DE LA DEMANDA

Los supuestos en los que la inadmisión está legalmente prevista son de las dos clases que indicamos a continuación.

a) Por falta de presupuestos procesales o de requisitos procesales del acto de demanda

Son los supuestos normales en que está prevista la inadmisión. Su justificación radica en que siendo previsible que la demanda no pueda conducir a un pronunciamiento de fondo, es adecuado impedir desde el principio la tramitación de ese proceso.

Son causas de inadmisión las de falta de capacidad para ser parte del actor y del demandado, falta de capacidad de actuación procesal del actor, falta de jurisdicción y de competencia en todas sus modalidades, con excepción de la territorial no regida por normas imperativas.

También los casos directamente considerados por los artículos 403 y 439 LECiv y los que, en las normas a las que estos preceptos se remiten, tengan naturaleza procesal.

b) Por cuestiones de fondo

La inadmisión de la demanda por razones referidas a la previsible falta de éxito de la pretensión procesal que se interpone en la misma, no parece, de entrada, razonable. En efecto, si, de ese modo, se impide el acceso al proceso, se corta la posibilidad de que pueda ser reconocida la razón del actor en cuanto al fondo del asunto que plantea.

No obstante, esta clase de supuestos de inadmisión —que tiene gran importancia en el proceso administrativo (art. 51.2 y 3 LJCA)— se dan también en el proceso civil.

La justificación de los mismos consiste en que si, de un modo evidente, la tutela pedida no tiene amparo en el ordenamiento, de modo que no podría ser concedida aunque se probaran sus fundamentos, resulta adecuado no realizar un proceso en el que el actor en absoluto podrá obtener lo que pretende.

En cualquier caso, lo importante es resaltar que para que pueda resolverse una inadmisión es necesaria norma expresa, de modo que no podría fundarse en una generalización de la justificación que acabamos de apuntar.

Normas expresas de inadmisión de esta clase son las siguientes:

1) La demanda en la que se pretenda el cumplimiento de la promesa de contraer matrimonio no debe ser admitida a trámite (art. 42 CC).

2) La demanda en que se ejercite la pretensión de condena a rectificar datos inexactos y perjudiciales para el aludido que hubieran sido publicados, será inadmitida de oficio si el juez «estima la rectificación manifiestamente improcedente» (art. 5, párr. 2º LO 2/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Rectificación).

C) SUSPENSIÓN DEL TRÁMITE DE LA DEMANDA

Más arriba apuntamos las características generales de estos supuestos en los que, sin proceder la inmediata inadmisión de la demanda, ésta no desarrolla una eficacia normal y plena.

Supuestos de esta clase previstos en la LECiv son los siguientes:

1) No podrá proveerse a ninguna solicitud que no lleve la firma de Abogado (art. 31.1 LECiv).

2) Los tribunales no permitirán que se curse ningún asunto sujeto a reparto si no constare en él la diligencia correspondiente (art. 68.2 LECiv).

3) Si se hubieren acumulado varias acciones indebidamente, se requerirá al actor, antes de proceder a admitir la demanda, para que subsane el defecto. Si no se produce la subsanación se acordará el archivo de la demanda sin más trámites (art. 73.4 LECiv).

4) El tribunal no podrá inadmitir la demanda porque entienda inadecuado el procedimiento por razón de la cuantía. Pero si la demanda se limitare a indicar más la clase de juicio que corresponde, o si, tras apreciarse de oficio que la cuantía fijada es incorrecta, no existieren en aquélla elementos suficientes para calcularla correctamente, no se dará curso a los autos hasta que el actor no subsane el defecto de que se trate. El plazo para la subsanación será de diez días, pasados los cuales se archivará definitivamente la demanda (art. 254.4 LECiv).

5) La omisión de la presentación de copias de los escritos y documentos será motivo para dejar de admitir unos y otros. Dicha omisión se hará notar a la parte, que habrá de subsanarla. Cuando la omisión no se remediare dentro del plazo concedido y se tratare del escrito de demanda, se tendrá ésta por no presentada y todos los efectos (art. 275 LECiv).

Fuera de la LECiv, el art. 35.7.2 de la Ley 53/2002 dispone que no se dará curso a la demanda (también a todo acto procesal escrito en el que se realice el hecho imponible) a la que no se acompañe justificante de pago de la tasa por ejercicio de la potestad jurisdiccional. Expresamente se establece que el defecto es subsanable en plazo de diez días. No obstante, la falta de subsanación no parece que deba tener como consecuencia la inadmisión del acto, sino la comunicación a la Delegación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria competente, a los efectos de que actúe para el cobro de la tasa (ap. 6.4 HAC/661/2003, de 24 de marzo).

LOS EFECTOS PROCESALES DE LA DEMANDA: LA LITISPENDENCIA

La descripción en detalle de los efectos jurídicos de la demanda admitida requeriría referirse a los actos del proceso de declaración que deben ser realizados como consecuencia de esa admisión, de acuerdo con el régimen del proceso correspondiente.

Pero habitualmente cuando se habla de efectos de la demanda se hace referencia a un efecto de carácter muy general que se denomina litispendencia.

El proceso no tiene una realización instantánea, sino que es una situación duradera. Para que sea posible llegar a la sentencia y, además, en forma útil, es necesario estabilizar y preservar del cambio el estado de cosas que se concreta en el momento de presentar la demanda. Sirven para esto dos instituciones: la litispendencia —que es un instrumento estrictamente jurídico, en el sentido de que se limita a establecer determinadas reglas que deberán ser tenidas en cuenta para resolver ciertos temas problemáticos— y la tutela judicial cautelar

instrumento también jurídico, obviamente, pero que posibilita que el órgano jurisdiccional actúe sobre la realidad extraprocesal para que, si se dicta sentencia estimatoria, ésta pueda ser efectiva en la práctica—.

La litispendencia puede definirse como una situación jurídica duradera, iniciada con el comienzo del proceso, y formada por el conjunto de efectos procesales que luego expondremos.

Hay una acepción más restrictiva de litispendencia, la que la concibe como el remedio procesal para evitar la simultánea tramitación de procesos idénticos (entre las mismas partes y sobre el mismo objeto), mediante la exclusión del proceso que ha comenzado con posterioridad. En realidad, se trata de uno de los efectos de la litispendencia en sentido amplio.

A) LÍMITES TEMPORALES

Aunque en el Código Civil subsisten las diferentes normas —que utilizan diversas referencias temporales— acerca de los efectos jurídicos-privados de la litispendencia de un proceso, para el efecto procesal de litispendencia ha terminado la confusión que existía en cuanto al momento inicial de ésta. Establece el artículo 410 LECiv que «La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida».

En los casos de suspensión del trámite de la demanda, la litispendencia sólo se consolida si se produce la subsanación de los defectos que impide la admisión.

La litispendencia permanece en caso de suspensión (art. 179 LECiv) o interrupción del proceso y durante la pendencia de los plazos para recurrir. No es obstáculo para entenderlo así que el artículo 731 de la LECiv ordene adoptar las medidas cautelares si transcurre cierto plazo en estado de suspensión; ello no se debe a que el proceso principal no esté pendiente, sino a que la conducta del actor de no pedir la reanudación del proceso excluye la relevancia del peligro en la demora, que es el que justifica la tutela cautelar.

El momento final de la litispendencia es la sentencia y cualquier otro acto de terminación del proceso, siempre que la resolución judicial que deba apreciar la causa de terminación haya adquirido firmeza.

B) LOS EFECTOS DE LA LITISPENDENCIA

a) Perpetuación de la jurisdicción

Consiste en que los presupuestos de la actuación del órgano jurisdiccional se determinan en relación con la situación existente en el momento de presentación de la demanda y no resultan alterados por cambios posteriores.

Dispone ahora el artículo 411 LECiv: «Las alteraciones que una vez iniciado el proceso, se produzcan en cuanto al domicilio de las partes, la situación de la cosa litigiosa y el objeto del juicio no modificarán la jurisdicción y la competencia, que se determinarán según lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia».

El artículo sólo se refiere a los cambios de las circunstancias de hecho, no a los cambios normativos sobrevenidos. El artículo 2 LECiv establece la no retroactividad de la ley procesal, pero otra ley ordinaria puede modificar esa regla. El único límite material es el que deriva del derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley.

b) Litispendencia y determinación del procedimiento adecuado

La repercusión de la cuantía de la demanda en la adecuación del procedimiento que debe ser seguido, también está protegida por la litispendencia. Dispone, en ese sentido, el artículo 253.1 LECiv: «La alteración del valor de los bienes objeto del litigio que sobrevenga después de interpuesta la demanda, no implicará la modificación de la cuantía ni la de la clase de juicio».

c) Perpetuación de la legitimación

La legitimación de las partes se determina respecto a la situación existente al presentarse la demanda. Una modificación posterior no impide que se sentencie respecto a ellas, salvo que se produzca la sucesión procesal con arreglo a la ley (véase Cap. 6).

d) Regla general de prohibición y de no atendibilidad de las modificaciones en las alegaciones de los datos relevantes para el pronunciamiento sobre la pretensión interpuesta y contestada o precluido el plazo para hacerlo

De entrada debe decirse que éste no es, estrictamente, un efecto de la litispendencia, porque no deriva de la situación que se genera desde la admisión de la demanda.

Como mínimo requiere que se haya producido la oportunidad de contestación (y, con ella, de formulación de reconvencción), porque la finalidad perseguida no es sólo prohibir el cambio del objeto (de la pretensión procesal) inicialmente propuesto por el actor, sino prohibir el cambio de los términos en los que ha quedado establecida la controversia sobre la pretensión procesal, después de los actos de alegación iniciales y principales (demanda y contestación).

En efecto, el artículo 412.1 LECiv dispone «utilizando la expresión objeto del proceso en un sentido amplio e impropio» que «establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente».

Se trata de una regla general de prohibición de cambio de las alegaciones —en realidad, de prohibición al juez de atender a los cambios que se introduzcan—, que, como tal, tiene excepciones: así las posibilidades de nuevas alegaciones que se tratarán en el Capítulo 12, y las alegaciones que pueden formular los intervinientes.

e) Regla general de prohibición y de no atendibilidad de los cambios introducidos en el estado de hechos extraprocesal relevante para el sentido (favorable o adverso) de la sentencia

Este efecto de la litispendencia lo establece el artículo 413 LECiv y es distinto al tratado en el apartado inmediatamente anterior. El efecto que ahora examinamos no determina prohibición de modificar lo que se ha alegado, sino prohibición de modificar la realidad extraprocesal relevante para el sentido del pronunciamiento sobre la pretensión.

Incluso, mejor que de esa prohibición, ha de hablarse de un precepto que prohíbe al juez atender a tales modificaciones, aunque sean alegadas y probadas.

Un ejemplo puede aclarar el sentido de esta prohibición: el actor pretendió la resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda por estado de ruina del inmueble. Ese estado era, en el momento de presentarse la demanda, más que dudoso, pero, después de la demanda, la demolición de un edificio colindante a la finca en que se hallaba la vivienda arrendada provoca, claramente, el estado de ruina.

Esta regla general de prohibición tiene la excepción que establece el artículo 413 LECiv: «...si la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvencción, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa». Por ejemplo: respecto de una pretensión de condena al pago de una deuda, el demandado deudor paga el principal y los intereses.

f) Exclusión de procesos posteriores sobre el mismo objeto y entre las mismas partes

Es la llamada litispendencia en sentido estricto. Es un efecto anticipado de la función negativa de la cosa juzgada.

Para que se produzca este efecto se requiere identidad —entre el proceso primeramente pendiente y el proceso posterior— de partes y de legitimación de las mismas o que esté legalmente dispuesto que la cosa juzgada del proceso pendiente ha de afectar a quienes han iniciado el proceso posterior.

También es necesaria la identidad de los objetos procesales de ambos procesos. Si la identidad de los objetos es sólo parcial el segundo proceso sólo es excluido por litispendencia si su objeto procesal queda comprendido en el objeto del primer proceso.

Piénsese sobre los siguientes ejemplos:

1) En un primer proceso el contratista de la obra interpone pretensión de condena al pago de todas las cantidades que le son adeudadas por un arrendamiento de obra. Con posterioridad presenta nueva demanda pidiendo una condena adicional por las cantidades debidas por una revisión de precios de materiales y costes de mano de obra prevista en el mismo contrato que funda la pretensión inicial. El segundo proceso debe ser excluido por litispendencia.

2) En un primer proceso se pretende condena al pago de una parte del precio aplazado de una compraventa. En un segundo proceso se pide condena al pago de la totalidad del precio. El segundo proceso no debe ser excluido por litispendencia porque las pretensiones de condena por los plazos inicialmente no reclamados no son objeto del primer proceso, pero en el segundo no deberá ser estimada la pretensión en cuanto referida al plazo reclamado en el primer proceso.

La concurrencia en un proceso concreto de este efecto de la litispendencia es debatida en la audiencia previa del juicio ordinario o al inicio de la vista del juicio verbal, y resuelta en los términos previstos por el artículo 421 LECiv: «Cuando el tribunal aprecie la pendency de otro juicio (...) sobre objeto idéntico, conforme a lo dispuesto en los apartados 2 y 3 del artículo 222, dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento. Sin embargo, no se sobreseerá el proceso en el caso de que, conforme al apartado 4 del artículo 222, el efecto de una sentencia firme anterior haya de ser vinculante para el tribunal que está conociendo del proceso posterior».

EFFECTOS JURÍDICO-MATERIALES DE LA DEMANDA

La presentación de una demanda o la iniciación de un proceso mediante una demanda es tomado como supuesto de hecho por normas jurídico-materiales para establecer efectos de esa naturaleza. En ocasiones han sido calificados como efectos materiales de la litispendencia, pero esto es incorrecto; los efectos de la litispendencia son de naturaleza procesal, y aquí nos encontramos con efectos jurídicos de Derecho Privado, cuyo supuesto de hecho son actos procesales.

En cuanto a estos efectos es interesante la siguiente distinción:

1) En algunos supuestos los mismos derivan de la simple demanda presentada: la demanda determina que la cosa sea litigiosa y somete la eficacia de su transmisión a los requisitos del artículo 1291.4º CC; la demanda de uno de los acreedores solidarios excluye la facultad del deudor de pagar a cualquiera de éstos y le obliga a hacer pago al demandante (art. 1142 CC).

2) En otros supuestos los efectos sólo derivan de la demanda estimada por la sentencia: así la constitución en mora del deudor (art. 1100.1º CC) y

los efectos (obligación del deudor de indemnizar daños y perjuicios -art. 1101 CC- y asunción por el mismo de los riesgos de la pérdida de la cosa -art. 1182 CC-), devengo de intereses por los intereses ya vencidos (art. 1109 CC). Estos efectos sólo se producen si el acreedor-actor ve estimada su demanda, pero se dice que son efectos de la demanda porque, cuando aquello ocurre, se producen retroactivamente desde el momento en que la demanda fue presentada.

Capítulo 12

MANUEL ORTELLS RAMOS

SUMARIO. LLAMAMIENTO DEL DEMANDADO AL PROCESO. EMPLAZAMIENTO O CITACIÓN.— CONDUCTAS POSIBLES DEL MISMO (REFERENCIA A LA IMPUGNACIÓN DE LA JURISDICCIÓN Y DE LA COMPETENCIA Y A LA PERSONACIÓN).— REBELDÍA.— LA DEFENSA DEL DEMANDADO.—A) Defensas procesales.—B) Defensas de fondo.—REQUISITOS DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.—A) Contestación a la demanda en el juicio ordinario.—B) Contestación a la demanda en el juicio verbal.—C) Carga de acompañamiento con la contestación o al presentarse a la vista del juicio verbal de determinados documentos y otros instrumentos.—LA RECONVENCIÓN Y LA CONTESTACIÓN A LA MISMA.—A) Concepto de reconvención.—B) Objeto de la demanda reconvenzional.—C) Presupuestos de admisión de la reconvención.—D) Contestación a la reconvención y tramitación subsiguiente.

LLAMAMIENTO DEL DEMANDADO AL PROCESO: EMPLAZAMIENTO O CITACIÓN

El artículo 24.1 CE establece que, en el otorgamiento de la tutela judicial, los jueces y tribunales han de actuar «sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión». Y en el artículo 24.2 CE se reconoce el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías.

La prohibición de indefensión ha de tenerla presente el juez al dirigir el proceso declarativo en todos los momentos de su desarrollo. Pero el momento principal en el que la defensa no sólo no ha de ser impedida, sino que ha de ser posibilitada con efectividad, es el de la transmisión de la demanda al demandado y de su llamamiento al proceso para que pueda actuar en él. Esta oportunidad es básica —literalmente— para las diversas y posteriores posibilidades procesales que la ley establece en favor del demandado, dado que, si éste no se hace procesalmente activo ante ese llamamiento inicial, la ley no dispone, salvo excepciones, que se comunique al demandado cada concreta oportunidad de aprovechar las posibilidades procesales (lo veremos con más detalle al estudiar la rebeldía).

De ahí la trascendencia del acto de llamamiento del demandado al proceso.

Según la clase de juicio declarativo iniciado por la demanda admitida (ordinario o verbal) es diferente la clase de acto de comunicación que debe ser realizada.

Si se ha iniciado un juicio ordinario «se dará traslado de ella (de la demanda) al demandado, para que conteste en el plazo de veinte días» (art. 404 LECiv); consiguientemente se trata de un emplazamiento (art. 140 LECiv: comunicación para personarse y actuar dentro de un plazo).

Si ha sido iniciado un juicio verbal, el tribunal, una vez admitida la demanda, ordenará «su traslado al demandado y citará a las partes para la celebración de vista, con indicación de día y hora» (art. 440.1 LECiv); se trata, pues, de una citación (art. 149.3º LECiv).

Estos actos de comunicación tienen, en parte, un régimen diferenciado (el contenido de las respectivas cédulas que se utilizan para practicarlos), pero tienen también un régimen común. A partir de esta distinción vamos a estudiarlos a continuación.

a) Contenido de la cédula de emplazamiento

No tiene ninguna especialidad respecto de la regulación general del contenido de tales cédulas según el artículo 152.2 LECiv: «expresará el tribunal que hubiese dictado la resolución, y el asunto en que haya recaído, el nombre y apellidos de la persona a quien se haga (...) (el) emplazamiento, el objeto de éstos (aquí, del emplazamiento) y (...) el plazo dentro del cual deba realizarse la actuación a que se refiera el emplazamiento, con la prevención de los efectos que, en cada caso, la ley establezca». En este caso se advierte que el objeto del emplazamiento es contestar a la demanda y el plazo para hacerlo de veinte días (art. 404 LECiv).

b) Contenido de la cédula de citación

Además de la indicación del lugar, día y hora en el que ha de comparecer el citado (art. 152.2 LECiv), el artículo 440 LECiv establece reglas específicas para el contenido de la citación a juicio verbal, cuya aplicación tiene diferente alcance:

a') *Contenido de cualquier citación a juicio verbal (art. 440.1 LECiv)*

En la citación se hará constar que la vista no se suspenderá por inasistencia del demandado y se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, con la prevención de que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304 LECiv. Asimismo, se prevendrá a demandante y demandado de lo

dispuesto en el artículo 442 LECiv, para el caso de que no comparecieran a la vista.

La citación indicará también a las partes que, en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la misma, deben indicar las personas que han de ser citadas por el tribunal a la vista para que declaren en calidad de partes o de testigos. A tal fin, facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación.

b') *Contenido de la citación a juicio verbal si en la demanda han sido interpuestas determinadas pretensiones (art. 440.2 y 3 LECiv)*

Si se pretende la tutela de derechos reales inscritos en el Registro frente a quien los perturba sin título inscrito, en la citación para la vista se apercibirá al demandado de que, en caso de no comparecer o de no prestar caución para oponerse, se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor.

En los casos de demandas de desahucio de finca urbana por falta de pago de rentas o cantidades debidas, el tribunal indicará, en su caso, en la citación para la vista, la posibilidad de enervar el desahucio mediante pago o puesta a disposición en cierta forma y plazo de las cantidades adeudadas.

c') *Traslado, con la cédula de emplazamiento o de citación, de las copias del escrito de demanda y de los documentos acompañados*

El demandado toma conocimiento de la demanda y de los documentos que la acompañan por medio de la copia de los mismos que se le traslada al practicarse el emplazamiento o la citación. A partir de ese conocimiento ha de decidir su conducta procesal (art. 279 LECiv). Ésta es la justificación de la nulidad con la que sanciona el artículo 280 LECiv el traslado de copias no conformes con el original.

d) Procedimiento para comunicar el emplazamiento y la citación

Se establecen tres procedimientos, que deben ser aplicados sucesivamente si el prioritario no ha dado resultado:

a') Comunicación por remisión de la cédula por alguno de los medios previstos en el artículo 152.1.2ª LECiv, dirigida al domicilio (o residencia) del demandado, determinado según lo previsto en el artículo 155.2 y 3 LECiv, o tras las averiguaciones previstas en el artículo 156 LECiv.

b') Si no puede acreditarse que el destinatario ha tenido conocimiento de la comunicación remitida por los medios antes indicados (arts. 158 y 162.1, párrafos cuatro y cinco LECiv), el tribunal deberá notificar mediante

entrega directa de la cédula al destinatario por el secretario o funcionario autorizado, de acuerdo con lo previsto por el artículo 161 LECiv.

c') La comunicación mediante edictos (que se realiza según lo previsto en el art. 164 LECiv) es procedente en tres supuestos: si no dan resultado las averiguaciones de domicilio o residencia realizadas según el artículo 156 de la LECiv, si fracasa el intento de la notificación mediante entrega, y si respecto del demandado consta una inscripción no cancelada en el Registro Central de Rebeldes Civiles y los datos de domicilio que constan en el proceso son los mismos que constan en dicho Registro (art. 157 LECiv).

CONDUCTAS POSIBLES DEL MISMO (REFERENCIA A LA IMPUGNACIÓN DE LA JURISDICCIÓN Y DE LA COMPETENCIA Y A LA PERSONACIÓN)

El emplazamiento o la citación no generan para el demandado ninguna obligación ni deber, sino una carga procesal. El demandado es libre de adoptar cualquiera de las conductas que luego veremos, pero, en función de ello, puede perder posibilidades procesales. No tiene, pues, más regla de actuación que el imperativo de su propio interés.

Ante el demandado se abren diversas alternativas de conducta. Específicamente las siguientes:

1) La primera alternativa se establece entre personarse o no en el proceso.

La LECiv no establece unos plazos distintos para personarse y para contestar. Establece un plazo para formular la contestación o un día y hora para actuar en la vista del juicio verbal. Pero es evidente que la libertad de actuación procesal del demandado posibilita que su actuación se limite a personarse. En cualquier caso, hacer eso tiene consecuencias específicas.

La personación deberá ser en forma (arts. 442.2 y 496 LECiv), es decir, con todos los requisitos para que sea admisible (capacidades, acto escrito en juicio ordinario dentro del plazo establecido, presentación física en juicio verbal en el lugar, día y hora establecidos). Algunos requisitos que condicionan la admisión son controlables de oficio, otros a instancia de parte, mediante su alegación en la audiencia previa al juicio o en la etapa inicial de la vista del juicio verbal.

La falta de personación en forma admisible da lugar a la situación de rebeldía (arts. 442.2 y 496 LECiv). Sobre la contradicción entre el artículo 496 y el 418.3 LECiv y el modo de resolverla, véase el Capítulo 5 y, en él, el tratamiento procesal de la capacidad de actuación procesal.

2) La segunda alternativa, presupuesta la personación, es la de contestar o no a la demanda.

Pero, antes de plantearse esa alternativa, el demandado puede, con su acción o con su omisión, generar en su situación procesal unas repercusiones importantes: tiene la carga de proponer la declinatoria dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, o en los cinco primeros días posteriores a la citación para vista, con lo cual se suspenderá, hasta que sea resuelta, el plazo para contestar, o el cómputo para el día de la vista, y el curso del procedimiento principal (art. 63.1 LECiv; para el régimen jurídico de la declinatoria véase el Cap. 9); si, en lugar de interponer la declinatoria, formula cualquier otra petición o alegación procesal, se entenderá atribuida la competencia territorial por sumisión tácita al tribunal que le ha emplazado (art. 56.2º LECiv).

Si el demandado se persona, pero decide no contestar a la demanda, no hay declaración de rebeldía, pero se produce la preclusión de la posibilidad de contestación.

3) Si ha optado por contestar, la alternativa consiste en hacerlo allanándose a la demanda o formulando resistencia.

En ocasiones la LECiv utiliza el término contestación con el significado de acto de alegación del demandado en respuesta a la demanda. Utilizado con ese sentido, el contenido de ese acto puede ser tanto de resistencia frente a la demanda, como de allanamiento, como dice el artículo 405.1 LECiv («Podrá manifestar en la contestación su allanamiento»). En otros preceptos contestación no es cualquier respuesta, sino una respuesta en sentido de resistencia, como puede verse en el artículo 395 LECiv («Si el demandado se allanare a la demanda antes de contestarla...»).

A mi juicio la anterior cuestión no tiene más trascendencia, salvo algunas cuestiones específicas ligadas a la expresión del allanamiento antes del agotamiento del plazo de contestación. Lo importante es la eficacia del allanamiento si se presta: si concurren los requisitos legales, debe conducir a una sentencia estimatoria de la pretensión (véase Cap. 18).

Si la contestación es en términos de resistencia frente a la demanda, esa resistencia puede ser de dos clases, atendida su eficacia jurídica:

1º) Una resistencia de naturaleza procesal dirigida a que el órgano jurisdiccional no entre a conocer del fondo de la demanda, no se pronuncie sobre la estimación o desestimación de la pretensión procesal, por incurrir en diversos supuestos de inadmisión. Se trata de la formulación de defensas procesales (arts. 405.3 y 443.2 LECiv).

2) Una resistencia de naturaleza material dirigida a la desestimación de la demanda (art. 405.1 LECiv), que también puede presentar diversas modalidades.

4) En fin, la ley prevé que el demandado actúe más allá de formular resistencia frente a la demanda, y decida interponer una pretensión procesal frente al actor para que sea enjuiciada en el mismo procedimiento que ha sido iniciado por la demanda de aquél. Para hacerlo ha de aprovechar la oportunidad del acto de contestación y formular reconvencción. Con ello el demandado produce una ampliación del objeto del proceso en sentido estricto, no sólo plantea alegaciones para la inadmisión y la desestimación del objeto propuesto por el actor.

En los siguientes apartados trataremos de estas conductas, con excepción de la personación —que ya ha sido suficientemente comentada con lo dicho en este apartado— y de la impugnación de la jurisdicción y de la competencia —tratada en los Caps. 8 y 9, además de comentada en este apartado para situarla en su contexto—.

REBELDÍA

Es la falta de personación admisible del demandado, que da lugar a una serie de especialidades, que veremos a continuación, en el estatuto del mismo como parte procesal.

La rebeldía del demandado no depende del desconocimiento de su domicilio o residencia; el artículo 497 demuestra que el rebelde puede hallarse, desde ese punto de vista, tanto en situación de paradero conocido, como de paradero desconocido.

A pesar de la carga significativa del término, la rebeldía no constata una especial voluntad de no personarse en el proceso. Puede producirse respecto de demandado que desconozca el proceso iniciado frente a él. Significa, solamente, la falta de asunción de la carga de personarse en el proceso, después del acto de llamamiento al proceso realizado con los requisitos que la ley establece para generar aquella carga. La LECiv elimina un efecto de la rebeldía consistente en que podían ser decretadas medidas cautelares frente al rebelde, sin necesidad de constatación de circunstancias de peligro en la demora; por esta última razón estas medidas, más que cautelares, funcionaban como una especie de medidas coercitivas indirectas para forzar la personación en el proceso. Este tratamiento era impropio como respuesta a la falta de asunción de una carga procesal.

La protección del derecho del demandado a participar en la contradicción procesal, no impone suspender el proceso si no ha podido ser llamada

al mismo con plenas garantías de conocimiento por su parte. Hacer esto significaría contra el derecho de la otra parte a la tutela judicial efectiva. No obstante, la tutela de la contradicción sí que conduce a que sea presupuesto de la rebeldía la validez del acto de llamamiento al proceso y el establecimiento de un medio de impugnación específico, para reintegrar las posibilidades de audiencia si el rebelde no conoció la pendencia del proceso o estuvo impedido de personarse.

a) Presupuestos de la rebeldía

Según el artículo 496.1 LECiv «será declarado en rebeldía el demandado que no comparezca en forma en la fecha o en el plazo señalado en la citación o emplazamiento».

Para dictar esta resolución de dirección procesal es necesaria la constatación de estos dos presupuestos:

1) El acto de llamamiento al proceso (emplazamiento, citación) ha de ser válido. Su nulidad arrastra la de la rebeldía eventualmente declarada con base en el mismo e impone retrotraer las actuaciones al inicio del plazo de contestación o a una nueva citación a juicio.

2) Segundo presupuesto es la falta absoluta de personación dentro del plazo o en el momento en que debía producirse, o la personación inadmisibile por falta de capacidad de actuación procesal o defectuosa integración de la misma, falta de representación procesal por inexistencia o insuficiencia del poder, falta de firma de abogado en la contestación o de su presencia en la vista.

La declaración de rebeldía puede ser dictada de modo inmediato, al constatare por el juez la falta de personación admisible, o después de estimadas, en la audiencia previa o al inicio de la vista del juicio verbal, las defensas procesales de falta de capacidad de actuación o de representación del demandado, sin que, pudiéndose, se haya producido subsanación (art. 418.3 LECiv).

b) Efectos de la rebeldía

a) *Inexistencia del deber de comunicación de los actos y resoluciones que se producen en el proceso, con excepción de la sentencia*

La LECiv suprime la ficción de notificación que era la llamada notificación en estrados.

Sencillamente, después de la notificación de la resolución de declaración en rebeldía «no se llevará a cabo ninguna otra, excepto la de la resolución que ponga fin al proceso» (art. 497.2 LECiv), que «se notificará al de-

mandado personalmente», pero, si se hallare en paradero desconocido, la notificación se hará por medio de edicto, que se publicará en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o en el "Boletín Oficial del Estado" (art. 497.2 LECiv).

No obstante, si el demandado rebelde hubiese sido citado o emplazado mediante edictos, se le comunicará la pendencia del proceso, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes personadas, en cuanto se tenga noticia del lugar en que pueda llevarse a cabo la comunicación (art. 498 LECiv).

b') *No previsión, con carácter general, de efectos desfavorables específicos de la rebeldía en cuanto al tratamiento del fondo del asunto*

Dispone el artículo 496.2 LECiv que «la declaración de rebeldía no será considerada como allanamiento ni como admisión de los hechos de la demanda, salvo los casos en que la ley expresamente disponga lo contrario».

La ley dispone lo contrario en los siguientes casos: el allanamiento tácito a la demanda de juicio verbal en la que se interpone una pretensión de tutela de derechos reales inscritos frente a perturbaciones por parte de quien no tiene inscripción a su favor (art. 440.2 LECiv); la tácita admisión de hechos como consecuencia de la rebeldía ante demandas de tercería de dominio (art. 602 LECiv) y de mejor derecho (art. 618 LECiv).

Para formular el efecto que la rebeldía tiene sobre el tratamiento del objeto del proceso y alegaciones respecto al mismo, la LECiv omite las ambiguas expresiones de que, declarada la rebeldía, se dará por contestada la demanda, que podía inducir a pensar que tal contestación lo era en términos de oposición. Como máximo dispone que «continuará el juicio su curso» (art. 442.2 LECiv).

Efectivamente lo que ocurre es que ha precluido la posibilidad de contestación, de modo que los hechos desfavorables al demandado, alegados por el actor, no habrán sido negados, la prueba respecto a esos hechos no será inadmisibile (art. 281.3 LECiv), pero el juez queda facultado para apreciar una admisión tácita de los mismos (art. 405.2 LECiv), no por la rebeldía, sino por falta de asunción diligente de la carga de manifestarse sobre los hechos alegados por la contraparte.

c') *Preclusión de las posibilidades procesales*

Para el demandado rebelde precluyen, con arreglo al avance del procedimiento, las posibilidades procesales que se abren en su favor mientras permanece en situación de rebeldía. Si se persona, asume el proceso en el estado en que se halle (art. 499 LECiv; el art. 500 hace aplicación de esto para los recursos contra la sentencia final).

Si se persona puede beneficiarse de las mismas excepciones a la preclusión que una parte personada, pero en los mismos casos y con el mismo alcance que ésta. Sólo hay en su favor una excepción especial, prevista por el artículo 460.3 LECiv: «El demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho».

d') *Revisión de la sentencia firme dictada en rebeldía*

El rebelde que hubiera permanecido como tal durante todo el proceso y se hallara en las específicas circunstancias que se tratarán en el Capítulo 24 puede ejercitar un especial medio de impugnación contra la sentencia firme, para obtener la restitución de las posibilidades de alegación y de prueba.

LA DEFENSA DEL DEMANDADO

La resistencia del demandado frente a la demanda puede consistir como se avanzó en la introducción— en dos clases de defensas, unas de naturaleza procesal, otras relativas al fondo, al fundamento de la pretensión procesal.

El orden lógico para hacerlas valer es el que ha quedado dicho, porque si una defensa de la primera clase es estimada por el juez, el proceso termina sin sentencia sobre el fondo, de modo que las defensas de fondo no podrán ni siquiera ser examinadas.

Con excepción de las defensas procesales relativas a la jurisdicción y a la competencia, que deben ser hechas valer mediante la declinatoria, antes de la contestación a la demanda (juicio ordinario) o de la personación en la vista del juicio verbal, las demás defensas procesales se hacen valer en el acto de contestación, aunque —como inmediatamente veremos— de modo diferente según ese acto esté sometido a la forma escrita o a la forma oral.

Si está regido por la forma escrita y, además, la ley del procedimiento sólo establece una oportunidad para contestar, las defensas procesales y las defensas de fondo han de ser hechas valer en el mismo (y único) acto de contestación (art. 405 LECiv, para el juicio ordinario), conjuntamente y en acumulación eventual, en el sentido de que las defensas de fondo se plantean para ser consideradas en el evento de que, por no prosperar las procesales, el proceso deba proseguir. Si el demandado —fiado de las expectativas de éxito de las defensas procesales— no aprovechara esta posibilidad de alegación, no podría después —normalmente— formular defensas de fondo.

Si la contestación está sometida a la forma oral, es posible —sin romper la concentración de la vista en la que la contestación ha de realizarse— alegar que, en una primera intervención, el demandado se limite a presentar sus defensas procesales, y, sólo después del debate sobre las mismas y de la resolución desestimatoria, se da lugar a una segunda intervención para plantear las defensas de fondo. De este modo está ordenada la formulación de las defensas del demandado en el juicio verbal (art. 443 LECiv).

A) DEFENSAS PROCESALES

a) Concepto y tratamiento procesal

Las defensas procesales son alegaciones del demandado dirigidas a provocar una resolución de inadmisión de la pretensión procesal, por causa de alguna de las siguientes clases:

1) Falta de presupuestos procesales no apreciados de oficio por el órgano jurisdiccional. La falta de presupuestos procesales puede ser denunciada en cualquier momento, porque lo único necesario para su examen es la potestad de examen de oficio del juez. Mientras ésta puede ser ejercitada, la denuncia de la parte no supone otra cosa que facilitar prácticamente el ejercicio de aquella potestad. Pero ahora hablamos de una específica posibilidad procesal reconocida a la parte, que ésta ha de ejercer en determinadas circunstancias a riesgo de preclusión. No precluye la potestad del juez de examinar el presupuesto procesal, sino el «derecho» procesal de la parte de provocar un pronunciamiento al respecto.

2) Alegación de impedimentos procesales, requisitos condicionantes de la admisión del pronunciamiento de fondo sólo examinables a instancia de parte.

3) Alegación de falta de requisitos del acto procesal inicial (demanda). Aunque el defecto sólo afecte a este acto, dado su carácter constitutivo del proceso, su ineficacia impide la de los actos procesales subsiguientes.

Dejando aparte que aquellas cuestiones que constituyen presupuestos procesales deben ser examinadas de oficio por el tribunal y según las específicas previsiones legales, el tratamiento de las defensas procesales alegadas por el demandado puede ser —en teoría— ordenado de diversas maneras:

1) Alegación en acto previo al acto en el que se tendrá posibilidad de alegar las defensas de fondo, debate y resolución específicos sobre ellas, de modo que el proceso sólo continuará si las defensas procesales han sido desestimadas o se han subsanado los defectos que las fundaban.

2) Alegación en un acto de contestación a la demanda, en el que se tiene también la carga de alegar las defensas de fondo, pero sobre las defen-

das procesales se debate y resuelve previamente a la continuación del proceso, según la técnica anterior.

3) Alegación en la contestación a la demanda, debate sobre las mismas limitado al debate sobre el tema de fondo y resolución en la sentencia final, que, si estima una defensa procesal, no se pronunciará sobre la pretensión, será una sentencia procesal, de absolución de la instancia, que no impide que la pretensión sea de nuevo propuesta y enjuiciada en un proceso posterior.

Este tercer modo de ordenar el examen de las defensas procesales es más económico, porque permite el total desarrollo del proceso sin que, a su término, pueda darse respuesta a la tutela judicial pedida.

La LECiv establece las dos primeras técnicas: la del apartado segundo para el juicio ordinario (art. 405.3 LECiv), la del apartado primero para el juicio verbal (art. 443 LECiv).

b) Las defensas procesales en particular

El artículo 416 LECiv establece una enumeración no cerrada de las defensas procesales, en el sentido de que otros preceptos legales pueden establecer «circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo». En tal caso su tratamiento será el que se establece para las circunstancias análogas expresamente consideradas (art. 425 LECiv), salvo —habría que puntualizar— que la ley disponga un tratamiento distinto —como ocurre con la jurisdicción y la competencia—.

Veamos las defensas procesales más importantes y las incidencias de su debate y resolución.

a) Falta de jurisdicción y de competencia en sus diversas modalidades

Estas defensas procesales no pueden ser propuestas en la contestación, sino que el demandado hubo de proponer en forma la declinatoria según lo dispuesto en los artículos 63 y siguientes LECiv (art. 416.2 LECiv). Véanse, además, los Capítulos 8 y 9.

b) Falta de capacidad para ser parte, de capacidad de actuación procesal y de debida integración de ésta y de representación procesal preceptiva, todo ello en la parte actora

Cuando el demandado haya alegado en la contestación defectos de capacidad o representación, que sean subsanables o susceptibles de corrección, se podrán subsanar o corregir en el acto y si no fuese posible en ese momento, se concederá para ello un plazo, no superior a diez días, con suspensión, entre tanto, de la audiencia. Cuando el defecto o falta no sean subsana-

bles ni corregibles o no se subsanen o corrijan en el plazo concedido por concluida la audiencia y se dictará auto poniendo fin al proceso (art. 418 LECiv). Véase, además, lo expuesto en el Capítulo 5.

c') *Acumulación de pretensiones inadmisibles*

Si en la demanda se hubiesen acumulado diversas acciones y el demandado en su contestación se hubiera opuesto motivadamente a esta acumulación, el tribunal, oyendo previamente al actor en la misma audiencia, verá oralmente sobre la procedencia y admisibilidad de la acumulación. Si la audiencia y el proceso seguirán su curso respecto de la acción o acciones que, según la resolución judicial, puedan constituir el objeto del proceso (art. 419 LECiv). Véase, por otra parte, el Capítulo 10.

d') *Infracción de litisconsorcio pasivo necesario por no haberse dirigido la demanda frente a todos los litisconsortes*

Cuando el demandado haya alegado en la contestación falta del litisconsorcio, podrá el actor, en la audiencia, presentar, con las respuestas correspondientes, escrito dirigiendo la demanda a los sujetos que el demandado haya considerado que debían ser sus litisconsortes y el tribunal, si estima procedente el litisconsorcio, lo declarará así, ordenando emplazar a los nuevos demandados para que contesten a la demanda, con suspensión de la audiencia (art. 420.1 LECiv).

Si el actor se opusiere a la falta de litisconsorcio, aducida por el demandado, el tribunal oír a las partes sobre este punto y, cuando la dificultad o complejidad del asunto lo aconseje, podrá resolverlo mediante auto que se dictará en el plazo de cinco días siguientes a la audiencia. En todo caso, ésta deberá proseguir para sus restantes finalidades. Si el tribunal estima procedente el litisconsorcio, concederá al actor el plazo que estime oportuno para constituirlo, que no podrá ser inferior a diez días. Si no se presenta la demanda frente a los litisconsortes el proceso será sobreseído (art. 421 y 4 LECiv).

Más ampliamente, puede verse el Capítulo 7.

e') *Litispendencia o cosa juzgada*

Cuando el tribunal aprecie la pendencia de otro juicio o la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico al que pende ante él y con las mismas partes o entre partes afectadas por la cosa juzgada dará por concluido el proceso en la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento.

Esa resolución sólo se dictará, en caso de litispendencia, si el objeto procesal del proceso primeramente pendiente comprende el objeto del

proceso que se plantea la defensa procesal de litispendencia, y en la medida en que el objeto del proceso que se plantea la defensa procesal de litispendencia, en caso de cosa juzgada, no se dictará resolución de sobreseimiento a la sentencia que la produce ha de surtir en el proceso que se plantea la defensa procesal de litispendencia (art. 421.1 LECiv).

Si la dificultad o complejidad de las cuestiones suscitadas se podrá resolver mediante auto, dentro de los cinco días siguientes a la audiencia, para sus restantes finalidades. Dentro de aquel plazo se realizarán las actuaciones oportunas para resolver las cuestiones de hecho relevantes (art. 421.3 LECiv).

En la demanda, véanse los Capítulos 11 y 23.

Impugnación del procedimiento por razón de la cuantía

La impugnación de procedimiento inadecuado formulada en la contestación de la demanda se fundará en disconformidad con el valor de la cosa litigiosa, el modo de calcular, según las reglas legales, el interés económico de la demanda, el tribunal oír a las partes en la audiencia y resolverá lo que proceda, ateniéndose, en su caso, al acuerdo al que pudieran llegar las partes respecto del valor de la cosa litigiosa.

Si no se llega a acuerdo sobre el valor de la cosa litigiosa, el tribunal, en la audiencia, decidirá oralmente, de forma motivada, lo que proceda, teniendo en cuenta los documentos, informes y cualesquiera otros elementos que aporten el valor, que las partes hayan aportado. Si procediese a la fijación del valor, se pondrá fin a la audiencia, citando a las partes para la vista de dicho juicio, salvo que concurrieran causas de inadecuación de la demanda, en cuyo caso será sobreseído el proceso (art. 422 LECiv).

Según el artículo 255 LECiv en la audiencia previa también ha de debatirse la impugnación de cuantía por el demandado cuando la fijación de la cuantía afecte a la admisión del recurso de casación. La resolución que se dicte al respecto no afecta, como tal, a la clase del procedimiento que se sigue.

Puede verse, por lo demás, el Capítulo 25.

Impugnación de procedimiento por razón de la materia

El tribunal, oídas las partes en la audiencia, podrá decidir motivadamente lo que estime procedente y si considera infundada la alegación de inadecuación de la demanda proseguirá para sus restantes finalidades. Si la complejidad del asunto lo aconseja, podrá decidir lo que sea procedente sobre el procedi-

miento que se ha de seguir, dentro de los cinco días siguientes a la audiencia (art. 423.1 y 2 LECiv).

Si el procedimiento adecuado fuese el del juicio verbal, el órgano jurisdiccional dispondrá la citación de las partes para la vista, salvo que la demanda estuviera afectada por causas de inadmisión, en cuyo caso sobreseerá el proceso (art. 423.3 LECiv).

Véase, también, el Capítulo 25.

h') Demanda defectuosa

Si el demandado alegare en la contestación a la demanda la falta de claridad o precisión de ésta en la determinación de las partes o en las pretensiones deducidas, el tribunal admitirá en el acto de la audiencia las aclaraciones o precisiones oportunas. En caso de no formularse aclaraciones y precisiones, el tribunal sólo decretará el sobreseimiento del pleito si no fuese en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor o frente a qué sujetos jurídicos se formulan las mismas (art. 424 LECiv).

i') Otras defensas procesales

La remisión que tanto el artículo 416, como el artículo 425 LECiv, hacen a otras circunstancias no enumeradas en el primero de los preceptos debe entenderse hecha a aquellas para las que la ley prevé la inadmisión de la demanda o la admisión con suspensión de su curso hasta que se produzca la subsanación de algún defecto, siempre que el órgano jurisdiccional no hubiera adoptado de oficio las resoluciones correspondientes.

B) DEFENSAS DE FONDO

a) Concepto

La resistencia del demandado dirigida a una absolución en el fondo o desestimación de la pretensión presenta diversas modalidades, a las que la LECiv denomina, en alguna ocasión (por ejemplo, art. 405), excepciones materiales.

Como veremos, una actividad procesal del demandado que produzca en su favor expectativas de una sentencia favorable —es decir, desestimatoria de la pretensión procesal interpuesta por el actor—, no siempre requiere que formule excepciones, entendidas como alegaciones de hechos con relevancia jurídica o como alegaciones de derecho que contrarresten —en diversa manera— la eficacia de las alegaciones formuladas por el actor para obtener la estimación de la pretensión.

Además, las alegaciones del demandado relativas al fondo tienen entre sus características diferenciales que deben ser analizadas.

b) Modalidades de las defensas de fondo

a) Oposición a la demanda

No supone alegación por parte del demandado de hechos nuevos respecto de los que alegó el actor, sino negación de los hechos constitutivos alegados por aquél. La eficacia defensiva de esta reacción del demandado radica en lo siguiente:

1) La ley establece para el demandado una carga de manifestarse sobre la negación o admisión de los hechos alegados por el actor, esa carga ha de ser asumida en la contestación a la demanda (art. 405.2 LECiv).

2) Si el demandado niega la certeza de los hechos alegados por el actor, esos hechos sólo podrán ser establecidos en la sentencia para fundar en ellos la estimación de la pretensión si la prueba respecto de los mismos ha tenido éxito. Si el demandado hubiera admitido su certeza los hechos quedarían fijados sin necesidad de prueba (art. 281.3 LECiv). Si no se hubiera manifestado sobre la certeza de tales hechos o no lo hubiera hecho con claridad (siendo éstos suficientemente definidos: art. 399.3 LECiv), el demandado deja abierta la posibilidad de que su actitud sea considerada en la sentencia como admisión tácita de aquellos hechos, con lo que es menos intensa su expectativa de una sentencia favorable.

La oposición puede también consistir en la negación de la fundamentación jurídica aducida por el actor, pero la defensa es menos eficaz si se limita a esto, porque el actor y el propio juez pueden rectificar y elegir las normas jurídicas adecuadas para que, sin alterar los hechos alegados, ni la petición de tutela formulada, ésta pueda tener una justificación jurídica más correcta.

b) Objeciones a la demanda

Esta modalidad defensiva se caracteriza y diferencia de la anterior en que el demandado no se limita a negar unos hechos, sino que alega hechos nuevos, que, dada la relevancia que las normas les confieren, contrarrestan las consecuencias que derivan de los hechos constitutivos alegados por el actor. Por decirlo de modo gráfico: la oposición a la demanda consistiría en dar un no como respuesta, las objeciones un sí pero.

Para que estos hechos alegados por el demandado tengan una eficacia defensiva ha de tratarse de hechos que, atendida la pretensión procesal interpuesta por el actor y las normas jurídicas que han de ser tomadas en consideración para resolver sobre ella, sean encuadrables en el supuesto de aquellas normas cuya aplicación impondría la desestimación de la pretensión.

El actor, además de alegar los hechos que integran la causa de la pretensión, tiene la carga de alegar los hechos constitutivos de la pretensión. Estos son todos aquellos hechos que han de concurrir para que, en virtud de las normas jurídicas, la pretensión procesal deba ser estimada. Los hechos concretos —alegados y, luego, probados— se corresponden a lo previsto en el supuesto de hecho de tales normas.

Pero hay normas jurídicas que prevén consecuencias contrarias a la pretensión. Una modalidad defensiva del demandado consiste en alegar los hechos concretos que permitirán la aplicación de tales normas y, en consecuencia, la desestimación de la pretensión.

Esos hechos pueden ser impositivos o extintivos de la pretensión alegada por el actor.

a') Hechos impositivos

Son los que obstan la producción de los efectos normales derivados de los hechos constitutivos de la pretensión. Ejemplos: el demandado alega que se celebrara el contrato cuyo cumplimiento pretende el actor, pero afirma que uno de los contratantes carecía de capacidad, o que se produjeron vicios de consentimiento, o que, contra lo previsto en el artículo 1277 CC, no existió causa o ésta era ilícita.

La distinción entre los hechos impositivos y los hechos constitutivos es más difícil que la de estos últimos con los hechos extintivos.

Entre constitutivos y extintivos hay una separación en el tiempo que facilita la distinción. En cambio, los constitutivos y los impositivos concurren en el momento histórico en que tienen (o no) lugar los hechos que, para que se origine el derecho, la relación u otra situación jurídica, se funda la pretensión procesal.

No obstante, la diferenciación es necesaria porque la presupone la atribución de las cargas de alegación y de prueba, que impone al actor los hechos constitutivos, y al demandado la de los impositivos (art. 217 CC).

Son criterios útiles para la distinción los siguientes (Pardo-Cerda):

1) Son hechos impositivos los que, según la experiencia, rompen el estado y curso normal de las cosas. Por ejemplo: la enfermedad mental o la falta de seriedad en la prestación del consentimiento.

2) Son hechos impositivos los que, en virtud de disposición legal, no pueden ser considerados excepción a la regla. Por ejemplo: sobre la base del artículo 7.2 CC, en principio el ejercicio de un derecho se entiende como un abuso en ese ejercicio impide las consecuencias normales; sobre la base del artículo 1259, párrafo primero, CC, en principio contratar en nombre

de otro frente a este; o, atendido el artículo 1277 CC, se parte de que la causa del contrato existe y es lícita, de modo que la inexistencia de la causa serán hechos impositivos.

En consecuencia, es importante tener en cuenta que los hechos no son constitutivos por su intrínseca naturaleza, sino que esa cualidad depende de la posición de los mismos respecto de la consecuencia jurídica que se pretende en la pretensión procesal.

En los ejemplos puestos antes: la enfermedad mental, la falta de autorización para contratar en nombre del demandado o la ilicitud de la causa del contrato funcionan como hechos impositivos si la pretensión interpuesta consiste en el cumplimiento del contrato; pero si un contratante pretende la nulidad del contrato, o su anulación o su ineficacia, esos mismos hechos funcionarían como constitutivos de una pretensión procesal declarativa.

Hechos extintivos

Son los hechos extintivos los que implican la cancelación o terminación de los efectos de los hechos constitutivos de la pretensión. Por ejemplo: ante la existencia de una obligación, el pago, la novación, la novación extintiva.

Consideración por el juez de esta clase de hechos

El demandado tiene la carga de alegar y probar estos hechos y normalmente el actor, al introducirlos en el proceso. Pero si no entran en el proceso, el actor no pierde la expectativa de una sentencia favorable: la existencia de hechos impositivos y extintivos condiciona la estimación de la pretensión, pero no la concurrencia de constitutivos, de modo que si la existencia de los primeros resulta del proceso, cualquiera sea la parte que los haya alegado, el juez deberá considerar infundada la pretensión y deberá desestimarla.

La distinción entre prueba y alegación —ésta es, por lo general, el objeto de la carga de la prueba— impone que el hecho impositivo o extintivo no sólo resulte de la prueba, sino que, previamente, resulte de las alegaciones del actor o «se alegue» en las mismas.

Reglas de hechos excluyentes o excepciones materiales en sentido propio

El demandado puede, en fin, alegar una clase de hechos que dejan inalterado el fundamento de la pretensión, pero que constituyen el supuesto de hecho de una norma jurídica que confiere al demandado un derecho potestativo de oponer la eficacia de la pretensión procesal. Ejemplo: la prescripción que permite alegar que el derecho hecho valer con la pretensión se haya consti-

tuido válido y eficaz, tampoco afirma que se haya extinguido por cumplimiento o de otro modo, pero sí supone aducir unos hechos que, justificados en una norma, confieren al demandado la facultad de no cumplir.

A diferencia de lo que ocurre con los hechos impositivos y extintivos, si no es precisamente el demandado quien hace valer los hechos excluyentes el juez debe estimar la pretensión porque –dándose los hechos constitutivos y no concurriendo impositivos o extintivos– es fundada.

d') *Preclusión y acumulación eventual de las defensas de fondo*

La contestación a la demanda es la oportunidad procesal ordinaria para que el demandado formule sus defensas de fondo. Con posterioridad sólo podrán ser admisiblemente formuladas las alegaciones que estén exceptuadas de la preclusión que, por lo general, se produce en el trámite de contestación.

Lo anterior conduce a que el demandado tenga la carga de hacer valer, en ese momento, todas las defensas de fondo disponibles, aunque sean contradictorias entre sí. En tal caso su formulación se acumula de modo eventual.

Por ejemplo: frente a la pretensión de cumplimiento de contrato, el demandado puede negar los hechos constitutivos de éste, aducir la ilicitud de la causa o del objeto, afirmar que cumplió o que la obligación se extinguió de otro modo, sostener, en fin, que la obligación ha prescrito.

REQUISITOS DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

Aunque muchos requisitos del acto de contestación a la demanda son sustancialmente iguales, la diferencia del requisito de forma entre la contestación en el juicio ordinario y la contestación en el juicio verbal repercute en el modo de cumplir tales requisitos, de manera que es más ilustrativo exponerlos distinguiendo las dos clases de contestación.

A) CONTESTACIÓN A LA DEMANDA EN EL JUICIO ORDINARIO

a) *Requisitos de forma y de tiempo*

La contestación a la demanda está sometida a la forma escrita (art. 403 LECiv) y el escrito correspondiente ha de ser presentado en el plazo de veinte días desde el siguiente al en que se hubiera practicado válidamente el acto de comunicación de traslado de la demanda con emplazamiento (art. 404 LECiv).

b) *Requisitos subjetivos*

La capacidad de actuación procesal del demandado habrá de estar debidamente integrada. Por la persona jurídica o ente sin personalidad –pero con capacidad para ser parte– actuará el titular del órgano de actuación del ente.

Constarán en la contestación los nombres y la firma del abogado y del procurador, cuya intervención es preceptiva.

En el plazo para contestar el demandado ha de pedir, si concurre el caso, el llamamiento de un tercero para que intervenga (art. 14.2.1ª LECiv).

c) *Requisitos objetivos*

Se harán valer las defensas procesales –salvo las relativas a jurisdicción y competencia, que han de proponerse antes de contestar, mediante la declinatoria– y las defensas de fondo.

Como ya se hizo notar al tratar las dos clases de defensas, la circunstancia de que la contestación sea el momento ordinario de formulación de las mismas puede conducir a su acumulación eventual.

B) CONTESTACIÓN A LA DEMANDA EN EL JUICIO VERBAL

La posibilidad procesal de contestación la tiene el demandado en la vista del juicio verbal, después de que el actor haya completado o ratificado su demanda. Esa posibilidad ha de utilizarse mediante la formulación de alegaciones orales (art. 443 LECiv).

Se concederá, a tal efecto, la palabra al demandado si su asistencia a la vista se ha producido cumpliendo los requisitos de capacidad de actuación y, si es preceptivo, con intervención de abogado y procurador.

Como ya se advirtió, la contestación con defensas procesales –salvo la declinatoria, que ha debido proponerse antes (art. 63.1 LECiv)– permite no formular inmediatamente las defensas de fondo.

Sólo si las defensas procesales son desestimadas se concede oportunidad al demandado para que articule las defensas de fondo.

Las defensas de fondo presentan las varias modalidades que hemos visto. Pero, en juicios verbales que tienen por objeto determinadas pretensiones procesales, existe la especialidad de que la ley limita las defensas de fondo admisibles, no permite hacer valer todas las que el demandado podría aducir dado el estado de los hechos y el derecho aplicable (art. 444 LECiv). Sobre esta especialidad volveremos al tratar de los juicios sumarios (Cap. 25).

C) CARGA DE ACOMPAÑAMIENTO CON LA CONTESTACIÓN O AL PRESENTARSE A LA VISTA DEL JUICIO VERBAL DE DETERMINADOS HECHOS Y OTROS INSTRUMENTOS

Con la contestación a la demanda o al comparecer a la vista del juicio verbal existe la carga de acompañamiento del poder notarial de representación procesal y de los documentos que acrediten la representación de quien comparece por el demandado (art. 264 LECiv). La consecuencia de la falta de aportación de estos documentos puede ser la declaración de incompetencia y, después del tratamiento establecido para la representación a través del tutor y para la capacidad de actuación procesal.

La falta de los documentos y dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa a efectos de competencia y procedimiento (además del segundo), cuya aportación también requiere el artículo 264 LECiv, no tiene en el caso de la contestación tener otro efecto que el de producir, en su sentido de que tales documentos no podrán ser tomados en consideración al decidirse la impugnación de la cuantía que haya podido hacer el demandado.

Con la contestación –por tanto, si se trata de juicio verbal, no se presenta en la vista, sino cuando se le conceda la palabra para contestar sobre el fondo– el demandado tiene la carga de aportar los documentos, otros escritos y objetos relativos al fondo del asunto que sean relevantes para su defensa.

Para la determinación de estos documentos, su modo de aportación y los efectos de la no presentación (preclusión salvo excepciones) han de remitirse a lo dicho sobre el acompañamiento a la demanda de los documentos sobre el fondo en el Capítulo 11.

LA RECONVENCIÓN Y LA CONTESTACIÓN A LA MISMA

A) CONCEPTO DE RECONVENCIÓN

La reconversión es una nueva demanda dirigida por el demandado frente al actor inicial –y, en su caso, frente a otras personas– que debe tramitarse en el mismo procedimiento que la demanda inicialmente presentada por el actor.

En cuanto supone interposición de una nueva pretensión procesal, no cede de la simple resistencia frente a la pretensión inicialmente presentada por el actor. No constituye tampoco simple contestación a la demanda inicial.

La nueva pretensión da lugar a un nuevo proceso, pero ese proceso se tramita después del ajuste procedimental consistente en la contestación por el demandado reconvenido con arreglo al mismo procedimiento iniciado por la demanda del actor inicial (art. 409 LECiv).

OBJETO DE LA DEMANDA RECONVENIONAL

Para que exista reconversión es necesario que el demandado proponga una pretensión procesal distinta al que el actor propuso en la demanda, es decir, formular una nueva pretensión procesal. En ese sentido dispone el artículo 406.3 LECiv que «al contestar a la demanda, el demandado podrá, además de reconversión, formular la pretensión o pretensiones que crea corresponden respecto del demandante»; y, en su apartado 3 que «la pretensión habrá de expresar con claridad la concreta tutela judicial que pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos».

Existe, por tanto, no hay reconversión si, como dice el art. 406.3 LECiv, el demandado finaliza «solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda», dado que esa sólo es una forma de la abstención de desestimación de la pretensión. Pero tampoco existe reconversión si el demandado se limita a pedir una declaración estrictamente negativa respecto de la pretendida por el actor inicial.

Por el contrario, reconversión si, aunque la petición del demandado se refiera al mismo derecho, relación o situación jurídica a los que se refieren la demanda inicial, respecto de los mismos se formulan pretensiones distintas o se hacen valer causas de pedir distintas.

Por ejemplo:

Una pretensión de nulidad de un contrato, frente a una de nulidad del mismo, pero por causa distinta a la articulada por el actor inicial, o frente a una de nulidad o de cesación de ese mismo contrato, o a la inversa.

Una pretensión declarativa de dominio respecto de un bien determinado, frente a una pretensión servidicaria de ese mismo bien.

El problema surge con determinadas alegaciones del demandado cuya finalidad puede entenderse limitada a provocar –en virtud de los hechos imputados o excluyentes que hace valer– la desestimación de la pretensión inicial, o puede ser entendida como una petición autónoma de tutela judicial, de manera que el pronunciamiento judicial sobre ella va más allá del pronunciamiento sobre la pretensión inicial.

En el caso de la compensación de créditos alegada frente a la pretensión inicial, o de la alegación de cumplimiento de una obligación, o de la alegación de nulidad de un acto jurídico en cuya validez se funda la pretensión inicial para pedir,

por ejemplo, condena al cumplimiento de obligaciones derivadas del negocio o pronunciamientos constitutivos –incluso extintivos– que presupongan la validez del negocio. Para eliminar las dudas sobre la calidad en la que las alegaciones son tratadas (defensas de fondo o pretensión procesal planteada mediante reconvencción), el artículo 408 LECiv establece expresamente respecto de las dos citadas; habría que ver hasta qué punto el tratamiento es extensible a otras similares– que el actor inicial pida tratar a las mismas como si se hubiera propuesto reconvencción y, en tal caso, la cosa juzgada se formará también sobre estas cuestiones.

C) PRESUPUESTOS DE ADMISIÓN DE LA RECONVENCIÓN

a) Competencia del órgano jurisdiccional

Para que sea admisible reconvencción en proceso pendiente ante un órgano jurisdiccional, éste habrá de tener competencia objetiva, tanto por la materia, como por la cuantía (art. 406.2 LECiv).

En cuanto a la competencia territorial para conocer de la pretensión reconvenccional, puede entenderse o bien que es necesario que se trate de competencia si está regida por normas imperativas, o bien que el artículo 406.1 LECiv establece una atribución especial de competencia territorial por conexión con la pretensión inicial.

b) Adecuación del procedimiento inicial para la tramitación de la demanda reconvenccional

Según el artículo 406.2 LECiv «no se admitirá la reconvencción cuando la acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente naturaleza. Sin embargo, podrá ejercitarse mediante reconvencción la acción conexa que, por razón de la cuantía, hubiere de ventilarse en juicio ordinario».

De lo que se deduce que:

1) En los juicios declarativos no es admisible la reconvencción con pretensión procesal que deba ser objeto de un proceso especial.

2) En un juicio verbal es admisible reconvencción que plante pretensiones que deban ser objeto de juicio verbal, salvo que se trate de las pretensiones verbales que, por razón de su objeto, no producen cosa juzgada (art. 406.2 LECiv).

3) En un juicio ordinario es admisible reconvencción que plante pretensiones para las que sea adecuado el juicio ordinario y, atendido lo dispuesto el segundo párrafo del artículo citado, también aquellas para las que sea adecuado el juicio verbal por razón de la cuantía, aunque no se trate de la materia.

conexión entre la pretensión inicial y la pretensión reconvenccional (art. 406.2 LECiv).

La pretensión reconvenccional ha de fundarse en la misma relación o hecho que la pretensión inicial o pedir el pronunciamiento judicial sobre esa misma relación o situación jurídica.

Requisitos reconvenccionales

El artículo 407 LECiv admite la demanda reconvenccional siempre que sea planteada por el actor inicial, aunque se dirija, además, frente a otras personas que inicialmente no fueron demandantes, siempre que las mismas sean necesarias del actor inicial o que hubieran podido ser demandados con él en una acumulación objetivo-subjetiva de pretensiones o que sean necesarios cuasinecesarios del mismo.

Forma de formulación de la reconvencción

La reconvencción ha de formularse en la contestación a la demanda (art. 407.1 LECiv), no sólo en el mismo plazo de la contestación, sino en la misma forma de contestar.

En el juicio verbal la reconvencción no será admitida si no fue anunciada antes de la vista (art. 438.1 LECiv), para permitir al demandado reconvenccional que prepare su defensa en condiciones iguales a las del demandado respecto de la demanda inicial.

Forma de la reconvencción

Si se interpone en juicio ordinario ha de formularse en el escrito de la demanda, a continuación de ésta y cumpliendo los mismos requisitos que el escrito de demanda (art. 406.3 LECiv). Si se interpone en juicio verbal, en el escrito de contestación se complementará la reconvencción que fue anunciada con la antelación antes mencionada.

Se deduce de lo anterior que la llamada reconvencción implícita –no expresamente manifestada como tal– es inadmisibile. De otro modo: deberá ser congruente la sentencia que resuelva una pretensión reconvenccional propuesta en tal calidad por el demandado. Si se trata de las excepciones reconvenccionales, la formación de cosa juzgada sobre ellas depende de que hayan sido tratadas según lo dispuesto por el artículo 408 LECiv.

Los efectos de la falta de acompañamiento del justificante de pago de la cuota de la potestad jurisdiccional véase, en el Capítulo 11, el epígrafe «Costas del trámite de la demanda».

D) CONTESTACIÓN A LA RECONVENCIÓN Y TRAMITACIÓN SUBSIGUIENTE

En el juicio ordinario, de la demanda reconvenicional se da traslado a los demandados en ella (actor inicial y, en su caso, otros demandados) para que la contesten en plazo de veinte días, con sujeción a los mismos requisitos de la contestación ordinaria (art. 407.2 LECiv). A partir de esa contestación o de su preclusión o de otras conductas posibles de los demandados distintas al actor inicial (por ejemplo: rebeldía), el proceso continúa con una única serie de actos para el tratamiento de la demanda inicial y de la reconvenicional (art. 409 LECiv).

En el juicio verbal la contestación se produce oralmente en el acto de la vista, pero si se ha admitido reconvencción contra el actor inicial y contra terceros, estos últimos deberán ser previamente citados a la vista.

Capítulo 13

MANUEL ORTELLS RAMOS

SUMARIO.—OTROS ACTOS DE ALEGACIÓN.—ALEGACIONES ACLARATORIAS Y COMPLEMENTARIAS.—A) Alegaciones del actor relativas al incumplimiento de requisitos procesales en la personación y contestación del demandado.—B) Alegaciones que implican modificación de la pretensión procesal o de las pretensiones procesales objeto del proceso.—C) Alegaciones complementarias y aclaratorias de las formuladas en la demanda y contestación sobre hechos constitutivos impositivos, extintivos y excluyentes.—ALEGACIONES AMPLIATORIAS DE HECHOS.—A) Qué clases de hechos pueden ser alegados.—B) Posibilidades procesales de su alegación y tratamiento procesal subsiguiente.—ALEGACIONES DEL INTERVINIENTE.—ALEGACIONES DE HECHOS DETERMINANTES DE SATISFACCIÓN EXTRAPROCESAL O DE CARENIA SOBREVENIDA DE OBJETO.—PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES INCIDENTALES.

OTROS ACTOS DE ALEGACIÓN

El artículo 412.1 LECiv dispone que «establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvencción, las partes no podrán alterarlo posteriormente».

Desde un punto de vista lógico ese precepto tiene fácil justificación: ha sido formulada la pretensión procesal (o las pretensiones procesales; tanto por el actor inicial, como, en su caso, por el reconvenicional) y han sido alegados los hechos destinados a provocar su estimación (por el actor inicial o por el reconvenicional) y los hechos que persiguen su desestimación (por el demandado); si el proceso ha de avanzar y no ha de estancarse en un juego de alegaciones y de contraalegaciones, debe darse entrada a la actividad probatoria, en la que el juez fundará el juicio de hecho, si los hechos han quedado controvertidos.

Pero el derecho no se plantea la ordenación de esta materia simplemente desde una perspectiva lógica, sino ponderando unos intereses que en ella están en juego (FAIRÉN). Específicamente:

1) El actor puede tener interés en que se admita la modificación de la demanda porque se ha alterado el estado de hechos en el que la basó, porque ha descubierto hechos o documentos fundamentales, para corregir posibles

errores en la demanda, o porque la contestación del demandado hace aconsejable otro modo de ataque.

2) El demandado tendrá interés en que no se permita esa modificación porque, atendida la demanda inicial, tiene una expectativa de que se resuelva sobre ella sin verse envuelto en un nuevo proceso con base en la modificación o porque ésta, en cualquier caso, dificulta su defensa. Por otra parte, es igual que el actor, el demandado tiene interés en que se le permita alegar hechos nuevos o desconocidos para él en el momento de formular la contestación.

3) La presencia del interés público en lograr la economía procesal puede inclinar, según los casos, hacia una u otra solución: es verdad que se impide la modificación de la demanda y de la contestación se elimina el riesgo de complicación del proceso inicial, pero si se permiten tal vez se consiga evitar el planteamiento de otro proceso en el futuro. Pero no sólo hay interés público en la economía procesal, sino también —y, tal vez, principalmente— en que la contradicción entre las partes tenga un desarrollo suficiente y en que el litigio pueda ser resuelto con el máximo ajuste al estado de hechos relevante para el sentido de la sentencia.

Atendidos estos diversos intereses se establece una excepción a la regla general del artículo 412 LECiv, en el sentido de que lo dispuesto en su apartado 1 «ha de entenderse sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, en los términos previstos en la presente Ley» (art. 412.1 LECiv).

En realidad, en la LECiv hay más excepciones a la regla general del artículo 412.1 que la que cita su apartado 2. En este tema nos referiremos a todas las excepciones: sobre algunas desarrollaremos una breve exposición; respecto a otras nos limitaremos a situarlas en su contexto correcto —que creo que es éste—, aunque su exposición es materia de otros temas.

ALEGACIONES ACLARATORIAS Y COMPLEMENTARIAS

Ésta es la denominación legal de las alegaciones a las que se refiere el artículo 426 LECiv. Sin embargo, la cuestión de las alegaciones que la ley permite al actor y al demandado inmediatamente a continuación de sus actos de alegación básicos es más amplia que lo que este artículo regula, y, además, en algunos supuestos requiere destacar la especialidad del juicio verbal.

Intentaremos una exposición más completa, al menos en cuanto a la enunciación de los diferentes supuestos.

1) ALEGACIONES DEL ACTOR RELATIVAS AL INCUMPLIMIENTO DE REQUISITOS PROCESALES EN LA PERSONACIÓN Y CONTESTACIÓN DEL DEMANDADO

La audiencia previa no sólo tiene por objeto debatir las defensas procesales del demandado (en su caso, del reconvenido frente a la demanda reconvenicional) o las cuestiones de naturaleza procesal planteadas de oficio por el órgano jurisdiccional —también sobre éstas las partes habrán de formular alegaciones en el acto, necesariamente complementarias a las de su demanda y contestación iniciales— sino también las alegaciones del actor relativas al incumplimiento de requisitos procesales en la personación y contestación del demandado.

Así:

1) Cuando el actor aduzca en la audiencia defectos de capacidad o representación, que sean subsanables o susceptibles de corrección, se podrán subsanar o corregir en el acto y si no fuese posible en ese momento, se concederá para ello un plazo, no superior a diez días (art. 418.1 LECiv).

2) El actor puede aducir en la audiencia falta de claridad o precisión en la contestación (art. 424.1 LECiv).

Estas alegaciones son también admisibles en el momento adecuado de la vista del juicio verbal.

2) ALEGACIONES QUE IMPLICAN MODIFICACIÓN DE LA PRETENSIÓN PROCESAL O DE LAS PRETENSIONES PROCESALES OBJETO DEL PROCESO

Se trata de alegaciones que suponen la introducción de más pretensiones procesales o la modificación de los elementos identificativos de las mismas, de modo que resulte una pretensión distinta (aun parcialmente).

Las oportunidades más amplias para este tipo de alegaciones se tienen en la ampliación de la demanda (véase Cap. 10) y en la reconvencción (Cap. 12), pero estas oportunidades acaban cuando se cierra el plazo de contestación. Se trata de considerar ahora en qué medida, con posterioridad a esa preclusión, son admisibles alegaciones que comporten las modificaciones dichas.

a) Juicio ordinario

Alegaciones de esas características son limitadamente admisibles dentro de la audiencia previa del juicio ordinario. Los preceptos relevantes están en el artículo 426 LECiv: «podrán las partes (...) rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos» (ap. 2):

«si una parte pretendiere añadir alguna petición accesoria o complementaria de las formuladas en sus escritos, se admitirá tal adición si la parte contraria se muestra conforme. Si se opusiere, el tribunal decidirá sobre la admisibilidad de la adición, que sólo acordará cuando entienda que su planteamiento en la audiencia no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad» (ap. 3).

Estas disposiciones, a pesar de la terminología de pretensiones y peticiones, no sólo están considerando las modificaciones en el objeto procesal en sentido estricto, puesto que se refieren a las modificaciones que intentan introducir ambas partes (no sólo el actor, en su caso, reconvenional), sino que afectan también a las objeciones frente a la demanda y a las excepciones en sentido estricto que el demandado propuso en la contestación.

Son admisibles las alegaciones de modificación de pretensiones que reúnan alguna de las dos siguientes características:

1) Consistir en una supresión o reducción de las pretensiones inicialmente puestas. La admisión de esta modificación es poco dudosa por cuanto, al afectar estrictamente a la pretensión procesal, supondrá un acto de disposición (renuncia, desistimiento, allanamiento), que es admisible, de acuerdo con el régimen de estos actos, durante la pendency del proceso.

2) La extensión o ampliación, cualitativa y cuantitativa, de las pretensiones, siempre que no alteren la petición inicial, sino que acompañen a la misma por vía de aclaración (por ejemplo: corrección de errores en la súplica de la demanda), de conexión o deducción (por ejemplo: pedida la nulidad de una transmisión, pedir después la nulidad del asiento registral a que hubiera dado lugar; pedida en la demanda la división de todos los bienes comunes entre actor y demandado, especificar después qué bienes tienen esa condición).

b) Juicio verbal

Respecto al juicio verbal las oportunidades de interposición de las pretensiones son la demanda (aunque sea sucinta: véase Cap. 11; además, no es admisible su ampliación -Cap. 10-) y la reconvenición (anunciada por escrito de modo previo a la vista: Cap. 12). El artículo 443 LECiv no considera posibilidades posteriores de modificación, pero entiendo que son admisibles, en el acto de la vista, modificaciones con los mismos límites que acabamos de exponer.

C) ALEGACIONES COMPLEMENTARIAS Y ACLARATORIAS DE LAS FORMULADAS EN LA DEMANDA Y CONTESTACIÓN SOBRE HECHOS CONSTITUTIVOS, IMPEDITIVOS, EXTINTIVOS Y EXCLUYENTES

Esta clase de alegaciones no modifica la pretensión o las pretensiones procesales pero sí los hechos que, según su interés, fueron aducidos por el

actor (hechos constitutivos) y por el demandado (hechos impeditivos, extintivos o excluyentes) para que la pretensión procesal fuera resuelta en sentido favorable a cada una de esas partes.

Dada la trascendencia de estos hechos en el debate procesal, la ley es bastante restrictiva en la admisión de su modificación.

En el juicio ordinario la permite, dentro de la audiencia previa, con este alcance:

- 1) Aclaración de las alegaciones formuladas (art. 426.2 LECiv).
- 2) Formulación de alegaciones complementarias cuya pertinencia está justificada atendido lo que ha sido alegado por la parte contraria (art. 426.1 LECiv: «podrán efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario»).

Por ejemplo: el demandado alegó que el contrato en que el actor funda su pretensión se realizó sin su autorización, el actor replica que después el demandado obtuvo el consentimiento prestado por otro en su nombre (art. 1259 CC); el demandado alega que pagó a persona autorizada por el acreedor, el actor aduce la inexistencia de tal autorización (art. 1162 CC); el demandado alega prescripción, el actor replica que no ha transcurrido el plazo legal o que éste fue interrumpido (art. 1961 CC).

En el juicio verbal no están previstas estas nuevas alegaciones, pero tampoco parece necesaria la previsión de las mismas, porque la carga de alegar los hechos a los que pueden referirse tales modificaciones existe, por primera vez, en la misma vista.

ALEGACIONES AMPLIATORIAS DE HECHOS

Sin las limitaciones de los subapartados B) y C) del apartado anterior (estas últimas en cuanto a la modificación de la pretensión procesal por modificación de su «causa petendi») la ley admite la alegación por las partes de los hechos relevantes para la decisión del pleito que hubieran ocurrido o que hubieran sido descubiertos por la parte, con posterioridad a la demanda o a la contestación (art. 426.4 LECiv), o, incluso, con posterioridad a otras posibilidades de alegación en el proceso en curso.

Se trata de excepciones justificadas (sea por la novedad de los hechos, sea por su anterior desconocimiento) a las preclusiones de alegación establecidas por la ley en trámites anteriores del procedimiento.

El control de las circunstancias de novedad de los hechos y de desconocimiento es riguroso: «El tribunal rechazará, mediante providencia, la alegación de hecho acaecido con posterioridad a los actos de alegación si esta

circunstancia no se acredite cumplidamente al tiempo de formular la alegación. Y cuando se alegase un hecho una vez precluidos aquellos actos pretendiendo haberlo conocido con posterioridad, el tribunal podrá acordar, mediante providencia, la improcedencia de tomarlo en consideración si, a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las demás partes, no apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos. En este último caso, si el tribunal apreciase ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación, podrá imponer al responsable una multa de ciento veinte a seiscientos euros» (art. 286.4 LECiv).

Respecto de estas alegaciones ampliatorias importa, principalmente, tratar dos cuestiones.

A) QUÉ CLASES DE HECHOS PUEDEN SER ALEGADOS

A mi juicio, pueden ser alegados hechos de dos clases:

1) Hechos determinantes de una nueva causa de pedir para la misma petición de tutela (art. 400 LECiv). Como ejemplo puede citarse el de que hayan acaecido o hayan sido descubiertos nuevos hechos que pueden fundar, también, la resolución del contrato de arrendamiento pretendida en la demanda (véase Cap. 10).

2) Hechos que, aunque no identifiquen la pretensión procesal por integrar su causa de pedir, sean relevantes para el sentido del pronunciamiento sobre ella por ser constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes.

En todo caso se exceptúan aquellos hechos nuevos que, según el efecto de la litispendencia establecido por los arts. 412 y 413 LECiv (véase Cap. 11), la sentencia no debe considerar.

B) POSIBILIDADES PROCESALES DE SU ALEGACIÓN Y TRATAMIENTO PROCESAL SUBSIGUIENTE

Estas posibilidades dependen del momento en que el hecho haya ocurrido o haya sido descubierto y del tipo de proceso declarativo que se esté tramitando.

1) Tratándose de juicio ordinario «si después de la demanda o de la contestación ocurriese algún hecho de relevancia para fundamentar las pretensiones de las partes en el pleito, o hubiese llegado a noticia de las partes alguno anterior de esas características», la alegación del hecho habrá de producirse en la audiencia (art. 426.4 LECiv).

En la misma audiencia previa, la contraparte ha de asumir la carga de manifestarse sobre la certeza del hecho, de modo que la proposición de prueba, si el hecho no es admitido, puede hacerse en el momento ordinario.

2) En el juicio ordinario y en el juicio verbal, y dentro de los actos del juicio o de la vista, respectivamente, pueden alegarse los hechos ocurridos o descubiertos después de precluidos actos de alegación anteriores.

La contraparte habrá de manifestarse en el acto sobre el reconocimiento como cierto. Si no lo reconoce, la prueba correspondiente se propondrá y se practicará en la vista del juicio verbal o –tratándose del juicio ordinario– en el acto del juicio, siempre que sea posible proceder a esa práctica inmediata (art. 433.1 LECiv). En otro caso la prueba se practicará como diligencias finales (art. 435.1.3ª LECiv).

3) En el juicio ordinario, y si los hechos ocurrieron o fueron conocidos después de iniciada la práctica de la prueba en el acto del juicio, pueden ser alegados en el modo previsto en el artículo 286.1, 2 y 3 LECiv: las partes podrán hacer valer el hecho, alegándolo de inmediato por medio de escrito, que se llamará de ampliación de hechos; del escrito de ampliación de hechos se dará traslado a la parte contraria, para que, dentro del quinto día, manifieste si reconoce como cierto el hecho alegado o lo niega; si el hecho nuevo o de nueva noticia no fuese reconocido como cierto, se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil en el modo previsto para las diligencias finales.

El límite de admisión de esta alegación es el inicio del plazo para dictar sentencia (art. 286.1 LECiv). La excepción a la preclusión que establece el artículo 271 LECiv –que se produce incluso si se ha iniciado el plazo para dictar sentencia– no se refiere a la alegación de un hecho, sino a la aportación de documentos de determinadas clases.

ALEGACIONES DEL INTERVINIENTE

El interviniente –es decir, la persona que inicialmente no era parte en el proceso, pero que está legitimada para intervenir en él y ha sido admitida a intervenir (véase Cap. 7)– tiene la posibilidad de formular «las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso. De estas alegaciones se dará traslado, en todo caso, a las demás partes, por plazo de cinco días» (art. 13.3 LECiv).

Esta norma es de difícil interpretación porque debe ser compaginada con lo que dispone el primer párrafo del artículo 13.3 LECiv, en el sentido de que «admitida la intervención, no se retrotraerán las actuaciones».

La interpretación correcta no puede ser, en consecuencia, que la reconvención se produce después de transcurridos los plazos para la alegación inicial, se debe conceder en todo caso al interviniente para formular esas alegaciones. Eso sería retrotraer las actuaciones.

La interpretación más correcta es ésta: la solicitud de interposición es causa de suspensión del proceso (art. 13.2 LECiv), pero si cuando se presenta aún existía la posibilidad de formular alegaciones iniciales, la solicitud es después estimada, se deberá conceder al interviniente la posibilidad de formular aquellas alegaciones, sin las limitaciones que antes hemos visto antes— a las alegaciones aclaratorias y complementarias y a las alegaciones ampliatorias de hechos.

Además de lo anterior, el interviniente puede formular, según los supuestos, alegaciones aclaratorias, complementarias y ampliatorias de hechos. No puede sin embargo, dentro de las alegaciones de la primera clase, alegar las que supongan supresión, reducción, extensión o ampliación de las peticiones procesales, porque no es él quien las ha interpuesto, ni tiene poder de disposición sobre ellas.

ALEGACIONES DE HECHOS DETERMINANTES DE SATISFACCIÓN EXTRAPROCESAL O DE CARENIA SOBREVENIDA DE OBJETO

El artículo 22.1 LECiv dispone que «cuando, por circunstancias sobrevinidas a la demanda y a la reconvención, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia al tribunal».

Ejemplos de estas circunstancias pueden ser el del demandado que, tras una pretensión de condena, cumple extraprocesalmente la obligación correspondiente; o el de una sucesión entre actor y demandado en cuanto a la titularidad de la cosa litigiosa; o el de que, estando pendiente pleito por constitución de una servidumbre forzosa de paso, la finca del actor ha sido accesible directamente a camino público.

La LECiv considera esta situación como supuesto de terminación del proceso. Como tal lo trataremos en el Capítulo 18.

Pero ahora importa advertir que también es una posibilidad especial de alegación de hechos, con dos particularidades:

1) No está sometida a los límites de las alegaciones ampliatorias de hechos, sino que puede producirse incluso cuando está en curso el pleito.

La alegación de hechos determinantes de satisfacción extraprocesal o de carencia sobrevinida de objeto, porque ésta ha de ajustarse a las innovaciones producidas en el estado de cosas existente en el momento de la demanda, cuando las circunstancias determinan la satisfacción extraprocesal de la pretensión o la pérdida de interés legítimo en obtener la tutela (art. 413 LECiv).

Esto permite introducir los hechos determinantes de satisfacción de la pretensión o pérdida sobrevinida de interés legítimo en el proceso, pero no la introducción de hechos que tengan otra eficacia. Los hechos no se introducen para que el juez los tenga en cuenta al resolver sobre la pretensión, sino para que, en su momento, la finalización del proceso por la causa del artículo 22 LECiv.

PLANTEAMIENTO DE CUESTIONES INCIDENTALES

Las cuestiones incidentales (arts. 387-393 LECiv) son consideradas por la ley como supuestos de crisis procesal o de desarrollo anormal del proceso. Como tales las trataremos en el Capítulo 27.

Las cuestiones incidentales son también alegaciones, en el sentido de las peticiones (con determinadas características) que las partes plantean al tribunal para que el órgano jurisdiccional resuelva sobre ellos (art. 387 LECiv).

Sólo el planteamiento de cuestiones incidentales sólo pueden alegarse en los temas determinados por los artículos 387 y 391 LECiv. La interpretación de estos preceptos hace que los temas cuya alegación es admisible como cuestión incidental, no siempre se distinguen con claridad de aquellas que no lo son. La alegación se somete a las reglas estudiadas en los diversos apartados de este Capítulo. Una aproximación a la concreción de los temas de cuestión incidental puede verse en el Capítulo 27.

Título V
La prueba

Capítulo 14

MANUEL ORTIGUELL RAMOS

SUMARIO.—LA PRUEBA: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA.—A) Concepto.—B) Naturaleza jurídica.—C) OBJETO DE LA PRUEBA.—A) Los datos de hecho.—B) Las normas jurídicas.—C) Reglas de naturaleza no jurídica.—FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA.—PROCEDIMIENTO PROBATORIO.—A) Proposición de los medios de prueba.—B) Admisión de los medios de prueba.—C) Tratamiento de la prueba ilícita por violación de derechos fundamentales.—D) Práctica de la prueba.—VALORACIÓN DE LA PRUEBA.—A) Valoración legal de la prueba: concepto, fundamento y supuestos de aplicación.—B) Valoración libre de la prueba: concepto y supuestos de aplicación.—C) Motivación de la valoración de la prueba.—LAS PRESUNCIONES.—A) Estructura y clases.—B) Las presunciones judiciales.—CARGA DE LA PRUEBA.—A) Carga de la prueba formal y material.—B) Fundamento de la carga material de la prueba.—C) Normas sobre carga material de la prueba.

LA PRUEBA: CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA

A) CONCEPTO

En la sentencia el juez emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión procesal con el derecho, y, en consecuencia, decide estimarla o desestimarla, poniendo fin al proceso de declaración.

El juicio sobre la conformidad con el derecho no es un juicio en abstracto. La pretensión procesal, que formula una petición concreta, se basa en una determinada causa de pedir. Ésta no consiste en normas, ni en calificaciones jurídicas, sino en acaecimientos concretos de la vida social, que tienen relevancia jurídica y que diferencian una pretensión de otra. Además, la estimación de la pretensión depende de la concurrencia de los hechos constitutivos. En fin, el principio de contradicción implica que deben ser tomadas en consideración las alegaciones defensivas del demandado, consistentes en hechos con relevancia jurídica, no favorables a la conformidad a derecho de la pretensión procesal.

En todo proceso de declaración es necesaria, en consecuencia, una actividad para que sean establecidos los hechos como concurrentes o no en la realidad, a los efectos de sustentar la aplicación de las normas jurídicas para

el pronunciamiento sobre la pretensión. Esta actividad es, por regla general, la prueba.

Pero, ¿qué es la prueba?

Un primer intento de conceptualización sería el de considerarla como actividad para demostrar la verdad de los hechos relevantes para la decisión sobre la pretensión procesal. Este modo de concebir la prueba plantea importantes cuestiones filosóficas, tales como el concepto de verdad, la aseveración o no de la verdad. Pero, además y como luego veremos, la prueba se produce en el proceso civil con unas limitaciones que impiden afirmar no sólo que con ella se pueda conocer la verdad, sino que el modo de alcanzar la verdad sea el objetivo.

Esta dificultad ha conducido a establecer el concepto de prueba de un modo.

De modo muy radical CARNELUTTI sostenía que la prueba es un modo de fijación de los hechos controvertidos en la sentencia. La necesidad de un concepto de prueba desligado de referencias a la verdad o a la certeza de los hechos, no sólo se debe a reglas como la exención de prueba de hechos admitidos o como las que asignan un valor legal a ciertos hechos de prueba, sino, más en general, a que las limitaciones a las que se somete la actividad probatoria en un proceso, no permiten definirla en términos de verdad objetiva, ni de convicción subjetiva.

Decía ese autor italiano: «Cuando la búsqueda de la verdad está limitada de modo que ésta no puede ser conocida en todo caso y por cualquier medio, sea más o menos riguroso el límite, es siempre el de que no se trata de la búsqueda de la verdad material, sino de un proceso de fijación formal de los hechos».

En la doctrina española SERRA concibe la prueba como la actividad consistente en la comparación entre una afirmación sobre unos hechos y la realidad de tales hechos, encaminada a formar la convicción del juez. Pero, que se refiere al concepto de realidad de los hechos, el conocimiento de la misma no es el fin que la prueba ha de alcanzar, sino que el fin de la prueba es provocar un estado subjetivo de convicción en el juez acerca de la correspondencia de la afirmación de hechos con la realidad.

PRIETO-CASTRO y GOMEZ ORBANEJA mantienen una posición en cierto modo ecléctica, porque conciben la prueba tanto como una actividad para provocar la convicción del juez, cuanto como un medio para la fijación formal de los hechos, aunque este segundo aspecto sólo pretende incluir los supuestos en los que, prescindiendo de la convicción del juez, un hecho ha de ser establecido como cierto en la sentencia.

Es importante pensar que el concepto de prueba jurídica y específicamente procesal es muy próximo al concepto cultural común de prueba, pero es distinto. Así, que la concreción de los métodos de conocimiento no es la que se atiende al ordenar la prueba jurídica. En muchos sentidos la actividad probatoria en un proceso es muy distinta a la labor del historiador o del filósofo, o, genéricamente, de cualquier persona que se considere suficientemente seguro sobre unos hechos.

En el proceso procesal están reguladas las facultades de las partes y los poderes del juez sobre la prueba. En términos generales esa regulación responde bien a la idea de la aportación de parte, bien sea al establecimiento de poderes de prueba de oficio.

El proceso puede establecer unos medios de prueba determinados, lo cual hace posible la adopción de medios distintos.

El proceso regula el procedimiento para practicar los medios de prueba, lo cual responde a la idea de la labor de busca del conocimiento en aras de otros principios, como el de contradicción.

El proceso prohíbe actividades probatorias que lesionen determinados valores preprocesales (art. 11.1 LOPJ).

El proceso establece reglas legales de valoración de algunos medios de prueba, que responden a la idea de la constatación como ciertos determinados hechos aunque el proceso no decida el convencimiento sobre los mismos.

El proceso establece reglas sobre la carga de la prueba, que posibilitan decidir sobre la veracidad de hechos y, por tanto, resolver sobre la pretensión, aunque el proceso no decida y constatación seguras sobre hechos relevantes.

La consideración de todas las circunstancias ahora recordadas debe conducir a rechazar cualquier concepto de prueba procesal que utilice las ideas de verdad objetiva o de convicción.

En esta introducción debe entenderse la definición de la prueba procesal como la actividad para convencer al juez del ajuste a la realidad de las afirmaciones de las partes o para fijarlas formalmente a los efectos de la resolución del juez en el proceso.

LA PRUEBA JURÍDICA

La disposición derogatoria única.2.1ª LECiv deroga la mayor parte de las disposiciones sobre la prueba que están contenidas en artículos del Código de Procedimiento Civil y de la prueba de las obligaciones— del Tít. I del Lib. IV).

El tratamiento de las disposiciones sobre la prueba en el Código de Procedimiento Civil es la principal razón que impulsaba a tratar de la naturaleza jurídica de la prueba y de las normas que la regulan. La conclusión de ese tratamiento es que la naturaleza procesal, a pesar de esa ubicación sistemática.

Para determinar la naturaleza jurídica de la prueba y de las normas que la regulan es necesario distinguir —con Guasá— entre prueba material y prueba judicial o procesal.

La primera es una actividad dirigida a proporcionar fundamento para actos de derecho material, en cuanto sea necesaria para ello una comprobación o demostración de datos concretos realizada de acuerdo con unas reglas determinadas. Esa necesidad existe si aquellos actos han de ser dictados por órganos del poder público, lo cual ocurre ordinariamente en el ámbito del Derecho Administrativo, pero también puede darse en materias de Derecho Privado, como sería el caso del régimen de los medios de prueba necesarios para que puedan producirse asientos en el Registro Civil, en registros de la propiedad inmobiliaria, mercantil o relativos a patentes y marcas. Esta actividad puede ser denominada prueba o de otro modo (acreditamiento, comprobación, etc.), pero, en todo caso, es evidente que la misma y sus efectos jurídicos se producen fuera de un proceso y, aunque tengan una utilidad dentro del mismo si llega a iniciarse, estarían igualmente justificados prescindiendo de la consideración de un posible proceso. En todo caso, las normas que la regulan son de derecho material.

La prueba judicial es, por el contrario, una actividad necesaria de un proceso. Esto determina una serie de peculiaridades de la misma en los aspectos subjetivos, objetivos y en el modo o la forma de realización de esta actividad.

Ésta generalmente proviene de las partes y va destinada al juez. Se atribuye a los poderes de dirección de éste y persigue producir su convicción y la aplicación por él de una norma de valoración legal de la prueba. Si se atribuyen al juez poderes oficiales amplios respecto de la prueba, su papel va más allá del de director y receptor.

El objeto de la actividad probatoria se delimita en función de la pretensión y resistencia formuladas en el proceso y de los criterios que rijan la introducción del material de hecho en el mismo (aportación de parte o investigación oficial).

El modo y la forma de realizarse la actividad probatoria están decisivamente influidos por los principios de contradicción e igualdad, tanto en la proposición, como en la práctica de los medios de prueba.

Las normas que rigen esta actividad probatoria son normas procesales, porque sólo en el proceso tienen aplicación.

La prueba de la que aquí se trata es prueba procesal, y procesales son las normas que la regulan. Esto último tiene consecuencias para la fijación del ámbito de aplicación de las mismas: la admisión y el valor de un medio

de prueba en un proceso que se realiza ante un tribunal español se rige por la ley procesal española (art. 3 LECiv) vigente en el momento de realizarse el proceso (art. 2 LECiv), no por la ley extranjera o por una ley ya derogada que, no obstante, pueda ser de aplicación para resolver sobre la pretensión.

OBJETO DE LA PRUEBA

Objeto de la prueba es el tema o materia a la que se refiere la actividad probatoria y sobre el cual se persigue generar la convicción del juez o la fijación en la sentencia por aplicación de una norma de valoración legal.

En principio puede decirse que objeto de la prueba son los datos alegados por las partes. Pero, a continuación, debe advertirse que:

1) Fundamentalmente se trata de los datos de hecho (art. 281.1 LECiv).

2) En los términos que veremos también pueden ser objeto de prueba las normas jurídicas (art. 281.2 LECiv) y las reglas y los juicios técnicos o de valor de naturaleza no jurídica.

3) No todos los datos de hecho necesitan ser objeto de la prueba (art. 281.3 y 4 LECiv).

A continuación trataremos de cada una de estas clases de datos como objeto de la prueba.

A) LOS DATOS DE HECHO

Objeto principal de la prueba son los datos de hecho alegados por las partes y que guarden relación con la pretensión procesal. Dispone, en este sentido, el artículo 283.1 LECiv que «no deberá admitirse ninguna prueba que, por no guardar relación con lo que sea objeto del proceso, haya de considerarse impertinente».

a) Han de ser datos de hecho relevantes para la resolución sobre la pretensión procesal

Es decir, datos de hecho que, por ser subsumibles en las normas que han de ser aplicadas para resolver —en sentido favorable o adverso— sobre la pretensión procesal, la verificación de su concurrencia en concreto influirá en ese pronunciamiento.

Pueden pertenecer al mundo exterior o ser hechos internos (dolo, error, defecto psíquico).

Pueden ser hechos jurídicamente relevantes de un modo directo: constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes de la pretensión procesal.

Pueden ser relevantes de un modo indirecto en alguno de los dos casos siguientes:

1) Constituyen los hechos base de una presunción legal o de una presunción judicial, a partir de los cuales y una vez aplicada la norma de presunción o elaborado el razonamiento presuncional, se concluirá la existencia o inexistencia de un hecho constitutivo, impeditivo, extintivo o excluyente.

2) Por ser útiles para determinar el valor probatorio de otro medio de prueba. Es el caso de los hechos accesorios: por ejemplo, los hechos que influyen en la credibilidad de la declaración de un testigo (arts. 377 al 380 LECiv), en la fiabilidad del informe de un perito (art. 343 LECiv), en la autenticidad de un documento.

b) No necesidad de prueba de los hechos admitidos

No obstante, hay datos de hecho que pueden quedar fijados como ciertos en la sentencia sin necesidad de prueba.

Éste es el caso, en primer término, de los hechos admitidos. El artículo 281.3 LECiv establece al respecto que «están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes».

Esta norma responde al principio de aportación de parte que informa el proceso civil en materia de alegación y de prueba de los hechos. Este principio conduce a que si una parte da como ciertos los hechos alegados por la contraria, así deban ser tenidos por el juez, porque éste no tiene potestad para formar el material de hecho del proceso.

La calidad de admitido o no de un dato de hecho resulta de la asunción por las partes de una carga de manifestarse sobre ello. Las partes tienen la carga procesal de tomar postura frente a las afirmaciones de hecho de la parte contraria y han de asumirla en los actos de alegación respectivos (contestación a la demanda -art. 405.2 LECiv-, contestación a las alegaciones ampliatorias de hechos que se formulen en la audiencia previa o en el acto del juicio -arts. 426.4 y 433.1 LECiv- o mediante escrito de ampliación -art. 286.2 y 3 LECiv-).

El modo de asumir esa carga puede dar lugar a tres situaciones distintas:

1) Negación de los hechos: los hechos pasan a ser controvertidos y no serán fijados en la sentencia si no resultan probados.

2) Admisión de los hechos: no sólo los hechos habrán de ser establecidos en la sentencia sin necesidad de prueba, sino que la prueba que respecto de ellos se propusiera sería inadmisibile (art. 281.3 LECiv).

3) Silencio o respuesta evasiva: la prueba que se proponga respecto del hecho en cuestión no es inadmisibile, pero si el juez, en el momento de dictar sentencia, duda sobre la certeza de tal hecho, puede inclinarse por entender que se ha producido una admisión tácita. Dispone en ese sentido el artículo 399.3 LECiv que «en la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales». En principio, el juez no deberá reaccionar de este modo ante la ausencia de una toma de postura clara de la contraparte. En la alegación del hecho, no se respetó el requisito formal establecido en el artículo 399.3 LECiv: «Los hechos se narrarán de forma ordenada y clara con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar».

Por otra parte, en la audiencia previa al juicio (juicio ordinario; arts. 428 y 430.1 LECiv) y en la vista del juicio verbal antes de la prueba (art. 443.4 LECiv), el juez ha de instar a las partes a que especifiquen respecto de qué hechos muestran su conformidad y respecto de cuáles mantienen controversia, precisamente para delimitar el objeto concreto de la prueba en ese proceso en función de lo acabado de exponer. No obstante, si un hecho fue previamente admitido con anterioridad, parece que no sería atendible la revocación de la admisión en esta oportunidad.

2. Hechos notorios

Tampoco necesitan prueba los hechos notorios. Lo establece ahora expresamente el artículo 281.4 LECiv: «No será necesario probar los hechos que gocen de notoriedad absoluta y general».

Son hechos notorios, de acuerdo con el concepto clásico de SMITH, aquellos hechos tan generalizadamente percibidos o divulgados sin refutación con una generalidad tal que un hombre razonable puede declararse razonablemente convencido de ellos.

Críticamente se ha observado frente a este concepto (CALAMANDREI) que no basta con la característica fáctica de generalización, sino que lo que hace razonable no exigir la prueba de esta clase de hechos es la cualidad de que los mismos forman parte de la cultura de un grupo social en cierto momento histórico, de modo que sería absurdo requerir una prueba específica, porque para el conocimiento (o recuerdo) del hecho los instrumentos ordinariamente disponibles para el conocimiento de las informaciones que inte-

gran el acervo cultural, conduce a una conclusión tan segura como la política de la prueba.

Por ejemplo: si fuera relevante para el efecto jurídico sobre el que el juez ha de pronunciarse, en calidad de fecha de referencia, conocer el día en que el hombre llegó por primera vez a la Luna, la consulta de una enciclopedia ofrece resultados tan seguros como una certificación de la NASA, que, por lo demás, no parece necesario solicitar.

Por la matización al concepto que se indicó más arriba, no sería un caso de hecho notorio local —sin perjuicio de que el art. 281.4 LECiv tampoco admite esta clase de notoriedad— el de unas expresiones atentatorias contra el honor de una persona vertidas en un acto público, celebrado en un pueblo pequeño, y al que asistían todos los habitantes, incluido el juez. Dado que se trata de un hecho sin relevancia cultural, el conocimiento del juez sería un conocimiento privado, que no puede utilizar.

Que los hechos notorios no están necesitados de prueba significa que el juez los puede establecer como fundamento de su resolución, aunque no hayan sido probados. Si necesita recordarlos, puede utilizar cualquier medio disponible para ello.

Aunque esta clase de hechos no necesitan prueba, ello no quiere decir que no pueden ser objeto de la misma. La proposición de prueba respecto de estos hechos se producirá, normalmente, cuando prácticamente se estime difícil que el juez considere el hecho como notorio (por ejemplo, porque el interés probatorio no se centre en los aspectos generales del hecho, sino en aspectos de detalle del mismo, sobre los que tal vez no exista notoriedad). En cualquier caso es admisible contraprueba, consistente tanto en demostrar que el hecho no es notorio, como que en sí no es cierto.

B) LAS NORMAS JURÍDICAS

Por regla general, las normas jurídicas no son objeto de prueba. El juez debe investigar y aplicar las normas en vigor, no sólo sin necesidad de que las partes las prueben, sino incluso sin necesidad de que las aleguen. Recuerdese lo que el artículo 218.1, párrafo segundo LECiv dispone: «El tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes».

No obstante, puede ser objeto de prueba la existencia y contenido de las normas jurídicas en aquellos casos en que, por razones diferentes, la dificultad de que el juez las conozca sea mayor y, por lo tanto, pueda dudarse de la efectividad de que el juez cumpla las exigencias que derivan del «iura novit curia».

Es el caso de las normas consuetudinarias, del derecho extranjero, del derecho histórico (en el sentido de derecho con cierta antigüedad que debe ser aplicado para la solución del caso) y del derecho estatutario (derecho elaborado por entidades con poder normativo, pero que no se publica en el Boletín Oficial del Estado).

En relación con las disposiciones generales y las ordenanzas aprobadas por las Corporaciones locales, el texto de los mismos que sea publicado en el Boletín Oficial de la Provincia respectiva tiene «la consideración de oficial y auténtico» (art. 1.º párrafo segundo Ley 5/2002, de 4 de abril, reguladora de los Boletines Oficiales de la Provincia).

De todos estos supuestos el artículo 281.2 LECiv establece normas respecto de la costumbre y del derecho extranjero.

En cuanto a la costumbre el artículo 1.3 CC subordina su aplicación a que «resulte probada». El artículo 281.2 LECiv establece ahora que la costumbre será objeto de prueba y que su prueba «no será necesaria si las partes concuerden conformes en su existencia y contenido y sus normas no afectasen al orden público».

En cuanto al derecho extranjero, el artículo 281.2 LECiv establece la existencia de la prueba de la existencia y del contenido de la ley extranjera por la parte que la invoque, con la potestad del órgano jurisdiccional de investigarla de oficio. No hay limitación en cuanto a los medios de prueba utilizables para la prueba del derecho extranjero, aunque los más idóneos son la prueba documental y la pericial de expertos juristas. Por otra parte España es parte de convenios internacionales que tienen precisamente por objeto facilitar recíprocamente a los tribunales de los países signatarios información actualizada del derecho vigente (Convenio Europeo acerca de la información sobre derecho extranjero, hecho en Londres el 7 junio 1968, Instrumento de Adhesión de 2 de octubre de 1973; Convención Interamericana sobre prueba e información acerca del derecho extranjero, suscrita en Montevideo el 8 de mayo de 1979).

Si bien las normas jurídicas pueden ser probadas, no se produce una total equiparación entre las mismas y las afirmaciones sobre hechos como objeto de prueba. Aunque las partes no prueben aquellas normas, el juez las debe aplicar. Aunque las partes admitan su vigencia y contenido, el juez no debe aplicarlas de conformidad con lo que resulte de la admisión y puede adquirir un conocimiento exacto de las mismas (con la excepción vista respecto de las normas consuetudinarias). Todo ello porque la posición del juez respecto de la norma («iura novit curia»), no es la misma que respecto de los hechos (cuya introducción y prueba en el proceso está informada por el principio de aportación de parte).

C) REGLAS DE NATURALEZA NO JURÍDICA

Además de los datos referidos a hechos concretos y de las normas jurídicas, en la sentencia también han de ser aplicadas por el juez —y, previamente conocidas por él— las llamadas reglas o máximas de la experiencia.

Estas reglas no son hechos, sino criterios o juicios de carácter abstracto y general, que pueden ser aplicados a una serie indefinida de casos. Las características los hacen subsumibles en aquellas reglas: no tienen naturaleza jurídica, sino científica, artística, técnica, estética, ética, etcétera, pero son relevantes para la aplicación de normas jurídicas.

En el enjuiciamiento que se realiza en la sentencia estas reglas pueden servir para tres finalidades distintas:

1) Para verificar la concurrencia en el caso concreto de los conceptos jurídicos indeterminados que formen parte de la norma jurídica que debe ser aplicada.

Por ejemplo: la enfermedad contagiosa del ganado, que determina la nulidad de su venta (art. 1494 CC; criterios científico-técnicos veterinarios); origen de la ruina de la edificación en vicios del suelo, de dirección o de construcción, a efectos de atribuir las responsabilidades a los diferentes agentes que intervienen en la edificación (art. 1591 CC; criterios científico-técnicos de arquitectura o de determinadas ingenierías); cálculo de los intereses devengados por una deuda de dinero (arts. 1109 y 1109 CC; reglas aritméticas de cálculo de intereses).

2) Para la valoración de los medios de prueba practicados. Por ejemplo: conocimientos de psicología que posibilitan una más perfecta valoración de las pruebas de declaración de las partes y testifical.

3) Para la construcción de presunciones judiciales, en cuanto entre el hecho que se establece mediante la presunción y el hecho base ha de existir «un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano» (art. 1296 LECiv).

La cuestión que, al tratar del objeto de la prueba, debemos plantearnos respecto a estas reglas no jurídicas es la de qué modo puede el juez adquirir conocimiento de las mismas para aplicarlas.

Hay que distinguir:

1) Si las reglas no jurídicas forman parte de los conocimientos propios de una persona del nivel cultural del juez, éste puede adquirir conocimiento y aplicar por sí mismo tales reglas.

2) Si para conocerlas y aplicarlas es necesario poseer una formación especializada, esas reglas son introducidas en el proceso mediante la prueba pericial (art. 335.1 LECiv).

FUENTES Y MEDIOS DE PRUEBA

Se trata ahora de determinar con qué se puede hacer la prueba de aquellos que debe ser objeto de la misma, según lo acabado de exponer.

Es importante, a estos efectos, la distinción entre fuentes y medios de prueba, según el concepto que SEXTIS MELENDO propuso para los mismos.

Fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad, y que son aptos para producir convicción sobre datos de hecho. Existen como fuentes de prueba aunque no se pongan en relación con el proceso, ni ideal, ni prácticamente.

Medio de prueba es, en cambio, la actividad procesal de las partes y del juez para incorporar al proceso las fuentes de prueba y obtener de las mismas los correspondientes resultados.

Si aplicáramos estos conceptos a cada medio de prueba —difícil sería aplicarla a cada fuente porque su consideración no podría ser exhaustiva— tendríamos lo siguiente:

1) En la prueba testifical, fuente es la persona que tiene un conocimiento de los hechos; medio de prueba, el régimen de su citación, obligación de comparecer, de su interrogatorio, etcétera.

2) En la prueba de declaración de la parte, fuente lo son las personas que han intervenido en determinados hechos o que los conocen; medio, el régimen de su citación, cargas de comparecer y de contestar, su interrogatorio, etcétera.

3) En la prueba pericial, fuente es la materia u objeto que se ha de someter al examen del perito; medio de prueba es el nombramiento del perito, su actividad examinando la cosa y emitiendo dictamen.

4) En la prueba documental fuente es el documento; medio, su aportación al proceso, con las posibles impugnaciones de autenticidad, los actos de adverbación, etcétera.

5) En la prueba de reconocimiento judicial, fuente es la cosa que puede ser reconocida; medio, el régimen legal de la actividad de juez, del secretario judicial, de otros sujetos procesales y de las partes en la realización del reconocimiento.

Esta distinción tiene una importante repercusión en el derecho probatorio. Las fuentes de prueba no son jurídicamente limitadas, porque la existencia de objetos en la realidad que pueden servir para generar convicción sobre hechos varía con los avances técnicos. En cambio, los medios de prueba son regulaciones legales para utilizar en el proceso el «valor informativo» de las fuentes y, si la ley opta por una relación cerrada de medios y somete éstos a una ordenación muy estricta, puede darse el caso de que algunas fuentes no encajen en las previsiones normativas de medios y, por ello, no puedan ser aportadas al proceso.

La LECiv trata este tema con dos clases de normas:

1) Establece una relación de medios de prueba con régimen regulado por la propia ley.

Dispone, en este sentido, el artículo 299 LECiv que: «1. Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: 1º Interrogatorio de las partes. 2º Documentos públicos. 3º Documentos privados. 4º Dictámenes de peritos. 5º Reconocimiento judicial. 6º Interrogatorio de testigos. 2. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso».

Se han incluido, entre los medios de prueba previstos y regulados por la ley, los medios, distintos a los documentos escritos, de reproducción de la imagen, sonido, de palabras y de datos (arts. 382 y 384 LECiv).

2) Habilitación de discrecionalidad a los tribunales para que puedan incorporar al proceso como medios de prueba fuentes de prueba que el legislador ha omitido en la anterior relación o que puedan surgir en el futuro como consecuencia del progreso tecnológico.

Ése es el sentido del apartado 3 del artículo 299 LECiv: «Cuando por cualquier otro medio no expresamente previsto en los apartados anteriores de este artículo pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes, el tribunal, a instancia de parte, lo admitirá como prueba, adoptando las medidas que en cada caso resulten necesarias».

Esta habilitación tiene como límites la violación de derechos fundamentales (art. 11.1 LOPJ) y la prohibición legal del medio correspondiente (art. 283.3 LECiv).

PROCEDIMIENTO PROBATORIO

Se tratan ahora los aspectos de la actividad probatoria en un proceso que tienen una regulación común para todos los medios de prueba y para todos los procesos.

A) PROPOSICIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

La proposición de los medios de prueba es un acto procesal de parte consistente en manifestar los medios de prueba de que intenta valerse en el proceso, el objeto de los mismos y en la petición de que sean practicados.

La vigencia en el proceso civil del principio de aportación de parte determina que sólo las partes, por regla general, tengan la posibilidad procesal de proponer pruebas. El juez sólo tiene la potestad de acordar de oficio que se practiquen pruebas en la medida en que la ley se la atribuya, por estar limitada la introducción de hechos en determinados procesos al principio de investigación oficial. El artículo 282 LECiv establece aquella regla y esta excepción.

No obstante la plena iniciativa y responsabilidad de las partes en cuanto a la proposición, al órgano jurisdiccional se le atribuyen dos funciones de colaboración con las partes para evitarles perjuicios derivados del defectuoso modo de asumir su función (art. 429.1, párrs. 2 y 3 LECiv: advertencia a las partes de que la prueba que han propuesto es insuficiente para asumir la carga probatoria que previsiblemente les corresponde) o de dificultades ajenas a las mismas que han impedido que su iniciativa diligente conduzca a la práctica de las pruebas propuestas (art. 435.1.2º y 2 LECiv supuestos de pruebas practicadas como diligencias finales).

a) Forma de la proposición

Disposición de carácter común a todos los medios es la del artículo 284 LECiv: «La proposición de los distintos medios de prueba se hará expresando con separación». Teniendo en cuenta el momento procesal en que la proposición ha de producirse normalmente (audiencia previa del juicio ordinario, vista del juicio verbal) la forma del acto de proposición debe ser oral, pero no veo obstáculo a que, junto con la exposición oral de la prueba propuesta, se acompañe y presente relación escrita con los datos precisos para preparar la práctica, en su caso, de cada medio propuesto (relaciones de nombres de testigos, datos de direcciones, etc.).

b) Tiempo de la proposición

Es necesario distinguir una regla general y diversas excepciones.

a) Regla general

Si se trata de prueba documental, de ciertos dictámenes periciales, de informes escritos preparados por profesionales de la investigación privada y de otros instrumentos que incorporan sonidos, imágenes, u otros datos, el momento ordinario de su proposición es el de su aportación con la demanda, con la contestación, con la reconvencción y con la contestación a la misma (véanse Caps. 11 y 12).

Los restantes medios de prueba han de ser propuestos, si se trata de juicio ordinario, después de constatada en la audiencia previa la existencia de hechos controvertidos (arts. 428 y 429.1 LECiv) y, en su caso, tras la advertencia que el tribunal puede hacer a las partes, después de su primera proposición, acerca de la insuficiencia de la misma para satisfacer la carga de

prueba que corresponde a esa parte. La solución vale también para el juicio verbal, sólo que en éste la proposición se hace en la vista (art. 443.4 LECiv), aunque se anticipa en alguna medida al deber indicarse antes de la vista, si se propondrá la práctica de prueba de interrogatorio de las partes y testigos con testigos que deba citar el juzgado (art. 440.1, párr. 3º LECiv).

b') *Excepción primera: proposición anterior al momento de proposición según la regla general*

Se incluyen aquí los supuestos de anticipación de la práctica de determinados medios de prueba, sobre los que se trata posteriormente en este mismo Capítulo.

c') *Excepción segunda: proposición posterior al momento de proposición según la regla general*

Esta excepción tiene diversas manifestaciones:

1) Los documentos, dictámenes periciales, informes y otros instrumentos, que normalmente han de aportarse con los actos de alegación iniciales, pueden ser aportados con posterioridad si se hallan en alguno de los casos de excepción a la preclusión que se trataron en el Capítulo 11.

2) Medios de prueba distintos a los anteriores pueden ser propuestos con posterioridad si se refieren a hechos cuya alegación es admisible en calidad de alegación ampliatoria de hechos (véase Cap. 13). Las oportunidades de proposición se tienen bien en el momento inicial del juicio oral (art. 433.1 LECiv), bien después de que la contraparte haya tomado postura frente al escrito de ampliación o le haya precluido el plazo para hacerlo (art. 435.1 LECiv).

d') *Excepción tercera: reproposición de medios de prueba para su práctica en calidad de diligencias finales*

La peculiaridad de esta oportunidad de proposición consiste en que los medios de prueba correspondientes ya fueron propuestos en su momento y fueron admitidos, pero, sin culpa de la parte, o bien no fueron practicados, o bien la práctica fue inútil.

Los artículos 434.2 y 435.1.2ª y 2 LECiv permiten que las partes propongan nuevamente su práctica antes de que haya transcurrido el plazo para dictar sentencia, suspendiéndose éste en caso de admitirse tal proposición.

B) ADMISIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA

Es un acto de dirección procesal del órgano jurisdiccional, consistente en ordenar, después de haber constatado la concurrencia de los requisitos legales, que se practiquen los medios de prueba propuestos.

1) Requisitos de la admisión

La admisión de un medio de prueba depende de la concurrencia de los requisitos siguientes:

a) *Proposición en tiempo y forma*

Los requisitos generales de tiempo y forma de proposición han sido tratados inmediatamente antes. Los requisitos de forma propios de cada medio se estudian en el tema correspondiente.

b) *Legalidad del medio propuesto*

Este requisito tiene un doble alcance. Por un lado, el medio de prueba habrá de estar previsto en general por la ley. Por otro lado, es necesario que la ley no excluya determinados medios de prueba en el proceso correspondiente, atendido cuál es el objeto de éste.

En el primer aspecto ya conocemos que, aunque la ley establece un catálogo de medios de prueba, también concede al juez una potestad discrecional para incorporar al proceso las fuentes de prueba que se originen por los avances tecnológicos (véase antes en este mismo Capítulo).

El segundo aspecto aparece en algunos juicios verbales que, por su objeto, tienen carácter sumario, consistiendo la sumariedad no sólo en restringir las alegaciones admisibles, sino también los medios de prueba para demostrarlas (arts. 439 y 444 LECiv).

c) *Necesidad del medio de prueba atendido el objeto de la misma*

En el examen de este requisito se ha de tener presente lo que fue tratado en el estudio del objeto de la prueba: no es admisible el medio de prueba con el que se persiga probar hechos admitidos (art. 281.3 LECiv); no es necesario, pero no es inadmisibles, el medio de prueba que persiga probar hechos notorios (art. 281.4 LECiv), o ciertas clases de normas jurídicas (art. 281.2 LECiv), o ciertas reglas de naturaleza no jurídica.

d) *Pertinencia de la prueba*

Se refiere a este requisito tanto el artículo 283.1, como el artículo 281.1, ambos de la LECiv.

Un medio de prueba es pertinente si lo que con él se persigue probar es relevante para la resolución sobre la pretensión procesal, bien de un modo directo —por ser un hecho constitutivo, impeditivo, extintivo o excluyente alegado—, bien de un modo indirecto —por ser un hecho que sirve para la construcción o para la impugnación de presunciones respecto de hechos de la clase anterior, o por ser hecho importante para apreciar la fiabilidad de otro medio de prueba—.

Un medio de prueba impertinente es inadmisibile porque, aunque fuera admitido y practicado con éxito, carecería de incidencia en la resolución sobre el objeto del proceso.

e) Utilidad de la prueba

Este requisito lo formula ahora expresamente el artículo 283.2 LEC: «Tampoco deben admitirse, por inútiles, aquellas pruebas que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso puedan contribuir a esclarecer los hechos controvertidos».

Es un requisito distinto a la pertinencia. Aquí lo que se pretende probar es relevante para la resolución, pero el juez puede pronosticar con seguridad («según reglas y criterios razonables y seguros») que el medio de prueba no podrá alcanzar el fin que con él se persigue.

Un ejemplo podría ser éste: para la apreciación de si los vicios ruinosos de una edificación son de suelo, de dirección o de construcción, se propone la prueba de reconocimiento judicial. Este medio de prueba sería inadmisibile por inútil, porque no permitiría realizar aquella apreciación por carecer el juez de conocimientos científico-técnicos especializados.

b) Resolución sobre la admisión y recursos

En el juicio ordinario contra la resolución sobre la admisión de la prueba —cualquiera sea su sentido—, «sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia» (art. 285.2 LECiv).

En el juicio verbal, contra las resoluciones de inadmisión, las partes podrán formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia (art. 446 LECiv).

C) TRATAMIENTO DE LA PRUEBA ILÍCITA POR VIOLACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Según el artículo 11.1 LOPJ «no surtirán efecto las pruebas obtenidas directa o indirectamente, violentando los derechos y libertades fundamentales».

La prueba puede, en algunos casos, realizarse con infracción de ciertos derechos e intereses. Esto determinará su ilicitud y consecuencias sancionatorias de carácter civil, administrativo o penal, pero no, en principio, la ineficacia procesal de la misma.

Cuando la infracción afecta a derechos y libertades fundamentales las consecuencias deben ser otras, por la posición preferente que éstos ostentan

en el ordenamiento. El TC, en la S. 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984, 114) (antecedente de la expresa regulación de la LOPJ citada) argumentó, a estos efectos, el carácter de inviolables de estos derechos (art. 10.1 CE) y su condición de elementos esenciales del ordenamiento de la comunidad nacional, para cuya garantía debe ser radicalmente nulo todo acto que los viole. La prueba con violación de derechos fundamentales, no sólo origina consecuencias negativas en otros ámbitos jurídicos, sino que tampoco puede valer como prueba en el proceso.

1. Supuestos de pruebas obtenidas con violación de derechos fundamentales

La violación del derecho fundamental puede producirse en la propia actividad de práctica del medio de prueba. Sin embargo, es poco probable que esto ocurra, porque el medio de prueba se practica en presencia y bajo la dirección del juez.

Hay, en cambio, mayor ocasión para conductas lesivas de un derecho fundamental durante las actividades de busca y recogida de fuentes de prueba. La violación producida en este momento se transmite al medio de prueba, aunque éste se practique luego con total corrección.

Por ejemplo: prueba documental por presentación de documentos obtenidos con infracción del derecho a la inviolabilidad de domicilio o al secreto de las comunicaciones personales; o prueba pericial sobre objetos conseguidos del mismo modo.

Desde otro punto de vista, la violación puede consistir en que, tratándose de una prueba que precise injerencia en un derecho fundamental, no se hayan respetado al realizarla los límites o limitaciones dentro de los cuales puede ser afectado tal derecho.

A estos efectos hay que distinguir unos derechos fundamentales que no pueden ser en absoluto afectados (así los reconocidos en el artículo 15 CE: derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que en ningún caso pueda ejercerse tortura o trato inhumano o degradante) y otros que pueden serlo con sujeción a determinados condicionamientos (así los del art. 18 CE: derechos a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones, afectables, básicamente, mediante resolución judicial).

Respecto a los primeros debe, sin embargo, puntualizarse que no todo tratamiento del cuerpo de una persona con finalidad de prueba, implica afectación del derecho a la integridad física y moral; así, no se entiende —en el proceso penal— que produzcan esa afectación, por ejemplo, las pruebas de alcoholometría, ni las inspecciones corporales respetuosas con la dignidad de la persona (SSTC 103/1985, de 4 de octubre [RTC 1985, 103] y 37/1989, de 15 de febrero [RTC 1989, 37]).

Los derechos de la segunda clase sí que resultan afectados en su esencia pero sólo se produce su violación si, al operarse la injerencia en los mismos, no se respetan los condicionamientos constitucionales y legales.

En el proceso civil, no obstante, se plantea, respecto de la afectación a derechos fundamentales de carácter absoluto o a la restricción de otros derechos fundamentales, el problema de la falta o del carácter más restrictivo de la habilitación legal para llevarlas a efecto incluso con autorización e intervención judicial. Por ejemplo: en las condiciones del artículo 261.2ª, 3ª y 4ª LECiv (y cabe pensar que también en los supuestos correspondientes de los arts. 330 y 331 del mismo texto), el juez puede autorizar una entrada y registro en domicilios y lugares cerrados; pero en cambio la ley no permite bajo ningún supuesto la autorización de una intervención de comunicaciones de alguna de las partes por hechos que sólo tengan relevancia para un proceso civil. La obtención de fuentes de prueba sin tales habilitaciones legales chocan contra el derecho fundamental.

b) Efectos sobre el medio de prueba de la violación de un derecho fundamental

Respecto a las consecuencias de la violación el artículo 11.1 LOPJ es absolutamente claro: «No surtirán efectos». Eso significa, en una primera línea de la ineficacia, que tales pruebas no serán admisibles, y, en definitiva, aunque hayan sido admitidas y practicadas, que no producirán el efecto de la prueba, que es contribuir a formar la convicción judicial.

Para la efectividad de esas consecuencias establece el artículo 287.1 LECiv: «Cuando alguna de las partes entendiera que en la obtención u origen de alguna prueba admitida se han vulnerado derechos fundamentales habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes. Sobre esta cuestión, que también podrá ser suscitada de oficio por el tribunal, se resolverá en el acto del juicio o, si tratase de juicios verbales, al comienzo de la vista, antes de que dé comienzo la práctica de la prueba. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el concreto extremo de la referida ilicitud».

Es criticable que no se haya previsto el efecto de inadmisión, pero no puede excluirse el mismo porque la lesión de un derecho fundamental es un modo de ilegalidad de la prueba y el tribunal tiene potestad de oficio para apreciarla.

La resolución que se dicte es recurrible en reposición (juicio ordinario) o puede ser objeto de protesta (juicio verbal). De no ser estimadas tales impugnaciones las partes podrán hacer valer la ilicitud de la prueba en los recursos que interpongan contra la sentencia.

II) PRÁCTICA DE LA PRUEBA

Es el conjunto de actos del juez, de las partes y de otros sujetos procesales mediante los cuales se realizan o producen los medios de prueba admitidos.

La práctica de los medios de prueba está regida, en parte, por normas específicas para cada clase de medio de prueba, y, en parte, por normas generales. Estas segundas son objeto de tratamiento en este tema.

a) Principios generales que inspiran el régimen de la práctica de la prueba

a) Contradicción

Además de la intervención de las partes prevista para la práctica de cada medio de prueba (que, generalmente, se lleva a cabo por los abogados que asisten a las partes), la contradicción impone la citación de las partes para el acto en el que la prueba se practica.

Si ese acto es el del juicio (caso del juicio ordinario) o el de la vista (caso del juicio verbal), la citación para los mismos –salvo que no sea necesaria, como en el caso del art. 429.6 LECiv– cumple aquel objetivo. Pero si la práctica de la prueba se ha de realizar fuera del juicio o de la vista, las partes deberán ser citadas para el acto correspondiente, de acuerdo con el artículo 291 LECiv.

b) Concentración

Por regla general los medios de prueba deben ser practicados en unidad de acto (art. 290 LECiv). Eso significa: dentro de una actuación procesal compleja en la que están simultáneamente presentes el tribunal y las partes, y que se desarrolla, por regla general, sin interrupción temporal hasta la terminación de las actividades de práctica.

En el juicio ordinario esa actuación es el juicio (art. 431 LECiv). En el juicio verbal es la vista (art. 443.4 LECiv).

La regla general de la unidad temporal del acto se observa en lo que dispone el artículo 184.1 LECiv: «Para la celebración de las vistas se podrán emplear todas las horas hábiles y habilitadas del día en una o más sesiones y, en caso necesario, continuar el día o días siguientes».

La regla general de concentración tiene excepciones de dos clases:

1) Hay actos de práctica de prueba que, por diversas causas, la ley permite que se practiquen fuera del juicio o de la vista, y antes de que éstos se celebren (art. 290, párrafo segundo LECiv).

2) Los juicios y vistas pueden interrumpirse por las causas legales. Se reanudarán cuando cese la causa impeditiva; pero si han transcurrido más de veinte días desde la interrupción se señalará nuevo juicio, en el que se reiterará la práctica de la prueba (art. 193 LECiv).

c) *Inmediación*

Estrictamente la inmediación consiste en que sólo los jueces y magistrados que, integrando el órgano jurisdiccional, han presenciado y dirigido la práctica de los medios de prueba en los actos del juicio o de la vista, pueden dictar sentencia en el proceso correspondiente.

La inmediación está garantizada por varias disposiciones de la LECiv:

1) El artículo 137.1 dispone que «los Jueces y los Magistrados miembros del tribunal que esté conociendo de un asunto presenciarán las declaraciones de las partes y de testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas que hayan de ofrecer los peritos, así como la crítica oral de su dictamen y cualquier otro acto de prueba que, conforme a lo dispuesto en esta Ley, deba llevarse a cabo contradictoria y públicamente». La infracción de esta disposición comporta la nulidad de pleno derecho de las actuaciones (art. 137.3 LECiv).

2) El artículo 193.3 impone el señalamiento de nueva vista «siempre que deba ser sustituido el Juez ante el que comenzó a celebrarse la vista interrumpida y, tratándose de tribunales colegiados, cuando la vista no pueda reanudarse con Magistrados de los que ya actuaron en ella en número suficiente para dictar resolución».

3) Y el artículo 194.1 dispone que «en los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los tribunales unipersonales, o la deliberación y votación, en los tribunales colegiados, se realizarán, respectivamente, por el Juez o por los Magistrados que hayan asistido a la vista o juicio».

La inmediación tiene excepciones en los medios de prueba que han de ser practicados mediante auxilio judicial o fuera (y antes) del juicio o de la vista. Pero, aun en estos supuestos excepcionales, los medios de prueba han de ser practicados bajo presencia judicial (art. 289.2 LECiv), salvo determinados actos que pueden ser realizados en presencia del secretario judicial (art. 289.3 LECiv).

d) *Oralidad*

Debe ser oral la forma de expresión de las partes, del juez y de los sujetos de prueba en los medios de prueba personales (interrogatorio de las partes, testifical) y de la prueba pericial, en caso de que los peritos deban exponer su informe y someterse a examen contradictorio de las partes. No son admisibles escritos preparatorios para los interrogatorios: así, para el interrogatorio de las partes, artículos 302, 305 y 306, con una excepción que confirma la regla en el artículo 315 LECiv; para la declaración de peritos, artículo 347

LECiv, para la prueba testifical, artículos 363, 368, 370, 372 y 373, con una excepción en el artículo 381 LECiv.

Las actuaciones desarrolladas oralmente deben ser documentadas con arreglo a lo dispuesto por el artículo 187 LECiv: «1. El desarrollo de la vista se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen o, si no fuere posible, sólo del sonido, conforme a lo dispuesto en el artículo 147 de esta Ley»; en defecto de estas posibilidades técnicas «la vista se documentará por medio de acta realizada por el Secretario Judicial» (art. 187.2 LECiv).

e) *Publicidad general*

La vigencia de los anteriores principios posibilita que sea efectivo el principio de publicidad general (arts. 138.1 y 289.1 LECiv), en cuya virtud es admitida la presencia de terceros en el local y durante el desarrollo del juicio o de la vista.

La publicidad tiene las excepciones previstas por la ley en el artículo 138.2 LECiv. Sobre la aplicación de las mismas en el caso concreto resuelve el juez previa audiencia de las partes (art. 138.3 LECiv).

f) *Regla general sobre la práctica de la prueba: la prueba debe ser practicada en el acto del juicio (juicio ordinario) o en la vista (juicio verbal)*

De los principios generales expuestos deriva una regulación de la LECiv en el sentido de que los medios de prueba deben ser practicados, si se tramita juicio ordinario, en el juicio (art. 431 LECiv), y, si se sigue juicio verbal, en la vista de éste (art. 443.4 LECiv).

Esta regla tiene, sin embargo, diferentes excepciones que permiten la práctica de la prueba en diversos momentos anteriores y en un momento posterior al ordinario de su práctica según la regla general.

g) *Excepciones*

i) *Anticipación de la prueba y aseguramiento de la misma*

Antes de la etapa procesal ordinariamente destinada a la práctica de la prueba, e incluso antes de la iniciación del proceso, pueden ser practicados aquellos medios de prueba que, en caso de esperar al momento ordinario, fuera objetivamente previsible la imposibilidad de practicarlos (art. 293.1 LECiv), por alguna de estas razones:

1) *Por causas relativas a los sujetos de prueba.*

Por ejemplo: la avanzada edad o el estado de salud de un testigo, que hace temer por su vida, la previsión de un cambio de residencia que hará necesario acudir al auxilio judicial internacional para recibir la declaración.

2) Por causas relativas al objeto que es fuente de prueba.

Por ejemplo: necesidad de demolición de un inmueble que se halla en estado ruinoso, que imposibilitará practicar su reconocimiento judicial o exámenes periciales; análisis químicos de sustancias cuyas cualidades se alteran con el transcurso del tiempo, lo que impedirá, en su momento, exámenes periciales.

La anticipación de la prueba es admisible respecto a cualquier medio de prueba, siempre que la fuente de prueba se halle en las circunstancias mencionadas. Consiste en la práctica del correspondiente medio de prueba según su régimen ordinario.

Esta segunda característica es la que diferencia la anticipación del aseguramiento de la prueba. La finalidad y efecto jurídico de esta última consiste solamente en preservar ciertas fuentes de prueba (objetos y estados de cosas) de los cambios que puedan introducir en los mismos conductas humanas y acontecimientos naturales, que harán inútil la prueba en el futuro (art. 297 LECiv).

Competente para resolver sobre las solicitudes de práctica anticipada o de aseguramiento, es el tribunal que conoce del proceso o, si éste no se ha iniciado, el que será competente para conocer del mismo (arts. 293.2 y 297.3 LECiv; la presentación de la solicitud por el actor, si la competencia territorial no está regida por normas imperativas, determina sumisión tácita del mismo en el proceso principal —art. 56.1ª LECiv—).

La solicitud de práctica anticipada se realizará según las reglas de proposición del medio correspondiente, aunque especialmente se alegará la causa de la necesidad de la anticipación (art. 294 LECiv).

Acordada la práctica, se procederá a la misma según las reglas ordinarias del medio correspondiente (art. 295.1 y 3 LECiv). Si el proceso no está ya iniciado será necesaria la designación de los futuros demandados, para que sean citados y puedan intervenir en la práctica (art. 295.1 LECiv).

b) *Documentos, dictámenes periciales, informes y otros instrumentos aportados con las alegaciones iniciales*

La prueba documental, la de instrumentos que incorporan imágenes, palabras, sonidos y datos relevantes para el proceso, los dictámenes periciales y la prueba testifical —en cuanto a los informes preparados por profesionales de la investigación privada—, se practican, en parte, antes y fuera del juicio o de la vista.

La aportación del documento, dictamen, informe u otro instrumento, se realiza en un momento también anterior al ordinario de proposición (Caps. 11 y 12). Algunos actos del procedimiento de práctica no se realizan en el juicio o vista: el reconocimiento o impugnación del documento o copia

aportada (art. 289.3 LECiv), el cotejo de la copia con el original (art. 320.3 LECiv), la formación del cuerpo de escritura para cotejo de letras y la ratificación de la autoría del dictamen pericial (art. 289.3 LECiv).

En el juicio o en la vista se practican: la declaración personal como testigo del investigador privado (art. 380 LECiv), la exposición del dictamen pericial y el examen contradictorio del perito, si es admisible (art. 347 LECiv), y la audición y visión de los medios audiovisuales (arts. 383 y 300.1.5ª LECiv).

c) *Medios de prueba que sea necesario practicar fuera de la sede del órgano jurisdiccional*

Es el caso del reconocimiento judicial, de la declaración de testigos que no tengan deber de comparecer (art. 364 LECiv), de la declaración de la parte que no tenga deber de comparecer (art. 311 LECiv).

Estas pruebas se practicarán, en su caso, mediante auxilio judicial, y teniendo en cuenta los artículos 289 y 290 LECiv.

d) *Práctica excepcional de medios de prueba fuera y antes del juicio y de la vista*

El artículo 290 LECiv dispone que «excepcionalmente el tribunal señalará, mediante providencia, con al menos cinco días de antelación el día y la hora en que hayan de practicarse los actos de prueba que no sea posible llevar a cabo en el juicio o vista».

Esta previsión del artículo 290 LECiv no se refiere sólo a los medios de prueba que deban practicarse fuera de la sede del órgano jurisdiccional (que, en el mismo artículo, se consideran separadamente), ni tampoco a los casos de prueba anticipada (que tienen causas específicas).

El artículo 290 LECiv confiere una potestad para acordar la práctica anterior al juicio de ciertos medios de prueba, que ha de ser ejercitada de modo excepcional. Pero, a pesar de lo que diga el precepto, no sólo cuando se prevea la estricta imposibilidad de práctica de cierto medio de prueba en el acto del juicio. A mi modo de ver la excepcionalidad concurre también si con la práctica en un momento anterior al juicio se evita una posterior interrupción de éste o se posibilita un señalamiento del juicio en la fecha en que puede ser practicada, sin riesgo de suspensión, la mayor parte de la prueba admitida.

e) *Práctica de medios de prueba después del juicio: las llamadas diligencias finales*

Mientras está en curso el plazo para dictar sentencia (art. 434 LECiv), pueden ser practicadas —o propuestas y practicadas— aquellas pruebas respecto de las cuales concurren las siguientes circunstancias (art. 435 LECiv):

1) Pruebas propuestas y admitidas en su momento, pero que no pudieron ser practicadas por causas no imputables a la parte que las propuso.

2) Pruebas practicadas pero con resultado inútil por causa no imputable a la parte, siempre que esa causa haya desaparecido cuando se practiquen como diligencias finales.

Por ejemplo: declaración testifical que, en parte, debía ser practicada exhibiendo al testigo determinados documentos, que aún no habían sido incorporados al proceso al ser recibida la primera declaración al testigo.

3) Cualesquiera medios de prueba que tengan por objeto hechos cuya alegación ha sido admitida —como excepción a la preclusión— después de iniciada la práctica de la prueba en el juicio.

La práctica de estas pruebas ha de proponerse por la parte interesada. Son excepción las pruebas incluidas en el supuesto 2, para las cuales el nuevo intento de práctica puede acordarse de oficio (art. 435.2 LECiv).

Si el tribunal la admite, se suspende el plazo para dictar sentencia (art. 434.2 LECiv), se practica el medio de prueba según su régimen y, a continuación, las partes pueden presentar escrito de resumen y valoración de sus resultados (art. 436 LECiv). Seguidamente se inicia de nuevo el plazo para dictar sentencia.

El régimen de las diligencias finales, resumidamente expuesto, revela su diferente naturaleza jurídica respecto de las «diligencias para mejor proveer» que la LECiv/1881 situaba, procedimentalmente, en el mismo trámite que aquéllas.

Las diligencias para mejor proveer —que el juez puede acordar de oficio— significaban una imprecisa intromisión del juez en la determinación positiva de las pruebas que han de ser practicadas en el proceso, lo cual, rigiendo el principio de aportación, es sólo responsabilidad de las partes.

Las diligencias finales requieren, por el contrario, que las partes hayan asumido con diligencia toda la iniciativa probatoria. La ordenación legal sólo le permite al juez auxiliar a las partes a que superen obstáculos ajenos a su voluntad.

VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Por valoración o apreciación de la prueba se entiende la operación intelectual que realiza el juzgador para determinar la eficacia de los medios de prueba practicados respecto de la que es la función de tales medios, función que puede ser, según el sistema de valoración que el ordenamiento establezca, originar convicción en el juzgador o permitirle fijar formalmente el hecho como establecido a los efectos de la resolución sobre el objeto del proceso. Dicho de otro modo: operación para determinar si se considera

probado por el juzgador el dato (generalmente de hecho) que se intentó probar.

Según la actividad de valoración de la prueba se halle sometida a normas jurídicas o exenta de ellas, se distinguen el sistema de prueba legal y el de prueba libre. La libertad y la legalidad se refieren, en este contexto, a la operación intelectual de valoración, no al conjunto de actividades de realización de la prueba (proposición, admisión y práctica). Respecto de esta última actividad toda prueba es legal, en el sentido de que su realización está disciplinada por la ley.

De la actividad de valoración de la prueba hay que distinguir una operación intelectual que es previa a la valoración: la interpretación del resultado de la práctica del medio de prueba. Con antelación lógica a juzgar sobre el valor legal o la credibilidad de los resultados del medio de prueba, el juzgador ha de formarse un juicio sobre el significado de las declaraciones de personas (partes, testigos, peritos) y de los datos que ofrecen determinados documentos y objetos.

A) VALORACIÓN LEGAL DE LA PRUEBA: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y SUPUESTOS DE APLICACIÓN

La valoración de un medio de prueba es legal si la ley establece que el resultado que haya producido su práctica (el contenido de un documento, la declaración de una parte) ha de ser puesto como fundamento de hecho de la resolución sobre el objeto del proceso, sin necesidad de convencimiento del juzgador respecto de la certeza de aquel resultado.

a) Diversidad de fundamentos

El fundamento del sistema de prueba legal ha variado en el transcurso de la historia.

En el proceso germánico primitivo tuvo su razón de ser en que la prueba y el acto mismo de juzgar, no se entendían como una operación racional, sino como una oportunidad de que la Divinidad manifestara tangiblemente su juicio en favor de alguno de los contendientes. El éxito en el proceso se vinculaba a las más extravagantes operaciones (ordalías).

En el proceso romano-canónico el sistema de valoración legal se desvinculó de aquel fundamento y tuvo su base principal en una concepción filosófica que entendía que el método seguro para conocer la verdad requería sujetar la formación del conocimiento a determinados postulados apriorísticos. Por ejemplo: la nobleza, la condición eclesiástica del testigo o la carencia de ellas, el sexo del testigo, la circunstancia de que el testimonio en determinado sentido fuera prestado por más de un testigo, etc., se consideraron criterios seguros para la valoración positiva o negativa de la

declaración testifical, y, consecuentemente, se establecían como reglas imperativas para ella.

En la actualidad los supuestos en que se mantiene la valoración legal de la prueba tienen una justificación más racional y sólo existen en medios determinados de prueba. Por un lado, atribuir valor probatorio legal a ciertas declaraciones de las partes en el proceso o en un documento, puede encontrar fundamento en el principio de aportación de parte —que justifica, como se recordará—, que la admisión de hechos los exima de prueba. Por otro lado, establecer ese valor respecto de ciertos documentos está justificado por el principio de seguridad jurídica, porque con aquel valor legal se da seguridad al tráfico jurídico privado —en cuanto se evitan procesos— y, de no ser así, se elimina la incertidumbre del resultado de los procesos —que dependerá en buena medida del contenido de los documentos—.

b) La prueba legal en la LECiv

a) Prueba documental

En la LECiv el sistema de valoración legal se aplica estrictamente a determinados supuestos de la prueba documental y siempre que concurran los requisitos legales para ello.

Específicamente:

1º) Según el artículo 319.1 de la LECiv «los documentos públicos comprendidos en los números 1º a 6º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella».

Diferentemente el apartado 2 del mismo artículo dispone que «la fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5º y 6º del artículo 317 a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, será la que establezcan las leyes que les reconozca tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado».

La diferencia entre el valor probatorio legal y el valor asignado a los documentos del art. 319.2 LECiv radica, principalmente, en lo que es necesario para impugnar con éxito esos efectos jurídicos.

El valor probatorio legal de los documentos del art. 319.1 LECiv sólo queda eliminado —y el juez podrá no establecer en la sentencia los datos cubiertos por aquel valor— si la falta de adecuación entre lo documentado y lo acaecido en la realidad ha sido probada en un proceso penal por falsedad (art. 40.4 y 5 LECiv) o —de no poder exigirse la responsabilidad penal al fedatario público— mediante una prueba específica, que se practicará en el proceso civil en que el documento es relevante, prueba que sólo tendrá éxito si genera la plena convicción del juez.

Diferentemente, para eliminar la ventaja probatoria que la ley vincula a los documentos del art. 319.2 LECiv, basta con que la prueba practicada provoque la duda del juez sobre los datos que constan en tales documentos, porque esa prueba acredite otros datos, aunque el juez no quede plenamente convencido de la certeza de los mismos.

2º) Según el artículo 326 LECiv «los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen». Si, impugnada su autenticidad, no se prueba la misma, son valorados libremente.

b) Prueba de declaración de la parte

La prueba de declaración de la parte no tiene una valoración legal. El juzgador no está vinculado a tener por ciertos determinados hechos declarados por la parte, pero la ley le impone motivar su apreciación divergente.

Dispone en este sentido el artículo 316 de la LECiv que: «Si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial».

Fuera de este resultado de la declaración, la valoración se sujeta a las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 304 y 307 LECiv, que establecen la consecuencia de la admisión tácita de hechos si la parte no asume las cargas de comparecer y de contestar claramente al interrogatorio.

c) Prueba de reconocimiento judicial

No hay norma expresa sobre el valor probatorio de este medio de prueba.

Sin embargo, por un lado, si el juez que dicta sentencia es el mismo que practicó el reconocimiento debe, en principio, quedar vinculado a las «percepciones y apreciaciones» que hizo constar en acta (art. 358.1 LECiv). Actuar de otro modo representaría una arbitrariedad, salvo motivación expresa en la sentencia de modificaciones en la interpretación que se hizo constar en acta.

Por otro lado, si la prueba ha de ser valorada por juzgador distinto al que la practicó, por la relación entre el artículo 317.1º y el artículo 319.1 LECiv (prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten) ha de concluirse su valor legal.

B) VALORACIÓN LIBRE DE LA PRUEBA: CONCEPTO Y SUPUESTOS DE APLICACIÓN

El sistema de libre valoración consiste en que la operación intelectual de apreciación de la prueba se realiza con arreglo a los métodos de razonamiento ordinarios para llegar a conclusiones de convicción acerca de determinados datos.

Valoración libre no significa valoración arbitraria, sino sólo valoración no sometida a reglas jurídicas. El juzgador forma su convicción tomando en consideración, según los casos, los criterios del razonamiento común, o reglas científicas y técnicas (sobre psicología, física, biología, etc.); como dice la LECiv, utilizando una expresión clásica de nuestras leyes de enjuiciamiento, las reglas de la sana crítica.

Este sistema de valoración es el de aplicación general, no sólo porque una regla de prueba legal es necesaria para que una prueba deba ser valorada con sujeción a la misma, sino también porque el artículo 218.2 LECiv establece que la apreciación de los elementos fácticos del proceso, que se expresa en la motivación, ha de ajustarse «siempre a las reglas de la lógica y de la razón».

Por otra parte, se refieren a él expresamente diversas normas sobre valoración de medios de prueba:

1ª) Los informes de los peritos se valoran según las reglas de la sana crítica (art. 348 LECiv).

2ª) Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurran y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado (art. 376 LECiv).

3ª) Respecto de soportes de imagen, sonido y datos, los artículos 382.3 y 384.3 LECiv disponen que el tribunal los valorará «conforme a las reglas de sana crítica».

C) MOTIVACIÓN DE LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Más allá de la vinculación legal o de la libertad frente a esta vinculación, pero no frente a los criterios que deben regir la correcta formación del razonamiento, la preocupación legal se desplaza al requisito externo de que se motive la valoración realizada. La LECiv lo que impone es que la valoración de cada medio de prueba esté motivada; es decir, que el juez dé cuenta y razón de por qué lo ha apreciado de una manera determinada.

Este deber se manifiesta de un doble modo:

1ª) El artículo 218.2 de la LECiv establece que: «las sentencias se motivarán expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de las pruebas (...)». La motivación deberá incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto, ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón».

De modo más específico en la motivación ha de constar la valoración de las pruebas que han conducido a que el juez estime desvirtuado el valor probatorio de los documentos públicos en el caso del artículo 319.2 LECiv y de la declaración de la parte en que se reconozcan hechos en que la parte ha intervenido personalmente y que le perjudican (art. 316.1 LECiv).

2ª) La sentencia en la que se utilice, para llegar a conclusiones sobre los hechos del proceso, una presunción judicial deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción (art. 386.1 LECiv).

Con esto debe terminar la viciosa práctica de la llamada apreciación en conjunto de la prueba, consistente en la exposición de un resultado global de las pruebas practicadas, que permitía ocultar, por un lado, el incumplimiento de las normas de valoración legal vigentes y, por otro, omitir las razones de la formación de la convicción en cuanto a los medios de prueba de apreciación libre. Sin duda que deberá ser establecido en la sentencia el resultado conjunto y articulado de todas las pruebas practicadas, pero sobre la base de un previo análisis singular de cada uno de los medios.

LAS PRESUNCIONES

A) ESTRUCTURA Y CLASES

Los artículos 1249 al 1253 del Código Civil, ahora derogados, regulaban otro pretendido medio de prueba: las presunciones. Con buen criterio, la LECiv no considera las presunciones como medio de prueba, pero las regula en los artículos 385 y 386 dentro del mismo Capítulo destinado a los medios de prueba, aunque distinguiéndolas de los mismos en el epígrafe.

Las presunciones —estudiadas entre nosotros por CARRERAS y SERRA— tienen la misma estructura, cualquiera sea la fuente del establecimiento de las mismas (la ley o la construcción judicial) y correlativamente su naturaleza (legales —art. 385 LECiv— o judiciales —art. 386 LECiv—).

Esa estructura es la siguiente:

1º) La consecuencia jurídica de una norma está vinculada a un supuesto de hecho de difícil o imposible comprobación o, simplemente, no comprobado.

2º) Un supuesto de hecho distinto es más fácilmente comprobable o, simplemente, está comprobado.

3º) Entre ambos supuestos existe una relación tal que, verificado el segundo supuesto, puede afirmarse, con un grado de probabilidad cualificado, que el primero se ha verificado.

4º) Consecuentemente, si se verifica el supuesto segundo puede darse lugar a las consecuencias jurídicas previstas para el supuesto primero.

Las presunciones tienen, sin embargo, diferente naturaleza según las formule el legislador o las construya el juez.

El legislador puede construir presunciones en abstracto y en general, estableciéndolas como normas jurídicas. Estas presunciones pueden ser «*iuris tantum*» o «*iuris et de iure*».

Las presunciones «*iuris et de iure*» no admiten prueba en contrario, que ponga en cuestión de cualquier modo la fijación del hecho presumido, una vez haya sido admitido o probado el hecho base de la norma de presunción (art. 385.3 «*in fine*» LECiv).

En cambio, la eficacia de las normas que establecen presunciones «*iuris tantum*» puede ser contrarrestada, tanto probando que el hecho presumido no es cierto, como que, en el caso concreto, el enlace establecido entre hecho base de la presunción y hecho presumido no existe (art. 385.2 LECiv).

Pueden encontrarse presunciones de esta clase, por ejemplo, en los artículos 449, 193, 194, 436, 448, 459, 572, 573 y 574 CC, entre otros.

La influencia de las presunciones legales en la prueba se refiere a los aspectos de objeto de la prueba y carga de la misma. Específicamente dispone el artículo 385.1 LECiv que «las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca».

En cambio, la formulación de presunciones judiciales concretas entra de lleno en la formación de la convicción sobre los hechos relevantes para resolver sobre la pretensión procesal. Aunque no sea un medio de prueba, sirve para la misma finalidad que los medios de prueba.

B) LAS PRESUNCIONES JUDICIALES

Las presunciones judiciales forman parte del juicio de hecho, pero no como un medio de prueba que es valorado, sino como una operación intelectual basada en el resultado de la prueba practicada (y, por tanto, ya valorada) o en los hechos formalmente fijados de otro modo (admisión, «ficta confesión»).

Consecuentemente no hay proposición, ni práctica de la «prueba» de presunciones. Hay construcción y utilización de razonamiento presuncional en la sentencia siempre que concurren las condiciones legales para ello.

No obstante, lo dicho respecto de la no proposición requiere una puntualización atendiendo al artículo 386.2 LECiv. Este artículo dispone que «frente a la posible formulación de una presunción judicial, el litigante perjudicado por ella siempre podrá practicar la prueba en contrario a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior».

Pienso que para que esta posibilidad sea utilizable antes de la formulación de la presunción en la sentencia, es necesario que la contraparte conozca que existe el propósito de fijar ciertos hechos mediante un razonamiento presuncional. Ahora bien, para eso tampoco es necesario exigir de la parte contraria (y menos al juez, que, de oficio, puede decidir construir ese razonamiento) una proposición formal, sino que la intención de valerse de una presunción puede deducirse de las alegaciones de la parte y de la proposición de la prueba «si ésta tiene por objeto un hecho no inmediatamente relevante para la resolución sobre el objeto del proceso».

La construcción de presunciones judiciales está sometida a unas reglas internas, que se refieren al propio razonamiento presuncional (art. 386.1, párr. 1º LECiv), y a una regla de forma (art. 386.1, párr. 2º LECiv).

a) Reglas internas del razonamiento presuncional

El artículo 386.1, párrafo primero de la LECiv, establece que «a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano».

Consiguientemente la correcta formación del razonamiento presuncional requiere:

1º) Que el hecho-base esté admitido o probado. Es decir, fijado en el proceso con arreglo a la prueba y su valoración o como consecuencia de supuestos de admisión de hechos previstos por la ley (admisiones expresas, admisiones tácitas).

Para construir una presunción el juzgador puede partir de un hecho-base no alegado formalmente, pero no puede establecer del mismo modo

un hecho presunto, porque ello sería contrario al principio de aportación de parte (alegación por las partes de los hechos relevantes para resolver).

2º) Que el enlace entre el hecho-base y el hecho presunto sea predecible y directo según las reglas del criterio humano.

No se requiere que la relación entre esos hechos sea de necesidad, pero tampoco basta que un hecho haga referencia vagamente a la existencia del otro hecho. Dado el hecho-base, el presunto ha de tenerse como probable en grado cualificado.

Para determinar esta relación, el juez ha de tener en cuenta las reglas del criterio humano –otro modo de expresar la misma idea que las reglas de la sana crítica–. Estas reglas no sólo implican la corrección lógico-formal del razonamiento, sino que ésta descansa en reglas válidas obtenidas de la ciencia, de la técnica o de la experiencia.

El Tribunal Supremo ha admitido la censura en casación del razonamiento presuncional por infracción de las reglas del criterio humano. Era considerada infracción del ordenamiento jurídico, en concreto de la norma –calificada como sustantiva– del artículo 1253 CC. Es difícil predecir lo que ocurrirá con el nuevo régimen de la casación y con la inclusión de la regulación de las presunciones en la LECiv.

b) Regla de forma en caso de utilización de presunciones judiciales

La establece el artículo 386.1, párrafo segundo de la LECiv: «La sentencia en la que se aplique el párrafo anterior deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción».

El incumplimiento de esta norma específica sobre el contenido de la motivación, es infracción de normas que rigen la sentencia y, por lo tanto, funda el recurso extraordinario por infracción procesal. En ese recurso no puede modificarse la presunción construida, pero sí anular la sentencia para que el tribunal «a quo» la formule expresamente.

CARGA DE LA PRUEBA

A) CARGA DE LA PRUEBA FORMAL Y MATERIAL

De carga de la prueba se habla en un doble sentido: en sentido formal y en sentido material.

a) Carga de la prueba en sentido formal

En sentido formal significa quién tiene en un proceso la situación subjetiva adecuada para provocar que en él se practique prueba. En un proceso

civil que responda al principio de aportación de parte esa carga la tienen las partes. Solamente a propuesta de ellas se acordará practicar pruebas en el proceso, salvo las excepciones legales que autorizan al juez a acordar pruebas de oficio (art. 282 LECiv).

La potestad de acordar de oficio ciertas pruebas en calidad de diligencias finales, en procesos regidos por el principio de aportación de parte (art. 435.2 LECiv), sólo es tal en apariencia. En realidad el medio de prueba fue admitido a propuesta de parte, pero su práctica fue inútil por circunstancias ajenas a la voluntad de las partes y, después, desaparecidas. La renovada actividad judicial para la práctica de la prueba se debe a que está acordada y no ha sido renunciada.

b) Carga de la prueba en sentido material

La carga de la prueba en sentido material no es una regla de derecho que pueda ser aplicada en el momento de practicarse la prueba –salvo lo que se apuntará después–, sino que su aplicación se produce en el momento de la sentencia.

No obstante, el artículo 429.1, párrafo segundo LECiv ha establecido una relación importante entre estas dos instituciones. Dispone que si, al ser propuestas las pruebas por las partes, el tribunal estimara «que pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente»; realizada la advertencia indicada «las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal».

El juez realiza un pronóstico sobre cómo aplicará en la sentencia la carga material de la prueba, para evitar que esa aplicación sorprenda a las partes cuando ya no hay remedio –es decir, en la sentencia–. De ese modo, sin romper el principio de aportación, estimula la diligencia probatoria de las partes.

B) FUNDAMENTO DE LA CARGA MATERIAL DE LA PRUEBA

Aunque en el momento de sentenciar al juzgador le asalten dudas sobre el sentido estimatorio o desestimatorio de su pronunciamiento, no puede dejar de emitirlo.

Frente a las dudas sobre las normas jurídicas a las que debe atender para sentenciar dispone el artículo 1.7 CC que «los Jueces y Tribunales tienen el

deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan ateniéndose al sistema de fuentes establecido».

Pero tampoco puede el juzgador dejar de pronunciarse si sus dudas versan sobre las cuestiones de hecho. Es decir, si después de atender a la fijación de hechos mediante admisión expresa o tácita y por el resultado de la valoración de la prueba practicada, considera que hechos relevantes no pueden ser establecidos como ciertos.

En tal caso necesita unas reglas que le indiquen en qué sentido ha de resolver.

Ésa es la función de las reglas de carga de la prueba, que, en su formulación más general, establece el artículo 217.1 LECiv: «cuando, al tiempo de dictar sentencia o resolución semejante, el tribunal considerase dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimarán las pretensiones del actor o del reconviniente, o las del demandado o reconvenido, según corresponda a unos u otros la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten las pretensiones».

Las reglas de la carga de la prueba determinan cuál de las partes ha de soportar el perjuicio derivado de la falta de prueba de los hechos jurídicamente relevantes para la decisión.

Las normas de carga de la prueba distribuyen el riesgo de sufrir un perjuicio entre las partes y no lo concentran sólo en el actor principalmente por dos tipos de razones:

1ª) Por razones de eficacia del proceso civil, dado que este proceso sería un instrumento inútil si el demandante tuviera la responsabilidad de probar no sólo los hechos constitutivos de su pretensión procesal, sino también la inexistencia de todos aquellos hechos que pudieran jurídicamente contrarrestar la eficacia de los anteriores. El objeto de la prueba tendría una extensión desmesurada y hasta delimitable con dificultad y la prueba sería difícil por la necesidad de referirla a hechos negativos. Por el contrario, si, presupuestos los hechos constitutivos, se hace al demandado responsable de la prueba de las otras clases de hechos, se facilita la delimitación del objeto de la prueba y la práctica de ésta.

2ª) El proceso conlleva el riesgo del hecho incierto. Con el criterio anterior se reparte ese riesgo entre las partes de acuerdo con el principio de igualdad de las mismas en el proceso, y no se hace cargar con el mismo exclusiva o principalmente al actor.

II) NORMAS SOBRE CARGA MATERIAL DE LA PRUEBA

La atribución de la carga de la prueba es objeto, en principio, de normas que vinculan preceptivamente esa atribución a la concurrencia de supuestos precisamente fijados en las mismas. Pero también se establece una norma discrecional o elástica que permite al juez atribuir la carga en función de situaciones concretas de la actividad probatoria. Por otro lado se plantea problema sobre si es atendible una modificación convencional del régimen legal de la carga de la prueba.

a) Normas especiales

Se establecen para determinadas materias jurídicas y son de aplicación preferente si la pretensión interpuesta puede ser incluida en dichas materias (art. 217.5 LECiv). Su razón de ser es evitar las dificultades probatorias que derivarían de una atribución según la norma general.

El propio artículo 217 LECiv establece dos de esas reglas especiales: a) respecto de pretensiones en materia de competencia desleal (actos de engaño o actos de denigración) y de publicidad ilícita (por ejemplo: publicidad engañosa) «corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente» (apartado 4); b) respecto de los hechos constitutivos alegados por el actor que consistan «en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, corresponderá al demandado probar la ausencia de discriminación en las medidas adoptadas y de (sic) su proporcionalidad» (apartado 5).

El apartado 6 contiene una norma de remisión a otras posibles disposiciones especiales. Podrían citarse, por ejemplo, el artículo 61.2 Ley de Patentes (en casos de violación de patente de procedimiento para fabricar productos nuevos el demandado tiene la carga de probar que el producto por él fabricado lo ha sido mediante un procedimiento disímil), los artículos 850, 1750 y 1900 CC, y también —aunque se refieren a ellas incorrectamente como presunciones (SERRA)— los artículos 33, 434, 1183 y 1769 CC.

b) Norma general

Si, atendida la pretensión objeto del proceso, no son aplicables normas especiales, la atribución de la carga de la prueba la realiza el artículo 217.2 y 3 LECiv, tomando como base los hechos cuya prueba beneficia a cada parte por ser los que fundamentan la aplicación de la norma jurídica favorable bien sea a la estimación de la pretensión (actor), bien sea al acogimiento de las defensas (demandado).

Y así:

1º) Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprende, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.

2º) Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.

c) **Matización a las reglas legales con una potestad discrecional del juzgador**

Dispone el apartado 7 del artículo 217 de la LECiv que «para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio».

Este precepto inviste al juzgador de una potestad que no sólo consiste en apreciar los hechos que dan base para la aplicación de las normas mencionadas y en aplicar tales normas, sino en tomar en consideración circunstancias concretas de la actividad probatoria del proceso que sean importantes para modificar la atribución reglada de la carga de la prueba.

Estas circunstancias concretas son aquellas que revelen la disponibilidad y facilidad probatoria de cada parte respecto de los diferentes hechos relevantes. Si un hecho favorable a la contraparte, según el régimen reglado, no ha resultado probado, las consecuencias desfavorables de la falta de prueba podrán imputarse a la parte que tenía, en concreto, mayor facilidad para probar su inexistencia.

El ejemplo clásico (al que responde, en líneas generales, el caso de la STS de 17 de abril de 1971 [RJ 1971, 1779]) es el de los procesos en que una de las partes, por estar dotada de sistemas de gestión más perfeccionados (empresas, entidades financieras), dispone de fuentes de prueba fiables tanto para hechos favorables a ella, como a sujetos jurídicos que se relacionan con la misma y pueden ser contraparte en un proceso.

d) **Modificación convencional de la carga de la prueba**

De entrada los intentos de modificación convencional del régimen legal de la carga de la prueba han de considerarse nulos, por afectar a normas de Derecho Público como son las procesales que regulan la carga, e ineficaces en cuanto destinados a regular la actividad de un tercero respecto de las partes como es el juez (GÓMEZ ORBANEJA, CORTES DOMÍNGUEZ).

Ahora bien, lo que (según los autores citados) resulta permitido por el ordenamiento es que la calidad de los hechos determinantes de la aplicación de las normas sobre carga (constitutivos, impositivos, etc.) no sólo dependa de normas, sino también de lo pactado en negocios jurídicos en los límites de la autonomía de la voluntad. Si se altera negocialmente la calidad de esos hechos puede resultar alterada la atribución de la carga de la prueba, sin modificación de la norma que la atribuye.

Un ejemplo de esto puede hallarse en el contrato de transporte marítimo, atendido el artículo 11 de la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre unificación de reglas para los conocimientos de embarque en los buques mercantes:

1º) El supuesto inicial de la norma es que el porteador responde de daños y pérdida de mercancías con arreglo al valor por unidad o bulto declarado por el cargador en el conocimiento de embarque. El cargador-demandante prueba un hecho constitutivo con sólo la aportación del conocimiento de embarque; el porteador-demandado precisará probar como impositivo, por ejemplo, que se embarcó menor cantidad.

2º) Sin embargo la ley admite un pacto especial consistente en que el porteador puede formular reserva sobre el valor de la mercancía embarcada. Esto tiene como consecuencia que el cargador que demande indemnización por daños, tendrá que probar, como hecho constitutivo, el valor de la mercancía dañada.

Capítulo 15

JOSÉ MARTÍN PASTOR

SUMARIO.—LOS MEDIOS DE PRUEBA (I): INTERROGATORIO DE LAS PARTES.—A) Concepto y naturaleza jurídica del interrogatorio de las partes.—B) Admisibilidad del interrogatorio.—C) Procedimiento probatorio.—D) Valoración de la prueba de interrogatorio.—PRUEBA DOCUMENTAL.—A) Concepto de documento.—B) Clases de documentos.—C) Valor probatorio de los documentos.—D) Procedimiento probatorio.—PRUEBA PERICIAL.—A) Concepto y problemática sobre la naturaleza jurídico-procesal del perito.—B) Admisibilidad de la prueba pericial.—C) Procedimiento probatorio.—D) Valoración de la prueba pericial

LOS MEDIOS DE PRUEBA (I): INTERROGATORIO DE LAS PARTES

A) CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL INTERROGATORIO DE LAS PARTES

Por interrogatorio de las partes —o, como veremos, de algunos terceros— se entiende el medio de prueba consistente en declaraciones de las partes —o de esos terceros— tendientes a convencer al órgano jurisdiccional sobre la existencia o la inexistencia de «hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio» (art. 301.1 LECiv).

El tema de la naturaleza jurídica de la antigua prueba de confesión —que ha sido sustituida, con notables diferencias en su regulación, por el interrogatorio o la declaración de las partes— había sido discutido durante la vigencia de la derogada LECiv/1881, a causa de su especial eficacia probatoria y de ciertos requisitos que se establecían para que fuese admisible.

Un sector doctrinal consideraba la confesión como un acto de disposición. Esta tesis tenía varias formulaciones, obteniendo todas argumentos favorables principalmente del especial valor probatorio de la confesión.

Basándose en ello se podía considerar la confesión:

1ª) Como un negocio jurídico de Derecho privado. No obstante, la confesión no tenía un efecto extraprocesal directo, sino que lo producía en cuanto su resultado se recogía en la sentencia y por la fuerza de obligar de esta última. Según se deducía del artículo 1429 de la antigua LECiv/1881 la confesión no constituía título ejecutivo.

2º) Como un negocio jurídico procesal de contenido abdicativo –renuncia a la oposición procesal– o de contenido positivo –voluntad de fijar formalmente los hechos–. Sin embargo, el efecto de la confesión no derivaba de la declaración de voluntad de las partes, sino de la resolución judicial que la acogía.

Con la nueva LECiv hay que destacar el actual predominio de la opinión doctrinal que concebía la confesión como un medio de prueba. A favor de la conceptualización del interrogatorio como un medio de prueba opera, además del enclave legislativo de la institución, el que el interrogatorio deba tener por objeto «hechos y circunstancias» (art. 301.1 LECiv) y no relaciones jurídicas, ni derechos, que es lo que constituye objeto del poder de disposición.

Favorecen igualmente esta tesis todos los preceptos de la LECiv que revelan una concepción antiformalista del interrogatorio:

En primer lugar, el artículo 305.2 «in fine», que contempla la posibilidad de que el declarante agregue, «en todo caso, las explicaciones que estime convenientes y que guarden relación con las cuestiones planteadas».

En segundo lugar, el artículo 306.2, que prevé la posibilidad de un interrogatorio cruzado entre las partes «para la determinación de los hechos relevantes en el proceso».

Por último, el artículo 306.1.11 y 2 «in fine», que faculta al Juez para interrogar a la parte llamada a declarar, para obtener aclaraciones y adiciones.

B) ADMISIBILIDAD DEL INTERROGATORIO

Sólo es posible el interrogatorio de determinados sujetos y referido a un determinado objeto.

a) Presupuestos de admisibilidad relativos a los sujetos

Para una adecuada exposición de estos presupuestos es necesario partir de las diferentes clases de interrogatorio en función de los sujetos:

a') El interrogatorio de las personas físicas

A su vez, dentro de éste, debemos distinguir entre:

a'') El interrogatorio de la parte contraria y del colitigante.

En principio, sólo es sujeto del interrogatorio quien es parte en el proceso (art. 301.1 LECiv). El interrogatorio presupone que una de las partes solicita la declaración de la parte contraria. La declaración respondiendo al interrogatorio es, además, un acto procesal que debe realizar la parte contraria directamente, no a través de su representante procesal.

El artículo 301.1 «in fine» LECiv contempla la posibilidad de que un colitigante pueda pedir el interrogatorio de otro colitigante que se encuentra en la misma posición procesal –ya sea como actor, ya sea como demandado– si en el proceso existe oposición o conflicto de intereses entre ambos.

b'') El interrogatorio del tercero.

No obstante lo expuesto en el apartado anterior, la LECiv contempla en dos supuestos el interrogatorio del tercero:

1º) La declaración del titular de la relación jurídico-material o del derecho en cuya virtud se acciona (art. 301.2 LECiv).

Cuando la parte procesal no sea el sujeto de la relación jurídico-material controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona –lo que puede suceder, por ejemplo, en los supuestos de legitimación extraordinaria–, se podrá pedir el interrogatorio de dicho sujeto o titular.

2º) La declaración del tercero sobre hechos no personales de la parte interrogada (art. 308 LECiv).

En principio, aun cuando alguna pregunta se refiera a hechos que no sean personales del declarante, este sujeto deberá contestar según sus conocimientos, mencionando el origen de los mismos, pero podrá proponer que responda también a la pregunta el tercero que tenga conocimiento personal de dichos hechos, por sus relaciones con el asunto, aceptando el primero las consecuencias de la declaración del segundo.

Para la admisibilidad de esta sustitución será necesaria la aceptación de la parte que haya propuesto la prueba. Si no se acepta la sustitución, la parte declarante podrá solicitar que el tercero sea interrogado en calidad de testigo, y el órgano jurisdiccional decidirá lo que estime procedente.

Esta declaración del tercero constituye una figura completamente anómala, cuya justificación sólo puede hallarse en la conveniencia de no prescindir de la eficacia del interrogatorio cuando los hechos no sean personales del interrogado. Este último, en efecto, acepta la responsabilidad de la declaración del tercero.

b) El interrogatorio de las personas jurídicas y de los entes sin personalidad

A estos efectos, la ley distingue entre:

a'') El interrogatorio de una persona jurídica o de una entidad sin personalidad jurídica (art. 309 LECiv).

Cuando el declarante sea una persona jurídica o un ente sin personalidad, y su representante en el proceso no hubiera intervenido en los hechos controvertidos, en primer lugar, dicho representante deberá alegar tal circunstancia en la audiencia previa al juicio, y, en segundo lugar, tendrá que facilitar la identidad de la persona que intervino en nombre de la persona jurídica o de la entidad interrogada, para que sea citada al juicio. Si la persona identificada ya no formara parte de la persona

jurídica o del ente sin personalidad, su representante podrá pedir que dicha persona sea citada en calidad de testigo.

Cuando alguna pregunta se refiera a hechos en los que no haya intervenido el representante de la persona jurídica o del ente sin personalidad, éste deberá, no obstante, responder según sus conocimientos, citando la fuente de los mismos e identificando a la persona que, en nombre de la parte, hubiese intervenido en los mencionados hechos. En este caso, el órgano jurisdiccional citará a dicha persona para el interrogatorio fuera del juicio como diligencia final.

En los casos contemplados en los párrafos anteriores, si el representante de la persona jurídica o de la entidad sin personalidad manifiesta desconocer la persona interviniente en los hechos, el órgano jurisdiccional considerará tal manifestación como respuesta evasiva o resistencia a declarar, con las consecuencias previstas en el artículo 307 LECiv.

b'') El interrogatorio de una entidad pública.

El artículo 315 LECiv prevé el interrogatorio de una entidad pública, cuando sea parte en un proceso, y lo configura con unos especiales requisitos de forma que se analizarán más adelante.

b) Presupuestos de admisibilidad relativos al objeto

Presupuesto general es que se refiera a los hechos debatidos en el proceso, es decir, a los que no hubieran sido previamente fijados por admisión de la parte contraria.

En principio, debe referirse a hechos personales del interrogado, es decir, a hechos en los que la parte haya tenido participación, no bastando que los hechos sean conocidos por la misma. No obstante, excepciones a esta regla se pueden encontrar en los supuestos contemplados por los artículos 308.1 y 309.2 LECiv.

Por su parte, el artículo 314 LECiv establece la prohibición de reiterar el interrogatorio de las partes o de los terceros del artículo 301.2 de dicha norma sobre los mismos hechos que hayan sido objeto de declaración por aquéllos.

C) PROCEDIMIENTO PROBATORIO

a) Lugar

Aunque la regla general es la de que el interrogatorio se practica en el local del órgano jurisdiccional, pues es allí donde se celebra el acto del juicio o de la vista, hay excepciones:

1ª) El artículo 311 LECiv prevé la posibilidad del interrogatorio domiciliario cuando por enfermedad o por circunstancias especiales de la persona

que deba responder a las preguntas ésta no pueda comparecer en la sede del órgano jurisdiccional.

2ª) El artículo 313 LECiv contempla la posibilidad del interrogatorio domiciliario por vía de auxilio judicial cuando la parte declarante resida fuera de la demarcación judicial del órgano jurisdiccional, y por la distancia, la dificultad del desplazamiento, circunstancias personales o causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa su comparecencia en la sede de dicho órgano jurisdiccional.

3ª) El artículo 315 LECiv regula un interrogatorio y una declaración de las entidades públicas por escrito.

b) Forma

Como se concreta a continuación, el legislador ha pretendido que la declaración de las partes verse «sobre las preguntas formuladas en un interrogatorio libre, lo que garantiza la espontaneidad de las respuestas, la flexibilidad en la realización de preguntas y, en definitiva, la integridad de una declaración no preparada» (Exp. Motivos de la LECiv, ap. XI, párr. VII).

A estos efectos, se debe diferenciar entre:

a) El interrogatorio

Las preguntas no tienen una previa preparación escrita, sino que se formulan verbalmente en el acto de práctica del medio de prueba. La parte interrogada tampoco podrá valerse de ningún borrador de respuestas. Es decir, no son admisibles escritos preparatorios para el interrogatorio de las partes: artículos 302, 305 y 306 LECiv, con excepciones que confirman la regla en los artículos 311.2 –interrogatorio domiciliario–, 313 –interrogatorio domiciliario por vía de auxilio judicial–, y 315 del mismo texto legal –interrogatorio de una entidad pública–.

En el interrogatorio se debe distinguir:

a'') La proposición de las preguntas (art. 302.1 LECiv).

Las preguntas del interrogatorio se formularán verbalmente, en sentido afirmativo, con la debida claridad y precisión, y sin incluir valoraciones ni calificaciones que, en todo caso, se tendrán por no realizadas.

b'') La admisión de las preguntas (art. 302.2 LECiv).

El órgano jurisdiccional controlará que las preguntas correspondan a los hechos sobre los que el interrogatorio se haya admitido, y decidirá sobre la admisibilidad de dichas preguntas en función de su utilidad y pertinencia en el mismo acto en que se realice el interrogatorio.

c'') La impugnación de las preguntas que se formulen (art. 303 LECiv).

La parte que deba responder a las preguntas, así como su abogado, en su caso, podrán impugnar en el acto la admisibilidad de las preguntas y señalar las valoraciones y las calificaciones que, contenidas en las preguntas, sean, según su criterio, inprocedentes y deban considerarse por no realizadas.

b') *La declaración*

En la declaración cabe destacar los siguientes aspectos:

a'') Las cargas del declarante.

Para obtener el resultado normal de la prueba de interrogatorio se establecen tres cargas para los sujetos del mismo:

1ª) La carga de comparecer al juicio (art. 304 LECiv).

2ª) La carga de declarar (art. 307 LECiv).

3ª) La carga de responder categóricamente (art. 305 LECiv).

b'') La incomunicación de los sujetos declarantes (art. 310 LECiv).

Si sobre unos mismos hechos controvertidos deben declarar dos o más partes o las personas asimiladas a ellas del artículo 301.2 LECiv, o cuando deban ser interrogados varios litisconsortes, se adoptarán las medidas necesarias para evitar que puedan comunicarse y conocer previamente el contenido de las preguntas y de las respuestas.

c'') El modo de responder al interrogatorio (art. 305 LECiv).

La parte interrogada responderá por sí misma, sin poder valerse de ningún colaborador de respuestas, pero, cuando a juicio del tribunal resulte conveniente para auxiliar a la memoria, se le permitirá consultar en el acto documentos y notas o apuntes.

Las respuestas deberán ser afirmativas o negativas y, de no ser ello posible según el tenor de las preguntas, serán precisas y concretas, pudiendo agregar el declarante, en todo caso, las explicaciones que estime convenientes y que guarden relación con las cuestiones planteadas.

d'') La intervención de los abogados, el interrogatorio cruzado de las partes, y las facultades del tribunal (art. 306 LECiv).

Una vez contestadas las preguntas realizadas por el abogado de la parte que haya solicitado la prueba, los abogados de las demás partes y el de la parte declarante podrán, por este orden, formular a dicha parte declarante nuevas preguntas que estimen conducentes para determinar los hechos.

Cuando no sea preceptiva la intervención de abogado, las partes, con la autorización del tribunal, que tratará de que no se atraviesen la palabra ni se interrumpan, podrán hacerse recíprocamente las preguntas y las observaciones que sean convenientes para la determinación de los hechos relevantes en el proceso.

El declarante y su abogado podrán impugnar en el acto las preguntas a que se ha hecho referencia y realizar las observaciones previstas en el artículo 303 LECiv, debiendo el tribunal resolver lo que proceda antes de otorgar la palabra para contestar. En todo caso, el tribunal deberá repeler las preguntas o las intervenciones que sean impertinentes o inútiles, y podrá, para obtener aclaraciones y adiciones, interrogar a la parte llamada a declarar.

c') *El interrogatorio y la declaración de las entidades públicas*

El artículo 315 LECiv regula un interrogatorio con unos requisitos formales especiales cuando sean parte en un proceso el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad Local u otro organismo público, y el órgano jurisdiccional admita su declaración. En estos casos, tales sujetos gozan del privilegio de no comparecer al juicio o a la vista y de no responder oralmente a las preguntas, ya que las preguntas y las respuestas se formulan por escrito.

B) VALORACIÓN DE LA PRUEBA DE INTERROGATORIO

La prueba de interrogatorio no se somete a un sistema de valoración único. Debemos, pues, distinguir:

a) *Valoración legalmente guiada*

Si el resultado es la declaración de hechos desfavorables, la prueba de declaración de la parte no tiene una valoración legal, pero sí legalmente guiada (ORTOLAS RAMOS) —o, si se prefiere, se aplica una norma de valoración legal, aunque matizada—. El órgano jurisdiccional no está vinculado a tener por ciertos determinados hechos desfavorables declarados por la parte, pero la ley le exige motivar su apreciación divergente.

Por ello, en la motivación de la sentencia deberá figurar la valoración de aquellas pruebas que han llevado al órgano jurisdiccional a considerar desvirtuado el valor probatorio del interrogatorio de la parte en el que se reconozcan hechos en los que dicha parte ha intervenido personalmente y que le son desfavorables.

El artículo 316.1 LECiv prescribe en este sentido que «si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que una parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial».

La justificación de este valor de la declaración radica en la valoración que el propio legislador hace del resultado de la prueba, partiendo de la máxima de experiencia de que siendo tan grande la tendencia a mentir para negar lo desfavorable, cuando se reconoce, hay que reputar que se dice la verdad, si ese reconocimiento no lo contradice el resultado de las demás pruebas.

Según la Exposición de Motivos de la LECiv (ap. XI, párr. VIII), el reconocimiento de hechos perjudiciales no tiene un valor probatorio pleno, sino que se establece una valoración libre, teniendo presente las otras pruebas que se practiquen.

b) Valoración libre

La declaración de hechos favorables en el interrogatorio no carece, sin embargo, de valor probatorio. No tiene valor probatorio legal, pero puede ser, como las restantes pruebas, libremente valorada. A tal efecto el artículo 316.2 LECiv dispone que «en todo lo demás, los tribunales valorarán las declaraciones de las partes y de las personas a que se refiere el apartado segundo del artículo 301 según las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de lo que se dispone en los artículos 304 y 307». Estos dos últimos preceptos, como veremos a continuación, establecen la consecuencia de la admisión tácita de los hechos si la parte no asume las cargas de comparecer y de contestar claramente en el interrogatorio.

c) Por fin, determinadas conductas del interrogado en relación con esta prueba –la negativa a comparecer o a declarar– más que estar legalmente valoradas pueden servir para la fijación o la admisión tácita de hechos controvertidos

Estas conductas y sus efectos son los siguientes:

1ª) En el supuesto de que la parte citada para el interrogatorio no asuma la carga de comparecer al juicio, el órgano jurisdiccional podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos en los que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, e imponerle la multa prevista por el artículo 292.4 LECiv (art. 304.1 LECiv). Previamente en la citación se deberá haber apercibido al interesado de que, en caso de incomparecencia injustificada, se producirán los efectos que se acaban de exponer (art. 304.1 LECiv).

2ª) En los casos de negativa a declarar o de ofrecer respuestas negativas o inconcluyentes el tribunal apercibirá a la parte llamada a declarar de que, salvo que concorra una obligación legal de guardar secreto, podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos objeto de las preguntas, siempre que dicha parte hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resulte perjudicial en todo o en parte (art. 307 LECiv).

Esto último también será de aplicación en el interrogatorio de las Administraciones Públicas o de cualquier organismo público (art. 315.3 LECiv).

PRUEBA DOCUMENTAL

A) CONCEPTO DE DOCUMENTO

Se puede entender por documento el objeto en el que se exterioriza

certo pensamiento humano mediante signos materiales y permanentes de lenguaje. Es el concepto más acorde con el CC y la LECiv, que equiparan escrito y fuente de prueba documental –documento–. Hay documento, incluso según este concepto, cualquiera sea la materia sobre la que se plasman los signos, cualesquiera sean éstos –lenguas muertas o vivas u otros signos convencionales– y el modo de plasmarlos sobre la materia –manuscrito, mecanografía, impresión, grabado, etc.–.

En relación con este concepto de documento conviene precisar que, aunque de los arts. 299.2 y 382.1 LECiv se podía deducir que los documentos firmados electrónicamente no eran considerados propiamente documentos y en consecuencia no estaban sujetos al régimen de la prueba documental sino al previsto en los arts. 382 y ss. de dicha norma, los posteriores arts. 17 bis.1 de la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado –introducido por el art. 115.1 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social– y 3.8 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica –al que se ha dado una nueva redacción por el art. 5.2 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información–, someten dichos documentos a la regulación del medio de prueba documental.

En concreto, el mencionado art. 17 bis.1 y 2 establece que «los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el solo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de la firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias» y que «la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos», y el citado art. 3.8 dispone que «el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio».

Asimismo, el art. 24.2 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, al regular la prueba de los contratos celebrados por vía electrónica, dispone que, «en todo caso, el soporte electrónico en que conste un contrato celebrado por vía electrónica será admisible en juicio como prueba documental».

Se entiende por documento electrónico «la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado» (art. 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica –al que se ha dado una nueva redacción por el art. 5.1 de la Ley 56/

2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información-).

B) CLASES DE DOCUMENTOS

Por los sujetos que han formado el documento, éstos pueden clasificarse en:

a) Documentos públicos

Lo son los autorizados por notario o empleado público competente con las formalidades prescritas por la ley (art. 1216 CC). GUASP considera la definición poco profunda —atiende al sujeto y a la forma— y propone definirla como aquél que pertenece a la esfera del Derecho público. A él se equipararía, por eficacia y no por esencia, el documento notarial.

El artículo 317 LECiv ofrece una enumeración de documentos públicos a efectos de prueba en el proceso:

«1º Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de las mismas expidan los Secretarios Judiciales.

2º Los autorizados por Notario con arreglo a Derecho.

3º Los intervenidos por Corredores de Comercio Colegiados y las certificaciones de las operaciones en que hubiesen intervenido, expedidas por ellos con referencia al Libro Registro que deben llevar conforme a Derecho.

4º Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.

5º Los expedidos por funcionarios públicos legamente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.

6º Los que, con referencia a archivos y registros de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público, sean expedidos por funcionarios facultados para dar fe de disposiciones y actuaciones de aquellos órganos, Administraciones o entidades».

Estos documentos pueden clasificarse en tres grupos:

1º) Los documentos judiciales: los del número 1º

2º) Los documentos administrativos: los de los números 4º, 5º y 6º

3º) Los documentos referentes al tráfico civil: los de los números 2º y 3º

En relación con los documentos extranjeros, el artículo 323 LECiv dispone que a efectos procesales, se considerarán documentos públicos:

1º) Los documentos extranjeros a los que, en virtud de tratados o convenios internacionales o de leyes especiales, haya de atribuírseles la fuerza probatoria prevista en el artículo 319 de la misma norma.

2º) Los documentos que, aun cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial, reúnan los siguientes requisitos:

1º Que en el otorgamiento o en la confección del documento se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se haya otorgado para que el documento haga prueba plena en juicio.

2º Que el documento contenga la legalización o la apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

Cuando los documentos extranjeros a que se ha hecho referencia en los párrafos anteriores incorporen declaraciones de voluntad, la existencia de las mismas se tendrá por probada, pero su eficacia será la que resulte de las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos.

b) Documentos privados

Son los redactados por personas privadas —no pierde el carácter de privado el documento de esta clase cuyas firmas hubieran sido legitimadas por notario—. Algunos autores, al igual que el artículo 324 LECiv, prefieren definirlos por exclusión: los que no tienen la calificación de documentos públicos.

También se debe destacar que tienen la consideración de documentos privados los documentos públicos defectuosos, por incompetencia del notario o del funcionario autorizante o por defectos formales, siempre y cuando estén firmados por todos los otorgantes (art. 1223 CC).

Dentro de los documentos privados se distinguen los libros de los comerciantes que tienen especial valor probatorio (arts. 327 LECiv y 31 CCom), y en cuya llevanza han de observarse las prescripciones de las leyes mercantiles.

C) VALOR PROBATORIO DE LOS DOCUMENTOS

En la valoración de la prueba de documentos coexisten los dos sistemas de apreciación: el libre y el legal. La admisibilidad de la apreciación libre se determina por exclusión de los supuestos en los que el legislador concede a los documentos una eficacia probatoria determinada.

Distinguiremos pues entre documentos públicos, privados y libros de comerciantes, porque el valor probatorio es distinto en los tres tipos de documentos:

a) El valor probatorio del documento público

a') La fuerza probatoria de los documentos públicos

En la LECiv el sistema de valoración legal se aplica únicamente a determinados supuestos de la prueba documental y siempre que concurren los requisitos legalmente establecidos para ello.

De acuerdo con el artículo 319.1 LECiv «con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1º a 6º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella».

Esta especial fuerza probatoria de los documentos públicos deriva de la confianza depositada por el legislador en la intervención de los distintos fedatarios legalmente autorizados o habilitados (Exp. de Motivos de la LECiv, ap. XI, párr. X).

Por el contrario, el apartado 2 del mismo precepto dispone que la fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5º y 6º del artículo 317 a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, será la que establezcan las leyes que les reconozcan tal carácter. En defecto de disposición expresa en tales leyes, los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado».

El valor probatorio de los documentos a que se refiere el párrafo anterior no es valor legal, pues la propia norma autoriza al órgano jurisdiccional para no aceptar los resultados probatorios que deriven de dichos documentos, si considera que otros medios de prueba —incluso los sujetos a valoración libre— los contradicen y merecen más fiabilidad. Dicho de otro modo, el órgano jurisdiccional, aunque no se haya impugnado específicamente la autenticidad del documento, puede llegar a resultados probatorios distintos de los que deriven del propio documento.

Por ello, en la motivación de la sentencia deberá figurar la valoración de aquellas pruebas que han llevado al órgano jurisdiccional a considerar desvirtuado el valor probatorio de dichos documentos públicos.

En definitiva, la prueba de estos documentos públicos no tiene una valoración legal, pero sí legalmente guiada. El órgano jurisdiccional no está vinculado a tener por ciertos los hechos documentados, pero la Ley le exige motivar su apreciación divergente.

La valoración será libre en materia de usura, ya que «los tribunales resolverán en cada caso formando libremente su convicción sin vinculación a lo establecido en el apartado primero de este artículo» (art. 319.3 LECiv).

Cuando un documento electrónico tenga la naturaleza de documento público se valorará de acuerdo con lo dispuesto en el art. 319 LECiv.

b) Requisitos del valor probatorio del documento público

El valor probatorio del documento público depende, en cualquier caso, de los siguientes requisitos:

1º) De la validez formal del documento, en el sentido de estar expedido por el funcionario público competente y haberse observado en su redacción las formalidades legales (art. 1216 CC).

2º) De no haber sido impugnado por falsedad y estimado falso.

3º) Generalmente el documento público no se aporta al proceso en original sino mediante certificación o copia fehaciente o por medio de copia simple. A esta última se le atribuye el valor legal del original, siempre que su autenticidad no haya sido impugnada por la contraparte (arts. 267 y 318 LECiv y 1220 CC).

Los artículos 320 LECiv y 1220 CC prevén la impugnación del valor probatorio del documento público y las operaciones de cotejo o comprobación.

Cuando se impugne la autenticidad de un documento público, para que pueda hacer prueba plena se debe proceder al cotejo o a la comprobación.

Así, las copias, las certificaciones o los testimonios fehacientes se cotejarán o comprobarán con los originales, dondequiera que se encuentren, y las pólizas intervenidas por Corredor de Comercio Colegiado se comprobarán con los asientos de su Libro Registro.

El cotejo o la comprobación de los documentos públicos con sus originales se realizará por el Secretario Judicial, personándose al efecto en el archivo o en el local donde se encuentre el original o la matriz, bajo la presencia, si concurren, de las partes y de sus defensores, que deberán haber sido citados al efecto.

Cuando del cotejo o de la comprobación resulte la autenticidad o la exactitud de la copia o del testimonio impugnado, éstos harán prueba plena, y las costas, los gastos y los derechos que haya originado el cotejo o la comprobación serán exclusivamente de cargo de quien hubiese impugnado su autenticidad. Si, a juicio del órgano jurisdiccional, la impugnación hubiese sido temeraria, le podrá imponer, además, una multa de 120 a 600 euros, según el Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre, por el que se procede a la conversión a euros de las cuantías establecidas en la LECiv.

Por su parte, el artículo 322 LECiv indica los documentos públicos no susceptibles de cotejo o comprobación que, no obstante, tendrán valor probatorio legal.

Según dicho precepto, harán prueba plena en juicio, sin necesidad de comprobación o de cotejo y salvo prueba en contrario y la facultad de solicitar el cotejo de letras cuando sea posible:

1ª) Las escrituras públicas antiguas que carezcan de protocolo y todas aquellas cuyo protocolo o matriz hubiese desaparecido. En los casos de desaparición del protocolo, de la matriz o de los expedientes originales, se estará a lo dispuesto en el artículo 1221 CC. El artículo 1221.I y II CC, reconoce valor probatorio legal por sí mismo a las copias que reúnan determinadas condiciones. Las que no las cumplan sólo pueden ser objeto de valoración libre (art. 1221.III y IV CC).

2ª) Cualquier otro documento público que, por su índole, carezca de original o de registro con el que pueda cotejarse o comprobarse.

4ª) En relación con el valor probatorio de las copias reprográficas de los documentos públicos y con su cotejo, el artículo 334 LECiv formula una serie de disposiciones específicas.

Cuando la parte a quien perjudique el documento presentado por copia reprográfica impugne la exactitud de la reproducción, se cotejará la copia con el original si ello es posible y, de no serlo, se determinará su valor probatorio según las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta el resultado de las demás pruebas. El cotejo, en su caso, se verificará por el Secretario Judicial, quedando a salvo el derecho de las partes a proponer prueba pericial.

Lo dispuesto para las copias reprográficas también será de aplicación a los dibujos, fotografías, pinturas, croquis, planos, mapas y documentos semejantes.

5ª) El artículo 321 LECiv precisa que «el testimonio o certificación fehacientes de sólo una parte de un documento no hará prueba plena mientras no se complete con las adiciones que solicite el litigante a quien pueda perjudicarle».

6ª) Las escrituras de reconocimiento de un acto o de un contrato no constituyen prueba legal contra el documento que las contenga, si por error o defecto se apartan de él, salvo que conste expresamente la novación (art. 1224 CC).

c) La extensión objetivo-subjetiva del valor probatorio del documento público

Hay que distinguir:

1ª) Si las partes o alguna de ellas fueron ajenas –terceros– a la formación del documento, éste hace prueba legal en cuanto a su fecha y al hecho que motiva su otorgamiento (art. 1218.I CC). Por «hecho que motiva el otorgamiento» han de entenderse los hechos directamente percibidos por el funcionario público autorizante. Hay una restricción de este valor legal en el supuesto especial del artículo 1219 CC.

2ª) Habiendo intervenido en la formación del documento las partes, éste hace prueba legal contra ellas y sus causahabientes, respecto a las declaraciones efectuadas por aquéllas y consignadas en el mismo (art. 1218.II CC).

b) El valor probatorio del documento privado

a) La fuerza probatoria de los documentos privados

Según el artículo 326.1 LECiv «los documentos privados harán prueba plena en el proceso, en los términos del artículo 319, cuando su autenticidad no sea impugnada por la parte a quien perjudiquen».

Destacar también que el documento privado, reconocido legalmente, tiene el mismo valor probatorio que los documentos públicos respecto de quienes participaron en su formación y sus causahabientes (art. 1225 CC).

La ley impone a las partes la carga de fijar su posición sobre los documentos presentados por la parte contraria, de manera que, si son reconocidos o no se impugna su autenticidad, la controversia fáctica desaparece o se aminora (Exp. de Motivos de la LECiv, ap. XI, párr. XI).

Por otro lado, los documentos privados unilaterales tendrán valor probatorio legal en todo aquello que perjudiquen a su autor, pero quien quiera aprovecharse de ellos deberá aceptarlos en la parte que le perjudiquen (arts. 1228 y 1229 CC).

Si se impugna la autenticidad de un documento privado, la parte que lo haya presentado podrá solicitar el cotejo pericial de leuras o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente a tal efecto. Cuando del cotejo o del otro medio de prueba se desprenda la autenticidad del documento, se procederá conforme a lo previsto en el artículo 320.3 LECiv. Si, impugnada la autenticidad del documento, no se ha podido probar la misma o no se ha propuesto prueba alguna, el documento será valorado libremente (art. 326.2 LECiv).

La regulación de la fuerza probatoria de los documentos privados prevé cómo debe actuarse en los casos en que en un proceso se impugne la autenticidad de un documento electrónico. De acuerdo con el art. 326.3 LECiv «introducido por la Disposición adicional décima de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica» cuando se impugne la autenticidad de los documentos electrónicos se deberá estar a lo dispuesto en el art. 3 de esta última norma.

El art. 3.8 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de Firma Electrónica al que se ha dado una nueva redacción por el art. 5.2 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, regula la impugnación de la autenticidad de la firma electrónica reconocida con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico.

Asimismo, dicho precepto establece que cuando se impugne la autenticidad de la firma electrónica avanzada, con la que se hayan firmado los datos incorporados al documento electrónico, se estará a lo establecido en el art. 326.2 LECiv.

Además, se requiere que el documento no haya sido declarado falso.

En relación con el valor probatorio de las copias reprográficas de los documentos privados y con su cotejo, téngase presente lo dispuesto por el ya mencionado artículo 334 LECiv.

b) La extensión objetivo-subjetiva del valor probatorio del documento privado

Para ello conviene distinguir:

1º) Respecto de terceros –quienes no hayan participado en su formación– ninguna parte del documento privado produce efectos de prueba legal. La disposición del artículo 1227 CC concede valor probatorio legal frente a terceros a la fecha; pero no a la consignada en el documento, sino a la fecha en que se realiza respecto de él una actividad pública y a la fecha de la muerte de cualquiera de los signatarios.

2º) El artículo 1230 CC advierte que «los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero».

c) El valor probatorio de los libros de los comerciantes

Cuando hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes el artículo 327 LECiv realiza una remisión a lo dispuesto en las leyes mercantiles. La remisión a las leyes mercantiles se debe entender hecha a los artículos 25 a 33 CCom, y, especialmente, al artículo 31 de dicho texto normativo, según el cual «el valor probatorio de los libros de los empresarios y demás documentos contables será apreciado por los Tribunales conforme a las reglas generales del Derecho».

D) PROCEDIMIENTO PROBATORIO

a) El modo de presentación de los documentos

El artículo 318 LECiv establece que los documentos públicos habrán de aportarse al proceso en original o por copia o certificación fehacientes o por copia simple conforme a lo previsto en el artículo 267 de la misma norma –que regula la forma de presentación de los documentos públicos en el proceso–.

Pocos documentos públicos se presentan al proceso en original –a excepción de las pólizas de los contratos mercantiles–, ya que normalmente los documentos notariales se aportan por medio de copia auténtica, los administrativos mediante certificación y los judiciales por medio de testimonio, permaneciendo el original en el archivo o en el protocolo correspondiente.

Estos documentos también podrán presentarse por copia simple, y, en el caso de impugnarse su autenticidad, podrá llevarse a los autos el original o una copia o una

certificación del documento con los requisitos legalmente necesarios para que tenga eficacia probatoria (art. 267 LECiv).

Por su parte, el artículo 325 del mismo texto señala que «los documentos privados se presentarán del modo establecido en el artículo 268 de esta ley» que regula la forma de presentación de los documentos privados en el proceso.

De acuerdo con dicho precepto, los documentos privados podrán presentarse en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente, y también por medio de copia simple, que surtirá los mismos efectos que el original cuando su conformidad con éste no sea cuestionada por ninguna de las otras partes.

Si el original del documento privado se encuentra en un expediente, en un protocolo, en un archivo o en un registro público, se presentará una copia auténtica del mismo o se designará el archivo, el protocolo o el registro.

b) La impugnación de la autenticidad del documento y la verificación de su autenticidad –el cotejo–

A ello ya se ha hecho referencia anteriormente –arts. 320, 326.2 y 334 LECiv–.

c) El deber de exhibición de los documentos en el proceso civil

En la LECiv se aborda el problema de la disponibilidad de las fuentes de prueba documentales, pues es necesario que la ley procesal regule el supuesto de que la parte interesada en la presentación de un documento no tenga la disponibilidad del mismo ni pueda designar el archivo, el registro o el protocolo donde se encuentre, por estar en poder de la otra parte o de un tercero ajeno al proceso.

a) El deber de exhibición documental entre las partes

De acuerdo con el artículo 328 LECiv, cada parte podrá pedir a las otras la exhibición de los documentos que no se hallen a su disposición y que hagan referencia al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba. La solicitud deberá ir acompañada de una copia simple del documento y, de no existir o no ser disponible dicha copia, de una indicación en los términos más exactos posibles del contenido de aquél.

Si la parte a la que se requiere la exhibición del documento, queriendo exhibirlo, no estuviere dispuesta a desprenderse del mismo para su incorporación al proceso, se extenderá testimonio de aquél por el Secretario Judicial en la sede del órgano jurisdiccional, si así lo ha solicitado aquélla (art. 331 LECiv).

En caso de negativa injustificada a dicha exhibición, el tribunal podrá optar entre:

1) Tomando en consideración las restantes pruebas, «atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante de la exhibición y a la versión que del contenido del documento hubiese dado» (art. 329.1 LECiv).

2) Mediante providencia, formular requerimiento «para que los documentos cuya exhibición se solicitó sean aportados al proceso, cuando así lo aconsejen las características de dichos documentos, las restantes pruebas aportadas, el contenido de las pretensiones formuladas por la parte solicitante y lo alegado para fundamentarlas» (art. 329.2 LECiv).

b') La exhibición de los documentos por los terceros

Según el artículo 330.1.1 y II LECiv, salvo lo dispuesto en materia de diligencias preliminares, únicamente se podrá requerir a los terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad cuando, solicitada tal exhibición por una de las partes, el órgano jurisdiccional, previa audiencia de dichos terceros, considere que su conocimiento resulta trascendente a los efectos de dictar sentencia.

Si los terceros a los que se requiere la exhibición del documento, queriendo exhibirlo voluntariamente, prefieren no desprenderse de dicho documento para su incorporación al proceso, podrán optar entre exigir que el Secretario Judicial acuda a su domicilio para testimoniarlo (art. 330.1.III LECiv), o presentarlo ellos mismos en la sede del órgano jurisdiccional para que se extienda testimonio del mismo por el Secretario Judicial (art. 331 LECiv).

La ley, por el contrario, no regula las consecuencias que se podrían derivar de la negativa injustificada del tercero a exhibir el documento.

A todos estos efectos, no se considerarán terceros «los titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio» (art. 330.2 LECiv).

c') El deber de exhibición de las entidades oficiales

De acuerdo con el artículo 332 LECiv las entidades oficiales no podrán negarse a la expedición de las certificaciones y de los testimonios solicitados por los órganos jurisdiccionales ni oponerse a la exhibición de los documentos que se encuentren en sus dependencias y archivos, salvo que se trate de documentación reservada o secreta.

El artículo 333 LECiv prevé la extracción de copias de documentos que no sean escritos, disponiendo que en presencia de «dibujos, fotografías, croquis, planos, mapas y otros documentos que no incorporen predominantemente textos escritos, si sólo existiese el original, la parte podrá solicitar que en la exhibición se obtenga

copia, a presencia del Secretario Judicial, que dará fe de ser fiel y exacta reproducción del original».

d') La exhibición de los libros de los comerciantes

Por su parte, el artículo 327 LECiv autoriza al órgano jurisdiccional para que, de forma motivada y con carácter excepcional, pueda reclamar que se presenten ante él los libros de los comerciantes o su soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados.

PRUEBA PERICIAL

A) CONCEPTO Y PROBLEMÁTICA SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICO-PROCESAL DEL PERITO

Para GUASP la prueba testifical es la declaración que emite un sujeto afecto acerca de datos que habían adquirido ya índole procesal en el momento de su captación.

El concepto de GUASP —que le lleva a considerar perito a la persona que, sin conocimientos especiales, se arriesga a entrar en una edificación ruinosa para describirle al Juez su mal estado interior— no es compartido por la mayoría de los autores (SERRA, entre otros), que lo complementan siempre con la especificación del dato sobre el que el perito declara: una máxima de experiencia no común.

Siguiendo la exposición de ORTIZ RAMOS, dos tesis se han mantenido en torno a la naturaleza jurídico-procesal del perito: auxiliar o complemento del órgano jurisdiccional, o sujeto de un medio de prueba:

1) Perito-auxiliar o complemento del órgano jurisdiccional. Para algunos autores (PRIETO CASTRO, GÓMEZ ORBANEJA Y SERRA) el perito no es sujeto de un medio de prueba porque no aporta los hechos sobre los que ha de fundarse la sentencia, sino que, sobre unos hechos ya suministrados, complementa la capacidad de juicio del órgano jurisdiccional, proporcionándole unas máximas de experiencia que no conoce o no sabe aplicar.

2) Perito-sujeto de medio de prueba. Otros autores (GUASP, DE MIGUEL, FONT SERRA Y FAJÉN) consideran al perito como sujeto de un medio de prueba. En la prueba pericial existe, efectivamente, una fase de traslación —llevar los hechos al conocimiento judicial— si consideramos la «ley extrajurídica» —la máxima de experiencia— como un hecho que ha de llevarse a conocimiento del órgano jurisdiccional. El objetivo de convencer a éste de la existencia, del alcance y de la aplicación de la máxima de experiencia especial se trata de conseguir mediante la declaración del perito. Como se podrá comprobar, con la LECiv la regulación de la actividad pericial se ha fundamentado en su consideración como medio de prueba (art. 299.1.4º LECiv).

Como se señala en la propia Exposición de Motivos de la LECiv (ap. XI, par. XVI), esta clarificación atenúa el problema que se había presentado frecuentemente en la práctica sobre la adecuada y tempestiva remuneración de los peritos.

B) ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA PERICIAL

La admisibilidad de la prueba pericial depende de unos requisitos subjetivos y objetivos:

a) Requisitos subjetivos: la condición de perito y la recusación o la tacha

a') La condición de perito

A los peritos se le exige, en todo caso, una especial aptitud técnica:

1º) Los peritos deben poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza del mismo. Si se trata de materias que no están comprendidas en títulos profesionales oficiales, deberán ser nombrados entre personas entendidas en dichas materias (art. 340.1 LECiv). Pueden plantearse problemas sobre qué conocimientos acredita oficialmente poseídos un determinado título. Para ello debe estarse a la legislación vigente.

2º) Asimismo, podrá pedirse el dictamen de academias e instituciones culturales y científicas que se encarguen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia, y podrán emitir dictamen sobre cuestiones específicas las personas jurídicas legalmente habilitadas para ello (art. 340.2 LECiv).

En los casos mencionados en el párrafo anterior, la institución a la que se solicite el dictamen designará con la mayor celeridad qué persona o personas se encarguen directamente de prepararlo, las cuales deberán prestar el juramento o la promesa previstos en el artículo 335.2 LECiv (art. 340.3 de la misma norma).

b') La imparcialidad de los peritos. La recusación y la tacha

La función de la recusación y de la tacha —objeción a la objetividad— es asegurar la imparcialidad del juicio pericial, porque el Juez puede ser fácilmente inducido a error por un dictamen pericial, aunque tenga facultades para valorarlo libremente.

El artículo 335.2 LECiv impone al perito el deber de prestar un juramento o una promesa de actuar con objetividad.

Dispone el artículo 343.1 LECiv que sólo podrán ser recusados los peritos designados judicialmente. En cambio, los peritos no recusables —es decir, los designados por las partes— podrán ser objeto de tacha cuando concurra en ellos alguna de las circunstancias contempladas y de acuerdo con el procedimiento previsto en los apartados 1 y 2 del mencionado precepto.

No podrán ser peritos en un determinado proceso ni las partes del mismo —por su falta de imparcialidad— ni los jueces o los magistrados del tribunal competentes para conocer de dicho proceso —ya que para éstos es causa de abstención y de recusación el haber intervenido en el pleito como perito— (arts. 99.2 LECiv y 219.6º LOPJ).

b) Requisitos objetivos

Según prescribe el artículo 335.1 LECiv, las partes podrán aportar al proceso el dictamen de peritos que posean los conocimientos correspondientes o solicitar, en los casos previstos en la propia ley, que se emita dictamen por perito designado por el órgano jurisdiccional cuando sean necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el proceso o adquirir certeza sobre ellos.

No sólo los hechos pueden ser objeto de prueba pericial, pues también pueden serlo el Derecho extranjero y el consuetudinario y, muy especialmente, la existencia y el contenido de las máximas de experiencia —cuando para conocerlas y aplicarlas sea necesaria una formación especializada— que el Juez precise observar:

1º) Para conocer el contenido o el sentido de una prueba o para proceder a su más acertada valoración.

El artículo 352 LECiv prevé, en general, la posibilidad de dictámenes periciales instrumentales de pruebas distintas —documentales—. En concreto, los artículos 349, 350, y 351 del mismo texto se refieren, respectivamente, al cotejo de letras, a los documentos indubitados o al cuerpo de escritura para el cotejo, y a la producción y a la valoración del dictamen sobre el cotejo de letras.

2º) Para interpretar determinadas expresiones del texto legal.

Máximas de experiencia se pueden encontrar en expresiones como las siguientes: «enfermedades contagiosas» de los animales y ganados, que determinan la nulidad de su venta (art. 1494 CC), origen de la ruina del edificio por vicios de la construcción, del suelo o de la dirección, a los efectos de atribuir responsabilidades a los diferentes sujetos que intervienen en la edificación (art. 1591 CC), etcétera.

Respecto a esos datos se puede pretender conocerlos o, además de lo anterior, obtener un juicio de valor acerca de ellos —respectivamente: «pericia percipiendo» y «pericia deducendo»; por ejemplo, verificar simplemente el estado de salud de una persona, o verificar el estado de salud de una persona y determinar que su enfermedad tuvo su origen en unas duras condiciones laborales que infringían la normativa correspondiente—.

Estos datos se convierten en objeto de la prueba pericial cuando para el conocimiento o la apreciación de los mismos se requieren conocimientos especiales científicos –conocimiento de las cosas por sus principios y causas–, artísticos –conocimiento de los instrumentos de aplicación de las artes–, técnicos –conocimiento de los instrumentos de aplicación de las ciencias– o prácticos –conocimientos empíricos inducidos del habitual contacto con la realidad–.

C) PROCEDIMIENTO PROBATORIO

a) La aportación de los dictámenes periciales

Los dictámenes periciales podrán aportarse en distintos momentos:

1ª) Los dictámenes elaborados por peritos designados por las partes deberán ser aportados con la demanda y con la contestación, si ésta ha de realizarse en forma escrita (art. 336 LECiv).

2ª) Cuando los dictámenes no se puedan aportar con la demanda o con la contestación –en caso de ser ésta escrita–, las partes deberán anunciar su intención de valerse de los mismos, y aportarlos posteriormente, en cuanto dispongan de ellos y en todo caso antes del inicio de la audiencia previa al juicio ordinario o de la vista en el juicio verbal (art. 337 LECiv).

3ª) Cuando la necesidad o la utilidad de los dictámenes «venga suscitada por la contestación a la demanda –en caso de ser ésta escrita– o por lo alegado y pretendido en la audiencia previa al juicio se aportarán por las partes, para su traslado a las contrarias, con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o de la vista, en los juicios verbales» (art. 338.2 LECiv).

b) La solicitud de designación de los peritos por el órgano jurisdiccional. La designación judicial de los peritos. El nombramiento judicial de los peritos

Cuando cualquiera de las partes fuese titular del derecho de asistencia jurídica gratuita o sin serlo solicitase la designación judicial del perito, el órgano jurisdiccional lo designará de acuerdo con lo dispuesto en la LAJG o si considera pertinente y útil el dictamen pericial solicitado, respectivamente. El perito podrá ser designado de oficio cuando la pericia sea oportuna en los procesos sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, capacidad de las personas, o en procesos matrimoniales (art. 339 LECiv).

El procedimiento para la designación judicial de perito se realizará partiendo de las listas de peritos existentes en la oficina judicial. La primera

designación se realizará por sorteo y a partir de ésta se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo (art. 341 LECiv).

Al perito designado se le llamará para que acepte el cargo. En caso positivo, se pasará a su nombramiento. El perito designado podrá solicitar la provisión de fondos que estime necesaria (art. 342 LECiv).

El contenido de la relación jurídica que surge del nombramiento-aceptación es el siguiente:

1ª) Un deber de desempeñar la función técnica encomendada en el tiempo y en la forma establecidos.

2ª) Un derecho a honorarios, según el arancel oficial o fijados de otro modo si falta aquél.

c) La recusación y las tachas de los peritos

Solo los peritos designados judicialmente podrán ser objeto de recusación. Los peritos no recusables podrán ser objeto de tacha cuando concurra alguna de las circunstancias legalmente contempladas, y en el tiempo y en la forma previstos por el artículo 343 LECiv.

Cualquier parte interesada podrá dirigirse al órgano jurisdiccional para negar o contradecir la tacha. El tribunal tendrá en cuenta la tacha y su eventual negación o contradicción en el momento de valorar la prueba, y podrá imponer una sanción pecuniaria –multa de 60 a 600 euros, según el Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre, por el que se procede a la conversión a euros de las cuantías establecidas en la LECiv– si aprecia temeridad o dolo procesal en dicha tacha (art. 344 LECiv).

d) Las operaciones periciales y la posible intervención de las partes

Las operaciones periciales y la posible intervención de las partes en ellas se contemplan en el artículo 345 LECiv.

Las partes podrán presenciar el reconocimiento pericial o la realización por el perito de operaciones análogas, cuando ello no impida o estorbe la labor del perito y siempre que se pueda garantizar el acierto y la imparcialidad del dictamen.

e) La emisión y la ratificación del dictamen por el perito designado judicialmente

La emisión por escrito y la ratificación del dictamen en el juicio o en la vista por el perito que el tribunal designe están previstas en el artículo 346 LECiv.

Emitido el dictamen pericial por escrito y dentro del plazo señalado, se dará traslado del mismo a las partes por si consideran necesaria la comparecencia del perito al juicio o a la vista para realizar las explicaciones, las aclaraciones o los comple-

mentos oportunos. Asimismo, el tribunal podrá ordenar su comparecencia cuando considere necesario para la comprensión y la valoración del dictamen.

f) La solicitud de comparecencia de los peritos en el juicio o en la vista y la posible actuación de los peritos, de las partes y del tribunal en dichos actos

El órgano jurisdiccional, a instancia de parte o de oficio, podrá acordar la presencia de los peritos en el juicio o en la vista en los supuestos contemplados por los artículos 337.2, 338.2 y 346 LECiv, y sólo denegará las solicitudes de intervención cuando las repunte impertinentes o inútiles (art. 347.II y II LECiv).

La actuación de los peritos que las partes y sus defensores pueden pedir podrá consistir en la exposición completa del dictamen, en la explicación del mismo, en la emisión de respuestas a preguntas, a objeciones y a solicitudes de ampliación de dicho dictamen, y en la crítica del dictamen pericial de la parte contraria. Las partes además podrán formular las tachas correspondientes. El tribunal, por su parte, podrá formular preguntas y requerir explicaciones a los peritos (art. 347.I.III y 2 LECiv).

No son admisibles escritos preparatorios para la declaración de los peritos (art. 347 LECiv).

D) VALORACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

Según establece el artículo 348 LECiv «el tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica», de donde se deduce que el juez no queda sujeto al dictamen de los peritos.

Al hilo de lo expuesto, siguiendo a ORTELLS RAMOS, se plantea el problema de la aparente discordancia entre el sistema de valoración libre de esta prueba y la circunstancia de que su necesidad derive de que el órgano jurisdiccional carece de conocimientos especializados. La doctrina lo ha intentado resolver con dos argumentos: a) Si el dictamen pericial constituyera prueba tasada, ¿qué hacer entonces en los supuestos de dictámenes contradictorios? b) Aunque el órgano jurisdiccional carezca de conocimientos para controlar por sí las operaciones del perito, los tiene para enjuiciar la corrección de las mismas y de sus resultados, acudiendo a sus conocimientos comunes o especiales —si los tiene como saber privado— y revisando el «iter» lógico del dictamen.

En todo caso, debe ser una libre apreciación razonada, es decir, el órgano jurisdiccional deberá motivar por qué, en su caso, se ha separado de las conclusiones expuestas por el perito.

SUMARIO.—LOS MEDIOS DE PRUEBA (II): PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL.—A) Concepto.—B) Admisibilidad objetiva.—C) Procedimiento probatorio.—D) Valoración.—PRUEBA TESTIFICAL.—A) Concepto de prueba testifical y de testigos. Distinciones. Características.—B) Admisibilidad de la prueba testifical.—C) Procedimiento probatorio.—D) Valoración.—LA PRUEBA DE INFORMES.—LA PRUEBA AUDIOVISUAL Y EN SOPORTE INFORMÁTICO.

LOS MEDIOS DE PRUEBA (II): PRUEBA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL

A) CONCEPTO

La prueba de reconocimiento judicial se regula en los artículos 353-359 LECiv. Se trata de un medio consistente en la percepción sensorial inmediata por parte del juez del dato objeto de prueba. Por este motivo, se entiende que el artículo 353.1 LECiv indique que «el reconocimiento judicial se acordará cuando para el esclarecimiento y apreciación de los hechos sea necesario o conveniente que el tribunal examine por sí mismo algún lugar, objeto o persona». Si atendemos a la definición apuntada y al contenido del artículo citado, podemos establecer las características propias de este medio de prueba:

a) Se trata de una prueba *directa*, en la medida en que entre el juez que practica el medio de prueba y la fuente de prueba no hay ningún elemento interpuesto. Por este motivo, como subraya GÓMEZ ORBANEJA, el reconocimiento judicial se caracteriza por la percepción *inmediata* por parte del juez del dato objeto de la prueba.

b) La percepción por parte del juez del dato, puede realizarse a través de cualquiera de los sentidos, no sólo el de la vista. Por este motivo, no debe confundirse el concepto de inspección o reconocimiento ocular con el de reconocimiento judicial. Si bien todo acto de inspección ocular es un acto de reconocimiento judicial, no ocurre lo mismo a la inversa.

c) Los datos objeto de la prueba pueden ser un lugar, un bien mueble o inmueble, o una persona. La regulación de la LECiv permite entender superadas las interpretaciones doctrinales que limitaban el objeto del reconocimiento a los bienes inmuebles (García).

B) ADMISIBILIDAD OBJETIVA

El artículo 353.1 LECiv determina el objeto de la prueba de reconocimiento judicial. En él se indican las condiciones que debe reunir el objeto de la prueba en abstracto, es decir, en cualquier proceso y con independencia de lo que deba resolverse en el mismo.

Atendida la naturaleza de este medio de prueba, debe indicarse que puede ser objeto de la misma cualquier objeto que sea susceptible de percepción sensorial por parte del juez. Así:

a) Los objetos inmuebles y lugares.

b) Los objetos muebles siempre que atendida su naturaleza no constituyan fuentes de prueba documental, es decir, los objetos que reproduzcan por signos escritos un pensamiento humano. De igual modo, tampoco los bienes muebles que sirvan para la reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase (art. 299.2 LECiv). Los bienes muebles que sirvan de soporte a dichas palabras, sonidos o imágenes, no son susceptibles de reconocimiento judicial, en su caso, servirán como prueba audiovisual o en soporte informático que estudiamos más adelante. Así puede apreciarse en los artículos 300, 382 y 384 LECiv, en los que claramente se diferencia el reconocimiento judicial de la reproducción en juicio de la palabra, imagen o sonido incorporados a bienes muebles.

c) Las personas, tal y como se desprende, de la norma general del artículo 353.1 LECiv y del artículo 759 LECiv que regula la prueba en los procesos de incapacitación, en el que se señala «que en los procesos de incapacitación, además de las pruebas que se practiquen de conformidad con lo dispuesto en el artículo 752, el tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz (y) examinará a éste por sí mismo (...)».

C) PROCEDIMIENTO PROBATORIO

a) Proposición

La proposición de este medio de prueba debe hacerse de acuerdo con lo estudiado en el régimen general del artículo 284 LECiv (Cap. 14^o). Ahora bien, y para este concreto medio de prueba, la parte que solicite el reconoci-

miento deberá expresar los extremos principales a que quiere que éste se refiera, indicando si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia (art. 353.2 LECiv). Es decir, el solicitante de este medio de prueba debe hacer constar con claridad las personas, cosas o lugares sobre los que debe realizarse el reconocimiento, especificando los aspectos o partes de los mismos que deben reconocerse. De igual modo, debe indicar los hechos que pretende probar a través de este reconocimiento (Ordoño Ariza), así como si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia, sin que sea necesario identificarla en este momento.

La indicación de estos hechos es la que permite al juez verificar si el medio de prueba propuesto es útil «ex» artículo 283.2 LECiv. Es decir, permite comprobar si atendidas reglas y criterios razonables y seguros, el reconocimiento puede contribuir a esclarecer los hechos controvertidos.

A nuestro juicio, la *conveniencia* y *necesidad* a que se refiere el artículo 353.1 LECiv deben interpretarse como las manifestaciones de la utilidad de este medio de prueba y que el solicitante del mismo debe describir. Si concurren estas exigencias, el tribunal debe admitir la práctica del medio probatorio, sin supeditar al dato de que esos hechos puedan probarse con otros medios probatorios.

La solicitud presentada debe trasladarse a la parte contraria, la cual podrá proponer otros extremos que le interesen, de igual modo que debe indicar si asistirá a la práctica de este medio probatorio asistida con personas técnicas o prácticas en la materia (art. 354.2, párr. 2^o LECiv).

El tribunal señalará con cinco días de antelación, por lo menos, el día y hora en que haya de practicarse el reconocimiento judicial (art. 353.3 LECiv).

b) Práctica

a) Lugar

Salvo que el tribunal, de oficio o a instancia de parte haya acordado algo distinto, la prueba de reconocimiento judicial debe practicarse tras el interrogatorio de las partes y de los testigos, así como de las declaraciones de peritos sobre sus dictámenes (art. 300 LECiv). Este orden se aplica, como hemos apuntado, salvo que el juez disponga otra cosa, y así debe ocurrir cuando la prueba de reconocimiento deba llevarse a cabo fuera de la sede del tribunal. Por lo tanto, el primer aspecto al que debemos hacer referencia es el relativo al lugar en que debe practicarse el reconocimiento:

1) Si el reconocimiento se practica en la sede del tribunal, el orden de la práctica de las pruebas será el apuntado anteriormente.

2) Si el reconocimiento debe practicarse fuera de la sede del tribunal, éste podrá acordar un orden distinto para la práctica de los medios probatorios, debiendo distinguir según la práctica del reconocimiento deba hacerse dentro o fuera de la circunscripción del tribunal que conoce del asunto. En este sentido, pueden distinguirse los siguientes supuestos:

1º) Reconocimiento judicial practicado fuera de la sede del tribunal, pero dentro de la localidad en la que el tribunal tiene su sede: el juez y el secretario judicial se personarán el día y hora fijados en el lugar donde deba reconocerse el bien mueble o inmueble, o la persona que sea objeto de reconocimiento. Como luego veremos, las partes, sus procuradores y abogados podrán concurrir al reconocimiento y hacer al tribunal, de palabra, las observaciones que estimen oportunas.

2º) Reconocimiento judicial practicado fuera de la sede del tribunal y fuera de la localidad en la que el tribunal tiene su sede, pero dentro de la circunscripción del mismo. En este caso, teniendo en cuenta el artículo 129.3 LECiv, el tribunal podrá constituirse en cualquier lugar del territorio de su circunscripción para la práctica del reconocimiento. Es evidente que, dada la naturaleza del reconocimiento judicial como prueba directa, se da la nota de *conveniencia* a que se refiere el artículo citado, para que sea el tribunal que conoce del asunto el que practique la prueba.

3º) Reconocimiento judicial practicado fuera de la sede del tribunal y fuera de su circunscripción. El tribunal solicitará el auxilio judicial. De hecho, el artículo 110.3 LECiv, al regular los casos en que procede el auxilio judicial, menciona expresamente esta posibilidad cuando la prueba que debe practicarse es la de reconocimiento judicial.

Con independencia del lugar en que se desarrolle la práctica de la prueba, el tribunal podrá acordar cualesquiera medidas para lograr la efectividad del reconocimiento. Entre estas medidas, se señala que cuando el reconocimiento deba practicarse fuera de la sede del órgano jurisdiccional y en lugar cerrado, el tribunal podrá ordenar la entrada en dicho lugar o en el que se halle el objeto o la persona que deba reconocerse (art. 354.1 LECiv). Entendemos que con esta medida pretende hacerse efectivo el derecho a la prueba en el proceso civil, pues permite la práctica de un medio probatorio admitido por el juez. Evidentemente, la orden de entrada en lugar cerrado solamente es necesaria en el caso en que el titular del lugar en que se halle la cosa o persona a reconocer se oponga a la práctica del reconocimiento.

b') Desarrollo del reconocimiento judicial

La prueba de reconocimiento judicial se llevará a cabo percibiendo y apreciando el juez las circunstancias que considere relevantes del dato objeto de la prueba (GUASP). Es decir, el juez debe apreciar por sí mismo el objeto reconocible sin ninguna limitación (SERRA, PICÓ I JUNÓY). Las partes, sus procuradores y abogados podrán concurrir al reconocimiento y hacer al tribunal, de palabra, las observaciones que estimen oportunas (art. 354.2 LECiv). Atendida esta regulación, en el desarrollo del reconocimiento también puede el

juez percibir y apreciar las circunstancias que las partes, abogados o procuradores sugieran (GUASP). No obstante, si de oficio o a instancia de parte el tribunal considera conveniente oír estas observaciones o declaraciones, debe recibir a las personas señaladas, juramento o promesa de decir verdad (art. 354.3 LECiv).

También pueden intervenir en la práctica de la prueba, personas técnicas o prácticas en la materia que hayan designado las partes, siempre que lo hubieran indicado en la proposición de la prueba. En la doctrina no está clara la naturaleza de estos sujetos que intervienen, pues hay quien los considera testigos (MAYRISA), peritos (PÉREZ CASTRO, FONT SERRA), o asistentes de las partes (GUASP). Por nuestra parte, entendemos que dentro de esta última categoría deben encuadrarse, pues con su intervención coadyuvan a la defensa de la posición que sustenta la parte que los presenta (GUASP).

En el supuesto en que el reconocimiento lo sea de una persona, éste se practicará a través de un interrogatorio realizado por el tribunal, que se adaptará a las necesidades de cada caso concreto. En todo caso, en la práctica del reconocimiento debe garantizarse el respeto a la dignidad e intimidad de la persona (art. 355.2 LECiv). Por este motivo, en caso de practicarse en la sede del órgano jurisdiccional, el tribunal podrá acordar su práctica a puerta cerrada (art. 355.1 LECiv).

El artículo 355.1 «in fine» LECiv dispone que en el reconocimiento de personas podrán intervenir las partes, siempre que el tribunal no lo considere perturbador del buen fin de la diligencia. La referencia exclusiva a las partes puede hacer surgir la duda acerca de si en el reconocimiento de personas también deben intervenir los abogados y procuradores de las partes, o personas técnicas o prácticas. Pues bien, entendemos que la lectura integradora del artículo 355.1 con los artículos 353.2 y 354.2 LECiv, permite concluir que esta intervención también es posible.

c') Práctica conjunta del reconocimiento judicial con otros medios de prueba

El artículo 356 LECiv regula la posibilidad de que el tribunal pueda acordar mediante providencia, que se practique conjuntamente en un solo acto, el reconocimiento judicial y pericial sobre el mismo lugar, objeto o persona.

La práctica conjunta de estos medios probatorios queda supeditada al hecho de que el juez así lo considere conveniente, haya o no haya habido solicitud de parte en este sentido. Como puede apreciarse, el artículo 356 LECiv no está imponiendo que ambos medios probatorios deban practicarse conjuntamente cuando se refieran a una misma cosa, lugar o persona. Simplemente autoriza al juez para que, si esa circunstancia se da, y si lo considera conveniente, dicha práctica pueda acordarse, haya sido o no solicitada por las partes.

En todo caso, la práctica conjunta de la prueba de reconocimiento judicial y la pericial, debe hacerse «siguiéndose el procedimiento establecido en esta Sección» (art. 356.1 «in fine» LECiv). Esto es, de acuerdo con lo establecido en los artículos 353-359 LECiv, reguladores del reconocimiento judicial. Nótese que el legislador no indica que cada medio probatorio deba practicarse conforme a las reglas establecidas para cada uno de ellos, por lo que entendemos que puede hablarse de una prueba pericial híbrida a la pericial regulada en los artículos 335-352 LECiv.

Por otro lado, el artículo 357.1 LECiv permite que también pueda practicarse conjuntamente la prueba de reconocimiento judicial y la testifical. Ahora bien, en este caso, siempre es necesaria la solicitud de parte. De hecho, el artículo citado indica que a instancia de parte y a su costa, el tribunal podrá determinar mediante providencia que los testigos sean examinados en un acto continuo del reconocimiento judicial, cuando la vista del lugar o de las cosas o personas pueda contribuir a la claridad de su testimonio.

En este caso, para la práctica de estos medios de prueba deben aplicarse las reglas establecidas para cada uno de ellos, con los matices de que la testifical se practica en idéntico punto que el reconocimiento (Grasa).

Por último, el artículo 357.2 LECiv añade que de igual modo se podrá practicar de manera conjunta al reconocimiento, a petición de parte, el interrogatorio de la contraria cuando se den las mismas circunstancias señaladas en el apartado anterior. También en este caso son aplicables las reglas establecidas para cada uno de los medios de prueba.

c) Documentación

Operación complementaria de la práctica del reconocimiento judicial es la documentación del mismo. Como indica el artículo 358.1 LECiv del reconocimiento practicado se levantará por el secretario acta detallada, consignando en ella con claridad las percepciones y apreciaciones del tribunal, así como las observaciones hechas por las partes, sus procuradores y abogados. En los casos en que la prueba de reconocimiento se haya practicado conjuntamente con la pericial, testifical o interrogatorio de parte contraria, también deberá recogerse en acta el resultado de las demás actuaciones que se hubieran practicado en el acto del reconocimiento (art. 358.2 LECiv).

En todo caso, el secretario judicial debe limitarse a dar fe del resultado de la diligencia tal y como sea expresado por el juez (SERRA), debiéndose firmar el acta por todos los intervinientes.

La documentación de este medio de prueba se convierte, cuando dicta sentencia juez distinto al que lo practicó, en prueba de documentos públicos.

Por su parte, el artículo 359 LECiv autoriza a que puedan utilizarse medios de grabación de imagen y sonido u otros instrumentos semejantes para dejar constancia de lo que sea objeto de reconocimiento judicial y de las manifestaciones de quienes intervengan en él, pero no se omitirá la confección del acta y se consignará en ella cuanto sea necesario para la identificación de las grabaciones, reproducciones o exámenes llevados a cabo, que habrán de conservarse por el tribunal de modo que no sufran alteraciones. Cuando sea posible la copia con garantías de autenticidad, de lo grabado o reproducido por los antedichos medios o instrumentos, la parte a quien interese, a su costa, podrá pedirla y obtenerla del tribunal.

b) VALORACIÓN

No hay norma expresa sobre el valor probatorio de este medio de prueba.

Sin embargo, por un lado, si el juez que dicta sentencia es el mismo que practicó el reconocimiento debe, en principio, quedar vinculado a las «percepciones y apreciaciones» que hizo constar en acta (art. 358.1 LECiv). Actuar de otro modo representaría una arbitrariedad, salvo motivación expresa en la sentencia de modificaciones en la interpretación que se hizo constar en acta.

Por otro lado, si la prueba ha de ser valorada por juzgador distinto al que la practicó, por la relación entre el artículo 317.1º y el artículo 319.1 LECiv (prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten) ha de concluirse su valor legal en lo referente a aspectos objetivos.

PRUEBA TESTIFICAL

A) CONCEPTO DE PRUEBA TESTIFICAL Y DE TESTIGOS. DISTINCIONES. CARACTERÍSTICAS

El testigo es la fuente de la prueba testifical, siendo la persona que declara en el proceso ante el juez sobre su percepción y conocimiento de hechos y circunstancias pasadas (GÓMEZ ORBANEJA). Por su parte, la prueba testifical es el acto dirigido a representar ese hecho pasado mediante la declaración del testigo. Por este motivo, el artículo 360 LECiv indica que las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio.

La fundamental diferencia entre el perito y el testigo es que el primero es llamado al proceso en cuanto conocedor de una ciencia o técnica, mien-

tras el testigo lo es en cuanto poseedor de un conocimiento subjetivo sobre un determinado dato (GUTIÉRREZ DE CARIEDEN).

La distinción entre los sujetos citados no es óbice para que en una misma persona pueda concurrir la condición de perito y testigo. Así ocurre con el testigo-perito regulado en el artículo 370.4 LECiv. La fuente de la prueba testifical (el testigo) puede poseer conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieren los hechos por los que es interrogado en calidad de testigo. En este caso, el artículo citado indica que el tribunal admitirá las manifestaciones que en virtud de dichos conocimientos agregue el testigo a sus respuestas sobre los hechos. Por ello, el testigo-perito debe declarar primero sobre los hechos por los que se le interroga, y sólo después, podrá valorar esos hechos teniendo en cuenta sus conocimientos técnicos, prácticos, artísticos o científicos. En relación con estas últimas manifestaciones, las partes podrán hacer notar al tribunal la concurrencia de cualquiera de las circunstancias de tacha de peritos relacionadas en el artículo 343 LECiv (art. 370.4, 2º párr. LECiv).

Volviendo a la prueba testifical propiamente dicha, podemos subrayar algunas de sus características:

- a) Se trata de un medio probatorio que exige la presencia y declaración oral del testigo ante el juez. Las declaraciones prestadas por el testigo fuera del proceso y en presencia de una persona que no sea juez, no son prueba testifical (GÓMEZ ORBANEJA). Por ello, no puede confundirse la prueba testifical con el testimonio documental. De igual modo, tampoco son prueba testifical en el sentido que hemos apuntado los testigos instrumentales que deben intervenir en determinados actos jurídicos como requisito de validez de los mismos (arts. 681-685 CC en relación con los testamentos; art. 57 CC en relación con la celebración de matrimonio).
- b) El testigo ha de ser tercero respecto a los sujetos del proceso, es decir, no puede ser ni juez ni parte en el proceso en que declara.
- c) La declaración del testigo debe referirse a hechos pasados de los que haya tenido conocimiento directo (por haberlos presenciado) o indirecto (porque se los han contado).

B) ADMISIBILIDAD DE LA PRUEBA TESTIFICAL

En este apartado vamos a estudiar dos aspectos distintos: personas que pueden ser admitidas a declarar en calidad de testigos y objeto posible de la prueba testifical, es decir, determinación de aquello sobre lo que es admisible que se testifique.

a) Presupuestos subjetivos de admisibilidad y su tratamiento

Los presupuestos subjetivos son:

- 1) El testigo ha de ser persona natural que sea tercero al proceso en que presta la declaración.
- 2) La intervención como testigo es incompatible con la condición de parte en el mismo proceso (art. 219.6º «in fine» LOP) al preverse como causa de abstención o recusación).
- 3) Tampoco pueden admitirse a las partes como testigos en el proceso, pues éstas, en su caso, deben considerarse como fuente de la prueba de interrogatorio de las partes.
- 4) Regla general es que cualquier persona física, tercero respecto del proceso, es admisible como testigo. No obstante, el artículo 361.1 LECiv establece la inadmisibilidad del testimonio de determinadas personas en absoluto.

1º Personas que se hallen permanentemente privadas de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos.

2º El menor de catorce años tampoco podrá declarar como testigo, salvo que, a juicio del tribunal, posea el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente (art. 361, 2º párr. LECiv).

Estas causas de inhabilidad son examinables de oficio por el tribunal. A ellas, debemos añadir las previstas en el artículo 377 LECiv que son controlables a instancia de parte y que permiten la tacha del testigo y que estudiamos a propósito de la valoración de este medio de prueba.

b) Presupuestos objetivos de admisibilidad

En principio, no hay limitación respecto al objeto de la prueba testifical, siendo admisible respecto a cualquier objeto. A pesar de que en ocasiones se ha entendido que el artículo 51 «in fine» del Código de Comercio incluye una limitación en cuanto al objeto de la prueba testifical, nos encontramos más bien ante una regla de valoración y no de inadmisión.

c) PROCEDIMIENTO PROBATORIO

a) Proposición

En la proposición de este medio de prueba, la parte deberá identificar a los testigos, así como indicar el número de los que pretende utilizar. Así, en relación con el primer aspecto, al proponer la prueba de testigos, se expresará su identidad, con indicación, en cuanto sea posible, del nombre y

apellidos de cada uno, profesión y domicilio o residencia (art. 362.1 LECiv). También podrá hacerse la designación del testigo expresando el cargo que ostentare o cualesquiera otras circunstancias de identificación, así como el lugar en que pueda ser citado.

En segundo lugar, las partes podrán proponer cuantos testigos estime conveniente, pero los gastos de los que excedan de tres por cada hecho discutido serán en todo caso de cuenta de la parte que los haya presentado (art. 363.1 LECiv).

b) Práctica

a) Citación

Sobre los testigos pesa un deber de comparecer en el juicio o vista señalada. La infracción de este deber se sanciona, previa audiencia de cinco días, con multa de 180 a 600 euros. Al tiempo de imponer la multa, el tribunal requerirá, mediante providencia, al multado, bajo apercibimiento de proceder contra él por desobediencia a la autoridad (art. 292.1 LECiv). Correlativo al deber de comparecer debe entenderse el derecho que tienen los testigos que declaren a obtener de la parte que les propuso una indemnización por los gastos y perjuicios que su comparencia les haya ocasionado, sin perjuicio de lo que pueda acordarse en materia de costas. Si varias partes han propuesto a un mismo testigo, el importe de la indemnización se prorrateará entre ellas (art. 375.1 LECiv). En relación con lo apuntado, queremos subrayar que el derecho a la indemnización se está reconociendo al testigo que comparece y declara. Por lo tanto, entendemos que debe excluirse al testigo que compareciendo, se niega a declarar.

El importe de la indemnización lo debe fijar el tribunal mediante auto al final del juicio o la vista, siendo susceptible de recurso de reposición (art. 375.2 párr. 1º LECiv). Si la parte que ha de indemnizar no cumple con su obligación, el testigo podrá acudir directamente al procedimiento de apremio (art. 375.2 2º párr. LECiv).

La declaración de los testigos se realizará en la sede del Juzgado o Tribunal que esté conociendo del asunto de que se trate, aunque el domicilio de las personas mencionadas se encuentre fuera de la circunscripción judicial correspondiente (art. 169.4 LECiv). No obstante, la LECiv prevé algunos supuestos de dispensa del deber de comparecer en el local del órgano jurisdiccional. Así ocurre cuando por razón de la distancia, dificultad del desplazamiento, circunstancias personales del testigo, o por cualquier otra causa de análogas características resulte imposible o muy gravosa la comparencia de las personas citadas en la sede del Juzgado o Tribunal, se podrá solicitar el auxilio judicial para la práctica de los actos de prueba (art. 169.4 LECiv). A

unos motivos de dispensa del deber de comparecer debe sumarse el previsto en el artículo 364 LECiv para los casos de enfermedad del testigo.

En los casos señalados, si el testigo tiene su domicilio fuera de la demarcación del tribunal, deberá acudir al auxilio judicial. Si tuviera el domicilio en su demarcación, el tribunal le tomará declaración directamente en su domicilio. A esta declaración podrán asistir las partes y sus abogados, y si no pudieran comparecer, se les autorizará a que presenten interrogatorio escrito previo con las preguntas que desean formular al testigo (art. 364.1, 2º párr. LECiv). Atendidas las circunstancias, el tribunal puede considerar procedente no permitir a las partes y a sus abogados que concurran a la declaración domiciliaria. Tras la práctica del interrogatorio, el tribunal dará a las partes vista de las respuestas obtenidas para que puedan solicitar, dentro del tercer día, que se formulen al testigo nuevas preguntas complementarias o que se pidan las aclaraciones oportunas (art. 364.2 LECiv).

b) Examen

Sobre el testigo pesa el deber de prestar juramento o promesa de decir verdad, salvo que se trate de un menor de edad penal (art. 365 LECiv). De igual modo, pesa el deber de declarar, salvo que el tribunal le dispense de responder a las preguntas cuando, por el estado o profesión, el testigo tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interroga (art. 371 LECiv). A los anteriores deberes, debe sumarse el de decir verdad. En este sentido, se entiende que el artículo 365.1 «in fine» LECiv indique que al prestar el juramento o promesa se conminará al testigo «de las penas establecidas para el delito de falso testimonio en causa civil, de las que le instruirá el tribunal si manifestare ignorarlas».

Los testigos deben declarar separada y sucesivamente, por el orden que venga consignado en las propuestas, salvo que el tribunal encuentre motivos para alterarlo (art. 366.1 LECiv). Los testigos no se comunicarán entre sí ni podrán asistir a las declaraciones de los otros, debiéndose adoptar las medidas que sean necesarias para conseguirlo (art. 366.2 LECiv).

c) Declaración

Inicialmente, el tribunal preguntará al testigo por su nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio (art. 367 LECiv). A continuación deberá realizar una serie de preguntas (las incluidas en los ordinales 2º a 6º del art. 367.1 LECiv) con el fin de poder descubrir o conocer hechos que puedan comprometer la imparcialidad del testigo. Entre estos hechos se encuentra el relativo a ser cónyuge, pariente por consanguinidad o afinidad de alguno de los litigantes, o de sus abogados o procuradores, tener interés directo o indirecto en la causa, ser amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes

o sus abogados o procuradores, o haber sido condenado alguna vez por delito de falso testimonio.

Las respuestas a estas preguntas las podrá tener en cuenta el tribunal a la hora de valorar la declaración que preste el testigo (art. 367.2 LECiv).

Una vez contestadas a las preguntas generales, el testigo será examinado por la parte que le hubiera propuesto, y si hubiera sido propuesto por ambas partes, se comenzará por las preguntas que formule el demandante (art. 370.1 LECiv).

En relación con la exigencia de oralidad, el artículo 368.1 LECiv dispone que las preguntas se plantearán en sentido afirmativo, y con la debida claridad y precisión, sin poder incluir valoraciones ni calificaciones. El tribunal decidirá sobre las preguntas en el mismo acto del interrogatorio, admitiendo las que puedan resultar conducentes a la averiguación de hechos y circunstancias controvertidos y que guarden relación con el objeto del juicio. Solamente pueden realizarse las preguntas que se refieran a conocimientos propios del testigo (art. 368.2 LECiv). Si pese a haber sido inadmitida, se respondiese una pregunta, la respuesta no constará en acta (art. 368.3 LECiv).

El testigo responderá por sí mismo, de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuestas. Cuando la pregunta se refiera a cuentas, libros o documentos, se permitirá que los consulte antes de responder (art. 370.3 LECiv).

Una vez respondidas las preguntas formuladas por el abogado de la parte que propuso la prueba testifical, podrán los abogados de cualquiera de las demás partes plantear al testigo nuevas preguntas que reputen conducentes para determinar los hechos. El tribunal deberá repeler las preguntas que sean impertinentes o inútiles (art. 372.1 LECiv). Con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar al testigo (art. 372.2 LECiv). Como puede apreciarse, la facultad del tribunal para el interrogatorio se limita a la petición de aclaraciones o adiciones a lo previamente declarado, sin que pueda formular preguntas nuevas en relación con las preguntas formuladas por las partes.

Cuando el tribunal hubiese escuchado el testimonio de al menos tres testigos con relación a un hecho discutido, podrá obviar las declaraciones testificales que faltaren, referentes a ese mismo hecho, si considerare que con las emitidas ya ha quedado suficientemente ilustrado (art. 363 párr. 2º LECiv).

Cuando se trate de un testigo-perito, como ya hemos estudiado, tras tomar la declaración sobre los hechos que hubiera conocido, el tribunal admitirá las manifesta-

ciones sobre los conocimientos científicos, artísticos o prácticos sobre la materia a que se refieran los hechos del interrogatorio (art. 370.1 LECiv).

d) El careo

Cuando los testigos incurran en graves contradicciones entre sí o con lo declarado por las partes, el tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, acordar que estos testigos, o los testigos y partes que se contradicen, se sometan a un careo (art. 373.1 y 2 LECiv).

El careo debe solicitarse, o en su caso acordarse, al término del interrogatorio de los testigos, que es cuando puede verificarse la concurrencia de las contradicciones apuntadas anteriormente. En caso de acordarse el tribunal advertirá al testigo que no se ausente para que dichas actuaciones puedan practicarse a continuación (art. 373.3 LECiv).

e) Documentación

Según dispone el artículo 374 LECiv, las declaraciones testificales prestadas en vista o juicio se documentarán conforme a lo dispuesto en el apartado segundo del artículo 146.

b) VALORACIÓN

Los tribunales valorarán la fuerza probatoria de las declaraciones de los testigos conforme a las reglas de la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubieren dado, las circunstancias que en ellos concurren y, en su caso, las tachas formuladas y los resultados de la prueba que sobre éstas se hubiere practicado (art. 376 LECiv).

Como puede apreciarse uno de los elementos que debe tener en cuenta el tribunal para valorar la prueba testifical, son las tachas que se hayan propuesto. Por medio de las tachas las partes pueden poner de relieve la posible parcialidad de un testigo bien porque éste es pariente, amigo, enemigo, o dependiente de uno de los litigantes, su abogado o procurador, o tiene interés en el asunto, o bien porque ha sido condenado por delito de falso testimonio (art. 377 LECiv).

Los testigos en los que concurra alguna de las circunstancias expuestas son testigos inhábiles, debiendo la parte a quien interese, poner de relieve esa causa de inhabilidad por medio del procedimiento de tachas. Éstas pueden formularse desde el momento en que se admita la prueba testifical hasta que comience el juicio o la vista (art. 378 LECiv). Si se verifican las causas de inhabilidad antes de que el testigo declare, éste debe ser rechazado; si testificó, su testimonio no será valorable.

LA PRUEBA DE INFORMES

La prueba de informes es la incorporación al proceso, por escrito, de datos de hecho extraídos de antecedentes documentales preconstituidos obrantes en los archivos, libros y registros de entidades públicas o privadas seleccionados y coordinados por quien ostenta la representación de una parte (ALMAGRO NOSATE). La LECiv establece distinto régimen jurídico según el autor del informe sea una persona física o jurídica.

En la prueba de informes elaborados por una *persona física*, las partes, a la demanda y en su caso a la contestación, deben acompañar los informes elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados, sobre hechos relevantes en que las partes apoyen sus pretensiones (art. 265.1.5º LECiv). Si el informe no se reconoce como cierto por todas las partes a las que pudiera perjudicar, se interrogará como testigo al autor del informe de acuerdo con lo previsto para la prueba testifical (art. 380 LECiv).

No obstante, el interrogatorio presenta ciertas especialidades: no procede la tacha del testigo por razón del interés en el asunto; el autor, acreditada su habilitación profesional, antes de que se le formulen las preguntas pertinentes, debe reconocer el informe y ratificarse en su contenido; el interrogatorio debe limitarse a los hechos consignados en el informe. Si el informe contiene valoraciones fundadas en conocimientos científicos, artísticos, o prácticos, debe estarse a la regulación procesal del testigo-perito.

La regulación procesal es distinta en el caso en que se considere que sobre hechos relevantes para el proceso sea pertinente que informen *personas jurídicas y entidades públicas en cuanto tales*, por referirse esos hechos a su actividad, sin que pueda individualizarse en persona física determinada el conocimiento de lo que para el proceso interese. En este caso, la parte a quien convenga esta prueba podrá proponer que la persona jurídica o entidad, a requerimiento del tribunal, responda por escrito sobre los hechos en los diez días anteriores al juicio o a la vista (art. 381.1 LECiv). Deben exceptuarse los supuestos en que puedan obtenerse esos datos mediante certificaciones o testimonios susceptibles de aportarse como prueba documental (art. 381.4 LECiv).

En la proposición de esta prueba deben expresarse con precisión los extremos sobre los que ha de versar el informe escrito. Al decidir sobre la pertinencia y utilidad de esta prueba, el tribunal determinará los términos de la cuestión que haya de ser objeto de la declaración de la persona jurídica o entidad, requiriéndola para que la preste, bajo apercibimiento de multa de 150 a 600 euros y de proceder, contra quien resultare personalmente responsable de la omisión, por desobediencia a la autoridad (art. 381.2 LECiv).

LA PRUEBA AUDIOVISUAL Y EN SOPORTE INFORMÁTICO

Las partes podrán proponer como medio de prueba la reproducción por el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes (art. 382.1 LECiv). Con la regulación de este concreto medio de prueba, el legislador pretende superar las dificultades que existían con la anterior LECiv/1881 para incorporar al proceso los hechos captados por instrumentos de reproducción de la voz, el sonido y la imagen. Por esta vía, la LECiv/2000 está permitiendo que las partes puedan probar los hechos en que fundan sus alegaciones, captados por instrumentos de filmación, grabación o semejantes, pudiendo acompañar, si lo consideran conveniente, transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate. De igual modo, pueden aportarse dictámenes y solicitar medios de prueba instrumentales que se consideren convenientes (art. 382.2 LECiv).

De los actos que se realicen se levantará la oportuna acta, donde se consignará cuanto sea necesario para la identificación de las filmaciones, grabaciones y reproducciones llevadas a cabo, así como, en su caso, las justificaciones y dictámenes aportados y las pruebas practicadas (art. 383.1 LECiv). El material que contenga la palabra, la imagen o el sonido reproducidos habrá de conservarse por el tribunal, con referencia a los autos del juicio, de modo que no sufra alteraciones (art. 383.2 LECiv).

Por su parte, el artículo 384 LECiv permite el acceso al proceso de las palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas incluidos en instrumentos que los archiven, permitan su conocimiento o su reproducción. De este modo, se regula el acceso al proceso de los datos incluidos en soporte informático, pudiéndose aportar dictámenes y medios de prueba instrumentales que se consideren convenientes.

En todo caso, este medio de prueba debe valorarse por el juez según las reglas de la sana crítica (arts. 382.3 y 384.3 LECiv).

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el artículo 17 bis de la Ley del Notariado (introducido en el art. 115 de la Ley 24/2001) dispone que «los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el solo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica autorizada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de la firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias».

Por su parte, el artículo 17 bis, 2. b) añade que «los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en ésta u otras leyes».

A la vista de estas disposiciones, y para las materias que regula, se puede concluir que la valoración de esta prueba, aunque sea en soporte informático, debe ser la propia de los documentos públicos a la vista de lo regulado en el artículo 319 LECiv.

La regulación a la que acabamos de referirnos debe completarse con la resultante de la disp. adic. 10ª de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica. En virtud de esta disp. adic. se ha añadido un nuevo apartado al artículo 326 de la LECiv indicando que «cuando la parte a quien interese la eficacia de un documento electrónico lo pida o se impugne su autenticidad, se procederá con arreglo a lo establecido el artículo 3 de la Ley de Firma Electrónica».

Se entiende como documento electrónico «la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado» (art. 3.5 Ley Firma Electrónica, en su redacción dada por la Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información). Como puede apreciarse, en la regulación de la fuerza probatoria de los documentos privados, el legislador ha previsto cómo debe actuarse en los casos en que en un proceso se impugne la autenticidad de un documento electrónico. A pesar de que se trata de una fuente de prueba en soporte informático, el artículo 3.8 de la Ley de Firma Electrónica dispone que «el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio» (al apartado indicado de este artículo se le ha dado nueva redacción en virtud de la Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información).

Título VI

La sentencia y otros modos de terminación

Capítulo 17

MANUEL ORTELLS RAMOS

SUMARIO.—LA TERMINACIÓN DEL PROCESO.—ALLEGACIONES CONCLUSIVAS.—A) Contenido y forma.—B) Admisibilidad de las conclusiones.—LA SENTENCIA.—A) Concepto.—B) Clases.—C) Formación interna de la sentencia.—D) Requisitos de la sentencia: en especial, la congruencia.—ACLARACIÓN, SUBSANACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIAS.—A) Invariabilidad de las sentencias y excepciones.—B) aclaración, rectificación y subsanación de sentencias.—C) Complementación de sentencias.—EFECTOS DE LA SENTENCIA.—A) Efectos directos o principales de la sentencia.—B) Efectos secundarios de la sentencia.

LA TERMINACIÓN DEL PROCESO

El proceso, en su totalidad o en alguna de sus instancias (sin perjuicio, en este último caso, de su posible continuación en una segunda instancia o en el recurso de casación) puede finalizar de diversos modos.

El primero y principal, hasta el punto de ser habitualmente denominado modo normal de terminación del proceso, es la *sentencia*. Generalmente cuando se trata de este modo de terminación no se piensa sólo en el acto de *juiz* que decide la pretensión procesal, sino también en la emisión de ese acto cuando en el proceso subsiste la situación de controversia entre las partes, que mantienen posiciones enfrentadas. La terminación por sentencia en este sentido presupone la completa realización del proceso (o la preclusión de las posibilidades procesales, si las partes no las han aprovechado).

El proceso termina también por sentencia en dos supuestos en que el estado de controversia entre las partes se ha extinguido, bien por *renuncia del actor*, bien por *allanamiento del demandado*. Aunque, como he dicho, en estos casos el acto de terminación sigue siendo la sentencia, como ésta se halla determinada por la renuncia y el allanamiento, el centro de gravedad del estudio de la terminación se desplaza de la sentencia a estos actos de parte. A diferencia del modo de terminación primeramente considerado y a semejanza de los que luego veremos, la terminación mediante sentencia por renuncia o allanamiento no presupone la completa realización del proceso, sino que puede producirse en cualquier momento del mismo (véanse, p. ej., arts. 19.3, 20.1 y 21.1 LECiv).

En tercer lugar, el proceso puede terminar sin sentencia, con un acto de las partes mediante el cual ellas mismas solucionan la controversia y que debe ser posteriormente aprobado por el juez: *la transacción judicial*.

Por fin, el proceso termina, también sin sentencia, en los casos de *dación en pago, satisfacción extraprocesal y carencia sobrevinida de objeto, caducidad y de otros actos y hechos jurídicos* que posteriormente estudiaremos.

ALEGACIONES CONCLUSIVAS

Las alegaciones conclusivas o conclusiones son admisibles después de la actividad probatoria del proceso y con anterioridad a la emisión de la sentencia.

Precisamente, las conclusiones o alegaciones conclusivas son actos procesales de parte que tienen por objeto la crítica del resultado de las pruebas practicadas en el proceso y la reconsideración de las tesis jurídicas mantenidas.

A) CONTENIDO Y FORMA

El contenido de las alegaciones conclusivas lo establece el artículo 433 LECiv:

1) «Las partes formularán oralmente sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, exponiendo de forma ordenada, clara y concisa, si, a su juicio, los hechos relevantes han sido o deben considerarse admitidos y, en su caso, probados o inciertos. A tal fin, harán un breve resumen de cada una de las pruebas practicadas sobre aquellos hechos, con remisión pormenorizada, en su caso, a los autos del juicio. Si entendieran que algún hecho debe tenerse por cierto en virtud de presunción, lo manifestarán así, fundamentando su criterio. Podrán, asimismo, alegar lo que resulte de la carga de la prueba sobre los hechos que reputen dudosos. En relación con el resultado de las pruebas y la aplicación de las normas sobre presunciones y carga de la prueba, cada parte principiará a los hechos aducidos en apoyo de sus pretensiones y seguirá con lo que se refiera a los hechos aducidos por la parte contraria» (art. 433.2 LECiv).

2) «Expuestas sus conclusiones sobre los hechos controvertidos, cada parte podrá informar sobre los argumentos jurídicos en que se apoyen sus pretensiones, que no podrán ser alteradas en ese momento» (art. 433.3 LECiv).

Tanto por la determinación positiva de lo que puede ser contenido de las conclusiones, como por las preclusiones que se establecen por otras nor-

mas, resulta que en las conclusiones no es admisible introducir modificación alguna de las pretensiones o de las excepciones formuladas (y eventualmente modificarlas, si ello es admisible) precedentemente por las partes. Cualquier cambio que respecto a esto se opere en las conclusiones no es relevante para determinar la congruencia de la sentencia.

Se deduce de lo expuesto que las conclusiones sólo pueden ser consideradas como alegaciones en un sentido amplio e impropio, puesto que lo que mediante ellas hacen las partes es algo que el juez puede y debe hacer de oficio (apreciar la prueba e investigar el Derecho adecuado al caso).

La forma de las conclusiones es oral y consiste en su exposición en el acto del juicio (art. 433.2, párr. 1º LECiv).

B) ADMISIBILIDAD DE LAS CONCLUSIONES

Son admisibles en el juicio ordinario (art. 433 LECiv), pero no en el juicio verbal, en el que la actividad probatoria en la vista es inmediatamente seguida por la sentencia (art. 447 LECiv).

En el juicio ordinario son admisibles si ha sido acordada la celebración de juicio para la práctica de medios de prueba admitidos.

Si no se ha acordado práctica de prueba no son admisibles conclusiones. Y esto aunque con los escritos de alegación iniciales se hayan aportado documentos relativos al fondo que tienen función probatoria, o aunque en tales escritos se hayan producido admisiones de hechos o tomas de postura imprecisas sobre hechos alegados, y aunque, en fin, exista una concreta apreciación a realizar sobre la asunción de la carga de la prueba, aspectos todos ellos que constituyen objeto ordinario de las conclusiones. La ley no prevé señalamiento de juicio si no hay prueba para practicar, y las conclusiones sólo son admisibles dentro del juicio.

No obstante, si se hubiera admitido prueba, aunque toda ella debiera ser practicada, por razones diversas, fuera del acto del juicio, éste deberá señalarse para oír conclusiones después de que termine la práctica de los medios de prueba.

LA SENTENCIA

A) CONCEPTO

La sentencia es una de las clases de resolución judicial, a cuyo procedimiento de formación y a cuyos requisitos debe ajustarse el juez para resolver

les o concurrencia de impedimentos procesales alegados oportunamente por la parte interesada. De otro modo: dejan de satisfacer la pretensión no por considerarla infundada —porque su fundamento no es juzgado ni resuelto—, sino por inadmisibile. Como estas sentencias dejan imprejuzgada la pretensión, no se forma cosa juzgada respecto a ésta y puede ser admisible su nueva interposición en un proceso posterior.

Esta primera clasificación es sólo teórica si se atiende a la regulación prevista en la LECiv, como se ha indicado poco antes. Si ha de dictarse una resolución meramente procesal que ponga término al proceso, la forma es la de auto.

Las sentencias de fondo pueden ser *estimatorias o desestimatorias* de la pretensión, según la acojan o la rechacen, tras juzgar su fundamentación fáctica y jurídica. La terminología de esta distinción es más correcta que la de sentencias condenatorias y absolutorias, porque la expresión sentencia condenatoria sólo es apropiada para una cierta clase de sentencia estimatoria (la que acoge una pretensión de condena).

Las sentencias estimatorias pueden ser *estimatorias totales o parciales* (y, consiguientemente, éstas son parcialmente desestimatorias). Una estimación parcial puede producirse tanto cuando, existiendo una acumulación de pretensiones, unas son estimadas y otras no, como cuando, siendo única la pretensión interpuesta, la sentencia no la estima en toda su extensión cuantitativa (p. ej., condena a 1.000, cuando se había pretendido condena a 2.000).

b) Según la clase de pretensión resuelta

Según la clase de pretensión interpuesta las sentencias estimatorias pueden ser *meramente declarativas, de condena o constitutivas*. Se distinguen por su eficacia: las primeras se limitan a la producción de cosa juzgada, las segundas unen a esto una orden de prestación y la eficacia ejecutiva, y las terceras producen por sí mismas la mutación jurídica pretendida.

Cualquiera que sea la clase de la pretensión interpuesta, la sentencia desestimatoria es en todo caso sentencia meramente declarativa, por la que se niega la pretensión con eficacia de cosa juzgada.

c) Según la determinación de los pronunciamientos

En atención a la precisión de los pronunciamientos que contienen las sentencias pueden ser completamente determinadas o relativamente indeterminadas.

La primera es la regla general. Pero la LECiv establece dos supuestos de sentencias relativamente indeterminadas, en los que es necesaria una poste-

rior integración de la sentencia mediante una actividad declarativa complementaria.

Los supuestos son los siguientes:

1ª) Las sentencias de condena dineraria, que pueden ser dictadas como líquidas —es decir, con precisión de la cantidad que se condena a pagar—, o como ilíquidas (art. 219 LECiv).

La iliquidez no priva a la sentencia de su calidad de sentencia de condena —y, por tanto, de su condición de título ejecutivo— si en la sentencia se fijan las bases para la liquidación y éstas consisten en aplicar a los datos fijados en la sentencia, una operación aritmética establecida también en la misma.

Si la indeterminación es mayor, la sentencia se considera meramente declarativa del correspondiente derecho a la percepción de cantidades, y no puede adquirir —previa liquidación antes de la ejecución— calidad de título ejecutivo, sino que la liquidación de cantidades ha de hacerse en otro juicio declarativo (art. 219.3 LECiv).

2ª) Las sentencias dictadas previa demanda de las asociaciones de consumidores y usuarios con base en su legitimación para instar, por sustitución, condena a prestación en favor de consumidores y usuarios, o con base en su legitimación para instar la tutela de intereses colectivos de éstos (art. 221 LECiv).

Estas sentencias deben pronunciarse individualizadamente sobre la prestación debida a cada consumidor o usuario (art. 221.1ª, párrafo primero LECiv) y sobre las pretensiones que, en su caso, cada uno de éstos hubiera formulado en el proceso (art. 221.3ª LECiv).

Pero «cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante» (art. 221.1ª, párr. 2º LECiv).

En este caso para que los singulares consumidores y usuarios puedan beneficiarse de la sentencia es necesaria una actividad declarativa de integración, prevista en el artículo 519 LECiv, cuyo objeto es apreciar concretamente si en la persona que acude al tribunal concurren las características que le permiten beneficiarse de la sentencia.

d) Según el régimen de su impugnación

En atención a su impugnabilidad, las sentencias son definitivas (o *impugnables*) y firmes (o *inimpugnables*).

Las primeras producen sólo la terminación de una instancia del proceso (art. 207.1 LECiv), pero no de éste en su totalidad, como ocurre con las que han ganado firmeza.

Una sentencia puede ser firme bien porque la ley no establece recurso contra ella, bien porque, estableciéndolo, no ha sido interpuesto con los necesarios requisitos de admisibilidad o se ha desistido del mismo (art. 207.2 y 4 LECiv).

La distinción entre sentencias contradictorias y sentencias dictadas en rebeldía, aunque parte del dato de la personación o no del demandado en el proceso, tiene su más importante repercusión también en el régimen de las impugnaciones, porque la sentencia dictada en rebeldía que hubiera adquirido firmeza, está sujeta, concurriendo ciertos presupuestos, al medio de impugnación especial de rescisión de la sentencia para concesión de audiencia a la parte anteriormente rebelde (art. 501 LECiv).

C) FORMACIÓN INTERNA DE LA SENTENCIA

La formación de la sentencia puede considerarse en su aspecto externo se atiende, entonces, a la serie de actos que debe realizar el juzgador para elaborar la sentencia. En los órganos unipersonales la formación externa no aparece como una serie de actos: se limita a la redacción y firma de la sentencia por el juez dentro del plazo legal. Otra cosa ocurre en los órganos colegiados: para la formación de la sentencia en los mismos la ley precisa regular el estudio de los autos por los varios magistrados, el desarrollo de la deliberación y votación, la redacción por el magistrado ponente y la firma por los magistrados.

Por formación interna de sentencia se entiende, en cambio, el fenómeno psicológico que se desarrolla en la mente de los jueces para realizar esa expresión de pensamiento y de voluntad en que la sentencia consiste.

a) Dificultades y necesidad de explicar la formación interna de la sentencia

El estudio de la formación interna de la sentencia reviste gran dificultad. En primer lugar, porque al ser el judicial el modo jurídico por excelencia de decidir (Cfr. CREMADES), no hay orientación de metodología jurídica que no pretenda ser explicativa —y, a veces, rectora— del razonamiento judicial: desde la que concibe al juez como «boca que pronuncia las palabras de la ley», hasta la que, poniendo en primer plano la decisión judicial, considera que el derecho no es más que una profecía de lo que harán los jueces en un caso dado. Pero aunque esta observación sea oportuna, resulta obvio que no deba asumirse aquí un intento de exposición de los diversos métodos jurídicos.

La segunda razón de la dificultad radica en que, al ser la formación interna de la sentencia un fenómeno de la mente humana, es tal la diversidad y complejidad de los elementos que influyen en él y la dificultad de su conocimiento, que los intentos de explicación distan de ser satisfactorios.

La más destacada explicación de la formación interna de la sentencia es la del silogismo judicial, cuya estructura está formada por una premisa mayor, integrada por las normas jurídicas, una premisa menor, en la que entran los hechos concretos (alegados y probados) y una conclusión, que es la conse-

cuencia jurídica concreta resultante de encajar el hecho en la norma (o de aplicar ésta a aquél).

Tanto esta tesis como sus perfeccionamientos han sido criticados.

Entre nosotros GUASP mantiene que la génesis de la sentencia no puede ser reducida a fórmulas esquemáticas con pretensiones de validez general y que la sentencia no es fruto de un juicio lógico objetivo, sino de una convicción psicológica no sometida a reglas fijadas «a priori» y en la que entran no sólo razonamientos puros, sino también impresiones, creencias e incluso actos de voluntad.

De estas críticas hay que asumir, en primer término, que la formación interna de la sentencia no sólo está integrada por juicios lógicos, sino también —siguiendo a GUASP— por juicios históricos (para determinar la existencia de los hechos y de la norma) y por juicios de valor (elección de posibilidades interpretativas, integración de conceptos jurídicos indeterminados, etc.), y, en segundo lugar, que no se puede pretender explicar el juicio jurisdiccional en toda su complejidad.

Pero esto no debe conducir a la conclusión de que la única actitud posible ante el juicio jurisdiccional sea la de contemplación de un fenómeno misterioso.

Por un lado, el ejercicio de la potestad de juzgar con sujeción a la Constitución, a la ley, al ordenamiento jurídico, postula una disciplina racional del juicio, para que en la sentencia se exprese esa sujeción a la norma. Además el juez debe dar testimonio de haberse sometido a esa disciplina a través de la motivación de la sentencia (art. 120.3 CE).

El Tribunal Constitucional configura el objeto del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo como sentencia sobre el fondo, sino también como una sentencia fundada en derecho (STC de 22 de abril de 1981, Sala 1ª [RTC 1981, 13] y STC de 14 de julio de 1981, Sala 1ª [RTC 1981, 24]). «Lo cual quiere decir que la resolución que se adopte ha de estar motivada, según establece además el art. 120.3 de la Constitución, quedando el razonamiento adecuado confiado al órgano jurisdiccional competente» (STC de 11 de julio de 1983, Sala 1ª [RTC 1983, 61]); ese razonamiento debe ser coherente con el fallo, debe conducir a él y no hallarse en contradicción con el mismo, haciéndolo incomprensible (STC de 18 de octubre de 1985, Sala 1ª [RTC 1985, 138]).

Pueden verse, más recientemente, las Sentencias del TC 70/1990, de 5 de abril (RTC 1990, 70), 14/1991, de 28 de enero (RTC 1991, 14) y 122/1991, de 3 de junio (RTC 1991, 122). La STS de 7 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2006) estima nula una sentencia que reduce su motivación a remitirse a ciertos hechos de la demanda y a la cita de algunos artículos.

Desde un punto de vista histórico, el restablecimiento del deber de motivar las sentencias en nuestro Derecho, durante el siglo XIX, releva claramente la potenciación del componente racional de la sentencia, que hay detrás de la motivación, y el carácter instrumental de ésta para hacer efectiva la sumisión del juez a la ley y para que la sentencia no aparezca como expresión de una voluntad arbitraria.

Por otro lado, el estudio de la estructura racional del juicio jurisdiccional sirve para la detección de los errores en que se ha podido incurrir al elaborar ese juicio, errores que habrán de evidenciarse en los medios de impugnación contra la sentencia, en algún caso —como en el recurso de casación: art. 477.1 LECiv— a través de motivos tipificados.

b) Una aproximación a la formación interna de la sentencia

El estudio de la formación interna de la sentencia puede hacerse con un doble método. Por una parte, como hace entre nosotros SERRA, determinando una tipología de los juicios que integran el juicio jurisdiccional, sin estructurarlos en un «iter» formativo de éste. Habría, según el citado profesor, tres clases de juicios: lógicos, históricos y críticos o de valor. Otro método consiste en diseñar una estructura esquemática de la elaboración del juicio, en la que se engarzan ordenadamente sus diversos componentes.

Vamos a seguir el segundo método por entenderlo didácticamente más fecundo, aunque se debe recordar lo que ya dijimos sobre las limitaciones de estas construcciones teóricas para explicar los juicios jurisdiccionales en su desarrollo real.

El esquema de la formación interna de la sentencia sería el siguiente:

1) El primer paso no es, contra lo que podría pensarse, determinar si los hechos alegados son o no ciertos. Esta labor sería inútil si el ordenamiento jurídico no concediera, en absoluto o por los hechos alegados, las consecuencias jurídicas que se persiguen por las partes y sería excesiva por que habría que extenderla a hechos tal vez carentes de relevancia jurídica.

Lo que debe establecerse, en primer lugar, es si el ordenamiento contiene normas (aunque no hayan sido alegadas por las partes: «*iura novit curia*») que atribuyen a los hechos alegados las consecuencias jurídicas que las partes han pedido.

Con ese fin, tras tomar conocimiento de los hechos alegados y de las consecuencias perseguidas, el juzgador debe examinar la existencia, vigencia, validez y significación de las normas jurídicas que sean atinentes al supuesto planteado.

Para realizar esta labor el juzgador ha de operar con el sistema de fuentes establecido en nuestro ordenamiento (art. 1 CC), ha de plantearse el ámbito de vigencia de las normas (con problemas de derogación y de derecho intertemporal, de aplicación de leyes estatales o de las Comunidades Autónomas, de derecho extranjero o de normas excepcionales), debe tener en cuenta la supremacía de la Constitución (con posibilidad de planteamiento de cuestiones de inconstitucionalidad: art. 5 LOPJ), las posibilidades de aplicación de tratados internacionales y del derecho comunitario europeo (con posibilidad de planteamiento de la cuestión prejudicial de derecho comunitario), el principio de jerarquía normativa, debe interpretar las normas, proce-

der, en su caso, a la integración normativa mediante la analogía y determinar la existencia y alcance de los principios del derecho.

La elaboración del juicio puede terminar en este estadio inicial si el juzgador llega a alguna de estas dos conclusiones:

1ª) Que el ordenamiento no concede la consecuencia jurídica pretendida o la niega en absoluto, es decir, cualesquiera que sean los hechos alegados.

Este supuesto es rarísimo en la práctica como lo evidencian los ejemplos que del mismo suelen darse: que se condene al deudor a mutilación o a prisión. Para algún supuesto de este tipo la ley empieza por establecer la inadmisión a trámite de la demanda: p. ej., para la pretensión de contraer matrimonio fundada en un contrato de espousales (art. 42 CC).

2ª) Que el ordenamiento no concede la consecuencia jurídica pretendida sobre la base de los hechos alegados.

Por ejemplo: el actor pretende que se declare la nulidad de cierto contrato alegando como fundamento que la otra parte contratante era incapaz (véase art. 1302 CC).

El juicio continúa si los hechos alegados pueden dar lugar a la consecuencia jurídica perseguida, en el caso de que lleguen a ser establecidos como ciertos.

2) La segunda etapa del enjuiciamiento se orienta a la fijación de los hechos de los que ha de partirse para resolver en concreto la cuestión jurídica.

En esta labor y en primer término, el juzgador ha de considerar fijados o establecidos, sin necesidad de prueba respecto a ellos, los hechos que, habiendo sido alegados, tienen la calidad de notorios o han sido admitidos por la parte a quien perjudiquen.

Respecto a los hechos que no queden fijados de ese modo, ha de estarse al resultado de la prueba. Para determinar cuál sea ese resultado el juez debe realizar una doble operación.

En primer término, la interpretación de la prueba, es decir, la determinación del significado de lo declarado por la parte, por el testigo o por el perito o del texto del documento.

En segundo lugar, la valoración de la prueba, para determinar si los datos revelados a través de la práctica de los diversos medios de prueba han de considerarse o no como ciertos, bien sea en virtud de la convicción psicológica (en las pruebas de libre apreciación) o de la aplicación de reglas legales de valoración (en los supuestos de prueba tasada). Es en este momento,

y en función del resultado de la valoración de la prueba, cuando el juzgador estima o no la «ficta confessio» con la que la ley amenaza diversas conductas de las partes (p. ej., arts. 304, 307 y 405.2 LECiv).

Como resultado de estas operaciones pueden haber quedado fijados hechos que no sean inmediatamente relevantes para fundar la consecuencia jurídica perseguida, pero que, sin embargo, puedan servir de base para llegar a la fijación de esos hechos inmediatamente relevantes, bien sea mediante la elaboración de una presunción judicial (art. 386 LECiv), bien mediante la aplicación de una presunción legal relativa o «iuris tantum» (art. 385 LECiv).

En definitiva, unos hechos habrán quedado fijados y otros no y ello repercutirá en las posibilidades de aplicación de las diversas normas favorables a cada una de las partes, constituyendo el punto de partida de la decisión de acuerdo con las reglas de la carga de la prueba.

3) De la precedente operación se habrá obtenido un conjunto de afirmaciones de hecho consideradas como ciertas. Pero de ello no se puede pasar directamente a la aplicación de las normas, porque el conjunto de hechos concretos y los supuestos de hecho abstractos previstos por las normas son entidades heterogéneas. Antes de la aplicación de las normas es necesario que el juzgador componga, a partir de ese conjunto de hechos concretos, un todo orgánico susceptible de ser calificado como alguna de las relaciones, actos o hechos regulados por el derecho. Es decir, además de resolver la cuestión de la existencia de los hechos, el juzgador ha de apreciar también su esencia, su entidad o significación jurídicas.

Éste es también el momento de la interpretación de los negocios jurídicos (contratos y testamentos).

La interpretación del negocio no es cuestión de hecho: no persigue determinar si ha existido o no declaración de voluntad (éste sí es tema de prueba o de otro modo de fijación de hechos), sino el significado y alcance de la voluntad declarada (labor para la que el derecho establece reglas: arts. 1281 a 1289, 675, 747, 749 y 751 CC). Por otro lado, aunque se diga que el contrato es ley entre las partes (art. 1091 CC) y que el testamento es la ley de la sucesión, la labor de interpretarlos y determinar sus efectos, no es aún aplicación de la norma: aquellas expresiones son metafóricas; las normas que se aplican, en estos casos, son las que reconocen y delimitan el ámbito de la autonomía privada.

4) Sigue la subsunción de ese conjunto de hechos jurídicamente calificado en el supuesto fáctico de la norma. Por el principio «iura novit curia» el juzgador no está vinculado a efectuar la subsunción en las normas alegadas por las partes, sino que puede realizarla en las normas que considere correctamente aplicables, pero esta libertad está limitada, en el proceso civil, por los principios de aportación de parte y dispositivo, en cuya virtud, respectivamente, no puede aplicar otras normas que las correspondientes a los hechos

alegados por las partes y las que contemplen las consecuencias jurídicas por las partes pretendidas.

Para efectuar la subsunción precisará el juez, en algunos casos, integrar el supuesto de hecho legal, estimando la concurrencia en el caso concreto de determinados conceptos o expresiones valorativas utilizadas por el legislador, los denominados conceptos jurídicos indeterminados: dolo, culpa, diligencia del buen padre de familia, comportamiento del ordenado comerciante, buena o mala fe, necesidad, buenas costumbres.

5) Realizada la subsunción el juez, en el supuesto más simple, sólo tiene que ordenar que se produzca en el caso concreto la consecuencia jurídica que la norma tiene prevista con carácter abstracto y general.

Sin embargo, hay casos en los que la consecuencia jurídica se deja por la ley en mayor o menor parte indeterminada, y es el juez quien, mediante criterios valorativos, debe precisarla en concreto para el caso que juzga.

Aquella indeterminación de la consecuencia jurídica puede tener grados diversos:

1º) Puede afectar a aspectos cuantitativos o cualitativos de la misma, estableciéndose o no límites al juicio valorativo que debe realizar el juez (p. ej., arts. 146, 105, 1103, 1154, 1726 y 1889 CC).

2º) Puede afectar al plazo de tiempo en que debe ser cumplida la consecuencia jurídica (p. ej., arts. 1124.III, 1128, 905.II y 1017.II CC).

3º) Puede referirse, en fin, a la consecuencia en sí misma, bien permitiendo que se dé o no a discreción del juez (p. ej., arts. 1124.II v III y 495 CC) o bien facultando al juez para que, de modo discrecional, determine la consecuencia adecuada, aunque no esté prevista por la ley (p. ej., arts. 398.III y 1120.II CC).

II) REQUISITOS DE LA SENTENCIA; EN ESPECIAL, LA CONGRUENCIA

La sentencia como acto procesal está sujeta a una serie de requisitos: debe ser dictada por el juez unipersonal o por la sala a quien corresponda, con libre determinación de su voluntad (art. 239 LOPJ) y tras una correcta formación interna de la misma, objetivamente referida a todo lo que en ella deba resolverse y solamente a ello, debe emitirse en el plazo legal y con arreglo a la forma establecida por la ley (art. 209 LECiv).

De todos estos requisitos el artículo 218 LECiv destaca específicamente por un lado, unos requisitos de forma (la claridad, precisión y debida separación de pronunciamientos); por otro lado, un requisito atinente a su objeto (congruencia).

Algunos de los requisitos enunciados en el primer párrafo son objeto de estudio en la introducción al Derecho Procesal, al tratar de las resoluciones

judiciales. Toca ahora considerar los requisitos específicos de la sentencia con especial atención a la congruencia.

a) Claridad, precisión y debida separación de pronunciamientos

Estos requisitos, expresados, respectivamente, en los apartados 1 y 3 del artículo 218 LECiv, son requisitos formales porque se refieren al modo en que el juzgador debe expresarse en la resolución.

Si se proyecta específicamente sobre el fallo, la infracción de estos requisitos aparece como supuesto paradigmático de defecto de forma de un acto procesal que implica ausencia de requisitos indispensables para alcanzar su fin (art. 240.1 LOPJ), porque si la finalidad de la sentencia es resolver, decir, definir una serie de cuestiones, no se alcanza ese fin si, por el modo de expresión, se deja abierta la duda sobre ellas.

Por grandes que sean los esfuerzos no es posible concebir como requisitos distintos, con significado propio cada uno de ellos, la *claridad* y la *precisión*. Cada una de estas expresiones y ambas a la vez postulan, en definitiva, que se realice una suficiente determinación cuantitativa y cualitativa del objeto resuelto, y que el sentido de la resolución (desestimatoria, estimatoria, total o parcial) se exprese con nitidez.

Excepción legal al requisito de precisión en el aspecto cuantitativo, se da cuando la ley permite sentencias pecuniarias ilíquidas (art. 219 LECiv).

En cambio, el requisito de la *debida separación de pronunciamientos*, aunque tenga la misma finalidad, sí que tiene un significado propio: el de eliminar la confusión que puede derivar de la decisión de cuestiones diversas con un pronunciamiento único.

Sin embargo este modo de pronunciamiento no siempre genera confusión: así se produce, p. ej., si ante una acumulación eventual de pretensiones, el fallo de la sentencia se limita a decir que estima la demanda (porque, entonces, se desconoce cuál de las pretensiones, entre sí incompatibles, ha sido estimada); no se da, en cambio, si se dicta ese mismo pronunciamiento en caso de una acumulación principal o accesoria, ni, en el caso de esta última, si la sentencia se limita a desestimar la pretensión principal (pues ello implica la desestimación de las accesorias).

b) La congruencia

a') Concepto

La congruencia ha sido definida como «la conformidad que debe existir entre la sentencia y la pretensión o pretensiones que constituyen el objeto del proceso, más la oposición u oposiciones en cuanto delimitan este objeto» (GUASP). Y también como la adecuación entre las pretensiones (en sentido

amplio) de las partes, formuladas oportunamente, y la parte dispositiva de la resolución judicial (SERRA).

Al hilo de estas definiciones podemos precisar el concepto de congruencia.

Obsérvese, en primer lugar, que ésta es el resultado de la comparación entre dos términos: por un lado, cierta actividad procesal de las partes; por otro, la sentencia del juez.

El primero de los términos de comparación no está integrado solamente por la pretensión procesal, constitutiva del objeto del proceso en sentido estricto, sino también por otras peticiones, concretamente por las formuladas por el demandado para obtener una sentencia absolutoria.

Pero no basta con atender a las peticiones, sino también a las alegaciones formuladas para fundarlas. La pretensión procesal está compuesta, como es sabido, por la petición y por la causa de pedir, pero además, desde el punto de vista del actor, son también relevantes a efectos de la congruencia las alegaciones de hecho que no identifican la pretensión procesal, pero son alternadas para obtener su estimación. En cuanto al punto de vista del demandado, también hay que atender a sus alegaciones, pues una misma petición (p. ej., de absolución en cuanto al fondo) puede deber ser estimada por diferentes fundamentos (p. ej., pago, condonación, prescripción) y sólo es congruente la sentencia que la estima por el fundamento alegado.

El segundo de los términos de la comparación se define mejor, por razones que más adelante se explicarán, refiriéndolo a la sentencia, que a la parte dispositiva de la misma, sobre todo si por esto último se entiende estrictamente el fallo, como parte de la estructura formal de la sentencia.

Partiendo de estas consideraciones la congruencia podría definirse como la correlación que debe existir entre la pretensión procesal, otras peticiones y alegaciones de las partes y la actividad decisoria o resolutoria que se plasma en la sentencia.

b) La congruencia como deber de pronunciamiento exhaustivo y como límite a la potestad de resolver

La conformidad, adecuación o correlación en que la congruencia consiste puede faltar o quebrarse, en los casos concretos, de dos modos: por defecto, si no se resuelve sobre todo lo que se debió resolver, y por exceso, si se resuelve sobre lo que no es objeto de resolución.

Se observa entonces que el requisito de la congruencia presenta dos exigencias diferenciadas.

Por un lado, la exhaustividad, el deber de pronunciamiento, cuya infracción da lugar a la incongruencia por omisión de pronunciamiento.

Por otro, el deber de no exceder, al formular los pronunciamientos, de los límites que derivan de la pretensión procesal y de otras peticiones, alegaciones de las partes, cuya infracción da lugar a diversas modalidades de incongruencia que la doctrina intenta clasificar.

Esta diversidad de exigencias que presenta la congruencia se confirma al estudiar el fundamento de este requisito de la sentencia, que no es un fundamento unitario, sino precisamente diferente para cada una de las partes del requisito.

1) Fundamento de la congruencia como límite a la potestad de resolver.

Como fundamento de la congruencia en cuanto límite a la potestad de resolver, suelen aducir la doctrina y la jurisprudencia los principios dispositivo y de contradicción.

Efectivamente el principio dispositivo veta al órgano jurisdiccional el pronunciamiento sobre un objeto procesal distinto al propuesto por el actor (en su caso, por el actor reconvenicional) y respecto a partes que no han sido traídas al proceso por éste, y le vincula, por regla general, a los actos de disposición de las partes. La infracción de estos límites genera incongruencia.

El principio de contradicción debe impedir el pronunciamiento sobre todo aquello que no haya podido ser materia de debate entre las partes.

Sin embargo, por lo que ya indicamos al tratar del concepto de congruencia y por lo que más en detalle trataremos al estudiar la determinación de la congruencia, resulta obvio que el principio dispositivo en sentido estricto no puede ser el único fundamento de esta faceta de la congruencia. También se incurre en incongruencia cuando, respetándose los límites que derivan del principio citado, se resuelve sobre el objeto del proceso en atención a hechos no alegados por las partes y, particularmente, a peticiones no formuladas por el demandado. Consiguientemente, junto al principio dispositivo, son también fundamento de esta faceta de la congruencia el principio de aportación de parte (art. 216 LECiv) y el principio que rija el tratamiento de los requisitos condicionantes de un pronunciamiento de fondo (presupuestos o impedimentos procesales).

Por otro lado, después de lo acabado de decir, decae la importancia a estos efectos del principio de contradicción, pues lo decisivo no es que cierta materia haya podido ser debatida, sino el modo de introducir la materia en el debate (por la actividad de las partes y no de oficio por el juez).

2) Fundamento de la congruencia como deber de exhaustividad.

El fundamento de la congruencia como deber de un pronunciamiento exhaustivo no puede hallarse en ninguno de los anteriores principios, puesto que, cuando el juez infringe estrictamente ese deber, sólo las pretensiones y otras peticiones y alegaciones introducidas por las partes y debatidas entre ellas han sido resueltas, lo que ocurre es que no todas han sido resueltas.

Para algunos autores el fundamento del deber de exhaustividad radica en un principio político, en virtud del cual los tribunales tienen el deber de resolver sobre todas las cuestiones que, correspondiendo a su específica potestad, se les sometan por las partes. Este principio se expresaba normativamente en el antiguo artículo 6 CC (con gran énfasis) y, actualmente, en el artículo 1.7 CC.

Pero, como acertadamente apunta DE LA OLIVA, la infracción del deber establecido por estos preceptos no constituye mera incongruencia por defecto, sino una denegación de justicia, que integra el tipo de prevaricación del artículo 448 del Código Penal. En la incongruencia por defecto el juez no se niega a juzgar (con dolo específico), sino que se limita (por error) a emitir en parte los pronunciamientos que debió emitir, resultando de ello una sentencia viciada, pero no un delito.

El fundamento del deber de exhaustividad se hallaría, para el autor que acabamos de citar, en el propio artículo 339 de la LECiv/1881, y ahora en el artículo 218.1 LECiv —cuando dispone que las sentencias «harán las declaraciones que aquéllas (las pretensiones de las partes) exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate»—.

Siendo esto cierto, es ahora necesario advertir que la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), permite elevar a rango constitucional el fundamento del deber de exhaustividad.

En efecto si el objeto del derecho a la tutela judicial efectiva es una resolución judicial de fondo (salvo supuestos de inadmisibilidad), la sentencia que omita el pronunciamiento sobre la pretensión viola aquel derecho fundamental (SSTC de 1 de febrero de 1984, Sala 1ª [RTC 1984, 14]; 18 de diciembre de 1985, Sala 1ª [RTC 1985, 177] y 25 de junio de 1986, Sala 1ª [RTC 1986, 86]).

3) Determinación de la congruencia.

Para determinar si existe o no congruencia es preciso comparar los dos términos o extremos entre los que debe existir conformidad, adecuación o correlación, y, en primer lugar, precisar cuáles son estos términos.

1) ¿Qué ha de ser comparado para determinar si hay o no congruencia?

En cuanto a la actividad de las partes ya hemos apuntado que el término de comparación está integrado no sólo por la pretensión procesal, sino también por otras peticiones y alegaciones. Todas ellas deben haberse formulado oportunamente (art. 218.1 LECiv), en los actos procesales de parte previstos para ello.

En este sentido, para determinar la congruencia se ha de atender:

1ª) A la demanda, con la pretensión procesal y alegaciones que contenga, también a la ampliación de la demanda (con la que se acumulan pretensiones) y a los actos del demandante que, según las normas del proceso, contengan una modificación admisible de la demanda.

2ª) A la contestación a la demanda, con las defensas que formule el demandado, y a actos posteriores suyos que introduzcan en lo anterior una modificación admisible.

3ª) A la reconvencción y contestación a la misma.

4ª) A los actos de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento que hayan podido producirse.

No siempre para precisar aquello con lo que la sentencia ha de ser congruente bastará con fijarse en la súplica de los actos (escritos) correspondientes, pues las alegaciones y las defensas que conducen a una petición de alivio tienen su sede en la parte expositiva de tales actos.

En cuanto a la actividad del juez, suele decirse que lo relevante es la parte dispositiva, el fallo de la sentencia, pues al hallarse solamente en éste la expresión de lo que se resuelve, por incoherente que resulte la motivación con los temas a resolver, no hay incongruencia si, al final, se acaba resolviendo sobre todos ellos y sólo sobre ellos.

Esta tesis no siempre es acertada. Sirve para detectar la incongruencia cuando ésta se produce por divergencia entre lo pretendido y lo concedido (p. ej., se pidió condena a 100 y la sentencia condena a 1.000), pero para encontrar una incongruencia atinente a la desestimación de la pretensión o al fundamento de su estimación o desestimación, la consideración del fallo no bastará generalmente, sino que deberá acudir a la motivación para comprobar si en ésta se establece como base de la decisión una petición del demandado y alegaciones de las partes.

Para evitar esta indefinición el artículo 209.4ª LECiv establece que «el fallo, que se acomodará a lo previsto en los artículos 216 y siguientes, contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones

de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos». Si este requisito de forma no fuera cumplido, para comprobar si la sentencia es congruente seguirá siendo necesario considerar la motivación de la sentencia.

2) ¿En qué elementos ha de existir correlación o adecuación para que se entienda cumplido el deber de congruencia?

Veamos ahora, más específicamente, cómo ha de producirse la correlación y adecuación entre los términos que acabamos de precisar y de qué modo, faltando aquéllas, aparece la incongruencia.

1ª) Correlación en cuanto a las partes

La correlación ha de existir, en primer término, respecto a las partes en el proceso, en el sentido de que la sentencia ha de extender, pero también limitar, sus pronunciamientos a ellas.

En este aspecto, la congruencia impone negativamente, que no se hagan pronunciamientos: a) respecto a quienes no sean actores o demandados o hayan adquirido la condición de parte en virtud de intervención o de sucesión procesal; b) respecto a quienes, siendo inicialmente partes, hayan perdido esa condición (p. ej., por «extramissio» en caso de sucesión procesal «inter vivos»; por estimación de una defensa procesal de falta de capacidad para ser parte o de actuación procesal); c) en calidad distinta a aquella con la que demandaron o fueron demandados (p. ej., como titulares del derecho en vez de como representantes o sustitutos procesales o a la inversa).

Positivamente impone que se hagan los pronunciamientos respecto a las partes regularmente traídas al proceso, por lo que no incurriría en incongruencia por omisión de pronunciamiento la sentencia que, por ejemplo, no se pronunciara sobre una ampliación objetivo-subjetiva irregular de la demanda.

2ª) Correlación en cuanto al objeto del proceso

La correlación ha de existir también respecto al objeto del proceso.

La sentencia ha de pronunciarse respecto a la pretensión procesal interpuesta y sólo respecto a ella. Ello impone analizar la correlación con los objetos inmediato y mediato de la pretensión y con la causa de pedir (véase Cap. 10).

Lo que digamos vale también para la reconvencción, porque con ésta se introduce un nuevo objeto procesal: el demandado interpone una pretensión frente al actor inicial. Un problema especial se plantea respecto a la reconvencción en cuanto a la congruencia como exhaustividad: la distinción

entre la reconvencción y la simple defensa del demandado. Si sólo de este último se trata, una sentencia estimatoria puede entenderse que, implícitamente, la resuelve y deniega, mientras que si existe auténtica reconvencción es necesaria resolución expresa.

Respecto al objeto inmediato de la pretensión, la congruencia impone pronunciarse sobre la clase de tutela jurisdiccional (condena, mera declaración, constitución) pedida por el actor y no sobre otra.

Sin embargo la STS de 28 de marzo de 1980 [RJ 1980, 1231] ha entendido que, interpuesta una pretensión reivindicatoria (que es de condena) y resuelta por la sentencia la declaración de dominio del actor, no habría incongruencia, pues lo concedido está comprendido en lo pedido, siendo un «minus» respecto a lo último. A la inversa —condenar cuando se ha pedido mera declaración— sí que hay incongruencia, como es obvio (STS de 22 de diciembre de 1980 [RJ 1980, 4755]).

En cuanto al objeto mediató de la pretensión, la congruencia impone ceñirse a los límites cualitativos y cuantitativos de dicho objeto: no cabe pronunciarse sobre otra prestación, sobre otra relación jurídica o sobre otro acto o negocio jurídico, que aquéllos respecto a los cuales el pronunciamiento ha sido pedido, ni tampoco (en caso de que la cantidad sea relevante) sobre mayor cantidad que la solicitada (y no sólo para concederla, sino también para denegarla).

Respecto a los objetos de la pretensión se infringe el deber de congruencia, en su faceta positiva de exhaustividad, no sólo cuando se omite puramente el pronunciamiento, sino también cuando éste se hace consistir en una reserva de derechos a hacer valer en un proceso posterior (STS de 25 de mayo de 1981 [RJ 1981, 2169]), pero en cambio no hay infracción cuando, pedida condena a cantidad líquida, la sentencia condena con reserva de liquidación (STS de 4 de febrero de 1980 [RJ 1980, 412]), ni cuando se omite el pronunciamiento de fondo por faltar un presupuesto procesal apreciable de oficio o concurrir un impedimento procesal oportunamente hecho valer por el demandado.

En su faceta negativa de límite a la potestad de resolver, hay que advertir, por un lado, que en los supuestos (ciertamente escasos en el proceso civil) en que procedan pronunciamientos de oficio (deber legal de imponer costas, declaraciones de nulidad respecto a pactos inmorales o ilícitos —delimitando la posibilidad de las mismas, véase STS de 31 de marzo de 1981 [RJ 1981, 1144])—, no hay incongruencia si se emiten faltando una petición de parte. Y también que el ajuste entre lo pedido y lo resuelto encierra siempre problemas de interpretación que suelen resolverse con un criterio favorable al agotamiento del litigio existente entre las partes, siempre que lo que se resuelva pueda entenderse implícitamente incluido en lo que se había pedido (p. e., STS de 28 de febrero de 1981 [RJ 1981, 635] y STS de 3 de marzo de 1992 [RJ 1992, 2156]).

Ha de existir también *correlación* con el otro elemento de la pretensión, *con la causa de pedir*. Es sabido que la causa de pedir consiste en hechos, pero no en todos los hechos constitutivos necesarios para estimar la pretensión,

sino sólo en aquellos que la individualizan o identifican (véase Cap. 10). Ahora bien, como en nuestro proceso civil no sólo rige el principio dispositivo en sentido estricto, sino también el principio de aportación de parte, resulta innecesario distinguir, a los efectos de la congruencia, unos hechos de otros: existirá incongruencia por exceso tanto si el órgano jurisdiccional decide teniendo en cuenta hechos que integran una causa de pedir distinta a la establecida por el actor, cuanto si atiende, para estimar la pretensión, a hechos constitutivos no alegados por éste.

Como es obvio, tal incongruencia existe, aunque lo resuelto tenga cobertura en la petición formulada por el actor, porque no sólo con ésta debe haber correlación, sino también con la causa de pedir y demás hechos constitutivos de la pretensión (STS de 29 de junio de 1981 [RJ 1981, 2617]).

En los supuestos de pluralidad de objetos procesales por acumulación de pretensiones, suele plantear algún problema especial la congruencia como exhaustividad. Respecto a ello puede decirse que: a) en caso de acumulación principal hay incongruencia por defecto si no hay pronunciamiento expreso sobre cada pretensión acumulada; b) en caso de acumulación eventual, sólo si se estima una pretensión preferente puede omitirse el pronunciamiento sobre las otras sin incurrir en incongruencia (STS de 5 de diciembre de 1980 [RJ 1980, 4737]); c) en caso de acumulación accesoria, la desestimación de la primera pretensión exime de pronunciamiento expreso sobre las restantes pretensiones que el actor ha hecho depender de la primera, que quedan implícitamente rechazadas.

3º) *Correlación en cuanto a las alegaciones de las partes no influyentes en la identificación del objeto del proceso*

También debe haber *correlación con las alegaciones de las partes y con las peticiones del demandado* influyentes en la admisibilidad y en el sentido de los pronunciamientos. Veamos más específicamente las consecuencias de esto en orden a la congruencia.

No puede emitirse de oficio un pronunciamiento de absolución de la instancia, salvo que el requisito condicionante del pronunciamiento de fondo tenga el tratamiento de presupuesto procesal en sentido estricto. Si su tratamiento es de impedimento procesal aquel pronunciamiento sólo puede emitirse, sin incurrir en incongruencia, si el demandado ha formulado la correspondiente alegación y petición. Por otra parte, estos pronunciamientos no proceden hacerlos mediante sentencia, sino por auto y en diversos momentos de la tramitación del proceso.

Se infringe la congruencia, como ya hemos apuntado, si se toman en consideración hechos constitutivos no alegados por el actor.

También, si se resuelve sobre la pretensión procesal en atención a hechos impositivos o extintivos no alegados por ninguna de las partes (por cualquiera de ellas, no necesariamente por la demandada), salvo que excep-

cionalmente el juez deba tomarlos en cuenta de oficio, aunque no resulten de alegaciones de las partes (p. ej., nulidad de pactos contrarios a norma de «ius cogens», sobre lo que puede verse STS de 31 de marzo de 1981 [RJ 1981, 1144]).

Igualmente si se resuelve en atención a hechos excluyentes que el demandado (precisamente él) no hubiera hecho valer.

Por fin, es también incongruente la sentencia que resuelve en contradicción con los hechos admitidos por las partes, siempre que estos hechos sean inmediatamente relevantes como constitutivos, impeditivos, extintivos o excluyentes.

La congruencia como deber de exhaustividad impone que se examinen y resuelvan todas las alegaciones y peticiones que influyen en el sentido de la sentencia. Un pronunciamiento de estimación o de desestimación de la pretensión es exhaustivo, porque revela, aunque sea implícitamente, el acogimiento de las alegaciones y peticiones conducentes a dictarlo y el rechazo de las contrarias a ello. Otra cosa es que la sentencia que no examine expresamente tales alegaciones y peticiones estará mal motivada, porque la motivación ha de «incidir en los distintos elementos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en conjunto».

El criterio anterior no sirve, en cambio, para apreciar si ha sido respetada la congruencia como límite a la potestad de resolver, porque a tal efecto es básico saber qué alegaciones y peticiones han influido en el sentido del pronunciamiento y quién las ha introducido en el proceso.

4) Correlación en cuanto a otros elementos

La relación con la congruencia de la renuncia, allanamiento, desistimiento y transacción la estudiaremos al tratar de estos actos de terminación del proceso.

Por fin, cabe plantearse si la congruencia impone también correlación entre las tesis jurídicas desarrolladas por las partes (respecto a los hechos por ellas alegados y para justificar sus respectivas peticiones) y el planteamiento jurídico que se hace en la sentencia.

La respuesta es aquí negativa, porque es función propia del juez, a ejercer de oficio por el mismo, la de aplicar el Derecho del modo que considere correcto, sin quedar vinculado por las alegaciones de normas y principios jurídicos y por los razonamientos jurídicos efectuados por las partes («iura novit curia», «da mihi factum dabo tibi ius»). Ahora bien, debe insistirse en que la no vinculación se ciñe al ámbito estricto de las calificaciones jurídicas, sin que sea admisible que, so capa del principio «iura novit curia», el juzga-

do se sustraiga de los demás límites a su potestad de resolver antes expuestos (véase Cap. 10).

Otra cosa es que, por respeto exquisito al principio de contradicción, se obligara al juzgador a poner a debate su tesis jurídica novedosa antes de resolver a tenor de ella.

Véase en este sentido los artículos 733 y 851.4^º de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el proceso civil no existe ese deber y el Tribunal Constitucional ha entendido que ello no viola el derecho de defensa, siempre que el juzgador respete los términos en que en las demandas o en los escritos fundamentales del pleito se configuren las acciones o las excepciones ejercitadas» (STC 20/1982, de 5 de mayo, Sala 1^ª RRC 1982, 20) y STC 12/1987, de 4 de febrero [RTC 1987, 12]).

ACLARACIÓN, SUBSANACIÓN Y COMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIAS

A) INVARIABILIDAD DE LAS SENTENCIAS Y EXCEPCIONES

Las sentencias son invariables por el órgano jurisdiccional que las haya dictado desde el momento en que, con la firma del juez o de los magistrados, se completa la formación de ese acto procesal (art. 267.1 LOPJ). Como excepción a esta norma de vinculación del órgano a su resolución, la ley permite diversas posibilidades de modificación de la sentencia por el mismo, en los artículos 267 LOPJ, 214 y 215 LECiv.

Estas posibilidades de actuación excepcionales no van dirigidas a obtener la reforma o la anulación de la resolución, sino que todas ellas presuponen el mantenimiento de los pronunciamientos formulados en la sentencia, siendo su objetivo corregir defectos en el modo de expresarse los pronunciamientos y dar una nueva oportunidad a que el órgano jurisdiccional cumpla la congruencia como deber de pronunciamiento exhaustivo.

Los diferentes requisitos de cada clase de estas actuaciones impone tratarlas separadamente.

II) ACLARACIÓN, RECTIFICACIÓN Y SUBSANACIÓN DE SENTENCIAS

a) Requisitos

Respecto a la aptitud de los sujetos hay que distinguir: 1^º) La aclaración, rectificación y subsanación corresponde realizarla, bien de oficio, bien a instancia de parte, al mismo órgano jurisdiccional que ha dictado la sentencia; es indiferente que el titular o titulares del órgano hayan variado, pero, en cambio, la aclaración por un órgano distinto probablemente supone incompetencia funcional (STS de 23 de enero de 1980 [RJ 1980, 85]). 2^º) La peti-

ción correspondiente pueden realizarla las partes y el Ministerio fiscal (aunque no haya intervenido en el proceso —art. 267.2 LOPJ, art. 214.2 LECiv—), pero, no tratándose de un medio de impugnación, no es necesario que hayan experimentado gravamen por la sentencia.

En cuanto al requisito del objeto, surge la importante cuestión del alcance que pueden tener las actuaciones permitidas en los arts. 267.2 y 4 LOPJ y 214 y 215.1 LECiv, del que no debe excederse, con invasión del ámbito propio de los medios de impugnación. Atendiendo a los artículos citados, puede concluirse sobre este extremo lo siguiente:

1ª) Aclaración: la aclaración de algún concepto oscuro (art. 267.1 LOPJ, art. 214.1 LECiv) permite dar cumplimiento, por vía de la aclaración, a los requisitos de claridad, precisión y separación de pronunciamientos, que se hubieran infringido en la sentencia.

2ª) Rectificación de errores materiales (art. 267.1 LOPJ, art. 214.1), es decir corrección de expresiones que, de acuerdo con el contexto de los pronunciamientos, deben ser consideradas como no queridas por el juez.

El límite de la rectificación está en que no se puede modificar el sentido de los pronunciamientos, ni suprimirlos en todo o en parte, aunque sea con la finalidad de adecuarlos a lo que se deduce de la motivación.

Por otra parte, la rectificación de errores materiales manifiestos («lapsus calami» y errores aritméticos (errores de cálculo respecto a datos indudablemente fijados en la resolución) no requiere que se realicen estas actuaciones, ni que se recurra la sentencia, sino que tales correcciones pueden hacerse en cualquier momento que sea conveniente (art. 267.3 LOPJ, art. 214.3 LECiv).

3ª) Subsanación de errores materiales cometidos por omisión (art. 267.4 LOPJ, art. 215.1 LECiv): consiste en expresar en la sentencia aquellos elementos que, de acuerdo con el contexto de los pronunciamientos, debieron ser incluidos en ella, pero fueron, no obstante, omitidos.

Por ejemplo: la sentencia estimó una pretensión de condena a indemnizar a consumidores interpuesta por una asociación, pero, después de constatar la imposibilidad de determinar individualmente a los beneficiados, omitió establecer los datos, características y requisitos que permitirán a éstos instar la tutela ejecutiva de su derecho a indemnización (art. 221.1ª LECiv).

Para el requisito de tiempo, si la aclaración se realiza de oficio, debe hacerse dentro de los dos días hábiles siguientes al de publicación de la sentencia; si se realiza a instancia de parte, la solicitud debe formularse en el plazo de dos días desde la notificación (art. 267.2 LOPJ; art. 214.2 LECiv).

Por fin, en cuanto a la forma, la de la solicitud es escrita y la de la resolución lo es también, debiendo revestir específicamente forma de auto (sobre lo último: art. 267.4 LOPJ y art. 215.1 LECiv).

b) Efectos

El auto de aclaración, rectificación o subsanación, aparte de cumplir los fines para los que está previsto, pasa a integrar con la sentencia a la que se refiere una resolución única, que vale en su conjunto como sentencia del proceso en cuestión, contra la que podrán interponerse los medios de impugnación que procedan (art. 267.7 y 8 LOPJ; art. 448.2 LECiv).

c) COMPLEMENTACIÓN DE SENTENCIAS

a) Requisitos

El objeto de esta actuación consiste (art. 267.5 LOPJ; art. 215.2 LECiv) en el cumplimiento de la congruencia como deber de pronunciamiento exhaustivo sobre todas las pretensiones procesales y sobre las defensas frente a ellas, siempre que no concurran causas de inadmisibilidad de tales pronunciamientos.

La diferencia con las omisiones consideradas en los arts. 267.4 LOPJ y 215.1 LECiv consiste en que, en este caso, no falta un elemento dentro del pronunciamiento sobre una pretensión, sino que lo omitido es el pronunciamiento sobre la pretensión misma.

En cuanto al requisito de aptitud, la complementación de la sentencia puede ser acordada de oficio por el órgano jurisdiccional que la ha dictado (art. 267.6 LOPJ; art. 215.3 LECiv), y puede ser pedida, a ese mismo órgano, por las partes del proceso (art. 267.5 LOPJ; art. 215.2 LECiv).

El plazo para el ejercicio de la potestad de oficio es de cinco días desde que se dictó la sentencia; el plazo para la solicitud, de cinco días desde la notificación.

La solicitud debe formularse por escrito y se resuelve mediante auto, que o bien la rechaza o bien la estima, realizando en este caso los pronunciamientos complementarios.

b) Efectos

El auto que resuelve sobre la complementación forma con la sentencia de referencia una resolución única y es impugnable con los recursos que fueran admisibles contra la sentencia, cuyo plazo de interposición se computa desde la notificación del auto.

EFECTOS DE LA SENTENCIA

Dictada la sentencia se producen efectos jurídicos de diversas clases.

Conviene distinguir entre efectos directos de la sentencia y efectos secundarios de la misma.

A) EFECTOS DIRECTOS O PRINCIPALES DE LA SENTENCIA

Son los verdaderos efectos jurídicos de la sentencia, las consecuencias jurídicas que la sentencia produce y que derivan de la misma como acto imperativo.

La clase de estos efectos jurídicos depende de que haya sido o no estimada la pretensión procesal, y, caso de haber sido estimada, de la naturaleza de la pretensión procesal interpuesta.

La sentencia desestimatoria de la pretensión procesal produce efectos declarativos negativos sobre el derecho o relación jurídica en la que se funda la pretensión de condena, sobre el derecho, relación jurídica, estado o situación jurídica del que se hubiera pretendido mera declaración, o, en fin, sobre el derecho o facultad de producir una modificación jurídica que se había hecho valer con una pretensión constitutiva.

Si la sentencia es estimatoria los efectos son diferentes según la naturaleza de la pretensión estimada:

1ª) Si se interpuso una pretensión de condena, además del efecto declarativo sobre el derecho a prestación, la sentencia producirá el efecto ejecutivo, en el sentido de que dará acceso a la tutela judicial ejecutiva, para el cumplimiento forzoso de la prestación impuesta (arts. 517.1 y 2.1ª, 524 y 525 LECiv).

2ª) Si se interpuso una pretensión meramente declarativa, el efecto es simplemente el de la declaración judicial con valor de cosa juzgada (art. 222).

3ª) Si se interpuso una pretensión procesal constitutiva el efecto es la modificación jurídica producida por la misma sentencia. Este efecto lo produce la sentencia misma, sin necesidad de actividad ejecutiva complementaria. En el tráfico jurídico la relación, estado o situación jurídica afectada por el pronunciamiento constitutivo ha de ser considerada tal como resulta del pronunciamiento (arts. 521.3 y 524 LECiv). Si del cambio jurídico derivan obligaciones de prestación (hacer, no hacer o dar), se producirán efectos ejecutivos si la sentencia, además de la modificación jurídica, ha condenado al cumplimiento de tales obligaciones (art. 521.3 LECiv); en otro caso habrá de pretenderse la condena en otro proceso.

B) EFECTOS SECUNDARIOS DE LA SENTENCIA

No todos los efectos que produce una sentencia se originan por haber sido ordenados por la misma. Algunos se producen no por imperativo de la sentencia, sino por la eficacia de normas jurídicas que incluyen a la sentencia como elemento de su supuesto de hecho y, de ese modo, hacen de aquélla un factor influyente en la producción de las consecuencias jurídicas previstas por la norma. A estos efectos se les denomina secundarios o colaterales, y, en cuanto se proyecten sobre terceros, efectos reflejos.

Para algunos autores la naturaleza de estos efectos consiste en que no derivan directamente de la declaración de voluntad en que la sentencia consiste en cuanto acto jurídico (CALAMANDREI). Para otros lo importante no es la falta de voluntad respecto de los efectos secundarios —al fin y al cabo la sentencia no es un negocio jurídico—, sino la característica objetiva de la falta de autonomía de estos efectos, su carácter accesorio respecto de los efectos principales a los que siguen de modo automático por fuerza de ley.

En definitiva, hablar en estos casos de efectos de la sentencia, aunque se les adjective de secundarios, induce a confusión. En realidad, estos efectos no derivan de la sentencia, sino de la norma jurídica de cuyo supuesto de hecho la sentencia forma parte, como único elemento o concurriendo con otros elementos.

Como ejemplos de estos efectos secundarios pueden servir los siguientes: los supuestos que permitían una intervención adhesiva simple, que se consideraron en el Capítulo 7, las consecuencias de una sentencia de separación matrimonial o de divorcio sobre el régimen económico matrimonial y sobre las relaciones de los cónyuges con los hijos; las consecuencias jurídicas de Derecho tributario que derivan de que una sentencia constituya, reconozca, modifique, prorrogue o extinga derechos reales.

Desde luego, lo dicho no significa que estos efectos de la sentencia no puedan o no tengan que ser jurisdiccionalmente declarados. Lo que ocurre es, exactamente, que su declaración jurisdiccional no es la de la sentencia que, como supuesto de hecho normativo o como parte del mismo, produce tales efectos, sino una declaración jurisdiccional distinta, que se realiza en un proceso posterior, o en el mismo proceso y en el mismo acto de sentencia si tal declaración puede pretenderse de modo acumulado y así ha sido pretendida.

Capítulo 18

MANUEL ORTIZ RAMOS

SUMARIO.—LA TERMINACIÓN DEL PROCESO: EL ALLANAMIENTO.—A) Concepto y distinción de actos afines.—B) Naturaleza jurídica.—C) Requisitos.—D) Efectos.—LA RENUNCIA.—A) Concepto, distinción de otras figuras y naturaleza jurídica.—B) Requisitos.—C) Efectos.—LA TRANSACCIÓN.—A) Concepto, clases y naturaleza jurídica.—B) Requisitos de la transacción judicial.—C) Efectos de la transacción judicial.—EL DESISTIMIENTO.—A) Concepto y distinción con la renuncia y con el desistimiento del recurso.—B) Requisitos.—C) Efectos.—LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA.—A) Concepto.—B) Presupuestos de la caducidad.—C) Resolución que declara la caducidad y recursos contra la misma.—D) Efectos de la caducidad.—SATISFACCIÓN EXTRAPROCESAL O CAREN-
CIA SOBREVENIDA DE OBJETO.—A) Concepto.—B) Requisitos.—C) Efectos.—OTROS MODOS DE TERMINACIÓN.

LA TERMINACIÓN DEL PROCESO: EL ALLANAMIENTO

A) CONCEPTO Y DISTINCIÓN DE ACTOS AFINES

El allanamiento es un acto del demandado en el que muestra su conformidad con la pretensión procesal interpuesta por el actor, reconociendo que debe ser estimada, y que tiene como efecto, en virtud del principio dispositivo y siempre que no exceda de los límites de éste, vincular al juez a dictar una sentencia estimatoria de la pretensión.

A diferencia de la LECiv/1881, que no tenía una regulación sistemática y completa del allanamiento, sino sólo regulaciones parciales y, a veces, imprecisas del mismo, la nueva LECiv regula de modo general el allanamiento como una de las manifestaciones del poder de disposición en sus artículos 10 y 21.

Para precisar el concepto del allanamiento es conveniente diferenciarlo de algunos actos que presentan con él alguna afinidad.

Para la distinción del allanamiento con la admisión de hechos hay que tener en cuenta: a) que el allanamiento sólo lo puede realizar el demandado, mientras que la admisión de hechos puede hacerse por ambas partes (respecto a los hechos alegados por la contraria); b) que, a diferencia del allanamiento, la admisión de hechos por el demandado, aunque se refiera a todos

los hechos alegados por el actor y no vaya acompañada de formulaciones defensivas, sólo tiene como consecuencia hacer innecesaria la prueba de los hechos, pero no conduce necesariamente a una sentencia estimatoria. c) anteriores diferencias se explican, en definitiva, porque la admisión de hechos como objeto las alegaciones de hechos, mientras que el allanamiento se refiere a la pretensión procesal; y d) en fin, la admisión de hechos puede ser tácita o presunta, mientras que el allanamiento debe ser expreso (salvo alguna excepción: art. 441.4 LECiv).

Las diferencias entre allanamiento y reconocimiento por la parte de hechos desfavorables en la prueba de interrogatorio son parecidas a las que acabamos de apuntar, modificando solamente la consideración de que la confesión no exime de la prueba de los hechos, sino que produce la prueba de los mismos.

Entre allanamiento y renuncia hay una diferencia obvia: que aquél es acto del demandado y ésta del actor. Como es igualmente obvio, esto continúa siendo cierto cuando el actor inicial puede allanarse ante una demanda reconventional, porque en la reconvencción el actor inicial es demandado. Pero además para completar la distinción hay que advertir que allanamiento no es igual a renuncia a la resistencia por parte del demandado: si, por una renuncia, el demandado no discute los hechos constitutivos o, incluso, los admite y no formula excepciones, la consecuencia no es, como en el caso del allanamiento, necesariamente una sentencia estimatoria.

El allanamiento y la transacción se distinguen porque ésta es bilateral (implica una reciprocidad de prestaciones (art. 1809 CC: «cada una alguna cosa») y presupone la subsistencia del litigio (su causa es, precisamente, el ventarlo); mientras que el allanamiento es unilateral (no precisa aceptación del actor, que no tiene interés jurídico en negarla), sacrifica los solos intereses del que lo presta e implica la eliminación de la base del litigio.

B) NATURALEZA JURÍDICA

Se discute si el allanamiento es un acto procesal o un negocio jurídico de derecho material.

Entiendo que esta cuestión puede resolverse considerando que hay un allanamiento procesal y un allanamiento material, que son diferentes por sus requisitos y por sus efectos y que, previamente a esto, se distinguen porque el primero se realiza como un acto del proceso, por alguien que es parte procesal y se dirige al órgano jurisdiccional, mientras que el segundo se realiza fuera del proceso y entre las personas que intervienen en el tráfico jurídico privado.

El allanamiento procesal tiene su eficacia subordinada, entre otras cosas, a la existencia de los presupuestos procesales, limitada a la pretensión procesal objeto del proceso (si excediera de ella y se extendiera a una más amplia relación jurídica material, el allanamiento no produciría, en el exceso, el efecto que veremos) y su efecto es vincular al juzgador a que dicte una sentencia estimatoria, no incidir en ninguno (declarativo o constitutivo) en las relaciones jurídicas materiales.

Para un allanamiento material son obviamente indiferentes los presupuestos procesales, en la delimitación de su objeto no influye para nada la pretensión procesal y sus efectos son los propios de un negocio jurídico de fijación y se producen en el ámbito extraprocesal. Un allanamiento material puede ser, sin duda, introducido en el proceso, pero su tratamiento será el propio de cualquier alegación, por tanto, salvo que sea fijado por admisión, será objeto de la prueba y, tras la realización de todo el proceso, quedará expuesto a que el juez, en la sentencia, lo considere o no como cierto.

En conclusión, el allanamiento procesal —cuyas características se han descrito y que es el único que aquí se estudia— es un acto procesal, no un negocio jurídico material. Tampoco es un negocio jurídico procesal por las razones que, en general, excluyen esta categoría jurídica. Principalmente porque sus efectos no se producen porque el demandado los quiera, sino porque la ley los establece y, además, se producen a través de la sentencia del juez.

Dentro de su naturaleza de acto procesal ha de clasificarse como acto de causación, porque no persigue lograr el convencimiento del juez para que dicte sentencia favorable al actor, sino, prescindiendo de tal convencimiento, vincularle positivamente a que dicte tal sentencia.

1) REQUISITOS

a) Aptitud de los sujetos

Ya hemos indicado que el allanamiento es acto del demandado (inicialmente o por reconvencción) y que no precisa la aceptación del actor porque no tiene interés jurídico en oponerse.

En el demandado deben concurrir, para la eficaz realización de este acto, los requisitos de aptitud generalmente exigibles en todo acto procesal: capacidad para ser parte y procesal, legitimación y postulación procesal (esta última, según el régimen del proceso en que se preste el allanamiento).

Pero algunos aspectos de estos requisitos de aptitud presentan especialidades respecto a este acto o es razonable suscitar cuestión acerca de si las presentan.

En primer lugar, es dudoso si los representantes legales (padres, tutores) precisan autorización judicial para allanarse: es cierto que ninguna norma lo exige expresamente, pero también lo es que algunas normas (p. ej., arts. 166,

Más en general, el allanamiento es inatendible si sus efectos suponen, habida cuenta de su objeto, una infracción directa o fraudulenta (arts. 21.1 LECiv, 6.4 CC y 11.2 LOPJ) de los límites generales de la autonomía privada, es decir, si se trata de un acto contrario a leyes imperativas o prohibitivas, al interés o al orden público o a la moralidad o buenas costumbres o conducen a una condena a prestación imposible (arts. 21.1 LECiv y 6, 1255, 1271 y 1272 CC).

Por fin, es también inatendible si causa perjuicio a terceros (arts. 19.1 LECiv y 6.2 CC).

Precisamente por estos límites del allanamiento en cuanto a su objeto, se explica que no produzca sus efectos normales cuando faltan presupuestos procesales en sentido estricto. Como estos últimos están fuera del poder de disposición de las partes, el órgano jurisdiccional no puede, aunque haya allanamiento, prescindir de considerarlos y dictar sentencia estimatoria de fondo.

c) Tiempo

El allanamiento puede hacerse desde que se dé traslado de la demanda al demandado.

Puede ser uno de los contenidos de la contestación a la demanda (art. 405.1 LECiv), pero puede también hacerse después de la contestación (art. 395, párr. 2º LECiv).

Su momento preclusivo en la primera instancia, habida cuenta de que el allanamiento no termina el proceso por sí mismo, sino que ha de ser recogido en la sentencia, es el final del plazo para dictar sentencia, porque el allanamiento puede realizarse en cualquier momento de la primera instancia (art. 19.3 LECiv) y dentro de ese plazo la ley admite ciertos actos de parte —como demuestran los arts. 434 al 436 LECiv—.

Se discute si el allanamiento puede realizarse con sus efectos propios cuando ya se ha dictado sentencia en el proceso y se halla en fase de impugnación. El artículo 19.3 LECiv permite que los actos de disposición procesales puedan realizarse en cualquier momento de los recursos, según la naturaleza de aquellos actos. Esto, en el caso del allanamiento, requiere distinguir dos situaciones.

En primer lugar, que la sentencia sea estimatoria y haya sido impugnada por el demandado. Si éste se allana en fase de recurso lo que hace es reconocer que la sentencia es correcta y renunciar a su impugnación: más que un allanamiento vale como un desistimiento del recurso, que provoca la firmeza de la sentencia impugnada.

Otra situación se da si la sentencia ha sido desestimatoria e impugnada por el actor. En tal caso un allanamiento del demandado debe ser eficaz,

porque sobre la pretensión aún no ha habido pronunciamiento firme. No es óbice para esto que la revocación de la sentencia se funde en un hecho posterior a la misma, tanto más cuanto que el allanamiento no es una alegación de hechos, sino un acto de disposición.

d) Forma

Por regla general, el allanamiento debe ser expreso. No cabe entender producido un allanamiento por una omisión de actividad o por una conducta significativa, distinta a la expresión con palabras de la voluntad de allanarse. Por regla general no hay allanamientos tácitos, ni presuntos.

El artículo 496.2 LECiv dispone expresamente que la rebeldía no será considerada como allanamiento, salvo excepción legal expresa.

Un ejemplo de esta excepción es el del artículo 441.4 LECiv, que vincula a la rebeldía, a la falta de contestación o a la contestación inadmisibile frente a pretensiones de condena por incumplimiento de contrato de arrendamiento financiero o de arrendamiento a plazos de bienes muebles con reserva de dominio, la emisión sin más términos de sentencia estimatoria de la pretensión. Los supuestos del artículo 602 LECiv solo implican admisión tácita de hechos.

Debe deducirse del acto, en una interpretación estricta, la clara voluntad de allanarse y no de limitarse a admitir hechos o ciertos fundamentos de la pretensión, pero formulando algunas excepciones. Caben, sin embargo, allanamientos parciales en el sentido preciso que antes se les ha dado.

La forma oral o escrita del acto depende de la que rija en general en el procedimiento.

En todo caso no es necesario que el allanamiento se exprese a través de los actos de alegación o de otro tipo que la ley del procedimiento establece como propios del demandado, sino que puede expresarse mediante un acto «ad hoc», dado que, como se indicó, el allanamiento puede expresarse en cualquier momento de la primera instancia y, en su caso, de los recursos (art. 19.3 LECiv).

II) EFECTOS

Hay que distinguir diversas situaciones:

a) Si se trata de un allanamiento total y concurren todos sus requisitos (o, faltando alguno subsanable, como la suficiencia del poder del procurador, se subsana) el efecto del allanamiento es dar lugar a que inmediatamente se dicte sentencia —por tanto, puede suponer que no se realicen todos los actos procesales normalmente previstos— y a que dicha sentencia sea estimatoria de la pretensión a la que se ha prestado allanamiento (art. 21.1

271.3º, 1810 y 1811 CC) permiten una analogía que lleva a la conclusión de entenderlo exigible.

Quien actúa en juicio por una persona jurídica sólo puede allanarse en el poder se le confiere dicha facultad. Lo mismo es exigible en caso de actuación en el proceso mediante un representante voluntario.

En caso de concurso del demandado, hay que estar a las autorizaciones requeridas, en los diferentes supuestos, por el art. 51.2 y 3 LCo.

Para el allanamiento del Estado es necesario que el abogado del Estado esté autorizado expresamente por la Dirección del Servicio Jurídico del Estado, que deberá, previamente, en todo caso, recabar informe del Departamento Organismo o entidad pública correspondiente (art. 7 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas). Tratándose de una entidad local es necesario, a mi juicio, acuerdo del Pleno [que es normalmente competente para decidir en concreto sobre ejercicio de acciones y defensa frente a las mismas: arts. 22.2 j) y 33.2 i) de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, arts. 23.1 f) del Texto Refundido de las Disposiciones Legales Vigentes en Materia de Régimen Local]. Si se entendiera que el allanamiento tiene mayor entidad que la transacción, habría que aplicar también aquí los requisitos subjetivos de ésta (véase más adelante en esta misma lección).

Entrando en el terreno de la legitimación, es dudosa la eficacia del allanamiento prestado por el sustituto procesal (sin el concurso del titular del derecho). Hay autores que entienden que es eficaz porque el allanamiento no es acto de disposición material y porque una defectuosa conducción del proceso por el sustituto puede conducir de hecho al mismo resultado que el allanamiento. Sin embargo, no creo que pueda decirse que el allanamiento, por sus efectos, sea un acto «normal» de conducción del proceso. Por otro lado, la inatendibilidad del allanamiento en perjuicio de tercero (art. 21.1 LECiv), debe conducir a negar eficacia a un allanamiento que puede perjudicar al sustituto.

Si hay un litisconsorcio pasivo necesario o cuasinecesario (o una intervención litisconsorcial con legitimación similar a la del demandado), el allanamiento para ser eficaz ha de hacerse por todos los litisconsortes (y por el interviniente), puesto que como la pretensión es única y la resolución también debe serlo (STS de 20 de octubre de 1981 [RJ 1981, 3812]), si algún legitimado pasivo no se allana, sino que formula resistencia, el proceso debe continuar y terminar normalmente, dado que unos legitimados no pueden disponer del derecho de defensa de otros. El interviniente adhesivo simple ni puede allanarse, ni es necesario que lo haga, pero, por la propia razón de ser de su intervención, puede oponerse a que se den en el caso concreto los efectos normales de un allanamiento del demandado (véase Cap. 7).

En cuanto a especialidades de la postulación procesal el procurador necesita poder especial que le habilita para allanarse (art. 25.2.1º LECiv).

b) Requisitos en cuanto al objeto

Objeto del allanamiento, como ya se ha dicho, es la pretensión procesal.

En cuanto al objeto el allanamiento puede ser total o parcial. Ambos coinciden en que condicionan la emisión de una sentencia estimatoria de acuerdo con la extensión del allanamiento prestado, pero divergen en que sólo el total provoca la inmediata terminación del proceso.

El allanamiento es total: a) si, habiéndose interpuesto una pretensión única, se refiere a toda ella, sin límite alguno; b) si, en caso de acumulación principal o accesoria de pretensiones, se refiere a todas las pretensiones acumuladas; c) si, en caso de acumulación eventual, se refiere a la primera pretensión en el orden de preferencia (porque ya no interesa al actor la estimación de las restantes).

El allanamiento es parcial: a) si, en caso de pretensión única en cuya petición sea relevante el aspecto cuantitativo, se produce sólo respecto a parte de la cantidad del «petitum»; b) si, en caso de acumulación principal, el allanamiento se limita a alguna de las pretensiones; y c) en caso de acumulación accesoria, si se produce respecto a la pretensión-base, pero no respecto a las dependientes.

El allanamiento sólo a una pretensión subordinada —en una acumulación accesoria— o a una pretensión no preferente —en una acumulación eventual— es ciertamente limitado. Pero si se diera, sólo tendría efecto como allanamiento parcial en el caso, respectivamente, de estimarse la pretensión-base o de desestimarse la preferente.

No hay allanamiento, ni siquiera parcial, si el demandado se limita a reconocer el fundamento de la pretensión, no conformándose, sin embargo, con lo pedido, pues, salvo absurdos, esa actitud del demandado va unida a la formulación de defensas materiales que se oponen a la petición en absoluto o tal como viene formulada (p. ej., prescripción, compensación, obligación del actor de realizar una prestación previa o simultánea) y, por ello, dejan subsistente la controversia sobre la pretensión. Sin embargo, si se ha interpuesto una pretensión de condena pecuniaria líquida y el demandado reconoce que debe («an debeatur») pero discute deber la cantidad que se pide («quantum»), esto puede llegar a entenderse como allanamiento total, en el caso de que pueda dictarse sentencia de condena ilíquida, dejando para un incidente posterior la discusión sobre el «quantum».

Para que el allanamiento produzca su eficacia característica su objeto ha de ser disponible.

En este aspecto el allanamiento no es atendible en aquellos procesos civiles en que el principio dispositivo no rige o no rige plenamente, como ocurre en los procesos sobre estado civil de las personas (art. 751 LECiv).

LECiv). Sin embargo, este último efecto no se dará si faltan presupuestos procesales, puesto que, como éstos deben ser apreciados de oficio, el órgano jurisdiccional, a pesar del allanamiento, deberá dictar la correspondiente resolución de finalización del proceso sin entrar en el fondo.

Si la sentencia es estimatoria por allanamiento prestado después de contestar a la demanda o de transcurrido el plazo para hacerlo, deben imponerse las costas al demandado por el principio del vencimiento. Si el demandado se allanó antes de la contestación su condena en costas depende de la valoración de si su conducta fue condicionante de que el actor acudiera al proceso (art. 395 LECiv; por ejemplo, se entenderá que la ha condicionado si el demandado era conocedor antes del proceso de la exigencia del actor y se resistió a cumplirla, forzándole con ello a que presentara la demanda).

En defecto de los requisitos del allanamiento (o de la subsanación de los que fueran subsanables) el proceso debe continuar y terminar con una sentencia que no estará en absoluto vinculada por el allanamiento que intentó prestarse.

b) Si el allanamiento ha sido parcial, el proceso no termina inmediatamente, sino que debe continuar para el tratamiento ordinario de las pretensiones o partes de la pretensión respecto a las que no ha habido allanamiento.

La LECiv prevé ahora que si ha sido prestado un allanamiento parcial «el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso. Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los artículos 517 y siguientes de esta Ley» (art. 21.2 LECiv).

Aunque no proceda dar efecto inmediato al allanamiento parcial la sentencia que se dicte al término del proceso sí que deberá atender al mismo, si se dan sus requisitos, estimando congruentemente la demanda, en la medida del allanamiento prestado.

LA RENUNCIA

A) CONCEPTO, DISTINCIÓN DE OTRAS FIGURAS Y NATURALEZA JURÍDICA

Los artículos 19.1 y 20.1 LECiv regulan expresamente la renuncia como manifestación del poder de disposición de las partes, en este supuesto, específicamente, del actor.

El concepto de renuncia, como acto de terminación del proceso, tiene, de entrada, algunos elementos claros: es un acto del demandante o actor

(del que hubiera interpuesto inicialmente la demanda o del demandado que, al interponer reconvencción, es actor en cuanto a ésta), y su efecto es, si concurren sus requisitos, la inmediata terminación del proceso y que se dicte sentencia desestimatoria de la demanda.

Pero hay un elemento en el concepto de renuncia discutido y discutible, que no conviene dejar sentado, sin antes analizar las diversas posibilidades. Ese elemento es sobre qué se proyecta, a qué se refiere ese acto del demandante para tener tal efecto. En otras palabras: ¿Qué es objeto de la renuncia?

En primer término, no parece que la renuncia pueda entenderse, en cuanto a su objeto, como un reconocimiento de la falta de fundamento de la pretensión, o, positivamente, del fundamento de las defensas del demandado. Primero, porque sería absurdo decir que se renuncia a algo que se empieza por reconocer que no se tiene. En segundo lugar, porque aquellos reconocimientos, por sí solos y sin más aditamentos, sólo suponen una admisión de hechos, probablemente conducente también a una sentencia desestimatoria, pero no del mismo modo que una renuncia produce ese efecto.

Se dice a veces, en segundo lugar, que la renuncia se proyecta sobre el Derecho material, más exactamente, sobre el derecho subjetivo o la pretensión materiales o sobre otra situación jurídica activa de esa naturaleza, en la que se ampara o justifica la pretensión procesal interpuesta. Tampoco sería correcta esta tesis porque, como es sabido (véase Cap. 10), no siempre hay coincidencia entre las situaciones jurídicas materiales y aquello que se hace objeto del proceso. Y en el proceso sólo sobre su objeto puede resolverse, aunque medie una renuncia que afecte a una más amplia situación jurídico-material.

Cabría pensar, en tercer término, que objeto de la renuncia fuera la acción como derecho a la actividad jurisdiccional, como derecho al proceso. Claramente no: por un lado, ese derecho es irrenunciable de modo general y absoluto; por otro lado, si se renuncia al mismo en cuanto a un proceso concreto iniciado, el efecto debería ser que el órgano jurisdiccional no se pronunciara sobre la pretensión procesal. Es decir, nos hallaríamos ante un desistimiento, que no impide la interposición de la misma pretensión en otro proceso, pues no ha sido resuelta, y no ante el efecto de la renuncia (desestimación de la pretensión).

Una cuarta posibilidad sería considerar como objeto de la renuncia la pretensión procesal. Pero la pretensión procesal, como es sabido (véase Cap. 10), no es un derecho, sino un acto, o, mejor, una declaración de voluntad petitoria, y, por esta razón, no es, en puridad de conceptos, renunciable, sino, en todo caso, revocable. Ahora bien, la mera revocación de la pretensión interpuesta en un proceso, no debería tener más efecto que dejarlo sin objeto e impedir, así, el pronunciamiento de fondo. Nos hallaríamos, nuevamente, ante los efectos del desistimiento y no ante la renuncia.

Queda, como posible objeto de la renuncia la acción entendida como derecho a una tutela jurisdiccional concreta. Si el actor expresa su voluntad de abandonar o hacer dejación de ese derecho sí que se explica que el juez deba desestimar la demanda, negándole al actor la tutela jurisdiccional que, inicialmente, había solicitado.

Cabría objetar, frente a esta concepción del objeto de la renuncia, que hay casos en que la acción no puede entenderse como derecho a una tutela jurisdiccional concreta. Ahora bien precisamente en esos casos tampoco la renuncia es plenamente eficaz, porque: a) o bien se la considera inatendible, por indisponibilidad del objeto y se llega, prescindiendo de la misma, al pronunciamiento de fondo que en Derecho proceda; b) o bien, como además del que hubiera renunciado hay otros legitimados para pedir la actuación del Derecho en ese caso concreto, la interposición o mantenimiento de la pretensión por parte de estos últimos deja abierta la posibilidad de una actuación del derecho no condicionada por aquella renuncia.

El artículo 20.1 LECiv concibe el objeto de la renuncia de dos de los modos indicados: «Cuando el actor manifieste su renuncia a la acción ejercitada o al derecho en que funde su pretensión, el tribunal dictará sentencia absolviendo al demandado».

En dos momentos con ocasión de tratar del objeto de la renuncia hemos indicado su diferencia con el desistimiento, cuya afinidad con la renuncia consiste en que ambos son actos del demandante que determinan la terminación del proceso; pero mientras la renuncia produce esta terminación con una sentencia desestimatoria, que adquiere valor de cosa juzgada, el desistimiento conduce a una terminación sin sentencia y deja la pretensión procesal sin resolver.

En cuanto a las diferencias con la transacción, son similares a las que frente a ésta presenta el allanamiento.

Respecto a la naturaleza jurídica de la renuncia se suscitan cuestiones similares a las que vimos en el allanamiento, que pueden ser resueltas, «mutatis mutandi», del mismo modo que entonces expusimos.

B) REQUISITOS

a) Aptitud de los sujetos

La renuncia es acto del demandante (inicial o del demandado que hubiera interpuesto reconvención) y no requiere aceptación por parte del demandado, pues éste no tiene interés en oponerse a ella.

En quien la hace han de concurrir los requisitos de capacidad para ser parte, de actuación procesal y de postulación. Pero la entidad de los efectos de la renuncia conduce a un mayor rigor en los requisitos subjetivos, y así:

1º) El representante legal precisa de autorización judicial (arts. 166 y 271.3º CC).

2º) El representante necesario de la persona jurídica y el representante voluntario han de estar expresamente facultados por el poder (art. 1713.II y III CC).

3º) El procurador, como representante procesal, ha de contar con poder que le autorice a esa concreta renuncia y en su defecto será necesaria ratificación personal de la parte (art. 25.2.1º LECiv).

4º) El Estado, aparte de los límites legales a la renunciabilidad de ciertos derechos de la Hacienda Pública (art. 7.1 de la Ley General Presupuestaria), no puede renunciar sino mediante decreto dado previa audiencia del Consejo de Estado en pleno (argumentando art. 7.3 de la Ley General Presupuestaria; art. 31 Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas).

Una renuncia del sustituto procesal no es atendible por causar perjuicio a tercero; en este caso el sustituido, titular del derecho (art. 20.1 en relación con los arts. 19.1 LECiv y 6.2 CC).

En caso de concurso del demandado hay que estar a las autorizaciones requeridas, en los diferentes supuestos, por el art. 52.2 y 3 LCo -aplicable *a fortiori*, en caso de renuncia-.

En caso de litisconsorcio necesario activo, para la eficacia de la renuncia se requiere que la realicen todos los litisconsortes. También en el cuasinecesario y en caso de intervención litisconsorcial. Pero si, en los dos últimos supuestos, sólo uno de los legitimados hubiera iniciado y estuviera personado en el proceso, su sola renuncia podría ser eficaz sin perjuicio de su responsabilidad frente a los coacreedores (arts. 1143 y 1146 CC).

b) Requisitos en cuanto al objeto

Puede haber una renuncia total o parcial, como en el caso del allanamiento, al que cabe remitirse en gran parte en cuanto al tratamiento de este tema.

En caso de acumulación de pretensiones hay que advertir especialmente que: a) tratándose de acumulación eventual, la renuncia a una pretensión es renuncia parcial; b) en una acumulación accesorial, la renuncia a la pretensión base de las demás, es renuncia total porque impide la estimación de las subordinadas, mientras que es parcial la renuncia relativa a alguna de estas últimas.

Es también requisito de la renuncia en cuanto a su objeto que no sea contraria al interés o al orden público y que no irroque perjuicios a tercero (arts. 20.1 y 19.1 LECiv, 6.2 CC y las normas positivas y principios jurídicos que determinan la naturaleza de «ius cogens» de cierta regulación).

c) Tiempo y forma

La renuncia puede efectuarse desde la presentación y admisión de la demanda, hasta la conclusión del plazo para dictar sentencia (véanse art. 19.3 y argumentos desarrollados para el mismo problema en el allanamiento).

Respecto a su posibilidad si el proceso está en etapa de recurso, en principio es atendible (art. 19.3 LECiv), pero hay que distinguir: si la sentencia estimó la pretensión y fue impugnada por el demandado, la renuncia del actor en fase de impugnación es plenamente eficaz; si la sentencia desestimó la pretensión y la impugnó el actor, su renuncia vale como mero desistimiento del recurso.

Sobre una renuncia en recurso de casación véase, p. ej., STS, Sala I^a, 30 abril 2003 (RJ 2003, 3741).

En cuanto a la forma (expresa, oral o escrita, manifestada a través de un acto «ad hoc») de la renuncia puede verse lo dicho al tratar de la forma del allanamiento. Un supuesto de renuncia presunta está previsto si, en caso de fallecimiento del demandante, sus herederos no quisieran comparecer en el proceso (art. 16.3, párr. segundo LECiv).

C) EFECTOS

Si la renuncia es total y concurren todos sus requisitos (o se subsanan los subsanables) da lugar a la inmediata terminación del proceso y a que se dicte sentencia desestimatoria de la pretensión (art. 20.1 LECiv). En caso de que falten presupuestos procesales, como son controlables de oficio y no disponibles por las partes, a pesar de la renuncia se debe dictar la resolución meramente procesal que corresponda para la finalización del proceso.

Si no concurren (o no se subsanan siendo subsanables) los requisitos de la renuncia, el proceso continúa para decidir sobre la pretensión en sentencia sin vinculación ninguna a la renuncia.

En caso de renuncia parcial el proceso ha de continuar para la decisión de lo que no ha sido objeto de renuncia. En este caso la sentencia deberá, para ser congruente, desestimar la demanda en la extensión de la renuncia parcial.

Admitir la inmediata eficacia de una renuncia parcial —de modo análogo al allanamiento parcial— puede ser útil, no para obtener inmediatamente la eficacia ejecutiva —que en ningún caso procede—, pero sí, por ejemplo, para obtener el alzamiento parcial de medidas cautelares que hubieran sido decretadas.

LA TRANSACCIÓN

A) CONCEPTO, CLASES Y NATURALEZA JURÍDICA

La LECiv se refiere a la transacción judicial como manifestación del poder dispositivo de las partes en el artículo 19.1 y 2 y en el artículo 415. No obstante, la más amplia regulación de la transacción se contiene en los artículos

1809 a 1819 CC. Esto se explica, probablemente, por la naturaleza jurídica de la transacción, que sólo requiere de las normas procesales una suficiente regulación de los presupuestos y efectos de la transacción judicial.

Para un concepto de transacción puede partirse del artículo 1809 CC, que la define como «contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo, cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado». Se trata, pues, de un negocio jurídico bilateral, mediante el que las partes sacrifican recíprocamente intereses implicados en una situación litigiosa, con la causa de extinguir ese estado de litigiosidad.

De todos modos como aquí nos interesa la transacción sólo en cuanto modo de terminación del proceso, hay que centrar la atención en una de las clases de la misma.

Del artículo 1816 CC, que limita a la transacción judicial la eficacia ejecutiva, deriva la necesidad de distinguir esa transacción de la extrajudicial.

Transacción extrajudicial no sólo es aquella que se realiza antes de la iniciación del proceso y evita su provocación (art. 1809 CC, penúltimo inciso), sino también aquella que se realiza pendiente el proceso, pero fuera de la actividad de éste, de modo que carece de efectos como tal transacción sobre el desarrollo y terminación del proceso.

Esta transacción extrajudicial puede conducir a que el actor desista o a que ambas partes dejen caducar el proceso, pero el efecto de terminación hay que atribuirlo al desistimiento o la caducidad, no a la transacción (una clara manifestación del desistimiento como vía para terminar un proceso cuyo objeto ha sido transigido fuera de la actividad procesal se tiene en el art. 415.1, párr. 2º LECiv).

También puede ocurrir que, ante un incumplimiento de la misma, las partes hagan uso de la transacción extrajudicial como hecho constitutivo de una pretensión procesal o como hecho extintivo frente a la misma, pero en este caso su tratamiento será el de cualquier hecho, es decir, habrá de ser alegado, probado y surtirá en la sentencia (como modo normal de terminación del proceso) el efecto que proceda, presupuesta la convicción judicial respecto a la realidad y alcance de la transacción.

La transacción judicial, en cambio, se realiza pendiente el proceso y además se concluye dentro de las actividades del mismo (art. 415 LECiv, en cuanto se refiere al acuerdo que las partes someten a la homologación judicial) o se presenta en el proceso por ambas partes (art. 19.2 LECiv) y está sometida a la aprobación del juez. Esta transacción tiene el efecto de terminar el proceso —sin sentencia, dado que el litigio lo han resuelto las partes mediante la transacción— y además puede valer como título de ejecución.

La transacción judicial se diferencia de la renuncia y del allanamiento porque es acto bilateral, porque implica un recíproco sacrificio de intereses

v por ser ella misma la que resuelve el litigio y no la sentencia. Se diferencian también del desistimiento y la caducidad muy claramente, como se verá al estudiarlos. Pero es conveniente advertir que en la práctica más que a la transacción judicial, se tiende a la extrajudicial, alcanzándose la terminación del proceso indirectamente mediante desistimiento o caducidad. Recuérdese la referencia a esta práctica que se observa en el artículo 415.1, párrafo segundo LECiv. En tal caso, obviamente, no se producen los efectos de la transacción judicial.

Es evidente que la transacción extrajudicial tiene naturaleza jurídica material, aunque imponga a las partes la obligación de finalizar el pleito (procesales serán los medios para alcanzar ese efecto: p. ej., el desistimiento y la no oposición al mismo por el demandado).

Respecto a la transacción judicial surge, en cambio, la duda sobre su naturaleza exclusivamente jurídico-material o sobre su doble naturaleza jurídica: material y procesal.

Como se observa, no se excluye en ningún caso el carácter jurídico-material de la transacción judicial, porque resulta evidente que, incluso en esta modalidad de transacción, son las partes las que con su voluntad regulan, con el fin de resolverla, la situación litigiosa, y no el juez el que decide ejercitando la potestad jurisdiccional. Esta naturaleza explica por lo demás el tratamiento de los vicios de la voluntad en la transacción, que establecen los artículos 1817 a 1819 CC y que es del todo propio de un negocio jurídico privado.

Pero también es verdad que si limitamos a lo anterior la naturaleza de la transacción judicial, quedan sin explicación los efectos procesales de la misma. Para explicar esto puede apuntarse que no la transacción en sí misma, pero sí los actos de las partes y del juez necesarios para hacer de ella una transacción judicial, tienen naturaleza procesal y justifican los efectos de esa índole.

B) REQUISITOS DE LA TRANSACCIÓN JUDICIAL

a) Aptitud de los sujetos

Si las partes son incapaces y actúan por ellas sus representantes legales, éstos para poder transigir necesitan generalmente autorización judicial: en todo caso la necesita el tutor (arts. 1811 y 271.3ª CC) y también los titulares de la patria potestad si la transacción versa sobre cierta clase de bienes (arts. 1810 y 166 CC y art. 2025 LECiv/1881 [vigente conforme a la disp. derogatoria 1.1ª LECiv]).

Tratándose de personas jurídicas ha de acudirse a sus estatutos para determinar a qué órgano compete decidir la transacción y con qué requisitos.

Especialmente el Estado no puede transigir sino mediante decreto (acordado en Consejo de Ministros), previa audiencia del Consejo de Estado en pleno (arts. 7.3 de la Ley General Presupuestaria y 31 de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas).

Los que ostentan una representación voluntaria requieren para transigir que el poder les autorice expresamente a ello (art. 1713.II CC).

Si la administración concursal debe personarse como sustituto procesal de una parte declarada en concurso, puede transigir, aunque necesita autorización judicial (art. 51.2 LCo). A mi juicio, salvo cuando la sustitución procesal va acompañada de una privación del poder de disposición (como en caso de concurso de la parte), el sustituto procesal no puede transigir sobre bienes y derechos del sustituido.

En cuanto al requisito de postulación procesal, se requiere que el procurador aporte poder especial que le habilite para transigir (arts. 25.2.1ª y 414.2 LECiv) o consentimiento de la parte.

b) Respecto al objeto

Objeto de la transacción es la situación jurídica material litigiosa, pero pueden serlo también relaciones jurídicas no litigiosas, sobre las que las partes disponen precisamente para alcanzar el juego de prestaciones que conduce a la solución del litigio. En el primer caso nos encontramos con una transacción pura; en el segundo con una transacción mixta o compleja.

Como negocio jurídico material que es la transacción está sometida a los límites generales de la autonomía privada: artículos 6.2, 3 y 4, 1255, 1271, 1272 y 1275 CC. Específicamente no son objeto lícito de la transacción (arts. 1814 CC y 751.1 LECiv) las cuestiones de estado civil de las personas, las cuestiones matrimoniales y el derecho legal a percibir alimentos (aunque sí las pensiones alimenticias vencidas: art. 151 CC), pero sí que es transigible —a pesar de hallarse relacionado con un objeto indisponible como la acción penal— el derecho a indemnización y restitución que se funda en un acto ilícito penal (art. 1813 CC). Otra referencia a la posibilidad de transacción sobre materias disponibles conexas con otras indisponibles se contiene ahora en el artículo 751.3 LECiv.

Con relación al objeto de la transacción el artículo 1815 CC introduce una norma especial de hermenéutica contractual, que hay que aplicar sistemáticamente con los artículos 1281-1289 CC, y que inclina a una interpretación restrictiva de este contrato.

c) Tiempo y forma

La transacción judicial puede realizarse desde la iniciación de la litispendencia y hasta que el proceso haya concluido por sentencia firme. Consecuentemente puede hacerse durante la segunda instancia y los recursos extraordinarios, porque, no siendo firme la sentencia, el litigio subsiste (y sigue existiendo la causa del contrato) y por lo que se deduce del artículo 1819

CC. Véase ahora lo que dispone el artículo 19.3 LECiv: «en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de la sentencia». Entiendo que, durante el proceso de declaración, puede presentarse a homologación judicial mientras no se haya dictado sentencia, porque, a diferencia del allanamiento y la renuncia, la transacción no condiciona el sentido de la sentencia, sino que la excluye.

Si alguna regulación específicamente procesal requiriera la transacción judicial, era la de su forma, a través de la cual se manifiesta su inserción en el proceso. La LECiv regula someramente dos formas:

1ª) Si la ley ofrece cauce para ello (como ocurre en la audiencia preliminar –arts. 414.2, 415 y 428.2 LECiv– y en la vista del juicio verbal) la transacción se prepara y concluye en las propias actuaciones procesales, documentándose como éstas.

2ª) Otra posibilidad es tratar, concluir y documentar la transacción extraprocesalmente e introducirla después en el proceso por ambas partes (art. 19.2 LECiv: «Si las partes pretendieran una transacción judicial y el acuerdo o convenio que alcanzaren fuere conforme a lo previsto en el apartado anterior, será homologado por el tribunal que esté conociendo del litigio al que se pretenda poner fin»).

En las dos modalidades se requiere someter la transacción a aprobación judicial.

d) Aprobación judicial

Este requisito lo exige la ley como homologación judicial en los artículos 19.2 y 415.2 LECiv. También lo llama aprobación de la transacción el artículo 206.2.2ª LECiv.

La justificación de este requisito es fácilmente comprensible: los efectos propios de la transacción judicial (terminación del proceso, eficacia ejecutiva) no pueden hacerse depender de un mero conocimiento pasivo de la misma por parte del juez, pues esto supondría eventualmente instrumentar al juez para alcanzar tales efectos con una transacción nula. No es que la voluntad del juez deba concurrir con la de las partes para integrar el negocio transaccional, sino que el juez ha de poder comprobar si reúne los requisitos para que produzca los efectos procesales.

Los poderes de examen del juzgador deben limitarse, a mi juicio, a lo que pudiera ser causa de nulidad en sentido estricto –excluyendo, pues, la anulabilidad y la consideración del equilibrio de las prestaciones– y a los aspectos de incorporación de la transacción al proceso.

La aprobación o desaprobación de la transacción debe expresarse mediante resolución en forma de auto (art. 206.2.2ª LECiv).

Por otro lado, no creo que pueda haber pronunciamiento sobre la aprobación o desaprobación de la transacción, si el juez aprecia la falta de presupuestos procesales en sentido estricto, pues en este caso debe dictar prioritariamente una resolución coherente con ese defecto.

E) EFECTOS DE LA TRANSACCIÓN JUDICIAL

a) Terminación del proceso

Es un efecto característico de la transacción judicial, probablemente el más peculiar de la misma (porque la eficacia ejecutiva puede no desarrollarse si la transacción es voluntariamente cumplida y en otros supuestos) y, en todo caso, el que justifica que se trate de la transacción en este Capítulo.

Un problema que se suscita respecto a este efecto es el de si en caso de anulación o resolución de una transacción judicial, el proceso al que ésta dio fin ha de iniciarse nuevamente o puede continuar desde el estado en que quedó. La segunda respuesta requeriría de norma expresa que no existe en nuestro ordenamiento. Normalmente a las pretensiones impugnativas de la transacción podrán acumularse, en el correspondiente proceso declarativo, las pretensiones que se interpusieron en el proceso transigido.

b) Vinculación de las partes a la transacción

Este no es un efecto peculiar de la transacción judicial. Basta para demostrarlo una lectura atenta del artículo 1816 CC.

Este efecto significa que las partes quedan obligadas por la transacción a lo que en ella hayan pactado para la solución del litigio. Eso es lo que expresa el artículo 1816 CC cuando metafóricamente dice «la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada».

Esa expresión metafórica usada por el artículo requiere una explicación.

Es cierto que hay una similitud funcional entre la sentencia (y la autoridad de cosa juzgada de la que, a partir de cierto momento, queda aquella revestida) y la transacción judicial. Pero, en primer lugar, hay diferencia entre ellas en cuanto al fundamento de la vinculación: en un caso el «imperium» estatal al que están sujetas las partes, en otro el concurso de las voluntades de éstas. Hay también diferencia en cuanto a la estabilidad de la vinculación: la cosa juzgada sólo queda expuesta al juicio de revisión, mientras que la transacción puede ser declarada nula, anulada, rescindida o resuelta como cualquier contrato (véanse especialmente, pero no únicamente, los arts. 1817-1819 CC), sin que el haber sido aprobada judicialmente la haga inmune frente a tales impugnaciones.

Consecuentemente, la transacción, ni siquiera la judicial, no tiene, en un proceso posterior entre las mismas partes y sobre un objeto total o parcialmente afectado por la transacción, tratamiento propio de cosa juzgada. No cabe defender que sea aplicable de oficio, porque no crea un vínculo de naturaleza jurídico-pública. La transacción nunca es alegada, por quien necesita prevalecerse de ella en un proceso posterior con el fin de evitar un pronunciamiento de fondo (como ocurre con el efecto extintivo o extintivo, un pronunciamiento de fondo conforme con la transacción. Alegada en el proceso, no se impone al juzgador con la inmutabilidad de la cosa juzgada, sino que se halla expuesta a que se discuta y se decida sobre su validez y eficacia.

c) Eficacia ejecutiva

Es, como el primero que vimos, efecto característico de la transacción judicial, como dispone expresamente, aunque con inexactitud, el artículo 1816 CC. Con inexactitud, porque la transacción judicial no sólo da acceso a la vía de apremio (ejecución forzosa por prestaciones pecuniarias), sino también a formas de ejecución adecuadas a otra clase de prestaciones. Más correcta es la expresión del artículo 517.2.3ª LECiv según el cual entre los títulos que tienen aparejada ejecución se encuentran «las resoluciones judiciales que aprueben u homologuen transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones»; además, ese título de ejecución no está limitado a que se despache ejecución por deudas de dinero (art. 520.1, en sentido contrario LECiv).

Pero aun esta expresión es insuficiente, pues la transacción puede conllevar, junto a obligaciones de prestación, reconocimientos con eficacia declarativa o constitutiva, a los que debe darse efectividad como en los casos de ejecución impropia de la sentencia.

EL DESISTIMIENTO

A) CONCEPTO Y DISTINCIÓN CON LA RENUNCIA Y CON EL DESISTIMIENTO DEL RECURSO

El desistimiento es un acto procesal del demandante en virtud del cual abandona o hace dejación del proceso iniciado a su instancia, provocando su terminación sin pronunciamiento sobre la pretensión procesal que, al quedar imprejuizada, puede ser admisiblemente interpuesta como objeto en un proceso posterior.

La LECiv establece normas generales sobre el desistimiento en los artículos 19.1 y 20.2 y 3. Contiene otras referencias más específicas, que se verán a lo largo de la exposición siguiente, y una mención separada del desistimiento de los recursos en el artículo 450 LECiv.

La distinción entre desistimiento y renuncia es fundamental. Ya hemos visto en esta misma lección que la renuncia tiene como objeto el derecho a la tutela jurisdiccional concreta, de ahí que ese derecho le sea negado al actor en la sentencia de fondo y, habiéndolo perdido, no pueda ejercitarlo en ningún otro proceso. A la misma conclusión llegaríamos si —con inexactitud— afirmáramos que la renuncia tiene por objeto la situación jurídica material o la pretensión procesal. Pues bien, el desistimiento no supone abandono o dejación —con eficacia extintiva— de nada de eso (derecho a la tutela jurisdiccional concreta, situación jurídica material o pretensión procesal), sino sólo del concreto proceso iniciado a instancia del actor, lo que provoca su extinción antes de emitirse pronunciamiento sobre su objeto y, consiguientemente, no impide que el mismo objeto pueda ser propuesto en un proceso posterior.

Siendo ésta la diferencia esencial entre renuncia y desistimiento resulta claro que el término desistimiento es poco ilustrativo y más bien engañoso cuando se habla de desistimiento de recursos.

El desistimiento del recurso ciertamente puede producir la terminación del proceso, pero haciendo firme la sentencia que había sido impugnada. Si esa sentencia era de fondo, existe, desde su firmeza, cosa juzgada y es inadmisibile un proceso posterior sobre el mismo objeto y entre las mismas partes. El efecto es, pues, completamente distinto del que normalmente se considera como propio del desistimiento y se aproxima en importancia práctica, aunque no en naturaleza jurídica, a la eficacia de la renuncia y el allanamiento.

Obviamente si la resolución impugnada tuviera como objeto cuestiones de naturaleza procesal y, entre ellas, alguna que condujera a la terminación del proceso sin pronunciamiento sobre el fondo, el desistimiento del recurso no tendría aquel efecto, pero no es menos evidente que esto no se explicaría por el desistimiento, sino por la clase de resolución.

Además, el desistimiento en primera instancia es únicamente acto del demandante (art. 20.2 y 3 LECiv), mientras que el desistimiento del recurso es acto del recurrente (art. 450 LECiv), que puede ser el actor o el demandado, según quién haya sufrido gravamen y, por ello, haya recurrido.

B) REQUISITOS

a) Aptitud de los sujetos

Como el desistimiento no afecta al objeto del proceso, es poco dudoso que el actor no precisa más que capacidad procesal (sin que quienes en su caso tengan que integrarla requieran ningún tipo de autorización complementaria) e integrar debidamente su capacidad de postulación. No obstante, para el representante procesal de la parte el artículo 25.2.1ª LECiv requiere que disponga de poder especial.

En caso de concurso del demandante, hay que estar a las autorizaciones requeridas, en los diferentes supuestos, por el art. 51.2 y 3 LCo.

Para el desistimiento del Estado es necesario que el abogado del Estado esté autorizado expresamente por la Dirección del Servicio Jurídico del Estado que deberá, previamente, en todo caso, recabar informe del Departamento. Organismo o entidad pública correspondiente (art. 7 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas).

b) Objeto

Los efectos del desistimiento justifican que no haya obstáculo para su admisión incluso en procesos sobre objetos indisponibles. En los procesos sobre estado civil el desistimiento es admisible, en algunos supuestos, según el régimen general, y en los restantes supuestos con la conformidad del Ministerio Fiscal (art. 751.2 LECiv). En todo caso debe tenerse en cuenta que la ampliación de la legitimación activa en algunas materias comporta que el desistimiento de unos legitimados no sea óbice a la iniciación del proceso a instancia de otros.

Cuando hay acumulación de pretensiones (y consiguientemente de procesos en un procedimiento único) cabe pensar en un desistimiento parcial (relativo sólo a alguno de los procesos), que no provoca la terminación de la actividad procesal, pero sustrae de la misma alguna pretensión, impidiendo que se resuelva sobre ella con fuerza de cosa juzgada. Aunque sea en el artículo 112 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, puede verse un supuesto de desistimiento parcial (reserva de la acción civil para ejercitarla posteriormente).

c) Tiempo

El desistimiento puede hacerse desde que la demanda ha sido presentada y admitida. Otro problema, que veremos después, es el del momento a partir del cual la actitud del demandado es relevante para que se acceda o no al desistimiento.

El límite máximo es el momento en que se dicta sentencia en primera instancia. No el momento en el que precluyen absolutamente las posibilidades de actividad procesal de las partes (fin del plazo para dictar sentencia), puesto que el desistimiento no es acto destinado a influir en la sentencia, a ser recogido en la misma, y, por tanto, no se justifica que deba ser afectado por aquel momento preclusivo. El desistimiento «corta» el procedimiento que conduce a la sentencia y, en consecuencia, puede hacerse en cualquier momento anterior a la firma de la misma.

Un desistimiento hecho con posterioridad a ese límite máximo ya tiene unos efectos diferentes: puede significar consentimiento de la sentencia (si

supone expresión de la voluntad de no recurrirla) o desistimiento del recurso, en cualquier caso, firmeza de la sentencia y cosa juzgada (si la sentencia ha resuelto sobre la pretensión).

d) Forma

El desistimiento puede ser expreso o tácito. Pero cuando se apunta la posibilidad de un desistimiento tácito hay que matizar inmediatamente que este no puede entenderse producido por cualquier conducta significativa de la voluntad de abandonar el proceso, sino que se da en supuestos típicos a los que la ley confiere efectos de desistimiento.

En la LECiv son supuestos de desistimiento tácito los siguientes:

1º) La incomparecencia del actor a la vista del juicio verbal (art. 442.1 LECiv).

2º) La incomparecencia del actor a la audiencia previa del juicio ordinario (art. 414.3 y 4 LECiv), aunque en este caso la ley no utiliza la expresión de que se le considerará desistido, si que establece que será sobreesido el proceso.

3º) La falta de personación en el proceso de los herederos del actor, si es debida al desconocimiento de los mismos por el demandado o a la imposibilidad de localizarlos (art. 16.3, párr. 2º LECiv).

El desistimiento expreso puede realizarse oralmente o por escrito, según la forma que rijan en el procedimiento en que se realice aquel acto.

e) La denominada bilateralidad del desistimiento. El requisito de la audiencia del demandado

Los artículos 20.3, 16.3, 414.3, 4 y 442.1 LECiv hacen depender la eficacia del desistimiento de su aceptación por el demandado o, como mínimo, requieren la audiencia de éste con carácter previo a la resolución que ponga fin al proceso. A esto se le ha llamado bilateralidad del desistimiento, aunque con cierta impropiedad porque, como inmediatamente se verá, no se trata de que el desistimiento requiera la voluntad concorde de las partes y que deje de ser acto unilateral del actor.

En cierto momento histórico el fundamento de la bilateralidad del desistimiento cabía hallarlo en la «litiscontestatio». Si ésta era la que producía la vinculación de las partes al proceso, era lógico que el actor no pudiera sustraerse del mismo sin contar con la conformidad del demandado. Y era lógico también que tal conformidad sólo fuera requerida si el desistimiento se intentaba después de urabada la «litiscontestatio».

Actualmente no cabe mantener ese fundamento. Por un lado, resulta que el sometimiento de las partes a la potestad jurisdiccional no deriva de la voluntad de aquéllas, sino que es una manifestación de la sujeción al poder del Estado. Por otro lado, el actor no puede poner fin a un procedimiento jurídico público sin alguna intervención del órgano jurisdiccional. Y en esa

intervención se han de tomar en consideración posibles intereses jurídicos del demandado contrarios a que se dé eficacia al desistimiento.

Esos intereses pueden consistir en que el demandado quiera evitar quedar expuesto a posteriores procesos sobre el mismo objeto, por la inseguridad jurídica que ello genera; o en ver reparada por una sentencia de fondo, que piensa que pueda serle favorable, la difamación judicial producida por la presentación de la demanda (FAREÑO), es decir, el desprestigio social, económico o personal que ésta pueda haberle irrogado.

Partiendo de estas consideraciones (y no de las consecuencias de la «litis contestatio») se deduce, en primer lugar, que la audiencia del demandado no sólo es preceptiva si el desistimiento se intenta después de la personación de aquél o de la contestación, sino también cuando se intenta antes de estos momentos, después de presentada la demanda.

No obstante la LECiv revela alguna reminiscencia del fundamento que tuvo la bilateralidad del desistimiento en otros momentos históricos, al disponer en el artículo 20.2 que «el demandante podrá desistir unilateralmente del juicio antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda o citado para juicio. También podrá desistir unilateralmente, en cualquier momento, cuando el demandado se encuentre en rebeldía».

También se deduce que la eficacia del desistimiento no depende de la voluntad del demandado, sino del interés legítimo que éste pueda alegar para oponerse al mismo. Habrá casos en que el demandado no pueda oponerse justificadamente al desistimiento: p. ej., si faltan presupuestos procesales y (menos aún) si él mismo ha alegado la existencia de impedimentos procesales (pues, aunque no se acceda al desistimiento, tampoco habrá sentencia de fondo, que pueda satisfacer el interés del demandado), o si la pretensión interpuesta está sometida a un breve plazo de caducidad, de modo que sea poco probable su renovada interposición posterior.

En definitiva, el tratamiento legal consiste en que si el demandado presta su conformidad al desistimiento o no se opone al mismo —alegando un interés legítimo en que el proceso continúe— el juez dicta auto de sobreseimiento del proceso (art. 20.3, párr. 2º LECiv). Si, por el contrario, el demandado se opone al desistimiento corresponde al juzgador resolver si accede o no al desistimiento, a la vista de las alegaciones formuladas por las partes (art. 20.3, párr. 3º LECiv; véase STC 187/1990, de 26 de noviembre [RTC 1990, 187]). Si se recuerda la clasificación de los actos procesales de parte, en el primer caso el desistimiento es un acto de causación bilateral, en el segundo un acto de obtención.

EL EFECTO

El efecto fundamental es la terminación del proceso en el estado en que se encuentre y sin que llegue a dictarse sentencia. Consecuentemente «reputámoslo una vez más» al quedar imprejuizada la pretensión procesal puede ser nuevamente formulada en un proceso posterior sin el óbice de la cosa juzgada. Como establece el artículo 20.3, párrafo segundo LECiv, «el tribunal dictará auto de sobreseimiento y el actor podrá promover nuevo juicio sobre el mismo objeto».

El artículo 396 LECiv establece norma expresa sobre costas, pero sólo para los supuestos de desistimiento unilateral (costas al actor) y consentido por el demandado (sin condena en costas). Queda sin solución el desistimiento no consentido por el demandado, pero al que en definitiva accedió el juez.

LA CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

A) CONCEPTO

La caducidad de la instancia es la terminación de un proceso, que se halla en estado de paralización, por el transcurso de unos plazos legalmente fijados y por la falta de realización, durante los mismos, de un acto de parte necesario para la reanudación del proceso.

Desde ahora hay que advertir que, como en el caso del desistimiento, los efectos de la caducidad son distintos según se produzca en la primera instancia o en la segunda y en recursos extraordinarios. En el primer supuesto, la pretensión queda imprejuizada y puede interponerse en un posterior proceso. La caducidad en la segunda instancia y en recursos extraordinarios hace firme la sentencia impugnada y, si ésta era de fondo, la producción de cosa juzgada impide el posterior nuevo planteamiento de la pretensión.

B) PRESUPUESTOS DE LA CADUCIDAD

Los presupuestos de la caducidad se establecen en los artículos 236, 237.1, y 238 LECiv. A mi juicio la fijación de estos presupuestos no es suficientemente clara, porque no se ha tenido en cuenta la estricta interdependencia que existe entre el impulso oficial del procedimiento y la posibilidad de extinción de éste por caducidad.

Responde claramente a esa interdependencia el artículo 236 LECiv, pero es incomprensible que el artículo 237.1 LECiv subordine la iniciación del plazo de caducidad a que «pese al impulso oficial de las actuaciones», no se produzca actividad procesal alguna. En efecto, si a pesar del impulso oficial no se produce actividad procesal (de las partes) lo que procede no es inicio de plazo de caducidad, sino preclusión sucesiva de los correspondientes actos de parte, con conducción del proceso a su terminación ordinaria.

Teniendo en cuenta la influencia del impulso oficial, los presupuestos de la caducidad pueden formularse del modo siguiente.

a) **Paralización del proceso por causa dependiente de la voluntad de las partes**

Este presupuesto se deduce del artículo 237.1 («no se produce actividad procesal alguna») y del artículo 238 LECiv (que excluye la caducidad si la paralización del proceso se debiera a fuerza mayor o a causas no imputables a la voluntad de las partes). Sin embargo, para la posibilidad de que se dé este presupuesto y el modo de darse ha de tenerse en cuenta la regla de impulso oficial del procedimiento.

Bajo la vigencia del régimen de impulso de parte era suficiente que transcurriera un plazo propio sin que la parte realizara el acto correspondiente y que la parte contraria no instara la continuación del procedimiento, para que éste se entendiera paralizado y comenzara el cómputo del plazo de caducidad.

Introducido el impulso oficial no ocurre tal cosa, sino que «ipso iure» se produce la preclusión y el órgano jurisdiccional, de oficio, da al proceso el curso que corresponde (art. 136 LECiv).

Esto supone, por un lado, que se reducen considerablemente las posibilidades de que se produzca caducidad. Por otro lado, supone también una modificación del punto de partida de la caducidad, pues ya no se trata de que la falta de instancia de parte genere paralización del procedimiento e inicio del cómputo del plazo de caducidad (en efecto, el artículo 236 LECiv dispone que «la falta de impulso del procedimiento por las partes o interesados no originará la caducidad de la instancia o del recurso»), sino de que ha de existir previamente paralización.

De otro lado, el estado de paralización del proceso ha de ser atribuible a la conducta procesal de las partes. Si la paralización se debe al órgano jurisdiccional que no ejercita la potestad de impulso, las partes pueden esperar el ejercicio de ésta, sin que se inicie el plazo de caducidad; éste podría ser el sentido de «pese al impulso de oficio de las actuaciones» del artículo 237.1 LECiv.

Normalmente la situación de partida de la caducidad será la suspensión del proceso por petición de ambas partes (art. 19.4 LECiv), dado que, transcurridos sesenta días desde la solicitud de suspensión sin que ninguna de las partes hubiera solicitado la reanudación del proceso, los autos se archivarán provisionalmente y quedarán sin curso hasta que alguna parte inste la reanudación o se produzca la caducidad (art. 179.2 LECiv). Se apuntan también otros supuestos, anómalos en cuanto revelan falta de diligencia del órgano jurisdiccional: entrega al procurador del actor del exhorto para traslado de la demanda y emplazamiento del demandado, o del oficio para publicación en boletines oficiales de la sentencia dictada en rebeldía, o los casos de admi-

sión a trámite de una demanda con suspensión del curso hasta la subsanación de ciertos defectos.

b) **Transcurso de los plazos legales**

La caducidad se produce por el transcurso de los plazos legales sin que las partes realicen el acto de impulso necesario para reanudar el procedimiento paralizado.

Los plazos son diferentes según el estado en que se halle el procedimiento: dos años, si se halla en primera instancia, un año si está pendiente en segunda instancia, recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación (art. 237.1 LECiv).

«Dies a quo» de estos plazos es el de la última notificación efectuada a las partes (art. 237.1 LECiv) y relativa a la situación determinante de la paralización.

Como son plazos señalados por años se computan de fecha a fecha y si en el mes de vencimiento no hubiese fecha equivalente a la inicial, el plazo termina el último día del mes, sin que en ningún caso se descuenten los días inhábiles (art. 133.3 LECiv; arts. 185 LOPJ; 5.1 CC).

c) **Inexistencia de la eficacia obstativa de la fuerza mayor o de otra causa ajena a la voluntad de las partes**

Es un presupuesto negativo de la caducidad, es decir, una circunstancia cuya concurrencia impide que la caducidad se produzca, como se deduce del artículo 238 LECiv.

Ahora bien, la fuerza mayor y otras causas sólo son relevantes para excluir la caducidad si concurren en el «dies ad quem» (momento final) del plazo de ésta. Veamos por qué.

Si en un procedimiento que no se halle paralizado por causa imputable a la parte, el funcionamiento del órgano jurisdiccional resulta impedido por causa de fuerza mayor, una vez extinguida ésta, el proceso se reanuda sin necesidad de instancia de parte, de acuerdo con el principio de impulso oficial. Si la fuerza mayor sólo ha afectado a la actividad de las partes, el impulso oficial habrá seguido operando, habrán precluido las posibilidades procesales de las partes y, en todo caso, cabrá plantearse si procede una «restitutio in integrum» de los plazos, pero no una terminación por caducidad.

Tampoco es relevante la fuerza mayor u otra causa impeditiva si concurre durante el transcurso del plazo de caducidad —es decir: una vez ya se ha producido la paralización del proceso por causa imputable a las partes—. Si se opina de otro modo, una vez hubiera cesado la causa obstativa debería correr de nuevo todo el plazo. Además, la fuerza mayor u otra causa impeditiva que exista durante el transcurso del plazo no impide a las partes excluir la caducidad, siempre que, por terminar la in-

fluencia de aquellas causas antes de que venza el plazo de caducidad, las partes podrán todavía instar el curso del procedimiento.

Se llega así a la conclusión que adelantábamos: la fuerza mayor u otras causas impeditivas sólo excluyen la caducidad si concurren en el «dies ad quem» del plazo correspondiente, impidiendo realizar entonces (que aún es día del plazo) el acto eficaz para la reanudación del procedimiento.

C) RESOLUCIÓN QUE DECLARA LA CADUCIDAD Y RECURSOS CONTRA LA MISMA

La caducidad ha de ser declarada mediante resolución en forma de auto (art. 237.2 LECiv). Esta resolución ha de dictarse de oficio y está referida al momento en que concurrieron los presupuestos de la caducidad, de manera que un acto de impulso de parte posterior a ese momento y anterior a la emisión del auto, no impide ya que la caducidad se declare.

El auto que declare la caducidad es impugnabile mediante reposición y posterior apelación si ha sido dictado en la primera instancia del proceso por Juzgado de Primera Instancia o, en su caso, de Paz (art. 237.2 LECiv). La sentencia dictada en apelación por la Audiencia Provincial y, previa reposición, el auto por el que ésta sobresea por caducidad en la segunda instancia, son recurribles mediante el recurso extraordinario por infracción procesal ante la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia (cuando entre en vigor el régimen definitivo de este recurso —art. 468 LECiv—, pero no según su régimen provisional). Los autos de esta Sala y de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo que sobresean por caducidad producida en los recursos de los que conocen sólo son recurribles en reposición ante las mismas Salas.

D) EFECTOS DE LA CADUCIDAD

Ya dijimos al principio que debía distinguirse según la caducidad se produjera en primera instancia o en segunda instancia, recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

a) En la primera instancia

El efecto principal es dar por terminado el proceso en el momento en que se produce la caducidad (art. 237.1 LECiv), quedando imprejuizada la pretensión procesal, la cual podrá interponerse en un proceso posterior, sin que a ello se oponga la cosa juzgada, aunque puede ser desestimada específicamente por caducidad jurídico-material o por prescripción (art. 240.2 LECiv).

Derivadamente se extinguen las consecuencias materiales de la demanda (véase, p. ej., art. 1946.2º CC).

No hay condena en costas a ninguna de las partes, por lo que cada parte ha de satisfacer las propias y las comunes se reparten entre ellas (art. 240.3 LECiv).

b) En segunda instancia, recurso extraordinario por infracción procesal o casación

Como la caducidad da lugar en este caso a la terminación del recurso, la consecuencia es que deviene firme la Sentencia impugnada (art. 240.1 LECiv) y, si ésta se hubiera pronunciado sobre el fondo, que se produce cosa juzgada con sus efectos propios (excluyente y prejudicial) sobre una posterior interposición de la misma pretensión entre las mismas partes.

Para las costas se aplica también el artículo 240.3 LECiv, pero referido, como es obvio, a las costas causadas por el recurso.

SATISFACCIÓN EXTRAPROCESAL O CARENCIA SOBREVENIDA DE OBJETO

A) CONCEPTO

Este modo de terminación consiste en conferir inmediatos efectos procesales (terminación del proceso) a una realidad extraprocesal determinante de pérdida de interés legítimo en obtener la tutela judicial pedida, bien sea porque extraprocesalmente se ha producido la satisfacción de la situación jurídica cuya lesión o puesta en peligro dio lugar a la interposición de la pretensión (por ejemplo, se ha pagado con sus intereses la deuda reclamada en la demanda), bien sea porque ha sobrevenido una situación de hecho que priva de fundamento a esa tutela (por ejemplo: en caso de una pretensión constitutiva de servidumbre forzosa de paso, la finca del demandante llega a tener acceso directo a vía pública; en caso de pretensión de condena a la entrega de uso y disfrute de cosa usufructuada, fallece el actor que afirmaba ser usufructuario —véase art. 513.1º CC—).

El efecto procesal de terminación del proceso se produce por la simple constatación de esa realidad extraprocesal, sin que se requiera que el demandado se allane, ni que el actor acepte la terminación del proceso.

Hasta el reconocimiento de este modo de terminación en el artículo 22 LECiv, las situaciones determinantes de este efecto procesal sólo podían influir en el proceso de modo indirecto y no autónomo: por ejemplo: motivando allanamientos, renunciaciones, desistimientos, o por alegación los hechos correspondientes para que fueran tenidos en cuenta en la sentencia de fondo.

B) REQUISITOS**a) Aptitud de las partes**

Corresponde a las partes poner de manifiesto al tribunal la concurrencia de las situaciones de hecho determinantes de la pérdida de interés legítimo en obtener la tutela judicial. Igualmente la parte que no hubiera efectuado esa manifestación al tribunal ha de expresar si acepta o se opone a que se dé por terminado el proceso por la causa apuntada. Para efectuar tales declaraciones los procuradores de las partes necesitan poder especial (art. 25.2.1º LECiv).

Si se tiene en cuenta que lo que justifica este modo de terminación es que la necesidad de tutela judicial es un elemento objetivo, cuya existencia no depende de la voluntad de las partes, sería adecuado que el tribunal pudiera plantear de oficio de la concurrencia de tales situaciones si se deducen de los autos. No obstante, la referencia a que las mismas le deben ser puestas de manifiesto al tribunal excluye esa posibilidad.

b) Objeto

Es necesario que lo ocurrido en la realidad extraprocésal determine una pérdida completa de interés en la tutela judicial pretendida.

Si estaba interpuesta una pretensión de condena no basta que extraprocésalmente haya sido reconocido el derecho por el demandado, sino que es necesario que éste haya satisfecho aquel derecho plenamente.

El apartado 4 del artículo 22 LECiv se ocupa de un supuesto excepcional relativo al carácter completo o no de la pérdida del interés en la tutela judicial. El pago de las rentas adeudadas satisface el derecho de crédito del arrendador, pero no su interés en obtener la resolución del contrato. El apartado citado establece las condiciones para determinar si ese segundo interés se pierde o subsiste.

c) Procedimiento

En primer término debe precisarse que, siendo la resolución que el juez ha de dictar en este modo de terminación una resolución de fondo, no procederá su emisión si faltan presupuestos procesales.

Por otra parte hay que distinguir dos situaciones:

1ª) Si la manifestación por una de las partes de la concurrencia de los hechos determinantes de la pérdida de interés en la tutela judicial merece la conformidad de la parte contraria, el tribunal decreta, sin más, mediante auto, la terminación del proceso (art. 22.1 LECiv). Esta resolución no es

revisible siempre que el auto se haya limitado a pronunciarse sobre aquello a lo que las partes han prestado conformidad.

2ª) Si frente a la anterior manifestación «alguna de las partes sostuviere la subsistencia de interés legítimo, negando motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocésal a sus pretensiones o con otros argumentos, el tribunal convocará a las partes a una comparecencia sobre ese único objeto, en el plazo de diez días. Terminada la comparecencia, el tribunal decidirá mediante auto, dentro de los diez días siguientes, si procede, o no, continuar el proceso, imponiéndose las costas de estas actuaciones a quien viere rechazada la pretensión» (art. 22.2 LECiv). No cabe recurso contra la resolución que ordena la continuación del proceso; contra la que decreta su terminación cabe apelación (art. 22.3 LECiv). Contra la resolución de ésta, recurso extraordinario por infracción procesal —según el régimen definitivo de este recurso, aunque no según el provisional—.

E) EFECTOS

El auto que se dicte estimando producida la pérdida de interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida tendrá sobre la pretensión interpuesta los mismos efectos que una sentencia absolutoria (art. 22.1, párr. 2º LECiv). Eso significa que produce efectos de cosa juzgada, salvo que estén excluidos por la naturaleza sumaria del proceso.

OTROS MODOS DE TERMINACIÓN

No estaría completo el panorama de los modos de terminación del proceso, sin una referencia, aunque sea esquemática, a los siguientes:

1) Confusión de partes procesales, que se produce cuando una de las partes sucede a la otra a título universal o a título particular, pero, en el último caso, respecto al objeto del proceso. Aunque falte expresa previsión legal es obvio que el proceso debe terminar porque ha desaparecido la dualidad de posiciones y sería artificial encauzar esta extinción por la vía de alguno de los modos de terminación estudiados.

2) Muerte de la parte sin que, a causa de la naturaleza del objeto, proceda la sucesión procesal. Normalmente la sucesión procesal impide que el proceso termine, pero hay casos en que el objeto es intransmisible y en que el fallecimiento de una parte extingue la situación litigiosa. En estos supuestos el proceso debe terminar. Son ejemplo de esto el fallecimiento del demandado en los procesos de incapacitación, de alguna de las partes en el proceso de divorcio (art. 88 CC).

De todos modos, hay que ser prudentes en las conclusiones sobre este tema, porque la continuación del proceso puede ser necesaria para ciertas consecuencias jurídicas de la decisión sobre el objeto: véase en ese sentido el artículo 835.I en relación con el 834 CC.

En las acciones de filiación es admisible la sucesión procesal (art. 130 CC).

3) Se apunta también como otra posibilidad de terminación del proceso la desaparición del objeto litigioso, de la que serían ejemplos la pérdida o destrucción de la cosa reivindicada y la imposibilidad sobrevenida de la prestación (Ramos). De entrada, pienso, sin embargo, que estos supuestos o bien se introducen en el proceso y son considerados en la sentencia, en cuanto relevantes respecto a la estimación de la pretensión, o bien influyen, después de la sentencia, en la necesidad de pasar de una ejecución en forma específica a una ejecución genérica. La posibilidad de tratarlos como supuestos de pérdida del interés en la tutela judicial depende de que frente al demandado no haya sido pretendida tutela por responsabilidades relacionadas con la pérdida de la cosa o la imposibilidad de cumplimiento de la prestación.

4) El proceso termina también mediante una resolución judicial que estime la falta de un presupuesto procesal o la concurrencia de un impedimento procesal, en un trámite procesal anterior a la sentencia.

Esto puede ocurrir en diversos supuestos de examen de oficio y a instancia de parte de los temas de jurisdicción y competencia, en el examen de otras cuestiones de naturaleza procesal antes de la audiencia previa (por ejemplo, art. 9 LECiv), y, principalmente, en el examen de esas cuestiones en la audiencia previa del juicio ordinario (art. 416.1 LECiv y artículos relativos a cada cuestión procesal) o al principio del juicio verbal (arts. 443.3 y 41 LECiv), o, en fin, como cuestiones incidentales de previo pronunciamiento (arts. 391 y 393.4 y 5 LECiv).

Este modo de terminación del proceso implica fundamentalmente que no hay cosa juzgada sobre la pretensión y que es admisible nuevo proceso sobre la misma. Además no presupone el total desarrollo del procedimiento.

5) Por fin, un modo de terminación muy especial, que hubiera podido incluirse como supuesto de desistimiento, es el de sobreseimiento del proceso, con archivo de los autos por falta de concurrencia de ambas partes a la audiencia previa del juicio ordinario (art. 414.3 LECiv).

Título VII

Los recursos

Capítulo 19

MANUEL ORTELLS RAMOS

SUMARIO.—LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN: CONCEPTO Y FUNDAMENTO.—A) Clases de medios de impugnación.—B) Fundamento de los medios de impugnación.—CLASES DE RECURSOS.—EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN.—REQUISITOS DE LOS RECURSOS.—EFECTOS DE LOS RECURSOS: EN ESPECIAL, LA PROHIBICIÓN DE LA REFORMATIO IN PEIUS.—EL RECURSO DE REPOSICIÓN.—A) Concepto.—B) Resoluciones impugnables.—C) Efectos del recurso.—D) Procedimiento.

LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN: CONCEPTO Y FUNDAMENTO

En un sentido amplio, los medios de impugnación pueden conceptuarse como los instrumentos legales puestos a disposición de las partes y destinados a atacar una resolución dictada sobre la dirección del proceso o sobre el objeto del mismo, para que sea declarada su nulidad, o sea anulada, o sea reformado su contenido.

Principalmente esa resolución será judicial, en el sentido de haber sido dictada por el titular del órgano jurisdiccional, pero puede serlo también del secretario judicial, si la ley le atribuye potestad de dictar resoluciones de dirección procesal, como ocurre, en alguna medida, en el proceso de ejecución.

Quedan fuera de este concepto, en primer lugar, por la razón de no ser actos de parte, los actos de los órganos jurisdiccionales mediante los que ejercitan su potestad de oficio de declarar nulos actos procesales por ciertas causas (p. ej., arts. 48 LECiv y 240.2 LOPJ).

También se excluyen, en segundo lugar, y por no estar dirigidos contra resoluciones, determinados actos de parte destinados a oponerse o contradecir otros actos de parte —actividad que la LECiv a veces denomina también impugnación (p. ej., arts. 303 y 427 LECiv)—. El término impugnación se utiliza en estos casos con notable impropiedad, porque los actos de parte aún no han producido el efecto al que en definitiva tienden y que es la emisión de una resolución judicial con determinado contenido, contra la cual, en su caso, sí que cabrá dirigir impugnaciones.

A) CLASES DE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

Sin embargo, dentro de esa acepción amplia sí que caben una diversidad de modalidades de medios de impugnación, aunque no todas ellas, como luego se verá, son objeto de estudio en esta parte del sistema. Estas diversas modalidades pueden clasificarse del siguiente modo:

a) Medios de impugnación consistentes en un nuevo proceso por haber adquirido firmeza la sentencia contra la que se dirigen

Es el caso de la revisión (arts. 509 y ss. LECiv) y de la rescisión de las sentencias dictadas en rebeldía (arts. 501 y ss. LECiv).

Por cierta similitud, aunque no por identidad de naturaleza, cabría también incluir en este apartado los procesos plenarios dirigidos a modificar el resultado de procesos sumarios anteriores y las tercerías, las cuales son procesos autónomos dirigidos a modificar los efectos de ciertas resoluciones judiciales en el proceso de ejecución.

b) Medios de impugnación consistentes en incidentes de oposición

Sería el caso de la oposición a las medidas cautelares decretadas sin previa audiencia del demandado (arts. 739 y ss. LECiv).

Con estos medios de impugnación se trata de compensar la falta de audiencia (o la audiencia insuficiente) de una de las partes, con carácter previo a la resolución que se impugna, pues el incidente de oposición permite una instrucción (alegaciones y pruebas) más amplia que los medios de impugnación que a continuación veremos y, después de esta instrucción, incluso la posibilidad de una apelación.

c) Medios de impugnación dirigidos a producir una nueva cognición de cuestiones ya resueltas mediante resoluciones que no son firmes y que se han dictado con las ordinarias posibilidades de audiencia previa de las partes

Están incluidos en esta clase los recursos de reposición, de apelación extraordinario por infracción procesal, casación y queja. Éstos son los medios de impugnación en sentido estricto o recursos, cuya característica es la falta de firmeza de la resolución que se dirigen a atacar (art. 207 LECiv) y cuya previsión legal no se funda en que las partes hayan carecido de previas posibilidades de audiencia, sino en que es conveniente que una cuestión sea examinada y resuelta más de una vez.

Estos últimos son los medios de impugnación que constituyen el objeto de este Capítulo y de los tres siguientes.

B) FUNDAMENTO DE LOS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN

El fundamento de los medios de impugnación, entendiendo por tal las razones que conducen al legislador a establecerlos en las leyes procesales, no tiene su base, en nuestro Derecho y para el proceso civil, en una norma constitucional.

El Tribunal Constitucional ha declarado en varias Sentencias (26 de julio de 1982, [RTC 1982, 54]; 16 de diciembre de 1983, [RTC 1983, 123]; 9 de febrero de 1985, [RTC 1985, 17] y STC 20/1991, de 31 de enero [RTC 1991, 20]) que el artículo 114 CE no obliga al legislador a establecer recursos, ni esa obligación deriva del derecho a la tutela judicial efectiva.

Inexistente esta imposición constitucional, ¿cuáles son las razones de política legislativa que justifican la regulación de medios de impugnación?

En primer lugar, la posibilidad de errores en la aplicación de las normas procesales y materiales y en los juicios de hecho que el juzgador debe realizar. Los medios de impugnación al permitir una nueva cognición, por el mismo órgano jurisdiccional o por otro de grado superior, garantizan el correcto cumplimiento de las normas procesales y el acierto de las resoluciones.

Pero, si ésta fuera la única razón, sería consecuente que ese nuevo examen procediera de oficio, cosa que no ocurre. Esto último induce a pensar que el legislador atiende también a la insatisfacción subjetiva de la parte que se ha visto perjudicada por la resolución judicial.

Con algún medio de impugnación puede perseguirse especialmente la unificación de la jurisprudencia (es el caso del recurso de casación —principalmente si las resoluciones recurribles se determinan según el art. 477.2.3º LECiv— y del recurso en interés de ley —art. 490 LECiv, cuya aplicación está demorada en los términos de la disp. final 16ª Ley 1/2000—). Por otra parte, todo medio de impugnación ante un órgano jurisdiccional de grado superior, favorece esa unificación y el igual tratamiento en concreto de los casos iguales.

Siempre que concurren los requisitos de la doctrina del TC sobre el principio de igualdad en la aplicación de la ley, el tribunal que conoce del recurso o bien deberá resolver igual los casos iguales o bien, si considera que ha de cambiar el criterio de resolución, deberá justificar la variación.

En todo caso, la fuerza de estas razones debe quedar frenada por el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE), que impone un límite razonable a las posibilidades de impugnación, para que en cierto momento se alcance y permanezca la cosa juzgada. En la fijación de ese límite puede atenderse, legitimamente, a razones de efectividad de la tutela judicial y a la carga de trabajo en los tribunales de grado superior.

CLASES DE RECURSOS

De los medios de impugnación en sentido estricto (o recursos) existentes en nuestro proceso civil, pueden hacerse dos clasificaciones importantes en atención a los siguientes criterios: órgano jurisdiccional funcionalmente competente para conocer y resolver la impugnación y relevancia de los motivos de impugnación en orden a la admisión de la misma.

a) Recursos no devolutivos y devolutivos

En atención al primer criterio se distingue entre *recursos no devolutivos* y *recursos devolutivos*.

Los recursos no devolutivos, a los que parte de la doctrina —pero no la ley— denomina también remedios, se caracterizan porque la competencia para conocer de ellos y resolverlos corresponde al mismo órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución impugnada.

Es razonable pensar que no son muy efectivos para lograr la modificación de la resolución impugnada, aunque no carecen totalmente de utilidad. Son admisibles contra resoluciones judiciales de menor trascendencia.

Pertenece a esta clase la reposición (arts. 451 a 454 LECiv).

Los recursos devolutivos se caracterizan por estar atribuida la competencia para conocer de ellos y resolverlos al órgano jurisdiccional superior en grado del que dictó la resolución impugnada.

Son de esta clase la apelación, el recurso extraordinario por infracción procesal, la casación y la queja.

No debe inducir a confusión que algunos de estos recursos se interpongan o preparen ante el mismo órgano que dictó la resolución impugnada (sólo la queja se interpone directamente ante el tribunal superior: art. 494 LECiv), lo decisivo es la atribución de competencia para conocer del recurso y resolverlo.

b) Recursos ordinarios y recursos extraordinarios

Atendiendo al segundo criterio de clasificación se distingue entre *recursos ordinarios* y *recursos extraordinarios*.

Los recursos ordinarios son aquellos cuya admisión (es decir, su tramitación y la toma en consideración de su contenido) no depende de que se aleguen unos motivos de impugnación determinados por la ley. Incluso la preparación de alguno de estos recursos (la apelación; véase el art. 457.1 y 2 LECiv) no requiere para ser admitida la alegación de motivo alguno, cualquiera que éste sea.

Esto no quiere decir, sin más, que el juez del recurso tenga respecto al asunto a resolver los mismos poderes que el que dictó la resolución impugnada. Tales poderes pueden ser limitados, aunque no por efecto de una norma legal, sino como consecuencia de los límites a la impugnación que establezca el recurrente.

Son recursos ordinarios la apelación, la queja y la reposición.

Recursos extraordinarios son aquellos cuya admisión depende de que se interpongan con alegación de unos motivos de impugnación determinados por la ley.

Son recursos extraordinarios el recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469 LECiv), el recurso de casación (art. 477 LECiv) y el recurso en interés de la ley (art. 490 LECiv, cuya aplicación está demorada en los términos de la disp. final 16ª Ley 1/2000).

Los poderes del juez en estos recursos están doblemente limitados: en primer término, por la ley —que también construye las posibilidades de impugnación de las partes—; en segundo lugar, por los concretos motivos de impugnación articulados por el recurrente.

EL DERECHO DE IMPUGNACIÓN

Respecto al derecho a impugnar las resoluciones judiciales se plantea por la doctrina el problema de su naturaleza jurídica, sosteniéndose, fundamentalmente, dos posiciones diferentes.

Unos autores entienden que ese derecho constituye una nueva acción o pretensión de naturaleza constitutiva, dirigida a eliminar efectos jurídicos producidos en el proceso en que se interpone la impugnación, y es, por tanto, distinta de la acción, pretensión y resistencia iniciales de dicho proceso.

Una segunda tesis, más matizada y que entendemos correcta, distingue para calificar su naturaleza jurídica según el medio de impugnación se dirija o no contra sentencias firmes.

En efecto, resulta obvio, en primer término, que el derecho a impugnar resoluciones de dirección procesal no puede separarse del contenido del derecho de acción, que las partes ejercen continuamente a lo largo del proceso.

En cuanto al derecho a impugnar las sentencias finales, parece lógico distinguir el caso de que éstas sean firmes y supongan, por tanto, la terminación del proceso, y el de que no hayan adquirido firmeza. En el segundo supuesto, aquel derecho no es distinto a la acción inicial. En el primero (es decir, en los casos de revisión, rescisión de sentencias dictadas en rebeldía y otros medios de impugnación de la cosa juzgada)

el derecho de impugnación si que puede concebirse como una nueva acción o pretensión de carácter constitutivo.

Pero además del anterior planteamiento dogmático, es necesario preguntarse si el derecho a impugnar las resoluciones judiciales forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE, con la consecuencia de posibilidad de acceso al Tribunal Constitucional en caso de violación de aquel derecho.

La ya amplia jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre esta cuestión, permite sentar las siguientes conclusiones:

1ª) En primer término, ni el artículo 24 CE, ni el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, imponen al legislador el establecimiento de recursos en el proceso civil. En consecuencia, la mera falta de previsión de los mismos en la ley no genera inconstitucionalidad. Sin embargo, en el supuesto de que la ley los establezca, habrá inconstitucionalidad si el derecho a impugnar la resolución se regula con infracción del principio de igualdad proclamado en el artículo 14 CE.

2ª) En segundo lugar, si bien en una primera etapa de su doctrina jurisprudencial el TC entendió que, si los recursos están previstos en las leyes procesales, sus presupuestos de admisión deben ser interpretados y aplicados por los órganos jurisdiccionales de modo que no se obstaculice irrazonablemente el derecho a obtener un pronunciamiento de fondo como consecuencia del recurso interpuesto, la doctrina constitucional que se ha consolidado es la de que sólo hay vulneración del derecho de acceso al recurso, como manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, cuando las resoluciones judiciales de inadmisión incurran en irrazonabilidad, error patente o arbitrariedad (STC 37/1995, de 7 de febrero; STC 265/2005, de 24 de octubre).

REQUISITOS DE LOS RECURSOS

La admisión del recurso, es decir, la posibilidad de resolver sobre la cuestión de fondo que éste plantea, depende del cumplimiento de determinados requisitos establecidos por las leyes procesales.

El control del cumplimiento de estos requisitos procede de oficio en la generalidad de los casos (véanse, p. ej., los arts. 449, 452, 457.4, 470 y 480 LECiv).

Vamos a considerar ahora estos requisitos con carácter general, como es lógico, y no respecto a cada recurso en particular.

El órgano jurisdiccional competente

Depende de diversos factores: principalmente, de la clase de resolución recurrida, del órgano jurisdiccional que la haya dictado y de la clase de recurso, entre otros factores. La competencia para conocer de los recursos es competencia funcional y no es disponible por las partes (arts. 62.1 LECiv y 238.1ª LOPJ).

El artículo 208.4 LECiv regula la instrucción de recursos, estableciendo que al notificarse la resolución a las partes se indicará si la misma es firme para recurrir.

Esta norma crea, tanto respecto al requisito que nos ocupa, como respecto a la instrucción en sí misma, el problema de las consecuencias de que las partes deban ser, en general, defendidas por técnicos en derecho (conocedores del sistema de recursos), no podría defenderse, en principio y con seguridad, que los recursos no pueden perjudicar a la parte (STC 155/1991, de 10 de julio [RTC 1991, 155]).

No obstante, el artículo 62 LECiv establece un tratamiento para los casos de error en cuanto al órgano competente para conocer del recurso que impide que la parte sea perjudicada por ese error.

Específicamente, la regulación es la siguiente: «1. No serán admitidos a trámite los recursos dirigidos a un tribunal que carezca de competencia funcional para conocer de los mismos. No obstante lo anterior, si admitido un recurso, el tribunal al que se haya dirigido entenderá que no tiene competencia funcional para conocer del mismo, decidiéndose de conocer previa audiencia de las partes personalmente o a través de sus representantes, que se añadirán al plazo legalmente previsto para dichos recursos. Si se superasen el tiempo resultante sin recurrir en forma, quedará firme la resolución de que se trate».

Requisitos de las partes

La posibilidad procesal de recurrir corresponde, en principio y sin duda, a quienes son parte en el proceso por ser demandantes o demandados en él. No es necesario que las partes estén personadas al dictarse la resolución impugnada, sino que pueden personarse posteriormente y recurrir dentro del plazo (p. ej., art. 560 LECiv).

La debatida cuestión de si el interviniente adhesivo simple puede recurrir con independencia de la parte principal, al éxito de cuya pretensión coadyuva, es resuelta ahora por el artículo 13.3, párrafo tercero LECiv, según el cual «el interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte».

Otra cuestión (aunque en parte relacionada con la anterior) es si la intervención de tercero puede producirse precisamente mediante la interposición de recursos. Por el artículo 24.1 CE y por la consideración dogmática de que la intervención es admisible mientras dure la litispendencia (art. 13.1 LECiv), hay que dar una respuesta afirmativa.

Las partes deben tener integrada la capacidad de postulación en el modo que se exija para la interposición (o preparación) de cada recurso. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se inclina por la subsanabilidad de los defectos de postulación en los recursos.

c) El gravamen

No basta con la condición de parte o de legitimado para intervenir del recurrente para que el recurso sea admisible. Es necesario además que esa persona haya sido perjudicada o gravada por la resolución impugnada, es decir, que concurra a su respecto el requisito del gravamen. Dispone ahora el artículo 448.1 LECiv que «contra las resoluciones judiciales *que les afecten desfavorablemente* (la cursiva es mía), las partes podrán interponer los recursos previstos en la ley».

El gravamen es cualquier diferencia en perjuicio entre lo pretendido o lo admitido y reconocido previamente por la parte y lo concedido por la resolución.

Los supuestos del gravamen pueden ser muy diversos en la realidad, pero, en general, puede decirse:

1º) Que no hay gravamen cuando la divergencia se produce entre argumentaciones de las partes y motivación de la resolución, sino sólo cuando se produce el perjuicio *práctico* que ha quedado apuntado.

2º) Hay gravamen aunque la diferencia sólo afecte a cuestiones accesorias como la de las costas procesales.

3º) En los supuestos de acumulación eventual, tanto de pretensiones como de defensas, hay gravamen si se estiman pretensiones y defensas a las que no se dio preferencia por las partes, porque para éstas no resulta indiferente el orden de la estimación.

4º) En el Derecho español, a diferencia de algunos extranjeros, el gravamen económicamente cuantificable no precisa alcanzar una cierta suma para hacer el re-

curso admisible. Si la cuantía es relevante para la admisión del recurso (p. ej., art. 477.2.2º LECiv), se trata de la cuantía del pleito, no de la cuantía del perjuicio.

d) Resolución impugnada

La admisión del recurso depende también de que la resolución contra la que se dirige sea impugnada y lo sea precisamente mediante el recurso que se trate de interponer.

Cuáles son las resoluciones recurribles lo determina la ley, con cláusulas amplias (por ejemplo, art. 435.1 LECiv) o con cláusulas estrictas (por ejemplo, art. 477.2 LECiv). En todo caso, las dudas interpretativas sobre esta cuestión deben resolverse de modo favorable a la admisión del recurso, porque ello es acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva.

La impugnabilidad objetiva de las resoluciones depende, como regla más general, de la forma legal que éstas adoptan (providencia, auto o sentencia). Además pueden incidir en esto otros factores, como la cuantía o materia del pleito, el objeto de la resolución o el sentido (positivo o negativo) de ésta.

Limitándose ahora a la regla general, el problema básico que se plantea es el de la incidencia que puede tener en el recurso admisible un error del órgano jurisdiccional en la forma adoptada para la resolución.

Es lógico que la parte no deba quedar constreñida a los recursos procedentes contra la resolución dictada en forma errónea, porque ello supondría perpetuar los efectos del error del juez, porque ese error puede ser uno de los motivos de la impugnación y porque puede restringir indebidamente el derecho de impugnación de la parte.

A mi juicio en estos supuestos deben ser admisibles los recursos procedentes de acuerdo con la forma que debió adoptar la resolución en aplicación correcta del artículo 206 LECiv.

e) Plazo de interposición

Es característica de los medios de impugnación en sentido estricto o recursos la carga de interponerlos dentro de un breve plazo establecido por la ley. La falta de interposición en dicho plazo implica «ipso iure» (es decir, sin necesidad de resolución judicial que lo determine) que la resolución impugnada «quedará firme y pasada en autoridad de cosa juzgada» (art. 207.1 LECiv), es decir, se convierte en firme, produce cosa juzgada formal, y, en su caso, según el objeto sobre el que verse, cosa juzgada material.

«Dies a quo» del plazo de impugnación es el día siguiente a la notificación de la resolución recurrible, salvo que se hubiera pedido aclaración o complementación, en cuyo caso el plazo comienza el siguiente día a la notificación de la resolución sobre las mismas (art. 448.2 LECiv).

De lo últimamente dicho puede deducirse que es posible que no coincidan en el tiempo la firmeza, como cualidad objetiva de la resolución, y la pérdida por la parte del derecho al recurso. Esta última se produce para cada parte según el momento en que haya sido notificada e incluso puede producirse antes y con independencia del transcurso del plazo si la parte consiente la resolución.

En el supuesto del artículo 62 LECiv, si el recurso se interpuso dentro de plazo, pero con error en cuanto al tribunal competente, notificado el auto en el que se declara la incompetencia «los litigantes dispondrán de un plazo de cinco días para la correcta interposición o anuncio del recurso, que se añadirán al plazo legalmente previsto para dichos trámites. Si sobrepassen el tiempo resultante sin recurrir en forma, quedará firme la resolución de que se trate».

f) Forma

Por regla general, el acto de interposición (o de preparación) del recurso debe ser escrito y, en algún caso, la ley da especiales indicaciones sobre su contenido (p. ej., arts. 452, 457.2, 458.1, 470, 471, 479 y 481 LECiv). En este último aspecto lo único que en todo recurso es esencial es la identificación de la resolución recurrida, variando el resto del posible contenido según cada clase de recurso.

Como excepción, algunos recursos pueden interponerse oralmente y tramitarse del mismo modo. Véase el régimen especial para la reposición que establecen los artículos 285 y 287.2 LECiv.

g) Requisitos especiales

Baste ahora decir que la admisibilidad de recursos en procesos sobre determinada clase de pretensiones depende, además de los anteriores, de ciertos requisitos especiales, como los que se establecen en el artículo 149 LECiv: en procesos cuya sentencia tenga como efecto el desalojo de un inmueble por parte del condenado, que éste haya pagado las rentas adeudadas y que continúe al corriente en el pago durante la tramitación del recurso; en procesos en que se pretenda condena a indemnizar daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor, que se haya consignado el importe de la condena o que se haya prestado aval o cualquier otra garantía de inmediata liquidez; en procesos de condena al pago de cantidades debidas por un propietario a la comunidad de vecinos, el pago o consignación de esas cantidades.

EFFECTOS DE LOS RECURSOS; EN ESPECIAL, LA PROHIBICIÓN DE LA «REFORMATIO IN PEIUS»

La pendency del plazo del recurso y la interposición del mismo repercuten de diversos modos en la resolución impugnada e impugnada y en el

proceso en que se dicta. Se trata ahora de estudiar estos efectos en general, con detalladas referencias a los de cada recurso en particular.

Todo recurso produce necesariamente los efectos de impedir la firmeza de la resolución y de posibilitar su nulidad, anulación o reforma, y puede producir —por tanto, no necesariamente lo produce— un tercer efecto —suspender el desarrollo de los efectos de la resolución—.

a) Obstáculo a la firmeza de la resolución

Efecto esencial y constante de todo recurso es el de impedir que la resolución sujeta al mismo produzca cosa juzgada formal, adquiera firmeza; es decir, devenga resolución inmutable en el proceso en que ha sido dictada (art. 207.2, 3 y 4 LECiv).

Durante la pendency del plazo de interposición este efecto ya se produce, y se consolida, luego, con la realización de todos los actos para hacer admisible un pronunciamiento sobre el fondo del recurso. Este efecto permanece hasta que no se resuelva la inadmisibilidad del recurso, o se tenga por desistido al recurrente.

b) Expectativa de nulidad, anulación o reforma de la resolución impugnada

Correlativamente con el efecto anterior, todo recurso crea una expectativa de reforma o de anulación de la resolución impugnada y abre una nueva posibilidad de conocimiento y decisión sobre lo ya resuelto.

Que esa posibilidad de nuevo conocimiento y decisión corresponda al mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada o a otro de grado superior, es indiferente en este momento. Es cierto que el efecto llamado devolutivo sólo se da en el segundo caso, pero, previamente a esta característica diferencial, existe el elemento común de permitir una nueva decisión, que es algo que el propio órgano que dictó la resolución impugnada ya tenía vedado desde el momento de la firma (art. 267.1 LOPJ).

Este efecto se traduce procedimentalmente en la serie de actos en los que los recursos se sustancian y que se regulan de modo diferente en cada uno de estos. En todo caso, se prevén unos actos de alegación (contradictorios) y un acto de resolución y puede ser admisible también, según los casos, una actividad probatoria.

El problema fundamental de este efecto es, sin embargo, el de la extensión o amplitud de esa nueva posibilidad de conocimiento y decisión, cuestión que está ligada con la de la prohibición de la «reformatio in peius».

En los recursos extraordinarios un primer límite viene dado por los motivos legales del recurso. Pero dentro de estos motivos y, en todo caso, cuando no existe limitación de los mismos, es el recurrente quien, con sus peticiones de reforma o de anulación de la resolución, pone los límites a la potestad

del órgano competente para resolver el recurso. Ésta es una manifestación más del principio dispositivo que informa al proceso civil.

Esto explica, de rechazo, la prohibición de la «reformatio in peius» en los recursos, es decir, la prohibición de que la resolución del recurso empeore la posición en que dejó al recurrente la resolución impugnada. Si la resolución no puede ser modificada más que en la medida de lo pretendido por el recurrente, y si el recurrente no puede pretender admisiblemente una reforma que empeore su situación, porque faltaría el gravamen, la resolución que, de oficio, introdujera una reforma peyorativa incurriría obviamente en incongruencia.

Esta prohibición sólo tiene una excepción: la de aquellas cuestiones de fondo o procesales que el tribunal del recurso deba resolver de oficio (art. 227.2, párr. 2º LECiv, art. 240.2 LOPJ).

No debe ser considerado como excepción que, a consecuencia de haber recurrido también la parte contraria, se estime el recurso de ésta y con ello empeore la posición del otro recurrente. Dispone en este sentido el artículo 465.4 LECiv que «la sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado».

Ejemplo: A pretende que se condene a B a pagar 1.000. La sentencia estima parcialmente la demanda y condena a pagar 500. A apela para conseguir la condena a las restantes 500. La sentencia de apelación infringirá la prohibición de reforma peyorativa en el caso de que, *sin apelación de B*, desestime totalmente la demanda o condene por cantidad inferior a la de la sentencia de primera instancia. Pero la sentencia de apelación puede también, p. ej., estimar de oficio la incompetencia objetiva del órgano de primera instancia y declarar la nulidad de todo el juicio.

c) Efecto suspensivo

Tercer efecto, pero *éste no necesario*, de los recursos es el de que suspenden la producción de los efectos propios de la resolución impugnada.

Es nota esencial de los recursos afectar a la estabilidad de la resolución impugnada —en el modo que acabamos de ver en a) y en b)—, pero, en cambio, es contingente —y el legislador lo regula de diversas maneras en atención a justificaciones igualmente diversas— que aquella resolución desarrolle o no durante la pendency del recurso, los efectos jurídicos que le son propios. El legislador puede optar entre suspender estos efectos, en espera de lo que se resuelva en definitiva, o permitir que se desarrollen inmediatamente, dejándolos a resultas de la resolución del recurso.

La regulación de este denominado efecto suspensivo está muy diversificada en nuestro Derecho y no es conveniente exponerla ahora, sino al tratar de cada recurso.

En todo caso sí que hay que advertir que el efecto suspensivo no puede concebirse, restrictivamente, como suspensión de la ejecución de la resolución impugnada, porque ésta no siempre tiene eficacia ejecutiva propiamente dicha. Hay que entenderlo también referido a los efectos no ejecutivos de las resoluciones. En este último aspecto, la producción de efecto suspensivo supone la suspensión del procedimiento (de los efectos procedimentales de la resolución) en la medida en que su continuación dependa de los efectos de la resolución impugnada, la suspensión de la finalización de la litispendencia —si se trata de resolución final del proceso— o la suspensión de los efectos declarativos o constitutivos de la sentencia —si atendido el objeto del proceso tuviera esos efectos la estimación de la pretensión—.

II. RECURSO DE REPOSICIÓN

A) CONCEPTO

Es un recurso ordinario contra ciertas resoluciones de dirección procesal, que se interpone ante el mismo órgano que dictó la resolución impugnada y se resuelve por el mismo.

Carece de efecto devolutivo —por no provocar la cognición de órgano jurisdiccional de grado superior— y, por esto, parte de la doctrina lo califica de remedio.

Se ha puesto, a veces, en tela de juicio la conveniencia de mantener este recurso, porque la complejidad que introduce en el procedimiento no queda compensada por su eficacia práctica: es comprensible el obstáculo psicológico que supone que sea el mismo órgano jurisdiccional quien tenga que reformar su resolución. Sin embargo, si se tiene en cuenta la sobrecarga de trabajo en los órganos jurisdiccionales y la mayor probabilidad, por ello, de errores en la tramitación, parece conveniente conservar un medio que obliga a reconsiderar especialmente las resoluciones. Y así lo hace en efecto la LECiv en sus artículos 451-454.

B) RESOLUCIONES IMPUGNABLES

La disposición básica es el artículo 451 LECiv; no obstante también hay que atender a otras disposiciones que establecen excepciones o matizaciones.

a) Regla general

Según el artículo 451 LECiv y como regla general son recurribles en reposición «todas las providencias y autos no definitivos dictados por cualquier tribunal civil». Por autos definitivos hay que entender aquellos que, por sí mismos, ponen fin al proceso —como el aprobatorio de una transacción judicial, el que declara la caducidad del proceso, el que estima la falta de un

presupuesto procesal o la concurrencia de un impedimento procesal oportunamente alegado por la parte».

Por otra parte, las diligencias de ordenación dictadas por los secretarios judiciales, aparte de poder ser declaradas nulas de oficio en algunos supuestos, pueden ser impugnadas por las partes ante el juez o la Sala, y esta impugnación se sujeta a las reglas del recurso de reposición (art. 224 LECiv).

b) Excepciones

No son recurribles en reposición, a pesar de ser resoluciones de la clase indicada en el artículo 451 LECiv, aquellas que la ley declara irrecurribles o recurribles de manera directa mediante otro recurso.

Eso ocurre, por ejemplo, en los supuestos siguientes:

1ª) El auto que desestima un incidente de previo pronunciamiento no es recurrible mediante ningún recurso, específicamente mediante el de reposición, que sería el procedente por ser autos no definitivos (art. 393.5 LECiv). La razón de esta irrecurribilidad es que la cuestión resuelta ya ha sido debatida precisamente en el incidente.

2ª) El auto que acuerda la suspensión del proceso por prejudicialidad penal (igualmente auto no definitivo) es recurrible directamente en apelación (art. 41.2 LECiv). Lo mismo ocurre cuando la suspensión del proceso ha sido acordada por prejudicialidad civil (art. 43, párrafo segundo LECiv).

3ª) Las providencias que acuerdan tener por preparados los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y de casación, no son recurribles en reposición por la parte recurrida, sino que ésta ha de limitarse a alegar las causas de inadmisión de los recursos en la tramitación de los mismos (arts. 457.5, 470.4 y 480.2 LECiv).

c) Excepciones a la reposición en caso de decisiones de dirección procesal adoptadas en vistas y juicios orales

El recurso de reposición, dado el régimen procedimental del mismo que veremos a continuación, es poco apropiado para la impugnación de las resoluciones de dirección procesal que el Tribunal dicta en los juicios orales y en las vistas. Éstos consisten en conjuntos de actos procesales que se realizan de una manera continuada y que no es aconsejable que puedan ser interrumpidos cada vez que se dicta una resolución de dirección, para dar oportunidad a las partes de recurrirla en plazo de cinco días (como permite para la reposición el art. 452 LECiv); tampoco parece solución idónea que las partes, acabada la vista puedan recurrir en reposición resoluciones dictadas durante aquel acto complejo.

No obstante, la LECiv opta, por regla general, por la solución menos funcional con las exigencias de la oralidad, y sólo como excepción establece un tratamiento ajustado a las mismas.

La regla general es la del artículo 210.2, según el cual «Pronunciada oralmente la resolución, si todas las personas que fueren parte en el juicio estuvieren presentes en el acto, por sí o debidamente representadas, y expresaren su decisión de no recurrir, el tribunal declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución. Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada».

Esta regla tiene excepciones en los supuestos siguientes:

1ª) Impugnación del auto sobre admisión de la prueba —que se dicta en la audiencia previa del juicio ordinario, o dentro de la vista del juicio verbal—: contra la resolución sobre la admisión de un medio o acto de prueba, sólo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto, y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia (art. 210.2 LECiv).

2ª) Contra la resolución sobre la práctica de un medio de prueba del que se ha puesto de manifiesto la ilicitud sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, sustanciará y resolverá en el mismo acto del juicio o vista, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia definitiva (art. 287.2 LECiv).

3ª) Impugnación de la admisión de preguntas en las pruebas de declaración de la parte (arts. 302, 303 y 306 LECiv) y testifical (art. 369 LECiv).

C) EFECTOS DEL RECURSO

Como ya hemos apuntado, la reposición no produce efecto devolutivo, pero abre un procedimiento con alegaciones y nueva resolución del mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada, que estudiaremos en el apartado siguiente.

En cuanto a la suspensión de los efectos de la resolución impugnada el artículo 451 LECiv conduce a entender que no la produce porque dispone expresamente que «sin perjuicio del cual (del recurso) se llevará a efecto lo acordado».

D) PROCEDIMIENTO

La reposición debe interponerse en el plazo de cinco días, mediante escrito firmado por abogado y procurador —si su intervención es preceptiva en el proceso—, en el que se formulen las alegaciones adecuadas (sin limitación) para fundar la petición de reforma o anulación de la resolución y en el que se exprese la infracción que hubiera producido la resolución impugnada. El incumplimiento de los requisitos de plazo y de expresión de la infracción (art. 452 LECiv) y de postulación, da lugar a la inadmisión de oficio sin más trámite.

Del recurso presentado se da traslado a las partes no recurrentes, que pueden oponerse al recurso (pero no adherirse a él, pidiendo a su vez la reforma de la resolución) mediante escrito a presentar en el plazo de cinco días común para todas ellas (art. 453 LECiv).

No hay con posterioridad más trámites (art. 453.2 LECiv), es decir, ni actividad probatoria o de acreditamiento, ni conclusiones. La jurisprudencia respecto de la reposición en la LECiv/1881 incluso llegó a negar la admisibilidad de aportaciones documentales con los actos de interposición o de oposición (STS de 15 de diciembre de 1967 [RJ 1967, 5050]), aunque ello no supone «más trámites».

Sobre la reposición decide el juez o la Sala, en plazo de cinco días mediante resolución en forma de auto (art. 453.2 LECiv), que debe ser congruente con las peticiones del recurrente.

En los casos en los que la ley establece para la reposición una tramitación oral, no se aplican las reglas anteriores, sino que la reposición ha de interponerse de forma oral e inmediatamente después de manifestarse la decisión impugnada, la parte contraria ha de oponerse a ella igualmente en el acto, y del mismo modo ha de resolver el órgano jurisdiccional (arts. 285 y 287 LECiv).

Contra el auto que resuelve la reposición no cabe ningún recurso (art. 454 LECiv), salvo el recurso de queja si la resolución impugnada en reposición fue el auto que acordó no tener por preparados los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación (art. 493.1 y 2 LECiv).

Ahora bien, sobre la cuestión resuelta por la reposición no se produce cosa juzgada formal, sino que la cuestión puede ser replanteada, en su caso, en el recurso contra la sentencia u otra resolución final (art. 454 LECiv).

La cláusula de «si fuere procedente» remite a situaciones muy diversas: a que el recurso contra la sentencia final permita articular la cuestión procesal como causa de impugnación —no lo permite por ejemplo la casación—, a que la vía del recurso ofrezca otras posibilidades para subsanar la nulidad o la anulabilidad —por ejemplo, la apelación da una nueva oportunidad de practicar prueba indebidamente denegada o no practicada— y a que la parte conserve, al dictarse la sentencia, el interés en recurrir —por ejemplo, si la reposición denegada lo fue por inadmisión de una prueba la parte no tendrá interés en recurrir si ha acabado por vencer en el proceso—.

En algún supuesto excepcional el auto de resolución de la reposición es recurrible mediante apelación: así, por ejemplo, el auto que, estimando una reposición, suspende el proceso por prejudicialidad (arts. 41.2 y 43, párrafo segundo LECiv); el auto que rechaza la reposición del que ha declarado la caducidad del proceso en la primera instancia (art. 237.2 LECiv).

Capítulo 20

MANUEL ORTELLS RAMOS

SUMARIO. EL RECURSO DE APELACIÓN: APELACIÓN Y SEGUNDA INSTANCIA.—ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE.—LEGITIMACIÓN PARA LA APELACIÓN.—RESOLUCIONES APELABLES.—PROCEDIMIENTO. LINEAS GENERALES: EL RECURSO DE QUEJA.—EFECTOS DE LA APELACIÓN.—A) El efecto devolutivo.—B) El efecto suspensivo.—APELACIÓN INICIAL Y APELACIÓN POSTERIOR.—A) Concepto.—B) Tiempo y forma de interposición.—C) Eficacia de la apelación posterior.—OBJETO DEL PROCESO. ALEGACIONES Y PRUEBA EN LA APELACIÓN Y EN LA SEGUNDA INSTANCIA.—A) Objeto del recurso de apelación.—B) Alegaciones destinadas a servir de fundamento a los pronunciamientos sobre el objeto de la apelación.—C) Otros elementos relevantes para la congruencia de la sentencia de apelación.—D) Prueba en apelación.—LA SENTENCIA.

EL RECURSO DE APELACIÓN: APELACIÓN Y SEGUNDA INSTANCIA

Generalmente se habla, de manera indiferenciada y como si fueran la misma institución, de apelación y segunda instancia. La LECiv conserva esa similitud terminológica, como lo demuestra de modo patente el epígrafe del Capítulo III del Título IV del Libro II («del recurso de apelación y de la segunda instancia»).

Para PRIETO-CASTRO la distinción entre apelación y segunda instancia consiste en lo siguiente: hay *segunda instancia* o *apelación plena* si es admisible aportar ante el órgano jurisdiccional de grado superior materiales nuevos respecto a los de la primera instancia, completar las acciones en ella ejercitadas e incluso ejercitar otras. Hay *apelación limitada* o *recurso de alzada*, si sólo es admisible la crítica de la resolución impugnada partiendo de los mismos materiales de la primera instancia, más algunos nuevos respecto a los que se exceptiona la preclusión.

La distinción de PRIETO-CASTRO no es aceptable porque arranca de considerar una problemática demasiado amplia y que no afecta a una parte de los supuestos que precisan ser distinguidos: el recurso de apelación cabe también contra resoluciones que por no ser las que deciden el objeto del proceso en la primera instancia, son revisables por el tribunal superior sin que, en tal supuesto, se plantee problema alguno de ampliación o modificación del objeto del proceso, ni de los materiales de hecho de la primera instancia.

Precisamente la distinción correcta entre apelación y segunda instancia depende de la diferente naturaleza de las resoluciones apelables.

La segunda instancia es una nueva fase del proceso de declaración que se realiza ante un órgano jurisdiccional de grado superior y que se abre mediante el recurso de apelación contra la sentencia final de la primera instancia.

Ahora bien, el recurso de apelación es admisible también contra resoluciones distintas a las anteriores, es decir, contra resoluciones interlocutorias o de dirección del proceso y contra resoluciones que ponen fin al proceso decidiendo sólo una cuestión procesal. En este caso, teniendo en cuenta la cuestión que se somete al tribunal superior, es imposible pensar en la apertura de una segunda instancia, persiguiéndose sólo la reforma o anulación de la resolución apelada.

La apelación estrictamente (como algo distinto a la segunda instancia) podría, pues, definirse como el recurso mediante el cual en función de la naturaleza de la resolución apelada, o bien se abre la segunda instancia o bien se somete al conocimiento de un órgano jurisdiccional de grado superior una resolución de dirección procesal.

Comprendida esta diferencia fundamental —de la que derivan o pueden derivar otras—, no habría inconveniente en hablar en general de apelación, puesto que lo único claramente incorrecto sería generalizar a todos los supuestos el término «segunda instancia».

Respecto a la apelación que abre una segunda instancia (pero no respecto a la apelación de resoluciones sobre cuestiones procesales) tiene sentido plantearse si se configura por la ley como un «novum iudicium» o como una «revisio prioris instantiae».

No es nuevo juicio, en el sentido de un nuevo proceso, porque no es admisible en la segunda instancia de nuestro Derecho modificar o ampliar el objeto del proceso en la primera instancia (art. 456.1 LECiv: «En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia [la cursiva es mía]...»). Pero sí lo es en el sentido de que la apelación abre una nueva posibilidad de enjuiciamiento de las pretensiones y defensas de las partes, es decir, de lo mismo que ha sido objeto (en sentido amplio) de la primera instancia, salvo que el apelante reduzca la extensión objetiva (o subjetiva) que tuvo esta última. El tribunal superior no se limita a revisar la sentencia del inferior, sino que dicta una nueva sentencia en el proceso, en principio con los mismos poderes que tuvo el juez de la primera instancia, salvo las limitaciones que derivan de la específica influencia del principio dispositivo en esta fase del proceso.

A continuación cabe preguntarse cuál es el material instructorio (alegaciones de hechos y pruebas) que puede tenerse en cuenta por el tribunal superior para ese nuevo enjuiciamiento. Las soluciones son dos: los mismos materiales de la primera

instancia, complementados con cualesquiera otros que las partes puedan aportar en la segunda (nos hallamos, entonces, ante una apelación o segunda instancia plena); los mismos de la primera instancia, más algunos nuevos, respecto a los que se estima convenientemente excepcionar las preclusiones de la primera instancia que afectaban a alegaciones y pruebas (ésta sería una apelación o segunda instancia limitada).

El modelo seguido en nuestro Derecho es el segundo (art. 456.1 «in fine» LECiv).

ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

La apelación debe prepararse e interponerse ante el mismo órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución apelada (art. 457.1 LECiv). Este órgano es competente para resolver sobre su admisión, para dirigir el procedimiento en la etapa de los actos de interposición del recurso y de oposición al mismo. En cuanto a la admisión, su resolución no es firme, sino que puede ser revisada, por los medios que se verán, por el órgano jurisdiccional competente para conocer la apelación.

La competencia para conocer de la apelación es funcional y consiguientemente indisponible para las partes (art. 62 LECiv).

Esta competencia corresponde a:

- 1ª) Los Juzgados de Primera Instancia, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por los Juzgados de Paz de su partido.
- 2ª) Las Audiencias Provinciales, cuando las resoluciones apelables hayan sido dictadas por los Juzgados de Primera Instancia de su circunscripción.

Si la resolución ha sido dictada por un juzgado de lo Mercantil la competencia corresponderá a una sección o secciones de la Audiencia Provincial, especializadas con arreglo al art. 98 LOPJ. Si ha resuelto un juzgado de Marca Comunitaria, la competencia corresponderá a la sección o secciones especializadas de la Audiencia Provincial de Alicante (art. 82.4 LOPJ).

LEGITIMACIÓN PARA LA APELACIÓN

Los requisitos de capacidad y postulación de las partes no requieren un tratamiento especial en el recurso de apelación. Sólo respecto a la postulación es conveniente advertir, que, si bien en cuanto a la representación procesal basta el poder general, si la facultad de apelar estuviera excluida (art. 25.2 LECiv), la admisión del recurso podrá ser impugnada por el apelado por insuficiencia del poder.

En cuanto a la legitimación para la apelación rige la regla general de que la parte apelante debe haber sufrido gravamen a consecuencia de la

resolución que impugna (arts. 448.1 y 456.1 LECiv). En defecto de grado sólo puede personarse en el recurso en calidad de parte apelada o recurrente.

La legitimación para la apelación de terceros que no hubieran sido parte en la primera instancia (situación distinta a la de quien siendo parte, originalmente, no se hubiera personado en ella) plantea algún problema.

Por un lado, se distingue la apelación de sentencias finales y la apelación de resoluciones interlocutorias, para concluir en la admisibilidad de la apelación de tercero (presupuesta su legitimación para intervenir y el gravamen en el primer caso y no en el segundo. A mi juicio, la última restricción supone que la intervención del tercero no puede admitirse a los meros efectos de apelar una resolución interlocutoria, pero no excluye que, personalmente el tercero interviniente, pueda apelar incluso resoluciones no finales si se hace dentro del plazo.

Por otro lado, la LECiv ha eliminado el problema de las diferencias en la legitimación para apelar según la clase de intervención. No sólo en caso de intervención litisconsorcial, sino también en caso de intervención adhesiva simple «el interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque la consienta su litisconsorte» (art. 13.3, párr. 3º LECiv).

RESOLUCIONES APELABLES

Incluso antes de ulteriores precisiones puede afirmarse que sólo son apelables las resoluciones dictadas por los juzgados (contra las dictadas por las Audiencias o Salas de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia sólo son admisibles, en sus respectivos casos, los recursos extraordinarios por infracción procesal, de casación o en interés de la ley), pero tampoco todas las resoluciones dictadas por los juzgados, sino sólo las dictadas en primera instancia (art. 82.4 LOPJ). Consiguientemente no son apelables las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia al conocer de la apelación contra resoluciones de Juzgados de Paz.

La ley determina, de entre las resoluciones que corresponden a la clase indicada (es decir, las dictadas en primera instancia por los juzgados) cuáles son apelables (art. 455.1 LECiv).

Atendido el artículo 455.1 LECiv y las disposiciones a las que remite, son apelables las siguientes resoluciones:

a) Sentencias

Son apelables las sentencias dictadas en toda clase de juicio; es decir, las resoluciones que ponen fin al proceso en la primera instancia, una vez ha concluido la tramitación ordinaria prevista por la ley (art. 206.2.3º LECiv).

Las sentencias han resuelto sobre la pretensión o pretensiones procesales, confirmando o desestimando. Otro pronunciamiento (el de inadmisión de las pretensiones) no procede dictarlo mediante sentencia (art. 206.2.2º LECiv). No obstante, si se entendiera admisible acordar mediante sentencia la conclusión de la instancia, esa sentencia sería apelable.

b) Autos definitivos

Se incluyen aquí los autos que, sin pronunciarse sobre la pretensión principal, producen la finalización del proceso pendiente.

Esto puede ocurrir en dos clases de supuestos:

1º) Los autos que estiman la falta de presupuestos procesales o la concurrencia de impedimentos procesales oportunamente alegados por la parte interesada.

Estos autos pueden ser dictados en diferentes momentos de la primera instancia (arts. 9, 36, 37, 38 y 48 LECiv), al resolver la inadmisión de la demanda (arts. 403 y 404 LECiv), al examinarse los requisitos de admisibilidad del pronunciamiento de fondo en la audiencia previa del juicio ordinario (arts. 418.2, 420.4, 421.1, 422.2, 423.1 y 424.2 LECiv) o en el momento inicial de la vista del juicio verbal (art. 443.3, párr. segundo LECiv) o, si es admisible, como incidente de previo pronunciamiento (arts. 391 y 393.5 LECiv).

2º) Los autos que dan lugar a la terminación del proceso a causa de hechos jurídicos y actos de parte dirigidos a producir aquella terminación.

Es el caso del auto que homologa la transacción (arts. 19.2 y 415.2 LECiv), del que acuerda al desistimiento (art. 20.3 LECiv), del que acuerda la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto (art. 22.1 y 3 LECiv), del que acuerda la terminación del proceso por caducidad (art. 237.2 LECiv), también del auto que acoge un allanamiento parcial (art. 21.2 LECiv), porque, aunque no termine el proceso en conjunto, sí termina el proceso relativo a la pretensión allanada.

c) Autos que la ley expresamente señale

Estos autos, por exclusión del supuesto anterior, han de ser autos que no impliquen la terminación del proceso.

A la hora de regular la impugnación de este tipo de autos ante el legislador se plantea una alternativa: 1º) permitir los recursos separados contra los mismos con la finalidad de que, si existen casos de nulidad o de anulabilidad, puedan ser apreciados del modo más inmediato posible; o 2º) no permitir la impugnación separada e imponer la carga de reclamar en el momento de producirse el caso de nulidad o de anulabilidad, y de acumular la impugnación por ese fundamento a la impugnación de la sentencia o resolución final de la instancia. Este último tratamiento, al mismo tiempo que evita la compli-

ración procedimental, mantiene abierta la posibilidad de recursos del tipo de nulidad o de anulabilidad.

En realidad la primera alternativa sólo es útil si, además de la separación separada, hay suspensión del proceso principal. De ese modo se evita que que no se realicen actos procesales que, eventualmente, habrían de ser declarados nulos o anulados si se estima la causa correspondiente. Pero la suspensión provoca retraso del proceso principal y da oportunidad a actos dilatorias. Por esa razón los recursos separados y suspensivos contra resoluciones interlocutorias se fueron reduciendo al mínimo, hasta quedar reducidos en la última redacción de la LECiv/1881, a un solo supuesto.

La LECiv ha completado el ciclo y sólo permite, como regla general, la impugnación separada de autos interlocutorios mediante reposición. Pero que sean recurribles en apelación el artículo 455 LECiv requiere, como excepción, que se da en pocos casos (arts. 41.2 y 43 LECiv: autos que acuerden la suspensión del proceso por prejudicialidad).

Ahora bien, como se advirtió al estudiar la reposición, el auto que resuelve ésta, aunque no sea directamente apelable, no produce una impugnación formal sobre la cuestión resuelta, de modo que ésta puede ser de nuevo suscitada en el recurso de apelación contra la sentencia.

d) El problema de los autos que deniegan la personación como parte

Los autos que deniegan la petición de personación en calidad de parte a quienes pretenden intervenir en el proceso (arts. 13 y 14 LECiv), o como sucesores procesales de la parte inicial (arts. 16 y 17 LECiv), no tienen norma expresa que los declare apelables. Por otra parte no son autos definitivos, en el sentido de que no ponen fin al proceso.

Dejar estos casos sin apelación puede conducir a la interpretación directa de recurso de amparo constitucional por violación de los derechos reconocidos en el artículo 24.1 CE.

Una solución podría ser la de entender que son autos definitivos en un sentido relativo, en cuanto impiden definitivamente que determinada persona actúe como parte en ese proceso. El problema sería, en tal caso, la falta absoluta de efecto suspensivo de esa apelación, que podría acabar siendo resuelta cuando ya el proceso hubiera finalizado con resolución firme.

PROCEDIMIENTO: LÍNEAS GENERALES; EL RECURSO DE QUEJA

La LECiv ha supuesto un extraordinario avance en el régimen procedimental de la apelación, porque elimina la regulación asistemática y la impunidad diversificada del procedimiento de la misma.

Los artículos 457 al 465 LECiv regulan ahora un procedimiento único, en el que, además, las posibilidades de contradicción de la parte recurrida están protegidas con más efectividad y el objeto de la apelación queda definido con más precisión, porque la ley requiere la preparación e interposición escrita del recurso.

Las líneas generales del procedimiento del recurso son las siguientes:

a) Acto de preparación. Admisión y efectos (art. 457.1, 2, 3 y 5 LECiv)

El recurso de apelación se preparará ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de cinco días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla.

En el escrito de preparación el apelante se limitará a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir con expresión de los pronunciamientos que impugna.

Si la resolución impugnada fuera apelable y el recurso se hubiere preparado dentro de plazo, el tribunal tendrá por preparado el recurso y emplazará a la parte recurrente por veinte días para que lo interponga.

b) Inadmisión del acto de preparación. Recurso de queja

Si no se cumplieren los requisitos a que se refiere el apartado anterior respecto de la preparación del recurso, el tribunal dictará auto denegándola. Contra este auto sólo podrá interponerse el recurso de queja.

El recurso de queja es un recurso instrumental respecto a los demás recursos devolutivos. Su previsión legal se justifica porque la LECiv encomienda al juez «a quo» diversos poderes de dirección sobre la tramitación de los recursos devolutivos (control del acto de preparación, de la presentación en plazo del acto de interposición, de requisitos de admisión especiales previstos en el art. 449 LECiv). Un error en el ejercicio de estos poderes de dirección cortaría definitivamente la vía de la apelación (o de otros recursos devolutivos), si no hubiera posibilidad de que la resolución del tribunal «a quo» fuera ulteriormente revisada por el tribunal «ad quem». Esta posibilidad es, precisamente, la que se instrumenta mediante el recurso de queja, que se interpone directamente ante el tribunal «ad quem» y persigue la revocación de una resolución del tribunal «a quo» que indebidamente ha inadmitido o impedido la tramitación de un recurso de apelación —u otro recurso devolutivo— (art. 494 LECiv).

Aunque la ley no limita los motivos del recurso de queja (y, por ello, este recurso ha de considerarse ordinario) su peculiar función lo construye a plantear un nuevo enjuiciamiento de los presupuestos de las resoluciones

de dirección del tribunal «a quo» sobre la admisión del recurso de apelación (o de otros recursos devolutivos).

Por el contrario, si se ha resuelto tener por preparada la apelación, no cabrá recurso alguno, pero la parte recurrida podrá alegar la inadmisibilidad de la apelación en el trámite de oposición al recurso.

c) Acto de interposición

Dentro del plazo concedido, el apelante habrá de interponer la apelación ante el tribunal que hubiere dictado la resolución recurrida. La interposición deberá realizarse por medio de escrito en el que se expondrán las alegaciones en que se base la impugnación (art. 458.1 LECiv).

Estas alegaciones podrán referirse a la infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello (art. 459 LECiv).

Igualmente en el escrito de interposición se tiene la posibilidad de proponer prueba (art. 460 LECiv).

Si el apelante no presentare el escrito de interposición dentro de plazo, se declarará desierto el recurso de apelación y quedará firme la resolución recurrida.

Sobre los efectos de la falta de acompañamiento del justificante de pago de la tasa por ejercicio de la potestad jurisdiccional véase, en el Capítulo 11, el epígrafe «Suspensión del trámite de la demanda».

d) Acto de oposición del recurrido y acto de apelación posterior

Del escrito de interposición del recurso de apelación se dará traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presenten, ante el tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resulte desfavorable.

Los escritos de oposición al recurso y, en su caso, de impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiere recurrido, se formularán con arreglo a lo establecido para el escrito de interposición. En los mismos podrán proponerse pruebas.

Del acto de apelación posterior se dará traslado al apelante principal para que en el plazo de diez días manifieste lo que tenga por conveniente.

1) Remisión de los autos al tribunal competente para resolver, tramitación ante el mismo y sentencia

Interpuestos los recursos de apelación y presentados, en su caso, los escritos de oposición o impugnación, el tribunal que hubiere dictado la resolución apelada ordenará la remisión de los autos al tribunal competente para resolver la apelación, pero si se hubiere solicitado la ejecución provisional, quedará en el de primera instancia testimonio de lo necesario para dicha ejecución.

Las partes han de ser emplazadas para personarse ante el tribunal «ad quem» dentro de treinta días (nueva redacción del art. 463.1 LECiv). Es problemática la consecuencia de la falta de personación del recurrente. A mi juicio no puede ser la deserción del recurso, porque no puede sostenerse que hay un desistimiento tácito cuando el recurso ya ha sido dotado de objeto y fundamentado por el recurrente y, además, la ley ha vinculado expresamente el efecto de la deserción a otra inactividad del recurrente (art. 458.2 LECiv).

Recibidos los autos por el tribunal que haya de resolver sobre la apelación, si se hubiese propuesto prueba, se acordará lo que proceda sobre su admisión en el plazo de diez días. Si hubiere de practicarse prueba, en la misma resolución en que se admita se señalará día para la vista, que se celebrará, dentro del mes siguiente, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal.

Si no se hubiere propuesto prueba o si toda la propuesta hubiere sido inadmitida, podrá acordarse también, mediante providencia, la celebración de vista siempre que así lo haya solicitado alguna de las partes o la Sala lo considere necesario.

La Sala o el Juzgado de Primera Instancia resolverán sobre el recurso de apelación dentro de los diez días siguientes a la terminación de la vista. Si no se hubiere celebrado vista, la sentencia habrá de dictarse en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a aquel en que se hubieran recibido los autos en el tribunal competente para la apelación.

EFFECTOS DE LA APELACIÓN

La apelación, junto al efecto constante de todo recurso de impedir la firmeza de la resolución contra la que se dirige, produce necesariamente el denominado *efecto devolutivo* y puede producir, en ciertos supuestos, el llamado *efecto suspensivo*.

A estos efectos se refiere el artículo 456 LECiv.

Debe estudiarse a continuación en qué consisten estos dos efectos de la apelación y en qué casos procede el efecto suspensivo, puesto que, como se ha advertido, el efecto devolutivo se da siempre.

A) EL EFECTO DEVOLUTIVO

El efecto devolutivo supone la traslación al tribunal «ad quem» del conocimiento del proceso.

Se habla de devolución por una concepción histórica de la jurisdicción, según la cual los jueces inferiores recibían la jurisdicción de los jueces superiores (en virtud de un mecanismo de delegación); al apelarse a éstos, el inferior les *devolvía* la jurisdicción que de ellos había recibido.

No dan una idea precisa del contenido del efecto devolutivo expresiones genéricas y poco matizadas, de que, en virtud de ese efecto, los poderes del tribunal «ad quem» alcanzan a todas las cuestiones planteadas en la primera instancia o de que pasa a este tribunal las mismas atribuciones que tuvo el juez «a quo». Una cosa es que el tribunal de apelación no esté sometido a las restricciones de un tribunal de casación, particularmente en cuanto a la apreciación de la prueba y la modificación del juicio de hecho, y otra cosa diferente que esa plenitud de potestades, propia de un tribunal de instancia, pueda proyectarse sobre un ámbito de cuestiones igualmente extenso al que quedó planteado en la primera instancia.

En lo último puede haber limitaciones. El objeto (en sentido amplio) sobre el que puede recaer la actividad de conocimiento del tribunal «ad quem» es fijado por las partes apelantes que pueden determinar los extremos de la resolución apelada a los que extienden su impugnación y el sentido y alcance con el que pretenden su reforma. El tribunal «ad quem» no puede, en virtud del principio de congruencia, traspasar esos límites («tantum devolutum quantum appellatum»).

Como dispone ahora el artículo 465.4, párrafo primero LECiv «la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461».

En definitiva, ésta es, como dijimos en el Capítulo anterior, la base de la prohibición de la «reformatio in peius», en virtud de la cual la resolución apelada no puede reformarse en perjuicio del apelante, si la otra parte no ha apelado a su vez y no ha extendido su apelación a aquellos extremos de la resolución cuya modificación sea perjudicial para la contraparte. Así lo establece expresamente el artículo 465.4, párrafo segundo LECiv: «La sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado».

La limitación del conocimiento del tribunal «ad quem» impuesta por el principio de congruencia, no tiene lugar respecto a aquellas cuestiones que los órganos jurisdiccionales deben apreciar de oficio.

Presupuesta una apelación, el tribunal «ad quem» debe resolver (aun en contra del interés del apelante) sobre presupuestos procesales, nulidad en sentido estricto de actos procesales e incluso sobre ciertos aspectos del fondo del asunto a los que afectan normas de «ius cogens» (por ejemplo, pactos contrarios a la ley o la moral, caducidad —no prescripción— de derechos). No obstante, el artículo 227.2, párrafo segundo LECiv y el art. 240.2 LOPJ limitan expresamente el alcance de esta potestad de apreciación de oficio, al disponer que «en ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal».

El artículo 463 LECiv es, en realidad, un complemento procedimental del efecto devolutivo.

Para que el tribunal «ad quem» pueda juzgar sobre lo que se le somete, es necesario que conozca, no sólo la ampliación del material instructorio, que limitadamente puede admitirse en sede de apelación, sino también la actividad procesal que precedió a la emisión de la resolución apelada; de ahí que, admitido el recurso se eleven a ese tribunal bien los autos originales (art. 463 LECiv), bien un testimonio de la parte de los mismos que tenga interés para la cuestión resuelta por la resolución apelada (así deberá hacerse razonablemente, y aunque la ley no lo regule expresamente, con las apelaciones cuya tramitación no ponga impedimento a la continuación del proceso principal), como las que pueden interponerse frente a resoluciones sobre tutela cautelar —arts. 735 y 741 LECiv—.

B) EL EFECTO SUSPENSIVO

Este no es un efecto necesario de la apelación, sino que sólo se produce en los supuestos que se indicarán a continuación.

a) ¿En qué consiste?

Su contenido es doble. Por un lado, impide la ejecución de la resolución apelada hasta que recaiga el fallo del tribunal superior. Pero hay que entender también que si tal resolución, por no ser de condena, no tiene propia eficacia ejecutiva, el efecto suspensivo se proyecta, impidiéndola, sobre la eficacia que sea propia de dicha resolución.

En ocasiones el efecto suspensivo no se produce con plenitud, porque la ley concede a la parte vencedora el derecho a la ejecución provisional de la sentencia apelada (art. 527 LECiv). Como se verá, la ejecución provisional no es el mismo efecto jurídico que el de la sentencia de condena no sometida a recurso.

Por otra parte, el efecto suspensivo supone también la suspensión de la competencia funcional, es decir, de las potestades que le corresponden al juez «a quo» respecto al proceso como juez de la primera instancia. Dispone ahora el artículo 462 LECiv que «durante la sustanciación del recurso de apelación, la jurisdicción del tribunal que hubiere dictado la resolución recu-

rida se limitará a las actuaciones relativas a la ejecución provisional de la resolución apelada».

Para que esta faceta del efecto suspensivo se produzca con la intensidad apuntada debe tratarse de una apelación de resolución dictada en los autos principales: la apelación suspensiva contra resolución dictada en incidente tramitado en pieza separada (por ejemplo, apelaciones contra resoluciones dictadas sobre medidas cautelares) no impide seguir conociendo del proceso principal.

b) ¿En qué supuestos procede el efecto suspensivo?

La repercusión de la apelación sobre la inmediata producción de efectos de la resolución impugnada se rige, principalmente, por lo dispuesto en el artículo 456.2 y 3 LECiv. No obstante este régimen plantea algún problema y, por otra parte, ha de ser complementado con las normas sobre el efecto suspensivo de la apelación de autos no definitivos a los que el artículo citado no se refiere.

1º) Sentencias desestimatorias y autos definitivos

La apelación contra sentencias desestimatorias de la demanda y contra autos que pongan fin al proceso carecerá de efectos suspensivos, sin que en ningún caso proceda actuar en sentido contrario a lo que se hubiese resuelto (art. 456.2 LECiv).

Esto significa, por ejemplo, que se debe proceder al inmediato cumplimiento de los pronunciamientos sobre costas y sobre alzamiento de medidas cautelares o cauciones sustitutorias (no obstante, véase art. 744). Pero también significa que la apelación contra el auto de homologación de una transacción puede acceder a la ejecución ordinaria, en vez de a la ejecución provisional, conclusión que, a pesar de su apoyo en la letra de la ley, puede considerarse dudosa.

2º) Sentencias estimatorias de la demanda

En vez de disponer directamente sobre si la apelación tiene o no carácter suspensivo, el artículo 456.3 LECiv se remite a lo dispuesto sobre los títulos ejecutivos y la ejecución provisional.

En ese régimen sólo se concreta que las sentencias constitutivas necesitan de la firmeza para acceder a Registros públicos —es decir: efecto suspensivo de la apelación—, que algunas sentencias de condena no pueden ser ejecutadas provisionalmente —art. 525 LECiv, consecuentemente también efecto suspensivo— y que las demás sentencias de condena pueden tener ejecución provisional. Lo último no significa que la apelación no produzca efecto suspensivo, sino que los efectos de la sentencia de condena recurrida en apelación son específicos, porque no son los efectos ejecutivos ordinarios, sino otros sometidos a diversas limitaciones.

3º) Suspensión o no de los efectos de los autos no definitivos

Falta norma en el artículo 456 LECiv, tal vez porque esta clase de autos son poco frecuentes en el nuevo proceso civil. No obstante existen. Para determinar si su apelación tiene efecto suspensivo hay que estar a lo establecido en cada supuesto.

Por ejemplo, la apelación del auto de suspensión del proceso por cuestión prejudicial (arts. 41 y 43 LECiv), no tiene efecto suspensivo porque ello supondría contradecir lo resuelto por el auto y que debiera continuar el proceso hasta que fuera confirmado el auto de suspensión; el auto que acuerda medidas cautelares es apelable sin efecto suspensivo (art. 735.2 LECiv) y lo mismo el auto que resuelve sobre la oposición a dichas medidas (art. 741.3 LECiv).

APELACIÓN INICIAL Y APELACIÓN POSTERIOR

A) CONCEPTO

Toda parte gravada por una resolución judicial (apelable) está legitimada para interponer apelación en los plazos ordinarios. Es la llamada apelación principal. Con ella se crea la expectativa de una reforma de la resolución apelada en beneficio propio y perjuicio del contrario. Apelando todas las partes en forma principal (si, de algún modo, la resolución a todas les causa gravamen), aquella expectativa existe para todas ellas.

Ahora bien, puede darse el caso de que una parte esté dispuesta a asumir el gravamen que le causa una resolución, pero sólo a condición de que no pueda ser incrementado con base a la sola apelación de la parte contraria, lo cual, además, no arriesga un perjuicio para ella por la prohibición de la *reformatio in peius*. Para impedir esto se permite a la parte originariamente no apelante que interponga su apelación, cuando ya está tramitándose la apelación de la otra parte.

Esta apelación ha sido denominada entre nosotros apelación adhesiva o adhesión a la apelación, expresión que podía inducir a pensar que, quien interponía esa apelación, apoyaba la apelación principal o inicial, cuando en realidad ocurría todo lo contrario.

La LECiv no usa la denominación tradicional, pero la institución subsiste en el artículo 461.1 cuando establece que, al responder al escrito de interposición de la apelación, el apelado puede presentar «escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable». Esta apelación puede ser denominada apelación posterior.

B) TIEMPO Y FORMA DE INTERPOSICIÓN

La apelación posterior ha de ser interpuesta en el mismo plazo concedido para formular oposición a la apelación inicial.

En cuanto al requisito de forma, a diferencia de la apelación inicial es la que se distingue el acto de preparación –con indicación de los pronunciamientos impugnados– y el de interposición –con las alegaciones de los fundamentos de la impugnación–, en la presentación de la apelación posterior se concentra el contenido de ambos actos en uno solo.

C) EFICACIA DE LA APELACIÓN POSTERIOR

Con idéntica eficacia a la de una apelación principal que la misma parte hubiera podido interponer, la apelación posterior abre la posibilidad de reformar los pronunciamientos de la resolución perjudiciales para el apelante, eliminando respecto a los mismos la prohibición de «reformatio in peius» que beneficiaba al apelante principal.

Esta eficacia no está condicionada por el mantenimiento de la apelación principal. Extinguida ésta por desistimiento, la tramitación del recurso continúa respecto a la apelación posterior (art. 450.2 LECiv). Ahora bien, para que esto ocurra es necesario que el desistimiento de la apelación principal se haya producido después de darse el traslado al apelante para formular oposición; en caso contrario ni siquiera ha existido posibilidad procesal de formular la apelación posterior.

OBJETO DEL PROCESO, ALEGACIONES Y PRUEBA EN LA APELACIÓN Y EN LA SEGUNDA INSTANCIA

En el recurso de apelación rigen, como en la primera instancia, los principios dispositivo y de aportación de parte.

El tribunal de la apelación realiza un nuevo enjuiciamiento de cuestiones ya resueltas por el órgano jurisdiccional que actuó en la primera instancia, pero, en virtud de aquellos principios, ese enjuiciamiento está limitado por los actos del apelante en el sentido que veremos. Estos actos constituyen el punto de comparación específico para determinar la congruencia de la sentencia de apelación, en cuanto límite a la potestad de resolver. Las alegaciones del apelado son relevantes, como máximo, para la congruencia como deber de pronunciamiento exhaustivo.

Por otra parte, el enjuiciamiento que realiza el tribunal de la apelación puede fundarse, en algunos casos, además de en las alegaciones formuladas

en las pruebas practicadas en la primera instancia, en pruebas cuya práctica sea admisible en la etapa de recurso.

A) OBJETO DEL RECURSO DE APELACIÓN

Objeto del recurso de apelación es la petición impugnativa del apelante, que indica el pronunciamiento o decisión impugnados y el sentido de la nueva resolución que se pretende.

El precepto más directamente referido a la petición impugnativa es el artículo 456.1 LECiv: «En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación».

Si se atiende a otras disposiciones, la petición impugnativa a la que se refiere ese artículo no es la única modalidad de las que pueden proponerse en una apelación.

Pueden distinguirse las tres modalidades siguientes.

a) Peticiones impugnativas consistentes en instar la revocación de la sentencia sobre el objeto del proceso y la emisión de una nueva sentencia favorable

Esta clase de peticiones son objeto de la apelación que abre una segunda instancia. Se presentan contra la sentencia que ha resuelto sobre el fondo y se dirigen a obtener un nuevo pronunciamiento sobre la pretensión procesal en un sentido más favorable al apelante.

Mediante estas peticiones no se puede ampliar el objeto del proceso tal como fue planteado en la primera instancia. Tampoco se puede ampliar las defensas de fondo hechas valer por el demandado para obtener un pronunciamiento desestimatorio de la pretensión objeto del proceso. Sólo existe la excepción que deriva de la posibilidad de hacer valer hechos nuevos o precedentemente desconocidos, hechos que pueden modificar los hechos integrantes de la causa de pedir o los constitutivos de la pretensión, o los hechos en que se fundan defensas de fondo.

La carga de concretar la petición impugnativa la tiene el apelante en el acto de preparación de la apelación, al indicar los pronunciamientos que se impugnan (art. 457.2 LECiv), en el acto de interposición en cuanto a la alegación de hechos nuevos o desconocidos (art. 460.2.3ª LECiv), y en el

acto de apelación posterior, en el que se concentra la indicación de pronunciamientos impugnados y la formulación de alegaciones (art. 461.2 LECiv).

- b) **Peticiones impugnativas consistentes en instar la revocación de resoluciones procesales no ajustadas a Derecho y la emisión de una nueva resolución sobre la cuestión**

Esta modalidad de peticiones son objeto de apelaciones que no inciden en una segunda instancia. Con ellas no se recurre la resolución sobre el objeto del proceso, sino resoluciones procesales que terminan el proceso (por ejemplo, por falta de jurisdicción, de competencia genérica o de competencia objetiva, por falta de capacidad del actor, por litispendencia o cosa juzgada, por falta de claridad de la demanda, por desistimiento o aprobando una transacción, declarando la caducidad del proceso), o, excepcionalmente, resoluciones procesales que no terminan el proceso pero son apelables (por ejemplo, los autos que acuerdan la suspensión del proceso por planteamiento de una cuestión prejudicial -arts. 41 y 43 LECiv-).

En este caso el objeto de la apelación no incide sobre el objeto del proceso en sentido estricto -es decir, la pretensión o pretensiones procesales interpuestas por el actor principal o reconvenional-, sino que se refiere a un tema de naturaleza procesal sobre el que se pide una resolución distinta y conforme a Derecho.

La concreción de esta petición impugnativa se realiza del mismo modo indicado antes.

- c) **Peticiones impugnativas consistentes en instar la nulidad o anulación de la resolución y, en su caso, del proceso antecedente, por infracción de normas y garantías procesales en la primera instancia**

Estas peticiones no van dirigidas a obtener un nuevo pronunciamiento, ni sobre el fondo [ap. a)], ni sobre una cuestión procesal [ap. b)], sino la nulidad de la resolución apelada, por nulidad originaria o derivativa, y, en este segundo caso, también la nulidad del proceso que la precedió, desde que concurrió la causa de nulidad.

La estimación absoluta de esta petición implica la nulidad de actuaciones y la reposición de las mismas a la primera instancia, para que se reanude la actividad procesal desde el último acto válido. Pero esta petición también puede ser estimada con subsanación de los vicios causantes de nulidad por el tribunal de la apelación (art. 465.2 y 3 LECiv).

B) ALEGACIONES DESTINADAS A SERVIR DE FUNDAMENTO A LOS PRONUNCIAMIENTOS SOBRE EL OBJETO DE LA APELACIÓN

Para resolver sobre las peticiones impugnativas el tribunal de la apela-

ción tendrá en consideración los materiales de la primera instancia y las alegaciones específicamente formuladas por las partes en la apelación.

Estas alegaciones se formulan en el acto de interposición de la apelación (arts. 458, 459 y 460 LECiv) y en el de oposición a la apelación y, en su caso, apelación posterior (art. 461 LECiv). Pueden ser de las clases siguientes:

1) Alegación de infracción de normas y garantías procesales

Esta clase de alegación procede si se ha formulado una petición impugnativa de nulidad.

Como dispone el artículo 459 LECiv «en el recurso de apelación podrá alegarse infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia. Cuando así sea, el escrito de interposición deberá citar las normas que se consideren infringidas y alegar, en su caso, la indefensión sufrida. Asimismo, el apelante deberá acreditar que denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello».

2) Alegaciones argumentativas dirigidas a fundar las peticiones impugnativas

Las denomino argumentativas porque no innovan el material (hechos y pruebas) ya aportado al proceso, sino que consisten en razonar sobre ese material para convencer al tribunal de la apelación de la procedencia de admitir la petición impugnativa.

Analizando su posible contenido éste puede ser el siguiente:

1º) Crítica a la fijación de hechos efectuada en la sentencia de primera instancia, dirigida a argumentar, sobre la base del mismo material de hecho, una fijación de hechos distinta y conducente a la revocación o modificación del pronunciamiento impugnado.

2º) Crítica a la calificación jurídica de los hechos y a la interpretación y aplicación de las normas realizadas en la sentencia de primera instancia, para que el tribunal «ad quem» modifique este componente jurídico del pronunciamiento y estime, en consecuencia, la impugnación.

3) Alegaciones argumentativas dirigidas a fundar la confirmación de la resolución apelada

Son alegaciones igualmente no innovativas, que pueden ser formuladas por la parte apelada y que persiguen la confirmación de la resolución impugnada.

d) Alegaciones innovativas

El artículo 460.2.3º LECiv admite que se practique prueba en segunda instancia cuando se refiera «a hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia o antes de dicho término siempre que, en este último caso, la parte justifique que ha tenido conocimiento de ellos con posterioridad».

También el artículo 460.3 LECiv autoriza que el «demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la que convenga a su derecho».

A pesar de la letra de estas disposiciones no se trata solamente de que puedan ser admitidos nuevos medios de prueba, sino de que, previamente, es admisible alegar los hechos nuevos o descubiertos, para que sirvan, una vez probados, de fundamento a la estimación de la petición impugnativa o a la confirmación de la resolución apelada.

c) OTROS ELEMENTOS RELEVANTES PARA LA CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA DE APELACIÓN

La determinación de la congruencia de la sentencia de apelación, en cuanto límite a la potestad de resolver, requiere atender a los elementos anteriores. Así se deduce de lo dispuesto en el artículo 465.4 LECiv: «la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461».

Pero también influyen en ella otros dos factores no incluíbles en los anteriores; a saber:

1º) Los actos dispositivos realizados por las partes en la apelación. El artículo 19.3 LECiv dispone que los actos dispositivos de renuncia, desistimiento, allanamiento, sumisión a arbitraje y transacción, pueden realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de los recursos. Si se realizan, el tribunal de la apelación ha de dictar la resolución adecuada al acto de disposición según el régimen estudiado en el Capítulo 18. Expresamente dispone el artículo 450.2 LECiv que si se produce un desistimiento se tendrán por abandonadas las peticiones impugnativas de quien hubiera desistido.

2º) Potestades de resolución de oficio del tribunal de la apelación.

Las delimitan expresamente el artículo 227.2, párrafo segundo LECiv y el art. 240.2 LOPJ según los cuales «en ningún caso podrá el tribunal, con

excepción de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciare falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal».

No es contrario al deber de congruencia que el tribunal de la apelación funde su pronunciamiento en estas cuestiones apreciables de oficio, o en otras que tuvieran el mismo tratamiento.

B) PRUEBA EN APELACIÓN

a) Supuestos de admisibilidad de prueba

Como ya hemos apuntado con anterioridad la apelación en nuestro ordenamiento responde al modelo de apelación limitada. No sólo no pueden innovarse las pretensiones y defensas propuestas en la primera instancia, sino que también sólo puede volver a juzgarse, en principio, en atención al mismo material de hecho (alegaciones y pruebas) introducido en la primera instancia.

Esta es, sin embargo, solamente una regla general y, como tal, presenta excepciones. En algunos supuestos puede completarse el material de hecho de la primera instancia. Tales excepciones obedecen a dos tipos de razones: en primer término, a que el legislador entiende no justificado mantener ciertas preclusiones producidas en la primera instancia (es el caso del art. 460.1, 2.3º y 3 LECiv); en segundo lugar, a la necesidad de corregir por el tribunal «ad quem» defectos de la dirección procesal de la actividad probatoria en que hubiera incurrido el juez «a quo» (caso del art. 460.2.1º y 2º LECiv).

La admisión de pruebas en segunda instancia depende, en todo caso y en primer lugar, de los presupuestos generales de toda admisión de prueba (proposición en forma, legalidad del medio propuesto, que el dato pueda ser objeto de prueba y que la prueba sea pertinente).

Por la expresión prueba en segunda instancia y por las referencias procedimentales que utilizan los números del apartado 2 del artículo 460 LECiv para determinar en qué supuestos es admisible prueba, parece que ésta sólo sería admisible en el caso de que la petición impugnativa fuera la referida a la sentencia sobre la pretensión procesal.

Probablemente el precepto considera principalmente ese caso. Pero, en realidad, si para resolver sobre las otras modalidades de petición impugnativa es necesaria actividad probatoria o de acreditamiento o comprobación de hechos relevantes para las cuestiones procesales a resolver, sobre la admisión de esa actividad no es lógico decidir aplicando estrictamente lo dispuesto

por el artículo 460 LECiv, sino como máximo con aplicación al mismo.

Además de los presupuestos generales, para la admisión de una apelación deben concurrir los presupuestos establecidos en el artículo 460 LECiv.

a') Pruebas propuestas en primera instancia e indebidamente inadmitidas (art. 460.2.1ª LECiv)

En este caso el tribunal «ad quem» corrige el juicio sobre la admisibilidad de una prueba que fue propuesta en primera instancia ante el tribunal «ad iudicium» y que éste inadmitió, por apreciar indebidamente los presupuestos de admisibilidad.

Para el éxito de esta proposición en segunda instancia es necesario haber interpuesto en su día recurso de reposición contra la resolución de inadmisión o formulado protesta contra ella.

b') Pruebas admitidas en primera instancia, pero no practicadas por culpa de la parte proponente (art. 460.2.2ª LECiv)

También se trata aquí de la reproducción de una proposición de prueba (por tanto, no de una prueba nueva en todo o en parte), pero que no fue admitida en la primera instancia, aunque no practicada.

Es necesario que esa prueba no haya sido renunciada por el proponente.

Sobre la imputabilidad o no a la parte de la falta de práctica de la prueba, cabe decir que debe valorarse el modo en que la parte asume las diligencias legalmente le corresponden respecto a la práctica de la prueba. Las diligencias finales constituyen una última oportunidad para practicar pruebas que no fue posible practicar —de modo absoluto o de modo relativo— y la ley condiciona la admisión a que la parte haya intentado sin éxito practicarlas como diligencias finales.

c') Pruebas que tengan por objeto hechos nuevos (art. 460.2.3ª LECiv)

Son admisibles las que se refieran a hechos de relevancia para la resolución del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia. Ese momento es el preclusivo en la primera instancia para las alegaciones ampliatorias de hechos (Cap. 13). En la segunda instancia se establecen nuevas excepciones a la preclusión para los hechos que no fueron amparados por las excepciones anteriores.

Debe tratarse de pruebas relativas a hechos nuevos, no sólo que no ocurrieron en el proceso, sino que no hayan ocurrido fuera de él hasta el momento de la proposición que indica la norma.

La novedad en la novedad del hecho, no la novedad del medio de prueba. Así, contra un hecho anterior, por ejemplo, un documento nuevo pero que se refiere al hecho anterior.

Pruebas que tengan por objeto hechos desconocidos por la parte (art. 460.2.3ª LECiv)

Son admisibles las pruebas que se refieran a hechos de relevancia para la resolución del pleito descubiertos por la parte después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia, siempre que la parte no los haya tenido conocimiento de ellos con posterioridad.

La excepción a la preclusión no se funda aquí en la razón objetiva de la novedad del hecho, sino en la subjetiva del desconocimiento por la parte.

La parte que la parte declare formalmente el desconocimiento de los hechos en el momento que le hubiera podido permitir alegarlos y proponer su prueba en la primera instancia, sino que es necesario que acredite esa circunstancia (véase también el art. 286.4 LECiv).

Pruebas admisibles en caso de personación del demandado rebelde en primera instancia (art. 460.3 LECiv)

Según el artículo 460.3 LECiv que «el demandado declarado en rebelde por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en el proceso después del momento establecido para proponer la prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la que le corresponda por derecho».

La declaración en rebeldía y no personación hasta cierto momento no conculca el presupuesto si el demandado se personó, aunque permaneciera inactivo, o si se trata de la intervención de un tercero en el proceso. Por otra parte si no se acredita que la falta de personación fue involuntaria, la prueba no es admisible.

Se puede proponer cualquier prueba, incluso relativa a hechos que funden el fondo del demandado rebelde en su momento no alegados, pero no pueden alegarse para, a continuación, probarlos.

Prueba documental mediante documentos que no pudieron aportarse en la primera instancia (art. 460.1 LECiv)

Según regla general, los documentos y otros instrumentos relativos al fondo del asunto han de ser aportados con la demanda y con la contestación, pero la norma tiene excepciones durante la primera instancia, que permiten proponer en otros momentos procesales documentos nuevos, antes desconocidos por la parte que no se hubieran podido obtener (véase Cap. 11). Si, con posteriori-

dad a la absoluta preclusión de estas aportaciones en la primera instancia, se producen, descubren o se consiguen nuevos documentos, es admisible aportarlos en la apelación.

b) Procedimiento de proposición, admisión y práctica

La carga de proposición de la prueba en apelación se tiene, por el apelante, en el acto de interposición (art. 460.1 y 2 LECiv) y, por el apelado, en el acto de oposición y, en su caso, de apelación posterior (art. 461.3 LECiv).

La competencia para resolver sobre la admisión corresponde al tribunal de la apelación (art. 464 LECiv). Contra el auto de inadmisión cabe recurso de reposición y si éste es desestimado puede ser interpuesto, si es admisible por la resolución impugnada, recurso extraordinario por infracción procesal (art. 469.3º y 4º LECiv). Contra el auto de admisión no cabe recurso, pero la contraparte puede alegar que, por no ser admisible, la prueba no debe ser considerada en el momento de resolver.

La prueba admitida es practicada en la vista de la apelación, que, a tal efecto, es señalada necesariamente, se realiza con arreglo al régimen de la vista del juicio verbal y dentro del mes siguiente a la resolución de admisión (art. 464 LECiv). Es excepción la prueba documental, cuya aportación y actos complementarios referidos a la adverbación de documentos puede ser realizada fuera de la vista (Cap. 15).

LA SENTENCIA

La sentencia de apelación está sujeta a los mismos requisitos externos e internos de la sentencia de primera instancia, aunque el punto de comparación, consistente en la actividad de las partes, al que debe atenderse para determinar la congruencia, sea diferente para una y otra sentencia. Para la congruencia de la sentencia de apelación ha de tenerse en cuenta todo lo que se ha dicho sobre la extensión del efecto devolutivo, la prohibición de la «reformatio in peius», la formulación de las peticiones impugnativas y de las alegaciones para fundarlas.

La sentencia se dictará en el plazo de diez días desde la terminación de la vista, o, de no haberse celebrado ésta, en el de un mes desde la recepción de los autos por el tribunal «ad quem» (art. 465.1 LECiv).

El contenido y efectos de la sentencia de la apelación dependen de cuál ha sido la petición impugnativa formulada. La firmeza de la sentencia depende de cuál ha sido el tribunal competente para conocer de la apelación. Consideramos, a continuación, las diversas posibilidades.

a) Sentencia de apelación si se formuló petición impugnativa de nulidad por infracción de normas y garantías procesales

Hay que distinguir dos supuestos:

1º) Si la infracción se ha producido en la misma sentencia, de modo que puede ser completamente eliminada con sólo corregir ese acto judicial, la sentencia es revocada, y se dicta nueva sentencia rectificando la infracción procesal y reproduciendo, en lo demás, el contenido de la sentencia de primera instancia, salvo que también se hubieran formulado y estimado otras peticiones impugnativas (art. 465.2 LECiv).

2º) Si la infracción se ha producido en actos precedentes a la misma sentencia hay que distinguir según la infracción sea subsanable o no.

Si la infracción no es subsanable, el tribunal de apelación declarará nula, mediante providencia, las actuaciones afectadas por la nulidad y repondrá el proceso al estado anterior al momento en que se cometió la infracción (art. 465.3 LECiv).

Si la infracción es subsanable en apelación se realizará la subsanación, sea en la misma vista, sea a través de actos «ad hoc», y, después, «el tribunal de apelación dictará sentencia sobre la cuestión o cuestiones objeto del pleito» (art. 465.3 LECiv), aunque para este segundo pronunciamiento hay que tener presentes las peticiones impugnativas de otra clase que se hubieran formulado.

Normalmente, con la petición impugnativa de nulidad se habrán formulado acumuladamente peticiones impugnativas sobre el fondo o sobre las cuestiones procesales resueltas por el auto apelado. Por eso diversos apartados del artículo 465 se refieren al pronunciamiento sobre las peticiones relativas al fondo. Esta referencia es incompleta, porque no considera las peticiones impugnativas respecto de resoluciones que resuelven cuestiones procesales (por ejemplo: acordar la suspensión del proceso por planteamiento de una cuestión prejudicial civil —art. 43 LECiv— puede ser un acto nulo si la suspensión ha sido decretada sin oír a las partes, pero además el auto puede ser revocado si el tribunal de apelación estima que no hay razón suficiente para la suspensión).

La sentencia que se dicte será firme si, por tratarse de resolución de Juzgado de Paz, ha resuelto la apelación el Juzgado de Primera Instancia. Si la competencia para la apelación ha sido de la Audiencia Provincial y ha sido desestimada una petición impugnativa de la clase vista, los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal pueden acoger la reiterada denuncia de la nulidad (art. 469 LECiv).

b) **Sentencia de apelación si se formuló petición impugnativa contra la sentencia de fondo de primera instancia**

Si se estima una apelación por motivos de fondo, la sentencia de apelación se pronuncia nuevamente sobre el objeto del proceso dentro de los límites del efecto devolutivo. Dispone en este sentido el artículo 463.4 LECiv que «la sentencia que se dicte en apelación deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición o impugnación a que se refiere el artículo 461. La sentencia no podrá perjudicar al apelante, salvo que el perjuicio provenga de estimar la impugnación de la resolución de que se trate, formulada por el inicialmente apelado».

Esta sentencia –revocatoria total o parcial, pero incluso cuando, por no estimar la apelación, fuera confirmatoria– viene a sustituir la sentencia final apelada, al menos formalmente, porque, en cuanto a su contenido, puede aceptar (y remitirse a ellos sin necesidad de reproducirlos) la totalidad o parte de los fundamentos y el fallo de la sentencia recurrida.

Si ha sido dictada por el Juzgado de Primera Instancia es firme. Si lo ha sido por la Audiencia Provincial y concurren los restantes requisitos legales, puede ser recurrida mediante los recursos extraordinarios.

c) **Sentencia de apelación si se formuló petición impugnativa contra resoluciones sobre cuestiones procesales**

Su contenido depende de la cuestión procesal que, en caso de estimarse la apelación, ha de ser resuelta por el tribunal.

Recurrido un auto de finalización del proceso por desistimiento, caducidad o por transacción, si la apelación es estimada la resolución es revocada y se remiten los autos de nuevo al juzgado «a quo» para que continúe la tramitación ordinaria del proceso.

Recurrido el auto de suspensión del proceso por prejudicialidad y estimada la apelación, el tribunal «ad quem» resuelve levantar la suspensión, con remisión de los autos al «a quo» para que continúe las actuaciones.

Estimada la apelación de un auto que concedió medidas cautelares, se revoca éste total o parcialmente –en este caso se establecen las modificaciones procedentes en las medidas acordadas– y se procede al cumplimiento.

Salvo que la sentencia haya sido dictada por Juzgado de Primera Instancia –en cuyo caso es firme–, alguna de estas cuestiones pueden ser nuevamente examinadas mediante el recurso extraordinario por infracción procesal, pero sólo desde el momento en que sea aplicable el régimen definitivo de este recurso.

Capítulo 21

MANUEL ORTELLS RAMOS

SUMARIO.—EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.—A) Régimen definitivo y régimen provisional.—B) Régimen provisional.—ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE.—RESOLUCIONES RECURRIBLES.—MOTIVOS DEL RECURSO.—PROCEDIMIENTO.—LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS.

EL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

A) RÉGIMEN DEFINITIVO Y RÉGIMEN PROVISIONAL

En la regulación que forma parte del sistema de LECiv contra las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales son admisibles dos recursos: el recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 468-476 LECiv), que permite hacer valer exclusivamente las causas de nulidad y de anulabilidad procesales, tanto las establecidas en leyes ordinarias, como las resultantes de la infracción de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la CE (art. 469); el recurso de casación, que sólo permite revisar los errores de Derecho material en la sentencia, y esto con las limitaciones que después veremos.

Para cada parte estos dos recursos son alternativos (art. 466.1 y 2 LECiv). Si cada una de las partes prepara recursos de diferente clase, el de infracción procesal se tramita preferentemente, y, si es estimado, se excluye la tramitación o la resolución de la casación, porque la sentencia es anulada y ha de ser dictada de nuevo, con lo cual el recurso de casación ha perdido su objeto.

Para el conocimiento del recurso extraordinario por infracción procesal son competentes las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 468 LECiv).

El artículo 73.1 LOPJ no tenía (ni tiene) prevista la atribución a estos órganos jurisdiccionales de competencia para conocer de esta clase de recursos y, por otra parte, tampoco existe una norma similar a la del artículo 56.1º LOPJ, que permite atribuir a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo «otros (recursos) extraordinarios en materia civil que establezca la ley». Por lo

tanto, para atribuir esa nueva competencia era (y sigue siendo) necesario reformar la LOPJ.

Por avatares parlamentarios, en el momento de aprobarse la LECiv, no fue posible la mayoría necesaria para reformar la LOPJ en un aspecto básico para posibilitar el sistema de recursos extraordinarios brevemente descrito.

Ante esta situación se hubiera podido optar por reconsiderar globalmente el sistema de recursos contra sentencias de segunda instancia. Diferentemente se optó por mantener en la LECiv el sistema resumidamente expuesto, como sistema definitivo que será aplicable cuando se introduzca la necesaria reforma en la LOPJ, y por establecer, hasta que eso ocurra, un régimen provisional del recurso extraordinario por infracción procesal, que es el recogido en la disposición final 16ª de la Ley 1/2000.

B) RÉGIMEN PROVISIONAL

El régimen provisional del recurso extraordinario por infracción procesal descansa, a mi juicio, sobre un triple fundamento, que explica el desarrollo del mismo en el contenido de la disposición final 16ª:

1ª) La competencia funcional para resolver el recurso se atribuye a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Ésta era la única solución ante la imposibilidad de reformar la LOPJ. No obstante, si las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia son competentes para conocer de recursos de casación [art. 73.1 a) LOPJ] estos recursos podrán fundarse en los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal.

2ª) Atendida la inevitable competencia funcional del Tribunal Supremo y el objetivo de moderar la carga de trabajo de este órgano jurisdiccional, el régimen de las resoluciones recurribles por infracción procesal se modifica, equiparándolo al establecido para la recurribilidad en casación, lo que implica limitar las resoluciones recurribles.

3ª) El recurso extraordinario por infracción procesal –como recurso de nulidad procesal– continúa siendo, tanto en un sentido lógico, como técnico-jurídico, previo al recurso de casación –relativo al control de la aplicación del Derecho en el enjuiciamiento de fondo–. Sin embargo, al resultar ya inevitable la atribución de la competencia al Tribunal Supremo, con la carga de trabajo que ello comporta, carece de sentido mantener el carácter alternativo de estos dos recursos. La parte puede presentar ambos recursos y, salvo la limitación que se verá, cualquiera de ellos.

La exposición del recurso extraordinario por infracción procesal la realizaremos atendiendo al régimen provisional, por ser el que actualmente está en vigor.

Por otra parte, hay que advertir que el tratamiento del recurso extraordinario por infracción procesal antes de la exposición del recurso de casación presenta el notorio inconveniente didáctico de hacer necesario el uso de remisiones «hacia delante»; es decir, a conceptos y regulaciones propios del recurso de casación, que sólo posteriormente serán expuestos. No obstante, el examen en este punto está justificado no sólo por la sistemática legal, sino principalmente por la naturaleza del recurso –como se ha hecho notar en el precedente punto 3º–.

ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

La competencia corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, del mismo modo que se distribuye entre esas dos clases de órganos jurisdiccionales la competencia funcional para conocer del recurso de casación (disp. final 16ª.1, regla 1ª).

La competencia de los Tribunales Superiores de Justicia se atribuye con expresión enrevesada: «Será competente para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, pero en los casos en que la competencia para el recurso de casación corresponde a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, las resoluciones recurridas podrán también impugnarse por los motivos previstos en el artículo 469 de la presente Ley». Con este modo de expresión sólo se persigue evitar el argumento de que, contra la letra del artículo 73.1 a) LOPJ, parezca atribuirse a los Tribunales Superiores de Justicia un recurso distinto a la casación.

RESOLUCIONES RECURRIBLES

Son recurribles mediante el recurso extraordinario por infracción procesal las mismas resoluciones que son recurribles en casación (disp. final 16ª.1, párr. 1º).

Ahora bien, si la recurribilidad en casación viene determinada por la concurrencia de interés casacional (art. 477.2.3º LECiv), las resoluciones sólo serán recurribles por infracción procesal si, simultáneamente, son recurridas en casación (disp. final 16ª.1, regla 2ª). La razón es la siguiente: el concepto normativo de «interés casacional» consiste en contradicciones jurisprudenciales o en indefinición jurisprudencial respecto de las normas rectoras del juicio de fondo; consiguientemente, si la parte no recurre en casación y pone en evidencia los datos necesarios para apreciar el interés casacional, resulta imposible determinar si la resolución es recurrible.

El párrafo segundo de la disposición final 16ª.1, regla 3ª, interpretado a la letra, es contradictorio con la regla 2ª. En virtud de esta última regla el recurso extraordinario por infracción procesal separado contra resoluciones distintas a las del art. 477.2.1ª y 2ª LECiv, debe ser rechazado en trámite de preparación (art. 480.1 en relación con el art. 479.4 LECiv). A mi juicio, en el párrafo citado al principio hay un error y lo que quiere decirse es que se han acumulado ambos recursos y el de casación se ha fundado exclusivamente en la existencia de interés casacional.

MOTIVOS DEL RECURSO

En esta materia no hay diferencias entre el régimen definitivo y el provisional. Tanto en aquél como en éste, los motivos del recurso son los establecidos en el artículo 469 LECiv.

En general sobre los motivos del recurso ha de apuntarse:

1º) Dado que se trata de un recurso extraordinario, los motivos en que puede fundarse la impugnación están legalmente limitados.

2º) Como ya he indicado antes este recurso es esencialmente un recurso de nulidad procesal por causas de nulidad y de anulabilidad establecidas en las leyes ordinarias o por infracción de los derechos fundamentales procesales reconocidos en el artículo 24 CE. Su estimación no conduce en ningún caso a una modificación del pronunciamiento de fondo (si se hubiera dictado), sino a la nulidad de actos procesales.

3º) Dado lo anterior, es posible que, en el mismo proceso, se interponga más de un recurso de esta naturaleza. Si así fuera, en los recursos posteriores no podrán ser admitidos los motivos que se funden en nulidades que pudieron ser denunciadas en recursos anteriores (el art. 467 LECiv se refiere a esta cuestión, pero se queda corto, porque sólo excluye las nulidades ya resueltas).

4º) Es requisito de la procedencia del recurso que la causa determinante de la nulidad o anulación o la vulneración del artículo 24 de la Constitución se hayan denunciado en la instancia y que, si esa instancia fuera la primera, la denuncia se haya reproducido en la segunda instancia.

Consideraremos a continuación los motivos del recurso que se establecen en el artículo 469 LECiv.

a) Infracción de las normas sobre jurisdicción y competencia

Los supuestos específicos que entran en el motivo son:

1º) Infracción de las normas que delimitan la extensión de la jurisdicción española en el ámbito internacional (básicamente arts. 21 y 22 LOPJ).

2º) Infracción de las normas que delimitan las atribuciones de la jurisdicción frente a las de la Administración.

3º) Infracción de las normas que delimitan la competencia genérica de los tribunales del orden jurisdiccional civil frente a la de tribunales de otro orden jurisdiccional (arts. 9 y 10 LOPJ) o a la de tribunales especiales reconocidos por la Constitución (art. 3 LOPJ).

4º) Error en cuanto al sometimiento de una controversia a arbitraje, porque el efecto de ese sometimiento (alegado mediante la declinatoria) es excluir que sobre su objeto pueda recaer el ejercicio de la potestad jurisdiccional (art. 65.2, párr. 2º LECiv).

5º) Infracción de las normas sobre competencia objetiva y funcional.

6º) Infracción de normas de competencia territorial cuando ésta se halle atribuida por normas imperativas (aunque el art. 469.1.1ª olvida incluirla, véase el art. 67.2 LECiv).

b) Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia

Este motivo comprende la infracción de las normas procesales que rigen la realización del acto sentencia.

Concurre este motivo en los supuestos siguientes:

1º) Infracción de los requisitos de claridad, precisión y separación de pronunciamientos siempre que redunden en la indeterminación del fallo.

2º) Infracción del deber de congruencia en cualquiera de sus modalidades.

3º) Falta de liquidez del pronunciamiento de condena pecuniaria si se hubiera pretendido condena líquida (art. 219 LECiv).

4º) Infracción del deber de invariabilidad de la sentencia después de la firma, salvo los casos de modificación admisible en aclaración o complementación de sentencia.

5º) Falta absoluta de motivación de la sentencia o motivación insuficiente atendidas las normas procesales que determinan su contenido. Los meros defectos de forma del acto de sentencia no dan lugar a este recurso porque sólo generan irregularidad.

6º) Infracción de la cosa juzgada. Al menos en cuanto a su función negativa: la función positiva es un vínculo parcial para el pronunciamiento de fondo en el segundo proceso y no una causa de inadmisibilidad de pronunciamiento.

Hay otras normas procesales cuya correcta aplicación o infracción se produce también en el acto de sentenciar, pero cuya infracción no determina nulidad de la sentencia, sino necesidad de rectificar su contenido. Es el caso, entre otras, de las que establecen el valor probatorio legal de los documentos públicos y privados, la carga de la prueba y las condiciones de la tutela jurisdiccional merodeclarativa y mediante condena a prestación futura.

El contenido legalmente previsto para la sentencia que estima un recurso por infracción procesal (la anulación de actuaciones y la reposición a un estado anterior -art. 476.2, párr. 4º-), no es el apropiado para tratar la infracción de esta clase de normas procesales. O se entiende que el contenido de la sentencia estimatoria, en estos casos, puede ser otro, o ha de sostenerse que estas infracciones han de hacerse valer en casación.

El régimen provisional del recurso extraordinario por infracción procesal ha vuelto a permitir que, si la causa de nulidad afecta sólo al acto-sentencia, el Tribunal Supremo corrija el vicio procesal sin necesidad de reponer actuaciones (disp. final 16ª.1, regla 7ª y 2). Se empaña, así, la fuerza de convicción del argumento expuesto. Pero continúa siendo cierto que si se han estimado infringidas normas procesales de la clase ahora considerada, la sentencia deberá consistir en modificar el pronunciamiento de fondo, lo que no parece objeto propio de este recurso, sino del recurso de casación.

El Tribunal Supremo se ha manifestado en contra de esta tesis en el ATS (Sala de lo Civil) de 27 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 1902).

c) Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión

Este motivo comprende los supuestos de nulidad o anulabilidad de los actos que integran el proceso, siempre que no estuvieran especialmente incluidos en otros motivos del recurso.

La cláusula general que se utiliza en el artículo presenta, respecto de la antigua descripción del motivo equivalente en el recurso de casación por quebrantamiento de forma, la ventaja de no exigir el requisito de la indefensión en todos los supuestos de nulidad.

Por una parte, la cláusula contiene una remisión a los supuestos de nulidad (arts. 238, 239 y 240.1 LOPJ). Por otra, permite aducir las infracciones de normas y garantías que hubieran podido producir indefensión, lo que ocurre es que estos supuestos lo son también de nulidad (art. 238.3ª LOPJ) o de anulación (art. 240.1 LOPJ), con lo que la segunda parte de la disposición se hubiera podido ahorrar sin pérdida de contenido normativo.

d) Vulneración, en el proceso civil, de derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución

Este es el motivo más amplio, por más indefinido, de los que pueden apoyar la impugnación.

Hay que observar, no obstante, que los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 CE no son los únicos cuya vulneración en un proceso civil determina la ineficacia de los actos de éste. También tiene ese efecto la vulneración del principio de igualdad (art. 14 CE) y de derechos fundamentales materiales (art. 18 CE) que determina la ilicitud de la prueba. Para alegar la violación de éstos será necesario relacionarla con los del artículo 24.

PROCEDIMIENTO

a) Preparación del recurso. Acumulación de recursos

El recurso ha de prepararse por escrito presentado ante el tribunal «a quo» en plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia (art. 470.1 y disp. final 16ª.1, regla 3ª).

El tribunal «a quo» lo tendrá por no preparado si la resolución no es recurrible, si no se alegan los motivos en los que se funda el recurso y si, en su caso, no se acredita haber denunciado o pedido la subsanación del defecto procesal (art. 470.3 LECiv). Esta resolución es recurrible en queja ante el tribunal «ad quem».

Si la misma parte presenta recurso de casación, ha de acumular ambos recursos desde el acto de preparación. Si los presentan partes diferentes, los recursos son acumulados de oficio. En ambos casos se produce la tramitación de los recursos en un procedimiento único (disp. final 16ª.1, reglas 3ª y 4ª), lo que está facilitado porque ambos recursos se tramitan con los mismos actos y éstos han de ser realizados en los mismos plazos.

b) Interposición del recurso y remisión de los autos al tribunal «ad quem»

En el plazo de los veinte días siguientes a aquel en que se tenga por preparado el recurso, habrá de presentarse, ante el tribunal «a quo», escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal, en el que se exponga razonadamente la infracción o vulneración cometida, expresando, en su caso, de qué manera influyeron en el resultado del proceso. También se podrá solicitar la práctica de alguna prueba que se considere imprescindible para acreditar la infracción o vulneración producida, así como la celebración de vista (art. 471 LECiv).

Si la misma parte ha preparado recurso de casación cumplirá, en el mismo acto, los requisitos de interposición de éste (disp. final 16ª.1, regla 3ª).

Presentado en tiempo el acto de interposición —en otro caso el recurso queda desierto— se remitirán los autos al tribunal «ad quem» (disp. final 16ª.1, regla 3ª).

Sobre los efectos de la falta de acompañamiento del justificante de pago de la tasa por ejercicio de la potestad jurisdiccional véase, en el Capítulo 11, el epígrafe «Suspensión del trámite de la demanda».

Las partes han de ser emplazadas para personarse ante el tribunal «ad quem» dentro de treinta días (nueva redacción del art. 472 LECiv). Es problemática la consecuencia de la falta de personación del recurrente. A mi juicio no puede ser la de deserción del recurso, porque no puede sostenerse que hay un desistimiento tácito cuando el recurso ya ha sido dotado de objeto y fundamentado por el recurrente y, además, la ley ha vinculado expresamente el efecto de la deserción a otra inactividad del recurrente (art. 471, párrafo tercero LECiv).

c) Control de admisión por el tribunal «ad quem»

Si sólo se hubiera preparado e interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal el control de admisión del tribunal «ad quem» se realizará según el artículo 473 LECiv y referido, como es obvio, únicamente a ese recurso. Ahora bien, como el régimen de las resoluciones recurribles las equipara a las del recurso de casación, el tribunal habrá de tener en cuenta la ordenación propia de éstas para la causa de inadmisión correspondiente.

Si se hubieran preparado e interpuesto ambos recursos, se resolverá, en primer término, sobre la admisión de la casación, y, si la inadmisión de ésta se funda en que la resolución no es recurrible, o si se inadmite una casación fundada en la existencia de interés casacional, en la misma resolución de inadmisión de la casación ha de resolverse también la inadmisión del recurso extraordinario por infracción procesal (disp. final 16ª.1, regla 5ª, último inciso).

En otros casos de inadmisión de la casación, y en caso de admisión de la misma, se resolverá a continuación sobre la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal, que aún puede ser inadmitido por defectos específicos que no tengan conexión con los requisitos de la casación.

d) Oposición al recurso y eventual vista

La oposición al recurso por la parte contraria y la eventual vista se realizarán, sin más, de acuerdo con lo dispuesto para el recurso extraordinario por infracción procesal (arts. 474 y 475 LECiv), si sólo estuviera admitido este recurso.

La acumulación con el recurso de casación, si también este recurso estuviera admitido, conducirá a la realización de los mismos actos (arts. 485 y 486 LECiv), aunque con la particularidad de la prueba, que sólo puede ser propuesta, admitida y practicada respecto del recurso extraordinario por infracción procesal.

LA SENTENCIA Y SUS EFECTOS

Hay que distinguir según el recurso extraordinario por infracción procesal tuviera o no acumulado un recurso de casación.

En todo caso, contra la sentencia que resuelva el recurso no cabe ningún recurso ante los tribunales ordinarios (disp. adic. 16ª.1, regla 8ª).

a) Con recurso de casación acumulado

Si el recurso extraordinario por infracción procesal es desestimado, en la misma sentencia ha de resolverse sobre el recurso de casación (disp. adic. 16ª.1, regla 6ª).

Si el recurso extraordinario por infracción procesal es estimado se dictará, según los motivos, alguno de los siguientes pronunciamientos:

1ª) Si se hubiera impugnado la sentencia por haber conocido el tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva, la Sala anulará la resolución impugnada y dejará a salvo el derecho de las partes a ejercitar las pretensiones ante quien correspondiere.

Mientras esté vigente el régimen provisional no es posible que el recurso sea admitido y estimado contra una resolución de abstención de conocer sobre el fondo por apreciar falta de jurisdicción o de competencia, dado que esa resolución será un auto definitivo, que no es recurrible con arreglo al régimen provisional.

2ª) En los demás casos de estimación del recurso, la Sala anulará la resolución recurrida y ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiere incurrido en la infracción o vulneración.

3ª) Si los vicios procesales sólo afectan al acto de sentencia, la estimación del recurso determinará que esos vicios sean subsanados en una nueva sentencia que dictará el tribunal *ad quem* (disp. adic. 16ª.1, regla 7ª).

En todos los casos, salvo el último, el recurso de casación queda sin objeto. En el último caso, en la nueva sentencia que dicta el tribunal *ad quem* para subsanar los vicios que afectaban a la sentencia anulada, ese mismo tribunal decidirá sobre el fondo del asunto en el sentido que corresponda por la estimación, en su caso, del recurso de casación.

b) Sin recurso de casación acumulado

Los pronunciamientos dependen de los motivos del recurso estimados según lo apuntado antes. La única particularidad digna de mención es que la no reposición de actuaciones, en caso de estimación del recurso por defectos procesales que sólo afecten al acto de sentencia, queda también establecida aunque no se hubiera acumulado recurso de casación (disp. adic. 16ª.2).

Capítulo 22

MANUEL ORTELLS RAMOS

SUMARIO.—LA CASACIÓN: ANTECEDENTES HISTÓRICOS.—CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.—ÓRGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE.—RESOLUCIONES RECURRIBLES EN CASACIÓN.—MOTIVO DEL RECURSO.—EL DESLINDE CON EL MOTIVO SEGUNDO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL.—A) Infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del pleito.—B) Casación y examen del enjuiciamiento de los hechos.—C) Recurso de casación e infracción de norma procesal.—PROCEDIMIENTO: PREPARACIÓN; INTERPOSICIÓN; ADMISIÓN; OPOSICIÓN; VISTA; SENTENCIA.—RECURSO EN INTERÉS DE LEY.

LA CASACIÓN: ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El instituto de la casación, tal como existe hoy en varias legislaciones, es básicamente una creación de los revolucionarios franceses. La obra de éstos tuvo, sin embargo, un inmediato precedente histórico en una institución similar existente en el antiguo régimen, a la que dieron una estructura diferente y cuyas bases ideológicas modificaron completamente (unos y otros antecedentes fueron investigados en una obra fundamental de CALAMANDREI).

1) Aunque la casación tiene un origen histórico tan perfectamente definido, algunos elementos de la institución surgen de modo aislado e incoherente en tiempos históricos más remotos.

En las fuentes romanas ya aparece configurada la categoría de la «sententia nulla», inicialmente por vicios del procedimiento que la precede y que se extiende con posterioridad a los casos en que la sentencia hubiera sido dictada «contra tam manifesti iuris formam», «expressim... contra iuris rigorem datam», «specialiter contra leges», es decir, en abierta contradicción con el Derecho objetivo. No había «sententia nulla» cuando se desconocía el derecho subjetivo del particular, en cuyo caso cabía apelar, sino cuando se desconocía la fuerza imperativa de la ley («contra ius constitutionis»).

La «sententia nulla» no precisaba ser impugnada para no producir sus efectos, dado que era sentencia inexistente, literalmente «nulla sententia», o sea «no sentencia».

Por influencias germánicas la «sententia nulla» dejó de significar y de ser tratada en la práctica como una sentencia inexistente y sin valor de tal. La sentencia, con independencia de sus vicios, estaba dotada de una «Formalkraft» (fuerza formal de obligar), de modo que era necesario un medio de impugnación para eliminarla e impedir que produjera efectos. Ese medio de impugnación, distinto de la apelación, fue la «querella nullitatis».

Pero la «querella nullitatis» del Derecho común se fundaba, además de en los vicios de procedimiento, no en que la sentencia fuera contraria al Derecho objetivo, sino en que contuviera un error de juicio manifiesto y evidente, fuera de hecho o de derecho. Queda, en consecuencia, desdibujado el fundamento «político» que tenía en las fuentes romanas la «sententia nulla» a causa de dictarse «contra ius constitutionis».

2) Dijimos que el antecedente inmediato de la casación estaba en el Derecho francés del Antiguo Régimen.

En los enfrentamientos entre el Rey y los *Parlements*, el primero, para proteger su potestad legislativa, dispuso la nulidad de las sentencias dadas contra las ordenanzas reales (*Ordonnance de Blois*, mayo de 1579 y otras, especialmente la de 1667). Esa nulidad era específicamente decretada por el Rey, con su Consejo de gobierno, de oficio.

Sin embargo para hacer más efectivo este control, que se llevaba a cabo en el solo interés del Soberano (como legislador), se aprovechó el espíritu de litigiosidad de los particulares, permitiendo que denunciaran al Rey las infracciones de las ordenanzas que se realizaban en las sentencias de los procesos, para que el Rey las anulara o casara.

Para conocer de esas denuncias se creó, con posterioridad, un específico órgano en el Consejo del monarca: el *Conseil des parties*.

El fundamento de la institución era político y radicaba en la protección de la potestad legislativa del Rey frente a las injerencias de los *Parlements* en la misma; sin embargo, fue progresivamente convirtiéndose en un medio de impugnación más, con el cual las partes en el proceso continuaban defendiendo su particular interés.

3) En la creación del Tribunal de Casación por los revolucionarios influyen dos tipos de factores.

Unos de tipo histórico: se tenía presente la experiencia del Antiguo Régimen sobre el enfrentamiento de los *Parlements* con el poder legislativo del monarca.

Otros factores eran ideológicos. Era necesario crear instrumentos que favorecieran la efectividad práctica de los fundamentales postulados revolu-

cionarios: protección de la ley como expresión de la voluntad general, vigencia del principio de igualdad ante la ley y rígida división de poderes. Este último postulado fue concebido inicialmente con gran exageración: se eliminó la interpretación judicial del derecho, atribuyéndose la resolución de las dudas interpretativas a la Asamblea legislativa (en vía preventiva: «référé facultatif»; o represiva, incardinada en la estructura inicial de la casación: «référé obligatoire»).

El *Tribunal de Cassation* se configura, en el Decreto de 27 de noviembre-1 de diciembre de 1790, como un órgano adjunto a la Asamblea legislativa, con la función política de proteger la observancia de la ley por los tribunales (la llamada función nomofiláctica), anulando sus sentencias contrarias a ella. En su configuración original no puede afirmarse que el *Tribunal de Cassation*, cuando casaba sentencias por el motivo de «contravención expresa al texto de la ley», realizara una función jurisdiccional. La función negativa del *Tribunal de Cassation* se concebía de modo tan estricto que ni podía motivar sus resoluciones, ni éstas vinculaban al tribunal de reenvío, de tal modo que, si se producía tercera demanda en casación, la cuestión jurídica era resuelta por el Cuerpo legislativo mediante una ley interpretativa en respuesta a «référé obligatoire». El *Tribunal de Cassation* no juzgaba inicialmente ni siquiera sobre la «questio iuris».

Esta situación se modificó con posterioridad, de una parte con la ampliación de los motivos de casación por errores «in iudicando in iure», comprendiendo no sólo la «contravention expresse au texte de la loi», sino también la «fausse interpretation» y la «fausse application»; de otra, con la supresión del «référé obligatoire» —el «facultatif» desapareció con el *Code Civil*— y la injerencia del juez de reenvío a la resolución sobre la cuestión de derecho emitida por la *Cour de Cassation* (reforma de 1837). La *Cour* desempeña desde entonces una función jurisdiccional, limitada, sin embargo, a la «questio iuris» de la relación controvertida, uniéndola a la finalidad inicial de nomofilaxis, la de unificar la jurisprudencia.

D. Su recepción en España.

El recurso de casación se recibe en el Derecho español bastante tardíamente. Contra lo que algunos autores han mantenido, el profesor FAIRÉN ha demostrado que el recurso de nulidad al que se refiere el artículo 261.9 de la Constitución de 1812, nada tiene que ver con la casación que se estaba configurando en Francia: se funda exclusivamente en vicios «in procedendo», sin tener en cuenta los errores «in iudicando in iure». Sin embargo en su artículo 261.10 se establecía un instrumento preventivo de nomofilaxis similar al «référé facultatif» de los franceses.

Realmente, el recurso de casación fue recibido, con el nombre de recurso de nulidad, en el Decreto de 4 de noviembre de 1838. Posteriormente fue regulado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855, la Ley provisional de reforma de la casación civil de 18 de junio de 1870, la Ley sobre Casación

Civil de 1878 y por la LECiv/1881, cuyas normas sobre la casación fueron objeto de diversas reformas (las más recientes la de 1984, que la redactó al Tít. XXI del Lib. II, y la de 30 de abril de 1992, que introdujo varias disposiciones sobre la casación con una tendencia en todo caso contraria de ese recurso).

La formación histórica de la casación española se había caracterizado por acentuar la tendencia a la defensa del «ius litigatoris». Además, la posibilidad de revisión del juicio de hecho y mantenía en el pleito el Tribunal Supremo la competencia para dictar la sentencia sobre el pleito de fondo, estimar una casación de fondo. Esa tendencia la confirmó y acentuó la reforma de 1984.

Ya la reforma de 1992 la cortó sustancialmente al impedir toda posibilidad de control en casación de los estrictos errores de hecho. Las reformas parciales no parecían tener un objetivo relacionado con los clásicos de la casación (nomofilaxis –garantía de la correcta interpretación y aplicación de la ley– y unificación de la jurisprudencia) o con una limitación de los mismos. Más bien parecían dirigirse, simplemente, a desviar el flujo de los mismos. Más bien parecían dirigirse, simplemente, a desviar el flujo de los mismos. Más bien parecían dirigirse, simplemente, a desviar el flujo de los mismos.

El régimen de la LECiv para el recurso de casación mantiene el mismo –en el sentido de excluir el acceso al recurso de los errores cometidos en el juicio de hecho–, suprime la casación por infracción procesal sustituida por un recurso de nulidad (véase el Cap. 21) – y, principalmente, atiende al modo en que regula las resoluciones impugnables, persiguiendo objetivos de unificación de jurisprudencia, sin dejar de lado la función de garantía de correcta interpretación y aplicación de la ley, y procurando evitar un crecimiento excesivo de la carga de trabajo de los altos tribunales del Estado –Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo–.

Esta configuración de la casación se ha debido a diversas razones:

En primer lugar, la regulación atiende a la necesidad de que el Tribunal Supremo forme jurisprudencia sobre toda clase de asuntos de Derecho Privado, no sólo sobre asuntos de determinada cuantía y de determinada materia. En esta posibilidad se estaba produciendo en diversas materias una divergencia en la aplicación de la misma norma que ponía en peligro el principio de igualdad ante la ley –entendido como igualdad en la aplicación de la ley– y la seguridad jurídica en el tráfico jurídico privado.

En segundo lugar, se ha pretendido conseguir el anterior objetivo sin perjudicar simultáneamente un aumento de la carga de trabajo del Tribunal Supremo. Al fin, además de excluir de la casación las infracciones procesales, era necesario introducir alguna norma de selección de las sentencias que podían tener acceso a la casación. En vez de utilizar la técnica de las normas que confieren al Tribunal Supremo una potestad discrecional de seleccionar los asuntos con relevancia casacional, el Civ opta por el método más objetivo de que la justificación de la posibilidad de

casación consista en la existencia de divergencias jurisprudenciales sobre asuntos iguales. Por otra parte, si por la novedad de la ley (novedad que no puede ser superior a cinco años), no hubiera existido posibilidad de aplicaciones judiciales, se posibilita el recurso con la simple finalidad de que el Tribunal Supremo pueda determinar si la aplicación realizada por la Audiencia Provincial es correcta. De este modo se persigue garantizar una interpretación y aplicación correctas de la ley.

En tercer lugar también se ha tenido presente la consideración de no reducir el acceso de los tribunales ordinarios previos a un posible acceso en amparo ante el Tribunal Constitucional por violación de derechos fundamentales no procesales. Así, las sentencias de las Audiencias Provinciales en apelación de los procesos en los que se ha pretendido la tutela judicial civil de dichos derechos son siempre susceptibles de casación.

OBJETO Y CARACTERÍSTICAS

La casación es un recurso extraordinario contra algunas sentencias definitivas mediante el cual se pide del Tribunal Supremo, único en la nación, la revisión de la sentencia a causa de errores de Derecho en los que se ha incurrido al resolver sobre el objeto del proceso.

Esta definición debe ser matizada con la advertencia de que, en caso de conflicto de ley civil propia de una Comunidad Autónoma, la competencia para resolver de la casación corresponderá al Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad (art. 73.1 a) LOPJ y art. 478.1, párr. 2º LECiv).

Para mejor sobre el concepto de la casación considerar algunas características fundamentales de la misma, como las siguientes:

Es un recurso extraordinario

Es un recurso extraordinario, porque sólo puede ser admitido (y, en su caso, admitido) si se interpone con fundamento en el motivo único enumerado por la ley (art. 477.1 LECiv). Correlativamente, el ámbito sobre el que se ejerce la potestad del tribunal de casación está doblemente limitado: primero, por el motivo legal y, dentro de éste, por las diversas infracciones de normas concretamente planteadas por el recurrente.

A la limitación que deriva de lo anterior se añade la de que sólo determinadas sentencias son recurribles en casación. A diferencia de la técnica utilizada para establecer las sentencias apelables (art. 455.1: todas las sentencias definitivas dictadas en primera instancia, y, además, otros autos establecidos por la ley), se usa para fijar las recurribles en casación la técnica de la limitación (art. 477.2 y 3 LECiv).

b) La casación no es una tercera instancia

El recurso de casación no se dirige de modo inmediato a obtener —como el de apelación— un nuevo pronunciamiento sobre el objeto del proceso, ni siquiera dentro de los límites que derivan del motivo fijado por la ley y, en concreto, de las infracciones de normas planteadas por el recurrente.

El objeto propio de la casación son las infracciones de normas por las que ha sido interpuesta y su específica finalidad es resolver sobre la estimación o desestimación de estas alegaciones en las que se concreta el motivo legal. Si el recurso es estimado, la sentencia es casada (art. 487.2 y 3 LECiv) y es preciso resolver nuevamente sobre el objeto del pleito. Esta resolución, en nuestro ordenamiento, corresponde al propio Tribunal Supremo o a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, actuando ya no como tribunal de casación sino como tribunal de instancia, y se contiene formalmente en la misma sentencia de casación (art. 487.3 LECiv: «casará la resolución impugnada y resolverá sobre el caso» —la cursiva es mía—). Esto desdibuja la característica que consideramos, que, en cambio, se ve muy clara en los ordenamientos que establecen el reenvío (remisión del asunto al tribunal de instancia para que dicte la sentencia) y se apreciaba en nuestro propio Derecho antes de la reforma de 1984, cuando el Tribunal Supremo debía dictar una sentencia de casación y otra, formalmente distinta, sobre el objeto del proceso.

c) Sólo permite revisar el juicio de Derecho sobre el objeto del proceso

El motivo legal de casación limita a las partes y al Tribunal Supremo al planteamiento y examen de la aplicación de las normas jurídicas en el enjuiciamiento de fondo.

El juicio sobre los hechos sólo es revisable en casación en la medida en que esté regido por normas jurídicas —reglas legales de valoración de la prueba— que pueden ser infringidas. Pero sobre esta cuestión puede haber dudas respecto de si puede ser planteada en casación o ha de serlo en el recurso extraordinario por infracción procesal.

Cabe decir entonces que el recurso de casación sólo permite controlar los errores de Derecho en el enjuiciamiento de la pretensión procesal objeto del proceso. Pero aunque esto es cierto como afirmación de entrada, la distinción entre errores de Derecho y de hecho no es fácil y sus zonas grises son campo abonado para ampliar los límites de la casación.

d) Su función de fijar y unificar la jurisprudencia

Con explicación en su origen histórico, la casación cumple una finalidad que trasciende de los intereses de los litigantes que acuden a ella: la fijación y unificación de la jurisprudencia.

Si se considera la regulación de las resoluciones recurribles en casación que realiza la LECiv en su artículo 477, se observa que junto al objetivo de garantizar una interpretación y aplicación correctas de la ley —al servicio del cual siempre está la casación—, se persigue también el de fijar y unificar la jurisprudencia.

Que esto es así se comprueba porque en algún supuesto (art. 477.3 LECiv) la recurribilidad en casación de una sentencia se determina específicamente por la circunstancia de que ha interpretado y aplicado las normas de modo contrario a como lo hacen otras sentencias de fondo sobre casos iguales. El recurso será o no estimado en función de que el tribunal de la casación entienda que ha sido o no infringida la norma por la sentencia recurrida, pero en todo caso se habrá permitido que ese tribunal examine si la divergencia jurisprudencial que presenta la sentencia puede ser o no considerada acorde con la ley.

Para que la finalidad de fijación y unificación de la jurisprudencia pueda cumplirse es necesario que sea único el órgano jurisdiccional competente para conocer de la casación. Así ocurría en nuestro Derecho al estar atribuida la competencia a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Pero el artículo 73.1 a) LOPJ atribuye a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia el conocimiento del recurso de casación contra resoluciones de órganos jurisdiccionales civiles con sede en la Comunidad Autónoma, si el recurso se funda en infracción del Derecho Civil, Foral o Especial, de la Comunidad Autónoma y si el Estatuto ha previsto dicha atribución. Como inmediatamente veremos este precepto constituye un riesgo para la función unificadora de la jurisprudencia que debe cumplir la casación, porque la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia no sólo conoce de la infracción de normas de Derecho Foral.

ORGANO JURISDICCIONAL COMPETENTE

La competencia funcional para conocer del recurso de casación corresponde:

1) A la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, por regla general (arts. 56.1º LOPJ y 478.1, párr. 1º LECiv).

2) A la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tenga su sede el órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución impugnada, siempre que el recurso se funde en infracción del Derecho Civil, Foral o Especial propio de la Comunidad Autónoma y que el Estatuto de Autonomía haya previsto esta atribución de competencia [art. 73.1 a) LOPJ y art. 478.1, párr. 2º LECiv].

Contienen esa previsión los Estatutos del País Vasco, Cataluña, Galicia, Comunidad Valenciana, Murcia, Aragón, Navarra, Extremadura e Islas Baleares.

Acabamos de ver que una de las finalidades que cumple la casación es la de unificar la jurisprudencia. Esto requiere que la competencia para conocer de la casación sea atribuida a un único órgano jurisdiccional. Aparentemente la ordenación competencial antes descrita no impide aquel objetivo, puesto que cada órgano jurisdiccional unificaría la jurisprudencia en el ámbito de un ordenamiento distinto. Sin embargo, basta recordar que «la sujeción al Derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil» (art. 14.1 CC) y no con arreglo a criterios territoriales, para darse cuenta de que no es así. Cuando el Derecho civil especial o foral de cierta Comunidad Autónoma sea aplicado por un órgano jurisdiccional que no tenga su sede en aquélla, la competencia para conocer del recurso de casación debe corresponder al Tribunal Supremo, de modo que respecto a aquel Derecho pueden formar jurisprudencia dos Tribunales.

Las disposiciones citadas de la LOPJ dejan abierto el problema de cuál será el órgano competente si el recurso se fundamenta tanto en la infracción de normas de Derecho Común, como en la de normas de Derecho Foral. El artículo 478.1, párrafo segundo LECiv atribuye la competencia en este caso a la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia. Evidentemente esta solución supone una nueva quiebra de la función unificadora del recurso, esta vez en cuanto a la interpretación del Derecho común.

No obstante, si la norma que se aduce como infringida es de naturaleza constitucional, la competencia corresponde a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (art. 5.4 LOPJ).

La Sala del Tribunal que reciba los autos examinará su competencia para conocer del recurso de casación, antes de pronunciarse sobre la admisibilidad del mismo. Si no se considerare competente, acordará, previa audiencia de las partes por plazo de diez días, la remisión de las actuaciones y emplazamiento de las partes para que comparezcan ante la Sala que se estime competente en el plazo de diez días (art. 484.1 LECiv).

Si la Sala que se ha considerado incompetente y ha remitido los autos es la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo su resolución es vinculante para la Sala del Tribunal Superior que los reciba (art. 484.3 LECiv). Si, por el contrario, es esta Sala la que ha remitido los autos a la Sala primera del Tribunal Supremo, ésta resuelve en definitiva si asume la competencia o entiende que corresponde a la Sala del Tribunal Superior (art. 52 LOPJ).

RESOLUCIONES RECURRIBLES EN CASACIÓN

La determinación de las resoluciones contra las que es admisible recurso de casación la realiza el artículo 477.2 y 3 LECiv.

Ya se ha llamado antes la atención sobre la diferente técnica de hacer esta determinación, en comparación con la que se sigue para determinar las resoluciones recurribles en apelación. No hay una norma general de recurribilidad, después restringida mediante normas expresas y especiales contrarias, sino una serie de normas que establecen la recurribilidad más o menos ampliamente, de modo que si una resolución no está comprendida en ellas, no es recurrible en casación.

Sentada esta consideración general, para ser recurribles en casación las resoluciones judiciales han de reunir las características que se indican a continuación.

a) Característica general

Ha de tratarse, en todo caso, de sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (art. 477.2 LECiv).

Consiguientemente no son recurribles:

1º) Los autos dictados por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia, y ello a pesar de que determinen la firmeza de un pronunciamiento de fondo (como ocurre, por ejemplo, con los autos que tienen por producido un desistimiento o una caducidad) o de que, sustancialmente, consistan ellos mismos en un pronunciamiento de fondo. Lo último ocurre con el auto de terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o por carencia sobrevenida de objeto, cuyos efectos equipara el artículo 22.1.II LECiv a los de «una sentencia absolutoria». Estos autos definitivos son recurribles mediante el recurso extraordinario por infracción procesal.

2º) Las sentencias dictadas en primera y única instancia [art. 73.2 a) y 73.2 b) LOPJ] por las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia. La letra del artículo 477.2 LECiv dificulta la conclusión de entender que el recurso de casación es admisible frente a estas sentencias, si concurre en ellas alguna de las características especiales que se indicarán a continuación.

También son recurribles las resoluciones, se dicten como sentencias o como autos, de la Audiencia Provincial al conocer de recursos sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones según Reglamento (CE) núm. 44/2001 (art. 44) o según Convenio de Lugano (art. 41).

b) Características especiales

Para ser recurribles en casación las sentencias de la clase indicada han de reunir, además, alguna de las características especiales siguientes.

- a) *Haber sido dictadas para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales, excepto de los que reconoce el artículo 24 de la Constitución (art. 477.1.1º LECiv).*

La delimitación positiva de esta primera característica plantea un problema. Sin duda están comprendidas las sentencias dictadas en los procesos en los que se ha formulado pretensión de tutela de un derecho fundamental (art. 249.1.2º LECiv), pero es, en cambio, dudoso, que estén comprendidas las sentencias dictadas en procesos en los que no haya sido pretensión de un derecho fundamental, pero para cuya resolución era relevante el contenido de un derecho fundamental, de modo que la norma que lo regula ha podido ser violada.

A mi juicio, la respuesta ha de ser afirmativa, si se atiende a la finalidad de esta norma es garantizar la correcta interpretación y aplicación de las normas que reconocen derechos fundamentales y mantener la independencia de los tribunales ordinarios previos a un posible acceso en última instancia al Tribunal Constitucional. Por otra parte, la sustancia de la infracción material es la misma.

La delimitación negativa de esta característica requiere apuntar que las sentencias que se pronuncien sobre derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución no son recurribles en casación —lo son mediante el recurso extraordinario por infracción procesal— y tampoco lo son las sentencias que se pronuncien sobre una norma constitucional cuyo contenido normativo no sea el de reconocer derechos fundamentales. La recurribilidad de las sentencias de la última clase sólo se produce cuando concurren en ellas algunas de las características que se indicarán a continuación.

- b) *Haber sido dictadas en asuntos de cuantía superior a los veinticinco millones de pesetas (art. 477.2.2º LECiv) o a ciento cincuenta mil euros, si la pretensión se funda en hechos posteriores a la entrada en vigor de la moneda europea (art. 1417/2001, 17 de diciembre).*

Esta cuantía es la del pleito, no la de la condena que la sentencia impone. Esto supone que si la cuantía de la condena es inferior a veinticinco millones (o 150.000 euros) el recurso es admisible (si excede de esa cuantía la cuantía del pleito), pero también que si, aun siendo el pleito de cuantía inferior, la condena excede (por un vicio de incongruencia) de veinticinco millones (o 150.000 euros), la sentencia no sería recurrible en casación. La última conclusión es inaceptable y habría que excluirla atendiendo a la prohibición de indefensión del artículo 24.1 CE y entender que en tal supuesto cabe casación.

Si la cuantía no puede ser estimada de una manera precisa, pero sí en forma relativa» (art. 253.2 LECiv) y esta determinación aproximada supone una valoración superior a los veinticinco millones (o 150.000 euros), la sentencia es recurrible.

Recurrible. No lo es, en cambio, la sentencia dictada en asunto de cuantía inferior a la indicada, pero que es inestimable (art. 253.3 LECiv).

La cuantía que se realiza inicialmente en el proceso (arts. 141.1 y 141.2) no es vinculante para la admisión de la casación. De una parte, la cuantía puede ser minorada como consecuencia de una sentencia de primera instancia desestimatoria y consentida por las partes (ATS, Sala de lo Civil, de 10 de octubre de 2002 [RJ 2003, 572]). De otra, al ser elemento determinante de la cuantía funcional ha de ser examinada de oficio por el tribunal del recurso de casación (art. 477.1 LECiv). ATS, Sala de lo Civil, de 31 de julio de 2002 [PROV 2002, 150]. En consecuencia, la STC (Sala Primera) 150/2002, de 15 de julio (RTC 2002, 150), establece que si una determinada cuantía ha sido clara e incontrovertida durante el proceso, a ella hay que estar a los efectos de admisión de la casación.

Interés casacional (art. 477.2.3º LECiv)

El concepto de interés casacional no es un concepto jurídico indeterminado. No basta de ser concretado, caso por caso, por el tribunal de casación, aunque a éste un margen de apreciación para la admisión o no de un recurso.

El contenido de este concepto se concreta legalmente en el apartado 3º del artículo 477 LECiv, cuyos diferentes supuestos revelan que el interés casacional consiste en posibilitar el desarrollo racional de líneas jurisprudenciales de interpretación de una norma y la fijación inicial de las mismas si, en la actualidad, la norma, aún no hubieran podido establecerse.

Se considerará que un recurso presenta interés casacional cuando:

1.ª La sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre la cuestión resuelta.

2.ª La sentencia resuelva puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Analizese cómo en estos dos supuestos no es suficiente que la casación revise la función nomofiláctica —es decir, que con ella se intente que el tribunal de casación establezca cuál es la correcta interpretación y aplicación de las normas materiales en la decisión de las cuestiones del pleito—. Para la casación del recurso es necesario que se ponga de manifiesto una contradicción jurisprudencial, lo que justificará que el Tribunal Supremo actúe para corregir la jurisprudencia revisando la incorrecta interpretación o aplicación de la norma material que se hubiera realizado en la sentencia recurrida.

3.ª La sentencia aplique normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo relativa a normas anteriores de igual o similar contenido.

Este supuesto determinante de interés casacional atiende nuevamente a las exigencias de la función nomofiláctica. De este modo se trata adecuadamente el siguiente problema: si, con ocasión de una ley nueva, las sentencias en segunda instancia de las Audiencias Provinciales interpretaran o aplicaran sus normas de modo uniforme pero incorrecto, no habría vía para que el Tribunal Supremo determinara en casación su correcta interpretación y aplicación. Este supuesto abre la vía adecuada.

c) **Criterios de los magistrados de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre la interpretación de las características especiales.**

Las características que se acaban de analizar pueden darse en cualquier tipo de sentencias que pueden recurrirse en casación según la característica general regulada en el primer párrafo del artículo 477.2 –que se examinaron en el precedente ap. a)–. No se hallan relacionadas sólo con unas clases de sentencias determinadas según unos criterios adicionales a los de la última disposición mencionada (véase el voto particular del magistrado Carlos Martínez de la Torre a la STC, Sala Primera, 23 marzo 2004; la sentencia no examinó la interpretación del TS sobre el régimen de recurribilidad).

Sin embargo, los magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo han estimado, mediante unos criterios aprobados en una llamada junta general, celebrada el 12 de diciembre de 2000, que cada una de las tres características especiales sólo puede darse respecto de determinadas clases de sentencias: la primera, en las dictadas en juicio ordinario en el que se hubiera pretendido tutela de un derecho fundamental; la segunda, respecto de las sentencias dictadas en juicio tramitado como ordinario en atención a la cuantía; la tercera, en el caso de sentencias dictadas en cualquier clase de juicio cuya adecuación se determine por razón de la materia.

El TC ha entendido que la interpretación del TS no viola el derecho a la tutela judicial efectiva en su faceta de derecho al recurso legal, por que no es una interpretación irrazonable y arbitraria (ATC 190/2004, 26 de mayo; ATC 200/2004, 27 de mayo). Eso no significa, sin embargo, que sea la interpretación más correcta, principalmente si se tiene presente una función (unificación de doctrina jurisprudencial) que el TS ha reclamado insistentemente para sí.

Obviamente, mediante esta interpretación se consigue descargar de trabajo a la Sala Primera. Pero a costa de impedir el fin de política legislativa que se perseguía con la nueva ordenación de la recurribilidad en casación, que se expuso al final del primer epígrafe de este capítulo. El recurso pierde utilidad como instrumento general para garantizar la igualdad en la aplicación de la ley en toda materia de Derecho privado; en efecto, se cercena toda posibilidad de que el Tribunal Supremo establezca doctrina jurisprudencial.

judicial sobre asuntos cuya cuantía no alcance la prevista en el artículo 477.2 y para los que la adecuación del procedimiento no se determine en atención a la materia.

En cualquier caso, debe advertirse que los mencionados criterios no vinculan a los magistrados que en cada recurso integren el colegio juzgador (art. 264.2 LOPJ, suponiendo que el acuerdo adoptado fuera de la clase prevista en este artículo), ni a los jueces de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia en los recursos de casación para los que son competentes (art. 12.3 LOPJ). En efecto, algunos de estos tribunales se apartan de aquella interpretación: ATSJ Cataluña (Civil y Penal) 18 abril 2002 (RJ 2002, 746); ATSJ Cataluña (Civil y Penal) 3 octubre 2002 (RJ 2002, 10567); STSJ Navarra (Civil y Penal) núm. 15/2002, de 6 de junio (RJ 2002, 9004).

MOTIVO DEL RECURSO: EL DESLINDE CON EL MOTIVO SEGUNDO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL

En correspondencia con el carácter extraordinario del recurso, el artículo 477.1 LECiv establece los motivos por los que puede interponerse y, en su caso, estimarse: «El recurso de casación habrá de fundarse, como motivo único, en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso».

La delimitación de este único motivo requiere examinar:

1º) En qué consiste el fundamento del recurso en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del pleito.

2º) La no admisibilidad de la casación que se funde en errores en el enjuiciamiento de los hechos.

3º) La no admisión del fundamento de la casación en infracción de normas procesales.

A) INFRACCIÓN DE NORMAS APLICABLES PARA RESOLVER LAS CUESTIONES OBJETO DEL PLEITO

Es el motivo genuino del recurso de casación y consiste en los errores producidos en el enjuiciamiento jurídico de la pretensión procesal y de las defensas de fondo hechas valer por las partes. En cuanto sólo se permite denunciar errores en el enjuiciamiento jurídico, para constatarlos es necesario partir de los hechos probados en la sentencia de instancia o intentar, en el propio recurso, la modificación de estos hechos a través de este mismo motivo por infracción de normas de prueba legal (aunque, como veremos, ésta es una posibilidad discutible).

Por regla general esos errores se referirán a normas de Derecho material privado (manifestadas a través de las fuentes que luego consideraremos). Se discute si puede alegarse en la casación civil la infracción de normas materiales de carácter no privado (administrativas, tributarias, laborales), aceptándose esto por algunos autores si tales normas deben ser aplicadas para resolver un caso de Derecho privado. El problema de si la infracción de ciertas normas procesales puede tener acceso a la casación lo trataremos después.

Para que la norma pueda afirmarse infringida es necesario que la infracción se produzca en el fallo o parte dispositiva de la sentencia. No hay infracción cuando se producen errores jurídicos en el razonamiento que precede al fallo, siempre que tales errores no trasciendan a éste, determinando efectivamente su sentido. Lo único que importa es la observancia de la norma en la parte de la sentencia que, por tener valor vinculante, niega o afirma la eficacia normativa en lo concreto. Ahora bien, la normal continuidad entre motivación y fallo, permitirá demostrar la infracción cometida en éste partiendo de los errores manifestados en aquélla.

Una norma puede ser infringida de maneras muy diversas. Se puede distinguir —aunque identificar alguna de estas modalidades de infracción ya no tiene ninguna influencia en la admisión del recurso— entre la infracción consistente en un desconocimiento abierto y frontal de la norma que debió aplicarse; la que se produce por una errónea interpretación de la norma, atribuyéndole un significado que no le corresponde; en fin, la infracción consistente en aplicarla a un supuesto de hecho que no da base a su aplicación, clase de infracción que deriva de una previa calificación jurídica incorrecta del supuesto de hecho.

Por normas que pueden ser infringidas hay que entender las siguientes:

1ª) En primer lugar la Constitución, cuyos preceptos tienen —además de una eficacia especial— la eficacia propia de toda norma jurídica, siendo directamente aplicables por los tribunales ordinarios. El artículo 5.4 LOPJ despeja —si necesario fuera; lo mismo debería afirmarse si este precepto no existiera— toda duda sobre este particular.

2ª) Las leyes formales, los decretos-leyes y los decretos legislativos resultado de una delegación legislativa. A mi juicio también las leyes de bases, porque los tribunales sólo están sujetos a los decretos legislativos que las desarrollen en la medida en que no excedan de los límites de la delegación.

La infracción de disposiciones de rango inferior a la ley no tiene acceso por sí sola al recurso: el recurso habrá de fundarse en la infracción de la ley desarrollada por aquellas disposiciones. Por otra parte, el recurso sólo podrá ser estimado si la disposición de rango inferior a ley es acorde con ésta, en caso contrario, la potestad de examen de legalidad y de inaplicación de reglamentos (art. 6 LOPJ) impedirá el éxito del recurso.

Entre las leyes están, obviamente, incluidas las de las Comunidades Autónomas sobre Derecho civil, foral o especial propio [art. 73.1 a) LOPJ].

4ª) Las normas jurídicas contenidas en tratados internacionales que forman parte del ordenamiento español (arts. 96.1 CE y 1.5 CC).

5ª) Las normas de Derecho comunitario europeo originario (tratados constitutivos y sus modificaciones) y derivado.

6ª) Las leyes extranjeras cuando sean de aplicación por los tribunales españoles al venir reclamadas por la normativa conflictual.

El tratamiento en casación de la ley extranjera no es pacífico. Según una postura sólo puede acceder a casación como cuestión de hecho, es decir, en cuanto al problema de la existencia, contenido y vigencia de esa ley. Según otra orientación, como la norma extranjera cumple en el enjuiciamiento la misma función que la norma nacional (y además es ésta la que impone su aplicación), las infracciones de aquélla pueden fundar un motivo de casación. De sostenerse la primera postura la cuestión no podría, hoy, acceder a casación, salvo que se fundara en infracción de normas de prueba legal (y aun esto sería discutible).

7ª) Las normas consuetudinarias, siempre que estén probadas (esta cuestión no puede ya acceder al recurso) y dentro de los límites del artículo 1.3 CC.

8ª) Los principios generales del derecho (art. 1.4 CC). Es difícil que sea autónomamente su infracción lo que motive el recurso: en primer lugar, porque la jurisprudencia viene exigiendo que estén recogidos en una ley, como implícitos en ella, o que la propia jurisprudencia los hubiera formulado; en segundo lugar, porque al poderse motivar la casación en infracción de la Constitución, en ésta aparecen formulados los principios de derecho fundamentales en nuestro ordenamiento.

No hay casación por infracción de jurisprudencia. La oposición de una sentencia a la doctrina jurisprudencial de la Sala Primera del Tribunal Supremo y la contradicción o divergencia con la jurisprudencia de otros tribunales son circunstancias que condicionan la admisión del recurso. La estimación del motivo correspondiente requiere, en todo caso, que el tribunal de casación estime infringida una norma.

B) CASACIÓN Y EXAMEN DEL ENJUICIAMIENTO DE LOS HECHOS

En los regímenes de la casación ajustados a la concepción originaria de esta institución, los motivos del recurso no permiten alcanzar en él una modificación de los hechos fijados en la sentencia de instancia, sea mediante apreciación de la prueba o de otro modo. Más bien hay que partir de esos

hechos para determinar la existencia de errores de Derecho en el juicio, únicos revisables en sede casacional.

En anteriores regulaciones de la casación en España, esta regla sólo tenía una excepción que, bien mirado, tampoco era tal: el juicio de hecho podía ser modificado si se había realizado con infracción de las normas legales de valoración de ciertos medios de prueba. En realidad, pues, tampoco se trataba de controlar un error de hecho, sino un error de derecho: el consistente en infringir reglas legales de valoración probatoria. Esta posibilidad es hoy problemática por otras razones.

La limitación de la casación a la cuestión de Derecho y la correlativa exclusión de la cuestión de hecho, ni ha sido, ni es, ni será pacífica en la práctica. Por un lado, a causa de la natural tendencia de los litigantes a ampliar los límites del recurso. De otro lado, porque, desde un punto de vista técnico-jurídico, la distinción entre aquellas dos clases de cuestiones dista de ser, siempre, clara y precisa.

Una muestra significativa de ciertos aspectos discutidos de la referida distinción es la siguiente:

1) La diferenciación entre lo que supone revisar la fijación de hechos (cuestión de hecho) y lo que supone revisar el juicio sobre la esencia, calificación o significado jurídicos de los hechos fijados (cuestión de derecho, previa a la aplicación de la norma, pero posiblemente determinante de errores en tal aplicación).

2) La integración, en el caso concreto, de conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo: diligencia del buen padre de familia, del ordenado comerciante, buena fe, dolo, fraude, caso fortuito, fuerza mayor, culpa, etc.): uno es el problema de que ciertos hechos hayan ocurrido o no (ésta sería cuestión de hecho), otro es el problema de si los hechos que se entienden acaecidos pueden o no ser subsumidos bajo aquellos conceptos (cuestión de derecho).

3) En la interpretación de los negocios jurídicos debe distinguirse entre tener o no por cierta la declaración de voluntad y el problema jurídico (y al que dedica regulación específica los arts. 675 y 1281 a 1289 CC) de la significación y alcance que debe darse a la voluntad declarada.

4) Bajo la vigencia de la LECiv/1881 no tuvo éxito el intento de conseguir el control en casación de la valoración de pruebas de libre apreciación al amparo de la infracción de las «reglas de sana crítica» que, según diversos preceptos (arts. 609, 639 y 659 antigua LECiv; y ahora arts. 326.2, 316.2, 348, 376, 384.3 y 218.2 LECiv), deben tenerse en cuenta en la valoración.

5) La construcción de presunciones judiciales tuvo acceso a casación por entenderse que infringía el artículo 1253 CC (artículo de contenido igual al del art. 386.1 LECiv) fijar un hecho presunto sin establecer el enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano o establecerlo de modo absurdo.

EL RECURSO DE CASACIÓN E INFRACCIÓN DE NORMA PROCESAL

La improcedencia de fundar un recurso de casación en infracción de normas procesales, puede ser explicada tanto con la consideración de que la infracción de estas normas funda específicamente el recurso extraordinario por infracción procesal, como con base en que tales normas no pueden ser infringidas al resolver las cuestiones objeto del proceso, sencillamente porque no son aplicables para esa resolución.

No obstante, esta nítida distinción entre infracción de normas procesales que permanecería fuera de la casación y sería objeto del recurso extraordinario por infracción procesal— e infracción de normas materiales —sólo en la cual podrían fundarse los motivos de casación— dista de ser tan clara y, en algún caso, no tiene la consecuencia de imposibilitar el examen de infracción de normas procesales en casación.

a) El deslinde del motivo único de la casación con el motivo segundo del recurso extraordinario por infracción procesal

El artículo 469.1.2ª LECiv establece como uno de los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal «Infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia».

Por otra parte, la estimación de este recurso tiene como única consecuencia prevista por la ley la de que «la Sala anulará la resolución recurrida y ordenará que se repongan las actuaciones al estado y momento en que se hubiere incurrido en la infracción o vulneración» (art. 476.2 LECiv).

Hay normas reguladoras de la sentencia para cuya infracción es adecuado ese efecto: las que regulan los requisitos de forma, los de objeto al que ha de referirse el pronunciamiento, la mayoría de magistrados para la adopción de la resolución.

Hay otras normas procesales, aplicables en el momento del enjuiciamiento, pero que no rigen la forma y los límites de la potestad de resolver, sino que influyen en el propio sentido estimatorio o desestimatorio del pronunciamiento sobre las pretensiones, del mismo modo que las normas de Derecho material.

Es el caso de las normas que establecen el valor probatorio legal de ciertos resultados de algunos medios de prueba, las condiciones de concesión de la tutela declarativa o de condena a prestación futura, de las que rigen la decisión sobre el fondo de acuerdo con las reglas de carga de la prueba (art. 217 LECiv), la decisión positivamente vinculada por el efecto prejudicial de la cosa juzgada (art. 222.4 LECiv). También se podría incluir en esta relación la norma que rige la construcción de presunciones judiciales (art. 386.1 LECiv), cuya infracción ha admitido el Tribunal Supremo como caso de infrac-

ción de ley, sin que el hecho de que la disposición haya cambiado de contenido legal signifique que ha cambiado de naturaleza jurídica.

En estos casos, por una parte, el efecto de la estimación del recurso extraordinario por infracción procesal no es apropiado al contenido de la norma procesal infringida; no basta con anular y reponer las actuaciones, sino que la estimación del recurso ha de implicar la modificación del contenido de la sentencia. De otro lado, esta clase de normas procesales «no aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso».

Parece razonable entender que la infracción de esta clase de normas puede fundar un recurso de casación. Pero el TS no lo entiende así. ATC (Sala de lo Civil) 27 noviembre 2001 (RJ 2002, 1902).

b) Nulidad de actuaciones en casación debida a causas anteriores a la tramitación de este recurso

El artículo 240.2 LOPJ dispone que «el Juzgado o Tribunal podrá, de oficio o a instancia de parte, antes de que hubiere recaído sentencia definitiva o resolución que ponga fin al proceso, y siempre que no proceda la subsanación, declarar, previa audiencia de las partes, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna en particular».

Esta disposición permite pensar que, aunque las partes no puedan fundar el recurso de casación en la infracción de normas procesales, pueden pedir del tribunal de casación que declare la nulidad de actuaciones en los casos de nulidad de pleno derecho de los artículos 238, 239 y 240.1 LOPJ, con lo que sustancialmente consiguen el mismo resultado.

Con los artículos 240.2, párrafo segundo LOPJ y 227.2, párrafo segundo LECiv, 227.2, párrafo segundo LECiv se ha querido limitar esa posibilidad, aunque no se ha excluido completamente: «En ningún caso podrá el tribunal, con ocasión de un recurso, decretar de oficio una nulidad de las actuaciones que no haya sido solicitada en dicho recurso, salvo que apreciarse falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional o se hubiese producido violencia o intimidación que afectare a ese tribunal».

PROCEDIMIENTO: PREPARACIÓN; INTERPOSICIÓN; ADMISIÓN; OPOSICIÓN; VISTA; SENTENCIA

El tratamiento procedimental del recurso de casación consta de una serie de actos ordenados en las etapas siguientes: preparación, primer control de admisión, con eventual recurso de queja, interposición, admisión, oposición, vista y decisión.

Las siguientes referencias al Tribunal Supremo deben entenderse también hechas a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, si la competencia para conocer del recurso de casación correspondiera a una de estas.

a) Preparación del recurso, primer control de admisión y eventual recurso de queja (arts. 479 y 480 LECiv)

La preparación del recurso se realiza mediante escrito presentado ante el mismo órgano que dictó la resolución impugnada y en el plazo de cinco días desde su notificación.

En el escrito habrá de constar:

1ª) La exposición sucinta de la vulneración de derecho fundamental que se considere cometida y en la que vaya a fundarse el recurso.

2ª) La expresión de la infracción legal que se considere cometida, y las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria en que se funde el interés casacional que se alegue, si la recurribilidad en casación se basa en la concurrencia de ese interés.

El TS entiende que la mención de las sentencias ha de ir acompañada de la exposición del modo en que se produce la contradicción. El TC ha estimado que no lesiona el derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho al recurso, si la casación no es tenida por preparada, por haberse omitido aquella exposición (STC, Sala Primera, 23 marzo 2004 [RTC 2004, 46]).

Sobre el acto de preparación el tribunal «a quo» realiza un primer control de admisión con el alcance limitado a comprobar si se han cumplido los requisitos del acto de preparación (resolución recurrible, plazo de preparación y manifestaciones que ha de contener el acto de preparación).

Contra el auto que no admite la preparación, y contra cualquier otro auto del tribunal «a quo» que impida la tramitación de la casación, cabe recurso de queja ante el tribunal competente para decidir sobre la casación. Contra la resolución que la admita no cabe recurso, pero tampoco hay cosa juzgada formal sobre la cuestión de admisión que puede ser resuelta después y de otro modo, de oficio (art. 483.2.1ª LECiv) o a instancia de parte (art. 480.2 LECiv).

b) Interposición del recurso y remisión de los autos al tribunal «ad quem» (art. 481 LECiv)

En el plazo de los veinte días siguientes a aquel en que se tenga por preparado el recurso de casación, habrá de presentarse, ante el tribunal que hubiese dictado la sentencia recurrida, escrito de interposición, cuyo contenido es el siguiente:

1º) Exponer con la necesaria extensión los fundamentos de la infracción de normas alegada en el recurso.

2º) Exponer razonadamente las diversas circunstancias que conducen a que la casación sea admisible por concurrencia de interés casacional. Además, al escrito de interposición se acompañará texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional.

3º) Pedir la celebración de vista.

Al escrito de interposición se acompañarán certificación de la sentencia impugnada y, cuando sea procedente, texto de las sentencias con la doctrina que fundamente el interés casacional.

Si el acto de interposición no se presenta en plazo, el recurso se declarará desierto y se impondrán al recurrente las costas causadas, si las hubiere.

En otro caso se remitirán los autos al tribunal competente para resolver sobre la casación (Tribunal Supremo, Tribunal Superior de Justicia) para que continúe su tramitación ante el mismo.

Sobre los efectos de la falta de acompañamiento del justificante de pago de la tasa por ejercicio de la potestad jurisdiccional véase, en el Capítulo 11, el epígrafe «Suspensión del trámite de la demanda».

Las partes han de ser emplazadas para personarse ante el tribunal «ad quem» dentro de treinta días (nueva redacción del art. 482.1 LECiv). Es problemática la consecuencia de la falta de personación del recurrente. A mi juicio no puede ser la de deserción del recurso, porque no puede sostenerse que hay un desistimiento tácito cuando el recurso ya ha sido dotado de objeto y fundamentado por el recurrente y, además, la ley ha vinculado expresamente el efecto de la deserción a otra inactividad del recurrente (art. 481.4 LECiv).

c) Control de admisión por el tribunal «ad quem» (arts. 483 y 484 LECiv)

Recibidos los autos en el tribunal, se pasarán las actuaciones al Magistrado ponente para que se instruya y someta a la deliberación de la Sala lo que haya de resolverse sobre la admisión o inadmisión del recurso de casación. Previamente a resolver sobre la admisión, la Sala ha de examinar su competencia funcional para conocer del recurso del modo que se indicó al tratar de la competencia.

La Sala acordará la inadmisión del recurso en los casos siguientes:

1º) Si el recurso fuera improcedente, por no ser recurrible la sentencia o por cualquier defecto de forma no subsanable del acto de preparación.

2º) Si el escrito de interposición del recurso no cumpliera los requisitos establecidos por la ley.

3º) Si el asunto no alcanzase la cuantía requerida. Recuérdese que a efectos de cuantía ha de estarse a lo que se haya resuelto con resolución firme en su momento.

4º) Si no existiere interés casacional por inexistencia de oposición a doctrina jurisprudencial, por falta de jurisprudencia contradictoria o si la norma que se pretende infringida llevase vigente más de cinco años o, si bien de la Sala existiese doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre dicha norma o sobre otra anterior de contenido igual o similar. Asimismo se inadmitirá el recurso interpuesto ante el Tribunal Superior de Justicia, si la Sala de lo Civil considera que ha sentado doctrina sobre la norma discutida o sobre otra anterior de contenido igual o similar.

La Sala, antes de resolver, pondrá de manifiesto mediante providencia la posible causa de inadmisión del recurso de casación a las partes personadas para que, en el plazo de diez días, formulen las alegaciones que estimen procedentes.

Si la Sala entendiere que concurre alguna de las causas de inadmisión, dictará auto declarando la inadmisión del recurso de casación y la firmeza de la resolución recurrida. Si la causa de inadmisión no afectara más que a alguna de las infracciones alegadas, resolverá también mediante auto la admisión del recurso respecto de las demás que el recurso denuncie.

Contra el auto que resuelva sobre la admisión del recurso de casación no se dará recurso alguno. No obstante, la parte recurrida puede hacer valer en el acto de oposición al recurso las causas de inadmisión que no hubieran sido ya rechazadas por el tribunal (art. 485, párr. 2º LECiv).

Cuando entre en vigor el régimen definitivo del recurso extraordinario por infracción procesal habrá que tener en cuenta lo siguiente: resuelta la admisión se suspende la tramitación del recurso de casación pendiente ante el Tribunal Supremo en el caso de que se estuviera tramitando recurso por infracción procesal interpuesto por la parte no recurrente en casación. El procedimiento de la casación se reanudará cuando el recurso por infracción procesal sea desestimado (art. 488 LECiv, actualmente inaplicable según la disp. final 16ª Ley 1/2000).

d) Oposición al recurso y eventual vista (arts. 485 y 486 LECiv)

Admitido el recurso se dará traslado del escrito de interposición a las partes recurridas personadas para que, en plazo común de veinte días, presenten escritos de oposición al recurso y manifiesten si estiman necesaria la celebración de vista.

Concluido el plazo, si todas las partes lo han pedido o la Sala lo considera conveniente para la mejor impartición de justicia señalará la vista. En otro caso señalará día para votación y fallo.

La vista se somete a las reglas generales, informando los abogados de las partes por el orden fijado en el artículo 486.2 LECiv.

e) Sentencia (art. 487 LECiv)

La Sala dictará sentencia sobre el recurso de casación dentro de los veinte días siguientes al de finalización de la vista, o al señalado para la votación y fallo.

La estimación o desestimación del recurso depende de que el tribunal considere o no fundadas las infracciones de normas que hayan sido alegadas como motivo del mismo. En todo caso, la sentencia de casación resuelve sobre ese objeto y, como consecuencia y respectivamente, decide casar la sentencia impugnada o confirmarla.

Si la sentencia es casada, el mismo tribunal dictará sentencia sobre el objeto del proceso, realizando un enjuiciamiento de las cuestiones de Derecho coherente con la estimación de la casación.

Si la sentencia fue recurrible por interés casacional debido a la divergencia con otra doctrina jurisprudencial, la sentencia que estime el recurso de casación expondrá la doctrina jurisprudencial que considere ajustada a la ley. El recurso de casación que ha sido admisible por interés casacional no debe ser estimado por la simple razón de que la sentencia recurrida diverge de una doctrina jurisprudencial establecida, aunque ésta corresponda al Tribunal Supremo. Esa divergencia sólo influye en la admisión del recurso. Para el pronunciamiento sobre el fondo del recurso lo decisivo es que en la sentencia recurrida se infrinja la norma a juicio del tribunal de casación; esto permite a este tribunal modificar su doctrina jurisprudencial para ajustarla a una mejor interpretación y aplicación de la norma.

Los pronunciamientos de la sentencia de casación en ningún caso afectarán a las situaciones jurídicas creadas por las sentencias, distintas de la impugnada, que se hubieren invocado, dado que el recurso no se dirige frente a éstas.

RECURSO EN INTERÉS DE LEY

La atribución a las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia del conocimiento de los recursos extraordinarios por infracción procesal, sin posibilidad de recurso posterior al Tribunal Supremo en cuanto a las materias procesales propias de aquel recurso, determina la falta de instru-

mentos para fijar y desarrollar racionalmente doctrina jurisprudencial sobre las normas procesales.

Realmente existe un instrumento que puede servir para ese fin: a través del amparo ante el Tribunal Constitucional, que puede ser interpuesto cuando se agoten las posibilidades de impugnación ante los tribunales ordinarios, puede pretenderse la tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal (art. 24 CE). De ese modo la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional puede unificar la comprensión del contenido esencial de estos derechos. Se trata, pues, de un instrumento de unificación de alcance limitado.

Al servicio del objetivo de fijación y desarrollo racional de la doctrina jurisprudencial sobre materias procesales, la LECiv ha establecido el llamado recurso en interés de la ley (arts. 490-493 LECiv, actualmente inaplicables según la disp. final 16ª Ley 1/2000).

Ahora bien, las normas que rigen este recurso no serán aplicables mientras las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia carezcan de competencia para conocer, con carácter general, del recurso extraordinario por infracción procesal (disp. final 16ª.2 Ley 1/2000), puesto que, hasta que adquieran esa competencia no surge el problema de dispersión jurisprudencial sobre cuestiones procesales, porque la competencia provisional para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal corresponde, principalmente, a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (disp. final 16ª.1, regla 1ª Ley 1/2000).

Todo lo que sigue está, pues, supeditado a que entre en vigor el régimen definitivo del recurso extraordinario por infracción procesal y los artículos que se citan son actualmente inaplicables según la disposición final 16ª Ley 1/2000.

a) Resoluciones impugnables

Lo son las sentencias de las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia que resuelvan recursos extraordinarios por infracción procesal y sostengan criterios discrepantes sobre la interpretación de las normas procesales (art. 490.1 LECiv).

Es requisito de su recurribilidad que no hayan sido recurridas en amparo (arts. 490.2 y 492.2.2ª LECiv), porque en tal caso el Tribunal Constitucional podrá determinar cuál es la doctrina jurisprudencial correcta, al menos en cuanto al respeto al contenido esencial del derecho fundamental que se alegue como violado.

Las sentencias impugnadas pueden ser varias (argumentando con base en art. 492.3 LECiv), siempre que haya divergencias de alguna de ellas con las restantes o de varias entre sí respecto de la misma norma procesal, y que no haya transcurrido un año desde que se haya dictado la sentencia más moderna de las impugnadas (art. 492.1 LECiv).

b) Legitimación para recurrir (art. 491 LECiv).

Están legitimados sin más requisitos el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo.

Están también legitimadas las personas jurídicas de Derecho público, a condición de que, por las actividades que desarrollen y las funciones que tengan atribuidas, en relación con las cuestiones procesales sobre las que verse el recurso, acrediten interés legítimo en la unidad jurisprudencial sobre esas cuestiones. Por ejemplo, los Colegios de Abogados y de Procuradores estarían ampliamente legitimados para interponer el recurso por discrepancias jurisprudenciales sobre cualquier materia procesal; los Colegios de Arquitectos o de Ingenieros respecto de discrepancias relativas a materias procesales sobre prueba pericial en la que intervengan esos profesionales.

La falta de legitimación de las partes en los procesos en los que se han dictado las sentencias recurridas se explica por qué la resolución del recurso no les afecta en absoluto, según veremos después.

c) Órgano competente y procedimiento del recurso.

Es competente para conocer del recurso la Sala Primera del Tribunal Supremo (art. 492.1 LECiv).

La ley no dispone que, en el escrito de interposición, los recurrentes deban pedir una declaración determinada sobre la que estimen interpretación más correcta de la norma procesal que ha tenido interpretaciones divergentes. Han de acompañar copias certificadas o testimonios de esas sentencias (art. 492.2.1ª LECiv).

Del escrito o escritos de interposición se dará traslado a quienes se hubieren personado como partes en los procesos en que hubieran recaído las sentencias objeto del recurso, para que, en el plazo de veinte días, puedan formular alegaciones expresando los criterios jurídicos que consideren más fundados (art. 492.3 LECiv).

d) Sentencia del recurso: contenido y efectos.

La sentencia de este recurso sólo será desestimatoria si el Tribunal Supremo aprecia que las divergencias entre las sentencias no son contrarias a la unidad de interpretación y aplicación de la norma procesal, porque cada una de tales sentencias se refiere a casos de características distintas, que justifican la diferente aplicación de la norma.

Fuera de ese caso —y, también, obviamente de los casos de inadmisión por preclusión del plazo, falta de legitimación, etc.—, el recurso ha de terminar con una sentencia que declare específicamente la doctrina jurisprudencial que el Tribunal Supremo estime más conforme a derecho. No resolver en este sentido, después de constatadas las divergencias de interpretación, infringe abiertamente el artículo 1.7 CC.

La fijación de doctrina jurisprudencial que el fallo de la sentencia realiza con ocasión de la aplicación de la norma a casos concretos, no afecta ni a la cosa juzgada, ni a cualquier otro efecto de las sentencias que han sido recurridas (art. 493 LECiv).

Por otra parte, ni este recurso, ni el de casación permiten anular las sentencias posteriores que sigan un criterio jurisprudencial sobre la misma cuestión distinto al que el Tribunal Supremo ha estimado más conforme a Derecho. Es un instrumento de unificación jurisprudencial pero sin la eficacia jurídica de posibilitar la eliminación de las sentencias que diverjan del criterio fijado, ni tampoco la revisión de si tal divergencia tiene justificación.

De este modo la unificación de la jurisprudencia procesal sólo podrá producirse por la «auctoritas» de las sentencias del Tribunal Supremo.

No obliga a cambiar esta conclusión lo dispuesto por el artículo 493 LECiv, en el sentido de que la sentencia que fije doctrina jurisprudencial «se publicará en el Boletín Oficial del Estado» y, a partir de su inserción en él, complementará el ordenamiento jurídico, vinculando en tal concepto a todos los Jueces y Tribunales del orden jurisdiccional civil diferentes al Tribunal Supremo».

La cuestión es cómo se hace efectiva esta vinculación. ¿Responsabilidad del juez que insista en seguir una interpretación distinta, incluso penal por prevaricación?

¿Responsabilidad del Estado por funcionamiento de la Administración de Justicia? Suponiendo que esto fuera así, en cualquier caso seguiría sin haber medio para revisar y, en su caso, anular la sentencia de un recurso por infracción procesal que desconozca la jurisprudencia fijada por el Tribunal Supremo en este recurso.

SUMARIO.—I. LA «COSA JUZGADA» FORMAL (FIRMEZA) Y MATERIAL (COSA JUZGADA).—A) Firmeza de las resoluciones judiciales: concepto, fundamento y supuestos en los que las resoluciones adquieren la calidad de firmes.—B) La cosa juzgada: concepto y fundamento.—NATURALEZA JURÍDICA DE LA COSA JUZGADA.—EFECTOS DE LA COSA JUZGADA.—RESOLUCIONES QUE PRODUCEN COSA JUZGADA.—ALCANCE Y LÍMITES DE LA COSA JUZGADA.—TRATAMIENTO PROCESAL.

LA «COSA JUZGADA» FORMAL (FIRMEZA) Y MATERIAL (COSA JUZGADA)

En la ciencia jurídica procesal y en las leyes se habla, en ocasiones, de firmeza de las resoluciones judiciales y de cosa juzgada.

Por firmeza de una resolución judicial se entiende el efecto implícito en la inexistencia o en la preclusión de recursos contra la misma, lo cual la convierte en inmutable dentro del proceso en el que ha sido dictada.

Por cosa juzgada se entiende, en cambio, la inmutabilidad en cualquier proceso posterior de lo resuelto por la sentencia de fondo.

En otros casos, la doctrina y las leyes denominan cosa juzgada a ambos efectos jurídicos y los distinguen, respectivamente, con los adjetivos de formal y material.

Ilustrativos de esta terminología y de los significados que se asignan a los términos utilizados son el artículo 207 LECiv —en el cual se habla tanto de firmeza, cuanto de cosa juzgada, que, en este caso, es cosa juzgada formal como expresa el epígrafe del artículo— y el artículo 222 LECiv —cuyo contenido revela que se está regulando la cosa juzgada material, como indica el epígrafe del artículo—.

La proximidad terminológica está justificada porque, en primer lugar, ambas instituciones responden a la razón de que se llegue, en cierto momento, a una situación estable, en segundo lugar, porque ambas instituciones son inescindibles en el sentido de que sin la primera (firmeza o cosa juzgada formal) sería imposible la segunda (cosa juzgada sin más, o cosa juzgada

material). En efecto, la permanente impugnabilidad de una resolución dentro del proceso en el que ha sido dictada (falta de firmeza o de cosa juzgada formal), impediría la estabilidad absoluta (no sólo en el proceso en que se produjo, sino en cualquier otro futuro) en la que consiste la llamada cosa juzgada material.

Aunque se comprenda la proximidad de ambas instituciones, entre las mismas existen importantes diferencias de fundamento, de resoluciones que adquieren esas calidades jurídicas y de los efectos propios de esas calidades. De tal modo que resulta conveniente que esas diferencias de concepto se vean reflejadas en una clara diferenciación terminológica: firmeza de las resoluciones judiciales y cosa juzgada.

A) FIRMEZA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES: CONCEPTO, FUNDAMENTO Y SUPUESTOS EN LOS QUE LAS RESOLUCIONES ADQUIEREN LA CALIDAD DE FIRMES

a) Concepto

Firmeza de una resolución judicial es la cualidad de inmutable que corresponde a la misma dentro del proceso en el que ha sido dictada, en virtud de las circunstancias que se indicarán después.

La firmeza de una resolución no debe ser confundida con la vinculación del juez a la resolución que ha dictado, en virtud de la cual tiene prohibido variarla. Esta cualidad se produce con la firma de la resolución (art. 267 LOPJ), circunstancia que, salvo que se trate de la resolución que pone fin al proceso, es anterior a la adquisición de firmeza por aquélla.

También es necesario distinguir la firmeza de la ejecutividad. En primer término, porque no todas las resoluciones que adquieren firmeza pueden ser ejecutivas, dado que la firmeza corresponde tanto a las sentencias de condena, como a resoluciones de dirección procesal y a sentencias meramente declarativas y constitutivas —que, por su naturaleza, no constituyen título de ejecución (arts. 521 y 522 LECiv)—. En segundo lugar, porque aunque la ejecutividad se entendiera en el sentido impropio de posibilidad de desarrollo inmediato de los efectos de la resolución, al estudiarse los efectos de los recursos se pudo comprobar cómo no siempre esa posibilidad se halla en dependencia de la firmeza de la resolución, sino que en ocasiones existe aunque la resolución esté expuesta a modificaciones.

b) Fundamento

La firmeza responde a una necesidad de fijeza y estabilidad, pero en cuanto estas cualidades son necesarias para el proceso como procedimiento, es decir, como complejo de actos interrelacionados que tiene un desarrollo

temporal y cuyos componentes deben ir quedando estables para que pueda avanzar y para que, en algún momento, pueda terminar.

En este sentido la firmeza, con ese nombre o con otro, es una cualidad jurídica necesaria siempre que el ordenamiento configura esa clase de estructura compleja de actos jurídicos que se conoce como procedimiento, aunque a través de esos actos no se ejercite la potestad jurisdiccional, ni se inste el ejercicio de la misma. Así, por ejemplo, en el régimen del procedimiento administrativo se habla de actos firmes (art. 118 LRJ-PAC y art. 29.2 LJCA), aunque sólo se trata de una inmutabilidad en vía administrativa.

i) Supuestos en que las resoluciones judiciales adquieren firmeza

Los principales supuestos en los que una resolución judicial adquiere la condición de firme se establecen en el artículo 207.2 LECiv: «Son resoluciones firmes aquellas contra las que no cabe recurso alguno bien por no preverlo la ley, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado».

De modo más completo, los supuestos en los que una resolución judicial adquiere la condición de firme son los siguientes:

1º) En caso de falta de previsión legal de recursos frente a la misma (art. 207.2 LECiv).

Sin embargo, la ley puede no permitir un recurso inmediato contra determinada resolución, sin que por ello la misma adquiera la condición de firme si tal resolución puede ser revisada en el contexto de un recurso contra la resolución definitiva (final) del proceso.

Por ejemplo: si se rechaza el recurso de reposición contra resolución que no ha considerado ilícita cierta prueba propuesta «queda a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra sentencia definitiva» (art. 287.2 LECiv); contra la desestimación del recurso de reposición no cabe recurso «sin perjuicio de reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, si fuera procedente, la resolución definitiva» (art. 454 LECiv). Para evitar la firmeza de la resolución en estos supuestos existe la carga de formular protesta contra la misma, como se dispone expresamente en el artículo 443.3 LECiv («el demandado podrá pedir que conste en acta su disconformidad, a los efectos de apelar contra la sentencia que en definitiva recaiga»).

2º) Si ha transcurrido el plazo legalmente fijado para presentar el recurso sin que ninguna de las partes lo haya presentado (art. 207.2 LECiv). Además, también se produce la firmeza de la resolución si no ha sido cumplido algún otro requisito de admisión del recurso distinto del plazo. Si se trata de recursos presentados ante el mismo órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución impugnada, pero que han de ser resueltos por un ór-

gano de grado superior, la inadmisión sólo implica la firmeza si no se interpone o es desestimado el recurso de queja.

3º) El consentimiento expreso de la resolución y la renuncia al recurso mientras está pendiente el plazo de presentación. No hay previsión legal de este supuesto, pero los principios del proceso civil permiten admitirlo siempre que se trate de actos expresos. Además, véase el supuesto especial del artículo 210.2 LECiv. Es necesario que el acto lo realicen todos los legitimados para recurrir, porque, en otro caso, sólo supone la pérdida del derecho al recurso por el renunciante.

4º) Desistimiento expreso (art. 450.2 LECiv), o tácito (deserción del recurso -art. 458.2 LECiv-) del recurso por todos los recurrentes.

5º) Caducidad del proceso que estuviera en fase de recurso (art. 240 LECiv).

B) LA COSA JUZGADA: CONCEPTO Y FUNDAMENTO

a) Concepto

Cosa juzgada es la cualidad de inmutable que ostenta la decisión contenida en una sentencia firme respecto de cualquier proceso posterior entre las mismas partes (u otras personas afectadas) y sobre el mismo objeto (pretensión procesal).

b) Fundamento

La cosa juzgada en sentido estricto responde a la necesidad de fijar de las consecuencias jurídicas declaradas en la resolución final del proceso y, si bien para ello es necesario un procedimiento con su exigencia interna de firmeza, el fundamento de que el ordenamiento establezca la cualidad de cosa juzgada es que las consecuencias jurídicas han sido declaradas mediante el ejercicio de la potestad jurisdiccional y en un proceso.

La seguridad jurídica es uno de los valores garantizados por la Constitución (art. 9.3 CE). Esto debe conducir a que cuando las relaciones jurídicas se convierten en litigiosas, en algún momento la decisión sobre ellas ha de ser inmutable. Pero esa cualidad de inmutable no se vincula a cualquier decisión del Estado, sino solamente a la de los órganos jurisdiccionales (art. 117.3 CE), por las garantías que les rodean a ellos (arts. 117.1, 2 y 127 CE) y al proceso en el que actúan (art. 24 CE). El fundamento de la cosa juzgada es el ejercicio de la potestad jurisdiccional en un proceso con garantías.

NATURALEZA JURÍDICA DE LA COSA JUZGADA

La cualidad de cosa juzgada ha sido explicada por la teoría del Derecho de diversas maneras.

a) La cosa juzgada como presunción de verdad

El artículo 1251, párrafo segundo CC, que es derogado por la LECiv, refleja una antigua concepción doctrinal según la cual la fuerza de la cosa juzgada se explica como una presunción de verdad: «contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad, sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión».

Algunas consideraciones aclaran los errores de esa concepción: la sentencia no es una declaración de verdad, sino un acto imperativo, aunque con fundamento racional en el valor de cosa juzgada no se proyecta sobre los hechos en que se funda el pronunciamiento, sino sobre ese pronunciamiento referido al objeto del proceso; la normal limitación a las partes de la fuerza de cosa juzgada se explica bien si ésta se refiere al pronunciamiento sobre el objeto, mientras que sería absurda si se refiriera a los hechos y a los razonamientos, dado que éstos serían verdaderos para las partes, pero no para los demás.

En realidad, la fórmula del artículo 1251 CC expresaba de un modo técnicamente erróneo un contenido imperativo correcto: la indiscutibilidad de la sentencia que ha producido cosa juzgada.

b) Teorías materiales de la cosa juzgada

Para algunos autores la cosa juzgada produce efectos novatorios en el ámbito de las relaciones jurídicas materiales, de modo que éstas quedan constituidas en la realidad tal como ha decidido la sentencia. Esa novación de las relaciones jurídicas materiales es particularmente intensa cuando la sentencia es errónea o injusta, porque entonces las relaciones jurídicas que la sentencia crea no corresponden con el estado jurídico preexistente al proceso y a la sentencia.

Las principales críticas frente a esta explicación son las siguientes: convierte todas las sentencias en constitutivas, eliminando la diferencia de éstas con las declarativas y de condena -en las cuales la situación jurídica preexiste a la sentencia y no es creada por ella-; no explica por qué una vez producida la novación, la misma es inmutable.

c) Teorías procesales sobre la cosa juzgada

Para estas teorías la cosa juzgada consiste en una vinculación, de naturaleza jurídico-pública, que impone a los jueces no juzgar de nuevo sobre aquello ya juzgado y, derivadamente, no admitir controversia de las partes acerca de lo mismo.

Efectivamente, el artículo 222 LECiv establece la cosa juzgada como una norma imperativa de exclusión de «un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo» y de vinculación del tribunal de un proceso posterior, si la decisión sobre el objeto de éste depende de lo ya juzgado.

EFFECTOS DE LA COSA JUZGADA

Respecto de los eventuales procesos posteriores la cosa juzgada produce un doble efecto.

a) Efecto negativo o excluyente

Consiste en la exclusión de toda decisión judicial futura sobre la misma pretensión procesal y entre las mismas partes o personas a las que la cosa juzgada afecte.

Este efecto lo establece el artículo 222.1 LECiv: «La cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo».

La exclusión del proceso posterior o, en todo caso, del pronunciamiento de fondo en el mismo, se debe producir tanto si se formula la pretensión procesal en el mismo sentido en que se propuso en el proceso anterior «lo que puede ocurrir si fue desestimada y se insiste en reproponerla con diferencias que no determinan un objeto diferente», como si se plantea como una pretensión dirigida a obtener la declaración contraria sobre el objeto del pronunciamiento que adquirió cosa juzgada «que es la posible reacción del demandado ante una sentencia estimatoria de la pretensión».

b) Efecto positivo o prejudicial

Consiste en el deber de ajustarse a lo que ya ha sido juzgado si es condicionante o prejudicial del juicio sobre la pretensión pendiente de juzgar. En cualquier caso, que deba decidirse partiendo de lo ya decidido no es más que una consecuencia de que lo último ya no puede ser juzgado de modo diferente.

A este efecto se refiere el artículo 222.4 LECiv: «Lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal».

Pueden ser ejemplos de este efecto de la cosa juzgada los siguientes: la declaración positiva o negativa de una relación paterno-filial respecto de una pretensión de condena a alimentos entre parientes; la declaración de validez o de nulidad de un testamento respecto de la condena a la entrega de un legado dispuesto en el mismo; la declaración de validez o de nulidad de un contrato respecto de la pretensión de condena al cumplimiento prestaciones derivadas del mismo.

Si, dada la pretensión procesal interpuesta en el proceso posterior, ha de producirse el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, ese proceso no queda excluido. El tema sobre el que existe cosa juzgada habrá sido alegado bien por el actor, en calidad de hecho constitutivo de la pretensión ejercitada (por ejemplo: la sentencia que establece la existencia de una relación paterno-filial para pedir, con base en la misma y en otros hechos, la condena al pago de alimentos), o bien por el demandado, en calidad de defensa de fondo (por ejemplo: el heredero forzoso habrá alegado la nulidad del testamento frente a la pretensión de condena a la entrega del legado). La eficacia de la cosa juzgada no consiste, en este caso, en impedir el proceso, sino en vincular al juez a lo resuelto sobre esos temas cuando deba apreciarlos al dictar sentencia sobre la pretensión interpuesta en el segundo proceso.

RESOLUCIONES QUE PRODUCEN COSA JUZGADA

Producen cosa juzgada las sentencias firmes sobre el fondo, es decir las que han resuelto sobre la pretensión procesal interpuesta, estimándola o desestimándola.

Produce también cosa juzgada el auto que acuerde la terminación del proceso, cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvencción, deja de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor (principal o reconvenccional) o por cualquier otra causa. Según el artículo 22.1, párrafo segundo LECiv «el auto de terminación del proceso (por esta causa) tendrá los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme». En definitiva es una resolución sobre el fondo, sólo que dictada en un trámite abreviado.

Sin, embargo, es dudoso si la producen algunas clases de sentencias u otras resoluciones de terminación del proceso.

a) Resoluciones de terminación del proceso por falta de presupuestos procesales o por impedimentos procesales

Estas resoluciones no impiden que en un proceso posterior sobre la misma pretensión y entre las mismas partes, pueda ser propuesta la misma pretensión y deba ser resuelta. La cuestión es si dichas resoluciones excluirían un nuevo pronunciamiento sobre el mismo requisito de admisibilidad

del pronunciamiento de fondo que fue juzgado negativamente en el primer proceso. Podría pensarse que este efecto no es necesario, porque si se inicia de nuevo en el mismo defecto procesal, habrá nuevo pronunciamiento de inadmisibilidad. Ahora bien, no es lo mismo juzgar de nuevo sobre la misma (lo que deja abierta la posibilidad de que el nuevo enjuiciamiento conduzca a conclusión distinta), que comprobar si el tema que se suscita es el mismo que se juzgó y, en tal caso, deber resolver vinculado por la anterior resolución.

A mi juicio, estas resoluciones no producen cosa juzgada porque, de acuerdo con los artículos 222.1 y 2 y 421 LECiv la cosa juzgada se produce sobre el objeto del proceso, sobre la pretensión procesal propuesta en la demanda o en la reconvención, y los presupuestos e impedimentos procesales no son objeto del proceso en sentido estricto (véase Cap. 10), sino requisitos para la admisibilidad del pronunciamiento sobre ese objeto.

b) Sentencias sobre pretensiones constitutivas

La producción de cosa juzgada por esta clase de sentencias ha sido negada por no ser necesario aquel efecto jurídico, dado que una vez producida la modificación jurídica debe partirse de la nueva situación para todo lo que sea condicionado por ella (por ejemplo: los divorciados deberán ser tenidos como tales, porque desde que la sentencia de divorcio es firme han dejado de ser matrimonio).

En esta materia hay que distinguir. En todo caso la duda que se ha planteado sólo está justificada para las sentencias que hayan estimado la pretensión constitutiva; si ésta ha sido desestimada, la cosa juzgada es necesaria porque no se ha producido ningún efecto constitutivo, sino la declaración de inexistencia de la facultad de producir el cambio jurídico que fue hecha valer por el actor, de modo que, si sobre este pronunciamiento no hubiera cosa juzgada, el actor podría nuevamente interponer la misma pretensión. Pero incluso si la sentencia ha sido estimatoria, aquella duda sólo está justificada respecto del efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada, no así respecto del efecto negativo: continúa siendo necesaria una norma que impida resolver y, previamente, tramitar pretensiones de declaración contradictoria (es decir, dirigidas a que se declare que la situación jurídica no es la que resulta de la sentencia constitutiva).

d) Sentencias de procesos sumarios

La no producción de cosa juzgada por las sentencias que resuelven sobre tutela sumaria resulta de la expresa disposición del artículo 447.2, 3 y 4 LECiv.

Según esa disposición: «2. No producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión, las que se dicten sobre la pretensión de desahucio o recuperación de finca, rústica o urbana, sobre el arrendamiento, por impago de la renta o alquiler, y sobre otras pretensiones de tutela que esta ley califique como sumaria. 3. Carecerán también de efectos de cosa juzgada las sentencias que se dicten en los juicios verbales en que se pretenda la efectividad de derechos reales inscritos frente a quienes se opongan a ellos o perdan en ejercicio, sin disponer de título inscrito. 4. Tampoco tendrán efectos de cosa juzgada las resoluciones judiciales a las que, en casos determinados, las leyes atribuyen esos efectos».

Precisamente la negación de la cosa juzgada a las sentencias dictadas en tutela sumaria garantiza que sea admisible un proceso posterior (proceso plenario) en el que no existirán las limitaciones de alegaciones y/o de medios de prueba características de la tutela sumaria, y en el que se podrán alterar las consecuencias jurídicas declaradas en la sentencia del juicio sumario.

La doctrina ha puntualizado en ocasiones que tales sentencias sí que producen cosa juzgada pero sobre un objeto procesal limitado, que no coincide con el objeto del proceso plenario posterior.

Así, por ejemplo, en el juicio verbal se pide la tutela sumaria de la posesión actual que ostenta determinada persona (art. 250.1.4ª LECiv), pretensión que es diferente a la que, en un proceso plenario posterior, puede interponerse pidiendo tutela de un derecho preferente a poseer o del derecho de propiedad.

No obstante, la LECiv proporciona base para distinguir la propia inexistencia de cosa juzgada (como la que se proclama en el art. 447) y el fenómeno de que ésta sólo se extiende al objeto del juicio sumario, pero no al objeto del proceso posterior.

En efecto, el artículo 827.3 LECiv, relativo a la sentencia sobre la oposición en el juicio especial cambiario establece que «La sentencia firme dictada en juicio cambiario producirá efectos de cosa juzgada, respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente».

ALCANCE Y LÍMITES DE LA COSA JUZGADA

Los efectos de la cosa juzgada se producen respecto a aquellos procesos posteriores que tengan con el proceso que ha generado la cosa juzgada las identidades establecidas en el artículo 222 LECiv.

a) Alcance y límites objetivos

Para que se produzcan los efectos de la cosa juzgada es necesaria la identidad de objetos entre el proceso en que se ha producido aquélla y el objeto del proceso posterior (para el efecto negativo: art. 222.1 LECiv), o

que el objeto del segundo proceso comprenda el objeto del proceso en el que se ha producido la cosa juzgada, de modo que éste «aparezca como antecedente lógico» de lo que sea objeto del proceso posterior (para el efecto positivo: art. 222.4 LECiv).

En este aspecto objetivo la cosa juzgada se forma sobre el objeto del proceso en sentido estricto. En ese sentido dispone el artículo 222.2 LECiv que «la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, así como a los puntos a que se refieren los apartados primero y segundo del artículo 408 de esta Ley». Los puntos a los que el precepto se remite son las denominadas excepciones reconconvencionales de compensación de créditos y nulidad del negocio jurídico en cuya validez se fundaba la pretensión.

Lo que adquiere valor de cosa juzgada es la declaración sobre la pretensión procesal y no los hechos, ni las razones jurídicas que han sido afirmados o negados para fundar aquel pronunciamiento. Incluso si para emitir el pronunciamiento ha sido necesario decidir prejudicialmente sobre derechos, relaciones o estados jurídicos, estas decisiones no adquieren por sí mismas valor de cosa juzgada, sino que son consideradas simples pasos lógicos para el pronunciamiento sobre la pretensión procesal (véase art. 42.1 y 2 LECiv, disposición que sirve también para las cuestiones del art. 43 LECiv, si no cabe acumulación, ni suspensión del proceso).

Consiguientemente, lo relevante para determinar si hay cosa juzgada en el aspecto objetivo es aplicar los criterios para la individualización e identificación de las pretensiones procesales —«causa petendi» y «petitum»— (véase Cap. 10), de modo que las diferencias del segundo proceso respecto del primero que no afecten a los objetos, sino solamente a los elementos relevantes para resolver en un sentido o en otro sobre el mismo objeto procesal, no excluirán la existencia de cosa juzgada.

b) Alcance y límites subjetivos

Regla general es que la cosa juzgada se produce respecto a las partes en el proceso que la genera y, por tanto, surte sus efectos en aquellos procesos posteriores en los que las partes son las mismas (art. 222.3 y 4 LECiv). Excepcionalmente también alcanza a determinados terceros y a todos en general (art. 222.3 y 4 LECiv).

a') *Afectación a las partes*

En primer término, «la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte» (art. 222.3 LECiv) y requerirá «que los litigantes de ambos procesos sean los mismos» (art. 222.4 LECiv). Por partes y litigantes debe entenderse la persona que interpone la pretensión en nombre propio y aque-

lla en cuyo nombre se interpone y aquélla frente a la que se interpone la pretensión. Por tanto en los casos de representación (de personas físicas, o de actuación de personas jurídicas a través de sus órganos) la cosa juzgada se forma respecto del representado, no respecto del representante.

b') *Afectación a los causahabientes de las partes*

La cosa juzgada también alcanza a los herederos y causahabientes de las partes (art. 222.3 y 4 LECiv). Para ello es necesario que la sucesión a título universal o a título singular en la relación jurídica litigiosa se haya producido con posterioridad a la litispendencia. Si la sucesión es anterior, la demanda ha debido ser entablada entre los titulares en el momento de presentarla.

Hay supuestos en que el causahabiente de la parte queda protegido por el Derecho frente a la cosa juzgada formada contra su causante (tercero hipotecario —art. 34, párr. 1º Ley Hipotecaria—, adquirente de buena fe de cosas muebles —art. 464 CC—). Para evitar que durante el proceso se produzcan transmisiones conducentes a los anteriores supuestos, que son perjudiciales para el que pueda ser judicialmente reconocido como titular del derecho, se prevén medidas cautelares que, mediante la publicación del carácter litigioso de los derechos sobre el bien, enervan la protección del posible adquirente, sujetándole a lo que resulte del proceso (anotación preventiva de demanda, depósito judicial de cosas muebles).

c') *Afectación a determinados terceros*

La cosa juzgada afecta también a determinados terceros en dos supuestos:

1º) Cuando sean los «titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley» (art. 222.3 LECiv). A mi juicio la remisión correcta debe hacerse al artículo 10, en concreto a su párrafo segundo, que comprende los casos de sustitución procesal, en los que la cosa juzgada alcanza al legitimado por sustitución y también al titular del derecho que aquél ha hecho valer (véase Cap. 6).

La corrección de errores de LECiv rectificó erróneamente la remisión al artículo 10, que, de modo correcto, hacía el texto definitivo de la ley. Esta remisión, en cuanto a su contenido y a pesar de las alteraciones de numeración, se mantuvo en el proyecto, la tramitación parlamentaria y en el texto definitivo de la ley. La remisión al artículo 11 comprende sólo una parte del fenómeno de la sustitución procesal. De entenderse correcta la letra del artículo 222.3 LECiv, el demandado podría ser sucesivamente demandado, respecto del mismo derecho, por el sustituto procesal y por el titular del derecho.

2º) «Las sentencias que se dicten sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieren litigado» (art. 222.3, párr. 3º LECiv).

d') *Afectación a todas las personas*

En las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad y incapacitación y reintegración de la capacidad la cosa juzgada tendrá efectos frente a todos a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil (art. 222.3, párr. 2º).

El alcance «erga omnes» de la cosa juzgada lo establece también el artículo 61.2 LMa respecto de las sentencias que declaran la nulidad o caducidad del registro de una marca.

c) *Los llamados límites temporales de la cosa juzgada*

La sentencia se dicta en consideración al estado de hechos del momento de precluir las posibilidades de alegación en el proceso de declaración. Con posterioridad pueden suceder hechos o realizarse actos o negocios jurídicos con repercusión sobre la pretensión procesal.

Que la cosa juzgada tiene unos límites temporales significa que la misma no podrá ser opuesta para impedir una resolución que determine las consecuencias jurídicas de esos hechos, actos o negocios jurídicos posteriores. En este sentido dispone el artículo 222.2, párrafo segundo LECiv, que «se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularon».

No obstante, las modificaciones posteriores que repercuten sobre el fundamento de la pretensión procesal tienen diferente naturaleza.

En unos casos se trata de modificaciones que determinan un objeto procesal distinto.

Por ejemplo: 1º) en el primer proceso fue desestimada la pretensión reivindicatoria de un determinado bien; con posterioridad a la preclusión de alegaciones en ese proceso el actor adquiere el bien y ejercita nuevamente una reivindicatoria; 2º) respecto de un contrato de tracto sucesivo, en el primer proceso se desestiman las causas de resolución en que se fundaba la pretensión constitutiva, pero, con posterioridad a la preclusión de alegaciones de ese proceso, surgen nuevas causas de resolución, que serán causa de pedir de una pretensión constitutiva distinta, que podrá ser interpuesta en un posterior proceso.

Aunque el factor temporal ayuda a determinar la diferencia de los objetos procesales, lo que excluye la cosa juzgada es que los objetos de ambos procesos son diferentes.

En otros casos el objeto del proceso no es diferente y, ello no obstante, se puede resolver de nuevo sobre el mismo en consideración de hechos relevantes para el sentido de la resolución que han ocurrido con posterioridad a la preclusión de las alegaciones en el proceso que produjo cosa juzgada.

Por ejemplo: 1º) una pretensión de condena es desestimada porque el plazo de exigibilidad del que dependía el cumplimiento de la obligación no había vencido; cuando ese plazo se interpone de nuevo la misma pretensión; 2º) es estimada por sentencia firme una pretensión de condena al pago de cantidad, con posterioridad el condenado realiza el pago, lo que permitirá que sea estimada su oposición a la ejecución (arts. 556.1 y 561.1.2ª LECiv).

En estos casos la cosa juzgada no impide el pronunciamiento, pero no por ser distinto el objeto del proceso, sino porque no ha precluido la posibilidad de alegar hechos relevantes para resolver sobre él, a causa de haber ocurrido tales hechos con posterioridad a la última posibilidad procesal de alucirlos en el proceso de declaración.

TRATAMIENTO PROCESAL

Antes de la nueva LECiv los datos de Derecho positivo no permitían a la doctrina y a la jurisprudencia llegar a conclusión segura sobre si la cosa juzgada podía ser apreciada de oficio por el tribunal o si precisaba ser alegada por las partes.

A mi juicio, la formulación de los efectos de la cosa juzgada en el artículo 222, como preceptos imperativos de exclusión de juzgar y de vinculación al juicio, unida al fundamento de la institución de la cosa juzgada, como instrumento al servicio de la seguridad jurídica y como manifestación de una potestad jurídico-pública configurada y atribuida por la Constitución, conduce inequívocamente a afirmar que debe ser apreciada de oficio.

No obstante, ha de distinguirse:

1º) La apreciación de la cosa juzgada para que se produzca su efecto negativo sigue el tratamiento establecido por el artículo 421 LECiv.

A saber: la parte demandada puede alegar la existencia de cosa juzgada o el tribunal plantear de oficio su existencia para su discusión en la audiencia previa del juicio ordinario; si el tribunal aprecia «la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico, conforme a lo dispuesto en los apartados segundo y tercero del artículo 222, dará por finalizada la audiencia y dictará, en el plazo de los siguientes cinco días, auto de sobreseimiento»; en caso contrario, se declarará que no hay cosa juzgada, y decidirá que la audiencia prosiga para sus restantes finalidades; si fueran complejas las cuestiones a examinar para apreciar la existencia de cosa juzgada, el juez puede dictar

resolución «dentro de los diez días siguientes a la audiencia, que proseguirá en todo caso para sus restantes finalidades».

Si se sigue juicio verbal, ese examen a instancia de parte o de oficio se realiza en el momento inicial de la vista (art. 443.3 LECiv).

2º) La apreciación de la cosa juzgada para su efecto positivo o prejudicial no requiere su debate en la audiencia previa, ni en el momento inicial de la vista del juicio verbal, puesto que no persigue la inmediata finalización del proceso, sino que se dicte sentencia vinculada a la cosa juzgada en la medida que corresponda. Los principios dispositivo y de aportación de parte requieren que las partes hayan alegado los elementos sobre los que existe cosa juzgada, sea como hechos constitutivos, sea como defensas de fondo; a partir de tal alegación, no es necesario que la parte interesada haga valer la cosa juzgada existente sobre esos elementos para que el juez deba resolver sobre ellos con vinculación a lo precedentemente resuelto.

Capítulo 24

MANUEL ORTELLS RAMOS

ÍNDICE.—LA IMPUGNACIÓN DE LA COSA JUZGADA.—LA REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES.—A) Fundamento, naturaleza jurídica y concepto.—B) Presupuestos de fondo de la pretensión de revisión de sentencias firmes.—C) Requisitos de admisibilidad.—D) Procedimiento.—E) Sentencia de revisión.—LA RESCISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES EN DETERMINADOS SUPUESTOS DE REBELDÍA.—A) Fundamento y naturaleza jurídica.—B) Presupuestos de la rescisión de la sentencia firme dictada en rebeldía.—C) Competencia y procedimiento para la rescisión de la sentencia.—D) La sentencia de rescisión y sus efectos.—INCIDENTE DE NULIDAD POSTERIOR A RESOLUCIÓN FIRME POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES.—A) Origen histórico y significado actual.—B) Presupuestos de la impugnación especial por nulidad.—C) Competencia y procedimiento.—D) Resolución y efectos.—OTROS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LA COSA JUZGADA.—A) Oposición de terceros a la cosa juzgada.—B) Amparo ante el Tribunal Constitucional.—C) Demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

LA IMPUGNACIÓN DE LA COSA JUZGADA

Con la institución de la cosa juzgada el ordenamiento prioriza el valor de la seguridad jurídica al excluir «un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla (la cosa juzgada) se produjo» (art. 222.1 LECiv). No obstante, el ordenamiento atiende nuevamente al valor justicia al establecer unos medios de impugnación de la cosa juzgada, dirigidos a eliminar la eficacia de ésta y a posibilitar un nuevo pronunciamiento sobre el mismo objeto procesal y entre las mismas partes. Como es lógico esos medios de impugnación se configuran por el ordenamiento con carácter excepcional y restrictivo.

Entre los medios de impugnación de la cosa juzgada se hallan, en primer lugar, tres de naturaleza procesal ordinaria y que están regulados por la LECiv: la rescisión de sentencias firmes dictadas en ciertos casos de rebeldía (arts. 501-508), la revisión de sentencias firmes (arts. 509-516) y el incidente excepcional de nulidad de las actuaciones (art. 228 LECiv, art. 241 LOPJ).

La doctrina se ocupa también de la llamada oposición de terceros a la cosa juzgada, que la LECiv no ha regulado.

Por otra parte, también afecta a la cosa juzgada el recurso de amparo para pedir la tutela de derechos fundamentales ante el Tribunal Constitucional. En cambio, la demanda de protección de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos no afecta a la cosa juzgada producida en el ordenamiento español, sin perjuicio de la responsabilidad que el Estado contrae si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima que los tribunales españoles han violado tales derechos o no han amparado frente a la violación de los mismos.

De los tres últimos medios citados trataremos brevemente en el último apartado del tema.

LA REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

A) FUNDAMENTO, NATURALEZA JURÍDICA Y CONCEPTO

El fundamento de la revisión no está en la nulidad de la sentencia, por sí misma o por la nulidad del proceso que la ha precedido. En realidad, con todas las nulidades procesales se convierten en irrelevantes una vez la sentencia ha adquirido firmeza. Y las nulidades que pueden hacerse valer después de la firmeza de la sentencia no pueden alegarse mediante la revisión, sino a través del incidente excepcional de nulidad de sentencias firmes que se estudiará después.

Tampoco tiene su fundamento en errores del enjuiciamiento contenido en la sentencia: el razonamiento que ha conducido a resolver en un determinado sentido es correcto a partir de los materiales que han sido aportados al proceso y, en todo caso, ha precluido toda posibilidad de examinar si es correcto o no.

El fundamento de la revisión radica en que la actividad de las partes o del juez ha estado influenciada por específicos y tipificados supuestos de violencia, ignorancia y dolo (los motivos de revisión establecidos en el art. 510 LECiv), lo que ha podido conducir a que se dicte una sentencia con un contenido distinto al que hubiera podido tener si no hubieran operado esas influencias anómalas.

Su naturaleza jurídica no es la de un recurso que se interpone dentro del proceso que ha originado la cosa juzgada, sino la de un nuevo proceso que sólo puede iniciarse cuando ya es firme la sentencia del proceso que ha originado la cosa juzgada. La LECiv ya no contiene en los artículos 509 al 516 expresiones referidas a la revisión como recurso, sino que utiliza en diversas disposiciones la expresión de demanda de revisión, reflejando de ese modo la naturaleza de acción impugnativa autónoma.

En efecto, la revisión es un proceso especial que tiene por objeto una pretensión constitutiva de naturaleza procesal, que sólo puede fundarse en los hechos establecidos por la ley (ciertos hechos constitutivos de delito, o conductas fraudulentas o dolosas no delictivas que pueden haber determinado el sentido de la sentencia y que están taxativamente fijados en el art. 510 LECiv) y cuya estimación supone la eliminación de la cosa juzgada, de modo que es admisible un nuevo proceso sobre el objeto y entre las partes afectadas por aquélla.

B) PRESUPUESTOS DE FONDO DE LA PRETENSIÓN DE REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

Para que la pretensión de revisión de sentencias firmes sea estimada es necesario que concurra alguno de los presupuestos siguientes (art. 510 LECiv):

- 1º) Que después de pronunciada la sentencia, se hayan recobrado u obtenido documentos decisivos, de los que no se hubiere podido disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.
- 2º) Que la sentencia hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido declarados falsos en un proceso penal, o cuya falsedad declarare después penalmente.
- 3º) Que la sentencia hubiere recaído en virtud de prueba testifical o pericial, y los testigos o los peritos hubieren sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la misma.
- 4º) Que la sentencia se hubiere ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia o maquinación fraudulenta.

C) REQUISITOS DE ADMISIBILIDAD

a) Órgano jurisdiccional competente

En esta materia el art. 509 LECiv remite a la LOPJ. De ésta resulta la competencia general de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (art. 56.1ª LOPJ) y la competencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia, si la sentencia firme fue dictada por él o por otro tribunal civil con sede en la Comunidad Autónoma y, además, Derecho propio de ésta fuera aplicable al fondo del asunto (art. 73.1.b LOPJ). El último requisito carece absolutamente de sentido porque en el juicio de revisión no tiene ninguna trascendencia el Derecho material aplicable.

b) Legitimación

El artículo 511 LECiv atribuye legitimación a quien hubiera sido parte perjudicada por la sentencia firme impugnada. A mi juicio, la expresión parte resulta injustificadamente restrictiva, porque parece aludir a quienes hubieran sido demandantes o demandados en el proceso en el que se hubiera producido la cosa juzgada. Lo relevante es a quién afecta la cosa juzgada (art. 222.3 LECiv): quienes según la norma resultan afectados por ella han de poder utilizar el medio legal para eliminar, en los casos procedentes, la eficacia de cosa juzgada.

c) Constitución del depósito previsto en el artículo 513 LECiv

Para la admisión de la demanda de revisión será indispensable que a ella se acompañe documento justificativo de haberse depositado en el establecimiento destinado al efecto la cantidad de trescientos euros. Esta cantidad será devuelta si el tribunal estimare la demanda de revisión.

La falta o insuficiencia del depósito mencionado es subsanable dentro del plazo que el tribunal señale mediante providencia, que no será en ningún caso superior a cinco días.

De la constitución de este depósito están exentos quienes tienen reconocido el derecho a asistencia jurídica gratuita (art. 6.5 Ley de Asistencia Jurídica Gratuita).

d) Interposición dentro del plazo legal

Hay dos plazos relevantes cuyo cumplimiento es apreciado en diferentes momentos del proceso de revisión:

1º) La interposición de la demanda de revisión en plazo de cinco años desde la publicación de la sentencia firme determina la inadmisión «a limine» de la demanda (art. 512.1 LECiv).

2º) La demanda de revisión ha de ser interpuesta en el plazo de tres meses desde el descubrimiento de la causa de revisión (art. 512.2 LECiv), en su defecto la pretensión será desestimada en sentencia.

D) PROCEDIMIENTO

Sus líneas generales son las siguientes (art. 514 LECiv):

1º) Presentada y admitida la demanda de revisión, el tribunal solicitará que se le remitan todas las actuaciones del pleito cuya sentencia se impugne, y emplazará a cuantos en él hubieren litigado, o a sus causahabientes, para que dentro del plazo de veinte días contesten a la demanda.

2º) Contestada la demanda de revisión o transcurrido el plazo anterior sin haberlo hecho, se dará a las actuaciones la tramitación establecida para los juicios verbales; es decir, se citará para una vista en la que deberán tratarse las cuestiones procesales y producirse la prueba.

3º) El Ministerio Fiscal no es parte, pero ha de informar antes de que se dicte sentencia sobre si ha o no lugar a la estimación de la demanda.

4º) Las cuestiones prejudiciales penales que se planteen se tramitarán según las reglas generales.

5º) La admisión de la demanda de revisión no suspenderá por sí misma la ejecución de la sentencia firme, pero podrá solicitarse la suspensión, que el tribunal podrá conceder si lo aconsejan las circunstancias del caso y se constituye caución por el solicitante (art. 515 LECiv en relación con el art. 506 de la misma Ley).

E) SENTENCIA DE REVISIÓN

La estimación de la pretensión supone la rescisión de la sentencia de modo total o sólo de alguno de sus pronunciamientos, según lo afectado por las causas de revisión estimadas (art. 516.1 LECiv).

Eso permite que las partes puedan iniciar, si quieren (art. 516.1 LECiv: «para que las partes usen de su derecho, según les convenga, en el juicio correspondiente»), nuevo proceso sobre las pretensiones a las que se referían los pronunciamientos que han sido privados del valor de cosa juzgada.

LA RESCISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES EN DETERMINADOS SUPUESTOS DE REBELDÍA**A) FUNDAMENTO Y NATURALEZA JURÍDICA**

El fundamento de este medio de impugnación radica en la consideración de justicia de que a la parte que ha perdido las posibilidades de contradicción y defensa por desconocer la existencia del proceso o por estar impedida de personarse en el mismo, se le han de restituir tales posibilidades. Como se advirtió en el Capítulo 12, la ignorancia y la involuntariedad de la personación no son óbice que impida la declaración de rebeldía y la continuación del proceso; no obstante sí que son tenidas en cuenta a los efectos de este medio de impugnación de la sentencia firme.

La naturaleza jurídica de esta impugnación puede estimarse igual a la revisión, es decir como un proceso dirigido a eliminar la cosa juzgada del proceso seguido en rebeldía. El profesor FAIRÉN entiende que constituye un

nuevo tracto del mismo proceso seguido en rebeldía, que se reabre para posibilitar la audiencia del rebelde.

B) PRESUPUESTOS DE LA RESCISIÓN DE LA SENTENCIA FIRME DICTADA EN REBELDÍA

Según los artículos 501, 502 y 503 LECiv la rescisión de la sentencia firme dictada en rebeldía depende de los presupuestos siguientes:

1º) Haber permanecido constantemente en rebeldía, pues haberse personado en el proceso en algún momento presupone el conocimiento de su pendencia y haber podido actuar en él.

2º) Que la sentencia firme dictada tenga efecto de cosa juzgada (art. 503 LECiv), porque si se trata de sentencia de proceso sumario, el rebelde puede defenderse iniciando el correspondiente proceso plenario.

3º) Desconocimiento de la pendencia del proceso, para lo cual, si el emplazamiento o citación se practicó en el domicilio del demandado, este deberá probar que no tuvo conocimiento por causa que no le es imputable de la cédula entregada a los receptores subsidiarios; si se practicó por edictos, habrá de probar haber estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso o publicado los edictos en Boletines Oficiales (art. 501.2º y 3º LECiv).

4º) Alternativamente con el presupuesto acabado de indicar, que el demandado haya sido afectado por una fuerza mayor no interrumpida, que le haya impedido, en todo momento, personarse en el proceso (art. 501.2º LECiv).

5º) Interponer la pretensión de rescisión en el plazo de veinte días desde la notificación, personal o en el domicilio, de la sentencia firme; o en el plazo de cuatro meses desde la notificación de esa sentencia por edictos (art. 502.1 LECiv). Esos plazos pueden ser prorrogados hasta dieciséis meses si el rebelde prueba que la fuerza mayor siguió siendo operativa; consecuentemente, más allá de los dieciséis meses la rescisión no puede ser concedida (art. 502.2 LECiv).

C) COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO PARA LA RESCISIÓN DE LA SENTENCIA

La competencia para conocer de la pretensión de rescisión corresponde al mismo tribunal que hubiera dictado la sentencia en rebeldía (art. 501.1 LECiv).

La pretensión de rescisión se interpone mediante demanda, que es tramitada de acuerdo con las normas del juicio ordinario (art. 504.2 LECiv), pero la prueba está limitada a la concurrencia de los presupuestos de la rescisión que han sido expuestos (art. 505.1 LECiv).

La interposición de la demanda no suspende «per se» la eficacia ejecutiva de la sentencia firme correspondiente, aunque permite obtener la suspensión en similares términos a como se regula en la revisión de sentencias firmes (art. 504.1 LECiv). Si se estima la demanda la suspensión es preceptiva (art. 505.2 LECiv).

D) LA SENTENCIA DE RESCISIÓN Y SUS EFECTOS

Si se estima la pretensión de rescisión se reabre el proceso que terminó con sentencia firme en rebeldía y, a tal efecto, si la primera instancia de ese proceso se tramitó ante tribunal distinto al que ha conocido de esta impugnación, éste remitirá al tribunal correspondiente certificación de la sentencia (art. 507.1 y 2 LECiv).

La tramitación de la primera instancia se inicia con la contestación a la demanda por el demandado antes rebelde, sigue con unas alegaciones del actor, y, a partir de ese momento, se ajusta a las reglas de la primera instancia del proceso de que se trate (art. 507.1 LECiv). Si en esa tramitación el demandado no formulara alegaciones o peticiones se entenderá que renuncia a la audiencia concedida y se dictará sentencia en los mismos términos que la rescindida (art. 508 LECiv).

INCIDENTE DE NULIDAD POSTERIOR A RESOLUCIÓN FIRME POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES

A) ORIGEN HISTÓRICO Y RÉGIMEN ACTUAL

El medio de impugnación que actualmente regulan el art. 241 LOPJ y el art. 228 LECiv, tiene por objeto la tutela de los derechos fundamentales, pero está atribuido a los tribunales ordinarios. Su vigencia en nuestro ordenamiento no es muy larga, pero tiene gran interés considerar su origen y los cambios que ha experimentado hasta hoy.

Hay ciertas nulidades procesales que la parte sólo puede conocer después de que haya sido dictada la resolución firme del correspondiente proceso. Hasta cierto momento, nuestro ordenamiento no preveía un medio de impugnación para plantear esas nulidades ante los tribunales ordinarios, de modo que el amparo ante el Tribunal Constitucional acababa por ser el

único medio para denunciarlas, con fundamento en la violación del derecho fundamental a la no indefensión.

Obsérvese, por ejemplo, que la nulidad del acto de comunicación de llamamiento del demandado al proceso no es suficiente para fundar una revisión de la sentencia por el motivo de maquinación fraudulenta, ni una rescisión de sentencia dictada en rebeldía —hay que probar que el acto no fue conocido o la ausencia del lugar del proceso y de publicación de edictos—. Y lo mismo ocurre con la inexistencia o nulidad de la citación para la vista de un recurso contra la sentencia u otra resolución de terminación del proceso.

Una reforma de 1997 del entonces numerado como art. 240 LOPJ estableció el incidente de nulidad de actuaciones con el limitado fundamento de las nulidades causantes de indefensión, que tuvieran las características apuntadas, aunque también con fundamento en la incongruencia del fallo de la sentencia, que ya no pudiera ser corregido mediante un recurso ante los tribunales ordinarios. Con la primera causa de la nueva impugnación se reforzaba el carácter subsidiario del amparo constitucional. Pero la segunda causa de la impugnación no tenía una justificación tan fácil.

En efecto, la misma razón práctica de evitar el acceso directo al amparo constitucional podía existir en los casos de incongruencia por omisión de pronunciamiento, dado que en esos casos puede haber lesión del derecho a la tutela judicial efectiva (como derecho a un pronunciamiento sobre las pretensiones). Pero en caso de incongruencia por exceso, salvo que, simultáneamente, hubiera indefensión —es decir, que el tribunal se hubiera pronunciado de oficio y, además, sin posibilidad de audiencia caso subsumible, sin dificultad, en la primera causa de nulidad a la que pretendía atender la reforma—, este medio de impugnación no está justificado en las razones que se han apuntado poco antes.

La LECiv/2000 suprimió la causa de incongruencia (art. 228 LECiv) y dio solución —adecuada, pero diferente al incidente de nulidad— al problema de la incongruencia por omisión de pronunciamiento (art. 215.2, 3 y 4 LECiv). Ahora bien, el artículo 228 no era aplicable hasta que se modificara la LOPJ (disp. final 17ª Ley 1/2000), por lo que permaneció en vigor el régimen establecido por el art. 240 LOPJ. Reformada la LOPJ en diciembre de 2003, la nueva redacción que se dio al artículo entonces numerado como 241 lo hizo coincidir en su mayor parte con la del art. 228 LECiv, pero siguió incluyendo la causa de «incongruencia del fallo».

Como último estadio de esta evolución, el art. 241.1, párr. 1ª LOPJ ha sido de nuevo modificado en el contexto de la reforma del amparo constitucional (LO 6/2007, de 24 de mayo), y en el preciso punto de las causas en las que puede fundarse el incidente. Estas causas se conciben, ahora, como «cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse

antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario».

Esta reforma significa, en primer término, que el fundamento del incidente de nulidad no estará limitado a los defectos de forma que hayan causado indefensión, como sigue disponiendo el art. 228 LECiv, sino que podrá ser la vulneración de cualquier derecho fundamental a los que se refiere el art. 53.2 CE, incluidos los procesales, pero todos ellos y no sólo ellos. La finalidad de la reforma es potenciar el carácter subsidiario del amparo constitucional respecto de la protección de los derechos fundamentales por los tribunales ordinarios, para lo cual éstos precisaban de un instrumento para tutelarlos incluso frente a violaciones que ya no pudieran ser denunciadas por los demás medios previstos por las leyes procesales.

B) PRESUPUESTOS DE LA IMPUGNACIÓN ESPECIAL POR NULIDAD

La admisión a trámite (art. 241.1, párr. 3ª LOPJ) y, en definitiva, la estimación de esta impugnación dependen de los siguientes presupuestos.

a) Vulneración de un derecho fundamental

Ha de invocarse la vulneración de un derecho fundamental de los que pueden ser tutelados mediante amparo constitucional («de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución»).

Para algunos efectos puede ser útil distinguir entre:

1ª) Derechos fundamentales que podemos llamar «materiales» (por ejemplo, los derechos a la vida y la integridad física y moral, al honor, intimidad y propia imagen, a la libertad de expresión e información, al secreto de las comunicaciones personales y a la inviolabilidad del domicilio, etc.). Si la tutela de estos derechos ha constituido el objeto del proceso, esta impugnación no será admisible por lo que después explicaremos. La posibilidad de la impugnación por vulneración de derechos fundamentales de esta clase se centrará a los casos en que para la decisión sobre el objeto del proceso sea relevante el contenido esencial de un derecho fundamental y la sentencia haya resuelto infringiéndolo. También puede manifestarse en resoluciones de dirección procesal o de carácter cautelar o ejecutivo.

2ª) Derechos fundamentales «procesales», cuya infracción a los efectos de esta impugnación puede ser más frecuente en el proceso civil. En esta materia se produce, además, una importante novedad de la reforma de 2007, porque no sólo podrán hacerse valer el derecho a que no se produzca indefensión, ni el derecho a una tutela judicial efectiva como derecho a un pronunciamiento sobre el fondo salvo causa legal de inadmisibilidad —que sería infringido por una omisión indebida de pronunciamiento—, sino también el

derecho al juez predeterminado por la ley, a los medios de prueba pertinentes, y a las demás concreciones del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, en sí y en su relación con otras normas constitucionales (derecho a que el fallo se cumpla, a un pronunciamiento de fondo no viciado por error patente o estricta arbitrariedad, a un pronunciamiento igual al que el mismo órgano jurisdiccional dictó en un caso igual o a la motivación del pronunciamiento divergente).

- b) **Imposibilidad de instar la protección judicial del derecho fundamental vulnerado, bien por desconocimiento de la vulneración, bien porque conocida, no existen (no son admisibles) medios legales para impugnarla.**

Este presupuesto —que aparece en los últimos incisos del art. 241.1, párr. 1º LOPJ— expresa la subsidiariedad característica de este medio de impugnación ante los tribunales ordinarios.

Este medio de impugnación no será admisible:

- 1º) Si en el proceso ha sido conocida la vulneración del derecho fundamental y la parte que la ha sufrido no ha solicitado la protección del tribunal mediante los actos de alegación previos a la resolución.

Esto excluye la admisibilidad, por ejemplo, en el caso de que la pretensión de tutela del derecho fundamental haya sido el objeto del proceso; o en el supuesto de que haya habido posibilidad de debate sobre la vulneración de un derecho fundamental causada por un acto de dirección procesal (por ejemplo, el que admite un medio de prueba impugnado por haber sido obtenido con violación de derechos fundamentales).

- 2º) Si una resolución judicial ha vulnerado el derecho fundamental, bien sea por no proteger frente a su vulneración, bien sea por lesionarlo directamente la resolución, y el titular del derecho, conocedor de la vulneración, no ha reaccionado frente a la misma utilizando los medios de impugnación legalmente admisibles para el tratamiento de la infracción.

Los medios de impugnación cuya previsión legal excluye la admisión del que ahora analizamos, son, como dice el art. 241.1, párr. 1º *in fine* LOPJ, «los recursos ordinarios y extraordinarios», pero también, como dispone el art. 240.1 LOPJ, los «demás medios que establezcan las leyes procesales». Entre estos últimos están las solicitudes de aclaración, rectificación y subsanación de resoluciones y las de complementación de sentencias, en la medida en que su eficacia legal posibilite restablecer el derecho fundamental vulnerado (por ejemplo, la complementación de sentencias, respecto del derecho a la tutela judicial efectiva lesionado por indebida omisión de pronunciamiento).

II. Plazo de la impugnación

El plazo para pedir la nulidad es de veinte días. Ese plazo se cuenta desde la notificación de la resolución. Pero si la notificación no se ha producido o se ha producido precisamente en la forma indebida que es el defecto causante de indefensión y lo que ha impedido el conocimiento por la persona a la que afecta la resolución, el cómputo se inicia desde que el hecho causante de la indefensión ha sido conocido por la persona que la ha sufrido. En el segundo caso, la solicitud de nulidad deja de ser admisible después de transcurridos cinco años desde la notificación de la sentencia o resolución (art. 241.3, párrafo segundo LOPJ). El *dies a quo* será problemático si la notificación no se ha producido en absoluto.

III. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

Es competente para conocer de la impugnación el mismo órgano jurisdiccional que dictó la sentencia u otra resolución que hubiera adquirido firmeza (art. 241.1, párrafo segundo LOPJ).

El procedimiento tiene una tramitación especial en la que destacan los siguientes aspectos:

- 1º) El tribunal tiene potestad de inadmisión «a limine» si, mediante una impugnación, se suscitan cuestiones distintas a las especificadas antes; contra la inadmisión no cabe recurso (art. 241.1, párrafo tercero LOPJ).

- 2º) La presentación de la impugnación no implica «per se» la suspensión de la eficacia (eventualmente ejecutiva) de la sentencia o resolución, pero la suspensión puede obtenerse del juez si, a falta de la misma, la impugnación perdería su finalidad (art. 241.2, párrafo primero LOPJ).

- 3º) La sustanciación del procedimiento se limita a las alegaciones por escrito del impugnante, a las que se acompañarán documentos para acreditar la vulneración denunciada del derecho fundamental, y a las contra-alegaciones de las demás partes, igualmente con documentos (art. 241.2, párrafo primero LOPJ). No se prevé una actividad probatoria específica para acordar y practicar medios de prueba distintos (por ejemplo: informes o declaraciones testificales sobre el modo en que fueron practicados los actos de comunicación causantes de la indefensión).

IV. RESOLUCIÓN Y EFECTOS

La resolución se dicta en forma de auto y sus efectos dependen de la causa de la impugnación y del sentido del pronunciamiento:

1º) Si se estimara la nulidad, se repondrán las actuaciones al estado inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y, a partir de ese momento, continuará el procedimiento.

Esto es lo que continúa diciendo el primer inciso del art. 241.2, párr. 2º LOPJ, que la reforma de 2007 ha dejado inalterado, a pesar de las diferentes consecuencias que deben derivar de los nuevos fundamentos de la impugnación. En mi opinión, según el derecho fundamental vulnerado, bastará la declaración de nulidad y la reposición de actuaciones, o será necesario dictar un nuevo pronunciamiento acorde con el contenido del derecho fundamental que anteriormente fue desconocido.

La descripción del contenido de la resolución estimatoria ya era defectuosa a la vista de la antigua redacción del art. 241.1, párr. 1º LOPJ, porque la incongruencia por omisión de pronunciamiento –en el caso de que pudiera ser planteada en ese incidente– no puede ser corregida mediante una declaración de nulidad, sino sólo mediante la efectiva emisión de los pronunciamientos antes omitidos. Actualmente el defecto es mayor, porque de lo que se trata es de que cualquier derecho fundamental que haya sido reconocido como vulnerado, sea plenamente restablecido para el disfrute de su titular.

2º) Si se desestimara la impugnación, la sentencia, otra resolución firme y las actuaciones previas quedarán inalteradas. El auto contendrá pronunciamientos accesorios de condena en costas y, en su caso, imposición de multa.

Contra la resolución que resuelva el incidente no cabrá recurso alguno (art. 241.4 LOPJ).

OTROS MEDIOS DE IMPUGNACIÓN DE LA COSA JUZGADA

A) OPOSICIÓN DE TERCEROS A LA COSA JUZGADA

La sentencia firme puede, en determinados casos, crear una apariencia perjudicial para el tercero. Éste puede mediante la oposición reaccionar activamente para eliminar esa apariencia, en vez de esperar a que la sentencia se intente hacer valer frente a él para defenderse entonces.

Por ejemplo: se realiza un proceso con ambas partes de acuerdo para defraudar a un tercero (en vez de transmisión simulada de un bien, proceso en el que, quien era titular del bien, se deja perder). A partir de la anterior situación, podría considerarse oposición de terceros a la cosa juzgada que el tercero perjudicado, con fundamento en artículo 1113 CC (acción pauliana) y considerando como acto fraudulento el primer proceso, pretendiera la anulación del mismo. Ahora bien, si se medita en el ejemplo puesto se observará

que el tercero no impugna la cosa juzgada, que a él no le afecta, sino tal vez los efectos reflejos de la sentencia.

En nuestro ordenamiento no hay una previsión específica de la oposición de terceros a la cosa juzgada. Aunque sí que hay, en el proceso de ejecución, medios defensivos para los terceros frente a los que se intente extender los efectos de la sentencia (art. 538.2.2º, 2.3º y 3 y art. 704 LECiv).

B) AMPARO ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Ciertamente el amparo constitucional no es un medio de impugnación de la cosa juzgada producida por un proceso civil, sino un medio para la protección de los derechos fundamentales por el Tribunal Constitucional frente a los que hay derechos procesales –art. 24 CE– y derechos «materiales» que pueden ser violados, directamente o por falta de protección, en un proceso civil).

Sin embargo, el régimen de este medio de impugnación puede conducir a que la cosa juzgada sea eliminada:

1º) El amparo constitucional presupone el agotamiento de los medios de impugnación que fueran admisibles ante la jurisdicción ordinaria [art. 44.1 a) LOTC]. El cumplimiento de este requisito puede suponer, según la resolución judicial que se estime causante de la lesión del derecho fundamental, que se haya producido la cosa juzgada.

2º) La estimación del amparo comporta el reconocimiento del derecho fundamental, el restablecimiento del recurrente en el disfrute del mismo, y la declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de ese derecho, con determinación de la extensión de sus efectos (art. 55.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Resulta, pues, necesario, según los casos, desconocer la eficacia de cosa juzgada para que el tribunal ordinario pueda continuar el proceso desde el momento posterior a aquel en que se violó un derecho fundamental procesal o, simplemente, para que pueda dictar nueva sentencia respetando el contenido del derecho fundamental.

C) DEMANDA ANTE EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Es un medio especial para la tutela jurisdiccional por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, para el que están legitimados no sólo los Estados que lo han ratificado, sino también las personas que afirmen haber sufrido una violación de tales derechos.

En primer término debe descartarse la idea de que el acceso a ese Tribunal se produce sólo en materias penales o en las que resuelve el Estado como Poder Ejecutivo. Sin citar ahora otros derechos fundamentales que pueden ser afectados por un proceso civil, baste recordar que según el artículo 6.1 del Convenio «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y en un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil».

De las posibilidades de resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materias civiles, dan idea estos dos pronunciamientos suyos sobre asuntos que, previamente, habían sido conocidos por tribunales españoles:

1º) En el asunto *Hiro Balani contra España*, la Sentencia del TEDH de 9 de diciembre de 1994 (TEDH 1994, 5), declara que se había producido una violación del derecho a que la causa sea oída en justicia por un tribunal, que deberá pronunciarse sobre los litigios relativos a derechos y obligaciones de carácter civil (art. 6.1 CEDH). Los hechos ocurridos en el ordenamiento interno habían sido los siguientes: frente a la pretensión de nulidad de cierta marca, la demandada alegó varias defensas. En la instancia —entonces única— fue apreciada la excepción de prescripción y la demanda fue desestimada. La actora interpuso recurso de casación, que fue estimado. Al resolver el Tribunal Supremo sobre el fondo del asunto estimó la demanda, sin mencionar ni siquiera una defensa subsidiaria consistente en un registro prioritario en favor de la demandada de otra marca que daba cobertura a los productos fabricados y comercializados bajo la marca cuya nulidad se había instado.

2º) Se constata por el TEDH la misma violación en la Sentencia de 9 de diciembre de 1994, asunto *Ruiz Torija contra España* (TEDH 1994, 4). En este caso frente a una pretensión de desahucio por cesión inconstituida, el demandado se defendió, primero, negando que constituyera tal cesión la autorización a tercero para instalar en el local unas máquinas recreativas, y, subsidiariamente, alegando la prescripción de la acción. En primera instancia la demanda fue desestimada por la primera razón. El actor recurrió en apelación y la Audiencia revocó la sentencia y estimó la demanda, sin mencionar en momento alguno la eficacia de la prescripción que se había hecho valer subsidiariamente.

A éstos podría añadirse la más reciente sentencia 28 de octubre de 2003, asunto *Stone Court Shipping Company, S.A. contra España*.

Sin embargo, la eficacia de las sentencias del TEDH no es la misma que la de las sentencias de amparo del Tribunal Constitucional: no está prescrito en el ordenamiento español que deba procederse a una satisfacción específica del derecho fundamental que el TEDH ha declarado lesionado, ni como consecuencia directa de la sentencia del TEDH, ni indirectamente por establecimiento de un medio que permita impugnar la cosa juzgada del proceso español para permitir una nueva resolución en la que aquel derecho se respete.

La STS (Sala 1ª) de 20 de noviembre de 1996 (RJ 1996, 8641), dictada a raíz de la Sentencia del TEDH en el asunto *Hiro Balani*, ha concluido que

la falta de previsión de un medio legal para dar cumplimiento en forma específica a las sentencias del TEDH, imposibilita la eliminación de la cosa juzgada producida en el ordenamiento español para permitir que, como se requería en el caso, el tribunal resolviera sobre una defensa material que había sido propuesta y que no fue ni analizada.

Los efectos de las sentencias del TEDH son el declarativo de la infracción del derecho y la responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia, que se sustancia en una indemnización.

Capítulo 25

MANUEL ORTELLS RAMOS

SUMARIO.—LA DIVERSIDAD DE PROCEDIMIENTOS PARA EL PROCESO DE DECLARACIÓN.—CLASES DE PROCEDIMIENTOS: COMUNES, ESPECIALES Y PROCEDIMIENTOS COMUNES CON ESPECIALIDADES.—A) Procedimientos comunes.—B) Procedimientos especiales.—C) Procedimientos comunes con especialidades.—PROCEDIMIENTOS PLENARIOS Y SUMARIOS.—A) Criterio distintivo y conceptos respectivos.—B) Las causas y los efectos de la sumariedad.—PROBLEMAS QUE PLANTEA LA DIVERSIDAD DE PROCEDIMIENTOS.—LA ADECUACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS COMUNES: NORMAS DE ADECUACIÓN.—NORMAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA.—TRATAMIENTO PROCESAL DE LA ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO.

LA DIVERSIDAD DE PROCEDIMIENTOS PARA EL PROCESO DE DECLARACIÓN

Teórica y técnicamente el proceso de declaración podría estar sometido por la ley a una tramitación procedimental única, cualquiera que fuera su objeto.

Una única regulación de los actos procesales y de la relación de los mismos entre sí, formando la serie procedimental, podría servir para la tramitación de cualquier proceso. El Derecho material y el Derecho procesal, este último en cuanto a las normas que regulan las formas de tutela jurisdiccional y las facultades del juez y de las partes, podrían introducir diferencias en el contenido y efectos de los actos procesales.

En ningún ordenamiento ocurre así, sino que se prevén diversas modalidades procedimentales para la tramitación del proceso de declaración. Incluso debe hacerse notar que, hasta la nueva LECiv, en Derecho español ha existido una variedad procedimental excesiva e injustificada.

Con la nueva LECiv la diversidad de procedimientos se modera de modo importante, pero subsiste. En la misma se regulan unos procedimientos comunes, bajo el nombre no del todo adecuado de procesos declarativos (Lib. II de la LECiv), y unos procedimientos especiales, que la LECiv prefiere denominar procesos especiales (Lib. IV).

En la nueva LECiv la diversidad de regímenes procesales tiene una manifestación diferente a la de los procesos especiales. Determinados aspectos del proceso de declaración –pero no el conjunto de éste– tienen una regulación especial en atención a características jurídico-materiales de la pretensión objeto del proceso. No se trata de procedimientos especiales, sino de procedimientos comunes con especialidades.

Los mediáticamente conocidos como «juicios rápidos civiles» (disp. adic. 5ª LECiv) no son ningún tipo de procedimiento diferente de los mencionados. Aquella expresión, y la regulación de la disp. adic. citada, significan una técnica de agilización de algunas clases de procedimientos civiles que no altera el régimen normativo de éstos, sino que actúa (o debe actuar) sobre los servicios judiciales que tienen encomendada la tramitación, mejorando sus medios (humanos y materiales) y su organización para conseguir una mayor eficiencia.

CLASES DE PROCEDIMIENTOS: COMUNES, ESPECIALES Y PROCEDIMIENTOS COMUNES CON ESPECIALIDADES

Los procedimientos previstos por la LECiv pueden clasificarse en las tres modalidades siguientes.

A) PROCEDIMIENTOS COMUNES

Los procedimientos comunes son la tramitación procedimental adecuada para los procesos que tengan por objeto cualquier clase de pretensión, salvo aquellas para las que la ley establezca una tramitación diferente. Son aquellos cuya adecuación viene establecida por la norma común o más general, en términos relativos frente a aquellas normas que establecen procedimientos adecuados para específicas pretensiones (art. 248.1 LECiv).

La LECiv los denomina procesos declarativos (epígrafe del Lib. II y art. 248 entre muchos otros). Hubiera sido más correcta la denominación de procedimientos comunes, porque los que la LECiv denomina procedimientos especiales también consisten, de modo principal y casi exclusivo, en una regulación de la actividad procesal declarativa, aunque también tienen alguna disposición sobre tutela ejecutiva y cautelar.

La LECiv establece dos procedimientos comunes, a los que denomina juicio ordinario y juicio verbal (art. 248.2 LECiv). La adecuación de los mismos se regula tanto con normas especiales –que atienden a aspectos cualitativos de las pretensiones y que, por su calidad de norma especial, son de aplicación preferente (art. 248.3 LECiv)–, como con normas generales –que consideran la cuantía de las pretensiones–.

Sin duda ha de resultar llamativo que el juicio ordinario y el juicio verbal sean calificados como procedimientos comunes, siendo así que su adecuación puede ser determinada, como hemos visto, en aplicación de normas especiales. Lo cierto es que, cuando así ocurre, los procedimientos no son diferentes a los que deben seguirse cuando la adecuación deriva de la norma más general (la norma de la cuantía), por lo que los procedimientos como tales son, efectivamente, las modalidades procedimentales de aplicación más común.

B) PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Los procedimientos especiales consisten en regulaciones de los actos procesales –y de su interrelación– diferenciadas en comparación con los procedimientos comunes y, además, cuya adecuación se determina exclusivamente en atención a los aspectos cualitativos de la pretensión (normas especiales).

Son procedimientos especiales los regulados en el Libro IV de la LECiv (que se tratan en los Caps. 38 a 42), aunque también hay algunos incluidos en otras partes de la LECiv, como los procedimientos monitorios especiales del artículo 34 (para créditos del procurador originados por su intervención en el proceso) y del artículo 35 (para créditos del abogado con idéntico origen).

La especificidad procedimental, que los diferencia de los procedimientos comunes, puede presentar alguna de estas dos formas:

1ª) Modificar uno de los procedimientos comunes con trámites no previstos en su ordenación general. Así el artículo 753 LECiv introduce en el juicio verbal la contestación escrita, aparte de remitir a otras posibles modificaciones procedimentales.

2ª) Regulación de los actos procesales y de su interrelación de un modo completamente distinto a los procedimientos comunes. Así ocurre con los procedimientos para la división de herencias, para la liquidación del régimen económico matrimonial y en los procedimientos monitorios, común y cambiario.

C) PROCEDIMIENTOS COMUNES CON ESPECIALIDADES

Esta tercera clase incluye los supuestos de aquellas pretensiones que están sujetas a un régimen procesal especial en algunos aspectos del proceso de declaración del que son objeto, pero sin que esta especialidad afecte al procedimiento, dado que éste sigue siendo uno de los procedimientos comunes.

Normalmente se trata de supuestos en los que es adecuado el juicio verbal, en cuyo régimen ordinario se incluyen normas sólo aplicables si las pretensiones objeto del proceso son de cierta clase. Estas normas establecen especialidades en diversos aspectos de la tramitación:

- 1º) En el régimen de admisión de la demanda (art. 439 LECiv).
- 2º) En el contenido de la citación para la vista (art. 440.2 v 3 LECiv).
- 3º) Actuaciones especiales que deben realizarse antes de la celebración de la vista (art. 441 LECiv).
- 4º) Alegaciones admisibles al demandado en la vista y requisitos de admisión de su defensa (art. 444 LECiv).

No obstante, también hay supuestos en los que el procedimiento adecuado es el ordinario y en el mismo, atendida la específica pretensión que constituye su objeto, se introducen normas especiales. Es el caso de los especiales requisitos de admisión de la demanda establecidos por el artículo 403.2 LECiv para las pretensiones de responsabilidad civil frente a jueces y magistrados.

Como puede observarse se trata de unas especialidades normativas en materias del proceso de declaración, diferentes a la regulación de procedimientos diferenciados para ciertas clases de pretensiones. Tan es así que, en varias disposiciones de la LECiv y de fuera de ella, aparecen diversas especialidades normativas, aplicables en procesos cuyo objeto sea una pretensión con ciertas calidades, completamente desvinculadas del procedimiento que debe seguirse. Por ejemplo: normas especiales sobre carga de la prueba en procesos sobre competencia desleal y publicidad ilícita (art. 217.4 LECiv), sobre documentos que han de acompañar a la demanda (art. 266 LECiv), sobre especiales requisitos de admisión de los recursos (art. 449 LECiv) y sobre la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal en casos de desahucio por falta de pago (art. 22.4 LECiv).

En las cuestiones de los procedimientos especiales y de las especialidades en los procedimientos comunes aflora un problema de técnica legislativa: la tensión entre dos posibles criterios de sistematización de ciertas disposiciones procesales. Esos criterios son, por una parte, el de las funciones procesales a las que se refiere el contenido de la disposición (por ejemplo: admisión de la demanda, prueba); por otra parte, el de las situaciones jurídicas materiales para cuya tutela sirve el proceso (por ejemplo: arrendamientos, relaciones de propiedad horizontal, compraventa a plazos). Si se sigue el primer criterio la disposición será incluida en un texto legal denominado procesal; si, por el contrario, se sigue el segundo, la disposición será ubicada en un texto de Derecho material. La opción legislativa que en definitiva se adopte puede ser discutible, pero lo esencial es que no sea obstáculo para que la teoría y la práctica jurídica resuelvan correctamente los problemas de aplicación de la norma correspondiente.

PROCEDIMIENTOS PLENARIOS Y SUMARIOS

A) CRITERIO DISTINTIVO Y CONCEPTOS RESPECTIVOS

El criterio de distinción entre procedimientos plenarios y sumarios no es tanto el de la ordenación procedimental de los actos, sino la producción o no de cosa juzgada (material), es decir del efecto jurídico cuyo contenido determina el artículo 222 LECiv.

a) Concepto de procedimiento plenario

Procedimiento plenario es aquel en el que se produce cosa juzgada. La «ratio» de esa norma de producción de cosa juzgada radica en que el objeto del proceso ha podido ser tratado con la mayor amplitud de alegaciones y prueba establecida por el ordenamiento procesal.

Procedimientos plenarios pueden serlo tanto los procedimientos comunes, como los especiales, como los comunes con especialidades.

Como regla general, todo procedimiento que se siga para realizar un proceso de declaración es plenario. Los artículos 207 y 222 LECiv, que establecen el efecto de cosa juzgada material de las sentencias firmes, constituyen una norma general. Es necesaria norma expresa contraria para excluir la norma anterior, como se deduce también del artículo 447 LECiv que, tras establecer supuestos en los que no se produce cosa juzgada, remite, para otros posibles, a «las resoluciones judiciales a las que, en determinados casos, las leyes nieguen esos efectos».

b) Concepto de procedimiento sumario

Es procedimiento sumario aquel que no produce cosa juzgada, de modo que un proceso posterior no queda excluido, ni vinculado en cuanto a su resolución por la sentencia firme del procedimiento sumario.

Procedimientos sumarios pueden serlo solamente determinados procedimientos comunes con especialidades (a ellos se refiere, principalmente, el art. 447 LECiv) y determinados procedimientos especiales (por ejemplo, aquellos a los que se refieren los arts. 34, 35 y 787.5, párr. 2º LECiv). En todo caso, la exclusión del efecto de cosa juzgada es especial y se refiere a clases determinadas de pretensiones, bien por sí mismas, bien por el procedimiento en que han sido tratadas.

La «ratio iuris» de la norma que excluye el efecto de cosa juzgada consiste en la falta de plenitud de la actividad procesal declarativa (alegaciones, prueba, cognición judicial correspondiente sobre el objeto).

El concepto de sumariedad presenta, no obstante, algunas dificultades que es conveniente examinar.

B) LAS CAUSAS Y LOS EFECTOS DE LA SUMARIEDAD

La sumariedad es caracterizada frecuentemente como la concurrencia de ciertas causas (limitación de la cognición judicial) y de ciertos efectos (exclusión de la cosa juzgada).

a) La concepción de la sumariedad en la doctrina española

En el concepto de sumariedad mantenido por nuestra doctrina subsisten algunas diferencias que no parece que puedan explicarse como una falta de precisión en la expresión del pensamiento, sino que inciden en el propio concepto y en la aplicación que se hace del mismo.

La sumariedad se caracteriza inicialmente por todos los autores como una restricción del conocimiento judicial. Esta restricción puede derivar de limitaciones en los medios de ataque y defensa admisibles, de que no sean admisibles cualesquiera medios de prueba, siendo la prueba documental la preponderante entre los medios de prueba admisibles, y, en fin, de «una limitación en cuanto al objeto» del proceso (PRIETO-CASTRO), el cual se cifra a «una parte del litigio —la que hizo crisis—, aquella que se puede componer más fácilmente mediante la prueba rápida» (FAIRÉN).

Son buen ejemplo de este primer elemento de la sumariedad los supuestos del artículo 444 LECiv, en el que se limitan las defensas del demandado ante ciertas pretensiones, pero, además, estas pretensiones están limitadas en comparación con lo que podría ser pretendido para la tutela del derecho lesionado. Piénsese, como ejemplo de lo último, que en caso de incumplimiento por el comprador de un contrato de venta a plazos, la pretensión de tutela sumaria se limita a la condena dineraria de ejecución limitada sobre el bien adquirido, o a la condena a restituir ese bien, sin que alcance a todas las obligaciones derivadas del incumplimiento del contrato.

Esta limitación de la cognición judicial tiene como consecuencia que no se produzca la cosa juzgada (material), por lo menos con el alcance y virtualidad con el que la origina un procedimiento plenario, y que, por eso, sea admisible un procedimiento plenario posterior.

En la concepción de estas dos últimas características de la sumariedad (cosa juzgada material y extensión del procedimiento plenario posterior) la diversidad de posturas doctrinales resulta teórica y prácticamente muy importante.

Para unos autores (GUASP, DE LA OLIVA) la sentencia carece simplemente de autoridad de cosa juzgada material y en el procedimiento plenario posterior se pueden dirimir, con más conocimiento de causa, definitivamente las

cuestiones litigiosas. Esta tesis presupone que sumario y plenario tienen el mismo objeto, y que el pronunciamiento sobre ese objeto en el plenario no queda excluido, porque el sumario no produce sobre él cosa juzgada. Además, la admisibilidad de medios de ataque y defensa en el plenario no queda limitada a los que no pudieron utilizarse o no se utilizaron en el sumario, pudiendo hacerse valer de nuevo los entonces propuestos.

Diferentemente, para otros «la cosa juzgada que se produce es, fundamentalmente, la formal y que la cosa juzgada material que pudiera originarse es sólo parcial» (PRIETO-CASTRO), lo que hay que interpretar en el sentido de que «solo los medios de ataque y defensa que no se permita emplear y los objetos que no sea posible proponer podrán ser utilizados en el procedimiento plenario posterior. Si esta tesis fuera correcta, habría que puntualizar que, dado que la cosa juzgada material no cubre los medios de ataque y defensa sino el objeto del proceso, más que de cosa juzgada parcial debería hablarse de preclusión de los medios de ataque y defensa admisibles en el procedimiento sumario.

Por fin, RAMOS —en la misma línea que SERRA— entiende que «en estos juicios sumarios más que ausencia de cosa juzgada existe un problema de límites objetivos de la misma. El ámbito de dichos juicios es reducido y por lo tanto la cosa juzgada no puede extenderse más que a lo que ha sido objeto de juicio. Lógicamente el juicio posterior no versa sobre el mismo objeto que el juicio sumario». Ya GÓMEZ ORBANEJA había mantenido esta opinión, aunque de una forma más matizada, sin extenderla a todos los supuestos de sumariedad, recurriendo para ilustrarla al caso particularmente claro de la tutela posesoria en comparación con el juicio en que se hace valer el derecho de propiedad.

b) Conclusiones provisionales sobre las características de la sumariedad

Para una mejor aproximación al concepto de sumariedad se pueden avanzar algunas conclusiones provisionales que valoran las aportaciones doctrinales que han quedado reseñadas.

1ª) Hay supuestos de sumariedad indiscutibles —dado que la ley expresamente establece la falta de cosa juzgada de la sentencia— en los que no ha existido ninguna restricción específica de alegaciones y prueba para el tratamiento del objeto del proceso (véanse, por ejemplo, los de los arts. 34, 35 y 787.5, párr. 2º LECiv), sin embargo la regulación del procedimiento constriñe genéricamente las posibilidades de alegación y de prueba, al conceder menos oportunidades y en plazos más breves.

Esto no significa que siempre que pueda argumentarse que el trámite procedimental previsto para determinada pretensión es menos rico en posibilidades de ataque y defensa que el establecido para pretensiones que se juzguen equivalentes,

pueda concluirse que la sentencia no produce cosa juzgada. Para esto último es necesaria norma expresa. lo que ocurre es que la justificación de tal norma es la que hemos dejado apuntada.

2ª) La restricción de la cognición judicial derivada de que en un procedimiento no puedan interponerse pretensiones procesales distintas a una especificada por la ley no es, por sí sola, significativa de sumariedad. El objeto procesal propuesto por el actor puede ser resuelto plenariamente, aunque la ley sea restrictiva en admitir acumulación de otras pretensiones. Cosa distinta es que, cuando la ley establece la sumariedad, sea más restrictiva en cuanto a la admisión de acumulación (así, por ejemplo, el art. 438.1 LECiv prohíbe en estos supuestos la reconvencción).

3ª) La no producción de efectos de cosa juzgada, que legalmente corresponde a los procedimientos sumarios (art. 447 LECiv), no puede ser entendida como preclusión (causa de inadmisión en el proceso posterior) de las alegaciones y las pruebas que fueran admisibles en el procedimiento sumario, sino exactamente como no vigencia de los efectos propios de la cosa juzgada.

No rige su efecto negativo (art. 222.1 LECiv) y, por lo tanto, es admisible, entre las mismas partes, un proceso sobre el mismo objeto procesal.

Por ejemplo, la interposición —en el procedimiento adecuado por la cuantía— de pretensiones de condena al pago de las cantidades de los artículos 34 y 35 o la restitución de todo o parte de lo pagado, después del resultado desfavorable del correspondiente procedimiento sumario.

Tampoco rige su efecto positivo (art. 222.4 LECiv) y, como consecuencia, la sentencia del sumario no vincula al juez del plenario al resolver éste sobre un objeto procesal en el que está comprendido el que fue objeto del sumario.

Por ejemplo: pretensión de condena al pago de la totalidad del precio (y de indemnización por el incumplimiento contractual) de la compraventa de bienes muebles con precio aplazado si la tutela sumaria (limitada a realizar ese bien) no hubiera permitido satisfacer plenamente el crédito del vendedor; pretensión de resolución de esa misma clase de contrato con indemnización por el incumplimiento y no limitada —como la tutela sumaria— a la restitución del bien; pretensiones para tutela del derecho real cuyo contenido comporta posesión, sobre la cual antes se pidió tutela sumaria.

PROBLEMAS QUE PLANTEA LA DIVERSIDAD DE PROCEDIMIENTOS

La existencia de una pluralidad de procedimientos plantea problemas de muy diversa índole. Hace conveniente una adecuada clasificación y sistematización. Obliga a plantearse problemas de política legislativa referidos a

la justificación de los procedimientos que la ley ha estimado conveniente introducir y de su ámbito de aplicación.

En el plano técnico-jurídico los problemas más importantes se refieren a la integración de las posibles lagunas normativas existentes en el régimen de los diferentes procedimientos y, principalmente, a la regulación de la adecuación del procedimiento.

La adecuación del procedimiento —o el presupuesto procesal de procedimiento adecuado— comprende el régimen jurídico de los supuestos en los que corresponde aplicar o seguir cada uno de los procedimientos establecidos por la ley y las actividades procesales para aplicar y controlar la aplicación de las reglas correspondientes.

La diversidad de procedimientos es también objeto de consideración normativa en la regulación de la acumulación de pretensiones procesales. Que estas pretensiones deban ser tratadas mediante la misma o mediante diferente clase de procedimiento puede ser un requisito de admisión de la acumulación, la alteración del procedimiento adecuado puede ser una de las consecuencias de la acumulación admitida por el tribunal (véanse Caps. 10 y 12).

El final de este Capítulo se dedica al examen de las normas determinantes de la adecuación de los procedimientos comunes y al tratamiento procesal del presupuesto de procedimiento adecuado (modo de aplicar las normas de adecuación y control judicial de esa aplicación).

LA ADECUACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS COMUNES: NORMAS DE ADECUACIÓN

La adecuación de los procedimientos comunes se regula en atención a dos clases de criterios: cualitativos y cuantitativos.

Los primeros atienden a elementos cualitativos de la pretensión procesal interpuesta.

Esos elementos cualitativos pueden ser de Derecho material. Estos elementos son los normalmente relevantes, si se revisan los supuestos de los artículos 249.1 y 250.1 LECiv: justificación de la pretensión en determinados derechos, situaciones jurídicas, relaciones jurídicas o petición de tutela para determinado derecho, situación, etcétera.

Pero también pueden ser relevantes para determinar la calidad de una pretensión, a los efectos de establecer el procedimiento adecuado para la misma, aspectos cualitativos de Derecho Procesal. Obsérvese que es la preten-

sión de las tutelas sumarias de los números 4º, 5º, 6º, 7º, 10 y 11 del artículo 250.1 LECiv lo que determina que el proceso se tramite como juicio verbal.

Los criterios cuantitativos atienden a la cuantía o valor económico de la pretensión procesal (arts. 248.3, 249.2 y 250.2 LECiv).

Estos criterios son utilizados para regular el procedimiento adecuado del modo siguiente:

1º) En primer término la adecuación se determina por razón de la materia (arts. 248.3, 249.1 y 250.1 LECiv).

2º) Si no hay normas que, en atención a las cualidades jurídico-materiales o jurídico-procesales relevantes del objeto procesal de que se trate, establezcan que es adecuado alguno de los procedimientos comunes, la adecuación del procedimiento se determina en atención a la cuantía de la pretensión interpuesta.

Se tramitarán por el juicio ordinario las demandas cuya cuantía exceda de quinientas mil pesetas o de tres mil euros –si se fundan en hechos posteriores a la entrada en vigor de la moneda única europea– y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo –es decir: no sólo se ignora el valor concreto, sino que tampoco se sabe si éste alcanza o no las quinientas mil pesetas o tres mil euros– (art. 249.2 LECiv).

Se tramitarán por el juicio verbal las demandas cuyo valor no exceda de quinientas mil pesetas o de tres mil euros (art. 250.2 LECiv).

3º) Como criterio de cierre, entra de nuevo en juego un criterio cualitativo con la norma del artículo 253.3 LECiv: «Cuando el actor no pueda determinar la cuantía ni siquiera en forma relativa, por carecer el objeto de interés económico, por no poderse calcular dicho interés conforme a ninguna de las reglas legales de determinación de la cuantía, o porque, aun existiendo regla de cálculo aplicable, no se pudiera determinar aquélla al momento de interponer la demanda, ésta se sustanciará conforme a los cauces del juicio ordinario».

Este criterio cualitativo no atiende a las características jurídico-materiales de la pretensión, salvo la referencia a que la pretensión carezca de interés económico. Atiende a la circunstancia de imposibilidad de cálculo de una cuantía, bien porque esencialmente la pretensión carece de ella, bien porque no hay regla de cálculo, bien porque en el momento de la demanda faltan los datos determinantes del cálculo.

NORMAS PARA LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

La relevancia de la cuantía como presupuesto de la norma general para determinar el procedimiento adecuado, impone el establecimiento de reglas para precisar la cuantía. Estas reglas se formulan en los artículos 251 y 252 LECiv.

La determinación de la cuantía queda, de ese modo, sistemáticamente vinculada a la adecuación del procedimiento, aunque la cuantía también es relevante para otras regulaciones procesales como las siguientes:

1º) No preceptividad de la intervención de procurador (art. 23.2.1º LECiv), ni de abogado (art. 31.2.1º LECiv) si la cuantía del juicio no excede de novecientos euros.

2º) Competencia objetiva de los Juzgados de Paz para asuntos de cuantía no superior a las quince mil pesetas o noventa euros –si se fundan en hechos posteriores a la vigencia de esta moneda–, para los que sean competentes territorialmente y siempre que el procedimiento adecuado no se rija por la materia (art. 47 LECiv).

3º) En caso de condena en costas –sin apreciación especial de temeridad–, la parte condenada sólo está obligada a pagar, de la parte que corresponda a los profesionales retribuidos por el sistema de honorarios, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso (art. 394.3 LECiv).

4º) Admisión de recurso de casación contra sentencia dictada en proceso cuya cuantía exceda de veinticinco millones de pesetas o ciento cincuenta mil euros –si la pretensión se funda en hechos posteriores a la entrada en vigor de esta moneda– (art. 477.2.2º LECiv).

5º) Admisión del procedimiento monitorio común para la reclamación de deudas de dinero que no excedan de cinco millones de pesetas o treinta mil euros –si la pretensión se funda en hechos posteriores a la vigencia de esta moneda– (art. 812.1 LECiv).

Las reglas de determinación de la cuantía formuladas en los artículos 251 y 252 LECiv son, en todo caso, reglas específicas. El supuesto considerado por cada una de ellas es más o menos amplio, pero está siempre delimitado específicamente, de modo que no está prevista una norma general.

Bajo la vigencia de la LECiv/1881 la doctrina entendía existente una regla general implícita en el propio concepto de «cuantía o interés de la demanda». Esta regla permitía calcular aproximadamente la cuantía, incluso en defecto de norma específica de cálculo. Por cuantía de la demanda se entendía la cuantía de la pretensión –que se interpone mediante aquélla–, siendo esta cuantía la que resulta de la valoración combinada de los dos elementos que integran la pretensión (causa de pedir y petición) en el tiempo y lugar en el que aquélla se interponga.

La cuantía no es la del valor del objeto pedido (por ejemplo, el de cierto inmueble), dado que la causa de pedir puede ser diferente y, con ello, el valor de la pretensión no es lo mismo pedir la propiedad, que el usufructo o la declaración de existencia de una servidumbre.

La cuantía tampoco equivale al valor de la causa de pedir (por ejemplo, en contrato de préstamo), porque puede ser distinto el valor de lo pedido con base a la misma (en nuestro ejemplo, la declaración de validez del contrato o el cumplimiento de uno de los plazos de pago).

Además la cuantía se determina en las circunstancias de tiempo y lugar de interposición de la pretensión. La variación de valor durante el proceso no altera el efecto jurídico producido con la determinación inicial de la cuantía.

La LECiv formula expresamente la norma general de que el cambio de valor que sobrevenga después de interpuesta la demanda no implicará la modificación de la cuantía, ni de la clase de juicio (art. 253.1 LECiv). Pero ello permite entender que exista una regla general para el cálculo de la cuantía.

Por un lado, el artículo 253.1 LECiv enfatiza que la «cuantía se calculará en todo caso, conforme a las reglas de los artículos anteriores».

Por otro lado, a la vista de lo que dispone el artículo 253.3 LECiv, salvo que haya regla aplicable directamente o por analogía —esta segunda posibilidad no debe excluirse, porque la analogía no está prohibida en esta materia—, la única regla para determinar el procedimiento adecuado es la del propio artículo 253.3 LECiv —es decir, la que determina la adecuación del juicio ordinario—, y no cualquier razonable apreciación de la cuantía.

TRATAMIENTO PROCESAL DE LA ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

Sobre la petición del actor de que sea seguida cierta clase de procedimiento resuelve el tribunal del modo que tratamos a continuación.

a) Primera determinación por el actor del procedimiento adecuado

Corresponde al actor, en principio, precisar en la demanda la clase de procedimiento a seguir (art. 254.1, párr. 1º), en atención, según corresponda, a la materia o a la cuantía.

Si la cuantía es la relevante el actor ha de fijarla en la demanda y, en esa fijación, ha de cumplir los siguientes requisitos:

1º) Puede realizarla de modo preciso o de modo relativo —quinientas mil pesetas o menos de esa cantidad o tres mil euros o menos, en cuanto cantidades relevantes para determinar la adecuación, respectivamente, del ordinario y del verbal— (art. 253.2 LECiv).

La prohibición de que se limite a indicar la clase de juicio a seguir y de que haga recaer sobre el demandado la carga de determinación de la cuantía (art. 253.2 LECiv) no significa que la demanda sea inadmisibles sin más, sino que se halla expuesta a las

consecuencias del examen de oficio que veremos a continuación (art. 254.1 y 4, al principio LECiv).

2º) Ha de realizarla de modo justificado por aplicación de las reglas legales y con alegación de los datos relevantes para esa aplicación (art. 253.1 LECiv) y tiene la carga de acompañar a la demanda los documentos y dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa (art. 264.3º LECiv).

La falta de aportación de estos documentos con la demanda significa, en principio, inadmisión de su aportación posterior (art. 269 LECiv), salvo excepciones a la preclusión, y, por tanto, que no serán tomados en consideración para resolver la cuestión de la cuantía.

b) Examen de oficio

Esta petición del actor relativa al procedimiento adecuado es examinada de oficio por el tribunal que recibe la demanda con el alcance siguiente (art. 254 LECiv):

1º) Si, atendidas las alegaciones y la pretensión formuladas en la demanda, la adecuación del procedimiento ha de ser determinada en atención a la materia y corresponde seguir un procedimiento distinto al solicitado por el actor.

2º) Si, atendidas las alegaciones y la pretensión formuladas en la demanda, la adecuación del procedimiento ha de ser determinada en atención a la cuantía, pero, atendidos los datos aportados en la propia demanda, el actor ha incurrido en error de derecho o error matemático al aplicar las reglas de valoración, de modo que corresponde seguir un procedimiento distinto al solicitado por el actor.

3º) Si, atendidas las alegaciones y la pretensión, la cuantía no es determinable —ni siquiera en los términos relativos antes vistos— y, por tanto, procedería no seguir el juicio verbal, cuya tramitación hubiera sido instada, sino el juicio ordinario (art. 253.3 LECiv).

En los tres casos anteriores el tribunal ordenará que sea tramitado el procedimiento adecuado.

Si estima que lo es el ordinario, la tramitación sólo seguirá cuando conste la designación de abogado y procurador, cuya intervención es necesaria (art. 254.2 LECiv). La continuación del procedimiento debería también subordinarse a que el actor no tuviera que ajustar su demanda a los requisitos de la demanda completa.

Si estima que corresponde el juicio verbal, el tribunal acordará el sobreseimiento del proceso si, por la clase de pretensión interpuesta, se hubiera producido una caducidad o concurriera otra causa de inadmisión (arts. 422.2, párr. 2º y 423.2 y 3 LECiv).

4º) Si en la demanda no se especifica la cuantía, limitándose a pedir la tramitación de un determinado procedimiento. En este caso hay que distinguir: si en la demanda hay datos suficientes para determinar la cuantía, el juez puede aplicar a tales datos las reglas legales y ordenar cuál es el procedimiento a seguir; si no hay datos, con suspensión del trámite, requiere al demandado para subsanación y, en defecto de ésta, ordena el archivo de la demanda.

c) Examen de la adecuación de procedimiento a instancia del demandado

El demandado puede impugnar el procedimiento que se sigue por considerar inadecuado en atención a la materia (art. 423 LECiv).

Por otra parte, la cuantía establecida por el actor puede ser impugnada por el demandado, tanto si afecta al procedimiento adecuado, como si afecta a la admisión de la casación —que, según art. 477.2.2º LECiv, es admisible además en el caso de que la sentencia de segunda instancia haya sido dictada en asunto de cuantía superior a los veinticinco millones de pesetas o a cinco cincuenta mil euros, si la pretensión se funda en hechos posteriores a la entrada en vigor de esta moneda— (art. 255.1 LECiv).

Antes se advirtió que la cuantía es relevante para efectos procesales distintos a los dos citados. Si la impugnación de cuantía no es admisible cuando sólo repercute en los efectos que no cita el artículo 255.1 LECiv, la cuestión habrá de tratarse con los medios de examen de la competencia objetiva (arts. 48 y 49 LECiv), de la correcta integración de la capacidad de postulación (art. 418 LECiv) y con la impugnación de la tasación de costas (art. 245 LECiv).

La impugnación del demandado puede fundarse en dos clases de causas:

1ª) En que han sido incorrectamente aplicadas las reglas sobre cuantía y sobre adecuación de procedimiento a los datos afirmados por el actor en su demanda: es decir, lo que pudo haber hecho el juez en el examen de oficio antes expuesto.

2ª) En que los datos relevantes para el cálculo afirmados por el actor son incorrectos y la aplicación de las reglas de valoración de la cuantía a los datos correctos determina que sea adecuado otro procedimiento. Por ejemplo: a los efectos de la aplicación de la regla 2ª del artículo 251, el demandado puede impugnar con fundamento en que el valor catastral de los bienes es superior, porque la información suministrada por el actor es anterior a la última revisión efectuada de valores catastrales.

La oportunidad procesal de formular la impugnación es diferente según la clase de procedimiento que se esté tramitando:

1º) Si se está tramitando juicio ordinario.

El demandado ha de formular la impugnación en la contestación a la demanda y tiene la carga de acompañamiento de documentos y dictámenes relativos al valor de la cosa litigiosa (art. 264.3º LECiv); sobre la impugnación se debate y resuelve en la audiencia previa (art. 255.2 LECiv).

Si la impugnación se refiere a los datos relevantes para el cálculo del valor de la cosa litigiosa (no a la aplicación de las reglas de valoración que, como se ha advertido, son aplicables de oficio) el acuerdo de las partes vincula al tribunal (art. 422.1 LECiv).

En cualquier otro supuesto de impugnación decide el tribunal inmediatamente en la audiencia (arts. 422.2 y 423.1 LECiv) o, excepcionalmente, si se trata de una cuestión compleja de adecuación por la materia, en los cinco días siguientes a la finalización de la audiencia (art. 423.2 LECiv).

Si el tribunal decide que es adecuado el juicio verbal citará a las partes para la vista, salvo que proceda la inadmisión de la demanda por causas específicas de la pretensión (arts. 422.2, párr. 2º y 423.3 LECiv).

2º) Si se tramita juicio verbal.

La impugnación ha de ser formulada en las primeras alegaciones del demandado al inicio de la vista, con resolución antes de la continuación de la vista (arts. 255.3 y 443.1 al 3 LECiv).

Si el tribunal resuelve que debe seguirse el procedimiento ordinario y las partes tienen la capacidad de postulación debidamente integrada (art. 254.3 LECiv), podría ordenarse el traslado de la demanda para contestación escrita y continuación del procedimiento según las reglas del ordinario, pero esto depende de que el actor no precise ajustar la demanda a los requisitos propios de la demanda completa.

Capítulo 26

RICARDO JUAN SÁNCHEZ

JUICIO ORDINARIO: SUPUESTOS DE ADECUACIÓN.—A) Por razón de la materia.—B) Por razón de la cuantía.—DESARROLLO NORMAL DEL JUICIO ORDINARIO.—A) Demanda y actos iniciales de alegación: fase de iniciación y alegaciones de parte (arts. 409 a 413 LECiv).—B) La audiencia previa al juicio (arts. 414 a 430 LECiv).—C) El juicio y sentencia (arts. 431 a 436 LECiv).—D) Los recursos (arts. 448 a 495 LECiv).—**EL JUICIO VERBAL: SUPUESTOS DE ADECUACIÓN.**—A) Por razón de la materia.—B) Por razón de la cuantía.—DESARROLLO NORMAL DEL PROCEDIMIENTO.—A) La demanda y el inicio del proceso.—B) El juicio o vista y la sentencia.—C) Los recursos.—D) Ejecutivos procedimentales.—**ANEXO I: ESQUEMA PARA EL SEGUIMIENTO DE LA DINÁMICA PROCEDIMENTAL DE LOS PROCESOS ORDINARIOS.**—**EL JUICIO ORDINARIO.**—A) Fase de iniciación y alegaciones de parte.—B) Fase de audiencia previa al juicio.—C) Fase de juicio y sentencia.—D) Fase de recursos.—**EL JUICIO VERBAL (DE ESPECIALIDADES).**—A) Fase de demanda e iniciación.—B) Fase de juicio o vista y sentencia.—C) Fase de recursos.—**ANEXO II: DINÁMICA PROCEDIMENTAL DEL JUICIO ORDINARIO.**—**ANEXO III: DINÁMICA PROCEDIMENTAL DEL JUICIO VERBAL.**

JUICIO ORDINARIO: SUPUESTOS DE ADECUACIÓN

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 249 LECiv, la determinación de pretensiones se sustanciarán a través del juicio ordinario se realiza con los siguientes criterios: la materia y la cuantía, siendo de aplicación preferente el artículo 248,3 LECiv. Resulta, por tanto, que se conocerán por vía del juicio ordinario las siguientes pretensiones procesales:

1. POR RAZÓN DE LA MATERIA

1.1. Pretensiones relativas a derechos de la persona

1.1.1. Las pretensiones relativas a derechos honoríficos de las personas (art. 248.1.1º).

1.1.2. Las pretensiones de tutela de los derechos fundamentales, salvo las relativas al derecho de rectificación (art. 249.1.2º).

1.2. Pretensiones de naturaleza mercantil

1.2.1. Las pretensiones de impugnación de acuerdos sociales adoptados por las Asambleas Generales o especiales de socios o de obligacionistas

o por órganos colegiados de administración de entidades mercantiles (art. 249.1.3º).

2º) Las pretensiones en materia de competencia desleal, defensa de la competencia, en aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, propiedad industrial y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre una reclamación de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento adecuado según la cuantía (art. 249.1.4º).

En materia de defensa de la competencia, la Ley 15/2007, de 3 de julio, ha introducido algunas especialidades procedimentales en los arts. 404-II, 431.3 y 461.1.º ECiv.

3º) Las pretensiones relativas a condiciones generales de la contratación, en los casos previstos en la legislación sobre esta materia (art. 249.1.5º).

c) Pretensiones de naturaleza civil

1º) Pretensiones en materia de propiedad intelectual, en los mismos términos que hemos visto para la propiedad industrial (art. 249.1.4º).

2º) Pretensiones arrendaticias sobre bienes inmuebles (urbanos y rústicos), salvo que persigan el desahucio por falta de pago o extinción del plazo del contrato (art. 249.1.6º).

3º) Pretensiones de cualquier tipo de retracto (art. 249.1.7º).

4º) Aquellas pretensiones que la Ley de Propiedad Horizontal permite que formulen la Junta de propietarios o éstos, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que corresponda (art. 249.1.8º).

B) POR RAZÓN DE LA CUANTÍA

Se decidirán a través del juicio ordinario aquellas pretensiones cuya materia no determine el procedimiento adecuado y cuya cuantía exceda de 500.000 pesetas o 3.000 euros (RD 1417/2001, de 17 de diciembre), y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo (art. 249.2).

DESARROLLO NORMAL DEL JUICIO ORDINARIO

Dado que se trata del proceso destinado a resolver aquellas pretensiones de mayor importancia, tanto por la materia como por la cuantía, el juicio ordinario es aquel que presenta mayor complejidad en su desarrollo procedi-

mental, tanto por lo que se refiere a las distintas fases que lo componen como por las vicisitudes que éstas pueden presentar.

De manera sintética puede decirse que el juicio ordinario, en primera instancia, se compone de las siguientes fases básicas: 1) iniciación y alegaciones de parte; 2) audiencia previa al juicio; 3) acto de juicio y sentencia. Partiendo de este esquema inicial vamos a desglosar más minuciosamente los distintos actos que conforman el procedimiento del proceso ordinario.

A) DEMANDA Y ACTOS INICIALES DE ALEGACIÓN: FASE DE INICIACIÓN Y ALEGACIONES DE PARTE (ARTS. 399 A 413 LECIV)

Esta fase inicial se estructura del siguiente modo: 1) demanda; 2) contestación a la demanda; y, eventualmente, 3) reconvencción a la demanda.

1º) El proceso principiará por demanda (art. 399.1), reuniendo ésta los requisitos generales ya estudiados. Presentada la demanda, el órgano judicial se pronunciará sobre su admisión a trámite o no, y en caso afirmativo dará traslado de la misma a la parte demandada para que conteste en el plazo de 20 días (art. 404).

La admisión de la demanda es la regla general, procediendo sólo su inadmisión de forma excepcional en los casos y por las causas expresamente previstas en la LECiv. A este respecto el artículo 403.2 y 3 prevé sendos supuestos de inadmisibilidad de la demanda consistentes ambos en el incumplimiento de requisitos de procedibilidad.

Antes de que el demandado conteste a la demanda, el actor podrá realizar una ampliación objetiva y/o subjetiva de la misma dentro de los términos de los artículos 71 y ss. LECiv.

2º) El escrito de contestación a la demanda que puede presentar el demandado —quien puede optar por no comparecer o no contestar— reunirá los mismos requisitos que la demanda y su contenido puede ser muy diverso; entre las distintas alegaciones que puede formular el demandado figuran, siguiendo un orden lógico, las siguientes (art. 405):

1) Allanarse a la totalidad o alguna de las pretensiones formuladas, con lo que se procederá según lo dispuesto en el artículo 21 LECiv.

2) Formular aquellas excepciones procesales que pueden impedir la válida prosecución y término del proceso mediante una sentencia de fondo; estas alegaciones se resolverán en la siguiente fase de audiencia previa al juicio.

Quedan excluidas de entre las defensas procesales a formular en la contestación a la demanda, en todo caso, las relativas a la jurisdicción y la compe-

tencia del órgano jurisdiccional, que ya tendrán que haber sido planteadas mediante declinatoria y resueltas conforme a lo dispuesto en los artículos 41 y ss. LECiv (art. 416.2).

Sí se incluirán entre estas excepciones aquellas que tienen por objeto oponerse a la acumulación de acciones propuesta por el actor, bien se trate de una acumulación inicial o posterior a la presentación de la demanda (art. 402).

3) Necesariamente debe pronunciarse sobre la admisión o negación de los hechos alegados por el actor, pues, en caso contrario, el órgano jurisdiccional podrá considerar el silencio o las evasivas como una admisión de los hechos que le sean perjudiciales.

4) Oponer las excepciones materiales que a sus intereses convenga.

Si entre las alegaciones materiales formuladas en la contestación a la demanda figuran la compensación de créditos y/o la nulidad del negocio jurídico en que se funda la pretensión, el artículo 408 LECiv establece que estas excepciones reciban el mismo tratamiento procesal previsto para la reconvencción del demandado, a la que nos referimos a continuación.

3º) Puede ser el caso que el demandado, en el mismo acto que formula la contestación a la demanda, plantee una reconvencción, con la forma y requisitos ya estudiados, lo que supone una prolongación de esta fase inicial si tenemos en cuenta que sin ella, una vez presentada la contestación a la demanda, el órgano jurisdiccional, en el plazo de tres días, debe convocar a las partes para el acto de audiencia previa (art. 414.1).

La reconvencción, sin embargo, abre un plazo de veinte días para que el actor reconvenido conteste a la misma –o si es el caso, a las alegaciones materiales de compensación de créditos y/o la nulidad del negocio jurídico en que se funda la pretensión–; una vez contestada o transcurrido el plazo para ello se abre el plazo de tres días a que nos hemos referido en el párrafo anterior.

B) LA AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO (ARTS. 414 A 430 LECIV)

Ésta debe celebrarse dentro del plazo de 20 días desde su convocatoria y a ella las partes deben comparecer personalmente o representadas por procurador especialmente habilitado para renunciar, allanarse o transigir y en todo caso asistidas de abogado; en caso contrario, se las tendrá por no comparecidas con los efectos que se dirán. Veamos cuál puede ser el desarrollo normal de este acto.

1) No celebración de la audiencia previa convocada

Esta situación se producirá en los siguientes supuestos:

- 1) Que no comparezca ninguna de las partes o compareciendo las dos, ninguna lo haga con los requisitos antes vistos.
- 2) O que compareciendo o teniéndose por comparecido sólo al demandado, éste no afirme tener un interés legítimo en continuar el proceso.

En ambos casos el órgano jurisdiccional, tras levantar acta haciendo constar las circunstancias del caso, dictará auto de sobreseimiento y archivará la situación (art. 414.3 y 4).

2) Celebración de la audiencia previa

Requerirá la concurrencia de las siguientes circunstancias:

- 1) Que hayan comparecido correctamente todas las partes interesadas en el proceso; en tal caso la audiencia se celebrará con normalidad.
- 2) Que sólo comparezca o se tenga por comparecido al demandante; en este supuesto la audiencia se celebrará respecto de lo que resulte procedente.
- 3) Que sólo comparezca o se tenga por comparecido al demandado y éste manifieste un interés legítimo en la continuación del proceso y su resolución por sentencia de fondo. En tal caso, aunque nada diga la Ley, debe presumirse que la audiencia previa se celebrará también respecto de aquello que resulte procedente, según veremos a continuación.

En el supuesto normal de comparecencia de ambas partes, y por tanto de máxima potencialidad del acto de la audiencia previa, la celebración de la misma permitirá que se discuta y resuelva sobre cualquiera de las siguientes cuestiones que exponemos siguiendo el orden impuesto legalmente:

1º) Soluciones autocompositivas del litigio

El intento y consecución de un desistimiento o una conciliación intra-procesal o transacción. El órgano jurisdiccional debe comprobar si subsiste el litigio entre las partes, para lo que solicitará que manifiesten si tienen o no interés en concluir amistosamente el litigio. En el primer caso, las partes podrán desistir o bien someter al órgano jurisdiccional un acuerdo para que éste lo homologue y de este modo obtener los mismos efectos que si de una transacción se tratara (art. 415.2). Cualquiera de los dos supuestos pondrá fin a la audiencia previa y al proceso.

Descartado el desistimiento o el acuerdo entre las partes, la audiencia previa continuará su curso normal en el que se planteará cualquiera de las cuestiones que siguen.

2ª) *Debate y resolución sobre impedimentos y presupuestos procesales*

Prevía discusión y resolución de los aspectos procesales que impidan la continuación del proceso y su resolución mediante sentencia de fondo. Se trata de resolver aquellas excepciones procesales planteadas bien de oficio por el juez si la naturaleza de la cuestión lo permite bien por el demandante en la contestación a la demanda –o más raramente las que el demandado pueda oponer en el mismo acto de la audiencia previa a la comparecencia del demandado (art. 418.1), o incluso las que formule frente a la reconvencción–, a excepción de la falta de jurisdicción o competencia que como sabemos tienen su propio cauce procedimental de tratamiento y resolución. Así como también, como ya hicimos respecto de la contestación a la demanda la oposición que el demandado pueda formular a la acumulación de acciones (arts. 402 y 419).

El diferente alcance de las excepciones procesales planteadas determinará que su resolución en el acto de la audiencia previa pueda ser inmediata o diferida.

A continuación se realiza, con una finalidad fundamentalmente informativa y ejemplificadora, cuál es el tratamiento de las diferentes excepciones procesales.

a) *Se resolverán con carácter inmediato, y de forma oral, en la misma audiencia previa, y siguiendo el orden de exposición, las siguientes excepciones procesales:*

1) Las relativas a los defectos de capacidad y/o representación que sean subsanables o corregibles; si su subsanación o corrección es posible en el mismo acto de la audiencia así se hará, en caso contrario se concederá un plazo máximo de 10 días para ello, durante el cual la audiencia se suspenderá (art. 418.1).

2) La oposición sobre la procedencia de la acumulación de acciones (art. 419).

3) La excepción de falta del debido litisconsorcio admitida por el demandante; si así lo considera también el órgano jurisdiccional, mandará emplazar a los nuevos demandados y suspenderá la audiencia (art. 420.1).

4) La excepción de litispendencia o cosa juzgada; si es estimada por el órgano jurisdiccional, éste pondrá fin a la audiencia y en 5 días dictará auto de sobreseimiento (art. 421.1).

5) La excepción de inadecuación del procedimiento por razón de la materia o de la materia si su complejidad no aconseja posponer su resolución (arts. 422.1 y 423.1). La estimación de esta excepción producirá los efectos previstos en los artículos 422.2 y 423.3; en caso contrario continuará la audiencia previa.

6) La excepción de demanda –contestación a la misma o reconvencción– defectuosa por falta de claridad o precisión (art. 424.1). La estimación de la misma dará lugar, primero, a que en el mismo acto se realicen las aclaraciones o precisiones oportunas; o, en caso contrario, a decretar el sobreseimiento del proceso si no fuese posible en absoluto determinar cuál es la pretensión interpuesta (art. 424.2).

7) Cualesquiera otras excepciones procesales análogas (art. 425), salvo que sea aconsejable lo contrario (art. 425 en combinación con el art. 417.2).

8) *Se pospondrán para su resolución en un momento posterior, una vez finalizada la audiencia previa, y sin que su planteamiento impida la prosecución de la audiencia previa para el resto de cuestiones, las siguientes excepciones procesales:*

1) La excepción de falta del debido litisconsorcio a la que se opone el demandante, cuando así lo aconseje su dificultad o complejidad. Si la resolución es favorable a la falta de litisconsorcio el procedimiento seguirá las pautas que establece el artículo 420.3 y 4.

2) La excepción de litispendencia o cosa juzgada cuando así lo aconseje su dificultad o complejidad (art. 421.3).

3) La excepción de inadecuación del procedimiento por razón de la materia cuando, dada su complejidad, sea aconsejable posponer su resolución (art. 423.2).

4) Las excepciones a que nos hemos referido en el último guión del punto anterior.

El artículo 417.2 LECiv establece que todas aquellas cuestiones que no se resuelvan en el acto de la audiencia previa se decidan conjuntamente, mediante auto, en el plazo de 5 días desde la finalización de aquélla (coincidiendo así con lo previsto en los arts. 420.2 y 423.2).

f) *Definitiva fijación de los hechos controvertidos*

Comprende diversas actuaciones:

1) Una vez resueltas en la audiencia previa aquellas excepciones procesales que lo permitan, o bien, pospuesta su resolución para cuando concluya

el acto mismo de la audiencia previa, será el momento de que las partes puedan formular alegaciones complementarias y aclaratorias, peticiones adicionales o introducción de nuevos hechos en la forma y con los límites ya estudiados (art. 426).

2) El siguiente paso consistirá en que las partes se pronuncien sobre la admisión y reconocimiento o impugnación y prueba de autenticidad de los documentos aportados de contrario (art. 427.1) así como de la admisión o contradicción y ampliación de los dictámenes periciales e informes presentados hasta el momento (art. 427.2).

3) El penúltimo paso en la celebración completa de la audiencia es destinado a que las partes y el órgano jurisdiccional fijen los hechos sobre los que existe conformidad o disconformidad (art. 428). Alcanzado este momento, el órgano jurisdiccional podrá intentar un segundo acuerdo entre las partes para poner fin amistosamente al litigio; en caso contrario el proceso continuará según sus pautas normales que después veremos, salvo que la discrepancia entre las partes quedase limitada a cuestiones estrictamente jurídicas, en cuyo caso el órgano jurisdiccional dictará sentencia en el plazo de 20 días a la terminación de la audiencia previa.

4º) *Proposición y admisión de la prueba*

El acto de la audiencia previa finalizará, tras su íntegra sustanciación, con la proposición y admisión de la prueba (art. 429), trámite ya estudiado al analizar el procedimiento probatorio. Definitivamente, la audiencia previa terminará con el señalamiento por el órgano jurisdiccional de la fecha del juicio. En caso de prever el titular del órgano jurisdiccional que el juicio no pueda finalizar en una sola sesión dentro del día señalado, así lo indicará y señalará igualmente el día o días en que se llevarán a cabo las sesiones ulteriores (art. 429.7).

C) JUICIO Y SENTENCIA (ARTS. 431 A 436 LECIV)

El acto del juicio debe celebrarse, por regla general, en el plazo de un mes desde la conclusión de la audiencia previa o, excepcionalmente y a instancia de parte, cuando toda la prueba o gran parte ella deba realizarse fuera de la sede del órgano jurisdiccional y así lo acuerde éste, en el plazo de dos meses desde el mismo día de la finalización de la audiencia previa (art. 429.2 y 3).

El desarrollo normal del acto de juicio tendrá lugar en una única sesión, pero, por razón de las pruebas a practicar, excepcionalmente, podrá prolongarse durante varias sesiones.

El juicio se celebrará si comparecen todas las partes, representadas por procurador y asistidas de abogado, o al menos una de ellas, pues en caso contrario, tras levantar acta de su incomparecencia, el órgano jurisdiccional declarará el pleito visto para sentencia (art. 432.2). En el supuesto normal de celebración del juicio éste se estructurará a su vez en dos fases: 1) la práctica de pruebas; 2) la presentación de conclusiones orales sobre los hechos controvertidos y su prueba.

Solo se puede alterar el esquema de desarrollo del acto de juicio si, al inicio del mismo, las partes alegan hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la celebración de la audiencia previa, en cuyo caso, de nuevo se procederá a la proposición y admisión de pruebas (art. 433.1.II) realizándose la práctica conforme a lo dispuesto para las diligencias finales (art. 436 en relación con el art. 286.3).

No entramos en detalles sobre el procedimiento probatorio pues éste ya ha sido objeto de exposición en el Capítulo 14. Lo mismo sobre las conclusiones orales, estudiadas en el Capítulo 17.

Concluida la práctica de las pruebas y presentadas las conclusiones, el órgano jurisdiccional declarará el proceso visto para sentencia, disponiendo de un plazo de 20 días para su dictado (art. 434.1). Dicho plazo puede verse suspendido en el caso de que se practiquen diligencias finales conforme lo previsto en el artículo 435.

Hasta aquí hemos analizado el desarrollo procedimental de la primera instancia del juicio ordinario. Si contra la sentencia definitiva no se interpone ningún recurso, ésta devendrá firme y el proceso habrá concluido definitivamente. En cambio, si contra dicha sentencia se interponen los recursos legalmente previstos, el proceso va a continuar, por lo que cabe hacer una breve referencia a los mismos.

D) LOS RECURSOS (ARTS. 448 A 495 LECIV)

Como ya sabemos la legislación actual unifica la normativa en materia de recursos, de modo que éstos no plantean particularidades, en su desarrollo procedimental, ni en el juicio ordinario ni en el juicio verbal.

Tampoco procede que en estos momentos nos extendamos en la exposición del «iter» procedimental de los mismos, dado que ya ha sido objeto de estudio en los Capítulos 20, 21 y 22. No obstante, con la finalidad de aportar una visión global de lo que puede suponer el desarrollo normal del juicio ordinario, diremos que la sentencia que en el mismo recaiga puede ser objeto de recurso de apelación (art. 455) y que a su vez, si la sentencia de apelación es dictada por una Audiencia Provincial puede ser objeto del re-

curso extraordinario por infracción procesal y/o recurso de casación (disposición final 16ª Ley 1/2000).

EL JUICIO VERBAL: SUPUESTOS DE ADECUACIÓN

El juicio verbal se regula en los artículos 437 a 447 LECiv, si bien las reglas para la determinación de las pretensiones que deben ventilarse a través del mismo se contienen en el artículo 250 LECiv.

Como vimos en el caso del juicio ordinario, también en el caso del juicio verbal se distingue su procedencia por razón de la materia y por razón de la cuantía, siendo este criterio aplicable sólo en defecto del primero (art. 248.3).

A los efectos de facilitar la exposición de las reglas de determinación de la procedencia del juicio verbal contenidas en el artículo 250, realizamos la siguiente clasificación:

A) POR RAZÓN DE LA MATERIA

Se decidirán en el juicio verbal las siguientes pretensiones:

a) Las relativas a la tutela sumaria de la posesión

Son las siguientes:

- 1º) La recuperación de la posesión –desahucio– de una finca (rústica o urbana) dada en arrendamiento, ordinario o financiero, o en aparcería, basada en el impago de la renta o cantidades debidas, o en la expiración del plazo fijado contractualmente (art. 250.1.1º).
- 2º) La recuperación de la posesión –desahucio– de una finca (rústica o urbana) cedida en precario (art. 250.1.2º).
- 3º) La puesta en posesión de los bienes adquiridos en herencia y que no estén poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario (art. 250.1.3º).
- 4º) La pretensión de retener o recobrar la tenencia o la posesión de una cosa o derecho cuando haya sido objeto de despojo o de perturbación en su disfrute (art. 250.1.4º).
- 5º) La pretensión de suspensión de una obra nueva (art. 250.1.5º).
- 6º) La pretensión de demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace con causar daños (art. 250.1.6º).

b) La tutela sumaria de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad

Esta tutela puede ser pretendida frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio, sin disponer de título inscrito (art. 250.1.7º).

c) Las pretensiones de tutela sumaria relacionadas con compraventas a plazos de bienes muebles

Son pretensiones basadas en el incumplimiento de un contrato inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto:

- 1) La pretensión dirigida a obtener una sentencia de condena que permita dirigir la ejecución exclusivamente sobre el bien o bienes adquiridos o financiados (art. 250.1.10º).
- 2) La pretensión destinada a obtener la resolución de un contrato de arrendamiento financiero o contrato de venta a plazos con reserva de dominio y la inmediata entrega del bien arrendado o vendido en el lugar indicado en el contrato (art. 250.1.11º).

d) Otras pretensiones

También han de ser tratadas en juicio verbal las pretensiones siguientes:

- 1) Las que soliciten alimentos debidos por disposición legal u otro título (art. 250.1.8º).
- 2) Las que soliciten la rectificación de hechos inexactos y perjudiciales (art. 250.1.9º).
- 3) Las que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores (art. 250.1.12º), en materia de publicidad (art. 249.1.4º) o con relación a condiciones generales de contratación (art. 249.1.5º).
- 4) Las de impugnación de la calificación de los Registradores (art. 328 LECiv).
- 5) Las que pretendan la efectividad de los derechos reconocidos en el art. 160 CC (art. 250.1.13º).

B) POR RAZÓN DE LA CUANTÍA

Se decidirán a través del juicio verbal aquellas pretensiones para las que, en atención a la materia no sea adecuado otro procedimiento, y cuya cuantía no exceda de 500.000 pesetas (art. 250.2) o 3.000 euros (RD 1417/2001, de 17 de diciembre).

DESARROLLO NORMAL DEL PROCEDIMIENTO

La tramitación del juicio verbal es sencilla, sin embargo su exposición se complica dada la gran variedad de especialidades procedimentales que el mismo experimenta en función de la pretensión formulada. Aquí vamos a exponer en primer lugar la que resulta ser una dinámica estándar o general y posteriormente haremos una breve reseña de las especialidades procedimentales aludidas.

En términos generales el juicio verbal se compone de dos grandes fases no perfectamente sistematizadas en el texto de la LECiv: 1) demanda e iniciación del proceso; y 2) celebración del juicio (vista) y conclusión del proceso.

A) LA DEMANDA E INICIACIÓN DEL PROCESO

El orden procedimental del juicio verbal es el siguiente:

1º) Todo juicio verbal se iniciará mediante la presentación por el actor de una demanda sucinta, limitada fundamentalmente a fijar la petición de la pretensión (art. 437.1). Si la reclamación de la pretensión es inferior a 150.000 pesetas o 900 euros (RD 1417/2001), la demanda se podrá formular mediante un impreso formalizado disponible en los órganos jurisdiccionales (art. 437.2).

2º) El órgano jurisdiccional debe someter a examen la admisión o no a trámite de la demanda, para lo que dispone de un plazo de 5 días. La regla general, de nuevo, y aunque otra cosa nos pueda hacer pensar la larga relación de causas de inadmisión del artículo 439, es la admisión a trámite de la demanda presentada (art. 440.1). En caso contrario, si el órgano jurisdiccional considera que concurre alguna de las mencionadas causas de inadmisión –de nuevo se trata de requisitos de procedibilidad– el proceso concluye en este punto, sin perjuicio de que prosperen los recursos contra dicha decisión.

3º) Admitida a trámite la demanda, el órgano jurisdiccional dará traslado de la misma al demandado y citará a las partes –al actor y al demandado– para la celebración del acto de juicio, o como lo llama la Ley, la vista.

En la citación se hará constar que la vista no se suspenderá por inasistencia del demandado y se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, con la prevención de que si no asistieren y se propusiere y admitiere su declaración, podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 304. Asimismo, se prevendrá a deman-

dante y demandado de lo dispuesto, en el artículo 442, para el caso de que no comparecieren a la vista.

La citación indicará también a las partes que, en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación, deben indicar las personas que por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el tribunal a la vista para que declaren en calidad de partes o de testigos. Al fin, facilitarán todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación.

4º) Si estamos ante un juicio verbal que por no ser de aplicación los puntos 2 y 3 del artículo 447 sí produce cosa juzgada, contingentemente, el demandado, y siempre como mínimo 5 días antes de la celebración de la vista, podrá reconvenir contra el demandante si concurren el resto de requisitos del artículo 438.1.II. De igual modo debe proceder el demandado si es de su interés oponer un crédito compensable (art. 438.2).

B) EL JUICIO O VISTA Y LA SENTENCIA

La vista se celebrará dentro de un plazo no superior a 20 días desde el día siguiente a la citación, pero tampoco inferior al de 10 días. La vista tendrá lugar cuando concorra cualquiera de estas circunstancias:

1) Que el día señalado comparezcan ambas partes.

2) Que comparezca sólo el demandante. La inasistencia del demandado conllevará su declaración en rebeldía (art. 442.2) y puede comportar que los hechos del interrogatorio se consideren admitidos (art. 440.1.II).

3) Que comparezca sólo el demandado y éste manifieste un interés legítimo en continuar el proceso hasta que se dicte sentencia de fondo (art. 442.1, «sensu contrario»). Si el demandado no muestra dicho interés al actor se le tendrá por desistido y se le impondrán las costas, pudiendo incluso el demandado solicitar su condena por los daños y perjuicios sufridos.

Fuera de estos supuestos la vista no se celebrará.

La vista se desarrollará como sigue:

1º) Primero el demandante expondrá los fundamentos –la «causa petendi»– de lo que pida, o se ratificará en ellos si es que ya los expuso en la demanda.

2º) Acto seguido, el demandado procederá a formular sus alegaciones, estas, al igual que en el juicio ordinario, podrán versar sobre cuestiones procesales y sobre el fondo. Entre las defensas procesales –que se expondrán en

primer lugar para su previa resolución— se excluyen la falta de jurisdicción y/o competencia.

3º) Oído el demandante sobre las defensas procesales del demandado, el órgano jurisdiccional resolverá lo que proceda, y en caso de ordenar que prosiga la vista, el demandado podrá formular su protesta a los efectos de una posible apelación de la sentencia (art. 443.3).

4º) Resueltas las defensas procesales, si era el caso, en sentido favorable a la continuación de la vista, ésta seguirá con la fijación, por las partes, y con claridad, de los hechos relevantes para la resolución del asunto (art. 443.4). En caso de existir conformidad sobre los hechos, el órgano jurisdiccional declarará el juicio visto para sentencia.

5º) Sin embargo, si no se alcanza una conformidad sobre los hechos, el paso siguiente consistirá en que las partes propongan pruebas y así, una vez admitidas por el órgano jurisdiccional en la misma vista, proceder a su práctica (art. 443.4).

6º) La vista concluirá tras la práctica de las pruebas, si las hubo, y el órgano deberá dictar sentencia en el plazo de 10 días (art. 447.1).

C) LOS RECURSOS

Los recursos no presentan ninguna particularidad procedimental. Señalar que contra las sentencias dictadas en el juicio verbal cabrá recurso de apelación y, a su vez, contra las sentencias dictadas en apelación será posible, si concurren los requisitos legales de admisión, interponer el recurso extraordinario por infracción procesal o de casación.

D) ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES

En función de la pretensión que se ejercite de entre aquellas que se sustancian a través del juicio verbal, éste puede experimentar diversas modificaciones en su «iter» procedimental. Veamos brevemente cuáles son estas especialidades procedimentales.

a) La pretensión de desahucio de finca por falta de pago de las rentas o cantidades debidas

1) Si se trata de una finca urbana, la demanda está sujeta a especiales consideraciones para su admisión: no se admitirán las demandas de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario si el arrendador no indicare las circunstancias concurrentes que puedan permitir o no, en el caso concreto, la enervación del desahucio (art. 439.3 LECiv).

2) En la demanda el demandante podrá anunciar el compromiso de condenar al arrendatario toda o parte de la deuda y de las costas, con expresión de la cantidad concreta, si éste desaloja voluntariamente la finca ocupada dentro del plazo que fije el demandante, que no podrá ser inferior a un mes desde la notificación de la demanda.

3) También en el caso de finca urbana, en la citación para la vista el juez indicará al demandado la posibilidad de enervar la acción según el apartado cuatro del art. 22 LECiv o bien, en su caso, la posibilidad de aceptar en el plazo de cinco días el compromiso del demandante de condonar la deuda en los términos ya expuestos. Igualmente indicará que de no comparecer se declarará el desahucio, e incluso fijará en el auto de admisión de la demanda el día y hora para el lanzamiento (art. 440.3).

4) Tanto se trate de una finca urbana como rústica, el demandado sólo podrá alegar y probar el pago.

5) Tratándose de finca urbana, la sentencia se dictará en el plazo máximo de cinco días desde la finalización de la vista.

b) La pretensión de ser puesto en la posesión de los bienes adquiridos en herencia no poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario

1) En estos casos, de manera inmediata a la presentación de la demanda, el órgano jurisdiccional llamará a los testigos propuestos por el demandante y, tras oírles, podrá otorgar, mediante auto y sin perjuicio de mejor derecho, la posesión solicitada (art. 441.1).

2) El auto se publicará en edictos, en el Boletín Oficial de la provincia y en uno de los periódicos de mayor difusión, instando a los interesados a comparecer, en el plazo de 40 días, y reclamar su mejor derecho. Si no comparece nadie en dicho plazo, se confirmará la posesión acordada. Si compareciera algún interesado, se dará traslado al demandante de los escritos presentados por aquél, y todos serán citados al acto de vista, que discurrirá por los cauces normales.

c) La pretensión de retener o recobrar la posesión

La admisión de la demanda en tales casos está sujeta a que la pretensión se ejercite en el plazo de un año a contar desde la perturbación o el despojo (art. 439.1).

d) La pretensión de suspensión de una obra nueva

En tal caso, el órgano jurisdiccional, antes incluso de la citación para la vista, dirigirá inmediata orden de suspensión de la obra al dueño o encargado, que podrá ofrecer caución para continuarla, así como realizar las obras

indispensables para conservar lo ya hecho. También cabe que se lleve a cabo un reconocimiento judicial v/o pericial antes de la vista (art. 441.2)

e) **La pretensión de tutela de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad**

1) La demanda, para su admisión, debe expresar aquellos extremos a los que se refiere el artículo 439.2 LECiv.

2) Tan pronto se admita la demanda, el órgano jurisdiccional adoptará las medidas solicitadas que, según las circunstancias, sean necesarias para asegurar en todo caso el cumplimiento de la sentencia que recaiga.

3) En estos procesos la no comparecencia del demandado determinará que el órgano jurisdiccional dicte sentencia acordando las medidas solicitadas por el actor (art. 440.2.1).

4) En la comparecencia a la vista, el demandado debe igualmente prestar aquella fianza solicitada por el actor y que el órgano jurisdiccional concretará después de oír al primero. Si éste no presta la fianza también se dictará sentencia acordando las medidas solicitadas (art. 440.2.11).

5) Prestada la caución, el demandado podrá formular su oposición, que deberá limitarse a alguna de las causas del artículo 444.2 LECiv.

f) **Las pretensiones basadas en el incumplimiento de un contrato inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles**

1) La admisión de la demanda en estos casos está condicionada al cumplimiento de los requisitos del artículo 439.4 LECiv.

2) En el caso de la pretensión del artículo 250.1.10º, el órgano jurisdiccional al admitir la demanda, ordenará la exhibición de los bienes a su poseedor, bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia debida a la autoridad judicial, y su inmediato embargo preventivo que se asegurará mediante depósito (art. 441.4.1).

3) Si se trata de un contrato de arrendamiento financiero o de venta a plazos con reserva de dominio (art. 250.1.11º), al admitir la demanda, el órgano jurisdiccional ordenará el depósito del bien cuya entrega se reclama, sin que se exija caución al respecto ni se admita oposición del demandado a dicho embargo (art. 441.4.1).

4) Además, en estos casos el demandado será emplazado por el órgano jurisdiccional para que en el plazo de 5 días pueda comparecer por medio de procurador y formular oposición a la demanda en los términos del artículo 444.3 LECiv.

5) En estos asuntos procederá que se dicte sentencia reconociendo la pretensión del actor en los siguientes supuestos: 1) que no comparezca el demandado en el indicado plazo de 5 días; 2) que comparezca pero no funde su oposición en alguna de las causas del artículo 444.3; 3) que comparezca y formule su oposición dentro de los términos señalados y convocado para la vista, posteriormente no comparezca a esta última; 4) que tras ser citado para la vista comparezca pero no formule ninguna oposición o ésta se funde en causas distintas a las del artículo 444.3. En todos estos casos, además, será sancionado en los términos del artículo 441.4.111.

ANEXO I: ESQUEMA PARA EL SEGUIMIENTO DE LA DINÁMICA PROCEDIMENTAL DE LOS PROCESOS ORDINARIOS

EL JUICIO ORDINARIO

A) FASE DE INICIACIÓN Y ALEGACIONES DE PARTE

⇒ 1º Presentación de la demanda, admisión a trámite y emplazamiento del demandado.

⇒ 2º Contestación a la demanda y posible reconvencción.

B) FASE DE AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO

→ 1º No celebración de la audiencia previa: sobreseimiento del proceso.

⇒ 2º Celebración de la audiencia previa. Orden de las cuestiones a tratar en la audiencia previa:

• Desistimiento, conciliación o transacción: en su caso, fin del proceso.

• Examen de las defensas procesales y resolución sobre las mismas. Orden y momento de su resolución:

Resolución en la audiencia previa: 1) defectos de capacidad y/o representación; 2) procedencia de la acumulación de acciones; 3) falta de litisconsorcio debido; 4) litispendencia o cosa juzgada; 5) inadecuación de procedimiento; 6) demanda defectuosa; 7) otras defensas procesales.

Resolución posterior a la audiencia previa: cuando su complejidad así lo aconseje: 1) falta de litisconsorcio; 2) litispendencia o cosa juzgada; 3) inadecuación de procedimiento; 4) otras defensas procesales.

- Formulación de alegaciones complementarias y aclaratorias, peticiones adicionales o introducción de nuevos hechos.

- Admisión y reconocimiento o impugnación y prueba de autenticidad de documentos y admisión o contradicción de dictámenes y/o informes.

- Conformidad o disconformidad con los hechos. Posible acuerdo y fin del proceso.

- Proposición y admisión de pruebas y señalamiento de fecha para juicio.

C) FASE DE JUICIO Y SENTENCIA

⇒ No celebración del juicio: visto para sentencia.

⇒ Celebración del juicio:

- Práctica de pruebas.

- Presentación de conclusiones orales.

- Posibles diligencias finales y/o sentencia.

D) FASE DE RECURSOS

EL JUICIO VERBAL (SIN ESPECIALIDADES)

A) FASE DE DEMANDA E INICIACIÓN

⇒ 1º Presentación de la demanda, admisión a trámite y citación para vista.

⇒ 2º Posible reconvencción en los supuestos legalmente admitida.

B) FASE DE JUICIO O VISTA Y SENTENCIA

⇒ 1º No celebración de la vista: fin del proceso.

⇒ 2º Celebración de la vista, siguiendo el siguiente orden:

- Exposición, por el demandante, de los fundamentos de su pretensión.

- Formulación, por el demandado, de defensas procesales y defensas sobre el fondo.

- Resolución, en su caso, sobre las alegaciones procesales. Posible fin del proceso.

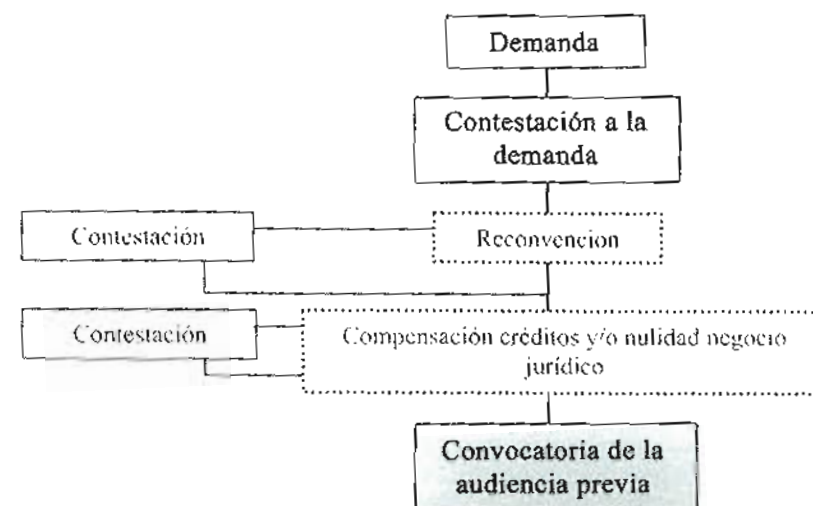
- Fijación de los hechos y posible conformidad sobre los mismos: fin de la vista.

- Proposición, admisión y práctica de las pruebas.

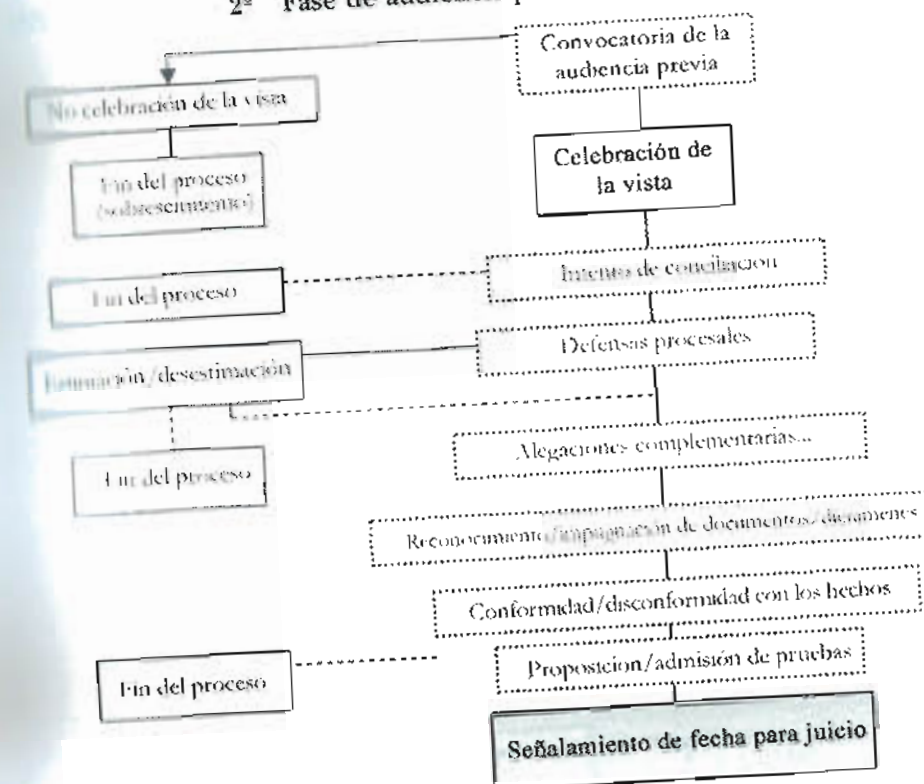
C) FASE DE RECURSOS

ANEXO II: DINÁMICA PROCEDIMENTAL DEL JUICIO ORDINARIO

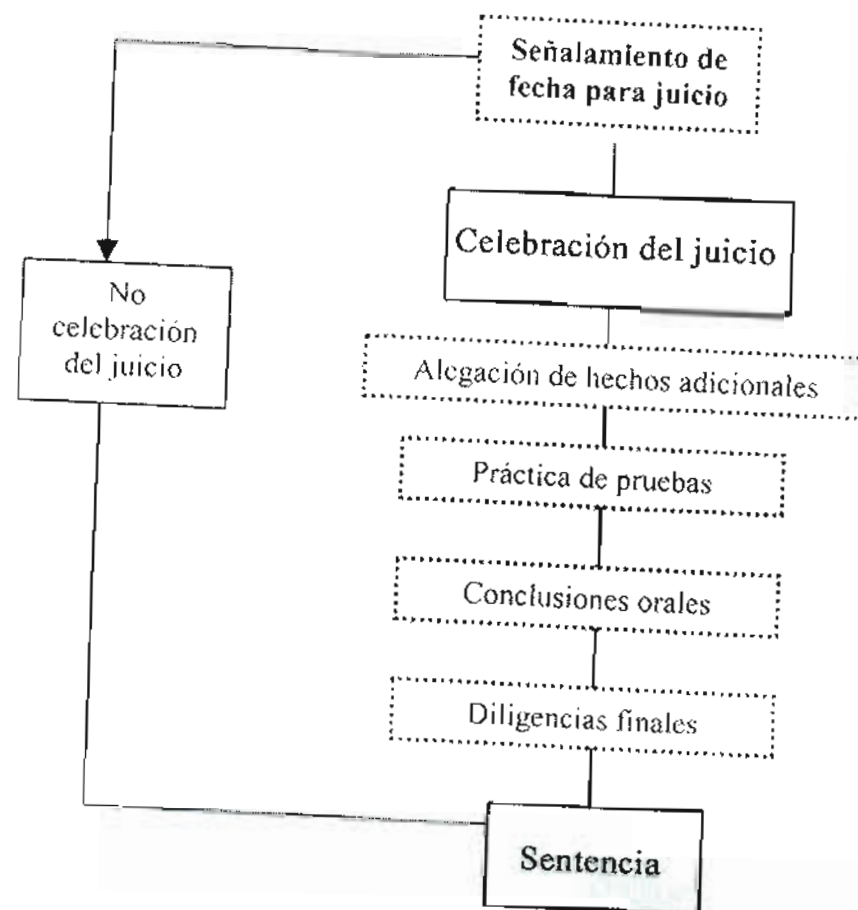
1º Fase de iniciación y alegaciones de parte



2º Fase de audiencia previa al juicio

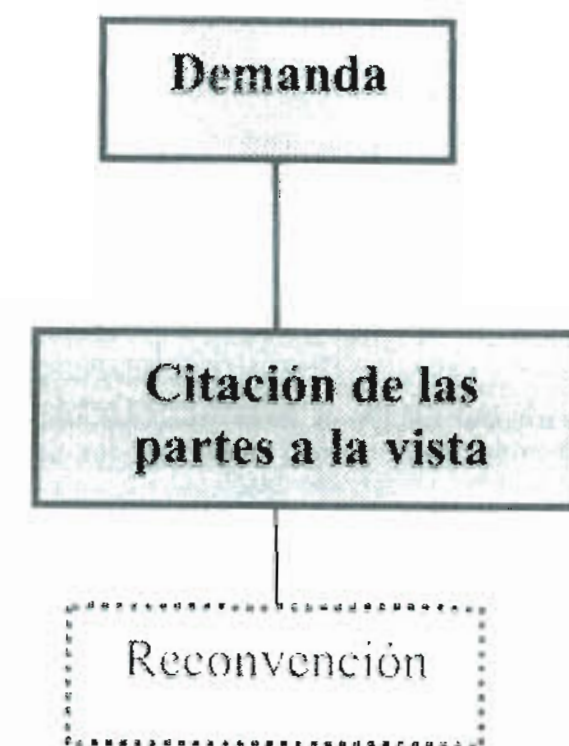


3º Fase de juicio y sentencia

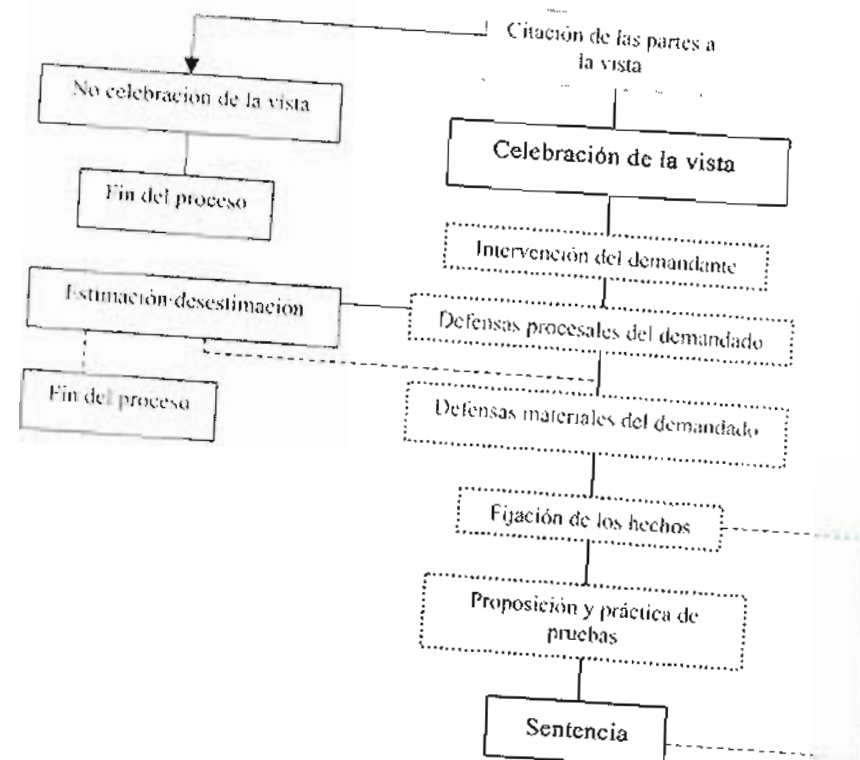


LIBRO III: DINÁMICA PROCEDIMENTAL DEL JUICIO VERBAL

1º Fase de iniciación del proceso



2ª Fase de juicio o vista y sentencia



Capítulo 27

MANUEL ORTELLS RAMOS

RESUMIO. LAS CRISIS PROCESALES: CONCEPTO, CLASES Y SUPUESTOS.—A) Crisis procesales subjetivas.—B) Crisis procesales objetivas.—C) Crisis de la actividad.—LAS CUESTIONES PREJUDICIALES.—A) Concepto y clases.—B) Tratamiento de las cuestiones prejudiciales en el proceso civil.—LAS CUESTIONES INCIDENTALES.—A) Concepto.—B) Clases.—C) Procedimiento para tramitar las cuestiones incidentales.

LAS CRISIS PROCESALES: CONCEPTO, CLASES Y SUPUESTOS

Bajo la denominación de crisis procesales una parte de la doctrina (FRANCO y otros autores) sistematiza las alteraciones que el proceso experimenta en el que, de acuerdo con su ordenación jurídica, sería su desarrollo normal. Esas alteraciones pueden afectar a los elementos estructurales del proceso (tribunales, partes y objeto) y al orden de realización de sus actos. La ley no tiene una regulación sistemática de las mismas, pero sí que considera supuestos calificables como crisis procesales, dándoles una regulación más o menos completa.

Seguindo a GARCÍA las crisis procesales pueden clasificarse en subjetivas, objetivas o de actividad, según la alteración afecte, respectivamente, a los sujetos, al objeto o a la actividad procesal.

A) CRISIS PROCESALES SUBJETIVAS

a) Referentes al órgano jurisdiccional

A título de ejemplo pueden ser citadas las siguientes:

1ª) La reforma legal de las normas reguladoras de la jurisdicción y de la competencia, si se entiende que puede tener eficacia retroactiva.

2ª) Las alteraciones en los factores relevantes para la atribución de la jurisdicción y de la competencia (por ejemplo: los cambios de domicilio de las partes, de situación del objeto litigioso). Una norma como la del artículo 413 LECiv evita crisis procesales por estas causas, dado que establece que

tales cambios no afectarán a la jurisdicción y competencia, determinadas de acuerdo con lo que se acredite en el momento inicial de la litispendencia.

3ª) Modificaciones de los titulares del órgano jurisdiccional por causas naturales -muerte, enfermedad- o jurídicas -traslado, pérdida de la condición de juez o suspensión en las funciones, abstención y recusación- (arts. 102, 109, 190, 194, 199, 200 y 204 LECiv).

b) Referentes a las partes

Igualmente a título de ejemplo:

1ª) Pérdida de la capacidad para ser parte, debida a la extinción de la personalidad jurídica por fallecimiento de la persona física o la extinción de la persona jurídica. Según los casos puede dar lugar a la terminación del proceso, a un caso de sucesión procesal o a la continuación del proceso actuando por la persona jurídica el órgano encargado de la liquidación.

2ª) Pérdida de la capacidad de actuación procesal por la persona física (a causa de sentencia de incapacitación), adquisición de esa capacidad por mayoría de edad, o recuperación de la misma (por reintegración de la capacidad mediante sentencia).

3ª) Transmisión de la cosa litigiosa, que puede dar lugar a casos de sucesión procesal.

4ª) Extinción de la representación del procurador (art. 30 LECiv).

5ª) Actuaciones referidas a la intervención de terceros en el proceso.

B) CRISIS PROCESALES OBJETIVAS

Son las alteraciones que afectan al objeto del proceso en sentido amplio.

Se incluyen en esta clase los supuestos de transformación de la demanda y de la contestación (alegaciones aclaratorias y complementarias, alegaciones ampliatorias de hechos), las actuaciones de acumulación sobrevenida de pretensiones y de acumulación de procesos. También el planteamiento de cuestiones prejudiciales y de cuestiones incidentales, sobre las que se tratará a continuación.

C) CRISIS DE LA ACTIVIDAD

Tres tipos de alteraciones pueden afectar a la actividad procesal considerada como devenir temporal de la serie de actos que componen el procedimiento: el avance anormal, el retroceso y la paralización.

1ª) Para el avance anormal del procedimiento puede considerarse el ejemplo que proporciona el artículo 428 LECiv, en el que se prescinde de la actividad de proposición de prueba y del juicio para la práctica de prueba y se pasa directamente a sentencia: si en la fijación de los hechos sobre los que existe conformidad y disconformidad por parte de los litigantes, éstos no llegan a un acuerdo que pusiera fin al proceso, «pero estuvieren conformes en todos los hechos y la discrepancia quedase reducida a cuestión o cuestiones jurídicas, el tribunal dictará sentencia dentro de veinte días a partir del siguiente al de la terminación de la audiencia».

2ª) Retroceso anormal

Las actuaciones retroceden a un estado anterior. Por ejemplo, el modo de proceder cuando se declara la nulidad de actuaciones y no procede la subsanación (arts. 241.2 LOPJ y 465.3 y 476.2, párrafo cuarto LECiv).

3ª) Paralización

Consiste en la falta de progreso del procedimiento, sea en cuanto a la realización de alguno de sus actos (por ejemplo: arts. 188 y 193 para las vistas), sea en su totalidad (por ejemplo: arts. 40 al 43 LECiv en los que se establece la suspensión por causa de prejudicialidad, los arts. 19.4 y 179 LECiv).

Doctrinalmente se ha intentado aislar diferentes supuestos de paralización. Con esa finalidad GUASP distinguía entre interrupción -supuesto en el que la reanudación de la actividad procesal se produce abriéndose de nuevo el plazo que estaba en curso al paralizarse el proceso-, detención -la actividad se reanuda con un nuevo plazo, distinto al que estaba en curso- y suspensión -la actividad se reanuda con el mismo plazo que estaba en curso al paralizarse el proceso, de modo que se dispone de lo que quedara por transcurrir de dicho plazo-.

Con toda seguridad esas modalidades diversas de paralización existen en la ley, pero ésta no les asigna las denominaciones mencionadas, ni les da un régimen jurídico tan nítido.

LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

A) CONCEPTO Y CLASES

a) Concepto

Cuestión prejudicial es un tema controvertido que, pudiendo constituir por sí mismo objeto autónomo de un proceso, condiciona jurídicamente el sentido de la resolución sobre el objeto de un proceso que está pendiente.

Por ejemplo: determinar si una cosa es mueble o inmueble no es una cuestión prejudicial, porque eso por sí no puede ser objeto de un proceso.

Por el contrario esta característica esencial sí que concurre en los casos puestos: cuestión prejudicial lo es el parentesco respecto a la obligación de alimentos entre parientes; el parentesco respecto al derecho de sucesión hereditaria; el atentado contra la vida del testador como causa de la indignidad para suceder el artículo 756.2º CC; la propiedad del predio dominante respecto a las prestaciones constitutiva o confesoria de servidumbre; la falsedad de un documento con valor probatorio que puede tener en un proceso; la declaración atribuyendo la ruina de un inmueble a los efectos de la resolución del contrato de arrendamiento; la condición de bien declarado de interés cultural o incluido en el inventario de bienes del patrimonio histórico español, a efectos de que la Administración no pueda disponer de los derechos de tanteo y de retracto en caso de transmisión del bien (art. 47.1 del Patrimonio Histórico).

Para que estos temas adquieran la condición de cuestiones prejudiciales es necesario que las partes hagan de los mismos tema controvertido en el proceso cuya sentencia condicionan o que el tribunal los considere como tales. Si el tema no es objeto de controversia o de duda, sino que se considera como tal por las partes y por el tribunal como un dato del que partir (sobre el que no hay precedente cosa juzgada o completa falta de litigiosidad), no hay cuestión prejudicial, sino simple tema o punto prejudicial, al que se atenderá en la resolución sobre el objeto del proceso.

b) Clases de cuestiones prejudiciales

Según la naturaleza de la cuestión pueden ser de dos clases:

1ª) Homogéneas, si el asunto en el que consiste la cuestión prejudicial corresponde a la competencia genérica del mismo orden jurisdiccional en cuyo proceso se plantea la cuestión.

2ª) Heterogénea, si corresponde a la competencia de otro orden jurisdiccional.

Conceptualmente el carácter homogéneo u heterogéneo no altera la naturaleza prejudicial de la cuestión (es decir, la influencia del juicio sobre ella en el juicio sobre otro objeto procesal), aunque puede condicionar el tratamiento (remisión o no al tribunal competente). La naturaleza de la cuestión prejudicial, a pesar de su carácter homogéneo, queda determinada por la previsión de la prejudicialidad civil en el proceso civil que realice el artículo 43 LECiv.

Según el órgano jurisdiccional al que corresponda resolver la cuestión prejudicial y la eficacia de la resolución sobre la misma, se distinguen:

1ª) Cuestiones prejudiciales devolutivas, que son aquellas que deben resolverse por el órgano que sería competente para hacerlo si el asunto

fuera el objeto principal de proceso y por el procedimiento adecuado.

La solución se funda en los mismos criterios que justifican la atribución de los diferentes poderes del Estado (cuando la cuestión prejudicial es un asunto que hubiera de recaer un acto de la Administración), o a los diferentes órganos especiales, de distintos órdenes jurisdiccionales, con distinta competencia, teniendo la cuestión judicial es un asunto jurisdiccional). En virtud de la naturaleza de los asuntos, según su naturaleza, se atribuyen a órganos distintos y con procedimientos inspirados por principios diferentes. Es coherente que la resolución se respete, aunque el asunto deba ser resuelto también con carácter prejudicial. Por otra parte, esta solución permite evitar contradicciones en la resolución del tribunal sobre el objeto prejuzgado y la resolución con eficacia prejudicial del tribunal que tiene atribuido el conocimiento ordinario sobre la cuestión prejudicial.

2ª) Cuestiones prejudiciales no devolutivas, que son aquellas que han de resolverse por el mismo órgano jurisdiccional que está conociendo del asunto sobre el objeto prejuzgado, con o sin especial tratamiento procedimental. El pronunciamiento sobre la cuestión prejudicial no tiene valor de cosa juzgada, la cuestión sólo es resuelta como antecedente lógico para resolver el asunto con efectos de cosa juzgada, sobre el objeto del proceso.

La solución se funda en que todos los tribunales tienen, en definitiva, competencia para conocer de la actividad de la administración está sometida al control de los tribunales y en consideraciones de tipo práctico (como la de evitar la suspensión del proceso sobre el objeto prejuzgado mientras se tramita y resuelve el asunto sobre la cuestión prejudicial). Tiene el riesgo de que, con posterioridad al proceso sobre el objeto prejuzgado, se realice proceso sobre la cuestión prejudicial, pero considerada como objeto principal, y la sentencia que se dicte sobre ésta sea contradictoria con la del proceso sobre el objeto prejuzgado.

TRATAMIENTO DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES EN EL PROCESO

En todo general las cuestiones prejudiciales que se plantean en un proceso deben ser tratadas como no devolutivas. Como excepción ciertas cuestiones prejudiciales determinadas por la ley tiene tratamiento de devolutivas.

Regla general sobre el tratamiento de las cuestiones prejudiciales

La regla general es que las cuestiones prejudiciales que surjan en un proceso no son devolutivas. Dispone, en ese sentido, el artículo 10.1 de la LECiv, que si los solos efectos prejudiciales cada orden jurisdiccional podrá

conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente. La misma dispone el artículo 42.1 y 2 LECiv –para las cuestiones de naturaleza administrativa y social– y se deduce de los artículos 40 y 43 para las penales y civiles, salvo aquellas que, de acuerdo con la ley, son devolutivas.

Decidir las cuestiones prejudiciales en función de esta norma general es una potestad –cuyo ejercicio es debido en el supuesto legal– y no una facultad. El tribunal no puede deferir, en general, a otros tribunales las cuestiones prejudiciales, porque la ley sólo le habilita para ello en los casos determinados que luego veremos.

El inconveniente de este tratamiento es –como se advirtió– la posible contradicción de sentencias, si la cuestión prejudicial es resuelta después por otro tribunal y en otro proceso, con fuerza de cosa juzgada y en sentido diferente a como fue resuelta «*incidenter tantum*».

No hay medios en el ordenamiento para corregir «a posteriori» esas contradicciones, pero la LECiv establece un medio de carácter preventivo, consistente en que es admisible la aportación, incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia, de «las sentencias o resoluciones judiciales o de autoridad administrativa, dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, siempre que pudieran resultar condicionantes o decisivas para resolver en primera instancia o en cualquier recurso» (art. 271.2 LECiv).

b) Regla especial sobre el tratamiento de cuestiones prejudiciales penales

De acuerdo con el artículo 10.2 LOPJ las cuestiones prejudiciales penales tienen, en las condiciones legales, tratamiento de suspensivas del proceso civil y devolutivas.

Los artículos 40, 41 y 514.4 LECiv regulan la prejudicialidad penal en el proceso de declaración, que es la única que ahora corresponde tratar –la prejudicialidad en el proceso de ejecución es considerada en el art. 569 LECiv–. La entrada en vigor de esas disposiciones implicará, a mi juicio, la derogación tácita de las normas sobre prejudicialidad penal de los artículos 111 y 114 LECrim.

a) Los supuestos de prejudicialidad penal en el proceso civil

La determinación de los supuestos en los que cuestiones prejudiciales penales tienen un tratamiento especial en el proceso civil requiere dos actuaciones previas:

1º) Los hechos constitutivos de un delito o falta pueden originar, además de sus propios efectos penales, responsabilidad civil, la cual comprende la restitución de bienes, la reparación de daños y la indemnización de perjuicio

(arts. 109.11º CP). Las pretensiones de condena para hacer efectiva esa responsabilidad pueden interponerse tanto en un proceso civil, como de condena acumulada al proceso penal (arts. 109.2 CP y 108-112 LECrim). Si la pretensión de condena está pendiente –por acumulación– en el procedimiento penal, el efecto sobre el proceso civil en el que se interponga la pretensión no deriva de la prejudicialidad, sino de la litispendencia. Esta consiste en la suspensión del proceso civil, sino en la exclusión del mismo conforme al artículo 421 LECiv.

2º) La relación del enjuiciamiento que realiza el tribunal civil con el que realiza el tribunal penal sobre la cuestión prejudicial no consiste en la subordinación a la eficacia prejudicial de la cosa juzgada penal en sentido estricto, sino en otra clase de conexiones de ambos juicios (GÓMEZ ORRANEJA).

Las razones, siguiendo a este mismo autor, son las siguientes: el efecto prejudicial de la cosa juzgada significa vinculación a la consecuencia jurídica declarada en la sentencia, la consecuencia jurídica declarada en la sentencia penal es la responsabilidad criminal de una persona por una cierta acción y la atribución de pena, partiendo para ello de la existencia de delito; ninguna consecuencia de Derecho privado tiene como presupuesto la existencia de delito, precisamente porque la única consecuencia del delito, en cuanto tal, es la pena (arts. 1 y 2 CP); consecuentemente el tribunal civil, para pronunciar consecuencias de Derecho privado, nunca necesita partir de la existencia de delito, en lo cual podría estar vinculado a la declaración del tribunal penal en sentido estricto.

Excluido lo que no es cuestión prejudicial y matizado el sentido en que se habla de cuestión prejudicial penal, veamos en qué supuestos tienen estas cuestiones tratamiento especial en un proceso civil.

1º) Cuestiones prejudiciales referidas a los fundamentos de la pretensión procesal y de las defensas

El primer supuesto es el del artículo 40.2 LECiv y está integrado por dos clases de elementos. Unos –los del art. 40.2.1º LECiv– sólo necesitan de un juicio de constatación por el tribunal y consisten en que sean objeto de proceso penal hechos relevantes en el proceso civil a título de constitutivos de la pretensión o de impositivos, extintivos o excluyentes, es decir, de fundamento de las defensas del demandado. Elemento de clase distinta es el del artículo 40.2.2º LECiv, que consiste en una apreciación del tribunal civil sobre la decisiva influencia que puede tener la resolución del tribunal penal en la resolución del civil. Sin duda, el segundo de estos elementos es el más difícil de precisar.

A mi juicio, la decisiva influencia debe ser apreciada si el supuesto de hecho de la norma de Derecho privado incluye la existencia de un pronunciamiento penal en determinado sentido. Por ejemplo: artículos 648.1º CC –delito del donatario contra la persona, honor y bienes del donante, como causa de revocación de la donación–, 743.3º y 4º, 756.2º y 3º, 1305 todos del Código Civil.

En otros casos —por ejemplo: artículos 73.5º (referencia a la coacción), 673.4º, 1265 al 1270 CC— la apreciación de la decisiva influencia depende de que el tribunal civil considere que el conocimiento de los hechos o, incluso, la valoración de los mismos a tenor de ciertos criterios que, con matices, son comunes a ambos vertientes del ordenamiento —por ejemplo: culpa, dolo, violencia, engaño, etcétera—, puede ser más perfecta con la técnica del proceso penal que con la del proceso civil.

En estos supuestos de prejudicialidad se incluye el previsto por el artículo 514.4 LECiv, dado que se refiere a los pronunciamientos procesales penales que, según el artículo 510.2º, 3º y 4º —por la referencia al delito de cohecho— constituyen la causa de pedir de la pretensión de impugnación de la cosa juzgada y afectan a la sentencia del juicio de revisión.

A mi modo de ver, el régimen establecido por el artículo 40.2 (y apartados concordantes) para esta clase de cuestiones prejudiciales penales de un proceso civil deroga tácitamente el establecido por los artículos 111 y 114 LECrim —que, a pesar del texto que los acoge, son normas procesales civiles—. Estos últimos artículos, principalmente el segundo de ellos, imponen la no iniciación del proceso civil —o la suspensión del mismo— si los hechos objeto del proceso penal son los mismos que los hechos relevantes en el proceso civil. Esta misma calidad de los hechos es la que el artículo 40.2.1º LECiv toma en cuenta para el nuevo régimen de suspensión por prejudicialidad. Se regula, pues, lo mismo. Pero la norma posterior —art. 40 LECiv— hace depender la suspensión del requisito adicional de la apreciación de la influencia decisiva por el tribunal civil. Con esto se deroga la norma que impone la suspensión por la simple constatación de la coincidencia de los hechos. Para este razonamiento, que concluye la derogación, me parece irrelevante la circunstancia de que el proceso penal estuviera ya pendiente al iniciarse el civil o comenzara después de que el proceso civil estuviera pendiente. En ambos casos será necesario, con el artículo 40 LECiv, que el tribunal civil aprecie la influencia decisiva.

2º) Cuestiones prejudiciales referidas a la falsedad de un documento

La importancia de la prueba documental para la resolución de la cuestión de hecho en un proceso civil conduce a establecer el tratamiento especial de la cuestión prejudicial consistente en la posible comisión de un delito de falsedad (arts. 390-399 CP) en los documentos aportados al proceso.

Para que proceda la suspensión del proceso civil por esta cuestión, es necesario que «el documento pudiera ser decisivo para resolver sobre el fondo del asunto» (art. 40.4 LECiv). Eso significa que el hecho que puede ser probado mediante ese documento ha de ser, en primer lugar, relevante para la sentencia, y, en segundo lugar, no ha de estar fijado por admisión, ni probado por otros medios de prueba. Coherentemente, la influencia decisiva del documento desaparece también si la parte que lo hubiera propuesto como medio de prueba renuncia al mismo (art. 40.5 LECiv).

Por otra parte, el artículo 40.4 LECiv sólo impone que se acredite la pendencia de proceso penal, que puede haberse iniciado de oficio o por

impulso del Ministerio Fiscal, no necesariamente por querrela o denuncia de parte en el proceso civil. Pero si el proceso penal se inició por alguno de estos últimos modos y no queda probada la falsedad, la parte es responsable de los daños y perjuicios que haya originado la suspensión (art. 40.7 LECiv).

3º) Momento inicial y final de la suspensión

El momento inicial de la suspensión del proceso es distinto según el supuesto de cuestión prejudicial. Las referidas al fundamento de la pretensión y de las defensas del demandado determinan la suspensión desde la iniciación del plazo para dictar sentencia (art. 40.3 LECiv); las referidas a la existencia de un documento, desde que se acredite la pendencia del proceso penal (art. 40.4 LECiv).

La resolución denegatoria de la suspensión sólo es recurrible en reposición. Si esta no se estima puede reproducirse la petición de suspensión en segunda instancia y, en su caso, en los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación. El «en su caso» no sólo significa un condicionamiento a que estos recursos sean admisibles, sino también la subordinación a que, dado el objeto del recurso extraordinario, el planteamiento de la cuestión prejudicial tenga sentido. Carece, por ejemplo, de sentido plantear en casación —que está limitada a controlar la infracción de las normas aplicables a la resolución sobre el fondo— una cuestión del artículo 40.2 LECiv, con justificación en la mejor fijación de los hechos a través del proceso penal.

La suspensión ha de ser levantada cuando se acredite que el proceso penal ha terminado —sentencia firme, auto de sobreseimiento firme, otros modos de extinción de la acción penal— o se encuentra paralizado por motivo que impida su normal continuación —archivo provisional, sobreseimiento provisional, suspensión por rebeldía o demencia del imputado— (art. 40.6 LECiv).

4º) Vinculación del tribunal civil a la sentencia o resolución de terminación o de suspensión indefinida del proceso penal

La existencia y alcance de la vinculación del tribunal civil a la resolución penal sólo es objeto de limitada regulación jurídico-positiva. La establece expresamente el artículo 116 LECrim para uno de los supuestos entre los muchos que pueden plantearse: la sentencia penal absolutoria por inexistencia del hecho vincula a no considerar fácticamente fundada la pretensión de resolución y reparación por el acto ilícito que pudiera ejercitarse en proceso civil posterior.

En los casos en que un determinado pronunciamiento penal es elemento del supuesto de hecho de la norma de Derecho privado, si se ha emitido el pronunciamiento el tribunal civil deberá entender verificado el

supuesto de hecho de la norma civil. Y lo contrario si el pronunciamiento no ha sido emitido o no lo ha sido en el sentido previsto por la norma civil.

El problema está abierto para los demás supuestos de prejudicialidad suspensiva. A mi juicio, si el tribunal civil suspendió por considerar de influencia decisiva la resolución del tribunal penal, lo coherente es la vinculación a la resolución del tribunal penal que verse sobre el aspecto decisivo. Si el tribunal penal deja ese aspecto sin resolver (sobreseimiento provisional y resoluciones asimiladas), el tribunal civil debe decidir sin vinculación especial, sólo atento al resultado de la prueba y al sistema de fuentes.

c) **Regla especial sobre tratamiento de cuestiones prejudiciales consistentes en asuntos jurídicos atribuidos a la Administración y a los tribunales de los órdenes jurisdiccionales administrativo y social**

De acuerdo con el artículo 42 LECiv el tratamiento de estas cuestiones como devolutivas -con suspensión del proceso civil en el trámite de sentencia, hasta que sean resueltas por el órgano competente- procede en dos supuestos:

1ª) Cuando lo establezca la ley.

La ley habilita al tribunal para que acuerde, de oficio, la suspensión en determinados procesos sobre Derecho de la Competencia, cuando «tenga conocimiento de la existencia de un expediente administrativo ante la Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y resulte necesario conocer el pronunciamiento del órgano administrativo» (arts. 434.3, 465.5 LECiv).

2ª) Cuando lo soliciten las partes del proceso civil o una de ellas con el consentimiento de la otra.

Por un lado, sin petición concorde de las partes el tribunal civil no puede suspender, aunque aprecie la conveniencia de esperar a la resolución del órgano competente. Por otro lado, con esa petición concorde no puede dejar de suspender, porque la ley no le faculta para apreciar la conveniencia de la suspensión. No obstante sí que ha de poder constatar que la suspensión es por causa de una cuestión prejudicial, porque esa suspensión tiene un régimen diferente a otras suspensiones por petición concorde de las partes (por ejemplo, la del art. 19.4 LECiv, que puede conducir a la caducidad en los términos de los arts. 236 y siguientes LECiv).

La suspensión por cuestión prejudicial consistente en un asunto que debe ser resuelto por la Administración, termina cuando ésta decide con acto firme. Es dudoso si para que continúe la suspensión, si se interpone recurso contencioso-administrativo, será necesaria nueva petición de las partes.

Si se ha dado a la cuestión prejudicial este tratamiento, la consecuencia es que la resolución de la Administración o del tribunal competente sobre el asunto prejudicial, vinculará al tribunal civil (art. 42.3, al final LECiv). Si se trata de un pronunciamiento jurisdiccional y se dan los requisitos objetivos y subjetivos, esa vinculación es la del efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada (art. 222.4 LECiv).

d) **Regla especial sobre tratamiento de cuestiones prejudiciales consistentes en objetos procesales pendientes ante tribunales del orden civil**

El artículo 43 LECiv considera los supuestos de prejudicialidad homogénea -la cuestión está atribuida a la competencia genérica de los tribunales del orden jurisdiccional civil- y, ello no obstante, devolutiva, para que sobre el asunto prejudicial pueda resolverse con eficacia de cosa juzgada.

Estos supuestos tienen la peculiaridad de que, para evitar el inconveniente de la contradicción de pronunciamientos, hay disponibles otros instrumentos, además de la suspensión del proceso civil sobre la cuestión prejudicial.

El planteamiento de las cuestiones prejudiciales civiles para su resolución con eficacia de cosa juzgada puede hacerse, en efecto, de diversos modos:

1ª) Por acumulación del actor en la demanda -o mediante ampliación de la misma- de la pretensión prejudicial a la pretensión prejuzgada.

2ª) Por reconvencción del demandado en la que se pretenda sentencia sobre la pretensión que tiene carácter prejudicial. Es equivalente a esto el tratamiento que legalmente corresponde a las llamadas excepciones reconvenzionales (art. 408 LECiv).

3ª) Por acumulación de los procesos separadamente iniciados respecto a la pretensión prejudicial y a la pretensión prejuzgada. Los presupuestos de la acumulación (art. 76 LECiv) denotan precisamente que es un instrumento para evitar la contradicción entre sentencias.

4ª) Sólo si por falta de otros requisitos condicionantes de la acumulación ésta no pudiera producirse, el artículo 43 dispone que, por solicitud concorde de las partes o de una de ellas, oída la otra, el tribunal que conoce del proceso sobre el objeto procesal prejuzgado podrá acordar la suspensión del mismo, hasta que finalice el proceso sobre la cuestión prejudicial.

A diferencia del régimen establecido para las cuestiones prejudiciales administrativas y laborales, la petición de las partes no es un acto de causalización (vinculante para el tribunal), sino una estricta petición sobre la que el tribunal resuelve en atención a determinados criterios sobre la conveniencia

de esperar a la finalización del proceso sobre el objeto prejudicial. La jurisprudencia, por un lado, los términos «podrá mediante auto decretar la suspensión» frente a los de «suspenderán» del artículo 42.3 y, por otro, la posibilidad de suspender previa simple audiencia –no conformidad– de una de las partes.

«Mutatis mutandi» el artículo 4 de la Ley de Registro Civil establece un planteamiento parecido para las cuestiones prejudiciales relativas a la exactitud de un asiento del Registro Civil que pueden ser planteadas con ocasión de la aportación al proceso de una certificación de aquel asiento.

Resuelto el objeto procesal prejudicial en el proceso correspondiente, la vinculación que se origina para el tribunal que conoce del objeto prejudicado es indudable siempre que se den los requisitos objetivos y subjetivos que determinan el efecto prejudicial de la cosa juzgada (art. 222.1 LECv).

e) Regla especial sobre el tratamiento de cuestiones prejudiciales referidas a la inconstitucionalidad de una ley

El valor de la Constitución como norma jurídica y el establecimiento de un sistema de jurisdicción concentrada (Tribunal Constitucional) para enjuiciar la inconstitucionalidad de las leyes, comporta que, si bien los tribunales ordinarios no pueden declarar la inconstitucionalidad de una ley, si deben, en caso de apreciar la inconstitucionalidad de una ley que deban aplicar para resolver la pretensión pendiente ante ellos, plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional para que éste se pronuncie sobre la constitucionalidad (arts. 163 CE, 35 LOTC y 5.2 LOPJ).

El planteamiento de la cuestión prejudicial de inconstitucionalidad puede no ser necesario si el tribunal puede realizar una interpretación de la disposición legal que sea conforme con la Constitución (art. 5.3 LOPJ), o si la ley respecto de la cual el tribunal no considera posible una interpretación conforme a la Constitución es una ley preconstitucional, dado que, en este caso, puede estimar –aunque con eficacia sólo para el asunto enjuiciado– que ha sido derogada por la Constitución.

El planteamiento de la cuestión depende, en primer término, del requisito de fondo consistente en que, dada la pretensión sobre la que el tribunal ha de resolver, la constitucionalidad de la disposición legal es concretamente condicionante de la clase y sentido de pronunciamiento sobre la pretensión. El artículo 35.2 LOTC impone la explicación específica de esta influencia en la resolución judicial de planteamiento de la cuestión. Se trata del llamado juicio de relevancia, con el que se garantiza que el control de constitucionalidad no sea abstracto, sino ejercitado con ocasión de la necesidad concreta de aplicación de una ley.

Depende, también, de los requisitos procesales siguientes (art. 35 LOTC):

1) Decisión de oficio de plantear la cuestión o petición de parte para su planteamiento.

2) Planteamiento dentro del plazo para dictar sentencia en la que haya de aplicarse la ley, o del plazo en que debe dictarse otra resolución judicial, si es en ésta en la que ha de ser aplicada la ley de constitucionalidad dudosa.

3) Audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal.

El tribunal resuelve mediante auto, que no es recurrible, aunque el planteamiento de la cuestión puede ser intentado en segunda instancia y en otros recursos contra la resolución en la que se hubiera hecho aplicación de la ley de dudosa constitucionalidad.

Si el Tribunal Constitucional estima la cuestión el precepto legal impugnado es anulado (art. 39 LOTC) y el tribunal que ha planteado la cuestión desde la comunicación de la sentencia –art. 38.3 LOTC– y todos los tribunales desde su publicación en el BOE –art. 38.1 LOTC– ha de resolver el asunto sin estar ya sujeto al valor normativo del precepto anulado.

Si la cuestión de inconstitucionalidad es estimada o desestimada con una sentencia interpretativa que, respectivamente, declara la inconstitucionalidad de cierta interpretación o excluye la inconstitucionalidad de alguna o algunas interpretaciones del precepto impugnado, el tribunal que hubiera planteado la cuestión (y todos los tribunales en cuanto conozcan de asuntos iguales) resolverá vinculado a las interpretaciones estimadas conformes a la Constitución (art. 5.1 LOPJ).

f) Regla especial sobre el tratamiento de cuestiones prejudiciales de Derecho Comunitario

El juez español, como el de cualquiera de los Estados miembros de la Unión Europea, es también juez comunitario.

Salvo el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, con sus específicas competencias, la organización comunitaria no comprende el establecimiento de órganos jurisdiccionales específicos para la aplicación del Derecho Comunitario. Este Derecho forma parte –y, además, con la característica específica de la primacía– del sistema de fuentes del Derecho al que está sujeto el juez español, que ha de hacer aplicación del mismo en cuanto corresponda.

Este modo de aplicación jurisdiccional del Derecho Comunitario comporta un elevado riesgo de dispersión en la interpretación de sus normas por

los tribunales de los Estados miembros. La cuestión prejudicial del artículo 234 TCE (antiguo art. 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea) es un instrumento para contrarrestar ese riesgo e instaurar una interpretación y aplicación (y una evolución de las mismas) uniforme del Derecho Comunitario.

La competencia para conocer de la cuestión prejudicial corresponde al Tribunal de Justicia, pero el Tratado de Niza (firmado el 26 de febrero de 2001) reforma el artículo 225 TCE y confiere al Tribunal de Primera Instancia competencia para conocer de estas cuestiones en algunos supuestos.

Sintéticamente el régimen de la cuestión prejudicial de Derecho Comunitario es el siguiente:

1ª) El objeto de la cuestión es doble.

Por un lado, puede versar sobre la interpretación de las disposiciones de Derecho Comunitario tanto originario (los diversos tratados constitutivos), como derivado (creado por los órganos competentes de la Comunidad).

El problema radica en determinar las condiciones en las que el tribunal nacional ya no puede desarrollar por sí su potestad de aplicador (y, por tanto, intérprete) del Derecho Comunitario y ha de plantear cuestión ante el Tribunal de Justicia. Las soluciones se mueven entre la máxima libertad del juez nacional para apreciar la duda interpretativa y la más rigurosa objetividad —en virtud de la cual la cuestión debería ser planteada siempre que una cierta interpretación de una norma comunitaria sea relevante para el sentido del fallo—, con la solución intermedia de ser necesaria una duda razonable sobre la interpretación, duda que está excluida si el Tribunal de Justicia ya hubiera interpretado el precepto para un caso sustancialmente igual.

Por otro lado puede versar sobre la validez de disposiciones del Derecho derivado, que, en cuanto infrinjan las normas de los tratados constitutivos, han de ser anuladas e inaplicadas a la resolución del asunto litigioso.

Esta cuestión va indisolublemente unida a una cuestión de interpretación. Pero en este caso las condiciones que imponen el planteamiento de la cuestión parecen más claras: el tribunal nacional puede examinar la validez, pero si opta por la nulidad e inaplicación de la disposición comunitaria ha de plantear necesariamente la cuestión al Tribunal de Justicia (STJCE de 22 de octubre de 1987 [TJCE 1988, 30] asunto Foto-Frost).

2ª) La potestad de plantear la cuestión la tiene el tribunal nacional que deba resolver un asunto en el que sea relevante (determinante del pronunciamiento y de su sentido) la interpretación o la validez de la norma comunitaria.

El artículo 234 TCE distingue entre el tribunal que, simplemente, deba resolver y el que deba hacerlo sin ulterior recurso. El primero tendría una

limitada de planteamiento de la cuestión, el segundo un deber de hacerlo. En realidad ambos tienen la potestad de planteamiento; es decir, el poder y deber de plantear la cuestión si concurren los presupuestos; lo que ocurre es que el tribunal de grado superior puede controlar las resoluciones al respecto del de grado inferior.

3ª) En Derecho español no se regulan los aspectos procesales de Derecho interno para el caso de que se planteen estas cuestiones prejudiciales. Por ejemplo, los temas siguientes: si el planteamiento procede de oficio o a instancia de parte, la previa audiencia de las partes, el contenido de la resolución de planteamiento, los recursos contra la misma, la suspensión del proceso interno.

La doctrina ha entendido que puede aplicarse analógicamente el régimen de la cuestión de inconstitucionalidad. La suspensión del proceso antes, como mínimo, de dictar la resolución en la que deba ser tenida en cuenta la decisión sobre la cuestión prejudicial, es una consecuencia del propio sistema.

4ª) La decisión del Tribunal de Justicia vincula al tribunal que ha de resolver en el proceso sobre el objeto prejuzgado, que deberá juzgar con sujeción a la interpretación establecida por el Tribunal de Justicia o considerando válida o nula la disposición de Derecho derivado. Otro tema es el del efecto vinculante respecto de otros asuntos en que se pueda plantear la misma cuestión.

LAS CUESTIONES INCIDENTALES

A) CONCEPTO

Las cuestiones incidentales son temas controvertidos que se pueden plantear fuera de los actos de alegación ordinarios del proceso (demanda, contestación, alegaciones complementarias y aclaratorias y alegaciones ampliatorias de hechos), que están relacionados con el objeto del proceso, en el sentido de afectar a su tratamiento procesal o al fondo del asunto, y que han de ser debatidos y resueltos específicamente.

Este concepto, que toma en consideración lo dispuesto en los artículos 387 al 390 LECiv, revela que la calidad de una cuestión para que sea considerada incidental no radica en su naturaleza —en ese aspecto, todas las cuestiones de un proceso o bien se refieren al fondo (a la decisión sobre su objeto) o bien al tratamiento procesal (requisitos de admisión del pronunciamiento y validez de actos procesales)—, sino en un modo de tratamiento procesal de ciertos temas relevantes en un proceso. Ese tratamiento no se produce mediante los actos que componen el procedimiento referido al objeto del pro-

ceso, sino en procedimientos diferenciados y vinculados al procedimiento principal.

B) CLASES

La clasificación más importante y fructífera tiene base en la misma LECiv (arts. 389 y 390 LECiv): cuestiones incidentales de (mero) especial pronunciamiento y cuestiones incidentales de previo pronunciamiento.

Esta terminología que utiliza la LECiv resulta, sin embargo, poco significativa, ya que toda cuestión incidental es objeto de especial pronunciamiento. Es más adecuada la terminología de cuestiones de previa tramitación (o suspensivas) y de simultánea tramitación (o no suspensivas).

a) Cuestiones incidentales de previa tramitación

Son aquellas cuyo planteamiento y admisión provoca la suspensión del proceso sobre el objeto principal hasta la resolución de la cuestión incidental (art. 390 LECiv).

Atendidos los supuestos legales de cuestiones de esta clase, se trata, en todo caso, de cuestiones de Derecho procesal influyentes en la admisión del pronunciamiento de fondo o en su validez por la actividad procesal que lo precede.

Deben ser tratadas como cuestiones de previa tramitación las que versan sobre los temas siguientes:

1ª) Los expresamente establecidos por la ley de un modo más específico (art. 391, párr. 1º LECiv).

Sin ánimo exhaustivo se pueden citar los siguientes: incidente de intervención de terceros (art. 13 LECiv), incidente en caso de intervención provocada (art. 14 LECiv), incidentes en caso de sucesión procesal (arts. 16 y 17 LECiv), incidente para la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal de la pretensión o carencia sobrevinida de objeto (art. 22 LECiv), etcétera.

2ª) Los referidos a la pérdida o adquisición sobrevinidas de capacidades y representación procesal por hechos ocurridos después de la audiencia previa (art. 391.1º LECiv).

Si estos temas se suscitan en relación con la parte demandada, la referencia a que los hechos determinantes hayan ocurrido después de la audiencia y no después de la contestación implica que los ocurridos entre contestación y audiencia previa han de hacerse valer en ésta.

3ª) Defecto de algún otro presupuesto procesal o aparición de un óbice de la misma naturaleza, siempre que hayan sobrevenido después de la audiencia previa (art. 391.2º LECiv).

Por ejemplo: la firmeza de la sentencia de otro proceso que, dados los objetos y partes, deba surtir efecto prejudicial en el proceso en que se plantea la cuestión incidental.

4ª) Cualquier incidencia que ocurra durante el juicio y cuya resolución sea absolutamente necesaria, de hecho o de derecho, para decidir sobre la continuación del juicio por sus trámites ordinarios o su terminación (art. 391.3º LECiv).

Es la cláusula más amplia sobre cuestiones suspensivas, pero, en todo caso, la naturaleza del tema debe ser procesal, porque la alternativa de su resolución es o bien la continuación del proceso o bien su terminación, pero no un determinado pronunciamiento de fondo.

b) Cuestiones incidentales de tramitación simultánea

Son cuestiones con un tratamiento procesal específico y diferenciado del que se refiere al objeto del proceso principal, pero que se resuelven en la misma sentencia de ese proceso, aunque con separación de los pronunciamientos (art. 389 LECiv).

Resulta difícil imaginar a qué temas corresponde este tratamiento, porque:

1ª) Los temas de naturaleza procesal quedan todos comprendidos en el tratamiento de las cuestiones incidentales de previa tramitación.

2ª) Los temas de fondo, que ciertamente pueden alegarse —como excepción a la preclusión— en actos posteriores a las alegaciones iniciales —alegaciones complementarias y aclaratorias, alegaciones ampliatorias de hechos—, tiene regulada por otras normas la posibilidad de su planteamiento. Por otra parte, se alegan y debaten en los propios actos del procedimiento principal e, incluso, cuando ya no pueden plantearse cuestiones incidentales (comprárese el art. 286.1 con el art. 393.1 LECiv).

C) PROCEDIMIENTO PARA TRAMITAR LAS CUESTIONES INCIDENTALES

Atendido el artículo 388 LECiv el régimen para el tratamiento de las cuestiones incidentales ha de ser, en primer término, el establecido en normas especiales, y, en su defecto, el regulado en los artículos 392 y 393 LECiv.

a) Procedimientos especialmente establecidos

Para algunas cuestiones incidentales el legislador, por razones relacionadas con la mayor probabilidad de planteamiento o con la necesidad de un régimen propio, ha dispuesto un tratamiento específico, que ha de ser aplicado con preferencia a otro régimen normativo.

Es el caso de las mencionadas al examinar las cuestiones de previa contestación, a las que podrían añadirse –sin completar el catálogo– las actuaciones relativas al planteamiento de cuestiones prejudiciales, las referidas a decisiones de oficio sobre la jurisdicción y la competencia, la declinatoria (arts. 63 LECiv), las actuaciones en las que se debate sobre la acumulación de procesos (arts. 81-97 LECiv).

b) Procedimiento común para las cuestiones incidentales

Si a la cuestión incidental no le es aplicable ningún régimen especial, debe ser aplicado lo dispuesto en los artículos 392 y 393 LECiv.

Las líneas generales de ese procedimiento común son las siguientes:

1º) El planteamiento de la cuestión se ha de realizar por escrito, con acompañamiento de los documentos pertinentes y con proposición de otros medios de prueba, y antes de la iniciación del juicio (juicio ordinario) o de la admisión de la prueba (juicio verbal).

2º) El tribunal tiene potestad de oficio para no admitirla –si es extemporánea o no tiene calidad de cuestión incidental– y para determinar su efecto suspensivo o no.

3º) En caso de admisión se da traslado a la otra parte –por cinco días– para contestación escrita.

4º) Se cita a las partes a una vista regida por las reglas del juicio verbal.

5º) En cuanto a la resolución de la cuestión hay que distinguir.

Si la cuestión incidental es suspensiva, se resuelve por auto. Si éste pone fin al proceso es recurrible directamente en apelación. En caso contrario no es recurrible directamente, sin perjuicio de impugnar el pronunciamiento en el recurso que se interponga contra la sentencia.

Si la cuestión no tuvo tratamiento suspensivo, la resolución sobre la misma se reserva para el acto de la sentencia del procedimiento principal y está sujeta a los recursos admisibles contra ésta.

Título X

Las costas procesales

Capítulo 28

RICARDO JUAN SÁNCHEZ

SUMARIO.—LOS EFECTOS ECONÓMICOS DEL PROCESO.—GASTOS Y COSTAS PROCESALES.—A) Gastos procesales.—B) Costas procesales.—PAGO DE LAS COSTAS Y CONDENA EN COSTAS.—A) El pago de las costas procesales.—B) La condena en costas.—TASACIÓN Y EXACCIÓN DE COSTAS.—A) La tasación de las costas (arts. 241 a 246 LECiv).—B) La exacción de las costas (art. 242 LECiv).

LOS EFECTOS ECONÓMICOS DEL PROCESO

La administración de justicia por el Estado, a nadie se le escapa, genera para éste —y para las Comunidades Autónomas con competencias en la materia— un considerable volumen de gastos que, de entrada, deben afrontarse por vía presupuestaria. Pero también los particulares que acuden a los Tribunales, salvo excepciones, deben realizar un importante desembolso económico, que puede que, una vez finalizado el proceso, les sea reembolsado. Todas estas aportaciones dinerarias son conocidas como efectos económicos del proceso.

En este Capítulo vamos a tratar exclusivamente aquellos efectos económicos del proceso que repercuten sobre aquellos justiciables que actúan como parte en un proceso concreto, sin atender a otros muchos gastos que conlleva el mantenimiento de la organización judicial (retribución del personal jurisdiccional y auxiliar, actividades para la formación de este personal, mantenimiento de infraestructuras...) y que soportan directamente el Estado o las Comunidades Autónomas.

Pero tampoco debe ser objeto de este Capítulo toda repercusión económica que el proceso tenga sobre las partes intervinientes en el mismo. Como se verá inmediatamente en el apartado siguiente, sólo las denominadas costas procesales son objeto de regulación por la ley procesal y de imposición en el mismo proceso en el que se resuelve el litigio suscitado por aquellas partes. Por lo tanto este concepto es el que debe centrar todo nuestro interés en estos momentos, sin perjuicio de las necesarias referencias al resto de gastos procesales que realizan las partes de un proceso.

GASTOS Y COSTAS PROCESALES

Dado que, como hemos dicho, no todo desembolso económico que debe realizar cualquiera de las partes *en o para* el proceso se incluye en el concepto de costas procesales, es preciso que, con carácter previo a la determinación y pago de las mismas, se las distinga de otros gastos procesales. Partamos, para ello, de la definición de estos últimos.

A) GASTOS PROCESALES

Gasto procesal es todo desembolso económico que ya han realizado o realizarán las partes procesales, tanto para la preparación del proceso como para su iniciación y continuación. El gasto procesal que soportan las partes viene referido tanto a las actividades relacionadas con el proceso que ellas mismas realicen –lo que eventualmente podrá conllevar una alteración de su actividad normal y los consiguientes perjuicios–, como por las actividades realizadas por terceros a petición de las partes o del propio órgano jurisdiccional –y con independencia de que su actividad se desarrolle fuera del proceso, en el primer caso–, cuya remuneración corresponde, en principio, a las mismas partes que solicitan sus servicios o colaboración. Se distingue de este modo, entre la actividad que genera el gasto –provenga de una parte o un tercero–, y el sujeto obligado a su pago –siempre una parte procesal–.

Veamos varios ejemplos de lo dicho y después remarcaremos algún aspecto de este concepto.

Las partes pueden realizar diversas actividades por ellas mismas, por ejemplo, la búsqueda de pruebas o la recopilación de información sobre el patrimonio de la parte contraria acudiendo al Registro de la Propiedad, lo que lógicamente conllevará gastos. Más evidentes son estos gastos en los casos de desplazamientos a la sede del órgano jurisdiccional para declarar y la posible desatención del trabajo que realizan. En definitiva, también deben soportar las partes la constitución de fianzas o el pago de posibles multas procesales.

En cambio, en otras ocasiones, las partes pagan por la actividad realizada por un tercero. Por ejemplo, y por volver al supuesto ya apuntado antes, la parte interesada en iniciar un proceso puede optar por contratar a un tercero –abogado, investigador privado– para la búsqueda de pruebas o el estudio del patrimonio de la parte contraria. Además en el momento de iniciar el proceso debe, en un buen número de casos, acudir a un abogado y/o procurador que asuman su defensa y representación en juicio como exigencia legal. Pero tampoco terminan ahí los posibles gastos que se ocasionan a una parte por la actividad de un tercero: cabe la posibilidad, nada extraña, de requerir los servicios de un perito en determinada materia para que, o con

carácter previo o en el proceso mismo, informe sobre diversos aspectos técnicos que sirven de fundamento a la pretensión de la parte; y por último, cabe soportar la intervención en el proceso de los testigos, a los que hay que pagar como los desplazamientos como las posibles pérdidas ocasionadas en su trabajo.

Debemos destacar ahora que todos estos desembolsos económicos realizados o por realizar, tienen su causa directa en el proceso, más o menos directa, pero siempre directa, de modo que de no surgir la necesidad del proceso no hubiera sido necesario, a su vez, afrontar ninguno de esos gastos. Esta idea se incorpora ahora en la LECiv, cuyo artículo 241.1.II define del siguiente modo los gastos procesales: «Se considerarán gastos del proceso aquellos desembolsos que tengan su origen directo e inmediato en la existencia de dicho proceso...».

La Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, ha reintroducido en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de las tasas judiciales, por lo que éstas pasan a formar parte claramente del capítulo de gastos del proceso civil.

El hecho imponible del nuevo tributo lo constituye, para todo proceso declarativo y de ejecución, salvo la excepción que se señalará, la interposición de la demanda, la formulación de una reconvenición o la interposición de los recursos de apelación, extraordinario por infracción procesal y de casación (art. 35.uno Ley 53/2002). Están exentas objetivamente de esta tasa la interposición de demanda y la presentación de posteriores recursos en materia de sucesiones, familia y estado civil de las personas.

Sujeto pasivo de la tasa es toda persona que promueva el ejercicio de la potestad jurisdiccional en los casos antes referidos. Ahora bien, la Ley 53/2002 contempla una serie de exenciones subjetivas de amplio alcance (art. 35.uno Ley 53/2002), de modo que están exentos de su pago: a) las personas físicas; b) las entidades total o parcialmente exentas del Impuesto de Sociedades, así como los sujetos pasivos que según la normativa de este impuesto tengan la consideración de entidades de reducida dimensión; c) las entidades acogidas al sistema de tributación de la Ley de Régimen Fiscal Especial de las Entidades sin Fines Lucrativos y de los Incentivos al Mecenazgo.

Por lo que después se dirá, con la regulación actual resulta más que dudoso que las tasas judiciales formen parte del concepto de costas sin una correspondiente reforma legal.

B) COSTAS PROCESALES

Las costas procesales son aquella parte de los gastos procesales –por tanto existe una relación del tipo género (gastos)/especie (costas)– y, en

consecuencia, ocasionadas a las partes en el proceso, que expresamente la Ley Procesal permite que, en el mismo proceso que los ocasiona, se condene a su reembolso a favor de una de las partes, previa cuantificación, que, eventualmente, también podrá realizarse en el mismo proceso –tasación de costas–; la condena al reembolso de esos gastos genera un título ejecutivo para el supuesto de una negativa del condenado a su pago –exacción de las costas–. Cualquier otro gasto no susceptible de reembolso y cuantificación en el mismo proceso del que es consecuencia, no forma parte del concepto específico de las costas, sino que pertenece al ámbito más general de los gastos procesales.

Tradicionalmente la doctrina ha recurrido al criterio de la causalidad de las costas –que sean consecuencia directa e inmediata del proceso (G. vs P.)– para distinguir las costas del resto de gastos procesales. No obstante, como ya hemos dicho, dicha relación de causalidad se predica de todo gasto procesal (art. 241.1.II LECiv), para lo que es necesario atender a otro criterio que permita su clara distinción. Nosotros hemos acudido al criterio de la exigibilidad y cuantificación en el proceso de origen. ¿Y cuándo un gasto procesal es exigible y cuantificable en el mismo proceso que lo ocasiona? Sólo cuando la ley procesal expresamente lo autorice, pues la relación de causalidad, por su parte, no es un criterio siempre válido para distinguir entre costas y gastos procesales. Sirva un ejemplo para ponerlo de manifiesto: no cabe ninguna duda sobre la relación de inmediatez entre el proceso y el gasto que suponen los desplazamientos a la sede del órgano jurisdiccional de la parte actora, de su abogado y de los posibles testigos, y sin embargo, sólo el gasto generado a estos últimos es exigible y cuantificable en el proceso, pues al primero no hace referencia la Ley y en cuanto al segundo, la jurisprudencia lo ha excluido de los honorarios del abogado (STS de 14 de mayo de 1996 [RJ 1996, 3906]) –salvo para asistir a vistas–.

Por ello, más allá de estrictas definiciones doctrinales e inductivas de lo que son costas procesales, lo que debe primar, y es lo que ahora hace la LECiv y que en cambio no hacía la anterior LECiv/1881, es una determinación legal de los conceptos que forman dicho bloque de gastos procesales; esto es, la ley tampoco define qué son las costas procesales, sino que sólo las dota de contenido.

Para saber qué gastos forman parte de las costas procesales debe estarse a lo dispuesto en el artículo 241.1.II LECiv, que tras definir los gastos procesales establece los conceptos que forman parte de las costas. Pero debe hacerse una advertencia previa. Para la correcta consideración de un gasto procesal como costas procesales no es suficiente su inclusión en el listado que a continuación exponaremos, requiere además que el gasto tenga la consideración de necesario y útil y no concurra ninguna de las causas que excluya su cuanti-

ficación en el proceso, que conforme el artículo 243 LECiv, tendrá lugar en el momento de la tasación de costas.

Por eso, como veremos, la tasación de costas es el único criterio útil para saber a ciencia cierta qué gastos conforman las costas procesales. Pero como resulta que dicha tasación es un trámite contingente, no tenemos más remedio que aventurar qué conceptos son susceptibles de formar parte de una hipotética condena y posterior tasación de costas. En resumidas cuentas, sin estos dos conceptos –condena y tasación de costas– tampoco resulta posible definir «a priori» las costas procesales.

Los gastos procesales que según el artículo 241.1.II LECiv cabe incluir entre las costas procesales para una posible condena y tasación, son los que siguen:

- 1ª) Honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas.
- 2ª) Inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso.
- 3ª) Depósitos necesarios para la presentación de recursos.
- 4ª) Derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso (por ejemplo, testigos).
- 5ª) Copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la Ley, salvo los que se reclamen por el tribunal a registros y protocolos públicos, que serán gratuitos.
- 6ª) Derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso (pago a notarios y registradores de la propiedad y mercantiles...).

La determinación de las costas procesales mediante un sistema de lista cerrada de gastos del proceso suscita, en cambio, otras cuestiones. Primero, la diversa interpretación que se puede hacer de cada una de las partidas que las integran, pues ¿qué entendemos por honorarios del abogado?, ¿incluyen los desplazamientos, que la jurisprudencia rechaza? Segundo, y como cuestión de política legislativa, qué criterio se adopta para la inclusión o exclusión, por ley, de unas partidas de gastos u otras, pues ¿qué justifica que los gastos de desplazamiento del actor al órgano jurisdiccional no formen parte de las costas procesales?, ¿por qué un informe pericial aportado al proceso como documento no podrá ser objeto de tasación a los efectos de costas y sí en cambio si esa misma actividad se realiza en juicio conforme a la prueba pericial?

La jurisprudencia, en sus resoluciones sobre la impugnación de la fijación de costas, suele aplicar el criterio de la causalidad, no entre el proceso –en conjunto– y el gasto, sino entre un acto procesal concreto y el gasto ocasionado, de modo que se excluyen del concepto de costas aquellos gastos previos al proceso o simultáneos a éste pero realizados fuera del mismo y que no consten en autos. Nos parece éste un criterio sumamente restrictivo que de ser aplicado lleva a que, por ejemplo, los gastos originados por certificaciones obtenidas con carácter previo al proceso no formarán parte de las costas procesales. Hay supuestos claros en los que la propia LECiv formula esa distinción: por ejemplo, en el caso de los peritos dice que formarán parte de las costas los derechos de éstos cuando «hayán intervenido en el proceso». En cambio menos clarificadora resulta la expresión que contiene el artículo 243.2.1 LECiv, en sede de tasación de costas, para excluir la liquidación de aquellos «honorarios» –sólo los gastos que tienen dicha condición– «que no se hayan devengado en el pleito» –cursiva nuestra–, lo que puede dar pie a mantener, respecto de lo que sean «honorarios», el criterio jurisprudencial comentado. En cualquier otro supuesto en que no exista esa limitación o precisión, consideramos que no deberá aplicarse el referido criterio jurisprudencial. En conclusión, el problema de la determinación exacta de los conceptos que integran las costas procesales sigue pues abierto, correspondiendo a los Tribunales su configuración final.

PAGO DE LAS COSTAS Y CONDENA EN COSTAS

Determinado qué se entiende por costas procesales, el siguiente paso debe consistir en distinguir entre estos dos conceptos: el pago de las costas y la condena en costas.

A) EL PAGO DE LAS COSTAS PROCESALES

La idea de la que debemos partir es que «cada parte pagará los gastos y costas del proceso causados a su instancia a medida que se vayan produciendo» (art. 241.1 LECiv), de modo que «los titulares de créditos derivados de actuaciones procesales podrán reclamarlos de la parte o partes que deban satisfacerlos sin esperar a que el proceso finalice...» (art. 241.2 LECiv). En términos similares se pronuncia el artículo 339.2 LECiv para los gastos ocasionados en el proceso de ejecución.

Deben hacerse las siguientes precisiones a lo dispuesto en los artículos reproducidos:

a) En realidad, más que del pago de «gastos y costas del proceso», sería más preciso hablar del pago de gastos procesales en general, pues el pago de las costas no tendrá lugar hasta el momento de su imposición y eventual

liquidación. Corrobora lo que decimos el hecho de que no existan límites, ni quantitativos ni materiales, a la reclamación que los acreedores pueden dirigir contra las partes procesales, lo que sí sucede en el caso de las costas procesales, como veremos.

b) Los obligados al pago de estos gastos son las partes procesales. Sin embargo, cuando alguna de ellas goce del derecho de asistencia jurídica gratuita, la obligación de pagar aquellos gastos cubiertos por las prestaciones de este derecho correrá a cargo del erario público (arts. 37 a 39 LAJG).

Además debe tenerse en cuenta que, según el artículo 26.7º LECiv, el procurador también está obligado «a pagar todos los gastos que se causen a la instancia, excepto los honorarios de los Abogados»; esto es, el procurador puede, y debe, pagar aquellos gastos ocasionados por actuaciones solicitadas en nombre de su poderdante, sin perjuicio de su posterior reclamación a éste.

A todo ello debemos añadir que el artículo 1318.III CC contempla la figura de la «litis expensas» y en virtud de la misma «cuando el cónyuge carezca de bienes propios suficientes, los gastos necesarios causados en litigio que sostenga contra el otro cónyuge sin mediar mala fe o temeridad, o contra un tercero si redundan en provecho de la familia, serán a cargo del caudal común y, faltando éste, se sufragarán a costa de los bienes propios del otro cónyuge cuando la posición económica de éste impida, por imperativo de la Ley de Enjuiciamiento Civil –habrá que entender la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita–, la obtención del beneficio de justicia gratuita».

c) El titular de estos créditos siempre será un tercero –interviniente o no en el proceso–, sin que se incluya entre estos acreedores a las propias partes; así se deduce cuando la LECiv se refiere a que cada parte pagará los gastos «causados a su instancia». Se olvida la LECiv que las partes procesales soportan otra serie de gastos, no computables como costas procesales, derivados de su propia actuación y que deberían ser reembolsables por quien provocó el proceso con su actitud de desconocimiento o falta de respeto a los derechos de la parte contraria.

d) Cuando se trate de gastos comunes, la LECiv contempla expresamente, en el caso de los peritos y los testigos, que los gastos se prorrateen entre todas las partes que provoquen su intervención en juicio (arts. 339.2.III y 375.1). En el resto de casos no expresamente contemplados, habrá que aplicar igual criterio, aunque sea por analogía con lo dispuesto en el artículo 344.2 LECiv.

e) Nada dice la LECiv de los gastos ocasionados de oficio, con lo que, al igual que ocurría con la situación anterior, los titulares de estos créditos

deberán esperar a la finalización del proceso y la posible condena en costas para saber a que parte deben dirigir sus reclamaciones.

f) La satisfacción de estos créditos derivados de las actuaciones procesales se llevará a cabo conforme a las normas de Derecho privado o público que rigen la relación jurídico-material de la que surgen.

g) Ante la negativa a pagar de la parte deudora, el acreedor podrá recurrir a cualquiera de los medios que la propia legislación procesal contempla para la reclamación de cantidades dinerarias: en el caso del procurador, el abogado, los testigos y los notarios, éstos disponen de procedimientos privilegiados para hacer efectivos sus créditos contra las partes (por ejemplo, para los testigos el art. 375.2.º II LECiv; para los notarios y registradores el art. 617 Reglamento Hipotecario).

En conclusión, si tenemos en cuenta que lo que realmente regulan los preceptos más arriba reproducidos es el pago de los gastos procesales, con independencia de lo que posteriormente pueda ser calificado y exigido como costas procesales, debemos convenir que la LECiv, a diferencia de lo que hacía la legislación anterior, está regulando un aspecto extraprocesal y diferente de repercusión en el propio proceso que los origina.

B) LA CONDENA EN COSTAS

Es fácil comprender que el sistema descrito para el pago de los gastos (y costas) procesales no siempre va a resultar justo. Piénsese que al demandante que, después de reiteradas peticiones dirigidas al demandado para que cumpla con sus obligaciones y ante la negativa de éste, no encuentra más remedio que acudir a los tribunales, si además debe soportar los gastos que ello genera, realmente no se le ofrece una auténtica solución al problema que se le suscitó. Lo mismo podemos decir de la persona a quien injustamente se le ha exigido el cumplimiento de unas obligaciones o deberes y posteriormente, tras comparecer y defenderse en juicio, con los gastos que ello conlleva, se le absuelve.

Para evitar esa situación de injusticia, la ley procesal acude a la imposición o condena de costas de modo que ésta permita, en la medida de lo posible, el reintegro de las cantidades —algunas— abonadas por quien ha acudido al proceso, como un último remedio, para hacer valer o defender sus derechos e intereses legítimos.

La condena en costas, regulada en la LECiv en los artículos 394 a 396, inclusive, consiste en reconocer a una de las partes en el proceso su derecho al reembolso de ciertos gastos del proceso por ella ya satisfechos —sólo aquellos que previamente la LECiv incluye en el concepto de costas procesales— y

la lógica imposición definitiva de los mismos a la parte contraria, de modo que ésta, además de los gastos causados a su instancia, soportará algunos de los causados a instancia de la otra parte. La condena en costas no establecerá, sin embargo, la cuantía de las mismas, para lo que será preciso que las partes lleguen a un acuerdo o acudan al trámite de la tasación de costas.

Para que la imposición o condena de costas tenga lugar el legislador acude, entre aquellos que son posibles, a dos sistemas.

1º) El sistema objetivo o del vencimiento, consistente en la imposición de las costas a favor de la parte cuyas pretensión o resistencia hayan sido estimadas por el órgano jurisdiccional y en detrimento de aquella otra parte cuya pretensión y/o resistencia hayan sido desestimadas.

2º) El sistema subjetivo o de la temeridad o la mala fe, en virtud del cual sólo habrá imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado en el proceso a pesar de lo infundado e inconsistente de su pretensión o resistencia, recayendo sobre la misma el pago de las costas de la parte contraria. La temeridad o la mala fe se distinguen por el grado de culpabilidad con que actúa el condenado al pago de las costas, correspondiendo al primero una actuación culposa y al segundo otra dolosa.

No recoge la LECiv el llamado sistema de la causalidad, propugnado por algún autor, que conlleva que las costas deban pagarse por aquella parte que con su actitud ha provocado el proceso, lo que no se traduce necesariamente en que el vencedor en el pleito no deba pagar las costas, pues éste también assume buena parte de su corresponsabilidad al acudir ante los tribunales.

En nuestro ordenamiento procesal civil están vigentes los dos primeros sistemas antes expuestos, si bien debe destacarse el predominio del primero de ellos. No son pocas las normas que hacen referencia a los sistemas de imposición de costas, o incluso de no imposición de costas, como veremos, con lo que se hace difícil exponer de una manera sintética cuál es el sistema procesal español de imposición de costas, pues debemos atender a situaciones muy diversas. A los efectos de dar una visión, exhaustiva en su medida y no abrumadora a la vez, vamos a tratar de sistematizar, distinguiendo los supuestos (más) generales de otros más específicos, las diversas reglas de imposición o no de las costas procesales. Para ello, en algún supuesto, es preciso, a su vez, distinguir entre la primera instancia y los posibles recursos que se planteen:

a) Supuestos de no imposición de costas procesales

No habrá lugar a la imposición de las costas procesales a ninguna de las partes, y por tanto cada una soportará los gastos ocasionados a su instancia,

y los comunes por la mitad (arts. 240.3 y 394.2), sin que proceda hablar propiamente de costas, en los siguientes supuestos:

a) Supuesto general

En la primera instancia:

1) Cuando a pesar de la total estimación de las pretensiones a favor de una parte, el órgano jurisdiccional aprecie, y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho para la parte contraria. Para ello el órgano jurisdiccional tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares (art. 394.1 LECiv).

2) Cuando haya una estimación o desestimación parcial de las pretensiones y el órgano jurisdiccional no considere que concurren méritos para imponerlas por temeridad a una de las partes (art. 394.2 LECiv).

En los recursos de apelación, por infracción procesal y casación (art. 398.2 LECiv), en el caso de estimación total o parcial de cualquiera de esos recursos.

b) Otros supuestos

En la primera instancia:

1) Cuando el proceso termine por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevinida de objeto (art. 22.1.II LECiv).

2) Cuando el proceso termine como consecuencia de la caducidad de la instancia (art. 240.3 LECiv).

3) Cuando el demandado se allane antes de la contestación a la demanda, salvo que el órgano jurisdiccional, razonándolo, aprecie mala fe en su actuación (art. 395.1 LECiv).

4) Cuando el demandante desista de la pretensión y cuente con el consentimiento del demandado o demandados (art. 396.2 LECiv).

5) En ningún caso se le impondrán las costas al Ministerio Fiscal (art. 394.4 LECiv).

En los recursos de apelación, infracción procesal, y casación y en la rescisión de sentencias firmes a instancia del rebelde:

1) Cuando el recurso termine como consecuencia de la caducidad del mismo (art. 240.3 LECiv).

2) Cuando se estime procedente la rescisión de una sentencia firme a instancia del rebelde, salvo que el tribunal aprecie temeridad en alguno de los litigantes (art. 506.2 LECiv).

b) Condena en costas por aplicación del principio objetivo o del vencimiento

a) Supuesto general

En la primera instancia las costas se impondrán a favor de aquella parte cuyas pretensiones o resistencia han sido totalmente estimadas por el órgano jurisdiccional, salvo que éste aprecie, y lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho, según los términos ya expuestos (art. 394.1 LECiv).

En los recursos de apelación, de infracción procesal y casación, se impondrán a favor de la parte recurrida cuando el recurso sea desestimado totalmente (art. 398.1 LECiv).

b) Otros supuestos

En la primera instancia:

1) A favor del demandante cuando el demandado se allane después de la contestación a la demanda (art. 395.2 LECiv).

2) A favor del demandado cuando el actor desista de su pretensión sin el consentimiento del primero (art. 396.1 LECiv). Igual criterio se seguirá cuando el desistimiento sea consecuencia de la no asistencia del actor a la vista en el juicio verbal (art. 442 LECiv).

En los recursos de apelación, por infracción procesal y casación así como en la rescisión de sentencias firmes a instancia del rebelde:

1) A favor de la parte recurrida cuando se declare desierto el recurso de apelación (art. 458.2 LECiv) o el recurso extraordinario por infracción procesal (art. 471.III LECiv).

2) A favor de la parte contraria del condenado en rebeldía cuando se declare no haber lugar a la rescisión de la sentencia firme por este último solicitado (art. 506.1 LECiv).

c) Condena en costas por aplicación del principio subjetivo o de la temeridad o mala fe

Procederá la imposición de las costas a aquella parte en la que el órgano jurisdiccional aprecie temeridad o mala fe, en los siguientes casos —todos ellos ya han sido citados, pero se reproducen para facilitar su comprensión—.

a) Supuesto general

Cuando haya habido una estimación o desestimación parcial de las pretensiones y se aprecie temeridad en una de las partes (art. 394.2 LECiv).

b) Otros supuestos

1) Cuando el demandado se allane a la demanda antes de contestarla, pero el órgano jurisdiccional aprecie en él mala fe (art. 393.I LECiv).

2) Cuando estimada la procedencia de la rescisión de una sentencia firme a instancia del rebelde, el órgano jurisdiccional aprecie temeridad en alguno de los litigantes (art. 306.2 LECiv).

La situación descrita hasta el momento se corresponde con el sistema de imposición de las costas procesales producidas en los juicios de declaración, variando sustancialmente respecto de lo que ocurre en los procesos de ejecución.

En primer lugar, en los procesos de ejecución, por regla general, no habrá expresa imposición de costas, sin que ello signifique que cada parte deba soportar las suyas. Por el contrario, el artículo 339.2.II LECiv dispone que en estos procesos las costas «serán a cargo del ejecutado sin necesidad de expresa imposición», o lo que es lo mismo, podemos referirnos a una imposición legal de las costas.

Excepcionalmente la LECiv dispone que recaiga expreso pronunciamiento sobre la condena de las costas causadas en la ejecución, en cuyo caso habrá que estar a lo que decida el órgano jurisdiccional al respecto (art. 339.2.I LECiv). ¿Y cuál debe ser el criterio a aplicar por el órgano jurisdiccional? Si tomamos como ejemplo el incidente de oposición a la ejecución, en el que habrá expresa condena en costas cualquiera que sea su resultado (arts. 339.2.II y 361.1.1ª.II y 2), podemos decir que el legislador ha optado por el principio del vencimiento, pues, en términos generales, las costas se impondrán al ejecutante cuando prospere el incidente de oposición, y al ejecutado cuando no prospere dicho incidente.

Para tratar de dar una visión de conjunto de la imposición o condena en costas, resta por referirnos a la tutela cautelar. A este respecto, el artículo 736.1 LECiv establece que «las costas se impondrán con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 394», con lo que nos remite a las normas expuestas con ocasión del proceso de declaración.

Por último, apuntar que algún proceso especial contiene normas particulares sobre la condena en costas (así, el proceso monitorio, art. 818.2; el juicio cambiario, art. 821.2.2ª y 822; o los procesos en materia de propiedad horizontal, art. 21 Ley 49/1960, en su última redacción dada por la LECiv).

TASACIÓN Y EXACCIÓN DE COSTAS

Para hablar de tasación y exacción de costas es preciso que nos situemos en un punto en el que haya recaído condena en costas, por cualquiera de

los sistemas estudiados, bien en sentencia, bien en auto, ambos firmes. A partir de este momento deben distinguirse claramente dos etapas distintas: la etapa de tasación o cuantificación de las costas; la etapa de exacción de las costas, destinada a su satisfacción forzosa. En todo caso, tanto la tasación de costas como su posterior exacción son contingentes, pues cabe la posibilidad de que el condenado al pago de las costas proceda a su satisfacción voluntaria, lo que es factible cuando ambas partes lleguen a un acuerdo, generalmente a través de sus respectivos abogados, sobre la cantidad a abonar. Estudiemos, pues, ambas etapas por separado.

A) LA TASACIÓN DE LAS COSTAS (ARTS. 241 A 246 LECIV)

Es este el trámite a través del cual se procede a determinar qué gastos procesales, de entre aquellos que ha soportado la parte beneficiada por la condena en costas, deben serle reembolsados; en el mismo trámite se procederá a la cuantificación de los mismos, pues éste hace las veces de incidente de liquidación de una condena. La LECiv regula el procedimiento a seguir para ello, del que destacamos los siguientes aspectos:

a) Órgano competente para la tasación de las costas

La práctica de la tasación de costas le corresponde al secretario del órgano jurisdiccional que hubiera conocido del proceso o recurso, respectivamente (art. 243.1 LECiv).

b) Partidas que engloba la tasación de costas

En la tasación de las costas se incluirán todas aquellas partidas de gastos que conforme con el artículo 241.1.II LECiv constituyan costas, incluyéndose también las generadas para el presente trámite de tasación (STS de 20 de octubre de 1992 [RJ 1997, 2735]); por tanto se excluirán el resto de gastos ocasionados por el proceso. Pero además se imponen las siguientes limitaciones respecto de los conceptos que sí forman parte de las costas:

1ª) No se incluirán los derechos correspondientes a escritos y actuaciones que sean inútiles, superfluas o no autorizadas por la ley (art. 243.2 LECiv).

La utilidad o no de una actuación procesal o cualquier otra actividad realizada con ocasión de un proceso, y la consiguiente tasación del gasto ocasionado, no atiende la repercusión que aquélla haya tenido en el éxito de la pretensión o resistencia de las partes procesales, sino a la relación de idoneidad o no de dicha actuación o actividad para la resolución de las diversas cuestiones suscitadas en el proceso.

Deben rechazarse, por considerarse actividad superflua, los honorarios y derechos de abogado y procurador cuando la intervención de éstos, bien para un acto procesal concreto, bien para todo el proceso, no sea preceptiva (art. 32.5 LECiv). No obstante, consideramos, con algún otro sector doctrinal, que sí deben ser objeto de tasación estos gastos cuando la parte beneficiada por la condena en costas acudió a dichos profesionales en respuesta a la comparecencia previa de la parte contraria mediante abogado y/o procurador.

Expresamente reconoce la LECiv como gastos susceptibles de tasación los honorarios y derechos de abogado y procurador, aun cuando su intervención no sea preceptiva, si la condena en costas ha sido impuesta por apreciar el órgano jurisdiccional temeridad del condenado o, en otro caso, cuando el domicilio de la parte representada y defendida esté en lugar distinto al que en que se ha tramitado el juicio (art. 32.5 LECiv).

2º) Tampoco se incluirán aquellas minutas presentadas por profesionales que no expresen detalladamente los conceptos que incluyen o se refieran a honorarios que no se han devengado en el pleito (art. 243.2, «in fine» LECiv).

La exigencia de una minuta detallada que especifique los distintos conceptos que conforman los honorarios de un abogado, por ejemplo, persigue precisamente evitar que se incluyan aquellos gastos que puedan ser considerados inútiles o innecesarios o incluso no realizados. La exclusión de la tasación de estos honorarios por el defecto en su presentación adquiere más bien una naturaleza sancionadora.

3º) Los gastos ocasionados a abogados y demás profesionales que estén sujetos a tarifa o arancel, sólo se reembolsarán hasta el límite de una tercera parte de la cuantía del proceso por cada uno de los litigantes que resulte condenado al pago de las costas. A estos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 18.000 euros (RD 1417/2001) salvo que el tribunal disponga otra cosa en razón de la complejidad del asunto. No será de aplicación todo esto cuando la condena en costas se imponga como consecuencia de la temeridad o mala fe del condenado (arts. 243.2.11 y 394.3 LECiv).

4º) En cuanto a los pagos a testigos, las costas sólo cubrirán los gastos ocasionados a los tres primeros que presenten por cada hecho (art. 363 LECiv).

5º) Se excluyen de la tasación de costas, finalmente, los gastos ocasionados por actuaciones o incidentes en que hubiese sido condenada expresamente la parte favorecida por el pronunciamiento sobre las costas en el asunto principal (art. 243.3 LECiv).

Encontramos ejemplos de esto último en los artículos 22.2.11, 85.2, 320 LECiv. En tales supuestos rige la regla del principio del vencimiento, pero encontramos otros casos en los que se aplica el principio de la temeridad, como es el caso de los incidentes por recusación de jueces y magistrados o peritos, previstos, respectivamente, en los artículos 112 y 126 LECiv.

1) Procedimiento para la tasación de costas

No satisfechas voluntariamente las costas por el condenado a su pago, la parte acreedora de las mismas dirigirá al órgano jurisdiccional la petición de tasación de costas acompañando al escrito los justificantes de haber satisfecho las cantidades cuyo reembolso reclama (art. 242.1 y 2 LECiv).

Además de los justificantes que acompañe la parte en su solicitud, puede ocurrir que alguno de los terceros que intervinieron el proceso —abogado, procurador, peritos...— cuyos derechos u honorarios todavía no se hayan satisfecho, puedan presentar, ante el secretario que practica la tasación, la minuta detallada de sus derechos u honorarios y demás gastos realizados con ocasión del proceso, para que sean tomados en consideración por éste (art. 242.3 LECiv).

El siguiente paso consistirá en que, una vez ya tasadas las costas por el secretario, éste dará traslado del resultado a las partes por un plazo común de 10 días (art. 244.1), para que, en su caso, dentro de dicho plazo las partes procedan a su impugnación (art. 245.1).

Desde el momento en que el secretario da traslado de la tasación practicada a las partes ya no será posible incluir ni añadir ninguna otra partida para su tasación, lo que no significa que la parte beneficiada por la imposición de las costas pierda su derecho al reembolso, pues éste lo podrá ejercitar a través del procedimiento correspondiente (art. 244.2 «in fine»).

2) Impugnación de la tasación de las costas

La tasación de las costas realizada por el secretario puede ser impugnada por cualquiera de las partes procesales, sean éstas las favorecidas o las perjudicadas por el pronunciamiento de condena en costas.

En el primer caso, la impugnación se basará en la exclusión total en la tasación practicada de ciertas partidas de gastos debidamente justificados y reclamados, o bien que los mismos no han sido incluidos en su totalidad o de manera correcta (art. 245.3).

En el segundo caso, el perjudicado por la condena en costas podrá considerar que las costas incluidas son indebidas, bien por no formar parte de los conceptos que integran las costas procesales —en realidad no habrá costas indebidas, sino gastos indebidamente tasados—, bien porque concurre cual-

quiera de las limitaciones antes mencionadas en el apartado relativo a las partidas de gastos incluidas. En particular, si se trata de los derechos de profesionales no sujetos a arancel, podrá impugnarse el importe de los honorarios que resulten excesivos (art. 245.2).

La tramitación de la impugnación de la tasación difiere según sea la causa de dicha impugnación, para lo que debe estarse a lo dispuesto en el artículo 246 LECiv, interesando destacar en estos momentos que la resolución de la impugnación le corresponde al titular del órgano jurisdiccional ante el que se ha seguido el proceso principal (art. 246.3). La decisión sobre la impugnación de las costas será recurrible sólo en el caso de la impugnación por gastos indebidos, en la que se sigue los trámites del juicio verbal, en cuyo caso procederán los recursos previstos contra las sentencias dictadas en dichos procedimientos. No deben, en todo caso, confundirse los recursos contra la resolución de la impugnación de la tasación de costas, de los recursos contra la condena en costas, que serán aquellos que procedan contra la sentencia en que recae dicha condena.

B) LA EXACCIÓN DE LAS COSTAS (ART. 242 LECIV)

Practicada y firme la tasación de las costas, al condenado al pago de las mismas se le ofrece la segunda oportunidad de satisfacer voluntariamente dicho pago, teniendo ahora clara constancia de cuál es el importe de las mismas. Pero para el caso de que, de nuevo, se oponga o no proceda a su satisfacción, procederá la exacción de las costas, esto es, su cobro por el procedimiento de apremio, pues la condena en costas, una vez practicada la tasación por el secretario, genera a su vez un título ejecutivo líquido. Para ello se seguirán los trámites que la LECiv prevé para la ejecución de obligaciones dinerarias.

Puede ocurrir que quien resulte condenado en costas sea titular del derecho a la justicia gratuita, en cuyo caso el artículo 394.3.III LECiv dice que «éste únicamente estará obligado a pagar las costas causadas en defensa de la parte contraria en los casos expresamente señalados en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita». Es decir, el reconocimiento del derecho al beneficio de pobreza, no impide que el titular del mismo pueda ser sujeto de condena en costas. Habrá condena en costas para él, si es el caso, pero no procederá su pago salvo que «dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viniera a mejor fortuna, quedando mientras tanto interrumpida la prescripción del artículo 1967 del Código Civil» (art. 36.2 LAJG).

LIBRO II

EL PROCESO DE EJECUCIÓN

Capítulo 29

MANUEL ORTELES RAMOS

RESUMIO. CONCEPTO DE PROCESO DE EJECUCIÓN.—(A) Proceso de ejecución con previo ejercicio de potestad jurisdiccional en proceso de declaración.—(B) Proceso de ejecución sin previo ejercicio de potestad jurisdiccional en proceso de declaración.—(C) Definición de proceso de ejecución.—FUNDAMENTO Y LÍMITES CONSTITUCIONALES.—(A) El caso de derecho a prestación reconocido por resolución judicial, la ejecución y el derecho a la misma tienen fundamento constitucional.—(B) La ejecución sin previa resolución judicial no tiene fundamento constitucional, aunque si se establece se halla sujeta a ciertas exigencias constitucionales.—(C) El límite de la indefensión.—NATURALEZA JURÍDICA.—PRINCIPIOS DEL PROCESO DE EJECUCIÓN.—LA TUTELA JUDICIAL EJECUTIVA Y EL DERECHO A LA MISMA (LA ACCIÓN EJECUTIVA).—(A) Derecho a la iniciación de la ejecución y derecho al completo desarrollo de la ejecución.—(B) El título ejecutivo.—(C) Los medios o instrumentos ejecutivos.—LOS TÍTULOS EJECUTIVOS EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL.—(A) Títulos ejecutivos judiciales y arbitrales.—(B) Títulos ejecutivos no judiciales, ni arbitrales.—(C) Títulos ejecutivos extranjeros.—(D) Títulos Ejecutivos formados en el ámbito de la Unión Europea.

CONCEPTO DE PROCESO DE EJECUCIÓN

La acepción más genérica de ejecución es la de acción de hacer o realizar algo, de poner una cosa por obra.

Si relacionamos esta acepción con la actuación jurisdiccional del Derecho privado —que es de lo que se trata en el proceso civil— el término de ejecución adquiere el significado de actuación para llevar a la práctica, para implantar en la realidad social, aquello que, en un caso concreto, es conforme a Derecho.

Ahora bien, dado que los tribunales, como titulares de un poder público, tienen constitucionalmente prohibido actuar con arbitrariedad (art. 9.3 CE), es necesario que, antes de la actuación ejecutiva y como fundamento y condicionante de la misma, exista una determinación de lo que, en el caso concreto, es conforme con el Derecho. A esa determinación deberá ajustarse la posterior actividad ejecutiva.

El ordenamiento establece en qué ha de consistir esa determinación. La regulación de esta materia es variada. Por una parte, y de modo principal, se dispone que esa determinación sea jurisdiccional. En algunos supuestos se

establece como suficiente una determinación no jurisdiccional que aquí interesa y dado que debemos dejar al margen la ejecución administrativa en el ámbito de las potestades de autotutela de las Administraciones públicas— será de naturaleza negocial; es decir, consistirá en una declaración de voluntad de personas privadas o en una conducta significativa de la misma.

A) PROCESO DE EJECUCIÓN CON PREVIO EJERCICIO DE POTESTAD JURISDICCIONAL EN PROCESO DE DECLARACIÓN

El proceso de ejecución es un instrumento necesario de la jurisdicción tanto si la necesidad a la que responde se considera desde el punto de vista de la función de la potestad jurisdiccional, como si se examina desde la perspectiva de las personas que requieren el ejercicio de esa potestad.

La función de la potestad jurisdiccional puede ser entendida destacando el aspecto objetivo —la función de actuación del Derecho en el caso concreto— o resaltando el aspecto subjetivo —la función de satisfacer las situaciones subjetivas amparadas por el Derecho—. Cualquiera sea el modo de entender la función de la potestad jurisdiccional, una de sus características siempre será la de ser una función práctica, útil, con efectos en la vida social en la que el Derecho está destinado a regir.

Para conseguir esta practicidad y utilidad basta, en algunos supuestos, con la sentencia dictada en el proceso de declaración. En otros casos, sin embargo, el proceso de ejecución es imprescindible. En definitiva, la necesidad o no del proceso de ejecución depende de la clase de tutela judicial que se pretendió y se obtuvo en el proceso de declaración.

a) El proceso de ejecución no es necesario, ni admisible, en caso de tutela declarativa y constitutiva

La sentencia meramente declarativa, que declara la existencia o inexistencia de una relación o situación jurídica o de cualquier otro elemento que el ordenamiento admita como objeto de declaración judicial, satisface del modo práctico y útil que supone la eficacia de la cosa juzgada, la tutela declarativa que hubiera sido solicitada por el actor.

Las sentencias constitutivas también satisfacen ellas mismas la tutela de esa naturaleza que se hubiera pretendido, porque el cambio jurídico lo produce la propia sentencia.

La estimación de la tutela declarativa y constitutiva puede dar lugar a actuaciones complementarias que son debidas en atención al contenido de la sentencia (arts. 521.2 y 522 LECiv). Estas actuaciones no son proceso de

ejecución, porque mediante las mismas no se hace efectivo un deber de prestación de la parte contra la cual se hubiera dictado la sentencia.

Las actuaciones más frecuentes e importantes de esta naturaleza son las de prácticas de asientos registrales de inscripción, de cancelación o de otra clase en registros públicos. El encargado del registro deberá proceder a practicar los asientos, salvo que no se cumplan los requisitos impuestos por la ley rectora del registro correspondiente (arts. 521.2 y 522.1 LECiv).

Pero también pueden consistir en otro tipo de actuaciones, como las siguientes: extinción de un crédito en la masa del concurso cuando, habiendo sido inicialmente reconocido por la administración concursal, hubiera sido después judicialmente reconocido (art. 26 LCo); constitución o extinción de la tutela o de la curatela en dependencia de las sentencias de incapacitación o de reintegración de la capacidad; en caso de sentencia constitutiva de división de una cosa común, las actuaciones de venta o reparto con reparto entre los comuneros del precio obtenido (art. 404 CC).

b) El proceso de ejecución es necesario en caso de tutela de condena

Si en el proceso de declaración se interpuso una pretensión de condena y fue estimada, para que el ejercicio de la potestad jurisdiccional responda a la practicidad y utilidad más arriba mencionadas, no es suficiente con la sentencia estimatoria, porque la pretensión no solamente perseguía la declaración, con eficacia de cosa juzgada, del derecho a una cierta prestación y el correspondiente deber, sino también la imposición de este deber al demandado.

Si el demandado cumple la sentencia sin otra coerción que la que deriva del efecto vinculante de la misma (arts. 118 CE y 17.2 LOPJ) se habrá alcanzado el resultado práctico y útil.

En defecto de lo anterior, para producir ese resultado es necesaria la configuración legal de un instrumento procesal que contenga medios coactivos adecuados para que se haga efectiva en la realidad la prestación impuesta o, en casos excepcionales, un subrogado de la misma. Ese instrumento es el proceso de ejecución.

Puede darse el caso de sentencias cuyos pronunciamientos principales sean meramente declarativos o constitutivos, pero que también contengan pronunciamientos de condena. Eso ocurre cuando mediante los pronunciamientos de la primera clase se declaran relaciones jurídicas de las que derivan deberes de prestación o se constituyen efectos jurídicos que comportan esos deberes. Si el actor pretendió acumuladamente la correspondiente tutela de condena y ésta le fue concedida, este pronunciamiento necesita ejecución.

Por ejemplo: junto a la rescisión o a la nulidad o anulación de un contrato se pretende el cumplimiento de los deberes de devolución y restitución de prestaciones que surgen de aquellas situaciones (arts. 1295, 1303 al 1306 CC).

B) PROCESO DE EJECUCIÓN SIN PREVIO EJERCICIO DE POTESTAD JURISDICCIONAL EN PROCESO DE DECLARACIÓN

La razón por la que, como regla general, el proceso de ejecución debe ser precedido por el ejercicio de potestad jurisdiccional en un proceso de declaración consiste en que, de ese modo, se consigue seguridad y certeza acerca de la existencia y la subsistencia del derecho (y correspondiente deber de prestación).

No obstante, esa seguridad y certeza siempre son relativas. Cuando el título ejecutivo es una sentencia productora de cosa juzgada es posible que el deber de prestación haya sido cumplido después de la sentencia firme, lo que, en principio, no impedirá que se inicie la ejecución, aunque sin fundamento para oponerse con éxito a la misma.

Además el ordenamiento puede permitir la ejecución incluso cuando faltan la seguridad y certeza que origina la cosa juzgada. Es el caso de la ejecución provisional (arts. 526, 535 LECiv), que tiene como título ejecutivo una sentencia que puede ser revocada o anulada por la estimación de un recurso pendiente frente a ella. También el de las sentencias de condena dictadas con el carácter de tutela sumaria (art. 447 LECiv), cuyos resultados pueden ser modificados a consecuencia del posterior proceso ordinario iniciado por la parte vencida en el proceso sumario.

La relatividad con la que el ordenamiento demuestra concebir esas notas de seguridad y certeza del derecho y deber de prestación cuando el acceso a la ejecución depende de una previa resolución judicial que los declara, permite comprender que pueda darse un paso adicional en orden a establecer modos distintos al pronunciamiento jurisdiccional para alcanzar la seguridad y certeza suficientes para dar acceso a la ejecución.

En este sentido, y aunque es una materia ajena al Derecho privado y al proceso civil, no está de más recordar que los actos administrativos son ejecutivos (arts. 66, 93 al 101 LRJ-PAC) sin previo pronunciamiento jurisdiccional de su conformidad a Derecho y sin perjuicio de su posterior control jurisdiccional (arts. 106.1 CE; arts. 1, 25 al 33, 129 LJCA).

El acceso directo al proceso de ejecución, sin necesidad de obtener un previo pronunciamiento favorable en proceso de declaración, comporta una gran ventaja para quien se halla en esa situación. Si el ordenamiento quiere proteger especialmente ciertas posiciones jurídicas —por ejemplo, la de quienes conceden crédito, en cuanto esta función posibilita el desarrollo de la actividad económica— una de las técnicas a su disposición es permitir aquel acceso con base en una certeza suficiente de la existencia y subsistencia del derecho (y deber) de prestación, aunque distinta a la que deriva de una declaración judicial.

Realmente la escala de esa suficiencia en la que se mueve el legislador es muy amplia. Para exponerla habría que revisar cada uno de los títulos ejecutivos no jurisdiccionales que establece el ordenamiento. Por ahora puede decirse que el grado de suficiencia más fiable es aquel en que la certeza del derecho resulta de una declaración negocial del obligado, emitida por quien puede documentarla con eficacia de fe pública. La fiabilidad de ese grado de certeza se relaciona inmediatamente con la norma que atribuye valor probatorio legal a los documentos públicos (art. 319.1).

No obstante, atendida la falta absoluta de previa declaración judicial en estos casos, la ordenación de la ejecución en los mismos ha de posibilitar que el afectado pueda pedir tutela judicial declarativa para contrarrestar, de ciertos modos, los resultados de la ejecución, si, contra lo que parecía cierto a partir del título ejecutivo, la prestación no era debida con arreglo al estado de hechos y al Derecho material.

1. DEFINICIÓN DE PROCESO DE EJECUCIÓN

Proceso de ejecución es aquel en que un órgano jurisdiccional, ante el ejercicio de la acción correspondiente por el legitimado, ejerce su potestad para producir un cambio físico o material en la realidad social con el fin de someterla al deber de prestación impuesto por un título ejecutivo, consistente en un pronunciamiento jurisdiccional de condena o en otros hechos o actos que legalmente constaten la existencia de aquel deber.

FUNDAMENTO Y LÍMITES CONSTITUCIONALES

Los condicionamientos constitucionales de la ordenación de la ejecución son muy diversos si se tiene en cuenta la complejidad de esta misma ordenación.

Baste citar, como ejemplo de esa variada influencia, la STC 54/1983, de 21 junio (RTC 1983, 54) y otras posteriores que declararon la inconstitucionalidad, por contradecir el principio de igualdad, de ciertas normas sobre derechos inembargables.

En este apartado sólo nos proponemos considerar los condicionamientos constitucionales de los aspectos básicos y principales del proceso de ejecución.

A) EN CASO DE DERECHO A PRESTACIÓN RECONOCIDO POR RESOLUCIÓN JUDICIAL, LA EJECUCIÓN Y EL DERECHO A LA MISMA TIENEN FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Por una parte, el derecho a que la sentencia se cumpla y a que, quien hubiera obtenido la sentencia a su favor, sea repuesto en su derecho y, en

su caso, compensado por los daños y perjuicios sufridos, forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 32/1982, de 7 junio [RTC 1982, 32] [F. 2ª]). Por otra parte, en términos objetivos el deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales también encuentra su fundamento constitucional en el artículo 117.3 CE –potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado– y en el artículo 118 CE –obligación de cumplimiento de las sentencias– (STC 67/1984, de 7 junio [RTC 1984, 67] [F. 4ª] y STC 15/1986, de 31 enero [RTC 1986, 15] [F. 3ª]).

a) La potestad de ejecución como parte de la potestad jurisdiccional

Por un lado encontramos en la CE el reconocimiento de que la ordenación legal de la ejecución es necesaria para la plenitud de las funciones de la potestad jurisdiccional. En ese sentido el artículo 117.3 CE establece como una de las funciones de esta potestad la de «hacer ejecutar lo juzgado».

Esta potestad es, además, exclusiva de los órganos jurisdiccionales. Esa exclusividad puede plantear, o ha planteado, problemas en dos materias relacionadas con la ordenación de la ejecución.

Primero, respecto de las potestades que la ley le puede atribuir al secretario judicial en el desarrollo de la actividad ejecutiva. En el artículo 543.3 LECiv el legislador realiza una opción en esta materia consistente en reservar para el juez las decisiones básicas de la ejecución y en atribuir al secretario las demás funciones con una regla general residual, aunque con sujeción al control jurisdiccional. Una duda de inconstitucionalidad no está justificada.

Por otra parte, las SSTs 4 mayo 1998 y 20 abril 1999 consideraron que el denominado procedimiento extrajudicial para la realización de los bienes hipotecados (art. 129 LH) era contrario a la exclusiva atribución a los órganos jurisdiccionales de la potestad de ejecutar lo juzgado reconocida por el artículo 117.3 CE.

Probablemente esta tesis es errónea puesto que el notario –cuya intervención es necesaria en calidad de fedatario público, como en otros supuestos similares de obtención del valor de bienes del deudor sin actuación judicial (arts. 1872 CC, 16.2 Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles de 13 de julio de 1998)– no ejerce ninguna potestad de ejecución, ninguna coerción ni jurídica ni material sobre el patrimonio del deudor. La coerción que supondría el embargo es suplida por la voluntaria constitución de la hipoteca. La que significaría la adjudicación al mejor postor en la subasta se evita también porque, al constituirse la hipoteca, ha sido designada una persona para que, de ser necesario, otorgue la escritura en nombre del hipotecante.

b) El derecho a la ejecución de lo dispuesto en una resolución judicial como contenido del derecho a la tutela judicial efectiva

El TC reconoció, muy tempranamente, que el derecho a que la sentencia se cumpla y a que, quien hubiera obtenido la sentencia a su favor, sea

respetado en su derecho y, en su caso, compensado por los daños y perjuicios sufridos, forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 32/1982, de 7 junio [RTC 1982, 32] [F. 2ª]).

De la Constitución no deriva, sin embargo, el derecho a un determinado modo de ejecución. Las exigencias constitucionales y el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva son igualmente respetados por un régimen de la ejecución que garantice la exacta correspondencia entre lo establecido en la sentencia y lo que se ejecuta, como por una ordenación en la que, por razones atendibles, la ley disponga que debe ejecutarse un equivalente dinerario de la prestación inicial u otra prestación distinta (STC 32/1982, de 7 junio [RTC 1982, 32] [F. 2ª]; STC 67/1984, de 7 junio [RTC 1984, 67] [F. 2ª]; STC 322/1994, de 28 noviembre [RTC 1994, 322] [F. 2ª]).

Además, el modo en que los tribunales ordinarios interpreten y apliquen el régimen legal que establece la transformación de la actividad ejecutiva, es materia que no corresponde enjuiciar al TC, dado que no constituye infracción del artículo 24.1 CE, salvo que la correspondiente decisión judicial haya sido adoptada con arbitrariedad o adolezca de un error patente; también podría enjuiciarla si supusiera violación de un derecho fundamental diferente a los del artículo 24 CE (STC 322/1994 [F. 3ª]; STC 112/1995, de 6 junio [RTC 1995, 112] [F. 3ª]).

No obstante, el TC sí que puede revisar si esa actividad judicial que decide sobre la procedencia de la ejecución y sobre el modo de realizarla, ha respetado lo que ya se ha resuelto con fuerza de cosa juzgada, o, por el contrario, ha modificado esa decisión fuera de los cauces legales.

La alteración en decisiones posteriores de lo que fue resuelto de manera firme es prohibida porque, como indica la STC 15/1986, de 31 enero (RTC 1986, 15) [F. 3ª], «El obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho y, como tal, es enunciado y reconocido en el artículo 18 de la CE. Exigencia objetiva del sistema jurídico, la ejecución de las Sentencias y demás resoluciones que han adquirido firmeza también se configura como un derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al contenido del artículo 24.1 de la CE, cuya efectividad quedaría decididamente anulada si la satisfacción de las pretensiones reconocidas por el fallo judicial en favor de alguna de las partes se relegara a la voluntad caprichosa de la parte condenada o, más en general, éste tuviera carácter meramente dispositivo. Presupuesto para el ejercicio del derecho que asiste al justiciable a instar la ejecución de lo juzgado y ser repuesto, así, en el disfrute de los derechos e intereses que le fueron cuestionados el principio de intangibilidad de las Sentencias y demás resoluciones dictadas por los órganos intermedios en el Poder Judicial entra a formar parte, por lo mismo, del cuadro de garantías que el artículo 24.1 de la CE consagra. No quiere decir ello que la formulación constitucional impida al legislador sacrificar la «santidad de la cosa juzgada» en aras del superior valor de la justicia, estableciendo supuestos de firmeza potencialmente

debilitada: lo que el derecho a la tutela judicial efectiva proscribía es que, fuera de los supuestos taxativamente previstos, las resoluciones firmes queden sin efecto.

B) LA EJECUCIÓN SIN PREVIA RESOLUCIÓN JUDICIAL NO TIENE FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL, AUNQUE SI SE ESTABLECE SE HALLA SUJETA A CIERTAS EXIGENCIAS CONSTITUCIONALES

A diferencia del acceso a la ejecución fundado en una previa declaración jurisdiccional del derecho a prestación, en la Constitución no hay precepto que —en el ámbito del Derecho privado— imponga el acceso a la ejecución cuando falta esa declaración. Tampoco hay norma que lo prohíba de un modo absoluto.

Podría, pues, decirse que el establecimiento del acceso a la ejecución sin previa declaración jurisdiccional corresponde a la libertad de configuración normativa del legislador ordinario, quien la ejercerá de acuerdo con los criterios de política jurídica que estime oportunos.

Esto no supone que la decisión que el legislador adopte en esta materia no se halle sujeta a diversas exigencias constitucionales.

De modo muy genérico ha de tenerse en cuenta la advertencia de que «la ley, si quiere seguir siéndolo y no desvirtuarse por irracionalidad, no puede convertir en título ejecutivo cualquier objeto y ni siquiera cualquier documento» (DE LA OLIVA). El establecimiento de títulos ejecutivos completamente absurdos podría contradecir la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

Más específicamente al legislador le vincula el principio de igualdad, en cuanto igualdad en la ley, en el sentido de que no puede conceder el acceso directo a la ejecución con criterios que, por carecer de una justificación objetiva y razonable, sean discriminatorios respecto de personas o entidades que se hallen en las mismas condiciones objetivas para instar directamente la ejecución.

El Tribunal Constitucional ha hecho aplicación de este criterio en dos casos:

1º) En la STC 128/1994 (RTC 1994, 128), que declaró inconstitucional la ejecución hipotecaria especial a favor del Banco Hipotecario de España.

2º) En la STC 14/1992, de 10 febrero (RTC 1992, 14), que no estimó inconstitucional un modo de liquidación de deudas dinerarias necesario para acceder a la ejecución, pero que sólo podían practicar las entidades de crédito. No se consideró contrario al principio de igualdad por la justificación objetiva de la mayor garantía que ofrecían estas entidades, sujetas a riguroso control por los poderes públicos.

EL LÍMITE DE LA INDEFENSIÓN

En cualquier caso, la ordenación de la ejecución ha de respetar siempre el límite de que no pueda producirse indefensión a las personas contra las que se dirige (art. 24.1 CE). Es decir, debe quedar a salvo la posibilidad de acudir ante un tribunal las alegaciones defensivas que, de acuerdo con la ley, puedan ser fundadas y de que el tribunal las examine y resuelva, con efectos sobre el desarrollo de la ejecución o sobre la estabilidad de los resultados a los que hubiera conducido (SSTC 41/1981, de 18 diciembre [RTC 1981, 41], 1/1982, de 8 febrero [RTC 1982, 4], 14/1992, de 10 febrero [RTC 1992, 14], 110/1993, de 25 mayo [RTC 1993, 110], 167/1994, de 6 junio [RTC 1994, 167], 79/1996, de 20 marzo [RTC 1996, 79], 12/1997, de 27 enero [RTC 1997, 12]).

Si el título ejecutivo tiene como base una previa declaración jurisdiccional, la posibilidad de defensa no debe alcanzar a lo ya resuelto o que se hubiera podido proponer para su resolución, porque —como se apuntó antes— sería contrario al derecho a la tutela judicial del vencedor en el previo proceso declarativo, alterar, fuera de los supuestos legales, los pronunciamientos de la sentencia que lo concluyó.

Ahora bien, en cuanto se trate de cuestiones no resueltas, ni precluidas, y, en todo caso, si se trata de títulos que no tengan como base una declaración jurisdiccional, la defensa ha de ser posible. Cuestión diferente —y en la que la jurisprudencia del TC no se halla suficientemente definida— es la específica ordenación de la amplitud, forma y efectos de esta defensa.

NATURALEZA JURÍDICA

La principal cuestión es si la actividad que se desarrolla en la ejecución y las normas que la regulan tienen naturaleza procesal o jurídico-privada, lo que tiene repercusión, entre otros aspectos, en el ámbito temporal y espacial de aplicación de tales normas y en el régimen de la oposición a la ejecución.

En cuanto a la aplicación de las normas en el tiempo, si las mismas tienen naturaleza procesal deberán aplicarse las vigentes en el momento de realizarse la actividad ejecutiva (art. 2 LECiv —salvo disposición legal contraria—, véanse también las disp. transits. 2ª a la 6ª Ley 1/2000) y no las vigentes cuando nació o fue exigible el deber de prestación por el que se procede a la ejecución.

Respecto del ámbito territorial de vigencia, la naturaleza procesal determina que en una ejecución que corresponda a la competencia de un tribunal español, sólo serán aplicables normas españolas (internas o de otra naturaleza, pero que formen parte del ordenamiento español —art. 3 LECiv—), aunque el deber de prestación se halle sujeto a Derecho extranjero o se esté ejecutando un título ejecutivo extranjero tras el correspondiente «exequatur».

En fin, la oposición a la ejecución tiene diferentes requisitos, procedimentales y efectos, según se funde en defectos procesales (art. 559 LECiv) o en motivos de fondo (arts. 560 y 561 LECiv).

La naturaleza procesal puede ser, sin duda, afirmada respecto de las normas reguladoras de la jurisdicción y competencia, capacidad de las partes y procedimiento, pero también respecto de las normas siguientes:

1ª) Las que configuran los títulos ejecutivos y su alcance objetivo y subjetivo, porque la eficacia jurídica que corresponde al título no la tiene cualquier relación jurídica que origine un derecho a prestación y porque esa eficacia no consiste en un poder de exigir algo de un obligado según el Derecho privado, sino en un poder de requerir la actividad ejecutiva del tribunal.

2ª) Las que establecen los medios ejecutivos —embargo de bienes, apoderamiento de cosas determinadas, multas coercitivas, etc.—, porque aunque el contenido y objeto de un deber de prestación no experimenten modificación, el ordenamiento puede variar los instrumentos de los que apodera al tribunal para su ejecución cuando aquel deber consta en un título ejecutivo.

Por ejemplo: las obligaciones de hacer y de no hacer ya existentes cuando ha entrado en vigor la nueva LECiv contarán, a partir de esta ley, con unos medios ejecutivos diferentes —y más efectivos— que los que establecía la LECiv/1881.

3ª) El régimen de la oposición a la ejecución. No sólo si la oposición se funda en la existencia de defectos procesales, sino también cuando se basa en motivos de fondo, porque la posibilidad de hacer valer estos últimos durante la tramitación de la ejecución tiene efectos sobre la misma ejecución, aunque sin perjuicio de lo que, con arreglo al Derecho privado, pueda ser debido (art. 561.1 LECiv: «a los solos efectos de la ejecución»).

4ª) Las que regulan ciertos medios de defensa de terceros frente a actuaciones ejecutivas: la tercería de dominio, que desafecta un bien embargado, aunque sin efectos de cosa juzgada sobre la titularidad del mismo (art. 603, párr. 1º LECiv). La tercería de mejor derecho es más problemática, porque produce el efecto de que el crédito del tercerista sea satisfecho con prioridad respecto del crédito del ejecutante. No obstante, hay que tener en cuenta que, desde que los bienes han sido embargados a instancia de determinado acreedor ejecutante, aquel efecto de pago a otro acreedor con prioridad sólo puede ser conseguido mediante el proceso, modificando un efecto procesal del embargo —el de prioridad de pago a favor de quien lo hubiera obtenido (art. 613.1 y 2 LECiv)—.

Naturaleza jurídico-privada o, al menos, naturaleza de actos de doble función —en cuanto que, además del efecto jurídico-privado, tienen efectos

procesales— corresponde a ciertos actos y hechos que se realizan en el proceso de ejecución. Por ejemplo, los siguientes:

1ª) La conducta del ejecutado consistente en inducir al tribunal a extender la ejecución frente a personas o bienes que el título o la ley no autorizan genera responsabilidad para aquél por los daños y perjuicios causados (art. 538.4 LECiv).

2ª) El pago o cumplimiento de la prestación que el propio ejecutado lleva a cabo dentro de las actuaciones ejecutivas (arts. 583, 585, 586, 699, 710 LECiv) produce, por un lado, la extinción del deber de prestación, y, por otro, da lugar a que se ponga fin a la ejecución, generalmente con efectos adicionales, como la imposición de las costas.

3ª) La finalización de la ejecución forzosa —que se produce, según el artículo 570 LECiv, «con la completa satisfacción del acreedor ejecutante»— tiene tanto un efecto extintivo en el plano jurídico-privado, como en el procesal.

Cuestión más amplia y compleja es si la ejecución —la denegación de la misma o la suspensión, desarrollo y terminación con satisfacción del ejecutante— puede influir, por sí sola, sobre la existencia y subsistencia del derecho y correspondiente deber de prestación, prescindiendo de lo que, respecto de esos derecho y deber, corresponda en virtud del estado de hechos extraprocesal y del Derecho privado aplicable al mismo. La respuesta debe ser, en principio, negativa en atención a lo dispuesto en los artículos 552.3, 561.1 y 564 LECiv.

PRINCIPIOS DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

Los principios del proceso —los criterios que inspiran la solución de las cuestiones básicas de ordenación del mismo— presentan especialidades importantes en el proceso de ejecución.

a) Dualidad de posiciones

El proceso de ejecución sigue respondiendo a este principio, porque en él hay una persona o entidad que pretende la tutela ejecutiva —el actor, aquí llamado ejecutante o también acreedor— y una persona o entidad frente a quien se pretende esa tutela —el ejecutado o deudor— (arts. 538-544 LECiv).

Esto ocurre, incluso, cuando la actividad ejecutiva recae exclusiva y directamente «como, de modo equivoco, dice el art. 681.1 LECiv— contra bienes hipotecados o pignoratados en garantía de la deuda por la que se ejecuta. Aun entonces, como dice el artículo 685.1 LECiv, «La demanda ejecutiva deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no dador o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados».

b) La vigencia limitada del principio de contradicción

A diferencia del proceso declarativo, el proceso de ejecución no está destinado a establecer si una pretensión procesal es o no conforme a derecho, sino a realizar o llevar a la práctica la prestación que, según el título ejecutivo, es debida.

Consiguientemente, el proceso de ejecución no requiere, por la función que le asigna el ordenamiento, estar integrado por un debate contradictorio entre las partes, ni que el ejecutado sea llamado a participar en el mismo.

Que el principio de contradicción no tenga el mismo contenido que el del proceso de declaración no significa, en cambio, que el ejecutado no pueda presentar al tribunal, en el curso de la ejecución, peticiones y alegaciones a su favor.

Está justificado que pueda hacerlo en dos clases de supuestos:

1º) El proceso de ejecución está sujeto a una ordenación jurídica que también protege intereses del ejecutado y que, en todo caso, limita la medida en que los derechos e intereses del mismo pueden ser afectados. Si el título no sujeta el ejercicio de sus potestades a esa ordenación, el ejecutado no puede hacer valer las infracciones, con las correspondientes consecuencias, sobre la validez y eficacia de los actos procesales.

2º) El deber de prestación puede haberse extinguido o ser modificado por causas posteriores y no afectadas por la cosa juzgada, si el título consiste en una declaración jurisdiccional o similar. En todo caso, si se trata de un título no formado jurisdiccionalmente, la válida constitución de la obligación nunca ha sido judicialmente declarada. El ejecutado puede tener interés en que se deje sin efecto la ejecución si lo debido según el título, no es debido de acuerdo con el estado extraprocesal de hechos y con el Derecho privado.

Como veremos en el Capítulo 30, es diversa la amplitud con la que el ordenamiento permite al ejecutado plantear estas peticiones y alegaciones defensivas.

Aunque, como dijimos, el ejecutado no es llamado para que comparezca o se persone en el proceso de ejecución, la LECiv dispone que se le notifique la iniciación del mismo (art. 553.2 LECiv). A partir de ese concreto conocimiento de la pendency del proceso, el ejecutado puede aprovechar las posibilidades defensivas.

c) La falta de vigencia del principio de igualdad

Las situaciones jurídicas activas y pasivas que integran el estatuto de las partes en la ejecución no son equivalentes para ejecutante y ejecutado.

Por el contrario, el título ejecutivo ha colocado, por lo que se refiere al deber de prestación que el mismo establece, a la parte ejecutante en una posición de supraordinación y a la parte ejecutada en una posición de subordinación.

El estatuto de la parte ejecutante contiene situaciones jurídicas activas. Su ejercicio consigue que el tribunal ejerza sus potestades ejecutivas sobre el patrimonio y, en general, sobre la esfera jurídica del ejecutado, cuyo estatuto de parte contiene, principalmente, situaciones pasivas y de sujeción.

Como hemos dicho en el apartado anterior el ejecutado tiene también posibilidades defensivas. Incluso estas posibilidades están afectadas por la desigualdad, lo que se manifiesta en que la ley no admite que las mismas se ejerzan de modo previo a la resolución o a la actuación pedida por el ejecutante. Su ejercicio es posterior y sin que, por regla general, el mismo implique suspensión de los efectos de la resolución o actuación decretada.

1. Principio dispositivo

Este principio rige plenamente porque «sólo se despachará ejecución a petición de parte» (art. 549.1 LECiv), respecto de la prestación que, dentro de lo cubierto por el título ejecutivo, el ejecutante haya precisado —así, para la cantidad en caso de ejecución dineraria, arts. 549.1.2º, 573.3, 575.1 LECiv—, frente a las personas o entidades designadas por el ejecutante, entre las que por el título ejecutivo o por la ley puedan ser sometidas a ejecución (art. 549.1.5º, 553.1.1º LECiv).

Por otra parte, el artículo 19.3 LECiv dispone que, en principio, pueden realizarse en la ejecución los actos dispositivos de su apartado 1 —renuncia, transacción, sumisión a arbitraje y transacción—.

2. Principios referidos a la preparación de los actos ejecutivos y a la dirección formal del proceso de ejecución

En un proceso de declaración habría que referirse al principio de aportación de parte como rector de la aportación de las alegaciones y de las pruebas destinadas a influir en el sentido de la sentencia. Este principio sólo es relevante, en la ejecución, para los incidentes declarativos vinculados a la misma (por ejemplo, arts. 519, 540, 560, 599, 617, 712 y siguientes LECiv).

En la ejecución pasa a un primer plano el principio que, una vez despachada la misma a instancia de parte y por una prestación determinada, rige la realización de los actos conducentes a producir la satisfacción del ejecutante y, con ella, la terminación de la ejecución.

Pueden verse, como ilustrativos de lo dicho, el régimen de localización de bienes para embargar (arts. 589, 590 LECiv), o de la elección de los mismos (art. 592 LECiv).

el de la adopción de medidas de garantía de la atención (art. 629 LECiv), el que sirve para determinar el modo de realización forzosa de ciertos bienes embargados (art. 640.1, 641.1, 676 LECiv), o la determinación del modo de ejecución de prestaciones de hacer (arts. 706, 709 LECiv).

Si se examinan las normas que específicamente regulan estos actos se observa que la ley requiere, en unos supuestos, la instancia de parte, y en otros autoriza al tribunal para proceder de oficio. A mi juicio, en defecto de norma expresa ha de estimarse necesaria la instancia de parte.

En cuanto a la dirección formal del proceso de ejecución, no hay especialidades esenciales en materia de control de presupuestos e impedimentos procesales, así como en el examen de la validez y eficacia de los actos procesales.

No obstante, el régimen del impulso del procedimiento sí que requiere un principio distinto al del proceso de declaración. No tendría sentido que rígera el principio de impulso oficial —en virtud del cual el procedimiento, salvo expresa petición de suspensión (arts. 19.4, 179.2 LECiv), avanza de oficio hasta su final, por realización de los actos o por preclusión de las posibilidades procesales no aprovechadas (art. 136 LECiv)—, porque lo importante no es acelerar la ejecución, sino que ésta alcance su fin de plena satisfacción del ejecutante (art. 570 LECiv), empleando para ello todo el tiempo que sea necesario (art. 239 LECiv).

Actuaciones específicas de la ejecución sí que están sometidas a plazos preclusivos —por ejemplo, arts. 529.1, 547, 556, 596, 613, 699 LECiv—, pero, si se consideran los supuestos, suele tratarse de actos del ejecutado o de terceros que impugnan actos ejecutivos.

f) Principios sobre la forma de los actos

Rige, por regla general, la forma escrita. Principalmente por dos razones:

1ª) Cuando el principal contenido de la actividad procesal no es el debate, como ocurre en la ejecución, la oralidad no es funcional. Esto no excluye aisladas manifestaciones de oralidad en incidentes declarativos relacionados con la ejecución —por ejemplo, arts. 540.3, 560, párr. 2º LECiv—.

2ª) Los actos que deben ser realizados sobre el patrimonio del ejecutado, que en diversos supuestos han de tener acceso a registros públicos, requieren una precisión y firmeza que sólo se consigue con la escritura.

LA TUTELA JUDICIAL EJECUTIVA Y EL DERECHO A LA MISMA (LA ACCIÓN EJECUTIVA)

La tutela judicial ejecutiva podría entenderse, en términos objetivos, como la protección que, de acuerdo con la ley, otorgan los tribunales, llegando a la práctica, sin o contra la voluntad del obligado, un deber de prestación.

No obstante, en el proceso civil, por el principio dispositivo y por la razón —en buena medida relacionada con ese principio— de que el fin del proceso no es tanto actuar el Derecho objetivo, sino actuarlo en cuanto protege derechos e intereses de quien pide tal actuación, la noción de la tutela judicial ejecutiva aparece subjetivada. Es decir, se la considera como un derecho a esa tutela.

En ese sentido, se habla de «acción ejecutiva» (véase, ya de entrada, el art. 517.1 LECiv), como una situación jurídica subjetiva de carácter activo y favorable respecto de la obtención de la tutela judicial ejecutiva.

Esta situación jurídica está, obviamente, configurada o diseñada por las normas —no por una única disposición, sino por varias sistemáticamente enlazadas— con la estructura habitual:

1ª) Unos presupuestos o supuestos de hecho previstos por la ley, de variada calidad, y cuya concurrencia determina si existe esa situación favorable, en cuanto a qué y quién la tiene y frente a quién.

2ª) Unas consecuencias o efectos jurídicos que, en este caso, consisten en la actividad ejecutiva que debe desarrollar el tribunal.

En este apartado vamos a considerar, de un modo general, los dos componentes de esta estructura, que son, principal y respectivamente, el título ejecutivo y los medios o instrumentos ejecutivos.

A) DERECHO A LA INICIACIÓN DE LA EJECUCIÓN Y DERECHO AL COMPLETO DESARROLLO DE LA EJECUCIÓN

Para la mejor comprensión del concepto de título ejecutivo es conveniente considerar cómo influye el mismo en la iniciación y desarrollo de la ejecución.

Para la iniciación de la ejecución basta con la demanda o solicitud ejecutiva, con el cumplimiento de los presupuestos procesales generales —jurisdicción, competencia y capacidades de las partes— y con la aportación del título ejecutivo. Con esto el tribunal deberá despachar ejecución («el tribunal despachará en todo caso la ejecución siempre que concurren los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad

formal...» -art. 551.1 LECiv-). Sólo si esto no concurre («Si el tribunal no diese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución» entre los que se encuentra el título ejecutivo -art. 552.1 LECiv-) el despacho de ejecución deberá ser denegado.

A continuación debe llamarse la atención sobre dos aspectos:

1ª) La iniciación de la ejecución, mediante el despacho de la misma, no consiste en iniciar un procedimiento para resolver, en un momento dado, si procede acordar actuaciones ejecutivas, sino que consiste en adoptar medidas ejecutivas. Como dice el artículo 553.4º LECiv, el auto que despacha la ejecución deberá contener «las actuaciones judiciales ejecutivas que procedan acordar, desde ese momento, incluido, si fuere posible, el embargo de bienes concretos». Es decir, con el despacho de ejecución el ejecutante comienza a recibir la tutela ejecutiva y, dado que ésta no culmina instantáneamente, deberá continuar recibéndola, salvo que la eficacia del despacho deba ser suspendida o extinguida por alguna causa regulada por la ley procesal.

2ª) Aunque el título ejecutivo es representativo de un deber de prestación del ejecutado, el tribunal, para darle o negarle eficacia al título, no puede examinar si ese deber de prestación existe y subsiste con arreglo a los hechos y al Derecho material de los que depende, sino que sólo puede comprobar si el título ejecutivo adolece de irregularidad formal (art. 551.1 LECiv) o, como dice más técnicamente el artículo 559.1.3º LECiv, si cumple «los requisitos legalmente exigidos para llevar aparejada ejecución».

En cuanto la petición de tutela del ejecutante sólo sea examinada o valorada por el tribunal con arreglo a las exigencias propias del proceso de ejecución, le basta con el título ejecutivo para tener derecho a la iniciación de la ejecución y también al completo desarrollo de la misma.

Sólo habrá que puntualizar que, sin abandonar las exigencias propias del proceso de ejecución, el ordenamiento puede estimar que no es suficiente el examen de oficio de los presupuestos procesales y del título ejecutivo, sino que es conveniente que el ejecutado pueda hacer valer que unos y otros no concurren y, por tanto, la ejecución es nula e ineficaz (art. 559 LECiv). Si esta actitud del ejecutado tiene éxito, el ejecutante no verá reconocido su derecho al completo desarrollo de la ejecución, pero por las mismas razones que debieron conducir a negar el derecho a su iniciación.

Lo que ocurre es que el ordenamiento, al configurar la impugnación de la ejecución por el ejecutado, no la limita al examen de la validez de la actividad ejecutiva en atención a sus presupuestos (procesales generales y título ejecutivo), sino que permite, limitadamente, que el ejecutado rompa la lógica interna de la ejecución y contrarreste la eficacia de la misma advirtiendo que el deber de prestación representado por el título ejecutivo nunca existió o ya no subsiste en el momento de la ejecución (arts. 556 y 557

LECiv). Si esta impugnación del ejecutado tiene éxito, el ejecutante también pierde su derecho al completo desarrollo de la ejecución, aunque por razones que ya no tienen que ver con la naturaleza de la misma.

EL TÍTULO EJECUTIVO

Visto como funciona el título ejecutivo en el proceso de ejecución podemos determinar su concepto y características -para lo que seguimos las convenientes orientaciones de ANDRINA, lo que se advierte para evitar intertextualizaciones ocultas-.

Concepto

Título ejecutivo es un supuesto de hecho legal típico, generalmente contenido en un documento representativo de un acto jurídico que impone o constituye un deber de prestación, supuesto al que la ley vincula el efecto jurídico de la válida realización de la actividad ejecutiva, de la cual determina la medida y alcance, tanto en el aspecto objetivo -qué se debe ejecutar-, como en el subjetivo -a favor de quién y contra quién se debe ejecutar-.

Características del título ejecutivo

Tipicidad

Es, sin duda, la característica esencial porque consiste en que los elementos que se presentan al tribunal para fundar la emisión del despacho de ejecución se correspondan, sean subsumibles, encuadrables en alguno de los supuestos de hecho legales a los que la ley específicamente vincula la eficacia jurídica de posibilitar la válida iniciación y prosecución de una ejecución.

Es necesario que tales elementos respondan a un tipo legal de título ejecutivo, lo que significa dos cosas: ser uno de los documentos que la ley establece como títulos ejecutivos y presentar todos los requisitos del mismo. Sólo son títulos ejecutivos aquellos que la ley determina, bien sea en la relación de los mismos sistemáticamente contenida en el artículo 517.2.1º al 8º LECiv, bien en otra disposición legal que establezca que ciertas resoluciones judiciales o ciertos documentos «llevan aparejada ejecución» (art. 517.2.9º LECiv).

La norma que establece la eficacia procesal ejecutiva no es, por ejemplo, del siguiente tenor: «serán ejecutivos los derechos cuya certeza conste (o cuya certeza conste suficientemente)». Es, más bien, una norma que fija o describe diversos componentes, conectándoles aquella eficacia. La labor del tribunal al aplicarla no consiste en apreciar si el derecho y el correspondiente deber de prestación resultan o no suficientemente ciertos, sino en cotejar lo que se presenta ante él con los tipos legales de título ejecutivo.

Esta tipificación cumple una función de garantía. Para el ejecutante, al que garantiza, de entrada, la obtención de tutela sin previa discusión sobre la existencia del derecho. Para el ejecutado, al que asegura que sólo en determinados supuestos les quedará sujeto a la potestad jurisdiccional ejecutiva.

b) *Documento*

Las descripciones legales de títulos ejecutivos —es decir, los supuestos de hecho legales a los que se vincula la eficacia jurídica de tal título— se refieren a documentos.

En unos casos esos documentos son la forma de expresión de la declaración de voluntad en la que consiste el acto jurídico incorporado (por ejemplo, la sentencia o el contrato de préstamo o crédito instrumentado mediante escritura pública o póliza intervenida). En otros casos el documento representa la certificación de que ha ocurrido o no un hecho determinante de la existencia del título (por ejemplo, la sentencia de condena ha sido notificada y no recurrida, lo que hace de ella un título del artículo 517.2.1ª LECiv, si el demandado fue requerido de pago en procedimiento monitorio y no compareció en plazo legal —art. 816.1 LECiv—).

El título puede estar compuesto por uno solo o por varios documentos, en función de lo que la ley requiera. Por ejemplo: sentencia extranjera más auto de «exequatur»; resolución homologadora de la transacción judicial más documentos en que consten los pactos transaccionales; escritura pública o póliza de crédito más documentos de liquidación del saldo acreedor (art. 573).

Los documentos se han de aportar con la demanda ejecutiva (art. 550.1.1ª LECiv), salvo cuando la ley autorice una simple remisión a su contención en los autos (art. 549.2, 550.1.1ª LECiv).

La plasmación documental del título ejecutivo se justifica porque, con esa técnica, el tribunal puede, simplemente comparando el documento con la descripción legal, verificar que se halla ante un título ejecutivo y ordenar que se inicie la actividad ejecutiva, sin necesidad de realizar una actividad de instrucción —alegaciones y prueba— para comprobar si concurre el supuesto de hecho legal al que se vincula la eficacia ejecutiva.

c) *Incorporación o representación de un acto jurídico que impone o constituye un deber de prestación*

Los elementos del supuesto de hecho legal-título ejecutivo no consisten solamente en un documento, sino que la configuración legal del supuesto se extiende, como es lógico, a determinar qué ha de representar o significar ese documento, cuál ha de ser su contenido.

En este sentido, la ley se refiere a que el documento sea expresivo, representativo de ciertos actos jurídicos (por ejemplo: sentencias, laudos arbitrarios, negocios jurídicos (por ejemplo: conratos) o hechos jurídicos (por ejemplo: la confrontación de soportes documentales del art. 517.2.6ª LECiv, la falta de comparecencia o de oposición del demandado en arts. 816.1 y 817).

Completa la descripción refiriéndose a los derechos y correspondientes deberes de prestación que esos actos, negocios o hechos dicen imponer o constituir.

Así, por ejemplo: las sentencias han de ser de condena (art. 517.2.1ª LECiv), es decir, han de imponer deberes de prestación de cualquier clase (de dar, de hacer, de no hacer). En cambio, si el documento incorpora o es representativo de ciertos negocios jurídicos, sólo tiene eficacia ejecutiva en cuanto a ciertas clases de prestaciones (art. 520 LECiv).

El tribunal, para decidir sobre la eficacia ejecutiva del título, no necesita, ni puede examinar si lo que se deduce de esos actos, negocios y hechos jurídicos respecto de la existencia y subsistencia del deber de prestación se corresponde con la efectiva existencia y subsistencia de tal deber —es decir, con las posibles conclusiones que podrían alcanzarse mediante una actividad de alegación y prueba sobre esas circunstancias—.

El tribunal, al despachar ejecución, sólo necesita y puede examinar si el documento representa la sentencia o el laudo o el contrato con las demás características relevantes para cumplimentar un tipo legal de título ejecutivo. Realiza una labor de calificación jurídica en la que se limita a contrastar el documento y su contenido con las normas jurídicas relevantes.

1) LOS MEDIOS O INSTRUMENTOS EJECUTIVOS

El título ejecutivo da derecho, si se solicita con cumplimiento de los presupuestos procesales generales, a la actividad ejecutiva. Esta actividad tiene un desarrollo procedimental, en el sentido de que consiste en sucesivos actos de las partes y del tribunal concatenados por las normas y conducentes a la terminación de la ejecución. A través de la realización de esos actos se manifiestan las potestades de las que está investido el tribunal y las situaciones jurídicas que corresponden a las partes.

Este desarrollo procedimental es, en parte, común a cualquier proceso de ejecución (véase Cap. 30).

En parte, es diferente en atención a la clase de prestación que impone el título ejecutivo:

1ª) El procedimiento de ejecución por prestaciones dinerarias se regula en el Título IV del Libro III de la LECiv (véanse Caps. 31 y 32), aunque hay especialidades

en el caso de ejecución limitada a bienes hipotecados o pignoralos (Cap. V del título IV); y, para su exposición, el Cap. 33).

2º) Los procedimientos de ejecución por prestaciones no dinerarias se regulan distinguiendo de nuevo según el objeto de la prestación, en el Título V del Libro II LECiv (Cap. 34).

Sin perjuicio del tratamiento de estas materias en sus capítulos correspondientes, importa referirse ahora, de modo general, a los medios o instrumentos de los que el ordenamiento apodera a los tribunales para producir la completa satisfacción del ejecutante, como modo normal de terminación de la ejecución, superando la resistencia del ejecutado a cumplir el deber de prestación que el título le impone.

a) Medios de subrogación

Estos medios prescinden de la conducta del ejecutado para el cumplimiento de la prestación y consisten en la sustitución de la actividad del mismo por la del tribunal para producir un resultado idéntico al que hubiera generado el cumplimiento del ejecutado.

Su adecuación depende de la clase de prestación. Específicamente:

1º) En obligaciones dinerarias, si no paga el ejecutado, el tribunal está apoderado para afectar bienes suficientes del patrimonio de aquél con destino a su enajenación forzosa, y para aplicar los propios bienes o el producto de su venta a la satisfacción del crédito del ejecutante.

2º) Si se trata de deberes de entregar bienes muebles o inmuebles (o una cantidad de bienes de cierto género), el tribunal está investido de los poderes necesarios para incidir en el patrimonio del ejecutado y transferir tales bienes, material y jurídicamente, al ejecutante (arts. 701.1 y 2, 703 LECiv).

3º) La imposición de un deber de emitir cierta declaración de voluntad puede ser ejecutada, en determinados supuestos, supliendo el tribunal con una resolución la declaración omitida por el ejecutado (art. 708.1 y 2 LECiv).

En caso de prestaciones de hacer o de deshacer lo hecho indebidamente, la actuación del ejecutado también puede ser sustituida por otra persona si la acción personal del ejecutado no es esencial para la satisfacción del ejecutante (arts. 706, 707 LECiv). Pero, en estos casos, la subrogación ejecutiva no está completa hasta que el tribunal no haya extraído del patrimonio del ejecutado la suma de dinero necesaria para atender a la contraprestación del servicio prestado por el tercero.

b) Medios de coerción

Si la prestación sólo puede ser realizada, con utilidad para el ejecutante, por el propio ejecutado, el único modo de vencer su resistencia al cumplimiento es el de coaccionar su voluntad hacia el cumplimiento. En esto consisten los medios coercitivos, que pueden presentar dos grandes modalidades.

a) Coerción directa

Consiste en la aplicación de compulsión física sobre la persona del ejecutado, para forzarle al cumplimiento o para evitar que obstaculice la satisfacción de la prestación por actuación del tribunal. Con la segunda finalidad están previstos medios de coerción directa en la ejecución por prestaciones de dar cosa mueble (art. 701.1 LECiv: «el tribunal pondrá al ejecutante en posesión de la cosa debida, empleando para ello los apremios que crea precisos, ordenando la entrada en lugares cerrados y auxiliándose de la fuerza pública, si fuere necesario») y de dar bienes inmuebles (art. 704 LECiv, en cuanto a las actuaciones de lanzamiento de ocupantes).

b) Coerción indirecta

Consiste en la afectación desfavorable o en la amenaza de afectación de un derecho o interés del ejecutado con una intensidad tal que el perjuicio que arriesgue sea mayor que el beneficio que persigue con el incumplimiento de la prestación.

Los medios de coerción indirecta pueden ser de naturaleza procesal, correspondiendo al tribunal de la ejecución la potestad de aplicarlos (es el caso de las multas coercitivas —arts. 709, 710, 711 LECiv—). Por el contrario, la responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad judicial (art. 710 LECiv) —que también opera como medio de coerción indirecta—, no es competencia del tribunal de la ejecución, sino que se exige ante el tribunal penal competente.

c) Determinación del equivalente dinerario de la prestación y ejecución por medios de subrogación

Si la prestación impuesta por el título no es dineraria, y aplicados los medios ejecutivos previstos por la ley no es posible la realización de la prestación en los propios términos en que el título la establece, el ordenamiento dispone que esa prestación sea sustituida por su equivalente dinerario (art. 717 LECiv), lo cual posibilita la entrada en juego de los medios de subrogación y la satisfacción del ejecutante, siempre —como es obvio— que haya bienes embargables en el patrimonio del ejecutado.

LOS TÍTULOS EJECUTIVOS EN EL PROCESO CIVIL ESPAÑOL

De lo expuesto en el apartado anterior se deduce que más importante que un concepto de título ejecutivo es determinar cuáles son los títulos ejecutivos en el proceso civil español y precisar sus características. Es el objeto de este apartado.

Para no exponer los títulos simplemente siguiendo una enumeración carente de orden y de sistemática, es conveniente intentar una clasificación según criterios relevantes.

Por un lado, distinguimos los títulos judiciales y arbitrales y los que no tienen ninguna de esas dos calidades.

El criterio que justifica esta clasificación radica en la incidencia que tienen las calidades de los títulos en la clase de prestaciones respecto de las que el título tiene eficacia ejecutiva (según el art. 520 LECiv algunos títulos no judiciales ni arbitrales sólo son ejecutivos respecto de prestaciones pecuniarias), y en el régimen de la oposición a la ejecución (arts. 556, 557 LECiv). No obstante, no puede exagerarse el alcance de estos criterios: 1º) como los títulos son típicos pueden haber títulos judiciales sólo ejecutivos respecto de prestaciones dinerarias; 2º) la amplitud y forma de la oposición a la ejecución es, a veces, regulada en atención al título específico (p. ej. art. 556.3 LECiv).

Por otro lado consideramos los títulos ejecutivos extranjeros y los formados en el ámbito de la Unión Europea. Los trataremos separadamente porque las razones que, hasta cierto momento, justificaron la aproximación de los segundos a los primeros (necesidad de reconocimiento por la jurisdicción española para adquirir la calidad de título ejecutivo en el ámbito de la soberanía española) ya no existen en algunos supuestos y han experimentado cambios importantes en los demás. El orden de la exposición debería ser el inverso, para resaltar la mayor proximidad a los títulos ejecutivos españoles de los títulos ejecutivos formados en el ámbito de la Unión Europea. No obstante, he optado por el orden de exposición que aparece en el texto para que pueda apreciarse mejor el contraste con el tratamiento de los títulos ejecutivos extranjeros.

A) TÍTULOS EJECUTIVOS JUDICIALES Y ARBITRALES

De estos títulos puede hacerse una clasificación de carácter principalmente didáctico.

a) Títulos consistentes en una resolución judicial que declara la existencia de un deber de prestación e impone su cumplimiento

(TE-1) Sentencia de condena firme

Es título ejecutivo por lo dispuesto en el artículo 517.2.1ª LECiv. Sus principales características son las siguientes:

1ª) Es la resolución que pone fin a un proceso de declaración resolviendo sobre la obligación.

2ª) La firmeza significa que sus pronunciamientos no pueden ser modificados mediante recurso, por lo dispuesto en el artículo 207 LECiv u otras situaciones determinantes de firmeza (Cap. 24). No es, en cambio, óbice para adquirir la condición de título ejecutivo la posibilidad de juicio de revisión (art. 515 LECiv), de rescisión de sentencia involuntaria (art. 504 LECiv), ni la falta de cosa juzgada por otorgar la sentencia tutela sumaria (art. 447 LECiv).

3ª) El pronunciamiento o pronunciamientos contenidos en la sentencia han de ser de condena, lo que significa que impongan al demandado el deber de realizar una determinada prestación, declarado por la sentencia.

4ª) Si la prestación es dineraria la propia sentencia habrá de precisar la cantidad o establecer los datos y la operación matemática aplicable para el cálculo del importe de la condena. Cualquier otro modo en que la suma de dinero quede indeterminada priva a la sentencia de la condición de título ejecutivo y de la posibilidad de avanzarla por un procedimiento de liquidación previo a la ejecución. Título ejecutivo será la sentencia que cuantifique la suma en otro proceso declarativo (art. 219.3 LECiv).

(TE-2) Sentencia de condena no firme

Su condición de título ejecutivo deriva de lo dispuesto por el artículo 517.2.9ª en relación con los artículos 524 y 525 LECiv, que establecen que las sentencias de condena recurribles o recurridas —con excepción de algunas— permiten obtener el despacho de ejecución. Ésta se somete a las reglas generales, aunque con especialidades (véase Cap. 35).

(TE-3) Sentencia firme revocatoria de sentencia ejecutada provisionalmente

Tiene eficacia ejecutiva respecto de la restitución a la parte que sufrió la ejecución provisional, de los bienes extraídos de su patrimonio como consecuencia de la misma, del equivalente dinerario o respecto de la indemnización de daños y perjuicios.

Su condición de título ejecutivo resulta de lo dispuesto por el artículo 517.2.9ª en relación con los artículos 537, 533.2 («podrá pretenderse por vía de «premio») y 534.3 LECiv («procederá... la vía de ejecución»).

(TE-4) Auto que acoja un allanamiento parcial

Es título ejecutivo por lo dispuesto en el artículo 517.2.9ª en relación con el artículo 21.2 LECiv («Este auto será ejecutable conforme a lo establecido en los arts. 517 y ss.»).

Es necesario que la pretensión a la que se haya prestado allanamiento sea de condena, de modo que el auto imponga el deber de realizar la prestación pretendida.

(TE-5) Auto que aprueba la tasación de costas

Título ejecutivo en virtud del artículo 517.2.9ª en relación con el artículo 242.1 LECiv («se procederá a la exacción de las mismas por el procedimiento de apremio»).

Consiste en una condena en costas, en la determinación cuantitativa realizada por el secretario de las que debe abonar la parte condenada al pago (tasación) en el auto judicial aprobatorio o que resuelve la impugnación.

(TE-6) Auto que fija las indemnizaciones debidas al testigo por la parte que lo propuso

Es título ejecutivo por el artículo 517.2.9ª en relación con el artículo 375.2, párrafo segundo LECiv, porque «Si la parte o partes que hayan de indemnizar no lo hiciesen en el plazo de diez días desde la firmeza de la resolución mencionada en el párrafo anterior, el testigo podrá acudir directamente al procedimiento de apremio».

(TE-7) Auto que determina una cantidad como provisión de fondos al procurador

Como el procurador no tiene por qué financiar a la parte, la ley le permite reclamar de aquella ante el juez los fondos necesarios.

El auto que resuelve la cantidad y el plazo de pago es título ejecutivo por el artículo 517.2.9ª en relación con el artículo 29.2, párrafo segundo LECiv («bajo apercibimiento de apremio»).

(TE-8) Autos que condenen a indemnizar daños y perjuicios causados a la parte que hubiera sufrido una medida cautelar posteriormente alzada

La condición de título ejecutivo corresponde, de acuerdo con el artículo 517.2.9ª en relación con los artículos 742 y 745, a la resolución que genéricamente condena a la indemnización unida a la que liquida su importe de acuerdo con los artículos 712 y siguientes (art. 742), todos ellos de LECiv.

(TE-9) Auto denominado de cuantía máxima que delimita la indemnización cubierta por el seguro obligatorio de vehículos de motor

Es reconocido como título ejecutivo por el artículo 517.2.8ª LECiv y sus principales características son las siguientes:

1ª) Es una resolución judicial dictada por el tribunal penal en casos en que, por causas diversas, no ha podido pronunciarse en el proceso penal sobre la responsabilidad civil acumulada derivada de hecho de la circulación.

2ª) Permite instar ejecución por una cantidad máxima en concepto de indemnización por daños personales (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ) cubiertos por el seguro obligatorio de vehículos de motor.

3ª) El auto ha de contener una descripción del hecho causante de los daños, la indicación de las personas y vehículos implicados, así como de sus aseguradores (art. 13 LECSCVM).

Si la acción ejecutiva hubiera de ejercitarse frente al Consorcio de Compensación de Seguros el requerimiento extrajudicial o judicial es necesario antes del despacho de ejecución (art. 20, b), RDLeg 7/2004, de 29 de octubre de 2004, por el que se modifica el Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros).

b) Títulos consistentes en determinadas actuaciones judiciales de las que resulta la constancia de un deber de prestación

La característica conjunta es la de que el deber de prestación resulta constatado a efectos ejecutivos sin que el tribunal haya declarado su existencia.

(TE-10) La transacción judicial

Su calidad de título ejecutivo resulta del artículo 517.2.3ª LECiv. Sobre las características de este título ha de destacarse:

1ª) Está integrado por el acuerdo o transacción de las partes y por la resolución judicial que, sin ser la que decide el asunto litigioso, homologa o aprueba la transacción, haciendo de ella una transacción judicial.

2ª) Es título ejecutivo siempre que de la transacción deriven deberes de prestación, pero para cualquier clase de prestación, dineraria o no, porque aun teniendo fundamento negocial la LECiv no limita su eficacia a las prestaciones dinerarias (art. 520 LECiv).

3ª) No sólo es título ejecutivo a favor del demandante del proceso transigido, sino para aquella parte en cuyo favor se hubieran establecido derechos a prestación en la transacción homologada.

(TE-11) Acta de avenencia en acto de conciliación preprocesal en determinados supuestos

De la relación entre el artículo 517.2.9ª LECiv y el artículo 476, párrafo primero LECiv/1881 –en vigor por lo dispuesto en la disp. derog. única.1.2ª Ley 1/2000– es título ejecutivo lo convenido en acto de conciliación celebrado antes del proceso, ante los tribunales civiles, siempre que el tribunal ante el que se celebró (que puede ser un Juzgado de Paz o uno de Primera Instancia) hubiera tenido competencia objetiva para conocer de las prestaciones establecidas en el acuerdo, caso de haber sido pretendidas mediante demanda.

(TE-12) Actos y omisiones de actos que componen los títulos ejecutivos en los procesos de estructura monitoria

En los procesos de estructura monitoria (véanse Caps. 38 y 39) cabe la posibilidad de que, por oposición del demandado, terminen con sentencia de condena, que será un título ejecutivo de los ya analizados.

No obstante, lo peculiar de estos procesos radica en que si el deudor demandado, que ha sido judicialmente requerido al pago de una cantidad de dinero, no paga o no se persona formulando oposición, puede despacharse ejecución por la suma reclamada (arts. 34, 35, 816, 825 LECiv; art. 21 LPH).

Eso significa la existencia de un título ejecutivo de acuerdo con el artículo 517.2.9ª LECiv en relación con los preceptos citados. Ese título estará integrado por el requerimiento judicial de pago y por la constatación en autos de que el requerido no ha pagado, no ha comparecido, no ha formulado oposición o cualquier otra acción relevante para obstar al nacimiento de los efectos ejecutivos.

c) Títulos de origen arbitral

(TE-13) *Laudos o resoluciones arbitrales*

La LArb (Ley 60/2003, de 23 de diciembre), ha suprimido el requisito de la firmeza para que los laudos y otras resoluciones de los árbitros sean título ejecutivo. No obstante, el régimen de la ejecución es distinto según esté o no pendiente la acción de anulación. Si está pendiente, la ejecución puede ser suspendida previa caución del ejecutado (art. 45 LArb). Véase, más ampliamente, el capítulo 27.

B) TÍTULOS EJECUTIVOS NO JUDICIALES, NI ARBITRALES

Todos estos títulos tienen la característica común de que la única clase de prestación respecto de la que constituyen título ejecutivo es la prestación dineraria. No son títulos ejecutivos respecto de prestaciones de otra clase, aunque en los actos o negocios que veremos se constituyeran los deberes correspondientes.

Esto tiene una matizada excepción: si la obligación incorporada al título es de entrega de «cosa o especie computable en dinero» (art. 520.1.3ª LECiv) también existe título ejecutivo, aunque no puede pretenderse ejecutivamente la entrega de esas cosas (por ejemplo: de 500 hectolitros de vino de la cosecha de 2001, de un número de acciones en las que, según las condiciones de la emisión, se han convertido las obligaciones emitidas por la sociedad anónima), sino la ejecución por su valor en dinero, para lo cual, con la demanda ejecutiva, han de acompañarse los documentos acreditativos del cómputo (art. 550.1.3ª LECiv).

Esta característica corresponde a algunos de estos títulos –los más importantes y frecuentes– en virtud de lo dispuesto por el artículo 520 LECiv. Para los demás títulos es, como veremos, una característica que impone su norma especial.

Pero, además, los títulos ejecutivos a los que es aplicable el artículo 520 LECiv están sujetos a otra limitación a su eficacia ejecutiva: la cuantía de la obligación dineraria ha de ser superior a 50.000 pesetas o a trescientos euros si la pretensión se funda en hechos posteriores a la entrada en vigor de esta ley, aunque ese mínimo necesario puede conseguirse por la adición de varios títulos.

1) Títulos consistentes en la constitución de una deuda ante notario

Estos títulos son los previstos en el artículo 517.2.4ª y 5ª LECiv, y entre ellos existían, antes de la disposición que luego se dirá, dos diferencias fundamentales: eran dos distintas formas de documentación, aplicables a negocios jurídicos de clases también distintas: la competencia correspondía a fedatarios diferentes –notarios y corredores de comercio colegiados–.

La disposición adicional 24ª de la Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, integró a ambas clases de fedatarios en un único Cuerpo de Notarios [ap. 1 A) de la disp. adic. citada], pero subsisten las diferentes formas de documentación aplicables a los respectivos supuestos [ap. 2 A) de la disp. adic. citada, y art. 17.1 de la Ley del Notariado, en la redacción dada por la Ley 36/2006, de 29 de noviembre].

(TE-14) *Copia de escritura pública expedida con el expreso carácter de copia ejecutiva*

Es la forma de documentación notarial de alcance más general en cuanto a documentar declaraciones de voluntad, contratos y negocios jurídicos (art. 17.1, párr. 2ª Ley del Notariado), que, por lo que ahora interesa, constituyen obligaciones de pago de dinero o de las otras prestaciones previstas en el art. 520 LECiv.

Título ejecutivo es la copia que el notario expide con el carácter expreso de ejecutiva, a instancia del otorgante interesado y con inserción de nota de esa expedición en la escritura matriz (art. 17.1, párr. 4ª Ley del Notariado). También será título ejecutivo una copia diferente a la mencionada, siempre y cuando sea expedida con las garantías establecidas en el artículo 517.2.4ª LECiv y en el artículo 233, párrafo segundo Reglamento Notarial.

No constituye título ejecutivo el acta notarial (destinada a documentar hechos que no pueden calificarse de actos o contratos –art. 17.1, párr. 8ª Ley del Notariado, y art. 144, párr. 4ª Reglamento Notarial–), pero si, a pesar de dársele al documento el nombre de acta, se hubieran cumplido requisitos de la escritura pública, puede tener eficacia ejecutiva.

(TE-15) *Póliza de contrato mercantil intervenida por notario*

La póliza intervenida por notario es una forma de documentación notarial que sólo puede tener por contenido «los actos y contratos de carácter

mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, especialmente los inmobiliarios» (art. 17.1, párr. 5º Ley del Notariado). La póliza carecerá, pues, de eficacia ejecutiva si su contenido no respeta esta delimitación legal.

Por lo demás, la nueva redacción del art. 17.1, párr. 7º de la Ley del Notariado ha modificado los requisitos formales de la póliza para ser título ejecutivo. En vez de la póliza original con certificación del notario de la conformidad de aquélla con los asientos del Libro-Registro (como sigue diciendo el art. 517.2.5º LECiv), la forma del título ejecutivo es:

1º) El testimonio del original de la póliza conservado en el Libro-Registro de Operaciones del notario; o

2º) Una copia autorizada por el notario de la póliza conservada en el protocolo ordinario.

Los títulos ejecutivos catalogados como (TE-14) y (TE-15) en algunos casos demuestran por sí solos la deuda que incorporan; por ejemplo: el préstamo de veinte mil euros que el deudor reconoce haber recibido y se obliga a devolver en fecha o fechas determinadas, con los intereses pactados (el vencimiento de éstos depende del hecho notorio del transcurso del tiempo).

En otras operaciones que generan deudas dinerarias el importe de las mismas no puede constar en la escritura o en la póliza. Por ejemplo: un contrato de apertura de crédito en el que el prestamista pone a disposición del prestatario una suma máxima, por un período de tiempo, con ciertas comisiones e intereses. La deuda dependerá de las disposiciones del crédito realizadas, de las reposiciones en la cuenta y de los intereses y comisiones devengadas en función de aquellas operaciones. Aunque el contrato se haya pactado en escritura pública o en póliza notarial, estos no podrían ser títulos ejecutivos, porque no demostrarían «per se» la existencia de una deuda.

Para posibilitar su acceso a la ejecución, la ley permite que en los contratos recogidos en esos documentos se pacte un modo de liquidación de la suma adeudada (art. 572.2 LECiv), modo de liquidación cuya práctica habrá de reflejarse documentalmente, integrando dichos documentos el título ejecutivo (art. 573 LECiv).

b) Títulos consistentes en actos de personas privadas significativos de la constitución y existencia de una deuda

Los títulos de este apartado se caracterizan porque la intervención de fedatario público para constatar la constitución, titularidad y objeto de la

deuda, no es tan decisiva como en los títulos del apartado anterior, aunque también tiene manifestaciones en las actuaciones que integran el título.

(TE-16) Documentos representativos de deuda emitidos con la técnica de talonario

Son títulos ejecutivos según el artículo 517.2.6º LECiv. Sus principales características son las siguientes:

1º) Una sociedad o entidad, facultada para ello por la ley y con arreglo a lo dispuesto en ésta (arts. 282-309 TRLSA; Ley 211/1964, de 24 de diciembre, sobre regulación de la emisión de obligaciones por sociedades que no hayan adoptado la forma de anónimas, etc.), recurre al crédito del público, reconociendo la deuda contraída con los que le prestan cantidades.

2º) Esos reconocimientos de deuda o de obligación, cuyas características —cuantías, intereses, vencimientos, etc.— son fijadas en una escritura pública de emisión que se inscribe en el Registro Mercantil, se incorporan a documentos integrados en un libro-talonario del que se separan —quedando la matriz— para entregarlos a los acreedores que hubieran adquirido los títulos de deuda. Obligaciones de pago parcial y fraccionado pueden estar incorporados a diversos cupones (fragmentos documentales del título), que el acreedor debe separar y presentar al cobro cuando venzan tales obligaciones parciales.

3º) La tenencia del título principal o del cupón que, cotejados con la matriz o con el título, respectivamente, se correspondan con ellos, la considera la ley significativa de la deuda a efectos del despacho de ejecución.

(TE-17) Documento acreditativo de la constancia contable de derechos sobre deuda

Este título, reconocido por el artículo 517.2.7º LECiv, coincide con el anterior en cuanto a la función económica que desarrolla. Se trata también de emisiones de deuda de sociedades y entidades privadas, pero los créditos correspondientes no están incorporados a documentos (títulos-valores) que pueden ser adquiridos y transmitidos, sino que se expresan en anotaciones contables a favor del adquirente de los créditos.

Principales características del título ejecutivo son las siguientes:

1º) Certificado emitido por las entidades encargadas de los registros contables (según los casos, el Servicio de Compensación y Liquidación de Valores o una sociedad o agencia de valores —en todo caso, entidades privadas—) en el que conste el contenido de las anotaciones contables vigentes a favor de determinada persona (art. 12 Ley del Mercado de Valores). El certificado —cuya emisión inmoviliza la transmisión y gravamen de los valores a los que se refiere— tiene un plazo de caducidad cuyo transcurso extingue su eficacia ejecutiva, aunque una vez despachada ejecución no caducan.

2º) Copia —no necesariamente fehaciente— de la escritura pública de emisión de los valores o de su representación mediante anotación contable —si inicialmente se emitieron en forma documental—, de la que resultará la sociedad o entidad deudora y el contenido de los valores (cuantías, plazos, tipos de interés —arts. 8, párr. 1º, 6 Ley del Mercado de Valores—).

(TE-18) *Dictamen pericial sobre el importe de la indemnización por hecho calificado por el seguro obligatorio de vehículos de motor*

Por la relación entre el artículo 517.2.9ª LECiv con los artículos 15 y 11 párrafo segundo LRCSCVM es título ejecutivo el dictamen pericial resultante de las actuaciones reguladas en esos artículos, con la formalidad añadida de ratificación del dictamen ante el juez competente para despachar ejecuciones. Quienes determinan la existencia, titulares y cuantía de la obligación son los peritos actuantes. No es admisible esta preparación de título ejecutivo si no hubiera obtenido el título catalogado como (TE-9) (art. 17 párrafo segundo LRCSCVM).

(TE-19) *Póliza de contrato de seguro respecto de la primera prima o de la prima única*

Su calidad de título ejecutivo deriva de la relación entre el artículo 517.2.9ª LECiv y el artículo 15, párrafo primero de la Ley de Contrato de Seguro. La eficacia de título ejecutivo no depende de que la póliza —que aquí significa la forma de un contrato mercantil— cumpla los requisitos del artículo 517.2.5ª LECiv.

c) Otros títulos ejecutivos

(TE-20) *Título ejecutivo para la devolución de cantidades anticipadas con destino a la construcción de viviendas*

La Ley 57/1968, de 27 de junio, establece que, en caso de entregarse al constructor cantidades anticipadas a cuenta del precio de una vivienda, ha de constituir un aval bancario o un contrato de seguro por cuantías que posibiliten la devolución de lo percibido más el 6% de interés anual. Además de estas garantías, a favor de los acreedores a la devolución de las sumas anticipadas se estableció un título ejecutivo resultante de la combinación de un conjunto de documentos, que en su mayor parte son privados (arts. 1 y 3 de la Ley citada).

La disposición adicional primera de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación amplía el ámbito del título a construcciones diferentes a viviendas, y a gestores y promotores de la construcción (no sólo a constructores), además de modificar la Ley inicialmente citada en cuanto al interés que ha de quedar asegurado —que ahora es el legal del dinero—.

(TE-21) *Certificación del Presidente del Consorcio de Compensación de Seguros para la repetición de la suma abonada por el Consorcio contra el responsable del siniestro*

Es título ejecutivo en virtud de lo dispuesto por el artículo 517.2.9ª LECiv en relación con el artículo 20. c), RDLeg 7/2004, de 29 octubre de 2004,

que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto Legal del Consorcio de Compensación de Seguros.

3. TÍTULOS EJECUTIVOS EXTRANJEROS

Dada la limitación territorial de la soberanía, y de la potestad jurisdiccional como manifestación de la misma, las resoluciones judiciales dictadas por tribunales extranjeros no pueden producir en España sus efectos del mismo modo que las de un tribunal español. Es necesario que esas resoluciones sean sometidas a un determinado control por la jurisdicción española (art. 22.1ª CEE), como resultado del cual podrán ser o no dotadas de un complemento necesario (la jurisdicción española realiza una actuación de naturaleza constitutiva) para tener eficacia en el ámbito de la soberanía española.

Este control puede realizarse con dos fines diferentes:

1ª) Para que la sentencia, siendo de condena, pueda desarrollar en España su eficacia ejecutiva, eficacia que adquirirá precisamente con el exequatur del tribunal español competente. El artículo 523.1 LECiv exclusivamente se refiere a este reconocimiento para ejecución, materia que puede ser la principal, aunque no la única en las disposiciones a las que el artículo remite.

2ª) Para que la sentencia pueda desarrollar en España sus efectos constitutivos, si ése es su contenido, y sus efectos como declaración positiva o negativa de un derecho o de un acto o negocio jurídico. Lo último ocurre tanto si es meramente declarativa, como si es de condena, pero sólo se persigue hacer valer la cosa juzgada que haya producido, tanto en su efecto exclusivo, como prejudicial. Esta finalidad del control no sólo está expresamente comprendida en muchas de las fuentes normativas que rigen esta materia, sino también en la genérica expresión de tener *fuera* en España que utilizan las disposiciones que, de modo más general, regulan este control (arts. 951-954 LECiv/1881).

Por otra parte —y de modo general— los títulos ejecutivos creados como tales en ámbitos de otras soberanías, en los que rige otro ordenamiento, no pueden por sí solos mantener esa calidad en el ámbito de la soberanía española, porque, como advertimos, la naturaleza procesal de las normas rectoras de la ejecución comporta, ya de entrada, que los títulos ejecutivos sólo lo sean los que establece el Derecho español y con los requisitos que éste dispone. Obviamente el Derecho español puede establecer que títulos ejecutivos formados como tales en otros ordenamientos, lo sean también en el ámbito de la soberanía española, pero habrá de disponer cuáles y en qué condiciones.

Debe advertirse, sin embargo, que no tienen el carácter de títulos ejecutivos extranjeros las resoluciones y actos emanados de los órganos de las Comunidades

Europeas a los que el Derecho Comunitario confiere eficacia ejecutiva. No son, pues, jurídicos ajenos a la soberanía española o, mejor expresado, en cuanto son ejercidos de competencias de los órganos comunitarios, tienen directamente en el ámbito español la eficacia jurídica que el Derecho Comunitario les confiere; en este caso la eficacia ejecutiva.

Esta materia es objeto de una regulación muy compleja. La clasificación que seguiremos persigue, principalmente, dar una idea clara del sistema de fuentes. Eso se completará con una información básica sobre los contenidos normativos.

a) Títulos ejecutivos no arbitrales creados en Estados extranjeros

Las fuentes normativas rectoras de esta materia se indican en el artículo 523.1 LECiv: «Para que las sentencias firmes y demás títulos ejecutivos extranjeros lleven aparejada ejecución en España se estará a lo dispuesto en los Tratados internacionales y a las disposiciones legales sobre cooperación judicial internacional». Hasta que no sea aprobada la Ley de Cooperación Judicial Internacional en Materia Civil, la disposición derogatoria única, L. 1/2000 deja en vigor, como Derecho interno en la materia, los artículos 951 al 958 de la LECiv/1881.

Consiguientemente, el reconocimiento y exequátur de títulos extranjeros está regido por tres grupos de normas que se aplican según el orden de prelación en el que a continuación se expondrán. En cuanto el grupo preferente no contenga una regulación del asunto considerado —no, obviamente, si la contiene, pero conduce a la denegación del reconocimiento o del exequátur—, deberán aplicarse las normas del grupo subsiguiente.

a') Convenios internacionales ratificados por España

Grupo de normas de preferente aplicación son los Convenios internacionales que, sobre esta materia, haya ratificado el Estado español (art. 523.1 LECiv; art. 951 LECiv/1881).

Respecto de este grupo normativo se pueden hacer las siguientes observaciones de carácter general:

1º) Su ámbito de aplicación es heterogéneo: hay convenios multilaterales sobre materia civil en general —por ejemplo: el Convenio de Lugano de 1988—, o limitados a materias específicas dentro de la civil —por ejemplo: Convenio de Ginebra de 1956, sobre transporte internacional de mercancías por carretera; Convenio de Bruselas de 1969, sobre responsabilidad por daños debidos a contaminación por hidrocarburos—, convenios bilaterales sobre materia civil en general o sobre materias específicas.

2º) Solo al amparo de estas normas convencionales puede obtenerse, en su caso, el reconocimiento y ejecución de títulos diferentes a sentencias, porque el Derecho interno sólo contempla el reconocimiento de sentencias.

3º) El contenido de los Convenios es diverso: pueden regular los requisitos y condiciones para el reconocimiento o el exequátur, o también el tribunal competente y el procedimiento para decretarlos —por ejemplo, el Convenio de Lugano de 1988—. En cuanto exista regulación sobre cualquier aspecto relevante es de aplicación preferente; si falta se aplican las normas del Derecho interno.

b) Principio de reciprocidad

En defecto de régimen convencional, el reconocimiento puede ser procedente (art. 952 LECiv/1881) o improcedente (art. 953 LECiv/1881) en virtud del principio de reciprocidad.

La reciprocidad ha de entenderse no como legal o abstracta, sino concreta, en el sentido de constituir una práctica judicial efectiva en el Estado de origen, que ha de ser alegada y probada ante el tribunal español competente para el exequátur.

La reciprocidad se refiere a las condiciones de reconocimiento, no a la competencia y procedimiento para acordarlo, que se rigen por el Derecho interno.

c) Régimen supletorio de Derecho interno

En defecto de convenio aplicable y en caso de indeterminación del tratamiento que se da a las sentencias españolas en el Estado de origen, el Derecho interno español establece tanto un régimen de la procedencia del reconocimiento, como de competencia y procedimiento para acordarlo.

En cuanto al primero (arts. 951, 954 LECiv/1881), puede obtenerse el reconocimiento y exequátur de sentencias firmes (no hay exequátur para ejecución provisional, ni respecto de otras resoluciones y actos jurídicos), cuya autenticidad se acredite, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

1º) Dictadas respecto de una «acción personal». El Tribunal Supremo amplía esta condición hasta examinar que el conocimiento del asunto por el tribunal extranjero no ha invadido las competencias exclusivas de la jurisdicción española según el artículo 22.1 LOPJ.

2º) No haber sido dictadas en rebeldía involuntaria del demandado.

3º) Que el contenido de la sentencia no contradiga, sino que sea compatible, con el orden público español, entendiéndose por tal el respeto a los prin-

cipios constitucionales y derechos fundamentales, o los principios fundamentales de la institución jurídica correspondiente en Derecho español.

4ª) La jurisprudencia exige también que no preexista al exequátur una sentencia española o extranjera sobre el mismo objeto y entre las mismas partes, plenamente eficaz en Derecho español; ni tampoco un proceso con las mismas características pendiente ante los tribunales españoles.

La competencia para resolver sobre el reconocimiento o el exequátur corresponde al Juzgado de Primera Instancia territorialmente competente según las reglas generales (art. 85.5 LOPJ). El juzgado decide en un procedimiento con previa audiencia de la parte contraria (arts. 936, 937 LECiv/1881). Por la materia de la sentencia objeto de exequátur, la competencia objetiva puede corresponder a los juzgados de lo mercantil (art. 86 ter.3 LOPJ).

Otorgado el exequátur, el auto correspondiente conforma, junto con la sentencia reconocida, el título ejecutivo necesario para obtener el despacho de ejecución (art. 938, párr. 2º LECiv/1881).

b) Títulos ejecutivos arbitrales extranjeros

Laudo arbitral extranjero es el que se ha pronunciado fuera del territorio español (art. 46.1 LArb).

La eficacia ejecutiva de ese laudo para ser ejecutado por los tribunales españoles está regida (art. 46.2 LArb):

1ª) En cuanto a las condiciones del reconocimiento, por el Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958 o por otro convenio internacional aplicable, si es más favorable al exequátur que el de Nueva York.

2ª) En cuanto a competencia y procedimiento, por las normas aplicables a las sentencias extranjeras.

c) Reconocimiento de eficacia civil a determinadas resoluciones canónicas

No es un caso de exequátur, sino de reconocimiento de eficacia constitutiva (específicamente de extinción de un matrimonio) en Derecho español a determinadas resoluciones de órganos de la Iglesia Católica. Sobre el mismo véase lo que se expone en el Capítulo 42.

D) TÍTULOS EJECUTIVOS FORMADOS EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA

En esta materia debe hacerse una primera distinción entre, de una parte, las resoluciones y actos emanados de órganos de la Unión Europea a los que el Derecho comunitario confiere eficacia ejecutiva, y, de otra parte,

las resoluciones y actos formados en los Estados miembros, con arreglo a su Derecho interno y por los órganos de esos Estados o con su intervención.

En el primer supuesto no es correcto entender que son resoluciones y actos ajenos a la soberanía española y que, a pesar de ello, gozan de una eficacia ejecutiva facilitada. Se trata, más bien, de que la limitación de la soberanía correlativa a la integración en la Unión Europea, y que se corresponde con potestades de órganos de ésta, determina que el ejercicio de esas potestades tenga directamente en el ámbito español la eficacia jurídica que les confiere el Derecho comunitario, que puede ser una eficacia ejecutiva.

Los principales supuestos son los siguientes:

1ª) Sentencias y otras resoluciones del Tribunal de Justicia (arts. 44 Tratado CECA, 159 Tratado Euratom, 244 Tratado CEE -antiguo art. 187-).

2ª) Decisiones del Consejo y de la Comisión que impongan obligaciones pecuniarias a personas distintas a los Estados (arts. 92 Tratado CECA, 161 Tratado Euratom, 256 Tratado CEE -antiguo art. 192-).

De acuerdo con estas disposiciones, para completar el título ejecutivo sólo se requiere que una autoridad designada por el Estado en que debe realizarse la ejecución (para España el RD 1359/1986, de 28 de junio, designa el Ministerio de Justicia) constate la autenticidad de la resolución o acto. Esto, sin otro control, impone consignar en el documento una «orden de ejecución».

En el segundo supuesto sí que se trata de resoluciones y actos formados en el ámbito de una soberanía extranjera. Lo que ocurre es que la integración en la entidad supranacional va acompañada de una reducción de los controles de cada Estado miembro para dar eficacia en su ámbito territorial a las resoluciones y actos formados en otro Estado miembro. El régimen de esta materia en la Unión Europea se ha caracterizado por la progresividad de esa reducción de los controles.

La progresividad se ha manifestado en muchos aspectos. En la justificación del régimen jurídico, que ha transitado desde la razón de evitar que los sistemas nacionales de exequátur alteraran las condiciones de un espacio económico común, hasta el fundamento en un espacio de libertad, seguridad y justicia, establecido por el Tratado de Amsterdam. En los instrumentos normativos para regular la materia, que empezaron siendo tratados internacionales (Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968), y que actualmente son disposiciones de Derecho comunitario derivado, aprobadas por los órganos competentes de la Unión Europea. Progresividad, por fin, en la propia intensidad de la reducción de los controles, de modo que, actualmente, junto a un régimen de exequátur muy facilitado, rige también una regulación especial que elimina el exequátur.

a) Régimen común: El Reglamento 44/2001

El Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución

de resoluciones en materia civil y mercantil, es la disposición de Derecho comunitario que establece el régimen de más amplia aplicación de la materia ahora tratada. El Reglamento 44/2001 ha sustituido al Convenio de Brusel de 27 de septiembre de 1968, que mantiene, sin embargo, un ámbito de aplicación marginal (art. 68 Reglamento 44/2001).

Este Reglamento sustituye también los convenios bilaterales sobre la materia existentes entre los Estados comunitarios (art. 69 Reglamento 44/2001), pero no los Convenios multilaterales sobre materias específicas de los que los Estados comunitarios sean parte (art. 71.1 Reglamento 44/2001), aunque podrán aplicarse las disposiciones del Reglamento referidas al proceso de reconocimiento.

a) *Ámbito de aplicación*

Es aplicable a asuntos correspondientes a materia civil y mercantil, así como con excepciones (art. 1 Reglamento 44/2001), algunas de las cuales cuentan con reglamento específico [así el Reglamento (CE) núm. 2201/2003, en materia matrimonial y de responsabilidad parental, el Reglamento (CE) núm. 1346/2000, sobre procedimiento de insolvencia].

En cuanto a la forma de las resoluciones o actos que pueden ser títulos ejecutivos, es aplicable a resoluciones judiciales, a la tasación de costas del secretario (art. 32 Reglamento 44/2001), documentos públicos ejecutivos (art. 57 Reglamento 44/2001) y transacciones judiciales (art. 58 Reglamento 44/2001).

b) *Requisitos del reconocimiento*

Requisito común a todas las resoluciones y actos es que tengan la calidad de ejecutivos en el Estado de origen, calidad que se acreditará con una certificación de contenido normalizado que debe expedir el tribunal u otro órgano competente de ese Estado (arts. 53 al 55 –para resoluciones judiciales–, 57.4 –para documentos ejecutivos–, 58 –para transacciones judiciales–).

Requisitos específicos para las resoluciones judiciales son (arts. 34-36 Reglamento 44/2001):

1ª) Que el reconocimiento no sea contrario al orden público del Estado requerido.

2ª) Que no haya sido dictada en rebeldía involuntaria del demandado.

3ª) Que no sea inconciliable con otra resolución dictada en el Estado requerido, en otro Estado miembro o en un Estado tercero si pudiera ser ejecutada en el Estado requerido. Es decir, se trata de evitar que, por la vía del reconocimiento, se desconozca la cosa juzgada o la eficacia imperativa de resoluciones previas.

4ª) Que, si la resolución versa sobre ciertas materias (seguros, consumo y materias de competencia judicial exclusiva), el tribunal del Estado de origen tenga competencia judicial internacional para conocer del asunto de acuerdo con lo establecido por el propio Reglamento.

Para los documentos y las transacciones judiciales el único requisito específico es que el reconocimiento no sea manifiestamente contrario al orden público del Estado requerido (arts. 57.1, 58 Reglamento 44/2001).

c) *Procedimiento de reconocimiento*

Para la producción de efectos distintos a los ejecutivos basta con hacer valer la resolución o el acto de que se trate, acreditando su autenticidad, sin necesidad de específico procedimiento de reconocimiento, salvo que haya oposición. Si hubiera oposición puede pretenderse el reconocimiento por el procedimiento que se indica a continuación (art. 33 Reglamento 44/2001).

Si se persigue obtener la eficacia ejecutiva ha de seguirse un procedimiento que, en líneas generales, es el siguiente:

1ª) La solicitud de ejecución se presenta ante el Juzgado de Primera Instancia competente y habrá de ser resuelta sin audiencia de la parte contraria. Solo podrá ser desestimada si no se aporta certificación –expedida según el Reglamento– de que la resolución o el acto es ejecutorio en el Estado de origen (art. 41 Reglamento 44/2001). Constituye una diferencia importante con el Convenio de Bruselas, que imponía (art. 34 del mismo) examinar también los requisitos específicos de concesión de la ejecución.

2ª) La resolución que resuelve sobre la concesión de la ejecución es recurrible ante la Audiencia Provincial. Si se recurre la resolución de concesión, el recurso habrá de fundarse –además de en la falta de acreditamiento de la autenticidad según el Reglamento– en la falta de concurrencia de los requisitos específicos para el reconocimiento (art. 45 Reglamento 44/2001). Cuyo examen se plantea en este momento por primera vez, como si de una oposición se tratara. Este recurso suspende los efectos de la concesión de la ejecución, pero durante su pendencia pueden adoptarse medidas cautelares (art. 47.3 Reglamento 44/2001).

3ª) Contra la resolución dictada por la Audiencia Provincial cabe recurso de casación ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo (art. 44 Reglamento 44/2001).

4ª) Si la resolución de la que se ha pedido ejecución es recurrible o está recurrida mediante recurso ordinario en el Estado de origen (es decir, en supuesto de ejecución provisional), el tribunal que conoce de la solicitud de ejecución podrá suspender el procedimiento (con medidas cautelares) o

subordinar su continuación a la prestación de caución por el solicitante (art. 37, 46 Reglamento 44/2001).

b) Régimen del título ejecutivo europeo por créditos no impugnados (Reglamento 805/2004)

El Reglamento (CE) n° 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo por créditos no impugnados, tiene, en líneas generales, un doble contenido:

1º) Regula la creación de un título ejecutivo—llamado «título ejecutivo europeo»— y, con ese fin, establece los requisitos del mismo y, en parte, ordena aspectos procedimentales relacionados con su formación y modificación. El título ejecutivo europeo es creado en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea (salvo Dinamarca), pero su eficacia no se produce en ese Estado, sino en los demás Estados miembros (salvo Dinamarca). La actividad de creación, y, eventualmente, de modificación del título ejecutivo europeo no tiene naturaleza ejecutiva. La disp. adic. 21ª Ley 1/2000 (redacción de la Ley 19/2006, de 5 de junio) complementa las normas del Reglamento 805/2004 para el caso de que el título ejecutivo europeo deba ser creado por tribunales u otros poderes públicos españoles.

2º) Regula la ejecución del título ejecutivo europeo por los tribunales del Estado miembro que sean competentes. Esta regulación remite al régimen interno de la ejecución en ese Estado, aunque introduce en el mismo alguna especialidad.

En esta parte del sistema interesa, principalmente, el segundo contenido. No obstante, habrá que considerar también en qué consiste el título ejecutivo europeo, cuya ejecución puede ser solicitada a un tribunal español.

a') Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación del Reglamento 805/2004 coincide con el del Reglamento 44/2001 en lo que se refiere a la naturaleza (civil o mercantil) del crédito y a la forma de las resoluciones y otros actos jurídicos que pueden adquirir la calidad de título ejecutivo europeo.

Si concurren los requisitos más específicos establecidos por el Reglamento 805/2004, el titular del crédito que consta en el título ejecutivo europeo no está limitado a instar la ejecución con arreglo a las normas de este Reglamento, sino que puede solicitarla con sujeción al Reglamento 44/2001 (art. 27 Reglamento 805/2004).

b') El título ejecutivo europeo y sus requisitos

En cuanto a su objeto, sólo puede crearse un título ejecutivo europeo si el deber de prestación establecido en la resolución judicial o en otros actos

judiciales que veremos después, es dinerario, y la cantidad de dinero es líquida, exigible o con fecha de exigibilidad establecida en la resolución o en el acto jurídico (art. 4.2 Reglamento 805/2004).

En cuanto a los actos jurídicos que integran el título ejecutivo europeo y los requisitos formales de los mismos, hay que distinguir:

1º) Resoluciones judiciales

El título ejecutivo europeo está integrado por una resolución judicial que sea ejecutiva en el Estado de origen y por una certificación de la misma como título ejecutivo europeo, expedida por el tribunal que haya dictado aquella resolución (art. 6.1 Reglamento 805/2004). Para expedir esta certificación el tribunal comprobará que concurren los requisitos establecidos en el art. 6.1 Reglamento 805/2004.

Entre esos requisitos destacan los establecidos para garantizar que haya sido respetada una contradicción efectiva. Este respeto no es dudoso si la resolución que impone el deber de pago tiene como base un allanamiento expreso (art. 3.1, a Reglamento 805/2004). Pero si su fundamento son allanamientos presuntos o tácitos o figuras próximas a los mismos (art. 3.1, b y c Reglamento 805/2004), es necesario que el deudor haya tenido un conocimiento suficiente de la reclamación y unas posibilidades efectivas de defensa. Los arts. 12 al 19 Reglamento 805/2004 regulan con detalle las garantías mínimas para que el tribunal que ha de extender la certificación pueda entender que ha sido así.

2º) Transacciones judiciales

El título ejecutivo europeo se integra, en este caso, por la transacción judicial que tenga eficacia ejecutiva en el Estado de origen (arts. 3.1, a y 24.1 Reglamento 805/2004) y por la certificación de la misma como título ejecutivo europeo, emitida por el tribunal ante el que se haya concertado o formalizado la transacción (art. 24.1 Reglamento 805/2004).

La emisión de la certificación no depende, en este caso, de los requisitos del art. 6.1 Reglamento 805/2004 (art. 24.3 Reglamento 805/2004), sino sólo de la naturaleza (pecuniaria) de la prestación y de la eficacia ejecutiva de la transacción según el Derecho interno.

3º) Documentos públicos con fuerza ejecutiva

La integración del título ejecutivo europeo es similar a la del supuesto de transacciones judiciales, con las diferencias de que el documento no ha sido creado por un órgano jurisdiccional y en un proceso, sino por los órganos habilitados por el Derecho interno para autorizar documentos con eficacia ejecutiva, y de que la certificación como título ejecutivo europeo corresponderá al órgano que determine el Derecho interno (art. 25 Reglamento 805/2004).

Requisito formal subsanable es el de la traducción del certificado al título ejecutivo europeo si aparece redactado en lengua no oficial en el Estado de ejecución o no admitida por este Estado para la eficacia del certificado mencionado (art. 20.2, c Reglamento 805/2004).

c') Actividad procesal de ejecución del título ejecutivo europeo

La efectividad del título ejecutivo europeo en el Estado miembro de ejecución no requiere ninguna actividad procesal previa para su reconocimiento o concesión de exequátur (arts. 1, 5, 24.2 y 25.2 Reglamento 805/2004).

De manera coherente con esa norma básica:

1º) El tribunal competente del Estado miembro de ejecución resuelve sobre la demanda de ejecución de un título ejecutivo europeo con los mismos poderes que el Derecho interno le confiere para pronunciarse sobre un título ejecutivo de Derecho interno (arts. 20.1 y 3, 24.3 y 25.3 Reglamento 805/2004).

Los requisitos de los que depende la creación del título ejecutivo europeo pueden ser examinados y, en su caso, revisados por el tribunal (u otro órgano competente) del Estado en que se ha creado el título ejecutivo europeo (arts. 6 y 10 Reglamento 805/2004). Además desaparece la potestad de revisión en cuanto al fondo de la resolución o acto certificado como título ejecutivo europeo (arts. 21.2, 24.3 y 25.3 Reglamento 805/2004), incluso en los estrechos límites de la cláusula de contrariedad al orden público del Estado de la ejecución, que sigue estando prevista en el art. 31 del Reglamento 44/2001.

2º) La actividad procesal (demanda, resolución sobre el despacho de ejecución, eventual oposición y desarrollo de la actividad ejecutiva) se rige por las mismas normas que regulan la de los títulos ejecutivos de Derecho interno del Estado de la ejecución. Por lo tanto, en Derecho español las normas aplicables serán distintas según el título ejecutivo europeo sea jurisdiccional o no jurisdiccional. Pero, en todo caso, no serán aplicables las posibilidades de impugnación que hemos considerado al tratar del Reglamento 44/2001. No obstante, el Reglamento 805/2004 establece algunos supuestos especiales de crisis del proceso de ejecución.

La incompatibilidad de la resolución certificada como título ejecutivo europeo con otra resolución (sobre el mismo objeto y eficaz entre las mismas partes) que ya tenga eficacia ejecutiva en el Estado de ejecución (art. 21.1 Reglamento 805/2004) podrá hacerse valer como motivo de oposición de fondo a la ejecución con arreglo al Derecho español.

La resolución, transacción o documento público pueden ser impugnados en el Estado de origen y la decisión de tales impugnaciones puede determinar la extinción o la modificación del título ejecutivo europeo que fue creado en ese Estado (arts. 23, párrafo primero, 24.3 y 25.3 Reglamento 805/2004). El ejecutado puede, alegando y

acreditando ante el tribunal que dirige la ejecución la pendencia de estas impugnaciones, conseguir que la ejecución sea suspendida o que su continuación sea condicionada a la constitución de una caución por el ejecutante (art. 23, párrafo segundo Reglamento 805/2004).

b) Régimen del título ejecutivo formado en el proceso monitorio europeo (Reglamento 1896/2006)

El Reglamento (CE) nº 1896/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, por el que se establece un proceso monitorio europeo, dispone un régimen algo diferente al que hemos visto en el anterior apartado b, aunque las diferencias afectan más a la parte de la regulación que no se refiere a la actividad ejecutiva, sino a una actividad previa que, si termina con pago o con oposición del demandado, no conducirá a la ejecución.

En cuanto a esa actividad previa, el Reglamento 1896/2006 regula un proceso, con arreglo a la técnica monitoria, para la reclamación de créditos dinerarios, con ciertas características, entre personas con domicilio o residencia habitual en diferentes Estados miembros (arts. 7 al 18 del Reglamento 1896/2006). No se limita, como el Reglamento 805/2004, a tomar como base para la creación de un título ejecutivo la falta de discusión de una deuda en el contexto de un procedimiento judicial de un Estado miembro, sino que regula un proceso específico que, aunque puede tener otro final, normalmente conducirá a constituir un título ejecutivo: el «requerimiento europeo de pago ejecutivo». Esta actividad es procesal declarativa, pero importa convalida porque de su realización válida y eficaz depende la constitución de este título ejecutivo específico.

De ejecución puede hablarse desde que ese título ejecutivo ha sido constituido y se trata de hacerlo efectivo ante los tribunales de otro Estado miembro de la Unión (art. 16 del Reglamento 1896/2006). El régimen de esta ejecución es, como regla muy general, el mismo que el de los títulos ejecutivos formados en el Estado ante cuyos tribunales se pide la ejecución (art. 21.1 del Reglamento 1896/2006), lo que comporta, principalmente, que no requiere ningún exequátur (art. 19 del Reglamento 1896/2006).

Existen, no obstante, algunas especialidades:

1º) El título ejecutivo tiene sus características específicas, diferentes a las de los títulos «nacionales». Consiste en un conjunto de actuaciones, que incluyen: el requerimiento de pago, con arreglo al procedimiento previsto en el Reglamento 1896/2006, de un crédito pecuniario, líquido, vencido y exigible, la falta de pago y de oposición del demandado dentro de un plazo y la declaración formal de ejecutividad que, con fundamento en la constatación de todos los requisitos anteriores, realiza el juez que hubiera conocido del proceso monitorio europeo (arts. 21 y concordantes del Reglamento 1896/2006).

2ª) El tribunal competente para la ejecución tiene unos poderes específicos de examen del título que ha de ejercer al resolver sobre el despacho de ejecución (art. 22 del Reglamento 1896/2006) y que son similares a los que se le atribuyen en el régimen del título ejecutivo europeo por créditos no impugnados.

3ª) El ejercicio por el ejecutado –ante el tribunal que formó el título, no ante el que está conociendo de la ejecución– de la facultad excepcional de revisión del título ejecutivo prevista por el art. 20 del Reglamento 1896/2006 –cuya ratio se relaciona con una posible indefensión, por la forma de comunicación del requerimiento de pago–, puede afectar al desarrollo de la ejecución (limitación de la actividad ejecutiva a actos de aseguramiento, subordinación de la misma a prestación de caución por el ejecutante, suspensión de la ejecución) hasta que sea resuelto el incidente de revisión (art. 23 del Reglamento 1896/2006).

Capítulo 30

MANUEL ORTELLS RAMOS

RESUMEN. –LAS PARTES.–A) Matizaciones al concepto de parte.–B) La calidad de tercero y los medios para su protección frente a la afectación por la actividad ejecutiva.–C) Capacidades para ser parte, de actuación procesal y de postulación.–LA LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES.–A) Regla general sobre la legitimación.–B) Extensión de la calidad de legitimados a otras personas y entidades, además de las que aparecen como demandadores en el título.–C) Reconocimiento de la calidad de legitimado a otras personas, por sucesión de quienes constan en el título ejecutivo.–EL TRIBUNAL, SUS AUXILIARES Y COLABORADORES.–A) Jurisdicción y competencia.–B) Funciones del tribunal y de sus auxiliares.–C) Colaboradores del Tribunal.–LA DEMANDA EJECUTIVA.–A) Clases de demanda ejecutiva.–B) Requisitos de la demanda ejecutiva y carga de acompañamiento de documentos.–EL AUTO SOBRE EL DESPACHO DE EJECUCIÓN.–A) ¿Qué puede (y debe) examinar el tribunal para resolver sobre el despacho de ejecución?.–B) No emisión del despacho de ejecución.–C) Despacho de ejecución.–OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN.–A) Oposición por defectos procesales: causas, procedimiento y efectos de su planteamiento y resolución.–B) Oposición declarativo separado de la ejecución.–MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN LA EJECUCIÓN ESPECIAL, LOS RECURSOS.–A) Modalidades de medios de impugnación en la ejecución.–B) Los recursos en la ejecución.–ACUMULACIÓN DE EJECUCIONES.–TERMINACIÓN DE LA EJECUCIÓN.–CRISIS DEL PROCESO DE EJECUCIÓN.

LAS PARTES

Aunque en el proceso de ejecución ha de afirmarse –como explicamos en el capítulo anterior– la existencia de partes, el régimen de éstas presenta importantes diferencias respecto del proceso de declaración.

A) MATIZACIONES AL CONCEPTO DE PARTE

Según el artículo 538.1 LECiv, «son parte en el proceso de ejecución la persona o personas que piden y obtienen el despacho de la ejecución y la persona o personas frente a las que ésta se despacha». Esto muestra, de entrada, un importante matiz a la concepción de parte como la persona o entidad que interpone y frente a la que se interpone una pretensión procesal. La ley requiere, sobre todo para la parte ejecutada, que la ejecución haya sido despachada frente a ella.

Esto se debe a la naturaleza de la actividad procesal que se desarrolla en la ejecución. Esa actividad no consiste en debatir sobre si una pretensión procesal es o no conforme a Derecho, sino en llevar a la práctica el deber de prestación impuesto en el título, invadiendo para ello la esfera jurídica del ejecutado. El estatuto de la parte procesal –conjunto de situaciones jurídicas (activas y pasivas) establecido por la ley procesal– comporta, en el proceso de ejecución, principalmente unas situaciones de poder –para el ejecutante– y unas situaciones de sujeción –para el ejecutado–, que el ordenamiento entiende legítimo asignar sobre la simple base de una afirmación y de una petición.

No obstante, el concepto de parte en el proceso de ejecución continúa siendo un concepto ligado a una realidad procesal, porque partes no son el acreedor y el deudor –o, más ampliamente, quien tenga derecho a la prestación y el deber de realizarla– según el Derecho privado, sino quienes, principalmente por lo que consta en el título ejecutivo, pueden obtener la ejecución y quedan sujetos a ella.

Las personas que se hallan en esta condición pueden no coincidir con los titulares del derecho y el deber según el Derecho privado por una doble razón.

1º) Porque el Derecho privado no les atribuye un deber, sino una responsabilidad para el caso de incumplimiento del deber de otro (por ejemplo, art. 538.2 2º y 3º LECiv).

2º) Sobre todo porque es posible que el deber de prestación impuesto por el título no subsista, según el estado de hechos y el Derecho material, sin que ello sea obstáculo para que se dicte el despacho de ejecución, contra el que el ejecutado tendrá necesidad de reaccionar con una oposición de fondo (arts. 556-558 LECiv) acudiendo a un proceso declarativo (art. 564 LECiv).

La ley tiene una concepción realista de la situación de quedar sujeto a la ejecución, como atributiva de la condición de parte ejecutada: la persona que no siendo formalmente ejecutada –porque frente a ella no se ha despachado la ejecución al amparo del art. 538.2.2º y 3º LECiv– está siendo tratada como ejecutada –es decir, se ejecuta sobre sus bienes a conciencia de ello, no por el juicio erróneo de que los bienes pertenecen a otra persona formalmente ejecutada– puede «utilizar los medios de defensa que la ley concede al ejecutado» (art. 538.3 LECiv). Es decir, dado que –tal vez por error del tribunal– la persona padece las situaciones de sujeción características de la condición de parte ejecutada, la ley le reconoce las situaciones activas también propias de esa condición.

B) LA CALIDAD DE TERCERO Y LOS MEDIOS PARA SU PROTECCIÓN FRENTE A LA AFECTACIÓN POR LA ACTIVIDAD EJECUTIVA

Tercero es quien no ha pretendido el despacho de ejecución, ni se halla sujeto a la ejecución.

El tercero, manteniéndose como tal, puede experimentar en sus derechos e intereses efectos desfavorables producidos por la actividad ejecutiva.

Por ejemplo: en una ejecución dineraria se embarga un bien por estimarse que el ejecutado, cuando verdaderamente pertenece a un tercero; o el tercero titular de un derecho de crédito preferente según el Derecho material observa cómo el ejecutante se le adelanta en el cobro; o el bien embargado o hipotecado es transmitido por el ejecutado a un tercero; en una ejecución de prestaciones de dar, el ejecutante ha transmitido la cosa a un tercero o ha constituido en su favor derechos sobre ella.

La protección que el ordenamiento dispensa al tercero frente a una afectación ilegítima por la actividad ejecutiva desarrollada entre otros es muy limitada.

a) Medios generales de protección

Con carácter general, la regla de que el título ejecutivo delimita el ámbito subjetivo de la ejecución (art. 538.2 LECiv), aunque con las excepciones legales que veremos, es un importante medio de protección pasiva de los terceros. Si, quebrantando esa regla y sus excepciones legales, la ejecución se dirige frente a una persona, ya hemos visto que la ley le confiere los mismos medios de defensa que a la parte ejecutada, con vistas a conseguir la extinción de la ejecución frente a él.

Fuera de este supuesto, la ley no prevé un medio general de protección del tercero, sino que establece medios aplicables en supuestos específicos.

b) Medios específicos de protección

Son muy diversos, pero podemos clasificarlos en atención al interés del tercero que resulta protegido.

a) Interés en obtener los resultados derivados de la ejecución o de participar en los mismos

Si los consumidores y usuarios afectados no hubieran sido designados nominalmente en sentencia de condena obtenida por una asociación, pueden instar que se constate que concurren en ellos las características que la sentencia ha debido fijar para tener derecho a las prestaciones que establece, con lo que podrán intervenir en la ejecución instada por la asociación (arts. 221, 519 LECiv).

El acreedor titular de un crédito preferente cuenta con la tercería de mejor derecho para conseguir que la cantidad recaudada en la ejecución se destine a satisfacer su crédito de modo prioritario al del ejecutante (art. 613.1 y 2 LECiv; véase Cap. 32).

b) *Interés en evitar o reducir daños derivados de la actividad ejecutiva*

El tercero cuyos bienes sean embargados, por error, como propios del ejecutado, dispone de unos medios de protección preventivos (art. 593.1 LECiv) y también de la tercería de dominio (arts. 595, 604 LECiv), con la que puede conseguir liberar el bien de la ejecución.

Terceros ocupantes de un inmueble adjudicado en la realización forzosa (art. 675 LECiv) o que deba ser entregado en una ejecución por prescripción de dar (art. 704.2 LECiv), pueden ser titulares de derechos oponibles al ejecutante y pueden hacerlos valer por los medios que regulan los artículos citados, que permiten evitar su desalojo.

En la ejecución dineraria, los acreedores posteriores al crédito del ejecutante tienen interés en que se obtenga el mayor precio de la realización forzosa de los bienes embargados, para que el sobrante sea destinado al pago de sus créditos. Esto justifica su intervención en la valoración de los bienes (art. 639.4 LECiv), en el convenio de realización (art. 640 LECiv) y en la fijación de las condiciones del encargo de venta a persona o entidad especializada (art. 641.3 LECiv).

C) **CAPACIDADES PARA SER PARTE, DE ACTUACIÓN PROCESAL Y DE POSTULACIÓN**

No hay especialidades en cuanto a las capacidades para ser parte y de actuación procesal, ni en el aspecto de la atribución o reconocimiento de tales capacidades, ni en la norma básica de su tratamiento procesal (art. 8 LECiv: examen de oficio), aunque ese tratamiento se instrumenta proceduralmente de modo distinto al proceso de declaración.

La capacidad de postulación presenta alguna especialidad de importancia. Específicamente:

1º) Subsiste el carácter preceptivo de la representación mediante procurador y la asistencia de abogado como regla general (art. 539.1 LECiv).

2º) Se modifica la excepción más amplia a esa regla, en el sentido de que las intervenciones de esos profesionales no son facultativas en cualquier ejecución de cuantía no superior a novecientos euros (RD 1417/2001, de 17 de diciembre), sino sólo en el caso de que, además, se trate de títulos judiciales de los tribunales españoles –incluidos los títulos ejecutivos constituidos en procesos de estructura monitoria– (art. 539.1 LECiv). Consiguientemente en la ejecución de otra clase de títulos, cualquiera sea su cuantía, la intervención es siempre preceptiva.

3º) No obstante, en cuanto a la actuación del ejecutado –y la correlativa exigencia de personación y de postulación– hay que distinguir:

– La realización de diversos actos necesarios para el desarrollo de la actividad ejecutiva (requerimientos diversos de pago y de cumplimiento, de manifestación de bienes, etc.) y de los actos de cumplimiento de lo dispuesto en el título, tiene lugar sin necesidad de que el ejecutado integre su capacidad de postulación y se persone.

– El cumplimiento de los requisitos de postulación y personación es necesario –en los términos vistos– para el aprovechamiento de las posibilidades defensivas. Y esto en un doble sentido: sólo si se persona se le notificarán las resoluciones y actos que le afecten (art. 553.2 a contrario LECiv: sólo en tal caso) –es decir, si se persona– se entenderán con él las ulteriores actuaciones; sólo si tiene debidamente integrada la postulación se admitirá el acto que realice. Hay excepciones legales expresas: el ejecutado puede hacer valer mediante comparecencia la nulidad de un embargo recaído sobre bienes inembargables, si no quiere personarse (art. 609 LECiv).

LA LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES

Quién puede obtener tutela ejecutiva por una determinada prestación y frente a quién se puede obtener esa tutela lo determina, por regla general, el título ejecutivo (art. 538.2 LECiv). El título atribuye, por regla general, la legitimación activa y la pasiva.

La legitimación tiene, en el proceso de ejecución, naturaleza procesal, principalmente porque los efectos jurídicos de la misma consisten en facultar a alguien a obtener frente a alguien una actividad de naturaleza procesal, como es la actividad ejecutiva, pero también porque el presupuesto de esas atribuciones es procesal –el título ejecutivo–.

Examinaremos, a continuación, esa regla general y sus excepciones.

A) **REGLA GENERAL SOBRE LA LEGITIMACIÓN**

Está legitimado activamente, como ejecutante, la persona o entidad que «aparezca como acreedor en el título ejecutivo» (art. 538.2 LECiv).

Quien simplemente aparece como deudor no está legitimado para obtener el despacho de ejecución. Otra cosa es que tenga el deber de cumplir y que pueda tener hasta interés en hacerlo. Pero la satisfacción de ese interés no hace necesario que pueda instar la ejecución, sino que pueda (jurídicamente) realizar el cumplimiento, lo que es indudable que puede hacer con sólo leer el artículo 536.1 LECiv. El problema, sin embargo, consiste en que este cumplimiento, aunque asegure el éxito de la oposición (art. 536.1 LECiv), no evita el despacho de ejecución. El intento de

evitar esto es lo que conduce a buscar formas de cumplimiento «coram iudice» que aparentan una ejecución a instancia del ejecutado.

En los títulos consistentes en resoluciones jurisdiccionales o arbitrales de condena, es acreedor quien haya obtenido un pronunciamiento de condena a su favor (véase el art. 526, párr. 1º LECiv), no quien simplemente aparezca en la resolución o laudo como acreedor de una prestación. En el caso de la STS 4 de octubre de 1976 (RJ 1976, 3872), la sentencia se dictó a demanda de una sociedad, declarando ejercitada por la misma la opción de compra de un solar y condenó al demandado a otorgar la escritura pública de venta. Una parte del precio (8 millones de pesetas) estaba pendiente de pago y, en cierto momento, al comprador no le interesó la compra porque el solar se había depreciado. El vendedor condenado insistió en la ejecución pidiendo el embargo por los ocho millones, lo que le fue concedido. A mi juicio la solución es incorrecta porque la sentencia no tenía pronunciamiento de condena al pago de cantidad —lo que hubiera exigido reconvenición—. No hay duda, sin embargo, de que la ejecución de la sentencia a instancia del comprador depende del cumplimiento previo o simultáneo de la obligación de pago del precio.

La legitimación pasiva, como ejecutado, corresponde, como regla general, a «quien aparezca como deudor en el mismo título» (art. 538.2.1º LECiv).

Forma parte de esta regla general la aclaración que hace la ley sobre la posición de los deudores solidarios. Éstos sólo podrán ser ejecutados si aparecen como deudores en un título judicial (por haber sido demandados y condenados) o extrajudicial (art. 542.2 LECiv).

En títulos extrajudiciales, los deudores solidarios también podrán ser ejecutados, aunque no aparezcan como deudores en el mismo título por el que se procede, si aparecen como deudores en otro documento que acredite la solidaridad (en cuanto a la deuda por la que se procede) y lleva aparejada ejecución (art. 542.1 y 2 LECiv). La ampliación de la eficacia subjetiva del título deriva de una suma de títulos ejecutivos.

A mi juicio estas disposiciones sobre deudores solidarios han de entenderse sin perjuicio de las disposiciones especiales que les asignan, en específicos supuestos de solidaridad, otro tratamiento.

Otra aclaración: que se pueda pedir el despacho de ejecución, por el importe total de la deuda, frente a cada uno de los deudores solidarios (art. 542.3 LECiv) y que se deba despachar, no significa que se puedan embargar bienes de cada uno por la totalidad de la cantidad ejecutada. Lo primero es coherente con la naturaleza de la solidaridad; lo segundo es irracional y además está prohibido por el artículo 534 LECiv, según el cual «no se embargarán bienes cuyo previsible valor exceda de la cantidad por la que se haya despachado ejecución, salvo que en el patrimonio del ejecutado sólo existieren bienes de valor superior a esos conceptos y la afección de dichos bienes resultare necesaria a los fines de la ejecución».

Las Administraciones públicas pueden tener, sin duda, en función de lo que establezca el título ejecutivo y lo que resulte de las posibilidades legales de extensión de su eficacia, la condición de legitimados pasivos en la ejecu-

ción. No están exentas de la potestad jurisdiccional ejecutiva, aunque su sujeción a la misma presenta diversas especialidades, que persiguen hacerla compatible con las funciones que tiene constitucionalmente atribuidas la Administración y con el principio de legalidad presupuestaria. Las especialidades de la ejecución frente a Administraciones Públicas están reguladas de modo suficiente en la ejecución por prestaciones dinerarias (art. 30 Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, art. 23 Ley 47/2003, de 26 de diciembre, General Presupuestaria, art. 134.2 Ley de Haciendas Locales). Su regulación es, en cambio, deficiente en caso de ejecución no dineraria, cuya indudable posibilidad olvidan las disposiciones que acabo de citar.

Esta regla general tiene las excepciones que se analizan en los siguientes apartados B y C.

B) EXTENSIÓN DE LA CALIDAD DE LEGITIMADOS A OTRAS PERSONAS Y ENTIDADES, ADEMÁS DE LAS QUE APARECEN COMO DEUDORES EN EL TÍTULO

La ampliación de legitimados puede producirse tanto en la posición de ejecutante, como en la de ejecutado.

a) Por extensión de la legitimación activa

Es el caso previsto en el artículo 519 LECiv: «cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución». Este auto integra el título ejecutivo para estos ejecutantes. Sin obtenerlo previamente no pueden conseguir el despacho de ejecución (art. 551.1 LECiv: irregularidad formal del título).

b) Por extensión de la legitimación pasiva

a) *Personas no deudoras según el título, cuyos bienes responden, directa o subsidiariamente, de la deuda incorporada al título ejecutivo*

Se trata del supuesto del artículo 538.2.2º LECiv, que plantea, principalmente, tres problemas:

1º) Determinar los supuestos en que existe esa responsabilidad, que, según el artículo, puede establecerlos la ley o ser creados por vía negocial.

2º) Determinar el carácter directo o subsidiario de la responsabilidad y, en el segundo caso, la prueba de la insolvencia del deudor, como presupuesto de la ejecución contra el responsable.

3º) Acreditamiento de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a los efectos del despacho de la ejecución.

Examinaremos estas cuestiones en los principales supuestos de extensión de responsabilidad.

1º) Respecto a los socios, miembros o gestores de entes sin personalidad, que hayan actuado en el tráfico a nombre de la entidad, la responsabilidad tiene origen legal y la establece el artículo 544.1 LECiv (para la responsabilidad del socio, grupo de la sociedad mercantil irregular véase art. 120 CCom). Es de carácter directo. Es necesario acreditar cumplidamente, a juicio del tribunal, la condición subjetiva de la persona y su actuación por la entidad; tal acreditamiento ha de producirse con la demanda de ejecución y resolverse sobre él en el auto despatchando ejecución, con lo que únicamente sólo es posible un acreditamiento documental (art. 550.2 LECiv), por lo que la ley no prevé una comparecencia con posibilidad de otra clase de prueba (como, por ejemplo, en art. 540.3 LECiv). Si se despacha la ejecución cabrá oposición a la ejecución por falta de carácter.

2º) Entidades componentes de uniones y agrupaciones temporales de empresas. El origen de la responsabilidad puede ser legal o negocial y la circunstancia atributiva de la misma consiste en haberse establecido la responsabilidad solidaria respecto de los actos de la unión o agrupación. Son supuestos de origen legal el de los socios de las agrupaciones de interés económico por las deudas de la agrupación (art. 5.1 Ley 12/1991, 29 de abril); en el caso de uniones temporales de empresas, regidas por la Ley 18/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y uniones temporales de empresas y de sociedades de desarrollo regional, el artículo 8.8 dispone que «La responsabilidad frente a terceros por los actos y operaciones en beneficio del común, que será en todo caso solidaria e ilimitada para sus miembros». La responsabilidad puede ser directa o subsidiaria; aunque parece que según el artículo 543.2 LECiv el carácter directo es la regla general, mientras que el subsidiario requiere expresa disposición legal. Ha de acreditarse con documentos acompañados a la demanda ejecutiva (normalmente certificación de asientos del Registro Mercantil—arts. 264-269 RRM—); que serán enjuiciados en el auto de despacho de ejecución, con posibilidad, en su caso, de oposición por falta de carácter.

3º) Cónyuge no deudor (en el sentido de que él no ha realizado el negocio, acto o hecho constitutivo de la deuda, y, por tanto, no es necesario que haya debido ser demandado, ni condenado) pero cuyos bienes gananciales responden de la deuda establecida en el título ejecutivo. Es una responsabilidad de origen legal (art. 541.2 LECiv y arts. 1362, 1365, 1366, 1368-1370 CC). Los hechos necesarios habrán de alegarse y acreditarse por documentos acompañados a la demanda ejecutiva y serán enjuiciados en el auto de despacho de ejecución, contra el que cabrá la especial causa de oposición de que la sociedad de gananciales no responde legalmente de esa deuda (art. 541.1 LECiv). Esto revela que no es necesario demandar en el juicio declarativo al cónyuge cuya conducta o voluntad no haya dado lugar al nacimiento de la deuda. Pero también ha de concluirse que ha podido ser demandado como cotitular del

patrimonio responsable y, en tal caso, la causa especial de oposición a la ejecución debería entenderse precluida si no se hizo valer en el declarativo. El supuesto del artículo 541.3 LECiv es completamente distinto al del apartado 2, que acabamos de ver.

4º) Socios de sociedad mercantil colectiva. La responsabilidad es de origen legal, en los artículos 127 y 237 CCom (tratamiento que también corresponde a la sociedad irregular en el proceso de formación de la sociedad anónima—art. 16.2 LECiv). Es responsabilidad subsidiaria respecto de los bienes de la sociedad, según el artículo 237 CCom. Ha de acreditarse con la demanda ejecutiva y enjuiciarse en el auto despatchando ejecución; el acreditamiento es documental y lo facilitará el Registro Mercantil (certificación del asiento: art. 209 RRM).

5º) Socios de una sociedad comanditaria simple. Su responsabilidad tiene origen legal en el artículo 148 CCom. El resto del régimen es igual que en la sociedad comanditaria. La situación determinante de la responsabilidad se acreditará con certificación del asiento del Registro Mercantil (art. 210 RRM).

6º) Accionistas administradores en la sociedad comanditaria por acciones. La responsabilidad la establece el artículo 151 CCom, que equipara estos accionistas a los socios colectivos. Los demás accionistas responden hasta el límite de las aportaciones comprometidas. Se acredita con certificación de asientos del Registro Mercantil (arts. 114, 213, 214 RRM).

7º) Los supuestos de origen negocial no pueden, obviamente, catalogarse. En estos supuestos la clave está en el requisito formal de afianzamiento en documento público (art. 538.2.2º LECiv). Hay que advertir que documento público no equivale a documento fehaciente, sino que es un tipo más restringido. Por otra parte, aunque la disposición no exprese esta limitación, alguna doctrina entiende que esta extensión sólo es posible si el título ejecutivo-base es de naturaleza negocial.

8º) Supuesto dudoso es el de los propietarios, respecto de las deudas por las que figura como ejecutada la comunidad de propietarios de edificio en propiedad horizontal. La regulación está en el artículo 22 LPH. Si el artículo se interpreta como requiere el apartado 1, los propietarios habrán de haber sido también demandados en el proceso declarativo. Si así ha sido y han sido condenados, no hay una situación distinta a la de deudor según el título. Sin embargo, aunque así sea, los propietarios no son condenados al pago de la concreta deuda; sino que es condenada la comunidad. El título se ejecutará, subsidiariamente, contra los copropietarios, previo requerimiento y en la cuantía por la que sean deudores de cuotas a la comunidad en el momento del requerimiento. Si se entiende que es necesario que el presidente o la junta distribuyan la deuda entre los copropietarios, la solución práctica puede ser pedir en el declarativo condena a adoptar el correspondiente acuerdo, que podrá ser tenido por adoptado según el artículo 708.1 LECiv y los copropietarios convertidos en deudores por su cuota. A partir de ahí el mecanismo del artículo 22 LPH puede ser útil.

b) *Personas no deudoras según el título, pero propietarias de un bien que está afecto a la satisfacción de la deuda incorporada al título ejecutivo*

En estos casos no está sujeto a la ejecución todo el patrimonio del tercero, sino sólo los bienes afectos por ley o en virtud de negocio acreditado «mediante documento fehaciente» (art. 538.2.3º LECiv).

Los principales supuestos son los siguientes:

1º) Adquirente de un piso o local en régimen de propiedad horizontal, que responde con ese bien de las cuotas por deudas de gastos comunes de la anualidad en curso y de la anualidad anterior (art. 9 LPH).

2º) Titulares del dominio de las fincas resultantes de un expediente urbanístico de reparcelación, que responden de los gastos de urbanización (arts. 19 y 20 Real Decreto 1093/1997, que aprueba normas complementarias al RH sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística).

3º) Tercer poseedor de los bienes embargados (arts. 587, 595.1 y 662 LECiv).

4º) Tercer poseedor de los bienes hipotecados o dados en prenda (art. 600 LECiv).

C) RECONOCIMIENTO DE LA CALIDAD DE LEGITIMADO A OTRAS PERSONAS, POR SUCESIÓN DE QUIENES CONSTAN EN EL TÍTULO EJECUTIVO

Junto a la legitimación originaria que resulta del propio título, cabe una legitimación derivativa por transmisión «mortis causa» o «inter vivos» del derecho y del respectivo deber incorporado al título ejecutivo (art. 540 LECiv).

Esto suscita problemas de dos clases: la cuestión de fondo de la transmisión y de la posición del adquirente respecto de la ejecución; la cuestión del acreditamiento de la transmisión.

En el primer aspecto –del que no se ocupa la LECiv– hay que distinguir:

1º) La transmisión «mortis causa» no plantea más problemas que los derivados de la prueba de la sucesión (testamento o declaración de herederos «ab intestato») y del modo de aceptación de la herencia (aceptada a beneficio de inventario, la sucesión en la posición de ejecutado deja limitada la responsabilidad del heredero a los bienes de la herencia –art. 1023 CC–; aceptada pura y simplemente la sucesión en la posición de ejecutado implica la extensión de la responsabilidad a todo el patrimonio del heredero –art. 1003 CC–). También debe tenerse en cuenta que, habida cuenta de la capacidad para ser parte de la herencia yacente, la sucesión puede producirse en esta entidad y no en los herederos.

2º) En la transmisión «inter vivos» hay que distinguir.

Si la sucesión se produce en la posición de titular del derecho reconocido por el título ejecutivo no se plantean más problemas que los del acreditamiento de la transmisión.

Más problemática es la sucesión en la condición de sujeto pasivo del deber impuesto por el título ejecutivo. Si consiste en una obligación, la asun-

ción de la deuda por el tercero es ineficaz frente al ejecutante, salvo que éste la consienta (art. 1205 CC). Si la sucesión se produce en caso de título que impone dar una cosa, por haber sido transmitida la cosa a tercero, salvo que el ejecutante pueda obtener la cosa procediendo sólo contra el condenado (por tener, por ejemplo, una medida cautelar de anotación preventiva de demanda), al ejecutante le interesa obtener la declaración de sucesión del tercero, pero éste puede defenderse con las normas que protegen las adquisiciones de terceros de buena fe (arts. 464 CC, 85 CCom. 34 y 37 LH).

En el segundo aspecto (acreditamiento de la transmisión), el artículo 540 LECiv se remite, en principio, a documentos fehacientes que demuestren la sucesión –que serán aportados con la demanda ejecutiva y podrán ser valorados como suficientes en el auto despachando la ejecución–. Si no son suficientes, establece una comparecencia –tendrá que ser con prueba, no sólo con debate– con una resolución sobre la sucesión que completará el título ejecutivo. La resolución estimatoria de la sucesión lo es sin perjuicio de oposición, aunque si se dictó tras comparecencia, los motivos de oposición que el ejecutado no hizo valer en la misma deberían precluir. Si la sucesión es desestimada la cuestión puede plantearse en el juicio declarativo que corresponda.

EL TRIBUNAL, SUS AUXILIARES Y COLABORADORES

La tutela judicial ejecutiva ha de ser otorgada por un tribunal (art. 5.1 LECiv), el cual, para este fin, es investido de diversas potestades y funciones, cuyo ejercicio requiere, en ocasiones, la actuación de auxiliares y colaboradores del tribunal.

Para desempeñar tales potestades y funciones el tribunal ha de ser competente de acuerdo con la ley (art. 5.2 LECiv).

A) JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

Hay que distinguir, por un lado, el régimen de la atribución de asuntos –aquí el asunto es la ejecución de un cierto título– a los tribunales, específicamente a los del orden civil y a alguno de entre todos ellos, y, por otro lado, el examen procesal de la aplicación concreta de esas normas atributivas.

a) Atribución

La atribución a un determinado tribunal de un cierto asunto ejecutivo se realiza de dos modos diferentes, aplicables según ciertas características del título ejecutivo.

a') *Mediante una norma de competencia funcional*

La ley aplica esta técnica si el título ejecutivo ha sido creado por el pronunciamiento de un tribunal español del orden civil, o con cierta intervención del mismo.

Específicamente es el caso de los títulos ejecutivos que, en el Capítulo 29, van ganos como TE-1, TE-2, TE-3, TE-4, TE-5, TE-6, TE-7, TE-8, TE-10, TE-11 y TE-12.

En este caso se atribuye el conocimiento de la ejecución al tribunal que hubiera dictado el pronunciamiento (art. 61 LECiv) o realizado la intervención, y, si varios tribunales hubieran ejercitado su potestad en el proceso en el que se ha formado el título, se atribuye la ejecución a uno de entre ellos.

En este sentido, dispone el artículo 545.1 LECiv que «será competente para la ejecución de resoluciones judiciales y de transacciones y acuerdos judicialmente homologados o aprobados el tribunal que conoció del asunto en primera instancia o el que homologó o aprobó la transacción o acuerdo».

La interpretación del último inciso es algo problemática. Salvo que se refiera al supuesto de los actos de conciliación con avenencia —respecto de los cuales no puede hablarse de instancias— (art. 476 LECiv/1881, en vigor), habría que entender que podrían serlo tribunales que hubieran conocido del asunto en recurso, si la transacción hubiera tenido lugar ante ellos. Me inclino por lo primero. La interpretación es: si ha habido instancias y recursos es competente el tribunal que hubiera conocido de la primera instancia. Si no las ha habido —como ocurre si se ha celebrado conciliación con avenencia—, el tribunal que aprobó u homologó el acuerdo.

A pesar de la precisa atribución del asunto (a un tribunal determinado) a la que da lugar esta norma de competencia, el asunto puede no corresponder a la jurisdicción en dos supuestos:

1º) Si el titular del deber de prestación según el título goza de inmunidad de jurisdicción o de ejecución (art. 36.2.1ª LECiv; véase Cap. 8). La especial posición de las administraciones públicas cuando tienen la condición de ejecutadas (baso, por ahora, citar el art. 44 LCP, que prohíbe a los tribunales despachar ejecución contra bienes de la Hacienda Pública) no es una inmunidad frente a la potestad jurisdiccional ejecutiva.

2º) Si algún aspecto derivado de la ejecución de la sentencia ha sido sometido por las partes a arbitraje la parte interesada puede conseguir que el tribunal se abstenga de conocer del mismo por falta de jurisdicción (art. 39 LECiv).

Por otra parte, según el artículo 98 LOPJ, el CGPJ puede adoptar un acuerdo por el que, en las sedes de varios Juzgados de la misma clase, uno o varios de ellos asuman, con carácter exclusivo, «las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate». Consiguientemente, puede darse el caso de que, tras aplicar la norma de competencia funcional que se ha expuesto antes, en la sede del tribunal competente se halle vigente un acuerdo

de esta clase, lo que dará lugar a que la competencia pase al Juzgado encargado en exclusiva de las ejecuciones.

b) *Mediante diversas normas atributivas de la jurisdicción y de la competencia en sus diversas modalidades*

Si el título ejecutivo no es de los incluidos en el apartado anterior, la determinación del tribunal competente requiere la aplicación de diversas normas, de las que el artículo 545.2 y 3 LECiv sólo considera una parte.

El artículo da por supuesto que, dados los títulos ejecutivos a los que, directamente o por remisión, se refiere la LECiv, el asunto corresponde a la jurisdicción y, específicamente, a los tribunales del orden civil.

Esto implica, de entrada, que no es una actividad ejecutiva que compete a una administración pública, lo cual es cierto porque los títulos catalogados en el Capítulo 29 no son actos administrativos que corresponda ejecutar a la propia Administración (arts. 93 al 95 LRJ-PAC), sino actos que expresan relaciones de Derecho privado. Esto puede ser dudoso en el caso de ciertos actos de órganos de la Comunidad Europea que imponen obligaciones dinerarias a personas distintas a los Estados, pero las disposiciones de los tratados atribuyen su ejecución a los tribunales civiles de los Estados (véase Cap. 29).

También implica que el asunto no está sometido a arbitraje. Evidentemente la ejecución no puede ser atribuida a árbitros, pero sí pueden serlo aspectos derivados de la ejecución de sentencias [lo decía expresamente el art. 2, a) de la antigua LArb y no está excluido por la vigente] y también la propia relación jurídica representada por un título ejecutivo, siempre que éste no sea una resolución judicial firme o un laudo. En estos casos la parte interesada ha de poder excluir la intervención de los tribunales (art. 39 LECiv).

El artículo 545.2 y 3 LECiv parte de que el asunto corresponde a los tribunales del orden judicial civil y, sobre esa base:

1º) Establece una norma de competencia objetiva que atribuye el asunto ejecutivo a los Juzgados de Primera Instancia. Esta norma, por cierto, no hace más que reproducir la regla general sobre competencia objetiva (art. 45 LECiv). Si en la población-sede del Juzgado está vigente un acuerdo del CGPJ sobre especialización en ejecución (art. 98 LOPJ) la competencia corresponderá al Juzgado al que, con carácter exclusivo, se haya atribuido la función jurisdiccional ejecutiva en el orden civil (art. 46 LECiv).

Como regla especial, si el asunto sobre el que versa la sentencia extranjera, o el laudo arbitral, nacional o extranjero, es de los atribuidos en atención a la materia a los Juzgados de lo Mercantil por el art. 86 ter.2 LOPJ, la competencia para la ejecución de aquellas resoluciones corresponderá también a los Juzgados de esta clase (art. 86 ter.2, g y 3 LOPJ).

2º) Establece normas de competencia territorial de carácter imperativo —no cabe sumisión expresa, ni tácita—, del siguiente modo:

– Si el título ejecutivo es un laudo arbitral español, la competencia corresponde a los Juzgados del lugar donde se hubiera dictado el laudo.

– Si el título ejecutivo es de cualquier otra clase, el artículo 545.3 LECiv prevé varios fueros concurrentes electivos para el ejecutante: los fueros generales de los artículos 50 y 51 LECiv según su ámbito de aplicación, el fuero del lugar de cumplimiento de la obligación según el título, el fuero del lugar donde se encuentren bienes embargables. Si hay varios ejecutados, el ejecutante puede elegir el fuero de uno de ellos como fuero para todas las ejecuciones.

Por otra parte, si hay varios Juzgados de Primera Instancia en el partido al que corresponde la competencia territorial el asunto deberá ser proporcionalmente repartido (arts. 68-70 LECiv).

b) Tratamiento procesal

Todos los criterios atributivos de jurisdicción, competencia genérica, competencias objetiva y funcional son examinables de oficio por el tribunal de acuerdo con lo que se expuso en los Capítulos 8 y 9.

También es examinable de oficio la competencia territorial, a la que la ley confiere, en la ejecución, carácter imperativo en todo caso (art. 545.3 párr. 1º al final LECiv; sin perjuicio del carácter electivo de los fueros concurrentes legalmente previstos). Pero el examen de oficio de esta atribución competencial sólo puede hacerse al resolver sobre el despacho de ejecución, no con posterioridad (art. 546 LECiv).

Si el ejecutado no está de acuerdo con el resultado de la aplicación de las normas de jurisdicción y de competencia que ha hecho el tribunal que conoce de la ejecución, puede impugnarlo mediante declinatoria, presentada ante ese tribunal en el plazo de cinco días desde la primera notificación que reciba del proceso de ejecución (art. 547 LECiv).

La declinatoria es el único medio para que el ejecutado haga valer la sumisión del asunto a arbitraje, para que el tribunal se abstenga de conocer (arts. 63.1, párr. 1º, 65.2, párr. 2º LECiv). El tribunal no puede examinar de oficio ese óbice a su jurisdicción (art. 11.1 LArb).

La tramitación de la declinatoria es la que se expuso en el Capítulo 9, pero, a mi juicio, a diferencia de lo dispuesto por el artículo 64 LECiv, la declinatoria no tiene efectos suspensivos de la ejecución.

En esta materia el artículo 565.1 LECiv es regla especial respecto al artículo 64 LECiv: tratándose de la ejecución es necesario que la ley ordene expresamente la suspensión, lo que no ocurre en el caso de la declinatoria.

II. FUNCIONES DEL TRIBUNAL Y DE SUS AUXILIARES

La actividad ejecutiva por parte del tribunal está compuesta por resoluciones y por operaciones materiales o físicas. La ley atribuye su realización al titular del órgano jurisdiccional, pero también, en algunos supuestos, a sus auxiliares, en particular al secretario judicial y al auxiliar judicial –integrados en el tribunal competente o en los servicios comunes que estén constituidos, según el art. 438 LOPJ–.

1. Funciones del juez

Al juez le está constitucionalmente reservada la potestad de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE).

Legalmente esa potestad se concreta de dos modos:

1º) Le corresponde dictar las resoluciones básicas y más importantes en el curso de la ejecución. La ley especifica cuáles son estas resoluciones con referencia a la forma que deben adoptar: autos –que se dictarán para resolver las cuestiones de la ejecución detalladas en el art. 545.4, párr. 1º LECiv, y también si una norma expresa lo dispone o lo requiere la cláusula general del art. 206.2.2º LECiv– y providencias –que se dictarán cuando se disponga expresamente por la ley (art. 545.4, párr. 2º LECiv) y cuando proceda por el art. 206.2.1º y 3 LECiv–.

2º) Le corresponde el control –es decir, el examen posterior, con posibilidad de anulación y de reforma– de las resoluciones y actos cuya realización la ley atribuye al secretario judicial (art. 224 LECiv) y al auxiliar judicial (art. 224.1.3º LECiv).

2. Secretario judicial

Además de sus funciones ordinarias de documentación, y las que le corresponden en actos de comunicación, de auxilio judicial y de auxilio a la justicia, el artículo 545.4, párrafo segundo LECiv (art. 456.3 LOPJ), las amplía en cuanto a la ordenación y tramitación del procedimiento, estableciendo que todas las resoluciones que, de acuerdo con la ley, no deban revestir forma de auto o de providencia, corresponderá dictarlas al secretario mediante diligencia de ordenación.

Al determinarse, en la ejecución, las cuestiones que pueden decidirse por diligencia de ordenación mediante una cláusula residual, se amplía el campo de aplicación de aquéllas frente a la mayor acotación que supone, en general, el artículo 223.1 LECiv.

c) Auxiliar judicial

Le corresponden específicamente determinadas operaciones físicas o materiales de cumplimiento del despacho de ejecución: «ejecución de los embargos, lanzamientos y demás actos cuya naturaleza lo requiera» (art. 478.b) LOPJ), entre los que se halla la entrada en lugares cerrados para apoderarse de bienes muebles que deban ser entregados al ejecutante (art. 701, párr. 1º LECiv).

C) COLABORADORES DEL TRIBUNAL

Puede ser necesario que ciertas personas o entidades no incardinadas orgánicamente en el tribunal, desempeñen las funciones públicas o privadas que normalmente desarrollan, con el fin de posibilitar la actividad ejecutiva en diversos aspectos de la misma.

Específicamente:

1º) Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, cuando sea necesario el uso de la fuerza (art. 549.1 a) al e) LOPJ; arts. 701.1, 704.1 LECiv).

2º) Los registradores, tanto en la ejecución dineraria –garantías de la afectación de inmuebles y ejecuciones especiales hipotecaria y pignoratícia, como en la no dineraria por prestaciones de dar (bienes muebles –art. 701.1, párr. 2º LECiv–, bienes inmuebles –art. 703.1, párr. 1º LECiv–) o de emitir una declaración de voluntad (art. 798.1 LECiv).

3º) En la ejecución dineraria, el depositario (arts. 626-628 LECiv) y el administrador judicial (arts. 630-633 LECiv), cuya función se desarrolla en la garantía de la afectación de ciertos bienes; los órganos rectores de los mercados secundarios de valores y los notarios, que se encargan de la realización forzosa de ciertos bienes embargados (art. 635 LECiv); personas y entidades especializadas que se encargan de la realización forzosa de bienes en determinados supuestos (art. 641 LECiv).

LA DEMANDA EJECUTIVA

La iniciación de la ejecución a petición de parte (art. 549.1 LECiv) es una manifestación del principio dispositivo. El título ejecutivo no da lugar de oficio a la ejecución, porque el título confiere un derecho a su titular que, de acuerdo con los principios que caracterizan la tutela jurisdiccional del Derecho privado, aquél puede ejercitar o no, o ejercitarlo sólo en parte, dentro de los límites del título. Ni siquiera cuando el título proviene de un proceso declarativo en el que se ha pretendido la condena, establece la ley que se ejecute sin especial petición, porque, como es posible que la sentencia

de condena haya sido cumplida por el condenado, la ley le deja al actor sujeta la responsabilidad de pedir la ejecución.

Argumento no principal, pero sí convincente para subordinar la ejecución a la instancia de la parte, es que ésta contrae responsabilidad por los daños y perjuicios que pueda causar con el uso ilegítimo del título ejecutivo (arts. 538.4, 561.2 LECiv).

A) CLASES DE DEMANDA EJECUTIVA

Según el artículo 549 LECiv la petición de ejecución se presentará en forma de demanda, en la que se expresarán una serie de alegaciones y de peticiones relacionadas en el apartado 1 del artículo y a la que se acompañarán unos documentos indicados en el artículo 550 LECiv.

El apartado 2 del artículo 549 LECiv establece una norma de simplificación de lo anterior para la ejecución de determinados títulos: «Si el título ejecutivo es una sentencia o resolución dictada por el tribunal competente para conocer de la ejecución, la demanda ejecutiva podrá limitarse a la solicitud de que se despache la ejecución, identificando la sentencia o resolución cuya ejecución se pretenda».

La letra del artículo limita la aplicación a las sentencias y otras resoluciones dictadas por el tribunal que conoció de la primera instancia. Esa limitación no está justificada si se atiende al fin del precepto: si la sentencia o resolución ejecutiva la ha dictado un tribunal superior en recurso o la transacción se concluyó en esa etapa, los autos son devueltos al tribunal que conoció de la primera instancia, de modo que puede solicitarse la ejecución por remisión a los mismos. En definitiva, es una forma de demanda aplicable si la competencia se atribuye por norma de competencia funcional. En cambio, si la competencia corresponde a tribunales especializados en ejecuciones (art. 98 LOPJ) esta clase de demanda no es aplicable, salvo que una disposición establezca el previo envío de los autos al tribunal especializado.

Para valorar la conveniencia de esta opción en cuanto a la forma de la demanda ejecutiva, hay que tener en cuenta lo siguiente:

1º) Algunas alegaciones, peticiones y documentos son imprescindibles para obtener el despacho de ejecución en algunos supuestos (por ejemplo, cuando se pretende hacer valer la extensión a ciertos terceros de la eficacia ejecutiva del título o la sucesión).

2º) Algunas actuaciones ejecutivas no deben realizarse de oficio, una vez despachada la ejecución (por ejemplo, la fijación de la previsión para intereses y costas en más del 30% del principal –art. 575.1, párr. 2º LECiv–; investigación judicial del patrimonio del ejecutado –art. 590 LECiv–).

En definitiva, la forma simplificada de demanda ejecutiva sólo es una opción útil para el ejecutante si, para determinar el alcance subjetivo y objetivo de la actividad ejecutiva que necesita, le basta con hacer una remisión al deber de prestación que

imponer el título ejecutivo. En otros casos tendrá que cumplir los requisitos de la demanda que sean necesarios para conseguir los efectos que pretende.

B) REQUISITOS DE LA DEMANDA EJECUTIVA Y CARGA DE ACOMPAÑAMIENTO DE DOCUMENTOS

Para la exposición de los requisitos de la demanda ejecutiva existe por un planteamiento maximalista. Nos referiremos a todos los requisitos que establece la ley, aunque con la advertencia de que no los impone para todos los casos, sino que, en función de diversos factores que mencionaremos oportunamente, exige requisitos diversos dentro de los previos general.

Por otra parte, los documentos que el ejecutante tiene la carga de acompañar a la demanda (art. 550 LECiv) están relacionados con los requisitos de ésta, de modo que facilita la exposición hacer referencia a los documentos cuando se trata de cada requisito.

a) Presentación del título ejecutivo

En la demanda ejecutiva se presenta el título ejecutivo –en el sentido de que éste es aducido, alegado, hecho valer– (art. 549.1.1ª LECiv), dado que el mismo constituye presupuesto de la validez de la actividad ejecutiva y determina la medida y el alcance subjetivo y objetivo de la misma.

No obstante, teniendo en cuenta la consistencia documental del título, tanto o más importante que la alegación de que concurren los actos y hechos necesarios para cumplir el supuesto de hecho legal típico de un título ejecutivo, lo es la aportación de todos los documentos que, según la ley, acompañan el título ejecutivo aducido (art. 550.1.1ª LECiv) o, cuando la ley lo permite, la remisión a los autos en que se encuentren tales documentos.

b) Determinación del ejecutante y capacidades del mismo

El que se presente como ejecutante deberá constar como acreedor en el título (art. 538.2 LECiv).

Si no se da el caso anterior y el ejecutante es otra persona por extensión de la legitimación activa o por sucesión, tiene la carga de acompañar, respectivamente, el auto que le reconozca como beneficiario de la condena (art. 519 LECiv) y los documentos fehacientes que acrediten la sucesión (art. 540.2 LECiv).

Si presenta la demanda un representante del ejecutante tiene la carga de aportar documento fehaciente que acredite la representación, porque, en caso contrario, estará fundada la causa de oposición del artículo 559.1.2ª LECiv.

El ejecutante ha de tener capacidad para ser parte, de actuación procesal, cumplimiento de actuación por persona jurídica; integración, en su caso, de la falta de capacidad de personas físicas y acreditamiento respectivo– e, si es el caso, su capacidad de postulación con la intervención de abogado y procurador –se acreditará con la firma de los mismos y con aportación del poder, salvo que ya conste en autos (art. 550.1.2ª LECiv)–.

Determinación del ejecutado

En la demanda ejecutiva deberán indicarse «la persona o personas, con indicación de sus circunstancias identificativas, frente a las que se pretenda el despacho de la ejecución, por aparecer en el título como deudores o por estar sujetos a la ejecución según lo dispuesto en los artículos 538 a 544 de la Ley» (art. 549.1.5ª LECiv).

En el caso de personas no deudoras según el título, pero sujetas a la ejecución, la demanda deberá contener la alegación de los hechos en que se funda la extensión a las mismas de la eficacia ejecutiva, con acompañamiento de los documentos que la ley exige para acreditar tales hechos (art. 550.1.4ª LECiv), por ejemplo, arts. 540.2 y 542.2 LECiv), o, si no requiere documentos de esta determinación, de los documentos que puedan acreditar los hechos (art. 550.1.4ª LECiv).

En caso de sucesión, la insuficiencia de acreditamiento documental fehaciente conduce a denegar el despacho de ejecución, sino que hace depender la decisión de una previa audiencia de las partes (art. 540.3 LECiv).

Petición de una tutela ejecutiva específica

No consiste en una petición de que, atendido el alcance subjetivo y objetivo (deber de prestación) del título, se despache ejecución y se realice la actividad ejecutiva prevista por la ley.

Esto solo es suficiente si el título impone una prestación de hacer o de dar cosa limitada a dinero, porque el primer acto ejecutivo es un requerimiento de cumplimiento (art. 699 LECiv), siendo la actitud del ejecutado ante el mismo lo que condiciona el curso subsiguiente de la actividad ejecutiva.

Si el título impone otra clase de prestaciones y el ejecutante se limitara a la petición genérica, el despacho de ejecución no podría, por diversas razones que luego veremos, ordenar una específica actividad ejecutiva.

El artículo 549.1.2ª, 3ª y 4ª LECiv impone la carga de especificar la tutela ejecutiva pretendida en un doble aspecto:

a) Determinación, dentro del alcance y límites del título, de la prestación de la que se pide ejecución

Esta determinación ha de realizarse, principalmente, si debe iniciarse una ejecución dineraria, porque en la demanda ejecutiva ha de reclamarse

una cantidad de dinero líquida, es decir, cuantitativamente determinada (arts. 549.1.2º, 575.1, párr. 1º LECiv).

Si la deuda dineraria no es líquida según el propio título (art. 549 LECiv), la ley establece diversos modos de liquidación aplicables en supuestos específicos, cuya práctica permite demandar y obtener despacho de ejecución, a pesar de que, inicialmente, ésta no procediera por falta de liquidación. Según los casos la liquidación se practica en la propia demanda ejecutiva, la que deberán acompañarse documentos preceptivos referidos a la liquidación—o en un incidente declarativo previo, cuya resolución integrará el correspondiente título. Esta materia se desarrollará en el Capítulo 31.

En caso de títulos que impongan condenas a emitir una declaración de voluntad, el ejecutante puede entender bien que la sentencia o laudo contiene los elementos suficientes para que el tribunal acuerde tener por emitida la declaración, o bien que necesita ser complementada con elementos no esenciales. En el segundo caso, precisa la complementación que le interese, sobre la que el tribunal resolverá con audiencia previa de la parte contraria (art. 708 LECiv).

b) *Petición de actos ejecutivos determinados entre los previstos por la ley para el cumplimiento de prestación que impone el título*

Específicamente esta petición puede referirse:

1º) En las ejecuciones por prestaciones no dinerarias, a los medios e instrumentos ejecutivos que, atendidas las circunstancias, el ejecutante considere que deben ser aplicados para iniciar la ejecución (por ejemplo, en condenas de no hacer las diversas posibilidades previstas en el art. 710 LECiv).

2º) En la ejecución por prestaciones dinerarias, el ejecutante puede realizar actos relevantes para la localización de los bienes a embargar (designación de bienes concretos—art. 549.1.3º LECiv—, declaración de estimar insuficientes esos bienes y de desconocer otros—importante para el deber de oficio de requerir al ejecutado a que manifieste sus bienes: art. 589 LECiv—, petición de investigación de patrimonio—arts. 549.1.3º, 590 LECiv—).

e) *Forma y tiempo de la demanda*

La forma de la demanda es escrita, cualquiera sea su clase según lo indicado al principio de este apartado. Con la demanda se acompañará copia de la misma y de los documentos que con ella se hubieran aportado. La falta de aportación de las copias tiene—dado que es una demanda—el tratamiento del artículo 275, párrafo segundo LECiv: se tendrá por no presentada o los documentos por no aportados «a todos los efectos».

La norma podría suavizarse en el caso del artículo 549.2 LECiv, dado que la ley entiende la ejecución como una continuación del previo proceso de declaración, lo

se debería aplicar el régimen general del artículo 275 LECiv (requerimiento de exhibición y expedición de copias por la oficina judicial a costa de la parte).

Sobre los efectos de la falta de acompañamiento del justificante de pago de la demanda por ejercicio de la potestad jurisdiccional véase, en el Capítulo 11, el epígrafe «Exposición del trámite de la demanda».

El requisito de tiempo en la presentación de la demanda es relevante en dos sentidos:

1º) Puede dar lugar a la caducidad de la eficacia ejecutiva del título consistente en sentencia, transacción judicial o laudo arbitral si no se interpusiere la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución (art. 518 LECiv).

Esta caducidad afecta a la eficacia del propio título, extinguiéndola, lo que debe producirse a que, de oficio, se deniegue el despacho de ejecución. Esto la distingue de la extinción del deber de prestación o de exclusión de su cumplimiento por transcurso del tiempo que, en el caso de algunos títulos ejecutivos, han de hacerse valer en la oposición de «fondo» a la ejecución (art. 557.1.4º LECiv).

2º) Plazo de gracia para el cumplimiento de algunos títulos judiciales y arbitrales (art. 548 LECiv). No es que la demanda sea inadmisibile si se presenta antes de que transcurra ese plazo, pero el tribunal no puede dictar despacho de ejecución hasta que el plazo finalice.

II. AUTO SOBRE EL DESPACHO DE EJECUCIÓN

Respecto de la demanda ejecutiva el tribunal resuelve mediante auto, que puede tener diferentes sentidos: de no emisión del despacho de ejecución—de abstención de emitirlo por falta de competencia (art. 546.1 LECiv)—o de denegación del despacho (art. 552 LECiv)—o de emisión del despacho de ejecución (art. 553 LECiv).

A) ¿QUÉ PUEDE (Y DEBE) EXAMINAR EL TRIBUNAL PARA RESOLVER SOBRE EL DESPACHO DE EJECUCIÓN?

Las reglas de juicio que ha de aplicar el tribunal y los aspectos del caso que ha de tomar en consideración para resolver sobre el despacho de ejecución se deducen de diversas disposiciones de la ley (arts. 551.1, 552.1, 559.1 LECiv), cuya interconexión sistemática debe ser resaltada.

El artículo 551.1 y el artículo 552.1 LECiv son el anverso y el reverso de la misma moneda: según el primero, deberá despacharse ejecución «siempre que concurran los presupuestos y requisitos procesales, el título ejecutivo no adolezca de ninguna irregularidad formal y los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título»; según el artículo 552.1 LECiv, deberá denegarse

el despacho «si el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución», es decir, estimase que que dispone el artículo anterior. El artículo 559.1 LECiv determina los efectos del despacho de ejecución, por los que éste puede ser privado de todo modo que ha de entenderse que, al resolver sobre el despacho, han de resolverse esas cuestiones y sólo despacharse la ejecución si ello no supone incurrir en los efectos del artículo 559.1 LECiv.

Por otra parte y —desde el punto de vista negativo— hay cuestiones que el tribunal no puede examinar: la existencia y subsistencia del derecho correlativo deber de prestación de acuerdo con el estado de hechos y circunstancias. Derecho material, porque este examen hace necesario tomar en consideración datos distintos a los que constan en los documentos que integran el título y en los demás documentos aportados —lo cual es algo que la ley no permite en este momento— y también precisa de una actuación defensiva ejecutada —que la ley tampoco permite en este momento—.

Veamos específicamente los aspectos que pueden y deben ser equi-

a) Presupuestos y requisitos procesales en general

Entre los mismos se encuentran:

- 1ª) La jurisdicción y la competencia en todas sus modalidades, incluida la territorial que, en esta oportunidad, el tribunal ha de examinar de oficio (art. 546 LECiv).
- 2ª) Las capacidades para ser parte y de actuación procesal del ejecutado, la representación voluntaria del mismo si actúa de ese modo, la capacidad de postulación —integración por abogado y procurador— y su legitimación activa —según el título o, en su caso, el auto del art. 519 LECiv o los documentos u otras pruebas que demuestren su condición de sucesor en el título—.
- 3ª) La capacidad para ser parte del ejecutado (art. 9 LECiv) y su legitimación pasiva —según el título o, en su caso, según los documentos demostrativos de la extensión de la responsabilidad en los supuestos legales antes vistos o según los documentos u otras pruebas que demuestren su condición de sucesor—.
- La falta de capacidad de actuación procesal del ejecutado —entendiendo por tal la falta de constitución de los órganos que la integran cuando le falta a una persona física— no es óbice al despacho de ejecución, pero en cuanto el ejecutado tiene posibilidades defensivas, el artículo 8 LECiv debería adaptarse para que tales posibilidades no precluyan injustamente.
- 4ª) La caducidad de la acción ejecutiva fundada en títulos judiciales y arbitrales (art. 518 LECiv).

cumplimiento por los documentos presentados de todos los requisitos
necesarios para llevar aparejada ejecución

De todas las descripciones legales de este criterio de enjuiciamiento, la completa y exacta es, a mi juicio, la del artículo 559.1.3º LECiv.

En efecto, «cumplir el documento presentado los requisitos legales exigidos para su oportuna ejecución» (art. 559.1.3.º LECiv) es una descripción más precisa de la esencia del título ejecutivo que la referencia a su regularidad o irregularidad formal (art. 1.1 LECiv). Una sentencia puede ser formalmente perfecta con arreglo a la ley (art. 1.1 LECiv), pero –por poner el ejemplo más sencillo– el tribunal no deberá despachar su cumplimiento si, al examinarla, no concluye que la misma contiene pronunciamientos de condena (art. 517.2.1.º LECiv).

Por otra parte, los requisitos que más específicamente menciona el artículo 520 LECiv, no son más que un recordatorio didáctico de algunos de tales «requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución» (pronunciamientos de condenas, deberes de prestación de la clase prevista en art. 520 LECiv, en caso de títulos judiciales, u arbitrales).

Este criterio de enjuiciamiento tiene unos significados seguros y alguno dudoso y discutible:

19) Con toda seguridad significa que debe atenderse a la apariencia interna o formal del documento o documentos aportados como título ejecutivo. La falta de documentos, cuando sean varios los necesarios, los defectos formales en los documentos que impidan reconocer en los mismos la clase de documentos legalmente exigida, deben conducir a denegar el despacho de ejecución. También las falsificaciones materiales ostensibles o burdas.

271 También es seguro que este criterio requiere examinar si el documento o documentos, atendido su contenido, son expresivos, representativos o significativos del conjunto de elementos a los que la ley vincula la eficacia ejecutiva (ciertos actos, negocios o hechos jurídicos, que imponen deberes de prestación, en algunos casos de ciertas clases; véase Cap. 29). Esto requiere del tribunal una tarea de calificación jurídica sobre el documento o documentos aportados, para concluir que se halla ante algo correspondiente a un tipo legal de título ejecutivo.

3º) Es dudoso y discutible que ese examen pueda extenderse hasta apreciar, siempre sobre la única y sola base del documento o documentos aportados por el demandante de ejecución, si el acto o el negocio jurídico están afectados por una causa de inexistencia o de nulidad en sentido estricto—lo que impondría su consideración de oficio—. Es poco probable en la práctica que esa apreciación pueda hacerse sobre la exclusiva base de los documentos aportados por el ejecutante.

c) Adecuación al título de los actos ejecutivos pedidos

El artículo 551.1 LECiv requiere que los actos de ejecución solicitados «sean conformes con la naturaleza y contenido del título».

La conformidad a la naturaleza del título impone que si se trata de un título limitado a la ejecución dineraria —por ejemplo, aunque no solo, los títulos no judiciales ni arbitrales (art. 520 LECiv)— no se puede decretar más que actos correspondientes a esa ejecución.

La adecuación al contenido del título ha de ser cualitativa y cuantitativa.

Por faltar la primera debe denegarse el despacho si los actos pedidos no los prevé la ley para la clase de prestación que impone el título —por ejemplo, que, en la ejecución dineraria, se impongan multas coercitivas hasta el completo pago de la deuda— y si se pide la ejecución de una prestación diferente de la que consta en el título.

Por falta de adecuación cuantitativa debe denegarse el despacho si, siendo la cantidad relevante, en la demanda ejecutiva se pide una cantidad superior a la que consta en el título (art. 572.1 LECiv) o a aquella cuya reclamación puede ampararse en los artículos 572.2 y 573 al 577 LECiv.

Una cosa es que el despacho de ejecución no deba ser denegado si el tribunal estima que, a la vista de los documentos, la cantidad reclamada es distinta de la debida (art. 575.2 LECiv), y otra diferente que el tribunal no pueda limitar cuantitativamente el despacho de ejecución a lo que, según los documentos, aparezca como debido.

B) NO EMISIÓN DEL DESPACHO DE EJECUCIÓN

La no concesión del despacho de ejecución presenta dos modalidades diferentes.

a) Abstención de despachar ejecución por falta de jurisdicción y de competencia

Si el tribunal entiende que carece de jurisdicción o de competencia —en cualquiera de sus modalidades— para la ejecución del título que le ha sido presentado, resolverá por auto abstenerse de despachar ejecución y, en su caso, indicará al demandante el tribunal ante el que ha de presentar la demanda (art. 546 LECiv).

La diferencia entre esta negación del despacho y la modalidad que luego veremos consiste en que la misma demanda, sin subsanaciones, ni otras modificaciones, puede ser plenamente eficaz ante el tribunal competente. No obstante, si la abstención se funda en falta de jurisdicción porque el demandado goce de inmunidad de jurisdicción o porque el asunto corresponde a la Administración, el tribunal simplemente se abstiene de conocer (art. 37 LECiv).

1) Denegación del despacho por falta de otros presupuestos y requisitos legalmente exigidos

El tribunal, examinada con resultado positivo su jurisdicción y competencia, denegará, mediante auto, el despacho de ejecución si no considera concurrentes los presupuestos y requisitos expuestos en el anterior apartado A) (art. 552.1 LECiv).

No obstante, hay que matizar:

1ª) Previamente a dictar el auto de denegación ha de dar oportunidad al demandante para que subsane los defectos subsanables (art. 231 LECiv), para lo que puede seguirse el mismo procedimiento previsto para cuando el defecto ha sido denunciado por el ejecutado (art. 559.2 LECiv: providencia concediendo diez días).

2ª) La denegación puede ser total o parcial, entendiéndose por la última tanto la que no conceda la ejecución respecto de todos frente a los que se pidió, de la totalidad de prestación o prestaciones por las que fue pedida o, en fin, la que deniega alguna de las actuaciones ejecutivas solicitadas.

2) Recursos contra el auto que no emite el despacho de ejecución y efectos de la resolución firme

Contra el auto dictado, con cualquiera de los contenidos mencionados, el demandante puede interponer recurso de apelación y, facultativamente, previo recurso de reposición (arts. 546.1, 552.2 LECiv).

Los mismos recursos son admisibles en caso de denegación parcial, obviamente en cuanto a los pronunciamientos del auto que comporten gravamen para el ejecutante (art. 448.1 LECiv).

Si la resolución no estimatoria adquiere firmeza y se trata de una abstención de emitir el despacho por incompetencia, la demanda puede ser presentada ante el tribunal indicado. Si también este tribunal se abstiene hay base, según los casos, para un recurso por defecto de jurisdicción (art. 50 LOPJ) o para una cuestión de competencia negativa.

Si el auto denegó el despacho por falta de otros presupuestos y requisitos, el artículo 552.3 LECiv dispone que el acreedor «sólo podrá hacer valer sus derechos en el proceso ordinario correspondiente». Esta limitación no está justificada en todos los casos.

La subsanación de defectos procesales que no hizo el demandante al ser requerido, puede hacerla con posterioridad; la aportación del documento necesario, que no se presentó con la primera demanda, posibilita presentar nueva demanda ejecutiva con posibilidad de éxito. También la formulación de peticiones de actuaciones ejecutivas ajustadas al título y a la ley.

La limitación es efectiva si la denegación se produjo por falta de legitimación en cualquiera de sus modalidades o por entender que los documentos aportados no completan la aportación previo requerimiento de subsanación— no son representativos de un título ejecutivo. La única salida es obtener un pronunciamiento judicial de condena, si a ello no se opone la cosa juzgada (no se opone en caso de títulos extrajudiciales o jurisdiccionales con condenas sumarias).

C) DESPACHO DE EJECUCIÓN

El auto de despacho de ejecución no es, simplemente, una resolución de dirección que inicia el proceso de ejecución, sino que, además de admitir la demanda ejecutiva, constituye la estimación de la misma, en el sentido de que resuelve que debe ser concedida la tutela judicial pretendida. Otra cosa es que ese despacho no culmina, normalmente, el otorgamiento de esa tutela, porque para ello son necesarias una serie de actuaciones judiciales y materiales.

Pero esas actuaciones pueden llegar a ser muy rápidas: imagínese, en una ejecución dineraria, que estuviera embargado preventivamente un depósito bancario del deudor, suficiente para cubrir la deuda; despachada ejecución, el tribunal deberá entregarlo directamente al ejecutante (art. 634 LECiv), con lo que, salvo la liquidación de intereses y de costas, se habrá producido la satisfacción del ejecutante.

a) Contenido del despacho de ejecución

Atendido el artículo 553.1 LECiv y disposiciones sistemáticamente relacionadas, el contenido del despacho de ejecución es el siguiente:

a) *Atribución de la condición de ejecutante y de ejecutado*

La atribución de la condición de ejecutante se omite en el artículo 553.1 LECiv, tal vez por creer que la misma ya consta en el título. Eso es cierto en algunos casos (arts. 538.2 y 519 LECiv), pero no en todos: la sucesión en la posición de ejecutante ha de ser declarada en el auto de despacho (art. 540 LECiv).

La atribución de la condición de ejecutado sí que se contempla en el artículo 553.1.1ª LECiv. Respecto a los detalles véase lo expuesto al tratar de la legitimación pasiva.

b) *Contenido específico si debe iniciarse una ejecución dineraria*

En todo caso, se determinará la cantidad por la que se despacha ejecución (art. 553.1.2ª LECiv).

En su caso —es decir: en función de que concurren los presupuestos previstos por su regulación— se adoptarán medidas ejecutivas relacionadas con el embargo (art. 553.1.3ª y 4ª LECiv).

En su caso —es decir: si el título ejecutivo no consiste en una resolución judicial, laudo o transacción judicial (art. 581.1 LECiv) y salvo el cumplimiento extrajudicial del requisito (art. 581.2 LECiv)— se ordenará que se practique requerimiento de pago al ejecutado (arts. 553.5ª, 581, 582 LECiv).

El requerimiento de pago va acompañado de la orden de embargo, condicionada a que el pago no se realice (art. 581.1 LECiv). Mientras el requerimiento está pendiente pueden ser acordadas medidas de preparación del embargo (art. 554.2 LECiv).

c) *Contenido específico si debe iniciarse una ejecución no dineraria*

El auto de despacho ordenará que se requiera al ejecutado para que, en el plazo que el tribunal señale, cumpla en sus propios términos lo dispuesto en el título, con advertencia de aplicación de apremios personales y multas coercitivas (arts. 553.1.5ª, 699 LECiv).

Este requerimiento no es necesario en el caso de condenas a emitir una declaración de voluntad (art. 708.1 LECiv). En caso de condenas a no hacer el requerimiento no se hará, ni la ejecución será despachada, salvo que el condenado incumpla el título ejecutivo (art. 710.1 LECiv).

En su caso —es decir, si lo ha solicitado el ejecutante— el tribunal acordará medidas para garantizar la efectividad de la condena, tanto para posibilitar la ejecución en los propios términos, como la eventual ejecución por equivalente dinerario, y, en todo caso, el pago de las costas (art. 700 LECiv).

b) Notificación del auto al ejecutado

El auto de despacho, con copia de la demanda ejecutiva, han de ser notificados al ejecutado para que, conocedor de la pendencia de la ejecución, pueda personarse en la misma (art. 553.2 LECiv).

a) *Es una notificación, no un emplazamiento, ni una citación*

Es un acto de comunicación que no invita, ni impone ninguna actividad procesal del ejecutado, porque su participación en la ejecución es innecesaria —salvo en cuanto pueda serlo para el cumplimiento forzoso en el que no pueda ser sustituido—.

Se limita a poner concretamente en su conocimiento que la ejecución está iniciada, para que así pueda —también concretamente— ejercitar las situaciones jurídicas activas que la ley le confiere. En este sentido a la notificación se vincula el transcurso de los plazos preclusivos en los que han de ejercitarse esas situaciones.

b) *Procedimientos para la notificación*

Si, por haber sido formado el título ejecutivo en un proceso de declaración, el ejecutado estuviera personado mediante procurador, la notificación se hará a través de éste (arts. 28.1, 152.1.1ª LECiv). En otro caso la notificación se practicará por el mismo procedimiento que la citación o comparecencia para personarse en proceso declarativo (véase Cap. 12).

c) *Régimen de la impugnación del auto de despacho de ejecución*

El auto de despacho de ejecución no es recurrible (art. 551.2 LECiv) porque quien resulta gravado por el mismo dispone de otra posibilidad de impugnación: un incidente de oposición, que expondremos a continuación, cuya resolución es luego recurrible.

No obstante, hay que tener presente que si el auto, aun despachando ejecución, no acoge completamente las peticiones del ejecutante, no sólo no nos hallamos ante un despacho de ejecución, sino que el gravamen sufrido por el ejecutante no tiene, como es obvio, un medio de impugnación adecuado en la oposición a la ejecución. En cuanto a los pronunciamientos parcialmente desestimatorios, el ejecutante ha de poder interponer los mismos recursos que son admisibles contra el auto que deniega el despacho.

OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN

En diversos apartados del Capítulo 29 apunté que el ordenamiento posibilita al ejecutado:

1º) Que impugne la procedencia de la ejecución por falta de presupuestos y requisitos procesales generales y específicos (título ejecutivo, principalmente).

2º) También, aunque con amplitud diferente, que impugne la procedencia de la ejecución con fundamento en que el derecho y correspondiente deber de prestación, expresado en el título ejecutivo, no existe o no subsiste.

Se trata, ahora, de examinar el régimen de estas posibilidades de oposición a la ejecución, a las que la ley denomina, respectivamente, oposición por defectos procesales (art. 559 LECiv) y oposición por motivos de fondo (arts. 560, 561 LECiv).

La ley reserva la denominación de oposición a la ejecución a los casos en que ésta se hace valer en un incidente para el que es competente el mismo tribunal de la ejecución, procedimentalmente vinculado a ésta y que afecta al desarrollo de la misma. No obstante, también considera la posibilidad de que la ejecución pueda ser impugnada en un proceso declarativo procedimentalmente no vinculado con ella (art. 564 LECiv).

OPOSICIÓN POR DEFECTOS PROCESALES: CAUSAS, PROCEDIMIENTO Y EFECTOS DE SU PLANTEAMIENTO Y RESOLUCIÓN

El régimen de esta oposición es único para toda clase de títulos ejecutivos. Las causas en que puede fundarse coinciden con las razones que pudieran conducir a denegar de oficio el despacho de ejecución, con la excepción de la inadecuación al título de los actos ejecutivos pedidos. También coinciden los efectos de la estimación.

1) Declinatoria

Si el defecto procesal es la falta de competencia del tribunal, el ejecutado ha de hacerlo valer mediante declinatoria, en el plazo de cinco días desde la primera notificación de la pendencia de la ejecución (art. 547, párr. 1º LECiv). Su interposición no suspende la ejecución (véase Cap. 29). En caso de estimación, los efectos son los previstos en el artículo 65 LECiv —es decir, según la modalidad de competencia, indicación del tribunal competente o remisión de las actuaciones al mismo—, pero los recursos deben ser los previstos en el artículo 546 LECiv —apelación, previa reposición facultativa—.

2) Oposición por otros defectos procesales

En el plazo de diez días desde la notificación del despacho de ejecución, el ejecutado puede oponerse por las causas que se indican en el artículo 559 LECiv.

Si se hubiera planteado declinatoria, podría entenderse que el plazo se suspende hasta que sea desestimada o, en su caso, venza el plazo para personación ante el tribunal al que se hubieran remitido los autos.

3) Las causas de oposición

Para el examen de las mismas hay que remitir a lo expuesto en los subapartados a y b del apartado relativo a lo que puede (y debe) examinar el tribunal para resolver sobre el despacho de ejecución. La diferencia radica en que el tribunal, si hay oposición, examina estas cuestiones considerando también las alegaciones y aportaciones documentales del ejecutado, lo que aumenta la expectativa de una resolución favorable a este último.

Es dudoso en qué modalidad de oposición debe incluirse la caducidad de la acción ejecutiva fundada en títulos judiciales o arbitrales (art. 518 LECiv). En cuanto a la caducidad afecta a la acción ejecutiva y no al derecho y correspondiente deber de prestación, me inclino por entender que es un presupuesto procesal negativo de carácter especial, comprendido en el artículo 559.1.3ª LECiv. Pero la LECiv la incluye expresamente entre los motivos de oposición de fondo (art. 556.1, párr. 2º).

Como específica manifestación de la falta de carácter del ejecutado, el cónyuge no dador podrá, si se han embargado gananciales como responsables de una deuda del otro cónyuge, alegar que «no deben responder de la deuda por la que se haya

despachado la ejecución. Cuando la oposición se funde en esta última causa, no pondrá al acreedor probar la responsabilidad de los bienes gananciales (art. 556 LECiv).

b') Procedimiento y efectos

El acto de oposición es escrito, debe presentarse en el plazo dicho en la carga de acompañar al mismo los documentos relevantes para el examen de las causas de oposición, porque la ley no prevé para los defectos procesales otra clase de medios de acreditamiento (véase, para los motivos de fondo, art. 560, párr. 2º LECiv).

Su presentación no da lugar a la suspensión de la ejecución, porque la diferencia de otros supuestos de oposición (arts. 556.3, 557.2 LECiv), la ley no lo dispone expresamente (lo que sería necesario: art. 565 LECiv). No obstante, si el ejecutado consigna la cantidad por la que se ha despachado la ejecución se suspende la práctica del embargo (arts. 585-586 LECiv) y con ello, la de los actos subsiguientes al mismo.

De ese acto se da traslado al ejecutante, que puede contestar, por escrito, en el plazo de cinco días.

El contenido del auto sobre esta oposición depende de diversas circunstancias y puede producir diferentes efectos:

1º) Si el tribunal considera el defecto existente y subsanable, concederá plazo para subsanación.

2º) Si no considera existente el defecto, desestimará la oposición, con imposición de costas al ejecutado.

3º) Si considera que el defecto existe y es insubsanable, estimará la oposición, dejará sin efecto los actos ejecutivos realizados e impondrá las costas al ejecutante. Lo mismo hará si, siendo subsanable el defecto, no se hubiera subsanado en plazo.

Si el auto ordena la continuación de la ejecución sólo cabe recurso de reposición (art. 562.1.1º LECiv), pero si ordena dejarla sin efecto entendiéndose admisibles los mismos recursos que en caso de denegación inicial del despacho (apelación, previa reposición facultativa: art. 552.2 LECiv).

Finne la resolución que estime la oposición, los efectos son los mismos que si se hubiera denegado de oficio el despacho de ejecución.

B) OPOSICIÓN POR MOTIVOS DE FONDO: CAUSAS, PROCEDIMIENTO Y EFECTOS

La oposición por motivos de fondo posibilita poner en cuestión si existe y subsiste el deber de prestación que consta en el título, pero no en atención

al que dice el título, sino en consideración de un cierto estado de hechos, que son aplicables ciertas normas de Derecho privado, de lo que deriva un derecho y correspondiente deber sea tenido por constituido y no impugnado.

Esto explica por qué las causas en que puede fundarse esta oposición son diferentes según los títulos sean jurisdiccionales o no jurisdiccionales.

En el primer caso, la cosa juzgada da cobertura a la existencia y subsistencia del derecho y deber de prestación, de modo que debe excluirse un nuevo enjuiciamiento de esos temas (art. 222.1 LECiv), salvo que la subsistencia del derecho y deber sea cuestionable en virtud de hechos posteriores a la completa preclusión de alegaciones en el proceso declarativo (art. 222.2, párr. 2º LECiv).

Si los títulos no son jurisdiccionales, la cuestión de la existencia y subsistencia del derecho y deber se halla completamente abierta. Tema diferente al de qué aspectos de esa cuestión permite la ley que se traten en el incidente de oposición y qué otros habrán de ser hechos valer en un proceso declarativo separado.

a) Causas de oposición según la clase de título

La ley limita la oposición no sólo mediante la determinación tasada de las causas en que puede fundarse, sino también, adicionalmente, por restricción de los medios de prueba admisibles respecto de las cuestiones de hecho que pueda suscitar la verificación de una causa de oposición. Ambas limitaciones demuestran que nos hallamos ante un incidente declarativo de naturaleza sumaria.

Además la ley hace depender de las causas de oposición la eficacia suspensiva o no de la misma sobre la actividad ejecutiva.

a') Títulos jurisdiccionales y arbitrales en general

De modo preciso, los títulos a los que se refiere el artículo 556 LECiv, son los que, en el Capítulo 29, catalogamos como TE-1, TE-3, TE-4, TE-5, TE-6, TE-7, TE-8, TE-10, TE-11, TE-12 y TE-13. En el incidente de oposición sólo pueden hacerse valer las siguientes causas:

1ª) Pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia (u otra resolución, o en el acuerdo o transacción judicial, en las actuaciones del procedimiento de estructura monitoria, o en el laudo arbitral). Esta causa sólo puede ser probada mediante prueba documental.

2ª) Caducidad de la acción ejecutiva del artículo 518 LECiv. Ya indiqué antes que me parecía más correcto considerar esta causa como defecto proce-

sal. Con independencia de la calificación, no produce la extinción del derecho y correspondiente deber, que de modo independiente, puede producirse por prescripción de acuerdo con el artículo 1971 CC, aunque no podrá hacerse valer en el incidente de oposición.

3ª) Pactos y transacciones para evitar la ejecución. Esta causa sólo puede ser probada mediante prueba documental pública que recoja los correspondientes convenios.

La oposición por estas causas no suspende la actividad ejecutiva (art. 556.2 LECiv). No obstante, si el ejecutado consigna la cantidad por la que se ha despachado ejecución, se suspende la práctica del embargo (arts. 585-586 LECiv).

Las demás causas que determinen la inexistencia inicial –raro, pero no imposible, tratándose de títulos de esta clase– o la falta de subsistencia del deber de prestación, han de hacerse valer en proceso declarativo separado.

b') Título judicial consistente en el denominado auto de cuantía máxima

Aunque el título que catalogamos como TE-9 consiste en una resolución jurisdiccional, ésta no declara buena parte de los elementos de los que depende el derecho a la prestación indemnizatoria, su titularidad activa y el asegurador obligado al pago. Obviamente tampoco puede contener declaración negativa respecto de la subsistencia de tal derecho.

De ahí que frente a este título las causas de oposición de fondo comprendan (art. 556.3 LECiv):

1ª) Todas las admisibles contra títulos judiciales.

2ª) Todas las admisibles contra títulos no judiciales.

3ª) Tres causas adicionales específicas de este título, cuyo debate y resolución permite precisar el deber de prestación indemnizatoria y sus titulares activos y pasivos (culpa exclusiva de la víctima, fuerza mayor extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo, concurrencia de culpas).

Las causas especiales de oposición no tienen limitados los medios de prueba. Las demás causas tienen la limitación que la ley ha fijado para cada una de ellas.

Esta oposición suspende la actividad ejecutiva, pero no sólo si se aducen las causas apuntadas, sino también si se funda en defectos procesales (compara el art. 556.3 con el art. 557.2 LECiv: el primero no vincula la suspensión a la clase de motivos de oposición).

Títulos no jurisdiccionales

Frente a los títulos no jurisdiccionales –concretamente los catalogados como TE-14, TE-15, TE-16, TE-17, TE-18, TE-19, TE-20 y TE-21– las causas, algo más amplias que para los jurisdiccionales, se establecen en el art. 557.1 LECiv:

1ª) Pago. Su prueba está limitada al medio documental.

2ª) Compensación de crédito líquido resultante de documento con fuerza ejecutiva. Propiamente no cabe hablar de una limitación probatoria, sino de ejercicio procesal de la facultad de compensación que, al producirse en un proceso de ejecución, sólo puede fundarse en crédito que conste también en título ejecutivo.

3ª) Pluspetición o exceso de computación a metálico de deudas en especie (lo segundo se refiere a los casos en que el título ejecutivo establezca la deuda con arreglo al art. 520.1.3ª LECiv). Hay pluspetición si la ejecución ha sido pedida y despachada por cantidad superior a la que consta como deuda en el título. Este defecto será infrecuente si el título precisa la cantidad líquida debida, pero es más probable cuando el ordenamiento permite una liquidación de la cantidad mediante operaciones técnicas que, en principio, ha de realizar el ejecutante (arts. 572.2, 573, 574, 575.2 LECiv). Estas causas no tienen limitación de medios de prueba.

4ª) Prescripción y caducidad, referidos al derecho y correspondiente deber de prestación. No tiene limitación de medios de prueba.

5ª) Quita, espera o pacto o promesa de no pedir. La prueba está limitada al medio documental.

6ª) Transacción. Su prueba está limitada a la documental pública.

La oposición fundada en estas causas tiene eficacia suspensiva de la ejecución (art. 557.2 LECiv), hasta que sea desestimada (pero aunque la resolución no sea firme: art. 561.3, párr. 1º LECiv).

Hay regla especial sobre la suspensión en caso de pluspetición o exceso en la computación a metálico de las deudas en especie. Esta causa de oposición sólo suspende la ejecución si el ejecutado pone a disposición del tribunal, para su inmediata entrega al ejecutante, la cantidad que considere debida. Fuera de este caso, la ejecución continuará su curso, pero el producto de la venta de bienes embargados, en lo que exceda de la cantidad reconocida como debida por el ejecutado, no se entregará al ejecutante mientras la oposición no haya sido resuelta (art. 558 LECiv).

Cualesquiera otras causas que determinen la inexistencia inicial o la falta de subsistencia actual del deber de prestación –aquí sí puede hablarse, sin matices, de ambos aspectos, porque tampoco el primero ha sido jurisdiccional–.

nalmente resuelto— no puede hacerse valer en el incidente de oposición, que ha de serlo en proceso declarativo separado.

La sustancial diferencia que se apuntó entre títulos jurisdiccionales y no jurisdiccionales tiene, en el incidente de oposición, menor repercusión que la que hubiera sido esperable. Salvo la pluspetición —que significa la negación de un hecho constitutivo— las demás causas son hechos extintivos o excluyentes, de modo que la ley no permite, dentro del incidente, someter a enjuiciamiento la falta de hechos constitutivos del deber de prestación y la concurrencia de hechos impositivos. Hay una limitada salvedad en los casos en que estas cuestiones tuvieran trascendencia penal, dado que su apreciación en el proceso penal puede repercutir sobre el curso de la propia ejecución (art. 569 LECiv).

Esta limitación de lo oponible por la vía del incidente es una decisión razonable de política legislativa, pero no estaría justificado establecerla también en la oposición que se instrumenta a través de proceso declarativo.

b) Procedimiento y efectos de la resolución

a) Desarrollo del procedimiento

Los principales actos procesales son los siguientes:

1º) El acto de oposición es escrito, ha de formularse en plazo de diez días desde la notificación del auto de despacho (arts. 556.1, 557.1 LECiv). En él han de hacerse valer tanto los defectos procesales, como los motivos de fondo, con las alegaciones en que se funden.

En ese acto se tiene la carga de acompañar los documentos procesales y materiales de los artículos 264 y 265. También la de pedir celebración de vista (560, párr. 2º LECiv) y la de proponer la prueba pericial en caso de que la cuestión litigiosa afecte a la liquidación de saldos de cuentas corrientes o a lo debido por intereses variables (art. 558.2 LECiv).

2º) El ejecutante tiene la carga de contestar, por escrito, en plazo de cinco días desde el traslado, salvo que también se hubieran alegado defectos procesales, en cuyo caso el plazo de contestación a los motivos de fondo comienza cuando se notifique la desestimación de los defectos procesales. En este acto, además de contestar, el ejecutante tiene las mismas cargas antes apuntadas respecto del ejecutado (art. 560, párrs. 1º y 2º LECiv).

3º) Se celebrará vista si alguna de las partes lo ha solicitado y el tribunal considera que para resolver sobre las causas alegadas no basta con los documentos aportados, sino que, siendo admisibles otros medios de prueba —por no excluirlos la ley— puede ser útil su práctica (art. 560, párr. 3º LECiv).

El régimen de la vista es el del juicio verbal (art. 560, párr. 4º LECiv), de modo que la prueba que no haya debido proponerse en los escritos iniciales, deberá serlo en la vista, tras la fijación de hechos (art. 443.4 LECiv).

b) Contenido y efectos del auto. Recursos

Según el resultado del enjuiciamiento de las causas de oposición, son posibles tres clases de pronunciamientos principales, que comportan correspondientes pronunciamientos accesorios:

1º) Si la causa o causas de oposición se estiman completamente infundadas, se desestimará la oposición y se ordenará que continúe la ejecución o se hubiera suspendido. Las costas del incidente se impondrán al ejecutado (art. 561.1.1ª LECiv).

2º) Si la causa o causas de oposición que el tribunal estima fundadas implican sólo una negación parcial del deber de prestación por el que se ha despachado ejecución (por ejemplo, pluspetición —total o parcialmente fundada; único supuesto considerado por el art. 561.1.1ª LECiv—, pero también pago, compensación, condonación o aplazamiento parciales), el auto limitará el alcance objetivo del despacho de ejecución en correspondencia con la oposición estimada. Pero la ley no parece autorizar al tribunal a que decrete la extinción de los actos ejecutivos excesivos; de no ser así habrá de pedirlo concretamente el ejecutado (por ejemplo: art. 612.1 LECiv). No hay condena en costas.

3º) Si la causa de oposición que se estima fundada implica la negación total del deber de prestación por el que se despachó ejecución, se declarará improcedente la ejecución, se alzarán las medidas ejecutivas y se acordará la «restitutio in integrum» en favor del ejecutado —con arreglo a lo previsto para los casos de revocación de sentencia provisionalmente ejecutada—. Todo ello con costas del incidente al ejecutante (art. 561.2 LECiv).

El auto resolutorio de la oposición es recurrible en apelación, cualquiera sea su sentido, pero la apelación no tiene efecto suspensivo si la oposición ha sido total o parcialmente desestimada, mientras que tiene efecto suspensivo —en el sentido de que no impide mantener, ni adoptar medidas de aseguramiento, siempre que el ejecutante preste caución— en cuanto se haya acordado la improcedencia de la ejecución (art. 561.3 LECiv).

En cuanto a los efectos de la resolución sobre la oposición ha de advertirse, en fin, que, además de los que produce sobre la ejecución misma (confirmar su procedencia o declararla total o parcialmente improcedente, con revocación de los actos ejecutivos), se ha pronunciado negativa o positivamente sobre la existencia y subsistencia del deber de prestación por causas determinadas. Como el artículo 561.1 LECiv establece que el pronunciamiento se hace «a los solos efectos de la ejecución», hay que entender que el mismo tiene carácter sumario, que no produce efectos de cosa juzgada, porque la ley se los niega (art. 447.4 LECiv) con la expresión apuntada. Por

tanto ese pronunciamiento no tiene efectos ni preclusivos, ni prejudiciales respecto de un proceso declarativo posterior sobre la misma cuestión.

C) OPOSICIÓN EN PROCESO DECLARATIVO SEPARADO DE LA EJECUCIÓN

Punto de partida de esta posibilidad de oposición es el artículo 564 LECiv, según el cual: «Si, después de precluidas las posibilidades de alegación en juicio o con posterioridad a la producción de un título ejecutivo extrajudicial, se produjesen hechos o actos, distintos de los admitidos por esta Ley como causas de oposición a la ejecución, pero jurídicamente relevantes respecto de los derechos de la parte ejecutante frente al ejecutado o de los deberes del ejecutado para con el ejecutante, la eficacia jurídica de aquellos hechos o actos podrá hacerse valer en el proceso que corresponda».

El precepto se refiere expresamente al modo de dar eficacia contra la ejecución, a hechos y actos determinantes de la extinción o modificación del deber de prestación que consta en el título, no cubiertos por la cosa juzgada de un previo proceso declarativo, pero no admisibles como causas del incidente de oposición a la ejecución. En lo que expresamente dispone, el precepto debe ser rectificado. Pero, además, ha de ser complementado, extendiendo la posibilidad que establece incluso a las causas alegables y alegadas en el incidente de oposición.

a) ¿Qué hechos o actos pueden hacerse valer en el proceso declarativo?

Aquellos que determinan la inexistencia inicial o actual, total o parcial, del derecho y correspondiente deber de prestación que consta en el título ejecutivo, y, además, tengan las características que se indican a continuación.

1ª) Si el título ejecutivo es una sentencia u otra resolución judicial productora de cosa juzgada, los hechos o actos habrán de ser posteriores a la preclusión de las alegaciones en el correspondiente proceso declarativo (arts. 564, 222.2, 400.2 LECiv). Se tratará, además, siempre de hechos extintivos (por ejemplo, pago, condonación) o excluyentes (por ejemplo, pacto de no pedir); nunca de hechos constitutivos o impeditivos, porque éstos han debido quedar, respectivamente, afirmados o negados para dictar la resolución condenatoria.

2ª) Si el título es una sentencia o resolución judicial de naturaleza sumaria (art. 447.2 a 4 LECiv), es irrelevante en qué momento se hayan producido los hechos, e incluso que hayan sido ya enjuiciados en el proceso sumario, porque, sin perjuicio de la ejecución de la sentencia dictada en éste y del incidente de oposición de alcance limitado, en el posterior proceso declarativo plenario puede someterse a enjuiciamiento todo lo que influya en la declaración de existencia del derecho.

3ª) Si el título es un acto de avenencia en conciliación o una transacción judicial, pueden hacerse valer, respectivamente, las causas de nulidad que invalidan los contratos (art. 477 LECiv/1881) o las específicas de la transacción (arts. 1817-1819 CC).

4ª) Si el título no consiste en una resolución judicial, ni en una transacción judicial o similar, es irrelevante en qué momento respecto de la «producción del título ejecutivo extrajudicial» hayan ocurrido los hechos o actos, porque al no existir, en este caso, cosa juzgada sobre el derecho y correspondiente deber, negar la posibilidad de un pronunciamiento jurisdiccional sobre todo lo que influye en la existencia y subsistencia de los mismos sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva. Ha de corregirse, pues, la interpretación literal del artículo. Cosa completamente distinta es que en el incidente de oposición las causas puedan limitarse legalmente.

Por otra parte, la admisión de alegar estos hechos y actos en el declarativo podría entenderse limitada a aquellos que no fueron admisibles en el incidente de oposición. Así lo dice la letra del artículo 564 LECiv. Sin embargo, en este aspecto debe tenerse en cuenta:

1ª) Con seguridad pueden hacerse valer en el declarativo los hechos y actos que la ley no admita como causas para el incidente de oposición, bien por no estar comprendidas en la relación legal, bien por ser posteriores al plazo de oposición.

2ª) Pero también debe ser admisible hacer valer en el declarativo lo que el ejecutado, pudiendo hacerlo, no alegó en el incidente e, incluso, lo que alegó y le fue desestimado, porque, como advertimos, la resolución sobre estas cuestiones se ha dictado «a los solos efectos de la ejecución» (art. 561.1 LECiv), por tanto sin efectos de cosa juzgada.

b) Cauce procesal para hacer valer la eficacia de estos hechos y actos

La ley se limita a decir que será el proceso declarativo que corresponda. Dado que no hay ninguna norma de adecuación del procedimiento por razón de la materia para este caso, adecuado será el declarativo que corresponda por la cuantía (art. 248.3 LECiv).

La demanda de este proceso puede presentarse antes de que se inicie la ejecución —pero porque ya existe un título ejecutivo, que constata un deber de prestación que, según el que puede ser ejecutado, ya no subsiste—, durante la ejecución y después de la terminación de ésta.

c) Efectos del proceso declarativo sobre la ejecución

Hay que distinguir varias situaciones:

1º) Si el declarativo se inició y desarrolló antes del despacho de ejecución, la sentencia que estime la demanda debería tener el efecto de privar al título de eficacia ejecutiva.

2º) En los casos de proceso declarativo previo al despacho de ejecución o simultáneo al desarrollo de la ejecución, el actor puede tener interés en obtener la suspensión de la ejecución. Pero la ley no prevé la suspensión, lo que conduce a excluirla (art. 565.1 LECiv).

No obstante, el Tribunal Constitucional no consideró contrario al derecho a la tutela judicial efectiva que la ejecución de una sentencia dictada en proceso sumario posesorio fuera suspendida por una medida cautelar adoptada en el proceso ordinario (STC 210/1993, de 28 de junio [RTC 1993, 210]).

3º) Si la ejecución ya ha terminado cuando es estimada la demanda en el declarativo, el efecto de esta estimación debería ser el de una «restitutio in integrum» en favor del ilegítimamente ejecutado, específica o por equivalente –según los casos, principalmente por la protección de terceros de buena fe–, con indemnización de daños.

MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN LA EJECUCIÓN; EN ESPECIAL, LOS RECURSOS

La ordenación de los medios de impugnación en la ejecución tiene, como veremos, importantes diferencias respecto de lo que se expuso en el proceso de declaración (véase Cap. 19), pero su fundamento y buena parte de su regulación son los mismos.

El fundamento es la posibilidad de errores en la interpretación y aplicación de las normas que rigen la actividad ejecutiva, errores que pueden causar perjuicio a las partes y a otros sujetos afectados. Con los instrumentos legales en que consisten los medios de impugnación se puede reaccionar contra las resoluciones u otros actos perjudiciales, pretendiendo su reforma o su anulación o declaración de nulidad.

Como se expuso en el Capítulo 19, no son medios de impugnación la potestad del tribunal de declarar de oficio la nulidad de pleno derecho (art. 562.2 LECiv: «o el tribunal lo estimase así»), ni las actuaciones defensivas previas a que se dicte una resolución, aunque la ley las denomine impugnación (por ejemplo: art. 633.3 LECiv –impugnación de la cuenta definitiva del administrador judicial–).

A) MODALIDADES DE MEDIOS DE IMPUGNACIÓN EN LA EJECUCIÓN

Encontramos, junto a modalidades conocidas, otras novedosas.

a) Impugnaciones consistentes en incidentes de oposición

Va hemos examinado la oposición a la ejecución y trataremos de las tercerías de dominio y de mejor derecho.

b) Reclamaciones contra actuaciones no consistentes en resoluciones judiciales en general

Es frecuente en la ejecución que la aplicación de la ley por el tribunal no se manifieste en resoluciones, sino en operaciones materiales o físicas u otras actuaciones (por ejemplo: relacionar unos bienes en el acto de embargo de bienes muebles –art. 624.1.1ª LECiv–, poner bienes en posesión del ejecutante, empleando los apremios necesarios –arts. 701, 702 LECiv–).

Para posibilitar la impugnación de estas actuaciones –dado que, en principio, no sería posible el recurso porque no hay resolución–, el artículo 602.1.3ª LECiv establece que la parte deberá presentar reclamación por escrito (sin dilación, porque la ley no fija plazo –art. 132.2 LECiv–), indicando la resolución o actuación que solicita para rectificar la infracción. Manifestación específica de esta ordenación es la comparecencia del ejecutado para denunciar la nulidad de pleno derecho del embargo de bienes inembargables (art. 609 LECiv).

c) Reclamación contra actuaciones manifestadas en diligencias de ordenación del secretario

Especialmente, si la actuación procesal impugnada se ha manifestado en una diligencia de ordenación del secretario –muy probable, por lo dispuesto en el art. 545.4 LECiv–, además de la posibilidad de revisión de oficio si el tribunal entiende que se ha invadido el ámbito de las resoluciones judiciales (art. 224.1 LECiv), las partes pueden impugnarla con arreglo a las normas de plazo y procedimiento del recurso de reposición (art. 224.2 y 3 LECiv).

d) Recursos

Se dirigen contra resoluciones no firmes y persiguen obtener un nuevo enjuiciamiento de las cuestiones decididas por las mismas.

En la ejecución no se establecen recursos diferentes a los regulados para el proceso de declaración, pero la ley ordena de modo especial tanto las resoluciones impugnables con cada recurso, como el posible efecto suspensivo del recurso. Consideramos esto en el siguiente apartado.

B) LOS RECURSOS EN LA EJECUCIÓN

Contra las resoluciones dictadas en la ejecución sólo se pueden interponer los recursos de reposición y de apelación (art. 562.1.1ª y 2ª LECiv). Evidentemente, el recurso de queja instrumental de la apelación.

No son admisibles el recurso extraordinario por infracción procesal, ni el recurso de casación, porque ni están mencionados en el artículo 562 LECiv, ni las resoluciones que se dictan en un proceso de ejecución cumplen los requisitos exigidos para ser impugnables con aquellos recursos (no las sentencias dictadas en segunda instancia –como es necesario por el art. 47 LECiv y la disp. final 16ª.1 Ley 1/2001– sino, en todo caso, autos dictados en apelación).

Como excepción, de acuerdo con el artículo 44 del Reglamento (CE) núm. 44/2001 y con el artículo 37.2 del Convenio de Lugano, la resolución de la Audiencia Provincial sobre la procedencia de la ejecución de títulos al amparo de la disposición comunitaria y del referido convenio, es recurrible en casación. Pero incluso este recurso, a pesar de su nombre, no es una casación, sino un recurso extraordinario (por la limitación de motivos: art. 45 Reglamento (CE) núm. 44/2001) especial.

a) El recurso de reposición

Puede interponerse contra toda resolución que se dicte en la ejecución (art. 562.1.1ª LECiv), salvo que esté expresamente declarada irrecurrible, o recurrible mediante otro recurso (por ejemplo: el art. 561.3 LECiv establece un recurso de apelación directo).

En algunos supuestos este recurso es facultativamente previo al de apelación (arts. 552.2, 546.1 LECiv), lo que significa que la omisión de interponerlo no determina la firmeza de la resolución, impugnada con el otro recurso.

La tramitación y efectos de este recurso son los expuestos en el Capítulo 19.

b) Recurso de apelación

La principal especialidad en comparación con lo expuesto en el Capítulo 20, y salvo lo que luego expondré sobre el efecto suspensivo, consiste en que sólo son resoluciones apelables las que expresamente se prevean por la ley (art. 562.1.2ª LECiv). A mi juicio esta remisión no está limitada a las previsiones de apelación contenidas en el Libro III de LECiv, sino a cualesquiera previsiones legales de la misma respecto de resoluciones que puedan ser dictadas en la ejecución (por ejemplo: art. 41.2 LECiv respecto del auto de suspensión por prejudicialidad penal –art. 369 LECiv–).

Además de otros supuestos más específicos de recurribilidad en apelación, la previsión más genérica es la del artículo 563 LECiv, en cuya virtud son recurribles en apelación –previa reposición– cualesquiera resoluciones que acuerden actos ejecutivos de títulos judiciales que se hallen en contradicción con el contenido del título.

En la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales hay una orientación dirigida a argumentar la existencia de otras cláusulas generales de apelabilidad (AAP Las Palmas 237/2001 [Sección 5ª] de 6 de noviembre [PROV 2002, 34727], AAP Zaragoza 302/2002 [Sección 5ª] de 27 de noviembre [AC 2002, 1866]).

c) Sobre el efecto suspensivo de la reposición y de la apelación

La regla general es que estos recursos no tienen efecto suspensivo de las actividades ejecutivas que hubieran acordado las resoluciones recurridas (art. 567 LECiv).

Esta regla tiene dos excepciones de diferente amplitud:

1ª) De modo general, para cualquier título ejecutivo y cualquiera sea la infracción denunciada en el recurso, el ejecutado puede obtener la suspensión si acredita que el inmediato cumplimiento de la resolución le causa perjuicio irreparable y si constituye caución para indemnizar los perjuicios del retraso (art. 567 LECiv).

2ª) De modo especial, tratándose de títulos judiciales y siempre que el recurso (reposición y posterior apelación) se funde en que la actividad ejecutiva ordenada por la resolución es contradictoria con lo establecido por el título, se puede obtener la suspensión si, además de la anterior alegación, se constituye caución (art. 563 LECiv).

Obsérvese que no hace falta acreditar un especial riesgo por quien sufre la actividad ejecutiva impugnada, sino que la suspensión pedida «se concederá» si presta la caución.

ACUMULACIÓN DE EJECUCIONES

El artículo 555 LECiv considera de modo muy parcial las posibles modalidades de acumulación de ejecuciones. Sus dos primeros apartados se refieren a una acumulación sobrevenida por reunión de procedimientos ejecutivos que se iniciaron por separado.

Presupuestos de esta acumulación son, si sólo hay pluralidad de títulos y procedimientos, la instancia de cualquiera de las partes; si, además, hay pluralidad de ejecutantes, la acumulación depende de que el tribunal la «considere conveniente para la satisfacción de todos los acreedores».

Procedimiento para resolver sobre la procedencia de la acumulación es el regulado en los artículos 74 y siguientes LECiv (Cap. 10), pero la remisión no se refiere ni a los presupuestos (art. 76 LECiv), ni, en parte, a los efectos (art. 74 LECiv; resueltos en la misma sentencia), porque carece de sentido si se considera el objeto de la ejecución.

Efecto de la acumulación es que se siga un procedimiento único, aunque con muchos matices: el ejecutado podrá oponerse a un despacho de ejecución y no a otro; los ejecutantes pueden pedir y obtener embargos sobre bienes diferentes o con diferente prioridad sobre los mismos bienes, lo que influirá en su prioridad para el cobro de sus créditos (art. 613 LECiv).

A diferencia de la tercera de mejor derecho, mediante la cual el tercero acreedor persigue excluir la preferencia procesal del ejecutante a cobrar con el producto de los bienes embargados (arts. 613.2, 620.1 LECiv), la acumulación de ejecuciones de varios ejecutantes persigue generalizar a todos ellos la posibilidad de plena satisfacción de sus créditos con los bienes embargados. No obstante, si esa plena satisfacción no puede producirse, el pago deberá realizarse con arreglo a la prioridad procesal de los embargos (art. 613.2 LECiv).

Además de la mencionada en el artículo 555 LECiv, son posibles otras modalidades de acumulación a las que me refiero sin ánimo de exhaustividad:

1ª) Acumulación objetiva consistente en que en un único título constan varios deberes de prestación, incluso de diferente naturaleza (por ejemplo, dineraria y no dineraria). La acumulación es posible si el ejecutante refiere su demanda a todos los deberes, pero quedará limitada a los actos comunes del procedimiento (despacho, oposición a la ejecución), separándose después los procedimientos para seguir los adecuados a la naturaleza de cada prestación.

2ª) Una especie de acumulación sucesiva por inserción es la ampliación de la ejecución a los plazos de la obligación que consta en el título, vencidos con posterioridad al despacho de ejecución (art. 578 LECiv). El ejecutado ha de tener posibilidad de oponerse a la ejecución en cuanto a la ampliación.

3ª) Una acumulación objetivo-subjetiva tiene lugar si la demanda ejecutiva se ha dirigido, y la ejecución se ha despachado, frente a varios deudores solidarios (art. 542.3 LECiv) o frente al deudor y los responsables de la deuda a los que se extiende la ejecución según la ley. Ciertamente, en el aspecto objetivo la deuda es única, pero la actuación ejecutiva puede dirigirse frente a todos los ejecutados de modo simultáneo o sucesivo (casos de responsabilidad subsidiaria).

TERMINACIÓN DE LA EJECUCIÓN

Modo normal de terminación de la ejecución es «la completa satisfacción del acreedor ejecutante» (art. 570 LECiv), que se producirá en las formas que veremos para las diferentes clases de prestación. Si en el caso de prestaciones no dinerarias no se ha producido el cumplimiento o la ejecución en los propios términos del título, el pago del equivalente dinerario de la prestación que haya resultado procedente de acuerdo con la ley, constituye también «completa satisfacción del acreedor».

Si por la situación patrimonial del ejecutado resulta total o parcialmente imposible alcanzar el objetivo del pago, la pretensión ejecutiva no se extingue porque el deudor responde con sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC). El ejecutante podrá instar actos ejecutivos cuando lo estime conveniente, sin riesgo de que, por el transcurso del tiempo en estado de suspensión de la ejecución, se produzca la caducidad de este proceso, expresamente excluida por el artículo 239 LECiv. La caducidad del artículo 518 LECiv sólo puede darse antes del ejercicio de la acción ejecutiva en determinados supuestos.

La ejecución también puede terminar por renuncia o desistimiento del ejecutante (art. 19.3 LECiv). En caso de desistimiento, el plazo de caducidad del artículo 518 LECiv no queda interrumpido, aunque podría considerarse suspendido entre la presentación de la demanda ejecutiva y la fecha efectiva del desistimiento.

CRISIS DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

Los supuestos de crisis o desarrollo anormal del proceso de ejecución son, como en el proceso de declaración, muy variados, aunque la regulación legal, más o menos sistemática, se limita a algunos de ellos (arts. 565 al 569 LECiv), y destaca en su epígrafe sólo el aspecto más externo del fenómeno, como es su eficacia suspensiva de la ejecución.

Algunos supuestos de crisis procesal ya se han examinado (incidente de oposición a la ejecución) o se examinarán después (transformación de los procedimientos de ejecución no dineraria en procedimiento de ejecución dineraria; tercerías de dominio y de mejor derecho). Ahora consideraremos, brevemente, los tres supuestos regulados en los preceptos de LECiv antes citados.

a) Incidencia sobre la ejecución del juicio de revisión, de la rescisión de sentencia dictada en rebeldía y del incidente de nulidad de actuaciones posterior a sentencia firme

Si la sentencia que constituye el título ejecutivo está siendo objeto de los medios de impugnación de la cosa juzgada que se han apuntado, la ejecución puede ser suspendida (art. 566 LECiv).

Aunque no lo mencione el art. 566 LECiv, el requisito de la previsión legal expresa para la suspensión —que impone el art. 565 LECiv— se cumple también en el supuesto del incidente de nulidad posterior a sentencia firme (art. 228.2 LEC). Por otra parte, si contra la sentencia se interpone recurso de amparo, el TC puede suspender la ejecución con arreglo a los artículos 56 y 57 LOTC.

Además de la admisión a trámite de los medios de impugnación citados son presupuestos de la suspensión:

1ª) Concurrencia de razones que la aconsejen. Consistirán en circunstancias que hagan imposible o difícil la reversibilidad de los resultados.

2ª) Constitución de caución por el solicitante de la suspensión.

La solicitud de suspensión ha de ser resuelta por el tribunal de la ejecución, previa audiencia del Ministerio Fiscal y también, a mi juicio, del ejecutante.

La suspensión permanece hasta la resolución de los medios de impugnación. Si se estima la revisión, el tribunal de la ejecución dará ésta por terminada. Si se estima la rescisión de la sentencia en rebeldía, la ejecución sólo será dejada sin efecto si la sentencia que se dicte después de la audiencia del rebeldé absuelve a éste; si, por el contrario, contiene algún pronunciamiento de condena, los actos de la ejecución que puedan ser útiles para ejecutarlos conservarán su validez.

b) Incidencia en la ejecución de procesos concursales contra el ejecutado

La iniciación de proceso concursal (véase Cap. 41) contra el ejecutado tiene el efecto jurídico, como regla general, de que los derechos de los acreedores, bien estén reclamados en proceso de declaración (art. 98 LECiv), bien consten en título ejecutivo y se haya iniciado ejecución (art. 568 LECiv), deban ser hechos valer dentro del proceso concursal, para ser satisfechos con arreglo a las normas del mismo.

Esta regla rige tanto si el título ejecutivo incorpora una obligación dineraria, como si la prestación es de otra naturaleza.

Tiene excepciones de dos clases:

1ª) La ejecución sobre bienes hipotecados o pignoralos no se suspende si los bienes sobre los que está constituida la garantía real no están afectos a la actividad empresarial o profesional del concursado (art. 55.4 en relación con el art. 56.1 LCo). Si estuvieran afectos a estas actividades la Ley Concursal, para preservar, en lo posible, la actividad productiva del concursado somete la ejecución especial a diversas restricciones (arts. 56, 57 y 155 LCo).

2ª) Tampoco debe suspenderse, en el supuesto que luego diré, la ejecución dirigida a extraer del patrimonio del concursado bienes de propiedad ajena que se hallen en poder de aquél sin derecho que le habilite para conservarlos. En principio la entrega de esos bienes ha de ser exigida por su titular a la administración concursal, que los entregará si estima fundada la solicitud. Frente a la negativa, el titular de los bienes puede hacer valer judicialmente su derecho por la vía del incidente concursal (art. 80 LCo). No obstante, estimo —y ésta es la excepción— que si, al declararse el concurso ya había sentencia ejecutiva sobre el derecho del titular del bien, es innecesaria la nueva declaración de ese derecho en el incidente concursal, porque ya existe título ejecutivo, e incluso puede existir cosa juzgada (art. 53.1 LCo; entendiendo que, en este caso, el tratamiento concursal es, salvo el supuesto del art. 81 LCo, la entrega del bien por la administración del concurso).

a) Incidencia sobre la ejecución de un proceso penal que tenga por objeto hechos o actos que integran el proceso de ejecución

Hay que distinguir, por un lado, el proceso penal que tenga por objeto hechos que son determinantes de la procedencia de la ejecución —que es el caso considerado en el art. 569 LECiv— y el proceso penal que puede referirse a otros hechos o actos de la ejecución o que tienen efectos en la misma.

Entre los segundos, que no tienen expresa regulación legal, se pueden contar los posibles falsos testimonios en que incurran los peritos (art. 459 CP) que actúan en la ejecución en diversos actos, las conductas para la alteración de precios en la subasta judicial (art. 262 CP) o las conductas del ejecutado para crear insolvencia tipificadas en el artículo 257.1.2º CP. La incidencia en la ejecución, que debe quedar limitada a esos actos y a sus consecuencias, ha de instrumentarse a través de las medidas que puede adoptar el tribunal penal al amparo del artículo 13 LECrim («proteger a los ofendidos o perjudicados por el mismo» [el delito]).

En el caso expresamente considerado por el artículo 569 LECiv se establece la suspensión de la ejecución si concurren los siguientes presupuestos:

1ª) Los hechos objeto del proceso penal han de ser hechos que, de ser ciertos, determinarían la falsedad del título, su nulidad —por ejemplo: vicios de la voluntad debidos a coacciones, amenazas, estafa, extorsión—, la invalidez del despacho de ejecución —por ejemplo: por prevaricación del juez— o su ilicitud —posibles formas de estafa relacionadas con la demanda de ejecución por una deuda ya cobrada—.

2ª) La iniciación del proceso penal por tales hechos, sin que baste la simple presentación de la denuncia o la querrela, salvo que las mismas se admitan.

La suspensión corresponde decretarla al tribunal de la ejecución, previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal. El ejecutante puede claudicar la suspensión si presta caución para garantizar la devolución, en su caso, de lo que perciba, más una indemnización por los daños.

Finalizada la suspensión, por terminación del proceso penal o por decisión indefinida del mismo, al tribunal de la ejecución le vincula positivamente a decretar la improcedencia de la ejecución la resolución del tribunal penal que afirme la existencia del hecho y su carácter objetivamente delictivo, aunque, por otras causas, el acusado no haya sido condenado.

Título II

Ejecución de prestaciones dinerarias

ÍNDICE.—EJECUCIÓN DE PRESTACIONES DINERARIAS: ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y ESTRUCTURA DEL MISMO.—ESPECIALIDADES RESPECTO A LOS TÍTULOS EJECUTIVOS. LA DEMANDA EJECUTIVA Y EL DESPACHO DE EJECUCIÓN.—A) Requerimiento de pago y plazo de gracia para el pago.—B) Liquidez de la deuda y modos de liquidación para facilitar el acceso a la ejecución dineraria.—EL EMBARGO DE BIENES: CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN.—OBJETO DEL EMBARGO: DERECHOS EMBARGABLES E INEMBARGABLES.—A) Embargabilidad e inembargabilidad.—B) Derechos de contenido patrimonial.—C) Que la ley no establezca que son inalienables.—D) Que la ley no haga depender su alienabilidad de la de otro derecho.—E) Que la ley no establezca específicamente su inembargabilidad.—PREPARACIÓN DEL EMBARGO.—A) Localización y designación de bienes por el ejecutante.—B) Deber de manifestación de sus bienes por el ejecutado.—C) Deber de colaboración de terceros en la información de bienes embargables.—EMBARGO O AFECCIÓN DE LOS BIENES.—A) Presupuestos del embargo.—B) El acto de embargo.—C) Los efectos del embargo.—LA TERCERÍA DE DOMINIO.—A) Características de la tutela judicial que puede obtenerse con la tercería de dominio.—B) Competencia y procedimiento.—LAS GARANTÍAS DEL EMBARGO.—A) Anotación preventiva de embargo de derechos sobre bienes inmuebles.—B) Depósito judicial.—C) Anotación preventiva de embargo de derechos sobre ciertos bienes muebles.—D) Administración judicial.—E) Órdenes de retención de cantidades y de frutos y rentas.

EJECUCIÓN DE PRESTACIONES DINERARIAS: ADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y ESTRUCTURA DEL MISMO

El proceso de ejecución por prestaciones dinerarias es adecuado —debe ser tramitado o seguido— si el título ejecutivo impone un deber de pago de dinero. Esa imposición puede ser, como dice el artículo 571 LECiv, directa o indirecta.

Es directa si el título establece sin más y solamente una prestación dineraria, con determinación cuantitativa de la misma (deuda líquida) o sin esa determinación, pero, en este caso, con previsión legal de un modo —diferente al proceso de declaración adecuado según las reglas generales— para liquidar la deuda y acceder a la ejecución.

La imposición es indirecta si el título ejecutivo establece una prestación no dineraria (de dar cosa mueble o inmueble, de hacer o de no hacer), pero, en virtud de la concurrencia de circunstancias legalmente previstas en el

desarrollo de los procedimientos de ejecución no dineraria, debe preceder a la ejecución dineraria (véase Cap. 34).

Principalmente son circunstancias de dos clases las que conducen a ello:

1ª) Los casos en que la ley establece que la prestación se realizará a costa del ejecutado. Del patrimonio de éste se extraerá la cantidad de dinero destinada a cubrir la prestación encargada al tercero.

2ª) Los casos en que, según la ley, va no es procedente la ejecución de la prestación en los propios términos del título y la misma ha de sustituirse por su equivalente dinerario o por una indemnización igualmente pecuniaria.

La finalidad de la actividad ejecutiva por prestaciones dinerarias es extraer del patrimonio del ejecutado, de manera inmediata o mediata, la cantidad de dinero necesaria para hacer pago al ejecutante.

Para alcanzar esa finalidad, el procedimiento está configurado por la ley con los siguientes actos:

1ª) Embargo ejecutivo, mediante el cual son afectados o vinculados a la ejecución bienes y derechos determinados del patrimonio del ejecutado para que sobre ellos puedan recaer válidamente los actos subsiguientes del procedimiento ejecutivo. Del embargo ejecutivo se trata en este mismo capítulo.

2ª) Realización forzosa de los bienes embargados, como actividad destinada a la obtención del valor de esos bienes. Esta actividad no es necesaria si el embargo recayó sobre dinero o sobre bienes y derechos inmediatamente transformables en dinero (art. 634 LECiv). En otro caso la ley establece tres medios para la obtención del valor: la venta forzosa, la adjudicación del bien al ejecutante y la administración del bien por el ejecutante para obtener los rendimientos de su producción.

3ª) Pago al ejecutante.

La actividad ejecutiva por prestaciones dinerarias está sujeta, principalmente, a dos regulaciones diferentes:

1ª) Si la ejecución se insta con base en cualquier título ejecutivo que imponga una prestación dineraria, salvo los especiales que se mencionarán a continuación, la actividad ejecutiva está regulada por lo dispuesto en los artículos 571 al 680 LECiv. A su exposición están dedicados este capítulo y el Capítulo 32.

2ª) Si la ejecución se insta con base en un título ejecutivo extrajudicial mediante el que se constituya un crédito garantizado con prenda o hipoteca, y, además, el ejecutante limita la ejecución solicitada al bien pignorado o hipotecado, la actividad ejecutiva está regida por las normas especiales de los

artículos 681 al 698 LECiv. Pero si, después de realizados esos bienes, el valor obtenido no fuera suficiente para satisfacer el crédito del ejecutante, éste podrá pedir el embargo de otros bienes del deudor y los actos subsiguientes con arreglo al procedimiento ordinario de ejecución dineraria (art. 570 LECiv). El procedimiento especial será examinado en el Capítulo 32.

ESPECIALIDADES RESPECTO A LOS TÍTULOS EJECUTIVOS, LA DEMANDA EJECUTIVA Y EL DESPACHO DE EJECUCIÓN

Los elementos del proceso de ejecución, cuyo régimen general ha sido regulado en los Capítulos 29 y 30, son objeto, en algunos de sus aspectos, de una regulación específica. Los aspectos son dos, aunque su importancia es desigual.

1. REQUERIMIENTO DE PAGO Y PLAZO DE GRACIA PARA EL PAGO

La especial oportunidad de pago anterior al comienzo de la ejecución y el embargo se regula de dos modos diferentes, en función de la naturaleza del título ejecutivo. Pero las consecuencias jurídicas de tales regulaciones son similares e inciden sobre el deber de pago por el ejecutado de las costas de la ejecución.

a) Requerimiento de pago en caso de títulos no judiciales, ni arbitrales

Si los títulos son de la naturaleza mencionada no ha sido necesario que haya existido ninguna exigencia de pago, que sirva de advertencia al deudor de la posterior iniciación de la actividad ejecutiva, a diferencia de lo que ocurre si los títulos son judiciales o arbitrales, porque éstos son precedidos de la interposición y estimación de una pretensión de condena o de otra clase de exigencia de la deuda, como la solicitud de conciliación. De ahí que el ordenamiento establezca, como requisito previo al embargo, que se requiera al deudor para el pago del principal y de los intereses devengados.

El requerimiento puede practicarse de dos formas:

1ª) Extrajudicial, por vía notarial, y realizado con un mínimo de diez días de antelación a la presentación de la demanda ejecutiva (art. 581.2 LECiv).

2ª) Judicial, que se realizará según lo dispuesto para este acto de comunicación (art. 581.1 LECiv) y como primer acto siguiente al despacho de ejecución. En este requerimiento el tribunal no puede conceder plazo para el pago, sino que éste debe ser inmediato (art. 581.1 LECiv: «y si no pagase en el acto, el tribunal procederá al embargo»).

Si el requerimiento ha sido practicado de forma extrajudicial y se acompaña a la demanda ejecutiva copia del acta notarial correspondiente que acredite el requerimiento de pago y su falta de resultado, las decisiones respecto del embargo contenidas en el despacho de ejecución deberán ser cumplidas sin demora.

El pago realizado a consecuencia de este requerimiento y dentro del plazo de diez días impedirá, en todo caso, que el deudor deba asumir las costas que desde el inicio de la ejecución. Además, el deudor obtendrá un documento fehaciente (notarial) acreditativo del pago (art. 583.1 LECiv).

Si el requerimiento no ha sido practicado previamente en forma extrajudicial, la eficacia de las decisiones del despacho de ejecución relativas al embargo queda diferida al momento en que el requerimiento se practique sin éxito.

El pago realizado como consecuencia del requerimiento judicial pone fin a la ejecución, pero no exime al ejecutado del deber de asumir las costas causadas por la iniciación de la misma, salvo que justifique que, por causa que no le es imputable, no pudo pagar antes de la presentación de la demanda ejecutiva.

b) Plazo de gracia en caso de títulos judiciales y arbitrales

En estos casos no es preceptivo el requerimiento de pago (art. 580.1 LECiv), cuya función viene a ser cumplida por la notificación de la sentencia del laudo o de las otras resoluciones que completan el correspondiente título ejecutivo.

No obstante, la ley dispone que «el tribunal no despachará ejecución de resoluciones judiciales o arbitrales o de convenios aprobados judicialmente dentro de los veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado».

Aunque la letra de esta disposición no establezca el plazo con referencia a la presentación de la demanda o solicitud ejecutiva —imponiendo una demora a la misma—, sino con referencia al despacho de ejecución, la única consecuencia especial del pago en ese plazo debe ser, a mi juicio, que el ejecutado no ha de cargar con el pago de las costas (gastos de abogado y procurador) que haya podido causar la presentación de la demanda o solicitud.

B) LIQUIDEZ DE LA DEUDA Y MODOS DE LIQUIDACIÓN PARA FACILITAR EL ACCESO A LA EJECUCIÓN DINERARIA

En principio, para que pueda desarrollarse actividad ejecutiva es necesario que la prestación esté perfectamente determinada en el título ejecutivo.

que, de no ser así, éste no podrá cumplir la función de ser la medida de aquella actividad en el aspecto objetivo.

En el procedimiento de ejecución por prestaciones dinerarias esto significa que en el título ejecutivo ha de constar una deuda líquida, es decir, consistente en una suma de dinero cuantitativamente precisada. En este sentido, el artículo 572.1 dispone que «se considerará líquida toda cantidad de dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles. En caso de disconformidad entre distintas expresiones de cantidad, prevalecerá la que conste con letras».

Si esta regla no tuviera excepciones, el acceso a la ejecución por prestaciones dinerarias de un título que no precisara la cantidad requeriría, siempre, de un nuevo proceso de declaración. En algunos casos esto sería injustificado por razones diversas.

En unos casos porque la liquidación requiere una labor meramente técnica. Por ejemplo: la sentencia ha condenado a pagar sesenta mil euros, más intereses del diez por ciento anual desde cierta fecha; la aplicación de la regla del interés simple permite determinar lo debido al ejecutante en concepto de intereses.

En otros, deferir la liquidación a un proceso declarativo conduciría al absurdo de una serie inacabable de procesos. Por ejemplo: los intereses que se devenguen durante la ejecución dependerán de cuándo se pague el principal, pero si no pudiéramos cuantificarlos dentro de la ejecución, sería necesario interponer demandas a cada momento. Para evitar esto la ley ha establecido también la condena a prestación futura (art. 220 LECiv).

En otros casos, en fin, remitir al proceso declarativo adecuado según las reglas generales, sería contrario al derecho a la tutela judicial efectiva, porque la necesidad de acudir a la ejecución dineraria se ha originado dentro de una ejecución por prestación dineraria y en las circunstancias previstas por la ordenación de esa ejecución. Denegar un acceso facilitado a la ejecución dineraria sería negar la ejecución de la resolución judicial o título asimilado en la que se hubiera manifestado la necesidad de acudir, subsidiariamente, a aquella modalidad de ejecución.

A continuación consideraremos los dos modos de liquidación establecidos por la ley y también las cuestiones —distintas, pero próximas a las anteriores— del tratamiento de los conceptos de deuda que pueden experimentar variaciones durante la ejecución y el de los títulos que incorporen deudas en moneda extranjera.

a) Modos de liquidación consistentes en operaciones técnicas

La liquidación no se realiza por resolución judicial y previo un debate entre las partes, sino aplicando unas reglas de cálculo establecidas por la ley o por el título ejecutivo, a unos datos que constan en el título o que son notorios.

a) *Cálculo de intereses ya devengados*

Estos modos de liquidación se aplican, en primer término, a los intereses debidos sobre la base de una deuda principal cuyo importe consta en el título y que ya se han devengado en el momento de la demanda ejecutiva del despacho de ejecución. La cantidad correspondiente se calculará y pondrá en la demanda ejecutiva y se fijará en el despacho de ejecución (art. 572.1.º LECiv).

Se comprenden aquí los intereses ordinarios pactados por el deudor sobre cierto capital, los intereses moratorios establecidos en el Código Civil para el caso de incumplimiento de la obligación de entrega o restitución del capital (arts. 1108 y 1109) y, en fin, los intereses moratorios especiales en caso de condena al pago de cantidad regulados por el artículo 576 LECiv.

Si los intereses fueran variables, la liquidación se practicará de la forma dicha a partir de los diferentes tipos de interés y períodos de aplicación respectivos establecidos en el título—y no con arreglo al artículo 574 LECiv, que, a pesar de su epígrafe, sólo es aplicable si, además, se ha de liquidar el saldo de operaciones en cuenta corriente.

b) *Cómputo a dinero de cosa o especie*

En caso de títulos no judiciales ni arbitrales que incorporen una obligación de dar cosa o especie computable a dinero (art. 520.1.3.º LECiv), el cálculo del valor en dinero —la ejecución sólo puede despacharse de ese modo— se hará en la demanda, con referencia a los datos oficiales o de público conocimiento o, en defecto de los mismos, con referencia a los datos de precio o cotización acreditados por documentos que habrán de acompañarse a la demanda (art. 550.1.3.º LECiv). Contra la cantidad que se fije en el despacho de ejecución cabrá oposición (art. 557.1.3.º LECiv).

c) *Determinación del saldo de operaciones en cuenta*

Se advirtió en el Capítulo 29 que existen operaciones crediticias pactadas en forma documental pública, pero en las que la fijación de la deuda resultante no puede, estrictamente, ser revestida de esa misma forma documental, porque la deuda deriva de una serie de actos cuya certeza no le consta al fedatario público. El notario no podría dar fe, por ejemplo, de las disposiciones y abonos en la cuenta corriente abierta en favor del ejecutado, operaciones de las que también depende la aplicación de intereses y la determinación del saldo final.

Los artículos 572.2 y 573 LECiv —con antecedentes próximos en el art. 1435 LECiv, respecto del cual se desestimó una cuestión de inconstitucionalidad por la STC 14/1992, de 10 de febrero (RTC 1992, 14)— posibilitan una liquidación del saldo, a efectos del acceso a la ejecución, sin necesidad de

que el saldo sea aceptado por el deudor, ni de una previa actividad declarativa judicial. Para ello es necesario que en el título ejecutivo se haya pactado que «la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo».

La operación técnica de aplicación de la cláusula de liquidación ha de respetar las garantías establecidas en el artículo 573 LECiv.

Son las siguientes:

1.ª No basta que el acreedor declare el saldo resultante, sino que el documento en el que se exprese el saldo ha de incluir extracto en el que constarán las partidas de cargo, abono y aplicación de intereses. Incluso hay una aproximación al tema documental de la prueba de los diversos hechos que influyen en la evolución y estado de la cuenta, al posibilitarse la aportación de los justificantes de las partidas de cargo y abono. Estos requisitos dan mayor contenido a la labor del fedatario que diremos después y facilitan la defensa del ejecutado.

2.ª Ha de acompañarse el documento fehaciente que acredite haberse practicado la liquidación en la forma pactada. Con la base del documento público contractual que contiene la cláusula de liquidación, y de los documentos que contienen el extracto detallado de la cuenta y el saldo de la misma, el fedatario ha de comprobar que las operaciones aritméticas previstas en la cláusula han sido correctamente aplicadas a los hechos relevantes que constan en los documentos y conducen al saldo por el que se pide ejecución. Compleja tarea para el fedatario.

3.ª El saldo ha de notificarse al deudor y, en su caso, al fiador. El acreditativo documental de la notificación (sin requerir fehaciencia) integra el título ejecutivo. En cambio, no hay base para entender que la función de la notificación del saldo sea provocar una oposición al mismo que enervaría la eficacia ejecutiva del título.

El incumplimiento de los requisitos formales —es decir, la no aportación de los documentos en los que se cumplimentan— debe conducir a la denegación de oficio del despacho de ejecución (art. 552) y da fundamento para una oposición por el defecto procesal de que el título no tiene los requisitos legales necesarios para llevar aparejada ejecución (art. 559.1.3.º).

Si el desacuerdo del ejecutado deriva de las partidas de abono y cargo anotadas en cuenta y de que ha sido incorrectamente aplicada la cláusula de liquidación, ha de oponerse por motivos de fondo y en la vista correspondiente (que se celebra como la del juicio verbal) puede practicarse prueba adicional a la documental y una pericial contable específica (art. 558.2).

b) *Modos de liquidación consistentes en procedimientos declarativos especiales*

La determinación cuantitativa de la deuda se realiza, en estos casos, mediante un procedimiento declarativo más simple que el que sería adecuado

según las normas generales, y, además, con una estructura ajustada a la específica finalidad de liquidación que se persigue.

LECiv regula los procedimientos especiales de liquidación en los arts. 712 al 720.

a) *Adecuación de los procedimientos de liquidación*

Según el artículo 712 LECiv depende de dos factores.

1º) La clase de liquidación de que se trate, que, según el propio artículo, debe ser la destinada a determinar «el equivalente pecuniario de una prestación no dineraria o fijar la cantidad debida en concepto de daños, perjuicios o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase de administración».

Según este primer criterio, estos procedimientos no son adecuados para pronunciar cuantitativamente cualesquiera pronunciamientos de condena pecuniaria, sino sólo los que tengan el fundamento y objeto que se han indicado. En este sentido, por ejemplo, ha de estimarse incorrecta la STS, Sala de lo Civil, 4 febrero 1997 (RJ 146.678), que estima que la fijación del importe de los alimentos debidos por la relación paterno-filial, que la sentencia declara existente, puede ser establecida en procedimiento que se tramitará en ejecución de sentencia.

2º) Que, de acuerdo con la ley, la cuantificación de la deuda dineraria «deba determinarse en la ejecución de sentencia».

Este segundo factor se da en diferentes supuestos de la ejecución dineraria cuando, según las circunstancias concurrentes y la ordenación legal de esa ejecución, la misma no ha conducido al cumplimiento en sus propios términos del título ejecutivo (arts. 701.3, 702.2, 703.3, 706.2, 708.2, 709, 710 LECiv), y también en supuestos en los que la actuación procesal de una parte ha originado para la misma una responsabilidad indemnizatoria, cuyo importe ha de cuantificarse (por ejemplo, daños y perjuicios causados por la suspensión del proceso por prejudicialidad —arts. 40.7, 569.2 LECiv—, o por una medida cautelar que deba seralzada por éxito de la oposición o por la desestimación de la demanda principal —arts. 742, 745 LECiv—).

En el primer grupo de supuestos la resolución del procedimiento de liquidación no condiciona el inicio de la ejecución —dado que ésta ya ha sido despachada como ejecución no dineraria—, sino un cambio en el modo de llevarla a cabo. En los supuestos del segundo grupo la resolución de liquidación integra el título ejecutivo y, por tanto, debe ser previa al inicio de la ejecución.

En cambio, el factor de la previsión legal de liquidación en el proceso de ejecución no concurre en el caso de sentencias denominadas de condena con reserva de liquidación. Según el artículo 219 LECiv, o bien la liquidación puede practicarse mediante «una pura operación aritmética» o habrá que

para un pleno posterior los problemas de liquidación concreta de las cantidades».

El artículo 219 LECiv no se refiere expresamente a los laudos arbitrales, ni a las resoluciones judiciales, pero hay razones para entender que también es aplicable a los mismos.

b) *Modalidades de procedimientos de liquidación*

La LECiv prevé modalidades de procedimiento, que son aplicables en función de la clase de liquidación a practicar:

1º) Si se trata de una obligación de indemnizar daños y perjuicios o de fijar el equivalente dinerario de una prestación no dineraria (arts. 713-714 LECiv), el procedimiento empieza con una tasación del ejecutante; si el ejecutado presta conformidad expresa o tácita a la misma la liquidación se acuerda. Si hay disconformidad se resuelve tras un juicio verbal con prueba.

2º) Si se trata de una obligación de restituir cantidades percibidas en concepto de frutos, rentas, utilidades o productos (arts. 718-719 LECiv), el procedimiento comienza con una tasación del ejecutado. Si hay disconformidad del ejecutante se resuelve tras un juicio verbal con prueba. Si el ejecutado no presenta su tasación, la puede presentar el ejecutante y se seguirá después el procedimiento del número 1º.

3º) Si se trata de una obligación de rendir cuentas de una administración y de entregar el saldo (art. 720 LECiv), se sigue el procedimiento del número 2º.

c) *Tratamiento, a efectos del despacho de ejecución, de los intereses futuros y de las costas de la ejecución*

En estos dos casos no puede hablarse de liquidación porque, en el momento de la demanda ejecutiva y el despacho de ejecución, ni se han devengado los intereses, ni se han causado de las costas.

No obstante, la ley permite que se haga un previsión del posible importe de ambos conceptos, que se incluirá en la cantidad por la que se despacha ejecución, sin perjuicio de la fijación definitiva de lo debido, al término de la ejecución.

Por regla general, la suma prevista con este fin no puede exceder del treinta por ciento del principal e intereses vencidos reclamados en la demanda ejecutiva. El tribunal puede fijar una cantidad superior a ese porcentaje, si el ejecutante alega y justifica concretas razones para ello (art. 575.1 LECiv).

d) *Ejecución por deudas en moneda extranjera*

El título ejecutivo puede imponer la prestación dineraria en una moneda extranjera.

Por ejemplo, por haberse pactado en moneda extranjera la deuda establecida en un título no judicial ni arbitral (art. 520.1.2º LECiv), por condena de un tribunal español al cumplimiento de una deuda pactada en moneda extranjera (art. 113 párr. 1º CC), o por exequatur de sentencia de condena de un tribunal extranjero en su moneda nacional.

En la demanda ejecutiva ha de pedirse la cantidad de moneda extranjera establecida en el título, y en el despacho de ejecución ha de disponerse que ésta se dirige a entregar al ejecutante esa suma de moneda extranjera (art. 577.1 LECiv). La misma regla es aplicable a los intereses ordinarios y a los moratorios generales, si, como es normal, se hubieran pactado en la misma moneda que la deuda principal.

En cambio, los intereses moratorios procesales y las costas, en cuanto son debidos en virtud de normas procesales españolas, se devengan en moneda nacional (art. 577.1 LECiv) y su liquidación o cálculo no plantea problemas adicionales a los antes vistos, salvo los derivados de la fijación de la cantidad que opera como base para el cálculo de porcentajes.

Si existiera la plena seguridad de encontrar en el patrimonio del ejecutado, en el momento de realizar el embargo, la cantidad de moneda extranjera suficiente para hacer pago al ejecutante, no sería necesario que la ley contuviera previsiones especiales en esta materia.

Pero esa seguridad no existe, y, además, la ejecución ha de ser despachada antes del embargo, fijando la cantidad por la que se ejecuta (art. 553.1.2º LECiv), que sirve para determinar qué bienes han de ser embargados atendido su previsible valor de cambio (art. 584 LECiv).

De ahí que resulte imprescindible determinar el valor en moneda nacional de la moneda extranjera adeudada, para que sirva de referencia en cuanto a los límites cuantitativos del embargo. Es decir, para determinar cuantos bienes han de ser embargados con vistas a obtener la moneda nacional necesaria para adquirir la moneda extranjera que debe ser entregada al ejecutante.

Para este efecto el artículo 577.2 LECiv establece dos modos de cálculo:

1º) Si la moneda extranjera tiene cotización oficial en España, la cantidad de referencia para el embargo se calculará aplicando a la suma de moneda extranjera el cambio oficial en moneda nacional (precio vendedor) del día del despacho de ejecución.

2º) Si no tiene cotización oficial (véase, por ejemplo, el caso de la STC 116/1985, de 17 de diciembre, referida a la fijación del valor del franco suizo), se aplicará provisionalmente un tipo de cambio que el tribunal, en el despacho de ejecución, estime adecuado, atendidas las alegaciones y acreditaciones documentales que presente el ejecutante con la demanda. Para la precisa y definitiva fijación del tipo de cambio se seguirá el procedimiento de liquidación de los artículos 714 al 716 LECiv, lo que respeta el criterio de la STC antes mencionada.

No obstante, si con posterioridad a la fijación del tipo de cambio para proceder al embargo, se produjeran movimientos de apreciación o de depreciación de la moneda nacional en relación con la extranjera, de modo que fuera necesaria, respectivamente, una menor o mayor cantidad de moneda nacional para adquirir la moneda extranjera debida, se podrá instar por la parte que, en cada caso, esté interesada la reducción o la mejora del embargo (art. 612 LECiv). Lo decisivo es que, en el momento del pago, el ejecutante reciba la cantidad de moneda extranjera establecida en el despacho de ejecución o, si no fuera posible, cantidad equivalente de moneda nacional en ese momento.

II. EMBARGO DE BIENES: CONCEPTO Y JUSTIFICACIÓN

La injerencia del tribunal en el patrimonio del ejecutado para alcanzar el fin de la ejecución (la plena satisfacción del ejecutante, según el art. 570 LECiv) no se realiza ni de un modo arbitrario, ni siquiera del modo que el tribunal estime discrecionalmente más idóneo para conseguir el fin, sino que está sometida a una ordenación legal. La potestad de hacer ejecutar lo juzgado está sujeta a las normas de procedimiento que las leyes establezcan (art. 117.3 CE), aunque la estructura del procedimiento sea diferente a la del proceso de declaración.

En la ejecución por prestaciones dinerarias, el embargo de bienes es el primer acto específico —diferente a los comunes de demanda ejecutiva y despacho de ejecución— del procedimiento de ejecución por tales prestaciones, y ello porque consiste en una afección o vinculación de bienes concretos a la ejecución despachada, lo que constituye presupuesto de que sobre tales bienes pueden recaer válidamente los posteriores actos de realización forzosa que posibilitarán el pago al ejecutante.

Esta formalización —establecida por la ley— de la afección de bienes concretos del ejecutado a la ejecución, está justificada por muy diferentes razones:

1º) Salvaguardar el objetivo de la ejecución dineraria, garantizando que sólo serán sometidos a la misma los bienes que puedan ser objeto de los modos de realización forzosa previstos por la ley.

2ª) Proteger el derecho del ejecutante, regulando medios para conocer el patrimonio del ejecutado y para asegurar la eficacia de la afección decretada.

3ª) Tutelar derechos e intereses del ejecutado que, a pesar de la ejecución, siguen mereciendo tutela: que la ejecución no afecte a más bienes que los necesarios para conseguir el fin del pago, previa realización forzosa y, en su caso, que no afecte a determinados bienes que, en atención a intereses que el ordenamiento considera preferentes, están sustraídos a la actividad ejecutiva.

4ª) Proteger los derechos e intereses de terceros. Esta justificación tiene una pluralidad de manifestaciones: formalizada la afección en bienes concretos, el tercero puede comprobar que se ha producido un error —por pertenecerle el bien a él, y no al ejecutado— e impugnar la afección antes de que el bien sea adjudicado en la realización forzosa; con las garantías de la afección los terceros son advertidos de los riesgos de la adquisición de bienes embargados. En fin, los terceros acreedores pueden apreciar si les conviene hacer valer las preferencias que, según la ley, tengan sus créditos, o pedir embargo preventivo en el proceso declarativo que inicien —porque hay riesgo de que los bienes no sean suficientes para que la sentencia que obtengan pueda ser efectivamente ejecutada—.

El embargo puede conceptuarse como el acto del juez por el cual son afectados a la ejecución bienes concretos del ejecutado, y que tiene unos efectos específicos, entre los que cabe destacar el de posibilitar la realización forzosa de esos bienes y el de conferir al ejecutante una preferencia de cobro sobre el producto de esos bienes, salvo que el tribunal determine la preferencia de otro acreedor, por estimar una tercería de mejor derecho interpuesta por el mismo.

El embargo ejecutivo ha sido estudiado, en la literatura jurídica española, por CARRERAS LLANSANA y CACHÓN CADENAS, de cuyas aportaciones se ha servido esta exposición.

OBJETO DEL EMBARGO: DERECHOS EMBARGABLES E INEMBARGABLES

Uno de los requisitos del acto procesal es su objeto, que es la entidad a la que se refiere el acto y sobre la que recaen los efectos del mismo.

Para que el acto sea válido y eficaz, el objeto del mismo ha de ser idóneo según la ley.

A) EMBARGABILIDAD E INEMBARGABILIDAD

Para el acto procesal —específicamente, judicial— de embargo, este requisito se concreta en el régimen de la embargabilidad, como conjunto de normas que de manera positiva (bienes embargables), pero sobre todo de manera negativa (bienes inembargables), determina sobre qué entidades puede recaer el embargo para ser válido y eficaz.

Los requisitos de embargabilidad e inembargabilidad pueden ser abstractos o concretos. Los primeros pueden ser comprobados sin necesidad de entrar en consideración quiénes son las partes y cuál es la cantidad por la que se ha despachado ejecución. Los requisitos de la embargabilidad en concreto —pertenencia de los bienes al ejecutado, suficiencia cuantitativa del embargo y orden de los bienes a embargar— requieren atender a los elementos subjetivos y objetivos de una ejecución en concreto.

En este apartado nos ocuparemos de la embargabilidad en abstracto. Los otros requisitos de la embargabilidad se examinarán al tratar de los presupuestos del acto de embargo.

Esta distinción en el régimen de la embargabilidad refleja también la diferente consecuencia que tiene la infracción de las normas que lo regulan: la de las normas de embargabilidad en abstracto implica nulidad de pleno derecho (art. 609 LECiv), mientras que en los otros casos es necesaria la impugnación del ejecutado o de un tercero para ello.

B) DERECHOS DE CONTENIDO PATRIMONIAL

La ley no define de modo positivo qué puede ser objeto del embargo. En muchas disposiciones establece que puede recaer —o constata que ha recaído— sobre bienes (por ejemplo, arts. 584, 585, 587, 592, etc. LECiv) o sobre bienes y derechos (por ejemplo, arts. 588, 605, 610, etc. LECiv), pero no especifica otras características que éstos deban cumplir.

La necesaria precisión requiere indicar que el objeto del embargo son derechos, y no cosas u objetos materiales, y que aquéllos han de tener contenido patrimonial, porque en otro caso no podrían servir para el fin de la ejecución dineraria.

a) Derechos y no cosas. Situaciones jurídicas de pendencia y situaciones de hecho

Objeto del embargo son derechos y no cosas u objetos materiales. Primero, porque hay derechos que no recaen ni directa, ni indirectamente sobre cosas —derechos sobre prestaciones de hacer o de no hacer, derechos sobre bienes inmateriales—. Segundo, porque sobre una cosa pueden existir diferentes derechos, e importa precisar cuál de ellos ha sido embargado —por ejemplo, el usufructo o la nuda propiedad sobre un inmueble—, porque esto determina, entre otras cosas, el valor de lo embargado.

La expresión derechos se utiliza en sentido amplio, como toda situación jurídica subjetiva de carácter favorable, aunque no haya alcanzado a ser un derecho subjetivo perfecto (por ejemplo, la situación que permite percibir sueldos o pensiones, o intereses y rentas que se devenguen en el futuro).

La necesidad de que sean situaciones jurídicas, es decir, protegidas por las normas, deja fuera las situaciones ventajosas de mero hecho, como, por ejemplo, la clientela de una determinada empresa. Sólo si se embarga la empresa (art. 592.3 LECiv) puede atenderse a ese elemento para determinar el valor de lo embargado.

b) De contenido patrimonial

Los derechos han de tener contenido patrimonial porque lo que justifica su afección a la ejecución es la posibilidad de obtener su valor de cambio y el valor de su rendimiento, y esto no se da con derechos cuyo contenido no sea económico.

Es el caso de los derechos de la personalidad (a la integridad física, al honor, a la intimidad, a la propia imagen, etc.), de los derechos honoríficos, de los derivados de la relación familiar, de los derechos políticos y administrativos.

Los derechos de crédito a indemnización por lesión de estos derechos son embargables, así como también las compensaciones económicas pactadas por el consentimiento del acceso a ámbitos de intimidad o del uso de la imagen.

C) QUE LA LEY NO ESTABLEZCA QUE SON INALIENABLES

La embargabilidad de los bienes inalienables está excluida (art. 605 LECiv), porque no pueden ser destinados a obtener su valor en cambio mediante realización forzosa.

Es necesario que la inalienabilidad se halle establecida por ley formal, dado que también es ley la disposición que establece la regla general de embargabilidad de bienes y derechos.

La inalienabilidad es una cualidad que la ley asigna al bien, por lo que no pueden considerarse incluidas en la misma las prohibiciones de disponer que afecten al titular del derecho respecto de éste. Lo que ocurre es que quien adquiera el bien en la ejecución lo adquirirá con esa limitación.

Si el bien es inalienable, pero es productivo y no hay norma que establezca la inembargabilidad de sus rentas y frutos, puede sostenerse su embargabilidad para ser destinado a la administración forzosa, porque este medio de realización forzosa puede ser solicitado por el ejecutante sin necesidad de haber sometido, previamente y sin éxito, el bien a los medios de enajenación forzosa.

La inalienabilidad puede estar establecida por normas de diferente naturaleza.

a) Inalienabilidad por normas de Derecho público

Los supuestos más destacados son los siguientes:

1ª) Bienes de dominio público estatal, autonómico y local (art. 132 CE, Estatutos de Autonomía, art. 80 Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local).

2ª) Los bienes comunales, que forman parte del patrimonio de las entidades locales (art. 80 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local).

b) Inalienabilidad por normas de Derecho privado

Se da, entre otros, en los siguientes supuestos:

1ª) Los derechos de uso y habitación (art. 525 CC). Se asimila a este régimen el derecho al uso de la vivienda familiar asignado, en proceso matrimonial, al cónyuge no titular del inmueble.

2ª) El derecho a percibir alimentos (art. 151.1ª CC), aunque el crédito por las pensiones devengadas y no pagadas es transmisible (art. 151.2ª CC) y, por lo tanto, embargable.

D) QUE LA LEY NO HAGA DEPENDER SU ALIENABILIDAD DE LA DE OTRO DERECHO

La circunstancia de que un derecho sea accesorio de otro y no pueda ser enajenado con separación de este último, no excluye la embargabilidad del derecho accesorio, sino que sólo impone que su embargo se produzca conjuntamente con el del derecho principal.

Algunos supuestos de estos derechos accesorios son los siguientes:

1ª) Las servidumbres, que según el artículo 534 CC son inseparables de la finca a la que pertenecen.

2ª) Los derechos accesorios de un derecho de crédito, como las garantías reales (prenda, hipoteca) y personales (fianza) y el derecho de retención que acompaña a ciertos derechos de crédito de acuerdo con la ley (por ejemplo, art. 1600 CC).

3ª) Los derechos de tanteo y retracto que la ley atribuye a los titulares de ciertos derechos (por ejemplo, arts. 1522 y 1523 CC).

4ª) Los derechos de los propietarios de pisos y locales sobre los elementos comunes del inmueble en régimen de propiedad horizontal (art. 396, párr. 2ª CC).

E) QUE LA LEY NO ESTABLEZCA ESPECÍFICAMENTE SU INEMBARGABILIDAD

En ocasiones la ley une la declaración de inembargabilidad a la de inalienabilidad, lo que es innecesario porque, como hemos visto, la segunda incluye por sí sola la primera.

En otros casos se establece estrictamente la inembargabilidad. El artículo 605.4º y el artículo 606 LECiv —que es una de las disposiciones a las que se remite el primer artículo citado— disponen la necesidad de ley formal para las declaraciones de inembargabilidad.

Pocas de estas declaraciones se hallan en la LECiv y están incluidas sistemáticamente en el régimen de la ejecución dineraria. Es el caso de las contenidas en los artículos 606, 607 y 608 LECiv. En su mayor parte estas declaraciones están formuladas en otras leyes reguladoras de derechos y situaciones jurídicas a las que el ordenamiento considera merecedoras de especial protección.

Por otra parte, el alcance de las declaraciones de inembargabilidad depende de su configuración legal, que delimita la inembargabilidad en un doble aspecto:

1º) Derechos a los que afecta: por ejemplo, en el caso del artículo 86 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (concesiones de servicio público reguladas permanentemente de transporte de viajeros) afecta a la concesión, los vehículos, instalaciones y rendimientos, salvo un porcentaje de estos últimos que es embargable.

2º) Calidad del crédito por el que se ejecuta. Hay normas de inembargabilidad que no son aplicables si la ejecución se realiza por créditos de determinada calidad. Por ejemplo, la inembargabilidad de sueldos y pensiones no alcanza a la ejecución de resoluciones de condena al pago de alimentos legales y de alimentos a hijos y cónyuge en procesos matrimoniales (art. 608 LECiv); los abonos a cuenta del precio de contratos administrativos son inembargables, salvo para el pago de salarios y cuotas sociales de los trabajadores empleados en la ejecución del contrato y para el pago de subcontratistas y suministradores por obligaciones contraídas para la ejecución del contrato (art. 200.7 Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público).

Veamos, sin pretensiones de exhaustividad y clasificados —con finalidad sólo didáctica— en atención a su justificación, algunos supuestos de inembargabilidad.

a) Para garantizar el correcto funcionamiento del Estado y las Administraciones Públicas

La inembargabilidad alcanza, sin limitación, a los bienes de dominio público y a los bienes y derechos del Patrimonio Nacional (art. 6.2 Ley del Patrimonio Nacional).

En cambio, la inembargabilidad de los bienes patrimoniales de las Administraciones públicas ha experimentado importantes reducciones para ajustarla a las exigencias constitucionales.

La STC 166/1998, de 15 de julio (RTC 1998, 166), declaró inconstitucional, por contrario al derecho a la tutela judicial efectiva como derecho a la ejecución, que la inembargabilidad establecida por el art. 154.2 de la Ley de Haciendas Locales no sólo se extendiera a los bienes de dominio público y comunales, sino también a los patrimoniales no afectos al uso o servicio público. El actual art. 173.2 de la ley citada (Texto Refundido aprobado por RD Leg 2/2004, de 5 de marzo) establece que son embargables los bienes patrimoniales «no afectos a un uso o servicio público».

Disposiciones de similar contenido referidas a bienes patrimoniales de la Administración General del Estado y de organismos dependientes de la misma han sido recientemente modificadas.

El art. 30.2 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre) y el art. 23.1 de la LCP (Ley 47/2003, de 26 de noviembre) limitan la inembargabilidad a los bienes y derechos patrimoniales en los que concurre alguno de estos tres requisitos:

1º) Estar materialmente afectados a un servicio público o a una función pública.

2º) Tener sus rendimientos o el producto de su enajenación un destino legalmente fijado y distinto al perseguido por la ejecución en la que se ha intentado afectar esos bienes y derechos.

3º) Tener la condición de valores o títulos representativos del capital de sociedades estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Aunque los bienes y derechos en que no concurren esos requisitos podrían ser embargados y posteriormente destinados a la realización forzosa y al pago al ejecutante, en principio deberá ser requerido, a los efectos de la ejecución de la resolución judicial, el órgano administrativo competente por razón de la materia. Este órgano acordará el pago con arreglo al presupuesto y, en su caso, tramitará la modificación presupuestaria necesaria, que deberá estar concluida en un plazo de tres meses desde la notificación de la resolución judicial a cuya ejecución se procede (arts. 30.3 Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas; 23.2 y 3 LCP).

b) Protección de la dignidad de la persona y razones de política social

Con esta justificación se establecen diversos supuestos de inembargabilidad:

1º) Según el artículo 606.1º LECiv «El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combus-

tible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia».

2º) De acuerdo con el artículo 606.2º LECiv «Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada».

3º) Las cantidades netas que se perciban en concepto de retribución actual o diferida (pensiones) por el trabajo dependiente o por cuenta propia, hasta el importe del salario mínimo profesional (art. 607.1, 5 y 6 LECiv).

Si la cuantía percibida excede de la del salario mínimo, el exceso es embargable según la escala porcentual progresiva establecida en el artículo 607.2 LECiv. Los porcentajes pueden rebajarse discrecionalmente por el tribunal en atención a las cargas familiares que recaigan sobre el ejecutado (art. 607.4 LECiv).

Como se advirtió más arriba, esta norma de inembargabilidad no es aplicable si se ejecuta por deuda de alimentos legales (art. 608 LECiv).

4º) Inembargabilidad de las rentas vitalicias constituidas con arreglo al artículo 1807 CC.

5º) Inembargabilidad de las concesiones de tierras para constituir explotaciones familiares o comunitarias agrarias, aunque pueden embargarse los frutos con ciertos límites (art. 31.3 Ley de Reforma y Desarrollo Agrario).

c) Garantía de la prestación de servicios de transporte público por diversos medios

Además del supuesto de inembargabilidad ya citado y relativo a las concesiones de transporte regular de viajeros por carretera, hay otros legalmente diseñados para evitar que la actividad ejecutiva provoque la interrupción del servicio en diferentes medios de transporte.

Por ejemplo, los siguientes:

1º) Las explotaciones ferroviarias de transporte público, así como los vehículos, instalaciones, terrenos y dependencias afectas al servicio, sean de titularidad pública o privada (art. 153.2 Ley de Ordenación del Transporte Terrestre).

2º) Las aeronaves pertenecientes a empresas dedicadas al tráfico aéreo pueden ser embargadas, pero el embargo no debe dar lugar a la interrupción del servicio (art. 132 Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Normas reguladoras de la Navegación Aérea).

3º) La concesión de autopistas de peaje y los bienes adscritos a la construcción y explotación de las mismas están sujetas a limitaciones de embargo (art. 13 Ley 26 de febrero de 1953).

d) Protección de bienes de interés general

En atención a esta causa son inembargables:

1º) Los montes catalogados, aunque no las rentas o aprovechamiento de los mismos (art. 2.2 Ley de Montes).

2º) Los montes vecinales en mano común (art. 2.1 Ley de 11 de noviembre de 1980).

3º) Los productos extraídos de aprovechamientos mineros que deban ponerse a disposición del Estado. Es embargable, no obstante, el importe de su valoración oficial (art. 115.2 Ley de Minas).

e) Otras razones de interés público

Son inembargables los bienes sacros y los dedicados al culto por las confesiones religiosas legalmente registradas (art. 606.3º LECiv), lo que puede justificarse en lo dispuesto por el artículo 16.3 CE.

También las cuotas sindicales (art. 5.3 Ley Orgánica de Libertad Sindical).

El artículo 8.8 Ley de Planes y Fondos de Pensiones declara inembargables los derechos consolidados del partícipe hasta que concurran las causas para hacer efectivas las prestaciones (fallecimiento, enfermedad grave, desempleo de larga duración). El embargo ha de limitarse al derecho a percibir la prestación en el futuro, pero no permite la liquidación actual de los derechos en el momento del embargo. Probablemente esta limitación se justifica por razones de interés público ligadas a la implicación entre esta materia y la política fiscal. El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite una cuestión de inconstitucionalidad referida a la disposición mencionada.

PREPARACIÓN DEL EMBARGO

Presupuesto lógico del acto de embargo es que el tribunal tenga información sobre bienes que puedan ser embargados, referida a todos los datos que son relevantes para un embargo válido y eficaz (pertenencia al ejecutado, posibles gravámenes y otras limitaciones al derecho que influyan en su valor y, por consiguiente, en la aplicación del orden de embargo).

Si el ejecutante tiene esa información y, en virtud de la misma, designa los bienes para que el tribunal constituya el embargo, se puede prescindir

de la preparación del embargo y limitarse a lo esencial, que es el acto de afectación.

No obstante, es frecuente en la práctica que el ejecutante carezca de esa información o la tenga incompleta, en buena medida porque el deudor ejecutado no tiene una situación patrimonial transparente e incluso, buscando la ilicitud civil y penal o incurriendo de lleno en la misma, oculta sus bienes impidiendo el embargo.

La efectividad de la ejecución dineraria necesita, consecuentemente, que la ley establezca medios de investigación del patrimonio del ejecutado.

A) LOCALIZACIÓN Y DESIGNACIÓN DE BIENES POR EL EJECUTANTE

El ejecutante puede tener conocimiento de bienes del ejecutado, sin haber realizado una actividad específica de investigación (piénsese en el supuesto de dos agentes económicos que hubieran tenido largas relaciones comerciales, con oportunidad de conocer su respectiva solvencia), o realizando una investigación que la ley procesal no es necesario que regule, porque la puede hacer privadamente el ejecutante (registros públicos accesibles a todos en general o a los interesados, en los que consta la titularidad de derechos del ejecutado —véanse arts. 221-222 bis LH; arts. 77-80 RRM; estas disposiciones son supletoriamente aplicables al Registro de Bienes Muebles; actuaciones de profesionales de la investigación privada).

En tal caso, el ejecutante puede solicitar el embargo de esos bienes en la misma demanda ejecutiva (art. 549.1.3ª LECiv) y, si el tribunal entiende que concurren los presupuestos que examinaremos después, puede incluso decretar el embargo en el auto de despacho de ejecución (art. 553.1.4ª LECiv).

B) DEBER DE MANIFESTACIÓN DE SUS BIENES POR EL EJECUTADO

Junto a la anterior posibilidad procesal del ejecutante, la ley (art. 589 LECiv) establece un deber del ejecutado de proporcionar información.

El contenido del deber del ejecutado es declarar ordenadamente bienes que le pertenezcan y que sean suficientes para cubrir la cantidad por la que se ha despachado ejecución. No es necesario que declare todos sus bienes, pero si se embargan los declarados no tendrá gravamen a efectos de impugnar el embargo por infracción del orden, aduciendo que existen bienes prioritarios que no declaró. Ha de expresar las cargas y gravámenes, así como la existencia de ocupantes, si son inmuebles, porque todo esto influye en el valor de los bienes (art. 589.1 LECiv).

El cumplimiento de este deber le será exigido mediante requerimiento, que el tribunal ordenará practicar, de oficio, si el ejecutante no ha informado de la existencia de bienes o los designados son insuficientes.

El requerimiento puede ordenarse en el mismo despacho de ejecución (art. 553.1.3ª LECiv) o en cualquier momento posterior en el que conste la situación mencionada.

El incumplimiento del requerimiento —por omisión de la declaración o por ser esta falsa, tardía o incompleta— puede comportar responsabilidad penal por desobediencia grave (art. 589.2 LECiv), pero sobre la misma se resuelve por el tribunal penal en el proceso correspondiente.

Corresponde, en cambio, a la competencia del tribunal de la ejecución acordar la imposición de multas coercitivas para forzar el cumplimiento del deber (art. 589.3 LECiv).

Las multas son periódicas, pero la ley no determina su periodicidad, ni les pone límite temporal. Su importe es discrecional, pero ha de concretarse con arreglo a los criterios del artículo 589.3 LECiv. Su imposición es provisional, en el sentido de que el tribunal puede reducir su importe y condonarlas, si el ejecutado cumple, en definitiva, el requerimiento y alega razones que justifiquen su conducta.

C) DEBER DE COLABORACIÓN DE TERCEROS EN LA INFORMACIÓN DE BIENES EMBARGABLES

Como concreción del deber de todos de prestar la colaboración requerida por los tribunales en la ejecución de lo resuelto (art. 118 CE), los artículos 590 y 591 LECiv regulan un deber de terceros de colaborar en la investigación del patrimonio del ejecutado.

Titulares del deber son todas las personas y entidades, públicas o privadas, que dispongan de información sobre bienes embargables del ejecutado.

La exigencia de cumplimiento del deber depende de tres presupuestos:

1ª) Que el ejecutante no pueda designar bienes suficientes del ejecutado, lo que requiere una justificación, aunque sólo sea argumentativa y no documental, de tal imposibilidad.

2ª) Que justifique, aunque sólo sea argumentativamente, que la persona o entidad dispone probablemente de los documentos y datos necesarios. La ley no permite una inquisición general, ni una investigación a ciegas.

3ª) Instancia del ejecutante, en la demanda ejecutiva o en cualquier momento posterior de la ejecución en que concurren los presupuestos.

Los límites del deber son de un doble orden:

1ª) Los establecidos expresamente por norma legal. Una denegación no puede, en consecuencia, ampararse en disposiciones de rango inferior a legal.

2ª) El respeto a los derechos fundamentales, aunque debe resaltarse que el TC ha entendido que los datos correspondientes a la participación en el tráfico económico no forman parte del ámbito de la intimidad (SSTC, Sala Primera, 375/1983, de 26 noviembre [RTC 1983, 375], 143/1994, de 9 mayo [RTC 1994, 143]), y en todo caso esto no podría oponerse frente a un requerimiento de la autoridad judicial.

El cumplimiento del deber se exige mediante requerimiento dirigido a la persona o entidad correspondiente, y, para forzar el cumplimiento, el tribunal puede imponer multas coercitivas según el régimen antes expuesto.

EMBARGO O AFECCIÓN DE LOS BIENES

El embargo existe «desde que se decreta por resolución judicial o se reseña la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba» (art. 587.1 LECiv).

El acto de afección es, pues, el esencial para la producción de los efectos del embargo. Su realización válida y eficaz depende de que se den unos presupuestos y de que se cumpla la forma exigida por la ley.

A) PRESUPUESTOS DEL EMBARGO

Además de la embargabilidad de los bienes, de acuerdo con lo expuesto antes, han de concurrir los presupuestos que se examinan a continuación:

a) Pertenencia de los bienes al ejecutado

No hay duda de que éste es presupuesto del embargo. Suscita, en cambio, más problemas el grado de certeza exigible sobre esa pertenencia.

En el tráfico jurídico las transacciones se producen sin que el transmitente tenga que demostrar la existencia de cosa juzgada sobre su titularidad del bien. Además, una declaración con eficacia de cosa juzgada respecto de esa pertenencia, sólo daría la máxima garantía de la titularidad frente a alguien, pero no frente a todos en general.

Sobre la pertenencia es necesario, pues, decidir sin ese rigor. Sintéticamente la técnica legal consiste en lo siguiente: requerir una probabilidad

suficiente, permitir, en caso de duda concreta, un examen más profundo, y, en última instancia, atribuir al tercero que afirme ser titular la carga de impugnar la afección.

a) Indicios y signos externos de pertenencia

En principio el tribunal ha de atender a cualesquiera circunstancias que indiquen que la titularidad del bien corresponde al ejecutado.

Si se trata de bienes muebles, la posesión de los mismos (arts. 448, 464.1ª CC) o la de bienes inmuebles en los que se hallen los bienes muebles (art. 449 CC).

Si son bienes cuya titularidad pueda ser objeto de inscripción en registros públicos, puede haber normas que expresamente determinen que se presume que los bienes pertenecen a quien aparece como titular en el registro (art. 38, párr. 1ª LH para bienes inmuebles y derechos reales sobre los mismos; art. 15 de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles). En función de esto, el embargo puede estar fundado, si el bien está inscrito a nombre del ejecutado, o debe excluirse su adopción, si está inscrito a favor de tercero (arts. 593.3 LECiv, 38 LH).

No obstante, si no hay inscripción registral del bien, los criterios de decisión deben continuar siendo las presunciones y los signos externos. De ahí que no se entienda la aparente automaticidad del embargo en el caso del artículo 593.3 LECiv y la necesidad de conformidad de las partes para excluirlo.

b) Examen contradictorio y sumario de la pertenencia

Si las circunstancias concretas hacen dudar al tribunal de la pertenencia al ejecutado, el artículo 593.2 LECiv establece un procedimiento que permite resolver considerando las alegaciones del tercero y, consecuentemente, puede evitarle la necesidad de utilizar la tercería.

El tercero es advertido de la inminencia del embargo. Si en plazo de cinco días no comparece y alega razones en favor de su titularidad del bien, el embargo se decreta, salvo que expresamente las partes estén conformes en que no se practique. Si el tercero alega, el tribunal resolverá con audiencia de las partes y con arreglo a los criterios vistos en el apartado anterior.

c) Tercería de dominio

Si el embargo ha sido trabado, con o sin las actuaciones acabadas de mencionar, el tercero tiene la carga de impugnarlo mediante la tercería de dominio, según el régimen que veremos después.

b) Suficiencia de los bienes

Este presupuesto es el resultado de una comparación entre un término cierto (la cantidad por la que se ha despachado ejecución) y un término inseguro (la suma que pueda obtenerse con la realización forzosa del bien a embargar). No sólo la valoración más rigurosa del bien se realiza después de su embargo (art. 657 LECiv), sino que aun entonces se desconoce la depreciación que puede producirse en la subasta (art. 670 LECiv).

La apreciación de suficiencia ha de hacerse, pues, de modo aproximado. Sin superar de modo obvio los límites de suficiencia (art. 584 LECiv), pero asegurándose de que se alcanzará ésta.

En todo caso, a lo largo de la ejecución puede hacerse un ajuste más realista a la suficiencia, mediante la mejora o la reducción del embargo (art. 612 LECiv).

c) Orden de los bienes a embargar

Para coordinar el interés del ejecutante y el del ejecutado en que el embargo no le cause mayores perjuicios que los necesarios para que cumpla su fin, la ley establece que los bienes existentes en el patrimonio del ejecutado son embargables con arreglo a cierta prelación.

Según el artículo 592 LECiv esa prelación puede establecerse de tres modos, aplicables sucesivamente:

1ª) Por acuerdo de ejecutante y ejecutado, expresado antes de la ejecución —la ley no requiere una forma especial, pero si no se formalizó documentalmente y las partes discrepan, habrán de aplicarse los modos supletorios— o en la misma ejecución —por ejemplo, por coincidencia de designaciones en la demanda ejecutiva y en la manifestación de bienes del ejecutado—.

2ª) Discrecionalmente por el tribunal, que decidirá el orden de embargo «procurando tener en cuenta la mayor facilidad de su enajenación y la menor onerosidad de ésta para el ejecutado». Generalmente el primer criterio incluye el segundo (la más fácil realización produce menos costas y, por tanto, es menos onerosa para el ejecutado), pero si no es así, el tribunal ha de ponderar en concreto la incidencia de ambos criterios.

3ª) Si no pueden aplicarse los dos modos anteriores, la ley establece una prelación legal en el apartado 2 del artículo 592.

Los bienes se embargarán por este orden: «1º Dinero o cuentas corrientes de cualquier clase.

2º Créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo, y títulos, valores u otros instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de valores.

3º Joyas y objetos de arte.

4º Rentas en dinero, cualquiera que sea su origen y la razón de su devengo.

5º Intereses, rentas y frutos de toda especie.

6º Bienes muebles o semovientes, acciones, títulos o valores no admitidos a negociación oficial y participaciones sociales.

7º Bienes inmuebles.

8º Sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales e mercantiles autónomas.

9º Créditos, derechos y valores realizables a medio y largo plazo.

Por otra parte se trata adecuadamente el problema del embargo de empresa. Ya no ocupa el último lugar del orden, lo que técnicamente impedía su aplicación, puesto que antes debían ser embargados los componentes singulares de la empresa, sino que «podrá decretarse el embargo de empresas cuando, atendidas todas las circunstancias, resulte preferible al embargo de sus distintos elementos patrimoniales» (art. 592.3 LECiv).

II) EL ACTO DE EMBARGO

El acto de embargo consiste en la declaración de afección de bienes embargables determinados, que se concretan e identifican en ese acto de afección.

La forma de expresión de ese acto es doble, según el artículo 587.1 LECiv:

1ª) Resolución judicial en la que se decreta el embargo de bienes determinados.

2ª) Reseña de la descripción del bien en el acta de la diligencia de embargo (art. 624.1.1ª LECiv), si para la práctica del embargo la comisión judicial se ha trasladado a locales del ejecutado. Dado que, en este caso, no está presente el juez, la decisión de embargar podrá ser impugnada mediante el escrito del artículo 562.1.3ª LECiv, que da lugar a que se dicte una resolución judicial.

En cualquier caso, es esencial que ese acto se refiera a bienes determinados y suficientemente identificados, porque el embargo de bienes sólo posibles o hipotéticos es nulo (art. 588.1 LECiv), por la razón obvia de que, en tal caso, no se ha podido comprobar la concurrencia en concreto de los presupuestos del embargo.

Para evitar la indeterminación en el caso de embargo de saldos favorables al ejecutado, la ley impone establecer un límite máximo de cantidad embargada, lo que posibilita respetar el presupuesto de la suficiencia.

El embargo no se adoptará si, despachada la ejecución y antes de la afección, el ejecutado consigna la cantidad por la que se ha despachado la ejecución (art. 585, párr. 1º LECiv).

La consignación se diferencia del pago en que el ejecutado no manifiesta intención de allanarse a la pretensión ejecutiva, sino que revela la intención de formular oposición.

Si la oposición no suspende el curso de la ejecución, la consignación podría plantearla sin tener que sufrir, simultáneamente, los efectos desfavorables del embargo. La posición del ejecutante tampoco sufre perjuicio, porque la consignación facilita el inmediato cobro cuando la oposición sea desestimada (art. 586 LECiv).

Dado que es prácticamente difícil una consignación previa al acto de embargo, la ley permite el efecto equivalente de alzar el embargo si la consignación se realiza antes de que la oposición sea resuelta (art. 585, párr. 2º LECiv).

C) LOS EFECTOS DEL EMBARGO

Realizada la declaración de afección del bien a la ejecución, se producen diversos efectos jurídicos.

a) Efectos sobre la continuación de la actividad ejecutiva respecto del bien embargado

El embargo constituye presupuesto de validez de los posteriores actos ejecutivos respecto del bien: la entrega directa al ejecutante lo es de bienes embargados de determinada clase (art. 634 LECiv), el procedimiento de enajenación del artículo 635 LECiv se aplica a ciertos valores embargados, y, en general, los procedimientos de realización forzosa se aplican a bienes embargados (art. 636 LECiv).

Estos efectos se pueden entender, también, de un modo subjetivo, en el sentido de que, con el embargo, el tribunal de la ejecución resulta concretamente investido de la potestad jurídico-pública de realizar forzosamente determinados bienes del ejecutado para hacer pago al ejecutante.

b) Efectos respecto del ejecutado

El embargo no priva al ejecutado de su poder de disposición sobre el bien embargado, de modo que puede transmitirlo y constituir derechos respecto del mismo.

Lo que ocurre es que, objetivamente, transmitirá un bien embargado, es decir, con las limitaciones de estar sujeto a la ejecución.

Subjetivamente, si, en la transmisión, el ejecutado oculta al tercero adquirente que el bien está embargado, incurre en ilicitud civil (dolo) y penal (estafa y otros tipos).

1) Efectos del embargo respecto del ejecutante

Los describe el artículo 613 LECiv, según el cual «el embargo concede al acreedor ejecutante el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización de los bienes embargados a fin de satisfacer el importe de la deuda que conste en el título, los intereses que procedan y las costas de la ejecución». Además, según el apartado 2 del artículo, este derecho se le concede con preferencia procesal respecto de otros acreedores, dado que «sin estar completamente reintegrado el ejecutante del capital e intereses de su crédito y de todas las costas de la ejecución, no podrán aplicarse las sumas realizadas a ningún otro objeto que no haya sido declarado preferente por sentencia dictada en tercería de mejor derecho».

2) Efectos respecto de terceros

Hay que distinguir según la posición jurídica del tercero que resulte afectada por el embargo.

a) Tercero que afirme ser titular del bien antes de trabarse el embargo

Si el bien ha sido embargado como de titularidad del ejecutado, pero el bien pertenecía al tercero, para sustraerlo de la ejecución el tercero ha de impugnar el embargo mediante una tercería de dominio (arts. 594, 595.1 y 613 LECiv).

b) Tercero titular de un derecho de crédito respecto del ejecutado

El embargo le afecta no sólo de hecho, en cuanto puede conducir a la reducción del patrimonio disponible del ejecutado, sino también jurídicamente, porque puede frustrar la preferencia que, según el Derecho material, tenga el crédito del tercero.

Para evitar este efecto desfavorable el tercero tiene la carga de instar, mediante una tercería de mejor derecho que la preferencia procesal de cobro que ha originado el embargo en favor del ejecutante, sea postergada a la preferencia material que corresponde a su crédito (art. 613.2 LECiv).

c) Tercero adquirente del bien ya embargado o de un derecho sobre el mismo

En principio, el embargo le afecta, en el sentido de que, a pesar de la transmisión y sin perjuicio de las acciones que le corresponden frente al transmitente, el bien continuará sujeto a la ejecución.

No obstante, el artículo 587.2 hace la salvedad «de las normas de protección del tercero de buena fe que deban ser aplicadas». Si el tercero adquirió los bienes ignorando su calidad de embargados, hay normas que protegen esa adquisición, lo que comporta la extinción de los efectos del embargo respecto de ese bien. Así, si se trata de bienes muebles, los artículos 464 CC

y 85 y 545 CCom. Tratándose de bienes inmuebles, además de la buena fe, la protección de la adquisición del tercero requiere que la transmisión fuera a título oneroso y que el tercero haya inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad (art. 34 LH).

Cuestión diferente es la vía procesal en la que ha de debatirse y resolverse el tema de si el embargo es o no oponible al tercero adquirente, cuando este bien deviene litigioso.

El problema principal es la carga de la demanda. ¿Basta que el tercero alegue la adquisición de buena fe para que el bien quede sustraído a la ejecución, sin perjuicio de que el ejecutante obtenga, en proceso declarativo, pronunciamiento en el sentido de que la sujeción a la ejecución debe mantenerse? ¿O bien es el tercero el que ha de impugnar el embargo, en proceso declarativo, haciendo valer las normas que protegen su adquisición de buena fe?

Habida cuenta de que el embargo se realizó válida y eficazmente, está más fundada una respuesta afirmativa a la segunda pregunta. Obsérvese que incluso cuando el tercero aduce ser ya titular del bien en el momento del embargo, tiene la carga de interponer tercería de dominio.

Otra cosa es que, si eso ocurre, el bien estará —permítaseme la expresión— «contaminado de litigiosidad», lo que influirá en su depreciación en la realización forzosa.

Una función de las garantías del embargo es, precisamente, evitar o mitigar los problemas que derivan de la transmisión de los bienes embargados.

LA TERCERÍA DE DOMINIO

Por las razones ya apuntadas la tercería de dominio (art. 594-604 LECiv) es un instrumento procesal que guarda inmediata relación con el embargo.

A) CARACTERÍSTICAS DE LA TUTELA JUDICIAL QUE PUEDE OBTENERSE CON LA TERCERÍA DE DOMINIO

En la tercería de dominio se pretende una tutela judicial constitutiva de naturaleza procesal, que tiene por fin exclusivo la extinción del embargo sobre determinado bien, a causa de que el mismo, en el momento del embargo y contra la apreciación errónea del juez, no pertenecía al ejecutado.

Para conseguir ese fin, la tercería se regula como un incidente de la ejecución, en el sentido de que está procedimentalmente vinculada a ésta del modo que luego veremos.

La legitimación activa corresponde a quien, sin tener la condición de ejecutado y antes de realizarse el embargo o afección del bien a la ejecución, fuera titular de ese bien (arts. 594.1, 595.1 LECiv), de modo que el embargo ha sido debido a un error en la apreciación del presupuesto de la pertenencia del bien al ejecutado.

No se requiere la condición de propietario del bien, porque el derecho de propiedad no puede afirmarse respecto de todas las clases de bienes y derechos que pueden ser objeto de embargo, y, a pesar de ello, la tercería sirve a su fin de sustraer de la ejecución bienes embargados por error en cuanto a la titularidad. Requisito es que el tercerista sea titular del derecho erróneamente embargado como del ejecutado.

Legitimado pasivamente lo está el ejecutante, en cuanto resultará perjudicado por el alzamiento del embargo. El ejecutado estará legitimado si él designa el bien como propio, porque la estimación de la tercería negará esta condición a efectos del embargo y conducirá, además, a trabar embargo de otros bienes (art. 600 LECiv).

Objeto de esta tutela judicial específica es, exclusivamente, el alzamiento del embargo sobre el bien erróneamente trabado y de las garantías de la afección adoptadas (arts. 601, 604 LECiv). No lo es el reconocimiento de la titularidad del derecho, que sólo será examinada de modo instrumental o incidental, para resolver sobre la extinción o mantenimiento del embargo (art. 603, párr. 1º, LECiv: «a los únicos efectos de la ejecución en curso»).

Aunque no produce cosa juzgada, no se dan las características causales de la sumaria. Por un lado, no hay limitación de alegaciones y medios de prueba sobre la titularidad. Pero, a pesar de eso, la ley no permite que el pronunciamiento sobre la titularidad tenga otro valor más que el que ha quedado dicho.

B) COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

El artículo 599 LECiv atribuye competencia para conocer de la tercería al tribunal que conozca de la ejecución. Se trata, por tanto, de una competencia funcional, vinculada a la competencia para la ejecución que, en el caso concreto, ya esté atribuida a determinado órgano jurisdiccional. Eso excluye toda necesidad de dilucidar aspectos de jurisdicción, competencia genérica, objetiva y territorial.

Procedimiento adecuado es el juicio ordinario (art. 599 LECiv). La adecuación se determina, pues, por la materia, entendiéndose por materia la propia tutela específica que puede pretenderse con la tercería, no la del derecho cuya pertenencia se hace valer para excluir el embargo. También la cuantía es irrelevante.

La solución legal es desproporcionada al carácter incidental del proceso declarativo de tercería, que hubiera requerido un procedimiento nunca más complejo que aquél en que se hubiera creado el título ejecutivo, de ser éste judicial.

Pero el régimen del proceso ordinario presenta, en este caso, especialidades que se examinan a continuación.

a) Presupuestos especiales de admisión de la demanda

En atención a la necesidad de tutela judicial a la que responde la tercera de dominio, su interposición está sujeta a unos límites temporales:

1ª) No es admisible antes de que el bien sea embargado, aunque se admite si el embargo es preventivo (arts. 596.1, 729 LECiv). Hasta entonces no existe necesidad de tutela y, además, pueden utilizarse los medios preventivos previstos por el art. 593.2 LECiv.

2ª) No es admisible después de que los bienes hayan sido adjudicados por alguna de las modalidades de la realización forzosa. No sólo mediante subasta pública, como erróneamente dice el artículo 596 LECiv. En ese momento el embargo ya ha agotado sus efectos y no puede ser alzado porque no existe. Cuestión diferente es la tutela jurídica que, según el Derecho material, merezca la posición del tercero cuyo bien se embargó por error y fue adjudicado (art. 594 LECiv).

Por las consecuencias que la admisión de la tercera tiene sobre la ejecución —suspensión o genérico entorpecimiento de la actividad ejecutiva— la admisión depende de la aportación de un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión. No está justificado el rigor en la interposición de este presupuesto, porque la seriedad de la pretensión puede también ser garantizada, ahora, con una caución del tercerista, que el tribunal puede exigir discrecionalmente (art. 598 LECiv).

Es dudoso que sea causa de inadmisión o de desestimación por falta de interés, la establecida en el artículo 597 LECiv, en el sentido de no permitir, respecto del mismo bien, ulteriores tercerías basadas en fundamentos existentes en el momento de interponer la tercera anterior.

b) Efectos de la admisión de la tercera

Son dos, según el artículo 598 LECiv:

1ª) Suspensión de la actividad ejecutiva respecto del bien al que se refiere.

2ª) Procedencia de la mejora del embargo —es decir, de la afección de otros bienes—, que se acordará a instancia del ejecutante.

c) Consecuencias de la falta de contestación a la demanda

Según el artículo 602 LECiv la falta de contestación a la demanda de los dos demandados (o del demandado, si sólo se ha debido demandar al ejecutante) constituye tácita admisión de los hechos alegados en la demanda, aunque la estimación de ésta aun dependerá de la apreciación por el tribunal de las cuestiones jurídicas.

d) Resolución y recursos

La resolución debe revestir forma de auto. Sus pronunciamientos versan sobre los objetos que se apuntaron antes y sobre las costas (arts. 603 y 604 LECiv).

Contra el auto que resuelve la tercera cabe recurso de apelación (arts. 599 y 455.1 LECiv). No cabe casación, ni, mientras esté vigente el régimen provisional, recurso extraordinario por infracción procesal.

LAS GARANTÍAS DEL EMBARGO

Desde que se produce el embargo hasta el momento en que culmina la realización forzosa de los bienes y el pago al ejecutante, transcurre un tiempo durante el cual el embargo se halla expuesto a riesgos que afectan a la permanencia de sus efectos, sea porque los bienes pueden desaparecer materialmente (por destrucción o deterioro), sea porque el paso de los mismos a manos de terceros puede dar lugar a adquisiciones de real o aparente buena fe, que dificulten o definitivamente impidan la continuación de la actividad ejecutiva sobre esos bienes.

Las medidas de garantía del embargo, que son distintas según los bienes embargados (arts. 621 al 633 LECiv), no son un componente esencial para la existencia del embargo, sino que, precisamente, presuponen esa existencia y se destinan a proteger su eficacia frente a los riesgos apuntados.

La finalidad de garantía la cumplen de diversos modos:

1ª) Evitan la destrucción o el deterioro de esos bienes, con medidas de custodia y conservación.

2ª) Evitan la transmisión de los bienes a terceros. Cabe pensar, por ejemplo, que el depositario, consciente de las responsabilidades que contrae, mantendrá los bienes a disposición del tribunal; o que, anotado preventivamente el embargo de un inmueble, será de hecho —aunque no lo sea de derecho— difícil que haya compradores dispuestos a adquirirlo.

3ª) Facilitan la conservación de la buena fe de los posibles terceros adquirentes (art. 587.2 LECiv), de modo que, aunque se plantee cuestión litigiosa sobre la subsistencia del embargo por la adquisición de un tercero, es previsible con gran seguridad que la buena fe está excluida y que el embargo es oponible al adquirente. Por ejemplo, la anotación preventiva del embargo de un inmueble en el Registro de la Propiedad, impide que el que lo adquirió con posterioridad alegue con éxito el desconocimiento de la traba, dado que el propio Registro publicaba su existencia.

4ª) Por fin, pueden incluso facilitar procesalmente al ejecutante la resolución de esa cuestión litigiosa. Por ejemplo, si el bien mueble embargado, en vez de hallarse en poder del tercero que dice haberlo adquirido de buena fe, está en poder del

depositario, el tribunal puede emitir órdenes de eficacia inmediata sobre el destino del bien (art. 627.1 LECiv).

A) ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO DE DERECHOS SOBRE BIENES INMUEBLES

Del embargo de derechos sobre bienes inmuebles se tomará anotación preventiva en el Registro de la Propiedad, a instancia del ejecutante. El correspondiente mandamiento se transmitirá por fax (art. 629 LECiv).

Practicada la anotación, la enajenación o gravamen de los bienes anotados no perjudicará a la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación (art. 71 LH).

Los efectos fundamentales de la anotación son dos:

1º) Aunque el bien se transmita a tercero, continuará sometido a la realización forzosa, subrogándose el tercer adquirente en la posición del ejecutado (arts. 38, párrs. 4º y 5º, 134 LH). La anotación impide que los terceros queden protegidos por la fe pública registral.

2º) Otorga preferencia para el cobro del crédito del ejecutante sobre el producto de la realización de los bienes anotados, frente a créditos posteriores (art. 44 LH, 1923.4º CC). Esto supone una especial preferencia material para el crédito del ejecutante, que se añade a la preferencia procesal que ha generado el embargo.

B) DEPÓSITO JUDICIAL

La garantía del embargo sobre bienes muebles es el depósito judicial (arts. 621.1 y 624.1.3º LECiv).

El depósito judicial es la tenencia de bienes muebles por una persona o entidad, para guardarlos y retenerlos a disposición del tribunal, hasta que éste ordene su entrega a determinada persona. No es esencial para el depósito la traslación física de los bienes, sino que el depósito puede ser constituido simplemente sujetando a su régimen jurídico bienes que ya se hallan en poder de una persona (arts. 626.2 y 3, 627.2 LECiv).

Según la clase de bienes el depósito puede ser institucional o personal. El primero corresponde, en virtud de una disposición general, a una determinada entidad —la entidad bancaria que presta el servicio de depósitos y consignaciones judiciales— y es aplicable si se han embargado dinero, divisas convertibles o cuando se produzca el pago de ciertos créditos embargados (arts. 621.1 y 3, 622.1 LECiv). El segundo, que se aplica en caso de embargo de bienes muebles distintos a los anteriores, consiste en la designación por

el tribunal de una persona física o jurídica como depositario de los bienes (art. 626 LECiv).

El depositario tiene los derechos y deberes establecidos en los artículos 621 y 628 LECiv. Además de la responsabilidad civil por incumplimiento de sus deberes, puede incurrir en responsabilidad penal a título de malversación de caudales públicos (art. 435.3º CP, art. 625 LECiv).

C) ANOTACIÓN PREVENTIVA DE EMBARGO DE DERECHOS SOBRE CIERTOS BIENES MUEBLES

En caso de embargo de derechos sobre ciertos bienes muebles está también prevista la anotación preventiva en la sección correspondiente del Registro de Bienes Muebles (art. 629.1 LECiv).

Hasta una regulación más sistemática del régimen de ese Registro, cabe referirse a las siguientes normas que amparan la anotación:

1º) El artículo 68 d) de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, que admite la anotación sobre bienes susceptibles de gravamen hipotecario y pignoraticio.

2º) La disposición adicional 2ª de la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles, que permite la anotación respecto de bienes muebles vendidos con precio aplazado y que puedan acceder al registro mencionado.

D) ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

Es aplicable, en todo caso, si se han embargado empresa o grupo de empresas o acciones o participaciones que representen la mayoría del capital social, del patrimonio común o de los bienes o derechos pertenecientes a las empresas, o adscritos a su explotación (art. 630.2 LECiv). El valor de estos bienes radica en su productividad, de ahí que la garantía del embargo deba consistir en una técnica que, al mismo tiempo que asegura la conservación de los bienes, posibilita mantener e incrementar su productividad.

También puede ser aplicada si se han embargado frutos y rentas, pero es necesario que el tribunal aprecie circunstancias excepcionales que aconsejen esta medida (art. 622.2 LECiv) o que la persona o entidad que, como medida ordinaria de garantía, ha sido requerida para la retención de tales productos a disposición del tribunal, haya incumplido la orden (art. 622.3 LECiv). En definitiva, las circunstancias han de justificar la conveniencia de privar de la facultad de percibir los productos embargados a quien, según una medida de garantía que veremos después, la conservaba.

La administración judicial consiste en la atribución a un tercero de las funciones de gestión del bien productivo embargado o del bien cuyos rendimientos han sido embargados, funciones que serán ejercidas con cierta intervención de los titulares de los bienes y, en todo caso, bajo control del tribunal de la ejecución (arts. 631 al 633 LECiv). De ese modo se asegura una administración guiada por criterios objetivos y se evitan riesgos de deterioro de la capacidad productiva de los bienes por acción u omisión de su titular.

E) ÓRDENES DE RETENCIÓN DE CANTIDADES Y DE FRUTOS Y RENTAS

Si se han embargado derechos a la percepción de ciertas cantidades, o de frutos y rentas, la garantía consiste en un requerimiento a la persona o entidad que deba satisfacerlos —o al propio ejecutado si los percibe directamente (por ejemplo, rendimientos del trabajo independiente)— para que los retenga a disposición del tribunal y, en algún caso, para que los ingrese —también a disposición del tribunal— en la cuenta de depósitos y consignaciones (arts. 621.2 y 3, 622, 623 LECiv).

Una vez ordenada la retención por el tribunal, el pago que el tercero realice al ejecutado o la entrega a cualquier persona no designada por el tribunal, no es válido como cumplimiento de la obligación del tercero (art. 1165 CC), por lo que puede serle nuevamente exigido. El incumplimiento de la orden de retención puede comportar, además, responsabilidad penal (art. 623 LECiv, en relación con el art. 435.3^a CP).

Capítulo 32¹

JOSÉ BONET NAVARRO
JOSÉ MARTÍN PASTOR

SUMARIO.—EJECUCIÓN DE PRESTACIONES DINERARIAS (continuación).—REALIZACIÓN DE BIENES EMBARGADOS.—A) Venta en mercados secundarios o a través de fedatario público.—B) Realización mediante convenio.—C) Realización a través de persona o entidad especializada.—D) Subasta.—E) Administración para el pago.—F) PAGO AL EJECUTANTE.—LA TERCERÍA DE MEJOR DERECHO.—A) Concepto.—B) Requisitos de admisión.—C) Aspectos procedimentales.

EJECUCIÓN DE PRESTACIONES DINERARIAS (continuación)

Los artículos 634 a 680 LECiv, divididos en siete secciones, regulan lo que la Ley de Enjuiciamiento denomina «procedimiento de apremio». Consiste fundamentalmente en las actuaciones conducentes a la conversión a dinero de los bienes en sí o en cuanto a su explotación, a los efectos del pago, con posibilidad de que en supuestos tasados legalmente el ejecutante pueda ser satisfecho mediante adjudicación del bien subastado. A tal efecto, generalmente será necesaria la previa valoración (avalúo) de los bienes embargados (si no fueren de aquellos a que se refieren los arts. 634 y 635 LECiv).

El procedimiento de apremio, integrado fundamentalmente por las actividades de conversión a dinero, será obviamente innecesario cuando los bienes embargables ya consistan en dinero efectivo, o a efectos prácticos puedan tener análoga consideración (saldos de cuentas corrientes y de otras de inmediata disposición; divisas convertibles, previa conversión, en su caso), o cuando se trate de cualquier otro bien cuyo valor nominal coincida con su valor de mercado, o, aunque inferior, el acreedor acepte la entrega del bien por su valor nominal. En estos casos, el artículo 634 LECiv, dispone que se entregarán directamente al ejecutante, por su valor nominal. Y lo mismo se establece cuando los bienes consistan en saldos favorables en cuenta, con vencimiento diferido, si bien esta entrega se efectuará una vez vencidos. A

¹ Este Capítulo ha sido redactado por José Bonet Navarro, salvo los apartados relativos al pago al ejecutante y la tercería de mejor derecho cuyo autor es José Martín Pastor.

tal efecto, el punto 2 del mismo artículo 634 LECiv prevé que el propio tribunal adoptará las medidas oportunas para lograr su cobro, pudiendo designar un administrador cuando fuere conveniente o necesario para su realización.

Para el supuesto de ejecución de sentencia condenatoria al pago de las cantidades debidas por incumplimiento de contratos de venta a plazos de bienes muebles, el punto 3 del mismo artículo 634 contempla igualmente que, previa solicitud del ejecutante, se efectúe la entrega (devolución) inmediata del bien o bienes muebles vendidos o financiados a plazos, por el valor que resulte de las tablas o índices referenciales de depreciación que se hubieran establecido en el contrato.

REALIZACIÓN DE BIENES EMBARGADOS

Para el resto de bienes sí serán necesarias las actividades propias del procedimiento de apremio. Estas actividades son diversas en función de criterios distintos y concurrentes como, por ejemplo, la naturaleza de los bienes (tratándose de acciones y otras formas de participación sociales la enajenación se realizará por fedatario público; tratándose de otros bienes muebles inmuebles, a través del resto de medios de realización). Y dentro de estos últimos, su diversidad dependerá de: a) Las posibilidades de conversión a dinero (si el bien tiene valor en sí mismo, procederá la subasta o la adjudicación; si lo tiene en cuanto a su uso, frutos o explotación, podrá realizarse mediante administración forzosa). b) La voluntad de las partes (convención) o, en ciertos supuestos, a la voluntad del ejecutante (adjudicación).

La generalidad de los medios de realización (salvo por fedatario público y administración para el pago) tienen en común la necesidad de determinar previamente la valoración del bien o bienes que van a ser objeto de realización (para ello se dictan los arts. 637 a 639 LECiv). Igualmente, en todo supuesto de realización de bienes inmuebles hipotecados y pignoralos, se establecen normas sobre subsistencia y cancelación de cargas (art. 642 LECiv).

a) La valoración de los bienes: el avalúo

Salvo en los casos de acciones y otras formas de participación sociales, una vez embargados los bienes, se practicarán las actuaciones precisas para la subasta judicial de los mismos, que se producirá en el día señalado si antes no se solicita y se ordena, con arreglo a lo previsto en la LECiv, que la realización forzosa se lleve a cabo de manera diferente (art. 636.3 LECiv). A tal efecto, previamente procederá la actividad de valoración de los bienes que, conforme a las normas de la sección segunda (arts. 637 a 639 LECiv), se

practicará en todo caso por acuerdo entre ejecutante y ejecutado o, a falta de éste, a través de perito tasador.

El perito será recusable por el ejecutante y el ejecutado que hubiere comparecido conforme las normas previstas de recusación de los peritos en los artículos 124 y 128 LECiv.

A los efectos del nombramiento del perito, dispone el artículo 638.1 LECiv que se designará el perito tasador que corresponda de entre los que prestan servicio en la Administración de Justicia o, en su defecto, podrá encomendarse la tasación a organismos o servicios técnicos dependientes de las Administraciones Públicas que dispongan de personal cualificado y hayan asumido el compromiso de colaborar, a estos efectos, con la Administración de Justicia y, si tampoco pudiera recurrirse a estos organismos o servicios, se nombrará perito tasador de entre las personas físicas o jurídicas que figuren en una relación, que se formará con las listas que suministren las entidades públicas competentes para conferir habilitaciones para la valoración de bienes, así como los Colegios profesionales cuyos miembros estén legalmente capacitados para dicha valoración.

Y según el artículo 639.1 LECiv, «el nombramiento se notificará al perito designado, quien en el siguiente día lo aceptará, si no concurre causa de abstención que se le imputa».

La tasación deberá realizarse por su valor de mercado, sin tener en cuenta, en caso de bienes inmuebles, las cargas y gravámenes que pesen sobre ellos. Y deberá entregarse en ocho días a contar desde la aceptación del encargo por el perito (ampliable mediante providencia y por causas justificadas, en función de la cuantía o complejidad de la valoración).

Las partes y otros acreedores (titulares registrales del bien embargado) podrán presentar alegaciones a dicha valoración, así como informes, suscritos por perito tasador, en los que se exprese otra distinta.

A tal efecto, a pesar de la dicción literal del artículo 639 LECiv, parece necesario —al menos, conveniente— que se dé traslado de la valoración del perito tasador al ejecutado y a los otros acreedores, de modo que en ese caso el «dies a quo» para formular las alegaciones y presentar informes será el siguiente al día de la recepción de la valoración.

El tribunal, a la vista de las alegaciones formuladas y apreciando todos los informes según las reglas de la sana crítica, determinará mediante providencia irrecurrible la valoración definitiva a efectos de la ejecución (art. 639.4 «in fine» LECiv).

b) Subsistencia y cancelación de cargas en bienes inmuebles hipotecados o embargados.

Cuando los bienes transmitidos sean inmuebles, así como —habría que entender— muebles objeto de inscripción registral, el artículo 642.1 LECiv remite a las disposiciones de la misma LECiv sobre subsistencia y cancelación

de cargas. Significa esto que «las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes», quedando el crédito subrogado si el remate se adjudicase a su favor (art. 668.3 LECiv), y se cancelarán las inscripciones y anotaciones posteriores (art. 674.2 LECiv). Lo mismo, conforme a lo previsto en el artículo 642.2 LECiv se estará a lo dispuesto en la misma Ley para la subasta de inmuebles en lo que se refiere a la distribución de las sumas recaudadas (art. 672), inscripción del derecho del adquirente (art. 674) y mandamiento de cancelación de cargas (674.3).

Todas las enajenaciones producidas por convenio o por persona o entidad especializada habrán de aprobarse por el órgano jurisdiccional que conoce de la ejecución mediante providencia (art. 642.2 LECiv). Diversamente, si la transmisión se produce previa subasta el remate se aprobará mediante auto (arts. 670.1 y 674.1 LECiv).

Se produce una curiosa contradicción. El artículo 642.2 prevé la forma de providencia, si bien remite a lo dispuesto por la subasta de inmuebles en lo que se refiere, entre otras cuestiones, a la inscripción del derecho del adquirente y mandamiento de cancelación de cargas. Y a tal efecto, según el artículo 674 «será título bastante para la inscripción en el Registro de la Propiedad el testimonio, expedido por el Secretario Judicial, comprensivo del auto de aprobación del remate, de la adjudicación al acreedor o de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada...». Esta contradicción deberá resolverse, como mantiene la doctrina (PEDRAZ Y MORAL), afirmando que lo que aprueba la transmisión es un auto y no una providencia.

Dado que las cargas anteriores se mantienen subsistentes y el adquirente va a subrogarse en las mismas, se impone que la aprobación se produzca previa comprobación de que la enajenación se produjo con conocimiento por el adquirente de la situación registral que resulte de la certificación de cargas a que se refiere el artículo 636 LECiv (art. 642.2 LECiv).

No regulan las consecuencias de una enajenación sin constancia de que se produjo tal conocimiento por el adquirente. Podría resolverse la cuestión dando conocimiento al adquirente del estado registral, quien tendrá dos opciones: 1ª Conformarse, hayan o no cargas, con lo que quedaría subsanado el requisito y aprobada la enajenación sin mayores problemas. 2ª No aceptarla, de modo que parece que la enajenación no podría ser aprobada. Esta segunda consecuencia resulta dudosa atendiendo a que del tenor de los artículos 668.3, 669.2 y 670.5 LECiv parece deducirse que el adquirente asume las cargas anteriores por el mero hecho de participar en la subasta y resultar adjudicatario.

A) VENTA EN MERCADOS SECUNDARIOS O A TRAVÉS DE FEDATARIO PÚBLICO

Tratándose de acciones y otras formas de participación sociales, en función de que coticen o no, el artículo 635 LECiv distingue entre:

a) Acciones, obligaciones y otros valores admitidos a negociación en mercado secundario, así como bienes que coticen en cualquier mercado regulado, que se enajenarán a un mercado con precio oficial, que se enajenarán de acuerdo a las leyes que rigen los citados mercados (art. 635.1 LECiv).

b) Acciones o participaciones societarias de cualquier clase, que no estén en Bolsa, que se realizarán atendiendo a las disposiciones estatutarias vigentes sobre enajenación de las acciones o participaciones y, en especial, los derechos de adquisición preferente, esto es, a falta de disposiciones estatutarias, a través de Notario o Corredor de Comercio Colegiado (art. 635.2 LECiv).

B) REALIZACIÓN MEDIANTE CONVENIO

Ejecutante, ejecutado y cualquiera que acredite un interés directo en la ejecución tienen la posibilidad de pedir al Juez que convoque una comparecencia con la finalidad de convenir el modo de realización más eficaz de los bienes del ejecutado.

El objeto será generalmente la realización pero no sería excluyente que se acordara a la satisfacción del ejecutante, incluyéndose así posibilidades más allá de la realización como método de conversión de un bien a dinero por ejemplo, una administración para pago, adjudicación directa al ejecutante, dación en pago, pago por tercero, permuta de bienes, servidumbre mediante pago, arrendamiento, ofrecimiento y realización a cuenta del crédito impagado, etc.).

1) La Comparecencia.

La convocatoria a las partes y a quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados será acordada, mediante providencia (frente a ella, cabrá reposición sin efecto suspensivo: art. 451 LECiv) y sin suspensión de la ejecución, cuando el ejecutante se mostrase conforme y siempre que el juez no encuentre motivos razonables para denegarla.

2) Requisitos para que se acuerde la comparecencia

1ª Petición:

Legitimación activa: Ejecutante, ejecutado y quien acredite interés directo (acreedores con derecho inscrito o anotado con posterioridad; acreedores que reembargaron o embargaron el sobrante en proceso de ejecución diferente; terceros ocupantes del inmueble afecto; o el tercer poseedor al que se refiere el artículo 662 LECiv, así como, en general, todo aquel que tenga un derecho real sobre el bien o titular de carga que deba ser extinguido).

Tiempo: Aunque no se expresa, deberá formularse durante la pendencia del proceso de ejecución, y salvo que sea innecesario embargo, una vez practicado éste sobre el bien o bienes a que se refiera, siendo conveniente y no dudosamente imprescindible que se haya realizado previamente el avalúo hasta el momento mismo de la subasta.

Otros autores consideran que debería adelantarse lo suficiente para que no tenga efecto suspensivo. Me inclino por lo contrario. Incluso en este caso podría detraer el efecto suspensivo de la comparecencia cuando ésta devenga imposible sin la suspensión.

Motivación: Nada se dice y no se exige, pero conviene que se motive expresando las ventajas, por más eficaz, de esta forma de realización frente a la subasta.

2º Conformidad del ejecutante:

Forma: No se regula nada sobre el particular. El plazo para manifestar no la conformidad deberá ser prudencialmente breve. Y parece que no debe ser necesariamente expresa (la comparecencia no suspende y se supone que es para un mejor sistema de realización: por ejemplo, solicitud ejecutiva y no oposición de éste). Pero a tal efecto debería articularse un trámite, por el que se le diera traslado al ejecutante de la petición para que dé conformidad expresa o tácitamente con su silencio. Si se opusiera expresamente, en mi opinión vincularía al juez.

3º Falta de motivos razonables para denegarla.

Motivos: No se hallan tasados. Como posible ejemplo se encuentra la solicitud con fines distintos a la obtención de un convenio de realización: ánimo dilatorio o de perjudicar la ejecución, a las partes o a terceros en la misma.

b) Características de la comparecencia

1ª Libertad subjetiva y objetiva: Característica de la comparecencia es, en primer lugar, la amplia libertad tanto en su forma como en el modo de realización de lo acordado.

Subjetivamente, la podrá solicitar todo aquel que acredite interés directo. Se otorga la posibilidad de invitar a otros para que concurren: para que adquieran o incluso para que participen en otras formas de realización o satisfacción. Y todos pueden proponer formas de realización o satisfacción.

Objetivamente, las posibilidades de satisfacción son, como he señalado, amplias. Si bien se muestra cauta a la hora de calificar el precio que resulte de la propuesta formulada por los comparecientes (precio «superior», si bien con el matiz de que lo sea «previsiblemente»). La previsión es ciertamente imprecisa y el resultado final de una subasta es esencialmente incierto. Será necesario acudir a criterios orientados

por la experiencia o la estadística que reflejen qué es, en realidad, lo habitual y, por tanto, previsible obtener. Con todo, que el precio sea «previsiblemente» superior no quiere decir que, al final, pueda no serlo de hecho.

Efecto no suspensivo: Hasta que la comparecencia no culmine con acuerdo (art. 640.3 LECiv), no producirá efecto suspensivo alguno. Será necesario evitar suspensiones «de facto» enmascaradas como posibles dilaciones o ralentizaciones en el juzgado, o no acordando actos ejecutivos ulteriores a partir de que se siga con los actos de la subasta.

Posibilidad de reiteración

Si no se logra el acuerdo y no ha habido suspensión, no habría ninguna particularidad, quedando solamente la posibilidad de repetir la comparecencia cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, a juicio del tribunal, para la mejor realización de los bienes (art. 640.5 LECiv).

Requisitos adicionales en ciertos supuestos

Quizá la adquisición del bien por un tercero sea el objeto del convenio más factible, de ahí que se mencione expresamente (art. 640.2.2ª LECiv). En este caso, se exige que el precio ofrecido sea «previsiblemente superior» y que el tercero afiance o consigne el precio.

En cuanto a este segundo requisito (sobre el primero me remito a lo señalado anteriormente) se plantean algunos problemas: 1º) Plazo en que tal consignación o afianzamiento ha de producirse. No se menciona, si bien parece prever que sea simultáneamente al convenio. Sin embargo, podría ser correcto aplicar analógicamente el artículo 650.1 LECiv, previsto para la consignación de la mejor postura una vez aprobado el remate a favor del mejor postor, de modo que, una vez aceptada la adjudicación y sus condiciones, el «tribunal» concederá un plazo de diez días al adjudicatario para que consigne o afiance. 2º) El porcentaje de la consignación o afianzamiento. Parece que podrá ser aplicable lo dispuesto para la subasta de bienes muebles, exigiendo el depósito que corresponda según la tasación del bien.

Aprobación y cumplimiento del convenio

1ª Aprobación

Al requerir aprobación judicial mediante auto, más la voluntad expresa del ejecutante y ejecutado (art. 640.3 LECiv), el convenio se configura como complejo, contractual y procesal, privado y público (CORDÓN).

La aprobación del convenio se condiciona a que no pueda causar perjuicio a terceros cuyos derechos proteja esta ley, salvo que incluya la conformidad a quienes afectare. Con carácter especial, además, tratándose de bienes susceptibles de inscripción registral, será necesaria para su aprobación la conformidad de los acreedores y terceros poseedores que hubieran inscrito

o anotado sus derechos en el Registro correspondiente con posterioridad al gravamen que se ejecuta.

La conformidad podrá ser tácita, por el hecho de no manifestar oposición a la misma, tras las necesarias notificaciones otorgando un plazo para tal manifestación.

Considero que no es requisito autónomo para la aprobación del convenio que el precio ofrecido sea previsiblemente superior porque: a) La exigencia se limita a la proposición del convenio, nada se menciona para su aprobación. b) Solamente se prevé en el caso concreto de persona que, consignando o afianzando, adquiere los bienes, no para otro medio de realización o satisfacción. c) Permite ofrecer otras ventajas como posible rapidez en la realización, estrategias empresariales o comerciales de futuro entre las partes, en d) Potencia el respeto a la autonomía privada.

En caso de que no se apruebe, no se expresa la forma de la resolución ni los recursos frente a la misma. Opino que adoptará la forma de auto (art. 545.4 LECiv) y será recurrible mediante reposición (art. 451 LECiv).

Será auto porque: 1ª No parece admisible (art. 24 CE) que, como la comparecencia no tiene por regla general efecto suspensivo, el juez se limite a seguir la ejecución sin pronunciarse sobre la aprobación. 2ª El artículo 545.4.2º restringe la forma de providencia a «supuestos en que así expresamente se señale». 3ª No parece que, a pesar del tenor literal del precepto anterior, proceda dictar diligencia de ordenación por el secretario. Atendidos los artículos 206 LECiv y, sobre todo, 245.1 a) y b), y 100 LOPJ, la forma procedente en este caso parece que tendrá que ser la de auto, en el que se motive la denegación: por falta de consentimiento o por motivos «razonables». Especialmente en este último caso, el control de la «razonabilidad» de la decisión de no aprobar solamente sería factible en la medida que la resolución esté motivada.

En caso de que se apruebe, el auto no será apelable pues no tiene carácter de definitivo (su aprobación meramente suspenderá la ejecución; y esta finalizará sólo con su cumplimiento y siempre que se haya obtenido la satisfacción completa del ejecutante).

b) Efecto suspensivo de la aprobación del convenio

La aprobación del acuerdo produce la suspensión de la ejecución en lo que se refiere a los medios de realización ordinarios (subasta, adjudicación y administración forzosas) que resulten incompatibles.

c) Cumplimiento o incumplimiento del convenio

El cumplimiento del acuerdo requiere acreditación, y tendrá como efecto, en caso de que se haya obtenido la satisfacción completa del ejecutante, el fin de la ejecución (art. 570 LECiv); y si ésta es parcial, se producirá en todo caso el sobreseimiento de la ejecución respecto del bien o bienes a que se refiriese (art. 640.4 LECiv).

Siendo el objeto del convenio la enajenación de bien inmueble, será de aplicación el régimen general de subsistencia y cancelación de cargas previsto en el artículo 642 LECiv. Asimismo, el «tribunal» aprobará las enajenaciones previa comprobación de que la transmisión del bien se produjo con conocimiento del adquirente respecto a la situación registral resultante de la certificación de cargas.

La forma de esta resolución aprobatoria, según el artículo 642.2 LECiv, sería la de «providencia». Sin embargo, el artículo 674.1 LECiv se refiere al «auto... de la transmisión por convenio de realización o por persona o entidad especializada». Esta contradicción habría que resolverse a favor de esta última forma.

El incumplimiento dentro del plazo pactado o si, por cualquier causa, no se lograra la satisfacción del ejecutante en los términos convenidos, permitirá a éste pedir que se alce la suspensión de la ejecución y se proceda a la subasta.

Nada se expresa sobre si sería posible solicitar el cumplimiento del convenio o exigir responsabilidades derivadas del mismo. La doctrina se inclina a favor de esta posibilidad, aplicando analógicamente el artículo 476 LECiv/1881 (vigente por la disposición derogatoria segunda) relativa a lo convenido en conciliación, y del artículo 415 LECiv respecto a los convenios alcanzados en la audiencia previa del juicio. También atendiendo a lo establecido en el artículo 415.2 LECiv en relación con el acuerdo homologado judicialmente, que surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados.

C) REALIZACIÓN A TRAVÉS DE PERSONA O ENTIDAD ESPECIALIZADA

Siguiendo la línea iniciada por la Ley de Procedimiento Laboral [art. 201.1 a) LPL], la LECiv introduce la posibilidad de realizar el bien o los bienes a través de persona especializada y conocedora del mercado en que se compran y venden esos bienes y en quien concurren los requisitos legalmente exigidos para operar en el mercado de que se trate; así como por medio de entidad especializada pública o privada (art. 641.1 LECiv). En este último caso, la enajenación se acomodará a las reglas y usos de la casa o entidad que subaste o enajene, siempre que no sean incompatibles con el fin de la ejecución y con la adecuada protección de los intereses de ejecutante y ejecutado.

Caso de no contar con tales reglas, se realizará mediante las propias del mercado, atendidos los intereses de la ejecución y con salvaguarda de los intereses del ejecutante y del ejecutado.

Objeto de este modo de realización será generalmente la enajenación de determinado bien, aunque podría incluir otras posibilidades, como una hipotética administración para el pago en la que la entidad especializada

podiera cumplir funciones de administradora, entregando directamente al ejecutante el saldo resultante.

a) Exigencias, límites y cautelas generales para la adopción de este sistema de realización

Para que el «tribunal» acuerde esta forma de realización, fijando la persona o entidad que realizará el bien, las condiciones (pactadas, usos o reglas de la entidad) y el plazo en que deberá materializarse la realización, es necesario el cumplimiento de unas exigencias, dentro de unos límites y con cautelas tanto generales como particulares.

1ª Solicitud.

Requiere instancia de parte, del ejecutante o ejecutado (no de los interesados). Nada se prevé sobre el tiempo ni la forma de la solicitud. Deberá constar la voluntad inequívoca, con el consentimiento del ejecutante, de que se realicen los bienes a través de una determinada persona o entidad especializada. El «dies a quo» será, como para el convenio, una vez embargado el bien, siendo conveniente que esté realizado el avalúo. Respecto del «dies ad quem», en cambio, no hay razón jurídica que impida absolutamente que se adopte este sistema de realización incluso mientras se practican actos propios de la subasta.

El problema consiste en fijar exactamente el último momento para su solicitud. Partiendo de que la adopción de este modo de realización tendrá efecto sustitutivo y suspensivo de la realización sustituida, el momento último para la solicitud opinamos que sería el que se pongan de manifiesto las posturas y, sobre todo, la mejor. Sin perjuicio de que no deben ser permitidas actitudes tendientes a evitar una aprobación del remate a favor de un eventual mejor postor, soslayando así las previsiones de los artículos 650 y 670 LECiv.

2ª Que las características del bien aconsejen que se adopte esta modalidad.

Esta exigencia del artículo 641.1 LECiv resulta ciertamente indeterminada. No parece que haya modo de establecer criterios «a priori» que permitan discernir cuándo las características del bien puedan aconsejar este modo de realización.

Por la doctrina se interpreta de modo diverso, algunos opinan que se incluirían bienes de especiales características (excluyendo pisos, locales o plazas de garaje); otros consideran que se refiere a todos los que son objeto de subasta. El juez deberá valorar, en función del mercado, las reglas de la experiencia o las alegaciones de los interesados, denegándola cuando no cumpla sus fines: facilidad en la realización, costes razonables, respeto de derechos de las partes y terceros y obtención de buen precio.

3ª Requisitos en la persona o en la entidad: conocimiento del mercado en que se compran y venden los bienes y «requisitos legalmente exigidos».

El conocimiento del mercado y los requisitos legalmente exigidos han de concurrir cuando se trate tanto de persona física como jurídica, sea privada o pública. En caso de que no se acreditasen, cabrá la posibilidad de designar otra persona debidamente habilitada.

Resulta dudoso si la acreditación del requisito corresponde al solicitante o a la entidad, dado que tampoco se prevé un trámite de aceptación por la misma. Quizá podría darse por supuesto en personas públicas, o derivar de la legalidad de su actuación en el mercado concreto en caso de personas jurídicas. En otros supuestos, puede entenderse que concurre a partir de la acreditación del tiempo en que se está actuando en el mercado. En todo caso, hay que atender al tenor del art. 3 de la Ley 10/2003, de 20 de mayo, de Medidas urgentes de liberalización en el sector inmobiliario y transportes por el que «las actividades enumeradas en el artículo 1 del Decreto 3248/1999, de 1 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Junta Central, podrán ser ejercidas: a) Por los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria conforme a los requisitos de cualificación profesional contenidos en su propia normativa específica. b) Por personas físicas o jurídicas sin necesidad de estar en posesión de título alguno, ni de pertenencia a ningún colegio oficial, sin perjuicio de los requisitos que, por razones de protección a los consumidores, establezca la normativa reguladora de esta actividad».

Situación que se mantiene en el RD 1294/2007, de 28 de septiembre, que aprueba los estatutos generales de los Colegios Oficiales de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria y de su Consejo General, que no supone condicionante alguno para el ejercicio de la actividad profesional, manteniéndose la colegiación sometida a «principio de voluntariedad».

1ª Prestación de caución por la persona o entidad especializada privada.

La persona o entidad especializada privada, esto es, todas salvo la entidad pública, deberán prestar caución en la cuantía que el tribunal determine para responder del cumplimiento del encargo (art. 641.2 LECiv).

Se plantean algunas dudas. En primer lugar, la determinación del importe parece que queda a la discrecionalidad judicial, siendo el momento idóneo para su determinación la providencia que acuerde este modo de realización. Tendrá que depender del valor del bien a realizar y de la solvencia de la persona o entidad, y no ha de ser tan alta que haga inasumible el encargo ni tan baja que pierda su finalidad. En segundo lugar, el plazo de aceptación del encargo y la consiguiente prestación de caución quedan igualmente a la fijación discrecional del «tribunal», quien deberá notificarlo a la persona o entidad especializada con la advertencia de perder el encargo si no se acepta éste o no se presta la caución en el plazo fijado.

5ª Determinación de las condiciones en que deba efectuarse la realización.

La resolución determinará las condiciones en que deba efectuarse la realización (por ejemplo, remuneración de la persona o entidad, la forma y condiciones de pago del precio, precio mínimo y plazo máximo). Con carác-

ter general, éstas serán las acordadas por las partes y, a falta de acuerdo, se prohíbe que los bienes sean enajenados por «precio» inferior al 50% del avalúo, y se impone el cumplimiento de los plazos previstos en el artículo 641.5 LECiv.

Asimismo, cabe entender que las reglas tanto generales como las especiales acordadas no podrán ser incompatibles con el fin de la ejecución y con la adecuada protección de los intereses de las partes (ejecutante y ejecutado). Y aunque no se contemple expresamente la salvaguarda de los intereses de terceros para su aprobación, no parece que sean aceptables condiciones que de algún modo puedan suponer menoscabo ilegítimo de los derechos e intereses de los terceros interesados.

De otro lado, como el artículo 642.2 LECiv impone que se apruebe judicialmente las enajenaciones «previa comprobación de que la transmisión del bien se produjo con conocimiento del adquirente, de la situación registral que resulte de la certificación de cargas», cabe afirmar que entre las condiciones de la enajenación deberá consignarse la obligación de la persona o entidad enajenante de hacer conocer al adquirente la situación registral del bien embargado.

b) Exigencias, límites y cautelas particulares para la adopción de este sistema de realización

Los límites y exigencias vistas antes se refuerzan cuando los bienes a realizar son inmuebles en los siguientes aspectos:

1ª Comparecencia

A los efectos de la determinación de la persona o entidad a la que vaya a confiarse la realización y de las condiciones en que ésta deba efectuarse, se impone una previa comparecencia a la que serán convocadas las partes y quienes conste en el proceso que pudieran estar interesados, resolviendo el tribunal lo procedente a la vista de las manifestaciones de quienes asistan (de donde se infiere que la asistencia es meramente una carga).

En la comparecencia podrá revocarse la voluntad por la que se articule este medio de realización, si bien los terceros interesados no tendrán capacidad «per se» para impedir la adopción de este modo de realización por la simple alegación de su voluntad en contra o de la inconveniencia para sus intereses.

2ª Acuerdo cualificado en ciertos casos para que se autorice la enajenación

Será necesario que conste el acuerdo de las partes y de todos los interesados, hayan asistido o no a la comparecencia, para que la enajenación se realice por precio inferior al 70% del valor del inmueble para su subasta con arreglo al artículo 666 LECiv (valor que resulte de deducir de su avalúo las

cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se despacha ejecución y una preferencia resulte de la certificación registral de dominio y cargas).

a) Cumplimiento o incumplimiento del encargo de realización

Observadas las cautelas y respetados los límites establecidos, al final puede o no haberse logrado la realización por este medio.

a) Realización cumplida

Tan pronto como se cumpla se procederá por la persona o entidad correspondiente a ingresar en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones la cantidad obtenida. De ese importe se descontarán los gastos efectuados y lo que corresponda a aquéllas por su intervención.

Sobre los gastos y remuneraciones de la persona o entidad convendrá contar con presupuesto detallado, aceptado y aprobado, para no resultar sorprendidos y para evitar posibles fraudes y abusos. En el caso de gastos no presupuestados, habría que quedar justificada su necesidad y el carácter extraordinario para no haber sido incluido en la relación. El «tribunal», con todo, tendría que controlar los gastos y honorarios contenidos en el presupuesto en cuanto podría derivar un perjuicio al interés de la ejecución y de las partes. Por ese motivo debe reconocerse el derecho de los interesados a impugnar tales honorarios y gastos por indebidos y/o excesivos (FRANCO ARRAO).

La operación requerirá aprobación judicial. A tal efecto, en su caso, se solicitarán las justificaciones oportunas sobre la realización y sus circunstancias.

Esta operación supone comprobar la calidad del encargo, lo que incluiría el no observar indicios de fraude o controlar que se han practicado las suficientes actividades de publicidad.

Abarcará todo el período de realización, con facultad para revocar el encargo en el caso que no se realice con las condiciones pactadas, con las reglas o usos de la entidad, o se observen actitudes en perjuicio de los intereses de la ejecución o de las partes, así como de los terceros interesados.

Si no se aprueba la operación, no cabrá entrega del bien al adquirente y procederá la «restitutio in integrum», es decir, devolución del dinero entregado al adquirente y pérdida de la caución prestada.

Si se aprueba, se devolverá la caución que hubiese prestado la persona o entidad a la que se haya encomendado la realización, y se procederá a distribuir lo obtenido según lo previsto en los artículos 654 y 672 LECiv.

b) Realización incumplida

No llevada a cabo la realización transcurridos seis meses desde el encargo, o el plazo más breve que pudiera haberse pactado, el tribunal dictará

auto revocándolo. No obstante, se concederá nuevo plazo máximo de tres meses para su cumplimiento cuando se justifique por la persona o entidad que la realización no ha sido posible por motivos que no le sean imputables, así como por haber desaparecido ya dichos motivos o por ser previsible la pronta desaparición. Incumplido de nuevo, se revocará definitivamente. Una vez revocado, la caución se aplicará a los fines de la ejecución, salvo que la persona o entidad que la hubiese prestado acredite que la realización del bien no ha sido posible por causas que no le sean imputables.

Las entidades públicas, como vimos, quedaban eximidas de constituir caución (art. 641.2 LECiv). Pero eso no significa que estén exentas de responsabilidad en caso de incumplimiento, por tanto, deberá aplicarse a favor de la ejecución una caución equivalente a la caución. Incluso la sanción de la persona o entidad especializada, privada o pública, puede ser mayor a este mínimo cuando efectivamente se haya producido por importe superior.

La revocación, salvo en el hipotético e improbable supuesto que con los importes aplicados a favor de la ejecución se satisfaga al ejecutante, implica la reanudación de las actividades propias de la subasta judicial.

D) SUBASTA

a) Subasta de bienes muebles

La Sección 3ª, artículos 643 a 654 LECiv, contiene las normas de aplicación para la subasta de todos los bienes que pueden ser objeto de realización forzosa (por tanto, sin incluir los que serán entregados directamente al ejecutante, ni las acciones y otras formas de participación sociales). Estas normas se aplicarán con carácter general a la subasta de los bienes muebles (uno o varios bienes o lotes de bienes); y supletoriamente, en todo lo no contenido en las normas de la siguiente sección, para los inmuebles así como para los muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar al de inmuebles.

a') Actividades preparatorias: La primera actividad a realizar será la valoración de los bienes o avalúo, en los términos vistos antes, fijándose de ese modo el tipo de la subasta. Su resultado podrá provocar cuando de la tasación o valoración definitiva sea previsible que con su realización no se obtendrá cantidad que supere los gastos originados por la subasta que ésta no se convoque (art. 643 LECiv). Si es previsible que se superarán, se procederá a la formación de los lotes por el Secretario Judicial con audiencia de las partes sobre su formación (previo emplazamiento por cinco días).

b') Convocatoria y publicidad de la subasta: Acto seguido, se fijará fecha para la celebración de la subasta, con expresión de la hora y lugar de celebración. En un intento de abaratamiento respecto de la situación en la LECiv/1881, el artículo 645.1 LECiv solamente requiere que se dé publicidad

por medio de edictos (fijados en el sitio destacado, público y visible en la sede del tribunal y lugares públicos de costumbre), de modo que no es preceptiva la publicación en Boletines Oficiales. El edicto deberá incluir pliego con todas las condiciones de la subasta, generales y particulares si las hubiere, y cuantos datos y circunstancias sean relevantes para el éxito de la subasta.

Además, podrá resolverse dar publicidad adicional que resulte razonable, utilizando los medios públicos y privados que sean más adecuados a la naturaleza y valor de los bienes que se pretende realizar, a instancia del ejecutante o del ejecutado y siempre que lo juzgue conveniente el tribunal (mediante providencia), en los términos del párrafo segundo del artículo 646 LECiv. La parte solicitante estará obligada al pago de los gastos que se originen, sin perjuicio de la futura inclusión en la liquidación de costas.

c') Requisitos para tomar parte en la subasta: Impone el artículo 647 LECiv que los licitadores deberán: 1º) Identificarse de forma suficiente. 2º) Declarar que conocen las condiciones generales y particulares de la subasta. 3º) Presentar resguardo de que han depositado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones o de que han prestado aval bancario por el 20% del valor de tasación de los bienes. El ejecutante queda exento de depósito, aunque sólo podrá tomar parte en la subasta cuando existan licitadores.

En el resguardo deberá figurar, cuando se haya dado la circunstancia y a efectos de su devolución, que el licitador realiza el depósito con cantidades recibidas en todo o en parte de un tercero.

Una vez aprobado el remate, procederá la devolución del depósito a cada postor que efectuó el depósito o a la persona que éste hubiera designado a tal efecto, excepto la cantidad que corresponda al mejor postor, la cual se reservará en depósito como garantía del cumplimiento de su obligación, y, en su caso, como parte del precio de la venta. Asimismo, si los demás postores lo solicitan, también se mantendrán a disposición del tribunal las cantidades depositadas por ellos, para que, si el rematante no entregare en plazo el resto del precio, pueda aprobarse el remate en favor de los que le sigan, por el orden de sus respectivas posturas (art. 652 LECiv).

Solamente el ejecutante podrá hacer postura con reserva de la facultad de ceder el remate a un tercero (y lo mismo en los casos en que se solicite la adjudicación).

Con las mismas condiciones, desde el anuncio de la subasta hasta su celebración, podrán hacerse posturas por escrito en sobre cerrado. Los sobres se conservarán cerrados por el Secretario Judicial y serán abiertos al inicio del acto de la subasta. Las posturas que contengan se harán públicas con las demás, surtiendo los mismos efectos que las que se realicen oralmente (art. 648 LECiv).

d') Desarrollo y terminación de la subasta: Siempre que concurren licitadores, una vez comprobado el cumplimiento de los anteriores requisitos y con la presidencia del secretario judicial, se iniciará el acto público de la subasta con la lectura de la relación de bienes, o, en su caso, de los lotes de

bienes y las condiciones especiales de la subasta. Debiéndose realizar la subasta de cada lote por separado. Se anunciará de viva voz el bien o los bienes que se subasta y las sucesivas posturas que al alza se vayan produciendo, incluidas, caso de haberlas, las presentadas previamente por escrito. El acto terminará con el anuncio de la mejor postura, el nombre de quien la haya formulado, y el levantamiento del acta de la subasta, con expresión del nombre de quienes hubieran participado y de las posturas que formularon (art. 649 LECiv).

La anterior actividad tendrá sentido solamente cuando concurren licitadores. En caso contrario, podrá el ejecutante pedir la adjudicación de los bienes muebles por el 30% del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Procediéndose al alzamiento del embargo, a instancia del ejecutado, cuando el acreedor, en el plazo de 20 días, no hiciera uso de esa facultad.

e') Aprobación del remate, pago y adjudicación: La aprobación del remate por el tribunal (auto) dependerá fundamentalmente del importe y condiciones de la mejor postura:

1ª) Cuando sea igual o superior al 50% del avalúo, se aprobará en el mismo día o en el siguiente en favor del mejor postor. En tal caso el rematante habrá de consignar el importe de dicha postura, descontado el del depósito, en el plazo de 10 días y, una vez realizada, se le pondrá en posesión de los bienes. Lo mismo ocurrirá siendo el ejecutante el mejor postor. Si bien, una vez aprobado el remate, el Secretario Judicial procederá a la liquidación de lo que se deba por principal e intereses, y notificada esta liquidación, el ejecutante consignará la diferencia, si la hubiere, en el plazo de diez días, a resultas de la liquidación de costas (art. 650.1 y 2 LECiv).

2ª) Cuando sea igual o superior al mismo 50% pero ofreciendo pagar a plazos con garantías suficientes, bancarias o hipotecarias, del precio alzado, hecho saber al ejecutante, podrá éste pedir en los 5 días siguientes la adjudicación de los bienes por el 50% del avalúo. Sólo se aprobará el remate a favor de la mejor postura si el ejecutante no hiciera uso de este derecho (art. 650.3 LECiv).

3ª) Cuando sea inferior al 50%, podrá el ejecutado, en el plazo de 10 días, presentar tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior a dicho 50% del valor de tasación o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante (art. 650.4 LECiv).

Caso de no realizar lo anterior, el ejecutante podrá, en el plazo de 5 días, pedir la adjudicación de los bienes por la mitad de su valor de tasación

o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura.

Y solamente en el caso de que el ejecutante no haga uso de la anterior facultad, se aprobará el remate en favor del mejor postor, siempre que la cantidad que haya ofrecido supere el 30% del valor de tasación o, siendo inferior, cubra, al menos, la cantidad por la que se haya despachado la ejecución, incluyendo la previsión para intereses y costas. En caso contrario, el tribunal, oídas las partes, resolverá sobre la aprobación del remate a la vista de las circunstancias del caso y teniendo en cuenta especialmente la conducta del deudor en relación con el cumplimiento de la obligación por la que se procede, las posibilidades de lograr la satisfacción del acreedor mediante la realización de otros bienes, el sacrificio patrimonial que la aprobación del remate suponga para el deudor y el beneficio que de ella obtenga el acreedor.

Y cuando el tribunal deniegue la aprobación del remate, se procederá como si en el acto de la subasta no hubiere ningún postor (como hemos visto, podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes [muebles] por el 30% del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, alzándose el embargo a petición del ejecutado si en 20 días no se hace uso de esta facultad).

f') En cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor, podrá el deudor liberar sus bienes pagando íntegramente lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas.

g') Quiebra de la subasta: Se produce cuando el rematante no consigne el precio en el plazo señalado o, en todo caso, si por su culpa dejare de tener efecto la venta (art. 653 LECiv); sin que tampoco, una vez transcurrido el plazo, la persona en su caso designada a la que deba realizarse la devolución haya solicitado que el auto de aprobación del remate se dicte en su favor, consignando simultáneamente la diferencia entre lo depositado y el precio del remate, para lo que dispondrá del mismo plazo concedido al rematante para efectuar el pago, que se contará desde la expiración de éste. La consecuencia en tal caso será la pérdida del depósito, y se procederá a nueva subasta, salvo que: 1ª) Con el depósito o los depósitos constituidos por los rematantes que no hubieran consignado el precio se pueda satisfacer el capital e intereses del crédito del ejecutante y las costas. 2ª) En el caso de que, conforme al artículo 652.1 párrafo segundo LECiv, los demás postores hubieran solicitado el mantenimiento a disposición del tribunal de las cantidades depositadas por ellos, se aprobará el remate a favor de estos rematantes, por el orden de sus respectivas posturas.

En caso contrario, para la nueva subasta, el o los depósitos se aplicarán a los fines de la ejecución. En primer lugar, se destinará a satisfacer los gastos que origine la nueva subasta y el resto se unirá a las sumas obtenidas en aquélla y se aplicará entregando al ejecutante a cuenta de la cantidad por la que se hubiere despachado la ejecución y, si sobrepasare dicha cantidad, reteniendo el remanente a disposición del tribunal, hasta que se efectúe la liquidación de lo que finalmente se deba al ejecutante y del importe de las costas de la ejecución. Y si todavía hubiere sobrante, se

entregará al ejecutado hasta completar el precio ofrecido en la subasta y, en su caso, se le compensará de la disminución del precio que se haya producido en el remate; solo después de efectuada esta compensación, se devolverá lo que quedase a los depositantes.

g) Posibilidades de adjudicación de bienes muebles durante la subasta.

Hemos visto que durante la subasta el ejecutante puede solicitar la adjudicación del bien mueble, recapitulemos tales posibilidades:

1ª Si no concurren licitadores, según el artículo 651 LECiv podrá el acreedor pedir la adjudicación de los bienes por el 30% del valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos. Del mismo modo, se procederá cuando el tribunal no apruebe el remate.

2ª Cuando la mejor postura sea igual o superior al 50% del valor de tasación, pero ofreciendo pagar a plazos con garantías suficientes, bancarias o hipotecarias, del precio alzado, el ejecutante podrá pedir en los 5 días siguientes la adjudicación de los bienes por el 50% del avalúo.

3ª Cuando la mejor postura sea inferior al 50% del valor de tasación, el ejecutado no presente en el plazo de 10 días tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante (art. 650.4 LECiv), el ejecutante podrá, de nuevo en el plazo de 5 días, pedir la adjudicación de los bienes por la mitad de su valor de tasación o por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura.

c) Subasta de bienes inmuebles

Con las bases establecidas por la anterior regulación general, las normas de la Sección 6ª, titulada «de la subasta de bienes inmuebles», se aplicarán con carácter de especialidad tanto a la subasta de este tipo de bienes como también a la de muebles sujetos a un régimen de publicidad registral similar al de aquéllos (art. 655 LECiv). Estas normas especiales pueden resumirse en las siguientes:

a') Titularidad y cargas de los bienes inmuebles: Previamente a la valoración, dispone el artículo 656 LECiv que el tribunal librará mandamiento al Registrador a cuyo cargo se encuentre el Registro correspondiente para que, haciéndolo constar por nota marginal y expresando la fecha y el procedimiento a que se refiera, remita al Juzgado certificado sobre:

1ª) La titularidad del dominio y demás derechos reales del bien o derecho gravado.

2ª) Si, en su caso, concurren otros acreedores con derechos anteriores al que se ejecuta, oídas las partes personadas, se levantará el embargo, salvo que el procedimiento se siga contra el ejecutado en concepto de heredero de quien aparece como dueño en el Registro o que el embargo se hubiere trabado teniendo en cuenta tal concepto; o que la inscripción del dominio a nombre de persona distinta al ejecutado fuera posterior a la anotación del embargo (art. 658 LECiv).

3ª) Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien embargado, en especial, relación completa de las cargas inscritas que lo gravan o, en su caso, que se halla libre de cargas.

En caso de cargas preferentes, a petición del ejecutante, el tribunal se dirigirá a los titulares de estos créditos para que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su actual cuantía (cantidad pendiente de pago, fecha de vencimiento y, en su caso, los plazos y condiciones para el pago, intereses, incluidos los intereses moratorios vencidos por cada día de retraso y la previsión para costas), para que, ante ello, el mismo tribunal expida los mandamientos que procedan a los efectos previstos en el artículo 144 de la Ley Hipotecaria, y 240 de su Reglamento (art. 657 LECiv).

En caso de cargas posteriores, el Registrador comunicará la existencia de la ejecución a sus titulares, siempre que su domicilio conste en el Registro; en cambio, si son anteriores a la certificación, no se les notificará, pero sí se les dará intervención en el avalúo y en demás actuaciones del procedimiento que les afecten. La comunicación se realizará en la forma prevista en el artículo 660 LECiv. Y favorecerá que puedan satisfacer antes del remate el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro, subrogándose en los derechos del actor hasta donde alcance el importe satisfecho, haciéndolo constar mediante nota al margen. A tal efecto, será necesario presentar en el Registro el acta notarial de entrega de las cantidades indicadas o, en su caso, el oportuno mandamiento judicial (art. 661.3 LECiv).

En caso de que consten arrendatarios y ocupantes de hecho, se les notificará la existencia de la ejecución, para que, en el plazo de diez días, presenten al tribunal los títulos que justifiquen su situación (art. 661 LECiv). Tal circunstancia, como la desocupación si se acreditase cumplidamente, deberá expresarse en el anuncio de la subasta. Y el ejecutante podrá pedir que se haga constar en el anuncio la declaración de que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en el inmueble, una vez que éste se haya enajenado en la ejecución tal y como se prevé en el artículo 661.2 en relación con el artículo 675.3 ambos de la LECiv.

Si durante la pendencia del procedimiento de apremio el bien pasara a poder de un tercero poseedor, hubiere adquirido el usufructo o nuda propiedad, acreditando la inscripción de su título, éstos podrán pedir que se le exhiban los autos en la Secretaría, lo que se acordará sin paralizar el curso del procedimiento, entendiéndose también con él las actuaciones ulteriores. Y podrán igualmente liberar el bien satisfaciendo lo que se deba al acreedor por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien, y siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el apartado tercero del artículo 613 de esta Ley (art. 662 LECiv).

Simultáneamente, de oficio o a instancia de parte, el tribunal podrá requerir al ejecutado para que en el plazo de 10 días presente los títulos de

propiedad de que disponga, con traslado al ejecutante para que manifieste si los encuentra suficientes, o proponga la subsanación de las faltas que ellos notare (art. 663 LECiv).

Si el ejecutado no los presenta, a instancia del ejecutante, podrá emplear los apremios que estime conducentes para obligarle a que los presente, obteniendo en su caso, de los registros o archivos en que se encuentren. Caso de no existir títulos: a) Podrá suplirse su falta por los medios establecidos en el Título VI de la Ley Hipotecaria (art. 664 LECiv). b) A instancia del acreedor podrán sacarse los bienes a pública subasta sin suplir previamente la falta de títulos de propiedad, expresando en los edictos esta circunstancia, observándose a tal efecto el artículo 140.5 del Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria (art. 665 LECiv).

b') Valoración del inmueble: Saldrán a subasta una vez deducido por el secretario judicial, de acuerdo con lo previsto en los artículos 637 y 638 LECiv, el importe de las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución, esto es, descontando el importe total garantizado que resulte de la certificación de cargas o el que se haya hecho constar en el Registro de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 657 LECiv. En caso de que sea igual o superior al valor tasado del bien, se alzará el embargo (art. 666 LECiv).

c') Convocatoria y publicidad de la subasta: Al contrario de lo que ocurre con los bienes muebles, se prevé expresamente que el anuncio de la subasta se realice, al menos, con 20 días de antelación al señalado para su celebración, y debiéndose notificar su contenido al ejecutado, con la misma antelación, en el domicilio que conste en el título ejecutivo (art. 667 LECiv).

Asimismo, la alusión genérica por la que se harán constar en el anuncio «cuando los datos y circunstancias sean relevantes para el éxito de la subasta» se concretará para los inmuebles en la expresión, entre otras cosas, de la identificación concisa de la finca, valoración inicial para la subasta en los términos anteriores, expresándose igualmente (art. 668 LECiv): «1º Que la certificación registral y, en su caso, la titulación sobre el inmueble o inmuebles que se subastan está de manifiesto en la Secretaría o que se entenderá que todo licitador acepta como bastante la titulación existente o que no existan títulos. Y 3º Que las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiera, al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el solo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos, si el remate se adjudicare a su favor».

El anuncio de la subasta tendrá relevancia, entre otras cosas, para exceptuar la paralización de ejecuciones de garantías reales que prevé el art. 56 LC.

Por otra parte, el artículo 673 LECiv regula la posibilidad de subasta simultánea. A tal efecto, a instancia de parte y cuando lo aconsejen las circunstancias, el tribunal podrá ordenar (providencia) que se anuncie y celebre subasta en forma simultánea en la sede del juzgado ejecutor y, mediante

edicto, en uno o varios Juzgados de distintos partidos judiciales, donde comparezcan, total o parcialmente, los bienes inmuebles subastados.

Cuando así ocurra, los postores podrán acudir a cualquiera de las sedes de celebración, y la aprobación del remate se producirá cuando conozca, por cualquier medio de comunicación, todas las posturas. En caso de posturas iguales y no hubiera posible el desempate mediante comunicación telefónica o de cualquier otra clase, serán citados personalmente los postores, para celebrar la subasta simultánea, dirimiendo entre ellos.

d') Requisitos para tomar parte en la subasta: En cuanto a la consignación, el artículo 669 LECiv prevé solamente la necesidad de depósito (no, por tanto, aval bancario), y además aumenta en un 10% respecto a los bienes muebles el importe a depositar, que se fija en el 30% del valor de la tasación del bien deducidas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se hubiera despachado ejecución. Además, dispone que «por el mero hecho de participar en la subasta se entenderá que los postores aceptan como suficiente la titulación que consta en autos o que no exista titulación y que aceptan, asimismo, subrogarse en las cargas anteriores al crédito por el que se ejecuta, en caso de que el remate se adjudique a su favor».

e') Aprobación del remate, pago y adjudicación: Las condiciones para la aprobación del remate y los plazos de consignación aumentan.

El importe de la mejor postura por la que se aprobará de inmediato el remate es ahora del 70% (un 20% más que para los muebles). Y el plazo para consignar el importe se multiplica por 2, es decir, se fija en 20 días.

Siendo el ejecutante quien ofrezca la mejor postura, la consignación se realizará en caso de haber diferencia entre la postura y la liquidación efectuada por el secretario judicial de lo que se deba por principal, intereses y costas. Por tanto, a diferencia de lo que se regula para los bienes muebles, no sólo por principal e intereses, a resultados de las costas (art. 670.2 en relación con el art. 650.2 ambos de la LECiv).

El plazo por el que el ejecutante puede pedir la adjudicación caso de que siendo superiores al anterior 70% se ofrezca pagar a plazos, se multiplica por cuatro, y pasa a 20 días. Asimismo, los bienes se adjudicarán por el 70% del avalúo (art. 670.3 LECiv).

La posibilidad de que el ejecutado presente otro postor se producirá cuando la mejor postura sea inferior al 70%; y la posible adjudicación caso de no realizar lo anterior será por el mismo 70% (art. 670.4 LECiv).

Cuando el ejecutante no haga uso de esta facultad, para la aprobación del remate se impone que la mejor postura supere el 50% (un 20% más que para los muebles). Para el caso de denegación, al igual que en la subasta sin ningún postor, la posibilidad de adjudicación será también por el 50%.

Quien resulte adjudicatario deberá aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos (art. 670.5 LECiv).

f) Posibilidades de adjudicación de bienes inmuebles durante la subasta.

Si no concurre ningún postor, o en caso de no aprobación del remate.

Las posibilidades son las mismas vistas para los muebles, solamente aumentan algunos plazos y todos los límites mínimos (el mínimo del 30% pasa al 50%; y el del 50% pasa al 70%):

1ª Si no concurren licitadores o cuando el tribunal no apruebe el remate (art. 671 LECiv) podrá pedir el ejecutante la adjudicación ahora por el 50% de su valor de tasación o también como con los muebles por la cantidad que se le deba por todos los conceptos.

2ª El plazo por el que el ejecutante puede pedir la adjudicación, cuando de que siendo superiores al anterior 70% se ofrezca pagar a plazos, es ahora de 20 días, adjudicándose los bienes por el 70% del avalúo (art. 670.3 LECiv).

3ª Cuando la mejor postura sea inferior al 70% del valor de tasación y el ejecutado no presente en el plazo de 10 días tercero que mejore la postura ofreciendo cantidad superior o que, aun inferior a dicho importe, resulte suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante (art. 670.4 LECiv), el ejecutante podrá, de nuevo en el plazo de 5 días, pedir la adjudicación de los bienes ahora por el 70% de su valor de tasación o por como con los muebles por la cantidad que se le deba por todos los conceptos, siempre que esta cantidad sea superior a la mejor postura.

E) ADMINISTRACIÓN PARA PAGO

La Sección 7ª y última (arts. 676 a 680 LECiv) del Capítulo IV, dedicado al procedimiento de apremio, regula una forma de realización autónoma, no necesariamente subsidiaria de otras como ocurría con la LECiv/1881, denominada «administración para pago».

En cualquier momento del procedimiento de apremio el ejecutante podrá pedir que se le entreguen en «administración» (o, más propiamente, «para su gestión o explotación») todos o parte de los bienes embargados para aplicar sus rendimientos al pago del principal, intereses y costas de la ejecución (art. 676.1 LECiv).

a) Constitución de la administración para pago

Una vez solicitada por el ejecutante, el artículo 676.2 LECiv se limita a disponer que «el tribunal, mediante providencia, acordará la administración

para pago cuando la naturaleza de los bienes así lo aconsejare y dispondrá que, previo inventario, se ponga al ejecutante en posesión de los bienes, y que se le dé a conocer a las personas que el mismo ejecutante designe».

Para ello se exige, cuando concurren terceros titulares posteriores, la constitución de una audiencia. El artículo 676.2 concluye que «se dará audiencia, en su caso, a los terceros titulares de derechos sobre el bien embargado inscritos o anotados con posterioridad al del ejecutante», es decir, aquellos que se hallen mencionados como tales en la certificación de cargas a la que se refiere el artículo 656 LECiv, así como los que acrediten la inscripción de su derecho con posterioridad a la certificación (no al ejecutado ni a los titulares anteriores).

Tampoco se prevé plazo alguno para la misma. La doctrina (BANACOCHE) entiende que habrá que aplicar el plazo genérico de los incidentes, es decir, de cinco días (art. 393.3 LECiv).

Del tenor del artículo 676 LECiv se desprende que el objeto de la audiencia se limitará a que los terceros titulares de derechos inscritos o anotados con posterioridad se pronuncien exclusivamente acerca de la naturaleza de los bienes puesto que, aunque éstos se opongan a la administración, se concederá siempre que, previa solicitud por el ejecutante, la naturaleza del bien lo aconseje.

a) Acuerdo judicial de constitución

El acuerdo de constitución de este modo de realización se producirá, por tanto, cuando previa solicitud por el ejecutante y, en su caso, audiencia de los titulares registrales posteriores, las características del bien lo aconsejen.

No se establece forma alguna en la petición, por lo que bastará que conste por escrito y justifique la idoneidad del bien para la finalidad de este modo de realización.

El considerar que la naturaleza del bien aconseja este medio de realización exige una actitud valorativa por parte del juez que en algunos casos puede presentar cierta dificultad. El bien, con todo, ha de tener la aptitud de ser productivo y hallarse embargado.

La productividad del bien tendría que ser relevante en relación con la satisfacción del propio ejecutante, así como con el esfuerzo de gestión que requeriría, incluido su coste y duración, el posible agotamiento o dificultades de regeneración del bien objeto de explotación y con la situación en la que quedaría el ejecutado. Entre estos elementos habría que valorar igualmente si las características del bien permiten su explotación concretamente por el ejecutante que es quien va a gestionar la misma (capacidad técnica personal o material del ejecutante para ello, por sí o por medio de personal técnico al servicio del mismo). Capacidad esta que habría de ser justificada por el ejecutante en el momento de la solicitud. Asimismo, el producto de la

administración ha de poder ser entregado al ejecutante, de modo que el bien administrado para pago sobre bien ya sometido a este medio de realización no sufra perjuicio de la tercera de mejor derecho que pudiera interponerse.

De otro lado, nada obsta para que, atendidas las características del bien en relación con el importe a abonar para que se produzca la satisfacción, el juez ponga este modo de realización limitado en el tiempo, sin perjuicio de poder ser modificado que puedan obtenerse previa petición del ejecutante, audiencia de terceros y posteriores y las características del bien en relación con la satisfacción y bien atendido el modo con que ha sido gestionado el bien, particularmente la actividad del ejecutante en la misma.

Nada se dice sobre las posibilidades de recurso frente al acuerdo adoptado sobre la constitución. Cabría entender que procede exclusivamente la impugnación, puesto que la decisión adoptará la forma de providencia (art. 1562.1.1º, en relación con el art. 676.2 todos LECiv).

b) Consecuencias inmediatas del acuerdo.

Consecuencia inmediata es la puesta en posesión del bien a favor del administrador-ejecutante, con suspensión de cualquier otro modo de realización.

Otra consecuencia es que el administrador pueda instar del juez que se le permita conocer la realización por administración para pago a las personas que el ejecutante designe, así como la apertura de la posibilidad de que el juez, a instancia igualmente del ejecutante, imponga multas coercitivas a todos aquellos que impidan o dificulten las facultades del administrador (art. 678.1 LECiv). Del mismo modo, el juez ordenará que se levante el correspondiente inventario, posiblemente por parte del propio ejecutado, dado que será el mismo el que se ponga en posesión del bien.

La posesión del bien, además de quedar limitada por las condiciones físicas y jurídicas del propio bien (por ejemplo, inmuebles con arrendamientos, que impiden su ocupación física), queda limitada al fin de la realización, esto es, a la gestión del bien con el objeto de la satisfacción del crédito, de modo que se incluirían facultades como la comparecencia en juicio y la legitimación para defender los intereses propios de la administración, y quedarían excluidos gravámenes no susceptibles de cumplimiento como, por ejemplo, el establecimiento de precarios, o el uso y disfrute del bien por el ejecutante (salvo que pudiera entenderse como otra forma de realización, es decir, una especie de adjudicación en pago no del bien en sí, sino del destino al mismo durante un tiempo).

b) Forma de la administración

La administración consistirá en una diversidad de actividades, variadas en cantidad y en calidad en función del bien sobre el que recae, pretendiendo obtener rendimientos y mantener el bien productivo. Tal y como prescribía ya el artículo 1522 LECiv/1881, la administración se llevará a cabo con

la pactado y, en lo no pactado, según la costumbre del país (art. 677 LECiv).

Ejecutante y ejecutado pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, sin más limitaciones que no sean contrarias a la moral, ni al orden público (art. 1255 CC), como serían los contrarios a los artículos 678 y ss. LECiv. En ausencia de pacto, la administración se regirá por la costumbre del «país» (en su caso, región, comarca o localidad en la que la actividad de gestión se desenvuelva).

Es posible una cierta fijación de criterios a través de la resolución de las controversias suscitadas por los trámites establecidos para el juicio verbal (art. 679 LECiv), o por las normas análogas (las que regulan la administración judicial como el embargo en los artículos 630 a 633 LECiv; la administración de bienes de división del patrimonio hereditario, en los artículos 797 a 805 LECiv; o las correspondientes normas de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (arts. 26 y 27)).

Rendición de cuentas y controversias sobre la administración

El acreedor deberá rendir cuentas, sea anualmente —salvo que otra cosa disponga el tribunal o convengan las partes— (art. 678.1 LECiv) o, en todo caso, al finalizar la administración, en los 15 días siguientes a la misma (art. 678.2 LECiv). El ejecutante deberá determinar detallada y acreditadamente los rendimientos totales obtenidos, así como los gastos necesarios para su conservación y explotación, obteniéndose así el saldo resultante que será la base para la aplicación de la satisfacción de la deuda objeto de ejecución (principal, intereses y costas).

Cualquier controversia sobre la administración, distinta a la de la rendición de cuentas, se sustanciará por los trámites del juicio verbal (art. 679 LECiv).

Para la rendición de cuentas, el artículo 678.1 y 2 LECiv establece el procedimiento a seguir, que se iniciará, tras la presentación al secretario, dando vista al ejecutado de las cuentas presentadas por el acreedor por plazo de quince días. Y de esta forma puede ocurrir:

- Que el ejecutado no formule alegaciones, de modo que, entendiéndose por conforme con las cuentas, dictaría auto de aprobación.
- Que formule alegaciones por escrito en dicho plazo de quince días. En tal caso, se dará traslado al ejecutante para que, en nueve días, manifieste su conformidad o no con tales alegaciones.
- En caso de que muestre su conformidad con las alegaciones, se tendrán en cuenta a efectos del saldo resultante.

b') En caso de que muestre su disconformidad, se convocará a ambos a una comparecencia en el plazo de cinco días, en la cual se admitirán las pruebas que se propusieren y se consideraren útiles y pertinentes, fijando para practicarlas el tiempo que se estime prudencial, que no podrá exceder de diez días (cuando pueda practicarse en la misma convocatoria, o no se admita la que no pueda serlo, el tiempo prudencial será inmediatamente, en la misma comparecencia, sin necesidad de señalar otro día).

Y practicada, en su caso, la prueba admitida, el tribunal dictará auto, en el plazo de cinco días, en el que resolverá lo procedente sobre la aprobación o rectificación de las cuentas presentadas.

No regula el supuesto de que el ejecutante no presente liquidación. Al margen de las posibles responsabilidades penales en las que pudiere incurrir, algún auto entiende que deberá acudirse por su similitud a lo dispuesto en el artículo 710.1 LECiv, siendo el propio ejecutado el que presente la cuenta de la que dará traslado el ejecutado siguiéndose con el procedimiento del artículo 678 LECiv.

Tampoco regula el recurso frente al auto aprobatorio de la rendición de cuentas. A pesar del tenor literal del artículo 562 LECiv, en la medida en que el auto puede ser considerado definitivo, puede defenderse la procedencia del recurso de apelación en el plazo de cinco días, en virtud de normas generales (art. 455.1 LECiv).

d) Finalización de la administración

La administración cesará, con la consecuente reposición de los bienes en poder del ejecutado, cuando el ejecutante se haya satisfecho del crédito, intereses y costas, sea por el producto de la administración, o por el pago por parte del ejecutado de lo que reste de su deuda, según el último estado de cuenta presentado por el acreedor; también cuando lo solicite el ejecutante, sin necesidad de justificación ni argumentación alguna, para que se proceda a la realización forzosa por otros medios (art. 680 LECiv).

En todo caso deberá rendirse cuentas, ordinaria o extraordinaria, en los términos vistos, pudiendo ser necesario que previamente se proceda a la correspondiente tasación de costas y liquidación de los intereses.

En el caso de pago por el ejecutado «según el último estado de cuenta presentado», si desde el momento del último estado de cuenta hasta el momento del pago final ha habido diferencias positivas en el saldo, habrá de devolver el importe de la misma al ejecutado. De ser negativas las diferencias en el saldo, a pesar del tenor literal del artículo 680.2 LECiv, no parece que se debiera producir la extinción de la administración o, al menos, de la ejecución, procediendo la realización forzosa bien a través de la administración para pago (art. 676.1 LECiv) o bien por otros modos de realización (art. 680.3 LECiv).

Las previsiones expresas del artículo 680 LECiv no agotan, sin embargo, las posibilidades o los motivos de finalización de la administración para pago. Así, por ejemplo: 1º Por realización posterior del bien por parte de un acreedor preferente, dado que tal ejecución cancela y extingue los embargos y,

en general, las realizaciones posteriores (arts. 642, 657, 666, 667, 670.5 y, especialmente, 674 LECiv). 2º En el caso de que se haya establecido un límite temporal a la administración y no se haya obtenido prórroga de la misma, el transcurso del plazo supondría la finalización de este modo de realización. 3º Por incumplimiento por el ejecutante de la obligación de rendición de cuentas o por el ejercicio abusivo de sus funciones. 4º Por inutilidad de la medida, al constatarse durante el tiempo suficiente que el bien no había resultado productivo.

II. PAGO AL EJECUTANTE

El pago al ejecutante es el objetivo final de este procedimiento de ejecución.

Aunque no existe una regulación sistemática del mismo, éste puede alcanzarse total o parcialmente, en función de la naturaleza de los bienes embargados y, en su caso, de los trámites procedimentales que se hayan seguido para su realización, en diferentes momentos de dicho procedimiento:

1º) Inmediatamente, mediante la entrega directa de los bienes embargados, si fueron trabados dinero efectivo o bienes y derechos asimilados —en concreto, saldos de cuentas corrientes y de otras de inmediata disposición; divisas convertibles, previa conversión, en su caso; o cualquier otro bien cuyo valor nominal coincida con su valor de mercado, o que, aunque inferior, el acreedor acepte la entrega del bien por su valor nominal— (art. 634.1 LECiv).

El artículo 634.2 LECiv prevé que el órgano jurisdiccional pueda adoptar las medidas que considere oportunas para garantizar el cobro de saldos favorables en cuenta con vencimiento diferido, y el artículo 634.3 de dicho texto legal prevé la posibilidad de que le sea entregado inmediatamente al ejecutante el bien mueble vendido o financiado a plazos por el valor resultante de las tablas o de los índices referenciales de depreciación que se hubieran estipulado en el contrato.

2º) Al hacerse efectivas las cantidades —en su caso periódicamente— si fueron embargados créditos del ejecutado —sueldos, pensiones u otras prestaciones periódicas (art. 621.3 LECiv), intereses, rentas o frutos de toda clase (art. 622.1 LECiv), o determinados valores e instrumentos financieros (art. 623 LECiv)—.

3º) Al obtenerse el precio del remate en los procedimientos de venta forzosa y hacerse entrega del mismo al ejecutante, según se vayan realizando los diversos bienes embargados.

El pago del crédito del ejecutante con el precio del remate sólo está expresamente previsto en la venta mediante subasta judicial (arts. 654 y 672 LECiv), pero de la misma forma se deberá proceder en los casos de venta a través del mercado secundario oficial, por notario, mediante convenio, o por persona o entidad especializada.

Los artículos 654 y 672 LECiv, concretando el artículo 613.2 de la misma norma —según el cual hasta que no se haya pagado completamente al ejecutante el principal y los intereses de su crédito y todas las costas de la ejecución, no se podrán destinar las cantidades obtenidas a ningún otro objeto—, regulan el destino que debe darse al dinero obtenido con la venta de los bienes muebles e inmuebles del ejecutado.

Cuando los bienes vendidos sean muebles, el precio del remate se destinará para pagar al ejecutante el principal y los intereses de su crédito y todas las costas de la ejecución, y el eventual sobrante se entregará al ejecutado, sin perjuicio del destino que haya de darse a ese sobrante en el caso de existir recargos o embargos de sobrante. Si los bienes enajenados son inmuebles, con el precio del remate se pagará a pagar al ejecutante por los conceptos señalados, el eventual sobrante se entregará para pagar a los titulares de cargas posteriores sobre el bien embargado y, pagados éstos, si todavía queda sobrante, se entregará éste al ejecutado o al tenedor poseedor, sin perjuicio del destino que deba darse al remanente cuando se haya ordenado su retención en alguna otra ejecución singular o en cualquier proceso concursal.

Ahora bien, la prioridad del ejecutante para el cobro de su crédito puede verse afectada por la interposición de una tercería de mejor derecho, a cuya posterior exposición me remito.

4º) En el momento de la adjudicación forzosa de los bienes embargados al ejecutante, esto es, cuando éste adquiera la titularidad de dichos bienes de acuerdo con la legislación civil (art. 615.2 LECiv).

5º) Cuando el ejecutante haya hecho pago de su crédito con la percepción de los rendimientos netos de las fincas entregadas a dicho sujeto en la administración forzosa, una vez satisfechos los gastos de administración (art. 680.1 LECiv).

Cuando el título ejecutivo documente una deuda en moneda extranjera, el pago del principal deberá realizarse en dicha moneda, pero las costas, los gastos y los intereses de demora procesal se pagarán en la moneda nacional (art. 577 LECiv).

Si por la situación patrimonial del ejecutado resulta total o parcialmente imposible alcanzar el objetivo del pago, la pretensión ejecutiva no se extingue porque el deudor responde con sus bienes presentes y futuros (art. 1911 CC) y la ejecución forzosa sólo termina con la completa satisfacción del acreedor ejecutante (art. 570 LECiv). En consecuencia, el ejecutante podrá instar actos ejecutivos cuando lo considere conveniente.

LA TERCERÍA DE MEJOR DERECHO

A) CONCEPTO

La prioridad del ejecutante para cobrar con los propios bienes embargados o con el producto de los mismos —que trae como consecuencia que hasta

que el mismo haya sido reintegrado completamente del capital y de los intereses de su crédito y de las costas de la ejecución no podrán destinarse las cantidades obtenidas a ningún otro objeto— (art. 613.1 y 2 LECiv), puede ser impugnada por un tercero para hacer efectiva la preferencia jurídico-matrimonial de un crédito del que sea titular —preferencia de acuerdo con los arts. 1921 y ss. CC y 32 ET, principalmente— frente a la preferencia sólo procesal determinada por el embargo en favor del ejecutante. El medio para articular esta impugnación es la tercería de mejor derecho (art. 614.1 LECiv).

En realidad, el tercerista, cuando fundamenta su tercería en un título ejecutivo, únicamente persigue la declaración de preferencia de su crédito respecto del crédito del acreedor ejecutante. Pero, cuando basa su tercería en un título no ejecutivo, de modo previo a la declaración de preferencia de su crédito solicita que se declare la existencia del mismo y que se condene al ejecutado a pagarlo. En este último supuesto se produce una acumulación de dos pretensiones: una meramente declarativa y otra declarativa de condena prejudicial respecto de la primera.

Esta distinción es tenida en cuenta, como veremos a continuación, por los artículos 616.2, 617.2 y 619 LECiv, derivándose de la misma diversas consecuencias en cada supuesto contemplado.

B) REQUISITOS DE ADMISIÓN

Para que sea admitida la demanda de tercería de mejor derecho el tercerista deberá presentar un principio de prueba del crédito que se afirma preferente —un título ejecutivo o normalmente cualquier otro documento que acredite su derecho— (art. 614 LECiv).

El artículo 614.2 «in fine» LECiv, al disponer que no se permitirá segunda tercería de mejor derecho que se base en títulos o derechos que ya poseyera quien la formule al tiempo de interponer la primera, impone al tercerista la carga de invocar todos aquellos hechos y títulos que fundamenten su pretensión en la primera demanda de tercería.

La tercería de mejor derecho podrá interponerse desde el embargo del bien objeto de la preferencia —si ésta es especial, esto es, respecto de un bien específico— o desde el despacho de la ejecución —si aquella es general—, y hasta el momento del pago al ejecutante (art. 615 LECiv).

Este momento final depende de la modalidad de realización de los bienes embargados. Si se está en presencia de una enajenación forzosa dicho momento es el de la entrega del dinero al ejecutante. Si se trata de una adjudicación forzosa tal momento es el de la adquisición por el ejecutante de la titularidad de los bienes de acuerdo con la legislación civil (art. 615.2 LECiv). Para determinar el momento final en los otros sistemas de realización forzosa, consúltense el apartado dedicado al pago al ejecutante.

C) ASPECTOS PROCEDIMENTALES

a) El procedimiento adecuado

Para sustanciar la tercería de mejor derecho se seguirán los trámites de juicio ordinario, con las especialidades que a continuación se exponen, siendo el demandante el tercerista, y los demandados el acreedor ejecutado –en todo caso– y el ejecutado –cuando el crédito cuya preferencia defiende el tercerista no conste en un título ejecutivo–, dándose lugar en este supuesto a una acumulación de pretensiones. En otro caso –esto es, cuando el ejecutado alegue el tercerista conste en un título ejecutivo–, el ejecutado podrá intervenir en la tercería con el estatuto propio de las partes (art. 617 LECiv).

b) Efectos de la interposición de la tercería. La intervención del tercero en la ejecución

La interposición de la tercería de mejor derecho produce los siguientes efectos (art. 616 LECiv):

1º) La ejecución forzosa continuará en todos sus trámites hasta la realización de los bienes embargados, produciéndose a continuación la subasta y el pago al ejecutante.

A tal efecto el dinero que se haya obtenido con la realización forzosa se depositará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones para reintegrar primero al tercerista en las costas de la ejecución y después pagar a los acreedores según el orden de preferencia que se fije en la sentencia de tercería.

No prevé la LECiv la circunstancia de que el ejecutante hubiera solicitado la adjudicación forzosa del bien embargado. En ese caso, aplicando analógicamente la solución anterior, se podría defender que el órgano jurisdiccional la pueda admitir, pero sin que el ejecutante pueda adquirir dicho bien conforme a la legislación, hasta que se resuelva el juicio de tercería, salvo que consigne hasta dicho momento el valor total de la adjudicación o el importe del crédito cuya preferencia alega el tercerista, en función de si dicho importe es superior o inferior al mencionado valor.

2º) Si el tercerista dispone de un título ejecutivo en el que consta su crédito podrá intervenir en la ejecución desde la admisión de la demanda de tercería. De no disponer de título ejecutivo sólo podrá intervenir si, en su caso, se estima dicha demanda.

Esta segunda solución, de aplicarse literalmente el precepto legal, puede ser contraria a la economía procesal y a los intereses del tercerista si la demanda de tercería se desestima únicamente en cuanto a la preferencia del crédito del tercerista, pero no en cuanto a la existencia y a la exigibilidad del mismo, ya que impide que dicho sujeto sea parte en el proceso de ejecución para poder cobrar con el remanente que resulte una vez se haya pagado al ejecutante y, en su caso, a los titulares de cargas posteriores sobre el bien embargado. Si el tercerista ha visto estimada su pretensión declarativa de condena –a que se declare la existencia de su crédito y a que se con-

tinúe el pago– ya dispone de un título ejecutivo que justifica su presencia en el proceso de ejecución con el objeto de poder cobrar, en su caso, del sobrante. En todo caso, se debe entender que el tercerista que no disponga de título ejecutivo sólo será parte en el proceso de ejecución únicamente en el supuesto de que la demanda desestime la demanda de tercería también en cuanto a la existencia y a la exigibilidad del crédito.

La intervención del tercerista dará lugar a la acumulación de ejecuciones por el artículo 555.2 LECiv –dos ejecutantes distintos en un único proceso contra un mismo ejecutado–.

c) La audiencia de las partes demandadas y las posibles posturas de éstas

De la demanda de tercería de mejor derecho se dará traslado a la parte y a las partes demandadas, quienes podrán adoptar las siguientes posturas (arts. 616 y 619 LECiv):

1ª) No contestar a la demanda, en cuyo caso se entenderá que admiten los hechos alegados por el tercerista.

2ª) Allanarse el ejecutante a la tercería de mejor derecho –por reconocer la preferencia del crédito del tercerista–, en cuyo caso hay que distinguir los siguientes supuestos:

a) Si el crédito del tercerista consta en un título ejecutivo se dictará inmediatamente auto ordenando la continuación de la ejecución para pagar en primer lugar al tercerista y, con el eventual remanente, al ejecutante, sin necesidad de la conformidad del ejecutado al respecto.

b) Cuando el crédito del tercerista no figure en un título ejecutivo el ejecutado que esté personado en la tercería deberá mostrar su conformidad o no con el allanamiento del ejecutante en el plazo de cinco días. Si muestra su conformidad o no manifiesta su disconformidad se dictará auto ordenando la continuación de la ejecución para satisfacer en primer término al tercerista y, con el eventual remanente, al ejecutante. Si, por el contrario, expresa su disconformidad se dictará auto teniendo por allanado al ejecutante y ordenando continuar la tercería con el ejecutado. En este último caso, el ejecutante seguirá siendo parte en el proceso de ejecución para cobrar en primer lugar –si el ejecutado vence al tercerista– o con cargo al sobrante –si la demanda de tercería es estimada–.

3ª) Desistir de la ejecución el ejecutante –posiblemente por reconocer el crédito preferente del tercerista y considerar que ya no existen en el patrimonio del ejecutado bienes suficientes para satisfacer el suyo–, debiéndose diferenciar también aquí las siguientes posibilidades:

a) Cuando el crédito del tercerista conste en un título ejecutivo se dictará inmediatamente auto ordenando la continuación de la ejecución

para pagar al tercerista, sin necesidad de la conformidad del ejecutado al respecto.

b) Si el crédito del tercerista no figura en un título ejecutivo el tribunal dictará auto de desistimiento del proceso de ejecución, dando ésta por finalizada, a menos que el ejecutado muestre su conformidad para que la misma prosiga para satisfacer el crédito del tercerista.

Además, cuando la demanda de tercería se haya interpuesto una vez haya transcurrido el plazo para formular oposición a la ejecución, el ejecutado podrá alegar frente al tercerista las causas de oposición contempladas por los artículos 550 y 551 LECiv. en función de la naturaleza de su título ejecutivo. En este caso, la sentencia de tercería deberá pronunciarse, en primer lugar, sobre la oposición a la ejecución y posteriormente, de ser ésta desestimada, sobre la preferencia del crédito del tercerista sobre el del ejecutante.

d) La sentencia de tercería y sus efectos

La sentencia que resuelva la tercería de mejor derecho decidirá sobre la existencia y sobre la exigibilidad del crédito del tercerista —únicamente cuando éste carezca de título ejecutivo— y sobre la existencia del privilegio alegado por dicho sujeto y, en consecuencia, sobre el orden de satisfacción de los créditos en la ejecución, sin perjuicio de las acciones que a cada uno de las partes pueden corresponder —especialmente las de enriquecimiento injusto— (art. 620.1.1 LECiv).

Si aquélla es estimatoria, tendrá como efecto realizar, en primer término, el pago al acreedor preferente. El ejecutante tendrá que cobrar con el remanente. Después de éste cobrarán, por su orden, los titulares de cargas posteriores sobre el bien embargado.

Si, por el contrario, la sentencia es desestimatoria hay que distinguir dos supuestos:

1º) Cuando se desestime la tercería no respecto de la existencia y la exigibilidad del crédito del tercerista sino en cuanto a su preferencia sobre el del ejecutante, en primer lugar se pagará al ejecutante su crédito y las costas de la ejecución; en segundo lugar, por su orden, a los titulares de cargas posteriores al embargo, incluido el tercerista si es uno de éstos; y, en tercer lugar, al tercerista si no forma parte de los sujetos mencionados anteriormente.

2º) Si la sentencia no estima la tercería en cuanto a la existencia y a la exigibilidad del crédito del tercerista —lo que podrá ocurrir cuando el tercerista no disponga de título ejecutivo—, se repartirá el precio del remate sin tener en cuenta al tercerista.

Recordar también que no se permitirá segunda tercería de mejor derecho que se base en títulos o derechos que ya poseyera quien la formule al tiempo de interponer la primera (art. 614.2 «in fine» LECiv).

En cuanto a las costas de la tercería se debe señalar que si la sentencia es desestimatoria las mismas se impondrán al tercerista. Si la sentencia es estimatoria la condena en costas recaerá sobre el ejecutante que haya contestado a la demanda. En este último supuesto, si el ejecutado ha intervenido y también se ha opuesto a la tercería se impondrán las costas al ejecutante y al ejecutado por mitad, salvo si se ha estimado el ejecutante y se ha sustanciado la tercería únicamente con el ejecutado, en cuyo caso la condena en costas recaerá íntegramente sobre este último (art. 601.1.1 LECiv).

No obstante, en los supuestos de allanamiento a la tercería de mejor derecho y de desistimiento de la ejecución por parte del ejecutante y en el de sentencia estimatoria, para evitar que el tercerista cobre con preferencia y el ejecutante deba soportar las costas y los gastos de la ejecución que haya ido anticipando, se prevé que no se entregará al tercerista cantidad alguna resultante de la ejecución hasta que se hayan cubierto al ejecutante las tres quintas partes de las costas y de los gastos causados hasta el momento de la notificación de la demanda de tercería o hasta el momento de la sentencia, respectivamente (arts. 619.1.1 y 2, y 620.2 LECiv).

Capítulo 33

JOSÉ MARTÍN PASTOR

ÍNDICE.—ESPECIALIDADES EN LA EJECUCIÓN SOBRE BIENES HIPOTECADOS O PIGNORADOS. INTRODUCCIÓN.—LAS POSIBILIDADES DEL ACREEDOR HIPOTECARIO.—LA VENTA EXTRAJUDICIAL DEL BIEN HIPOTECADO.—EL PROCESO ORDINARIO DE EJECUCIÓN.—A) Supuestos en los que se deberá acudir al proceso ordinario de ejecución.—B) Pretensiones acumulables.—C) Clases de acumulación de pretensiones en función de los legitimados pasivos.—D) Especialidades procesales en el proceso ordinario de ejecución cuando la demanda ejecutiva se dirija única y exclusivamente contra bienes hipotecados.—EL PROCESO ESPECIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA.—A) Su ámbito de aplicación. La dudosa constitucionalidad del procedimiento especial de ejecución hipotecaria.—B) El título ejecutivo y los requisitos del mismo.—C) Requisitos de la deuda.—D) La competencia.—E) La legitimación activa y pasiva. Terceros interesados.—F) El procedimiento.—ESPECIALIDADES EN LA EJECUCIÓN SOBRE BIENES PIGNORADOS.

ESPECIALIDADES EN LA EJECUCIÓN SOBRE BIENES HIPOTECADOS O PIGNORADOS. INTRODUCCIÓN

Los artículos 681 a 698 LECiv regulan un único procedimiento especial cuando el ejecutante pretenda exclusivamente una ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados. No obstante, el hecho de que la norma procesal prevea determinadas especialidades en función de la naturaleza de la garantía —hipotecaria o pignoratícia—, aconseja estudiar por separado la ejecución dirigida contra los bienes hipotecados y la ejecución contra los bienes pignorados. Advertir también que, por la importancia cuantitativa de la ejecución sobre los bienes hipotecados, el procedimiento especial de ejecución se analizará al estudiar la misma, limitándose la exposición de la ejecución sobre los bienes pignorados a recoger las especialidades que contempla la ley cuando la garantía es pignoratícia.

LAS POSIBILIDADES DEL ACREEDOR HIPOTECARIO

El acreedor hipotecario para la defensa de su derecho de crédito garantizado con una hipoteca dispone de diferentes posibilidades, unas procesales y otras extraprocesales, y dentro de las primeras puede acudir a la tutela judicial declarativa o a la ejecutiva.

En primer lugar, el acreedor hipotecario podría acudir al procedimiento declarativo común correspondiente a la cuantía, y ejercitar una pretensión declarativa de condena. Si en él obtiene una sentencia estimatoria podrá pedir su ejecución.

Esta primera posibilidad es más teórica que práctica pues, constituyendo la escritura pública de constitución de la hipoteca un título ejecutivo no judicial (art. 517.2.4º LECiv), normalmente el acreedor hipotecario acudirá directamente al proceso de ejecución, sin pasar previamente por el proceso declarativo mencionado.

En segundo lugar, el acreedor hipotecario puede utilizar las diferentes posibilidades ejecutivas que le ofrece el ordenamiento jurídico. Dentro de las mismas se puede distinguir entre las procesales y las extraprocesales.

La posibilidad ejecutiva extraprocesal consiste en acudir al procedimiento ejecutivo extrajudicial.

Las posibilidades ejecutivas procesales son dos, instar el proceso ordinario de ejecución dineraria o el proceso especial de ejecución hipotecaria.

LA VENTA EXTRAJUDICIAL DEL BIEN HIPOTECADO

A pesar de que las SSTs (Sala 1ª), de 4 de mayo de 1998 (RJ 1998, 3404), y de 20 de abril de 1999 (RJ 1999, 2389) —en contra de las SSTs (Sala 3ª) de 16 de octubre de 1995 (RJ 1995, 7064), y de 23 de octubre de 1995 (RJ 1995, 8123), y del ATS (Sala 3ª), 4 de abril de 1995 (RJ 1995, 3002)— consideraron inconstitucional el procedimiento de ejecución extrajudicial de la hipoteca inmobiliaria del antiguo artículo 129.II LH y de los artículos 234 y 236 RH, argumentando que el artículo 117.3 CE proclama que el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales; que dicho procedimiento violaba el derecho de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE; y que se infringían los principios de jerarquía normativa (art. 9.3 CE), legalidad (art. 9.1 y 3 CE) y reserva de ley (art. 117.3 CE), el legislador de 2000 lo consideró constitucional.

El procedimiento de realización extrajudicial de la hipoteca mobiliaria está previsto en los artículos 86 a 88 LHMPD.

En efecto, el nuevo artículo 129 LH prevé que «en la escritura de constitución de la hipoteca podrá pactarse la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1858 del Código Civil, para el caso de falta de cumplimiento de la obligación garantizada. La venta extrajudicial se realizará por medio de Notario, con las formalidades establecidas en el Reglamento Hipotecario». Esta remisión hay que entenderla hecha a los artículos 234 y 236 o) RH.

La venta extrajudicial del bien hipotecado no constituye un proceso de ejecución, sino simplemente un procedimiento para la venta extrajudicial en pública subasta del inmueble hipotecado partiendo de la inscripción registral de la hipoteca y amparado en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, sin perjuicio de la posibilidad del deudor de acudir al procedimiento declarativo común de oposición y de obtener la suspensión de dicho procedimiento o de solicitar la retención de la cantidad que deba entregarse al acreedor o la anotación preventiva de demanda prevista implícitamente en el artículo 236 I).3 RH.

II PROCESO ORDINARIO DE EJECUCIÓN

1. SUPUESTOS EN LOS QUE SE DEBERÁ ACUDIR AL PROCESO ORDINARIO DE EJECUCIÓN

Si el acreedor hipotecario dispone del título ejecutivo —la escritura pública de constitución de la hipoteca— el cauce procesal normal para formular la pretensión ejecutiva será el proceso especial de ejecución hipotecaria.

No obstante, el acreedor hipotecario deberá instar el proceso ordinario de ejecución cuando en el caso concreto no se cumplan todos los requisitos previstos en los artículos 681.1 y 682 LECiv. En concreto:

1ª) Cuando la ejecución no se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda.

A esta conclusión se puede llegar interpretando el artículo 682.1 LECiv «a sensu contrario», ya que según el mismo las normas reguladoras del procedimiento especial de ejecución hipotecaria «sólo serán aplicables cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra bienes pignoralizados o hipotecados en garantía de la deuda por la que se proceda».

Esto podrá suceder cuando el acreedor hipotecario considere que el valor obtenido por el bien hipotecado en la realización forzosa no va a ser suficiente para hacer efectivo el derecho de crédito hipotecario, es decir, para cobrar las cantidades aseguradas por la hipoteca.

Es cierto que en el supuesto de que el acreedor hipotecario haya acudido al proceso especial de ejecución hipotecaria y, subastado el bien hipotecado, su producto haya resultado insuficiente para cubrir la deuda garantizada, «podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución» (art. 579 «in fine» LECiv).

Pero el acudir desde un inicio al proceso ordinario de ejecución posibilita que el acreedor hipotecario pueda obtener el embargo —con su correspondiente anotación preventiva— de los bienes no hipotecados de su deudor una vez despachada la ejecución, con la consiguiente posible ventaja desde el punto de vista de la prioridad respecto de otros acreedores de dicho deudor. Acudiendo al proceso especial de

ejecución hipotecaria, para poder embargar los bienes no hipotecados de su deudor, el acreedor hipotecario tendrá que esperar a la realización de la garantía hipotecaria y a la comprobación de su insuficiencia para el pago de la deuda garantizada.

2º) Cuando el acreedor hipotecario sea a su vez acreedor personal del mismo deudor y quiera reclamar conjuntamente –en un mismo proceso de ejecución– todas las cantidades que le debe dicho deudor.

Del artículo 681.1 LECiv se deduce claramente que en el proceso especial de ejecución hipotecaria únicamente se podrá ejercitar la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por la hipoteca.

Esto se podrá dar, entre otros, en los siguientes casos:

a) Cuando la deuda reclamada supere la cantidad garantizada, es decir, cuando se quieran reclamar otras cantidades que sean exigibles conforme a la propia escritura pública de constitución de la hipoteca o de acuerdo con pactos o cláusulas incluidos en dicha escritura, pero que no puedan ser reclamadas en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria por no estar cubiertas por la garantía hipotecaria. Por ejemplo, cuando la cantidad que se deba por intereses exceda de la cantidad asegurada por dicho concepto.

b) Cuando se quieran reclamar otras cantidades que sean exigibles conforme a pactos o cláusulas incluidos en la escritura pública de constitución de la hipoteca, pero que no puedan ser reclamadas en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria por derivarse de pactos o cláusulas no inscritos.

c) Cuando el acreedor hipotecario quiera reclamar conjuntamente el pago de dos deudas derivadas de distintos negocios jurídicos. Por ejemplo, en el caso de que el deudor deje de pagar las cuotas derivadas de sendos préstamos –uno hipotecario y otro personal– que le han sido concedidos por una misma entidad financiera.

En estos casos, el acreedor hipotecario deberá acudir al proceso ordinario de ejecución para acumular a la pretensión ejecutiva hipotecaria una pretensión ejecutiva no hipotecaria –crediticia o personal–, como a continuación se explicará.

Y todo ello con independencia de que la ejecución se dirija contra el bien hipotecado y otros bienes del deudor o exclusivamente contra el bien hipotecado.

Es posible que en determinados supuestos la pretensión ejecutiva crediticia sólo se dirija contra la parte del valor de la finca hipotecada que supere el importe garantizado por la hipoteca. Por ejemplo, cuando el deudor carezca de otros bienes, o cuando el acreedor considere suficiente perseguir solamente dicha parte del valor de la finca hipotecada.

En este último supuesto, la necesidad de acudir al proceso de ejecución ordinario para acumular las mencionadas pretensiones se deduce del artículo 555.4 LECiv, aunque se refiere a la acumulación de procesos de ejecución pendientes, dispone que cuando la ejecución se dirija exclusivamente sobre bienes especialmente hipotecados, sólo podrá acordarse la acumulación a otros procesos de ejecución cuando estos últimos se sigan para hacer efectivas otras garantías hipotecarias sobre los mismos bienes.

No obstante, es cierto que, cuando la ejecución se dirija exclusivamente contra el bien hipotecado, el ejecutante podría haber optado por el procedimiento especial de ejecución hipotecaria y que de acuerdo con el artículo 692.1.11 LECiv cuando el propietario del bien hipotecado sea el propio deudor el precio del remate se destinará en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria, al pago de la cantidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución. Una vez satisfechos, en su caso, los créditos inscritos o anotados –hipotecas o embargos– posteriores a la hipoteca. Pero se debe tener presente que el acudir al proceso de ejecución ordinario proporciona al ejecutante la ventaja de obtener el embargo –con su correspondiente anotación preventiva– del bien hipotecado, y ganar prioridad, respecto de eventuales acreedores que inscriban o anoten su crédito con posterioridad a dicho embargo, sobre las cantidades obtenidas con la realización de dicho bien en la parte que excedan de la cantidad asegurada. Y ello porque la garantía que proporciona ese embargo no la podrá obtener el ejecutante en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria.

3º) Cuando no se cumplan los requisitos exigidos por el artículo 682.2 LECiv. En concreto, cuando en la escritura de constitución de la hipoteca los interesados no hayan determinado el precio en que tasan el bien hipotecado, para que sirva de tipo en la subasta, o no se haya fijado un domicilio del deudor para la práctica de requerimientos y notificaciones.

La posibilidad del acreedor hipotecario de acudir al proceso ordinario de ejecución estando en disposición de una escritura pública de constitución de una hipoteca se deduce claramente, por una parte, de los artículos 126.1.11 y 81 LHMPD, que, con anterioridad a la reforma procesal de 2000, establecían, respectivamente, la posibilidad de perseguir bienes hipotecados en juicio ejecutivo conforme a las disposiciones de la LECiv y de que el acreedor hiciese efectivo su crédito mediante los procedimientos establecidos en dicha norma, y, por otro lado, de los artículos 545.3.111, 555.4, y 568 LECiv, que dentro del Título III –De la ejecución: Disposiciones generales–, por lo tanto, en el marco del procedimiento ordinario de ejecución, regulan distintas cuestiones procesales cuando la ejecución se dirige exclusivamente contra bienes hipotecados.

B) PRETENSIONES ACUMULABLES

Cuando el acreedor hipotecario acuda al proceso ordinario de ejecución en la demanda ejecutiva podrá formular, en su caso –es decir, cuando se den

el primero o el segundo de los supuestos previstos en el apartado anterior, dos pretensiones:

1ª) Una pretensión ejecutiva hipotecaria, que tendrá como fundamento un título ejecutivo que será la escritura pública de constitución de la hipoteca.

2ª) Una pretensión ejecutiva crediticia —o también denominada personal—, que se fundamentará en un título ejecutivo que estará constituido por la escritura pública en la que se haya constituido el derecho de crédito del acreedor —la misma escritura pública de constitución de la hipoteca, pero con referencia a la hipoteca del bien, u otra escritura pública distinta—.

C) CLASES DE ACUMULACIÓN DE PRETENSIONES EN FUNCIÓN DE LOS TÍTULOS EJECUTIVOS PASIVOS

En los cuatro supuestos que se describen a continuación se parte de la circunstancia de que el acreedor hipotecario prevé que el valor del bien hipotecado no será suficiente para poder cobrar el crédito hipotecario —principal y los intereses—, aunque el primer supuesto también puede fundamentarse en la circunstancia de que el acreedor hipotecario quiera acumular a la pretensión ejecutiva hipotecaria una pretensión ejecutiva no hipotecaria —crediticia o personal—, por ser titular de dos derechos de crédito frente al mismo deudor —uno hipotecario y otro personal—.

Las pretensiones ejecutivas se pueden dirigir contra diversos sujetos, lo que —siguiendo el esquema de MONTEIRO AROCA— determinará diferentes clases de acumulación de pretensiones.

a) Pretensiones ejecutivas dirigidas contra el deudor hipotecante

En este caso, hay que distinguir dos supuestos:

a') Cuando el acreedor hipotecario prevea que el valor del bien hipotecado no será suficiente para poder cobrar el crédito hipotecario —principal e intereses—, y, en consecuencia, dirija la ejecución contra otros bienes del deudor.

Esto sucederá cuando del registro resulte que el deudor hipotecante sigue siendo propietario del bien hipotecado y cuando el mismo disponga de otros bienes contra los cuales se pueda dirigir la ejecución. En este supuesto el acreedor hipotecario en la demanda ejecutiva formulará dos pretensiones:

1ª) Una pretensión ejecutiva hipotecaria, cuyo título ejecutivo será la escritura pública de constitución de la hipoteca, que perseguirá la realización forzosa del bien hipotecado. En este caso no será necesario embargar el bien

ni practicar en el registro la anotación preventiva del embargo pues no aportará nada adicional a la garantía que representa la hipoteca.

2ª) Una pretensión ejecutiva crediticia —o personal—, cuyo título ejecutivo será la escritura pública en la que se haya documentado el derecho de crédito —la misma escritura pública de constitución de la hipoteca, pero sin referencia a la hipoteca del bien—, con la que se perseguirán todos los bienes del deudor, a excepción de la finca hipotecada. En este caso sí que se deberá proceder al embargo de tales bienes y, en su caso, a la práctica de la anotación preventiva del mismo en el registro.

En este supuesto se estará en presencia de una acumulación de pretensiones inicial y objetiva.

b') Cuando el acreedor hipotecario quiera acumular a la pretensión ejecutiva hipotecaria una pretensión ejecutiva no hipotecaria —crediticia o personal—, por ser titular de dos derechos de crédito frente al mismo deudor —uno hipotecario y otro personal—.

Aquí será de aplicación todo lo expuesto en el apartado anterior, con la diferencia de que con la pretensión ejecutiva crediticia —o personal—, cuyo título ejecutivo será la escritura pública en la que se haya documentado el derecho de crédito —la misma escritura pública de constitución de la hipoteca, pero sin referencia a la hipoteca del bien, o una escritura pública distinta a la anterior—, se perseguirán no sólo todos los bienes no hipotecados del deudor sino, además, la propia finca hipotecada, pero únicamente en la parte de su valor que supere el importe asegurado con la hipoteca. En este caso se deberá proceder no sólo al embargo —con su correspondiente anotación preventiva en el registro— de los bienes no hipotecados sino también del propio bien hipotecado, para asegurar así la prioridad del ejecutante respecto de las cantidades obtenidas con la realización del mismo en la parte que excedan de la cantidad asegurada.

En este caso, el embargo se practicará por la diferencia entre la suma por la que se haya despachado ejecución y la cantidad garantizada por la hipoteca.

Recordar, no obstante, que es posible que en ocasiones la pretensión ejecutiva crediticia sólo se dirija contra la parte del valor de la finca hipotecada que supere el importe garantizado por la hipoteca. Por ejemplo, cuando el deudor carezca de otros bienes, o cuando el acreedor considere suficiente perseguir solamente dicha parte del valor de la finca hipotecada.

En este caso también se estará ante una acumulación de pretensiones inicial y objetiva.

b) Pretensiones ejecutivas dirigidas contra el deudor no hipotecante y contra el hipotecante no deudor

Esta circunstancia se producirá cuando el hipotecante sea el titular registral del bien hipotecado y, sin ser el obligado de la relación jurídica material de crédito, haya contraído una responsabilidad limitada al bien objeto de la hipoteca. En este caso en la demanda ejecutiva también se formularán dos pretensiones:

1ª) Una pretensión ejecutiva hipotecaria, que se dirigirá contra el hipotecante no deudor, y que perseguirá la realización forzosa del bien hipotecado. En este caso tampoco será necesario embargar el bien ni practicar en el registro la anotación preventiva de la traba pues no aportan nada adicional a la garantía que representa la hipoteca.

2ª) Una pretensión ejecutiva crediticia –o personal–, que se dirigirá contra todos los bienes del deudor no hipotecante. En este caso también se deberá proceder al embargo de tales bienes y, en su caso, a la práctica de la anotación preventiva del mismo en el registro.

En este supuesto se estará ante una acumulación de pretensiones inicial y objetivo-subjetiva.

c) Pretensiones ejecutivas dirigidas contra el deudor hipotecante y contra el tercer poseedor del bien hipotecado

Esta circunstancia se producirá cuando según el registro el deudor hipotecante ya no sea el titular del bien hipotecado. En este caso en la demanda ejecutiva también se formularán dos pretensiones:

1ª) Una pretensión ejecutiva hipotecaria, que se dirigirá contra el tercer poseedor. Si éste desampara el bien hipotecado, la ejecución únicamente continuará contra el deudor hipotecante. Si no desampara el bien la ejecución seguirá contra él por el principal de la deuda garantizada, por los intereses devengados desde el requerimiento y por las costas judiciales (arts. 126 y 127 LH, y 222 y 223 RH).

2ª) Una pretensión ejecutiva crediticia –o personal–, que se dirigirá contra todos los bienes del deudor hipotecante. En este caso también se deberá proceder al embargo de tales bienes y, en su caso, a la práctica de la anotación preventiva del mismo en el registro.

En este supuesto se estará ante una acumulación de pretensiones inicial y objetivo-subjetiva, hasta que, en su caso, el tercer poseedor desampare el bien.

d) Pretensiones ejecutivas dirigidas contra el deudor hipotecante y contra el fiador

Esto sucederá cuando el crédito esté garantizado por un fiador solidario. En esta situación en la demanda ejecutiva se formularán tres pretensiones:

1ª) Una pretensión ejecutiva hipotecaria, que se dirigirá contra el deudor hipotecante.

2ª) Una pretensión ejecutiva crediticia –o personal–, con la que se perseguirán los demás bienes del deudor hipotecante.

3ª) Otra pretensión ejecutiva crediticia –o personal–, cuyo título ejecutivo será la escritura pública en la que haya constituido la fianza solidaria, con la que se perseguirán todos los bienes del fiador solidario.

Asimismo, en los dos últimos supuestos se deberá proceder al embargo de tales bienes y, en su caso, a la práctica de la anotación preventiva del mismo en el registro.

Aquí se producirá, respecto del deudor hipotecante, una acumulación de pretensiones inicial objetiva –pretensiones de los aps. 1) y 2)–, y, en cuanto al deudor hipotecante y al fiador, una acumulación de pretensiones inicial objetivo-subjetiva –pretensiones de los aps. 1), 2) y 3)–.

D) ESPECIALIDADES PROCESALES EN EL PROCESO ORDINARIO DE EJECUCIÓN CUANDO LA DEMANDA EJECUTIVA SE DIRIJA ÚNICA Y EXCLUSIVAMENTE CONTRA BIENES HIPOTECADOS

Cuando el acreedor hipotecario acuda al proceso ordinario de ejecución, por no concurrir los requisitos exigidos en los artículos 681.1 y 682 LECiv, la propia norma procesal civil prevé algunas especialidades cuando la demanda ejecutiva se dirija única y exclusivamente contra bienes hipotecados:

1ª) Por una parte, el artículo 545.3.III LECiv prescribe que, sin perjuicio de lo dispuesto en su párrafo anterior, «cuando la ejecución recaiga sólo sobre bienes especialmente hipotecados o pignorados, la competencia se determinará con arreglo a lo dispuesto en el artículo 684 de esta Ley».

2ª) Por otra parte, el artículo 555.4 LECiv establece que «cuando la ejecución se dirija exclusivamente sobre bienes especialmente hipotecados, solo podrá acordarse la acumulación a otros procesos de ejecución cuando estos últimos se sigan para hacer efectivas otras garantías hipotecarias sobre los mismos bienes».

3ª) Por último, el artículo 568 LECiv señala que no se impedirá ni suspenderá la ejecución singular en caso de situaciones concursales si la misma se limita exclusivamente a bienes previamente hipotecados en garantía de la deuda reclamada.

En otro orden de asuntos, la LECiv no ha derogado ni modificado los artículos 126 y 127 LH, y 222, 223 y 224 RH, que regulan las actuaciones y seguir en el caso de que se persigan bienes inmuebles hipotecados que son propiedad de un tercer poseedor. De dichos preceptos se deduce que requerido de pago, notarial o judicialmente, dicho sujeto se pueden plantear las siguientes posibilidades:

1ª) Si el tercer poseedor paga la deuda más los intereses correspondientes, no empezará el proceso de ejecución si ha sido requerido de pago notarialmente, y finalizará dicho proceso si el requerimiento ha sido judicial.

2ª) Si desampara el bien hipotecado, éste se considerará en poder del deudor hipotecante, a fin de que pueda dirigirse contra dicho bien el proceso de ejecución.

3ª) Si no paga la deuda ni desampara el bien, responderá con sus propios bienes —además de con el hipotecado—, por el principal de la deuda garantizada, por los intereses devengados desde el requerimiento y por las costas judiciales.

EL PROCESO ESPECIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

A) SU ÁMBITO DE APLICACIÓN. LA DUDOSA CONSTITUCIONALIDAD DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE EJECUCIÓN HIPOTECARIA

Tanto el nuevo artículo 129 LH como los artículos 579, 681.1, y 682.1 LECiv disponen que la acción para exigir el pago de deudas garantizadas por hipoteca podrá ejercitarse directa y exclusivamente contra los bienes hipotecados, sujetándose su ejercicio a lo dispuesto en el Título IV del Libro Tercero de la LECiv —De la ejecución dineraria—, con las especialidades que se establecen en su Capítulo V —De las particularidades de la ejecución sobre bienes hipotecados o pignoralos—, pero siempre y cuando se cumplan las exigencias y requisitos del artículo 682.2 LECiv. Como se deduce de lo expuesto, en primer lugar se aplicará la normativa especial, y supletoriamente serán de aplicación las normas de la ejecución dineraria ordinaria.

El artículo 681.2 LECiv precisa que cuando se reclame el pago de deudas garantizadas por una hipoteca naval, las mencionadas especialidades sólo serán aplicables en los dos primeros supuestos del artículo 39 LH, que permiten que el acreedor con hipoteca naval pueda ejercitar su derecho contra la nave o contra las naves afectas

al en los supuestos de vencimiento del plazo estipulado para la devolución del principal o de los intereses.

Las particularidades de la ejecución hipotecaria también serán de aplicación cuando la reclamación se limite al pago de una parte del capital del crédito o de los intereses, cuyo pago deba hacerse en plazos diferentes, si vence alguno de esos plazos sin cumplir el deudor su obligación y esa estipulación consta inscrita en el registro. En este caso, si para proceder al pago de alguno de los plazos del capital o de los intereses es necesario enajenar el bien hipotecado y aún quedan por vencer otros plazos de la obligación, se realizará la venta y se transmitirá la finca al comprador con la hipoteca correspondiente a la parte del crédito que no esté satisfecha (art. 693.1 LECiv).

Sin embargo, es conocido que en la práctica se suele pactar un vencimiento anticipado de las deudas a plazos si se deja de cumplir alguno de los plazos. Esta posibilidad la recoge el artículo 693.2 LECiv, que permite la reclamación de la totalidad de lo adeudado por el capital y los intereses, siempre que se hubiese convenido el vencimiento total en caso de falta de pago de alguno de los diferentes plazos y esa estipulación conste inscrita en el Registro.

En este último supuesto el deudor podrá liberar el bien consignando la cantidad exacta que por el principal y los intereses estuviese vencida en la fecha de presentación de la demanda, incrementada, en su caso, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se vayan produciendo durante la tramitación del procedimiento y resulten impagados total o parcialmente, en dos situaciones: a) Cuando el acreedor solicite que se comunique al deudor dicha posibilidad, y b) Cuando el bien hipotecado sea la vivienda habitual, por una sola vez, y sin necesidad del consentimiento del acreedor. El pago también lo podrá realizar cualquier tercero con el consentimiento del ejecutante. Cuando el deudor —o el tercero— consigne dicha cantidad, se liquidarán las costas y, satisfechas éstas, se dictará providencia declarando la terminación de la ejecución.

El legislador de 2000 mantiene, en lo esencial, la regulación del precedente «procedimiento judicial sumario» del antiguo artículo 131 LH, caracterizado por la extraordinaria fuerza ejecutiva del título ejecutivo y por la radical limitación de las causas de oposición del deudor a la ejecución y de los supuestos que suspenden la misma, argumentando, en apoyo de esta opción legislativa, que «el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que este régimen no vulnera la Constitución e introducir cambios sustanciales en el mismo podría alterar gravemente el mercado del crédito hipotecario, lo que no parece en absoluto aconsejable» (Exp. de Motivos de la LECiv, ap. XVII, párr. XXX).

Es cierto que, bajo la normativa anterior, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha considerado constitucional el procedimiento judicial sumario del antiguo artículo 131 LH, pues, si bien ha reconocido que en el procedimiento de ejecución hipotecaria se limitaba extraordinariamente la contradicción procesal, ha destacado que ello no implicaba que se produjera indefensión, porque la contradicción seguía siendo posible en el procedi-

miento declarativo, y porque el antiguo artículo 132.VIII LH —interpretado ampliamente por el Tribunal Constitucional— «prevé la petición y adopción de medidas cautelares capaces de asegurar la sentencia que en el procedimiento debe darse», específicamente «la anotación preventiva de demanda», de modo que el mencionado procedimiento de ejecución no resultaba anticonstitucional por ser contrario al artículo 24.1 CE, ya que el deudor y el titular del derecho no quedaban indefensos ni privados de tutela.

El entrecomillado corresponde a la STC 296/1993 (Sala 2ª), de 18 de octubre (RTC 1993, 296). Consúltense asimismo las SSTC 41/1981 (Pleno), de 18 de diciembre (RTC 1981, 41); 64/1985 (Sala 1ª), de 17 de mayo (RTC 1985, 64); 8/1991 (Sala 1ª), de 17 de enero (RTC 1991, 8); 6/1992 (Sala 1ª), de 16 de enero (RTC 1992, 6); 217/1993 (Sala 2ª), de 30 de junio (RTC 1993, 217); 21/1995 (Sala 1ª), de 24 de enero (RTC 1995, 21); y 69/1995 (Sala 1ª), de 9 de mayo (RTC 1995, 69), y el ATC 6/1992 (Sala 2ª), de 13 de enero. Véanse también la STC 296/1993 (Sala 2ª), de 18 de octubre, y el ATC 57/1994 (Sala 1ª), de 16 de febrero (1994, 57 AUTJ), que inadmitieron el recurso de amparo porque el recurrente en amparo no había agotado los recursos previstos legalmente. En concreto, podía haber instado el proceso declarativo procedente de acuerdo con la normativa procesal hipotecaria, y haber agotado su derecho mediante la anotación preventiva de la demanda iniciadora de un proceso.

Pero se debe tener en cuenta que, con la reforma procesal civil, el nuevo artículo 131 LH ordena expresamente la cancelación de la anotación preventiva de la demanda de oposición al disponer que «las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del mandamiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas».

Si la efectividad de la eventual sentencia estimatoria que se pueda dictar en ese proceso declarativo no puede garantizarse plenamente con la anotación preventiva de demanda, debido su cancelación —pues se corre el riesgo de que el bien hipotecado se transmita a un tercero de buena fe, y que resulte imposible recuperarlo, debiendo conformarse el deudor con el ejercicio de una acción de enriquecimiento injusto contra el acreedor para recuperar las cantidades que éste haya percibido— habrá argumentos suficientes para volver a replantearse la constitucionalidad del nuevo procedimiento judicial de ejecución hipotecaria.

B) EL TÍTULO EJECUTIVO Y LOS REQUISITOS DEL MISMO

El procedimiento especial de ejecución hipotecaria se fundamenta en la existencia de un título ejecutivo, que es la escritura pública de constitución de la hipoteca.

Para el despacho de la ejecución en este título ejecutivo deben concurrir los siguientes requisitos:

1ª) Un requisito general de los títulos ejecutivos consistentes en escrituras públicas. Recordemos que el artículo 517.2.4ª LECiv exige, para que las escrituras públicas lleven aparejada ejecución, que se presente la primera copia, o, si se presenta una segunda copia, que la misma haya sido expedida por mandamiento judicial y con citación de las personas a quienes deba perjudicar, o con la conformidad de todas las partes.

2ª) Una serie de requisitos específicos de la escritura pública de constitución de la hipoteca:

a) Dado el carácter constitutivo de la inscripción de la hipoteca —tal y como se deduce de los arts. 1875.1 CC, y 130, 145 y 159 LH—, en el título ejecutivo deberá constar la nota extendida en el mismo por el registrador en la que se acredite la mencionada inscripción (art. 253 LH). De no poderse presentar el título inscrito, al título presentado deberá adjuntarse una certificación registral en la que se acredite la inscripción y la subsistencia de la hipoteca (art. 685.2.II LECiv).

Cuando se reclame el pago de deudas garantizadas por hipoteca naval, se considerará título suficiente para despachar ejecución el documento privado de constitución de la hipoteca naval inscrito registralmente de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 3.1 LIN (art. 685.3 LECiv).

En los supuestos en que se trate de ejecutar hipotecas sobre bienes inmuebles constituidos a favor de una entidad que legalmente pueda emitir cédulas hipotecarias o que, al iniciarse el procedimiento, garantice créditos y préstamos afectos a una emisión de bonos hipotecarios, será suficiente presentar una certificación registral que acredite la inscripción y la subsistencia de la hipoteca. Esa certificación deberá completarse con cualquier copia autorizada de la escritura pública de hipoteca, que podrá ser parcial comprendiendo tan sólo la finca o fincas objeto del procedimiento de ejecución (art. 685.4 LECiv).

En el Derecho positivo se prevén otros supuestos en los que no se podrá o no será necesario presentar el título inscrito. Sin ánimo de ser exhaustivos, por ejemplo, en el procedimiento para hacer efectiva la acción hipotecaria nacida de títulos valores (art. 155 LH), cuando se trate de ejecutar una hipoteca constituida por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada (art. 143 LH), o cuando se pretenda la ejecución de una hipoteca por la entidad subrogada (art. 6.1 de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de préstamos hipotecarios).

b) En la escritura pública los interesados deberán haber fijado el precio de tasación del bien hipotecado, para que dicho precio sirva de tipo en la subasta sin necesidad de previo avalúo (art. 682.2.1.1ª LECiv). Este precio deberá constar también en la inscripción registral (art. 682.3 LECiv).

c) Asimismo, en la escritura presentada deberá constar el domicilio que haya fijado el deudor para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones (art. 682.2.1.2ª LECiv). Igualmente este domicilio deberá figurar en la inscripción de la hipoteca (art. 682.3 LECiv).

Este domicilio puede ser designado libremente, salvo cuando se trate de hipoteca sobre establecimientos mercantiles, en cuyo caso se deberá tener necesariamente por domicilio el local donde esté instalado el establecimiento objeto de la hipoteca (art. 682.2.1.1 LECiv).

El artículo 683 LECiv establece un conjunto de reglas para que el deudor y el hipotecante no deudor puedan cambiar el domicilio que hayan designado para la práctica de los requerimientos y de las notificaciones, y fija el domicilio de los terceros adquirentes de los bienes hipotecados, que también podrá ser alterado con sujeción a las mencionadas reglas.

C) REQUISITOS DE LA DEUDA

En el procedimiento especial de ejecución hipotecaria el acreedor hipotecario únicamente podrá reclamar el pago de las cantidades que estén garantizadas por la hipoteca, cantidades que, según el artículo 12 LH, estarán constituidas por el principal de la obligación asegurada y los intereses ordinarios que se hayan pactado, dentro de los límites de los artículos 114 LH y 220 RH. Por pacto expreso, también se podrá acordar que la hipoteca garantice los intereses de demora y las costas del procedimiento, debiendo fijarse al efecto en la escritura pública de constitución de la hipoteca las cantidades máximas garantizadas por tales conceptos.

En consecuencia, en principio, en el procedimiento especial de ejecución hipotecaria no deberían poder ser reclamados los intereses o las costas que, aunque debidas, superen las cantidades máximas garantizadas por dichos conceptos en la escritura pública de constitución de la hipoteca.

A pesar de lo expuesto, el artículo 692.1.1 LECiv permite que en el proceso especial de ejecución hipotecaria pueda llegar a pagarse al ejecutante la totalidad de lo que se le deba por el crédito que sea objeto de la ejecución, en la cuantía que exceda del límite de la cobertura hipotecaria. No obstante, esta posibilidad presenta los inconvenientes comentados con anterioridad.

La deuda por la que se acude a dicho procedimiento deberá ser cierta, líquida, vencida y, en consecuencia, exigible.

En cuanto a la liquidez se debe destacar que no será preciso, al efecto de despachar la ejecución, que sea líquida la cantidad que el ejecutante reclame por los intereses que se puedan devengar durante el curso de la ejecución y por las costas que ésta origine (art. 572.1 «in fine» LECiv).

Cuando se trate de un préstamo hipotecario en el que se haya pactado un interés variable, en el título ejecutivo no estará determinada la cantidad que se reclame por los intereses ordinarios, por lo que el ejecutante deberá expresar en la demanda

despachar las operaciones de cálculo que arrojen como saldo la cantidad determinada por la que se solicita el despacho de la ejecución (art. 574 LECiv).

En la demanda ejecutiva el acreedor hipotecario también podrá reclamar las cantidades debidas por los intereses y por las costas, siempre que se haya acordado que la cobertura hipotecaria se extienda a estos conceptos y que dichas cantidades no superen el importe máximo que se haya pactado para los mismos. Como, en el momento de la demanda, no se podrán determinar exactamente las cantidades relativas a los intereses que se puedan devengar durante el curso de la ejecución y a las costas de la misma, el acreedor hipotecario deberá expresar las cantidades que provisionalmente fije por tales conceptos, pero respetando siempre el límite mencionado anteriormente (art. 575.1 LECiv).

B) LA COMPETENCIA

La competencia objetiva para conocer del procedimiento especial de ejecución hipotecaria corresponde a los Juzgados de Primera Instancia, mientras que para la competencia territorial se establecen diferentes fueros en función de la naturaleza de los bienes hipotecados.

Si los bienes hipotecados son inmuebles, será competente territorialmente el Juzgado de Primera Instancia del lugar en el que radique la finca y si ésta radica en más de un partido judicial, lo mismo que si son varias y radican en diferentes partidos, el Juzgado de Primera Instancia de cualquiera de ellos, a elección del ejecutante, sin que sean aplicables en este caso las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la LECiv (art. 684.1.1ª LECiv).

Cuando los bienes hipotecados sean buques, la competencia territorial corresponderá al Juzgado de Primera Instancia al que se hayan sometido las partes en el título constitutivo de la hipoteca y, en su defecto, al Juzgado del lugar en que se haya constituido la hipoteca, el del puerto en que se encuentre el buque hipotecado, el del domicilio del demandado o el del lugar en que radique el registro en que fue inscrita la hipoteca, a elección del ejecutante (art. 684.1.2ª LECiv).

De tratarse de bienes muebles hipotecados, será competente territorialmente el Juzgado de Primera Instancia al que las partes se hayan sometido en la escritura de constitución de hipoteca y, en su defecto, el del partido judicial donde ésta haya sido inscrita. Si fuesen varios los bienes hipotecados e inscritos en diversos Registros, será competente el Juzgado de Primera Instancia de cualquiera de los partidos judiciales correspondientes, a elección del ejecutante (art. 684.1.3ª LECiv).

En cuanto al tratamiento procesal de la competencia cabe destacar que el órgano jurisdiccional deberá controlar de oficio su propia competencia antes de despachar la ejecución (art. 684.2 LECiv en relación con el art. 546 de la misma norma), sin perjuicio de que el ejecutado pueda impugnar la falta de competencia del juzgado mediante la declinatoria (art. 547 LECiv).

E) LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y PASIVA. TERCEROS INTERESADOS

La legitimación activa corresponde al acreedor con hipoteca inscrita a su favor en el registro. En los supuestos de sucesión en la titularidad del crédito hipotecario, para que el nuevo acreedor pueda tener como legitimado activo será necesario que dicha sucesión esté reflejada previamente en el registro (art. 149 LH).

Si la hipoteca no figura inscrita a nombre del nuevo acreedor, éste no tiene legitimación activa para incoar al procedimiento especial de ejecución hipotecaria, pero para la satisfacción de su derecho podrá acudir al proceso ordinario de ejecución de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 540 LECiv, aunque en este proceso no gozará de la preferencia que representa la garantía hipotecaria.

Excepcionalmente, cuando se trate de hipotecas constituidas para garantizar obligaciones transferibles por éndoso o títulos al portador, y éstas se han transmitido, la legitimación activa corresponderá al tenedor legítimo de los mismos, a pesar de no haber dado noticia de la transmisión al deudor ni de hacerla constar en el registro (art. 150 LH).

La legitimación pasiva la tiene siempre el deudor y también, en su caso, el hipotecante no deudor y el tercer poseedor de los bienes hipotecados —siempre que este último hubiese acreditado al acreedor la adquisición de dichos bienes—, por lo que contra ellos deberá dirigirse la demanda ejecutiva (art. 685.1 LECiv).

El deudor es el titular pasivo de la relación jurídica material de crédito —y suele ser a su vez el sujeto hipotecante—. Éste responde de la deuda con todo su patrimonio y no sólo con el bien hipotecado, aunque, como hemos visto, para ejecutar bienes distintos del hipotecado —es decir, para limitar la pretensión hipotecaria a la personal— habrá que acudir al proceso ordinario de ejecución.

El hipotecante no deudor es el titular registral del bien hipotecado, aunque no es el obligado de la relación jurídica material de crédito, sino que tiene una responsabilidad limitada al bien objeto de la hipoteca. Por la falta de su responsabilidad, contra él sólo podrá interponerse la pretensión hipotecaria.

El tercer poseedor es el sujeto que, no siendo parte de la deuda, ha adquirido el bien hipotecado del deudor o del hipotecante no deudor o de otro tercer poseedor, pero sin haberse inscrito en la posición de deudor respecto de la obligación garantizada.

No será tercer poseedor quien haya adquirido el bien hipotecado y se haya inscrito en la deuda —previa conformidad del acreedor—, por lo que deberá ser considerado en calidad de deudor. Por el contrario, también tendrá la consideración de tercer poseedor quien haya adquirido solamente el usufructo o el dominio útil del bien hipotecado, o la nuda propiedad o el dominio directo (art. 662.2 LECiv).

La posición procesal del tercer poseedor depende del momento en que se haya producido su adquisición y, en su caso, de si el mismo ha acreditado al acreedor su adquisición: a) Si el tercer poseedor ha adquirido el bien hipotecado antes de la incoación del procedimiento especial de ejecución y ha acreditado al acreedor tal adquisición, la demanda ejecutiva deberá dirigirse contra él (art. 685.1 LECiv); b) Si el tercer poseedor no haya acreditado al acreedor su adquisición y figure en el registro como titular del bien hipotecado, se le comunicará la existencia del procedimiento para que pueda, si lo estima oportuno, intervenir en el mismo o satisfacer antes del remate el importe del crédito y los intereses y las costas de la parte que esté asegurada con la hipoteca de su bien (art. 689.1 LECiv); c) Si la adquisición del tercer poseedor ha tenido lugar después de que se haya inscrito en el registro la incoación del procedimiento, éste podrá solicitar, acreditada la inscripción de su título, que se le exhiban los autos y que se entiendan con él las sucesiones (art. 662.1 LECiv).

Además, sin ser parte, también estarán interesados en el resultado de la ejecución los titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la inscripción de la hipoteca, ya que, según los artículos 689.2 LECiv y 133-134 LH, finalizada dicha ejecución y practicadas las inscripciones correspondientes se cancelarán las inscripciones o anotaciones que existan en el registro los mencionados derechos y cargas. En virtud de lo dispuesto en el artículo 689.2 LECiv dispone —remitiendo al art. 659 de la Ley Hipotecaria— que a tales titulares se les comunique la existencia de la ejecución.

EL PROCEDIMIENTO

Las normas reguladoras del procedimiento especial de ejecución hipotecaria hacen referencia a determinadas especialidades procedimentales, siendo aplicables supletoriamente los artículos 548 a 570 LECiv, y regulan determinadas cuestiones generales de la ejecución, y los artículos 681 a 690 LECiv, relativos a la ejecución dineraria ordinaria.

La demanda ejecutiva y los documentos que hay que acompañar a la misma

En defecto de norma especial sobre la demanda ejecutiva, habrá que acudir al artículo 549 LECiv, que establece el contenido normal de la demanda de ejecución, y tener en cuenta las circunstancias propias de la ejecución hipotecaria que deben constar en dicha demanda.

En dicha demanda ejecutiva se deberá expresar: 1º) El título en el que se funda el ejecutante —que, como ya se ha dicho, es la escritura pública de constitución de la hipoteca en la que figure la inscripción registral de la misma—. 2º) La tutela que se pretende —la realización de la garantía hipotecaria y el pago de la deuda garantizada—, y la cantidad que se reclama —la cantidad asegurada y, en su caso, los intereses y costas no aseguradas—. 3º) La indicación del bien objeto de la ejecu-

ción -el bien hipotecado-. 4º) La identificación de las personas contra las que pretende el despacho de la ejecución -el deudor y, en su caso, el hipotecante, el deudor o el tercer poseedor-.

A la demanda se deberán adjuntar el título ejecutivo, y los documentos a que hacen referencia el artículo 550 LECiv -documentos que deben acompañar a cualquier demanda ejecutiva- y, en su caso, los arts. 573 -documentos que deben acompañar a la demanda ejecutiva por de cuenta- y 574 -documentos que deben acompañar a la demanda por de cuenta en caso de intereses variables- de la misma norma (art. 685.2.I LECiv).

En el supuesto de que previamente a la interposición de la demanda ejecutiva se hubiera realizado extrajudicialmente el requerimiento de pago de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 686.2.II LECiv, dicha demanda deberá ser acompañada del acta notarial que acredite la realización del requerimiento (art. 686.2.I LECiv en relación con el art. 581.2 del mismo texto normativo).

b) La resolución judicial sobre el despacho de la ejecución y el requerimiento judicial de pago

Presentada la demanda ejecutiva el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse sobre el despacho de la ejecución, en función de la concurrencia o no de los requisitos generales del artículo 551 LECiv y de los especiales de los artículos 681.1 y 682 de la misma norma.

Si el juez despacha la ejecución, en el mismo auto ordenará que se notifique tal despacho y que se requiera de pago al deudor y, en su caso, a los demás demandados, al hipotecante no deudor o al tercer poseedor, en el domicilio que resulte vigente en el registro (art. 686.1 LECiv).

El artículo 686.2.I LECiv dispone que ese requerimiento judicial de pago deberá practicar si previamente se hubiese realizado un requerimiento extrajudicial. En este caso simplemente se comunicará al deudor el despacho de la ejecución. No obstante, si ese requerimiento extrajudicial ha realizado defectuosamente, por incumplimiento de los requisitos establecidos en los artículos 581.2 y 686.2.II LECiv, será necesario el requerimiento judicial.

c) El depósito de los vehículos de motor hipotecados

Cuando el procedimiento de ejecución tenga por objeto una deuda garantizada por hipoteca de vehículos de motor, bien en el auto por el que se despacha la ejecución -si se ha realizado extrajudicialmente el requerimiento de pago al deudor-, bien en un auto posterior -cuando el deudor no acude al requerimiento judicial de pago-, se ordenará el depósito de dichos vehículos

en poder del acreedor o de la persona que éste designe (art. 687.1.1, y 2 LECiv).

En los depositados, los vehículos se precintarán y no se podrán utilizar, a menos que la inscripción sea permitida por disposiciones especiales, en cuyo caso se designará al interventor (art. 687.1.II LECiv).

La certificación registral de dominio y de cargas. La nota marginal de la inscripción de la certificación y de la pendencia del procedimiento. El requerimiento de la ejecución por la inexistencia o la cancelación de la hipoteca.

Cuando el requerimiento ninguno de los demandados paga la deuda que provocaría la finalización del procedimiento-, se expedirá un requerimiento al registrador correspondiente para que éste remita al juzgado la certificación de dominio y de cargas, en la que además se acredite la vigencia de la hipoteca o, en su caso, la cancelación o las anotaciones que se hubiesen practicado sobre la misma (arts. 656 y 688.1 LECiv).

Expedida la certificación, el registrador hará constar en la inscripción de la hipoteca, por medio de nota marginal, la expedición de dicha certificación, la fecha, y la pendencia del procedimiento de ejecución correspondiente (art. 688.2.I LECiv). Esta constancia registral es importante, pues sirve para acreditar la existencia del procedimiento de ejecución a quienes inscriban derechos sobre el bien hipotecado con posterioridad a la expedición de la mencionada nota marginal.

El registrador no podrá cancelar la inscripción de la hipoteca por causas distintas a la ejecución, mientras no se cancele en virtud de mandamiento judicial de cancelación (art. 688.2.II LECiv).

Cuando de la certificación remitida resulte que la hipoteca no existe o ha sido cancelada, el tribunal dictará auto de sobreseimiento de la ejecución, contra el que podrá interponerse recurso de apelación (art. 688.3 LECiv).

La comunicación de la pendencia del procedimiento al titular de la última inscripción de dominio y a los titulares de cargas o derechos reales constituidos con posterioridad a la hipoteca

En el caso de que en la certificación registral conste la inscripción del bien a favor de un sujeto -tercer poseedor- que no haya sido requerido -notarial o judicialmente- de pago, el tribunal le notificará la existencia del procedimiento en el domicilio que conste en el registro, para que, si lo estima oportuno, intervenga en la ejecución «ex» artículo 662 LECiv y pague antes del remate el importe del crédito y los intereses y las costas en la parte que esté asegurada con la hipoteca de su bien -en cuyo

caso quedará subrogado en los derechos del ejecutante por aplicación del artículo 659.3 de la misma norma— (art. 689.1 LECiv).

De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 659.1 y 689.2 LECiv, el registrador comunicará la pendencia de la ejecución a los titulares de las cargas o de los derechos reales no preferentes constituidos con posterioridad a la hipoteca que garantiza el crédito del ejecutante. Éstos, para evitar la posterior cancelación de sus asientos, podrán pagar antes del remate el importe del crédito, de los intereses y de las costas, dentro de la responsabilidad que resulte del registro, quedando en tal caso subrogados en los derechos del ejecutante hasta donde alcance el importe satisfecho (art. 659.3 LECiv).

Por lo tanto, se notifica la existencia de la ejecución a todos aquellos titulares de derechos, cargas o gravámenes sobre el bien hipotecado, cuyos asientos debieran cancelarse, por aplicación de los artículos 674 y 692.3 LECiv y 133-134.1 LRI, cuando finalice la ejecución.

f) La realización forzosa del bien hipotecado

La obtención del valor en cambio del bien hipotecado puede realizarse mediante cualquiera de los modos previstos en el proceso de ejecución ordinario para la realización forzosa: la administración forzosa (art. 690 LECiv), la venta forzosa —mediante subasta pública judicial (arts. 655 a 675, y 691.1 LECiv), mediante convenio (arts. 640 y 691.5 LECiv), o por medio de persona o entidad especializada (arts. 641 y 691.5 LECiv)—; y la adjudicación forzosa (arts. 670.3 y 4.II, y 671 LECiv).

La norma procesal civil únicamente prevé determinadas especialidades en el caso de la administración forzosa y de la subasta pública judicial:

1ª) La administración forzosa del bien hipotecado.

Transcurridos diez días desde del requerimiento de pago —si éste es judicial— o desde el despacho de la ejecución —si el requerimiento se ha efectuado extrajudicialmente— el acreedor podrá solicitar que se le otorgue la administración o la posesión interina del bien hipotecado, para hacer valer los rendimientos que se obtengan de la producción (art. 690.1.I LECiv).

El acreedor percibirá las rentas ya vencidas y que no se hayan aún satisfecho —así se hubiese acordado en la escritura—, y los frutos, las rentas y los productos posteriores, satisfaciendo, en primer lugar, los gastos de conservación y de la explotación de los bienes, y, después, su propio crédito (art. 690.1.I LECiv). El régimen de esta administración se regula en el artículo 690.1.II y III, 2.º, 3.º, 4.º y 5.º LECiv.

2ª) La subasta pública judicial.

Tanto si los bienes hipotecados son muebles como si son inmuebles, la subasta de los mismos se llevará a cabo de acuerdo con lo dispuesto en el

procedimiento ordinario de ejecución para la subasta de los bienes inmuebles (art. 691.1 LECiv) en relación con los arts. 655 a 675, todos ellos de la LECiv).

Además de la especialidad expuesta, para dicha subasta la norma procesal civil contempla otras particularidades: 1ª) Transcurridos treinta días desde la realización del requerimiento de pago, en su caso, de las notificaciones a que se ha hecho referencia con anterioridad, a instancia del ejecutante, del deudor, o del tercer poseedor, se procederá a la subasta del bien hipotecado (art. 691.1 LECiv). 2ª) La subasta deberá ser anunciada con una antelación mínima de veinte días, notificándose con la misma antelación el lugar, el día y la hora para el remate al deudor en el domicilio que conste en el registro (art. 691.2 LECiv). 3ª) Si se ha de subastar un establecimiento mercantil en el anuncio se indicará que el adquirente quedará sujeto a lo dispuesto en la LAU, aceptando, si es el caso, el derecho del arrendador a elevar la renta por cesión del contrato (art. 691.3 LECiv).

g) El pago del crédito hipotecario y la aplicación del sobrante

Vendido el bien hipotecado y obtenido el precio del remate, éste se destinará al pago de los siguientes conceptos —y según este orden de preferencia— (art. 692.1 y 2 LECiv):

1ª) A pagar al ejecutante el principal de su crédito, los intereses devengados y las costas causadas, pero siempre dentro del límite de la cobertura hipotecaria. Esto es, el ejecutante únicamente podrá percibir, como máximo, la cantidad garantizada que se haya hecho constar en el título ejecutivo, aunque la deuda sea de un importe superior.

2ª) Cuando el precio del remate supere la cantidad garantizada, el exceso se depositará a disposición de los titulares de derechos posteriores inscritos o anotados sobre el bien hipotecado de acuerdo con la certificación registral —por ejemplo, los titulares de hipotecas o embargos posteriores—.

Tras el pago a los acreedores posteriores, quien se crea con derecho al remanente podrá incoar el expediente del artículo 672.2 LECiv.

3ª) El remanente, si el bien hipotecado es del propio deudor —no de un tercer poseedor—, se destinará al pago de la totalidad de lo que se deba al ejecutante por el crédito que sea objeto de la ejecución, en la cuantía que exceda el límite de la garantía hipotecaria, siempre que el deudor no se encuentre inmerso en una situación concursal.

4ª) El sobrante se entregará al propietario del bien hipotecado —al deudor o al tercer poseedor—.

Lo expuesto se entiende sin perjuicio del destino que deba darse al sobrante cuando se haya ordenado su retención en alguna otra ejecución singular o en cualquier proceso concursal.

En el caso de que se haya ordenado la retención del sobrante en otra ejecución singular, ello afectará al remanente que quede después de haber pagado al ejecutado y a los acreedores posteriores según la certificación de cargas, siempre y cuando el propietario del bien hipotecado sea el ejecutado en esa otra ejecución singular.

En presencia de un proceso concursal, el sobrante objeto de la retención será la cantidad que quede una vez se haya pagado al ejecutado dentro del límite de la cobertura hipotecaria, y a los acreedores hipotecarios posteriores también dentro del límite de sus correspondientes garantías, siempre que el proceso concursal se dirija contra el propietario del bien hipotecado.

En el supuesto de que el acreedor hipotecario haya acudido al proceso especial de ejecución hipotecaria y, subastado el bien hipotecado, su producto resulte insuficiente para cubrir la deuda garantizada, «podrá pedir el embargo por la cantidad que falte y la ejecución proseguirá con arreglo a las normas ordinarias aplicables a toda ejecución» (art. 579 «in fine» LECiv).

h) La inscripción del bien a nombre del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca inscrita y de los asientos posteriores

El testimonio del auto de adjudicación del bien hipotecado y el mandamiento de cancelación de la hipoteca que garantizaba el crédito del ejecutado y, en su caso, de las inscripciones y anotaciones posteriores —en el que se deberá expresar las circunstancias previstas en el art. 674 LECiv y la realización de las notificaciones a que se refiere el art. 689 de la misma norma— determinarán, respectivamente, la inscripción del bien o del derecho a favor del adjudicatario y la cancelación de la hipoteca que motivó la ejecución, así como la de todas las cargas, los gravámenes y las inscripciones de terceros poseedores que sean posteriores a ella, sin excepción, incluso las que se hubieran verificado con posterioridad a la nota marginal de expedición de la certificación de cargas en el correspondiente procedimiento (arts. 692.3 LECiv y 133 a 134.I LH).

Únicamente subsistirán las declaraciones de obras nuevas y divisiones horizontales posteriores, cuando de la inscripción de la hipoteca resulte que la misma se extiende legal o convencionalmente a las nuevas edificaciones (art. 134.II LH).

i) La suspensión de la ejecución

El artículo 565.1 LECiv sienta la regla general de que únicamente se suspenderá la ejecución por acuerdo de todas las partes personadas en la ejecución o cuando la ley lo ordene de modo expreso. De acuerdo con lo dispuesto por la ley, la suspensión de la ejecución hipotecaria se producirá únicamente cuando se formule oposición a la misma (art. 695 LECiv), cuando se interponga una demanda de tercería de dominio (art. 696 LECiv), en caso de prejudicialidad penal (art. 697 LECiv) o cuando, en algunos supuestos, se declare el concurso del deudor (arts. 56, 57 y 155 LCo).

El legislador, siendo continuista con la regulación anterior, ha limitado básicamente los supuestos de suspensión del procedimiento especial de ejecución hipotecaria, en aras de evitar retrasos en la realización de la garantía.

a) Los supuestos de oposición a la ejecución

En la oposición a la ejecución distinguimos:

a") Motivos de oposición por razones de fondo

En el proceso ordinario de ejecución la norma procesal civil prevé una oposición a la ejecución por motivos de fondo (arts. 556 a 558, y 560 a 561) y otra oposición a la ejecución por defectos procesales (art. 559). La regulación de la oposición a la ejecución por defectos procesales será igualmente aplicable a la ejecución hipotecaria, pero, por el contrario, para la oposición a la ejecución por motivos de fondo existe una normativa específica que se caracteriza por la drástica limitación de las causas de oposición y por la simplicidad procedimental.

Con esta limitación de las posibilidades defensivas del deudor se persigue una rápida realización del bien hipotecado, en beneficio del acreedor hipotecario.

Las únicas causas que pueden fundamentar la oposición a la ejecución hipotecaria por motivos de fondo son las tres siguientes (art. 695.1 LECiv):

1ª) La extinción de la garantía hipotecaria o del crédito garantizado.

2ª) La disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor —pluspetición—, cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre el ejecutante y el ejecutado (véase también el art. 133 LH).

3ª) La sujeción de los bienes muebles hipotecados a una prenda, o otra a hipoteca —mobiliaria o inmobiliaria—, o a un embargo inscritos con anterioridad a la hipoteca que ha motivado el procedimiento, ya que el artículo 2 LHMPD prohíbe la constitución de hipotecas mobiliarias sobre bienes ya hipotecados, pignorados o embargados.

Estas causas de oposición deberán acreditarse por parte del ejecutado mediante los instrumentos —documentales— a que se refiere el mencionado artículo 695.1 LECiv.

b") El procedimiento de oposición

En cuanto a la tramitación de la oposición, hay que señalar que formulada ésta por alguna de las anteriores causas se suspenderá la ejecución, y el tribunal dictará una providencia por la que convocará a las partes a una comparecencia, debiendo mediar cuatro días desde la citación. En dicha

comparecencia el tribunal oír a las partes, admitirá los documentos que presenten y resolverá la oposición mediante auto dentro del segundo día (art. 695.2 LECiv).

La estimación de la oposición por las causas 1ª) o 3ª) producirá el sobreseimiento de la ejecución. El auto que estime la oposición por la causa 2ª) determinará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución (art. 698.1 LECiv). Si, por el contrario, se desestima la oposición se alzará la suspensión del procedimiento y éste continuará su curso.

Contra los autos que resuelvan la oposición no cabrá recurso alguno, excepto el del auto de sobreseimiento que será apelable (art. 695.4 LECiv).

Cualquier otra reclamación de fondo que los ejecutados o los terceros interesados quieran formular para que se declare la improcedencia de la ejecución incluso la que se fundamente en la nulidad del título o en el vencimiento, la certeza, la extinción o la cuantía de la deuda, se debe sustanciar ante el órgano jurisdiccional que según las reglas ordinarias resulte competente y en el procedimiento declarativo común que corresponde a la cuantía, sin producir nunca el efecto de suspender ni entorpecer la ejecución hipotecaria (art. 698.1 LECiv).

Se podría pensar que ya que la oposición constituye un incidente declarativo sumario insertado en la ejecución —pues en el mismo se restringen las alegaciones del ejecutado, los medios de prueba y, por consiguiente, la cognición judicial—, la cosa juzgada se debería extender al objeto de dicho juicio sumario, es decir, la resolución que se dicte en el mismo debería producir cosa juzgada respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el proceso correspondiente.

Sin embargo esta conclusión no es la que se deduce del nuevo artículo 131 LH —según el cual «las anotaciones preventivas de demanda de nulidad de la propia hipoteca o cualesquiera otras que no se basen en alguno de los supuestos que pueden determinar la suspensión de la ejecución quedarán canceladas en virtud del sobreseimiento de cancelación a que se refiere el artículo 133, siempre que sean posteriores a la nota marginal de expedición de certificación de cargas»—, pues permite la interposición de demandas —y su correspondiente anotación preventiva— que se basen en alguno de los supuestos —de oposición— que pueden determinar la suspensión de la ejecución. Que dicha resolución no produce cosa juzgada también se deduce de la circunstancia de que el artículo 695.1.1ª LECiv contempla como causa de oposición a la ejecución la extinción de la obligación garantizada y el artículo 698.1 LECiv permite que en el procedimiento declarativo común posterior se pueda formular una reclamación que verse sobre la extinción de la deuda.

También se debe destacar que, a diferencia de la regulación anterior —véase el antiguo art. 132.VI LH—, el artículo 698.1 LECiv no incluye expresamente entre las reclamaciones que no pueden dar lugar a la suspensión del procedimiento judicial de ejecución hipotecaria las que estén basadas en una posible nulidad de las actuaciones procesales llevadas a cabo en dicho procedimiento. Que en el proceso declarativo de

ya no se pueda impugnar la regularidad procesal de la ejecución hipotecaria se debe a la circunstancia de que ahora en la propia ejecución hipotecaria se prevé la oposición a la ejecución por defectos procesales (art. 559 LECiv) y la posibilidad de impugnar las infracciones legales que se hayan cometido en los concretos actos ejecutivos (art. 562 LECiv). Por lo tanto, en principio, en el proceso declarativo de oposición no se podrá interponer una demanda de nulidad de las actuaciones realizadas en la ejecución hipotecaria.

Para asegurar la ejecución de la eventual sentencia estimatoria que se dicte en ese proceso declarativo de oposición, la norma procesal prevé una medida cautelar especial de retención del todo o de una parte de la cantidad que, como consecuencia de la ejecución hipotecaria, deba entregarse al acreedor (art. 698.2 y 3 LECiv).

Anterioridad a la reforma procesal civil, la generalidad de la doctrina y de la jurisprudencia —incluso la constitucional— defendía que, en función de las pretensiones interpuestas en ese proceso declarativo, también se podía adoptar como medida cautelar la anotación preventiva de la demanda correspondiente, para garantizar la ejecución específica o la efectividad de la sentencia estimatoria que en el mismo pudiera dictar. Sin embargo, aunque tal medida cautelar se adoptara, poca utilidad tendría si se atiende a lo dispuesto por el nuevo artículo 131 LH.

3. La tercería de dominio

Antes de nada se debe destacar que esta tercería de dominio presenta una especialidad respecto a la prevista en el artículo 601.1 LECiv, ya que ésta se dirige única y exclusivamente al alzamiento del embargo. Por el contrario, la tercería de dominio contemplada por el artículo 696 de la misma Ley no puede ir dirigida al levantamiento del embargo —pues en la ejecución hipotecaria no se practica embargo alguno—, sino a la exclusión del bien hipotecado del proceso de ejecución o de determinados bienes muebles que forman parte del mismo —si éste es inmueble— por aplicación del artículo 111.1 LH.

Para que sea admitida la demanda de tercería de dominio el tercerista deberá adjuntar a la misma un título de propiedad de fecha fehaciente anterior a la inscripción de la garantía, título que, si se trata de bienes cuyo dominio es susceptible de inscripción registral, habrá de estar inscrito a favor del tercerista o de su causante con fecha anterior a la inscripción de la hipoteca, lo cual habrá de acreditarse en la forma —taxativa— prevista por el artículo 696.1 LECiv.

Admitida la demanda de tercería se suspenderá la ejecución respecto de los bienes objeto de la misma, pudiendo seguir la ejecución, en su caso, sobre el resto de los bienes hipotecados si así lo solicita el acreedor (art. 696.2 LECiv).

c') *La prejudicialidad penal*

Siguiendo la regla general del artículo 569.1 LECiv se debe señalar la presentación de una denuncia o la interposición de una querrela en la que se expongan hechos de apariencia delictiva relacionados con el proceso ejecutivo o con el despacho de la ejecución forzosa no determinará, en principio, la suspensión de la ejecución.

El artículo 697 LECiv recoge la excepción a la regla anterior que se prevé en el artículo 569.2 de la misma norma, es decir, se podrá suspender por prejudicialidad penal la ejecución cuando se acredite la existencia de una causa criminal sobre cualquier hecho de apariencia delictiva que, de cierto, determinaría la falsedad del título o la invalidez o la ilicitud del hecho de la ejecución.

El hecho de que el artículo 697 LECiv repita parte del contenido del artículo 569 de la misma norma sin introducir especialidad alguna plantea la duda de si, en los casos de prejudicialidad penal suspensiva, se podrá continuar con la ejecución hipotecaria si el acreedor presta la caución a que se refiere el número 3 del mismo precepto citado.

Por otra parte, señalar que en los casos de ejecución de una hipoteca constituida en garantía de cuentas corrientes de crédito, el artículo 153.VII LH prevé la interposición de dicha ejecución cuando se incoe una causa criminal por falsedad de la declaración de la entidad acreedora que acredite el importe líquido de la cantidad adeudada.

d') *Declaración de concurso*

Una de las novedades más importantes de la nueva Ley Concursal (arts. 56, 57 y 155) es el especial tratamiento que dedica a las acciones de ejecución de los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad.

El legislador ha intentado conciliar, por una parte, el respeto de la naturaleza propia del derecho real sobre cosa ajena, que impone una regulación diferenciada de la aplicable a los derechos de crédito integrados en la masa pasiva del concurso, y, por otra parte, que la ejecución separada de las garantías reales no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni obstaculice soluciones que puedan resultar convenientes para los intereses del deudor y de la masa pasiva.

Para ello se ha previsto la paralización temporal de las ejecuciones de garantías reales —imposibilidad de iniciar la ejecución o la realización forzosa de la garantía, o suspensión de las actuaciones ya iniciadas, según los casos— hasta la aprobación de un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de

del derecho o hasta el transcurso de un año desde la declaración de concurso sin que se haya producido la apertura de la liquidación.

Se exceptúa el caso en que al tiempo de la declaración de concurso ya hubiese anunciada la subasta del bien o derecho afecto y la ejecución no ponga sobre bienes o derechos necesarios para la continuidad del proceso productivo del deudor. La declaración de concurso tampoco afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de la misma.

El comentado efecto de obligatoria y limitada espera es un sacrificio que han de sufrir los acreedores con garantías reales sobre bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial en aras de la solución definitiva y más beneficiosa para el estado de insolvencia.

Los créditos con garantía real gozan en el concurso de privilegio especial y el convenio únicamente les afectará si su titular firma la propuesta, vota a su favor o se adhiere a la misma o al convenio aprobado.

De no estar afectados por un convenio, los créditos con privilegio especial se pagarán con cargo a los bienes y derechos sobre los que recaiga la garantía, tramitándose en este supuesto la ejecución ante el Juez del concurso.

Cuando haya de procederse dentro del concurso a la enajenación de los bienes y derechos afectos con privilegio especial, el Juez podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva, o mediante venta directa, con aplicación del precio obtenido en la enajenación al pago del crédito especialmente privilegiado y, de quedar remanente, al pago de los demás créditos.

No obstante, durante la paralización de las ejecuciones de garantías reales, la administración del concurso podrá optar por atender el pago de dichos créditos con cargo a la masa, sin realización de los bienes y derechos afectos.

Con estas fórmulas flexibles se trata de evitar que el ejercicio de los derechos reales de garantía perturbe innecesariamente a los intereses implicados en el concurso.

ESPECIALIDADES EN LA EJECUCIÓN SOBRE BIENES PIGNORADOS

Cuando se ejecuta un crédito pignoraticio en principio se aplica la misma regulación que para la ejecución de los créditos hipotecarios, pero con determinadas especialidades. En concreto:

1^ª) No se exige que en el título constitutivo se determine el precio ni que los interesados tasan el bien pignorado ni que conste en el mismo el domicilio del deudor para la práctica de requerimientos y notificaciones, pues estos requisitos sólo son exigibles «cuando se persigan bienes hipotecados» (art. 682.2 LECiv).

2^ª) A falta de sumisión expresa o tácita, la competencia territorial corresponde al Juzgado de Primera Instancia del lugar al que las partes o hayan sometido en la escritura o en la póliza de constitución de la garantía y, en su defecto, el del lugar en el que se hallen, estén almacenados o entiendan depositados los bienes pignorados (art. 684.1.4^ª LECiv).

3^ª) En caso de ejecución de bienes en régimen de prenda sin desplazamiento de la posesión, de no poderse presentar en la demanda ejecutiva el título inscrito, al título presentado deberá adjuntarse una certificación registral en la que se acredite la inscripción y la subsistencia de la prenda (art. 685.2.II LECiv).

4^ª) Cuando el procedimiento de ejecución tenga por objeto una deuda garantizada por prenda, bien en el auto por el que se despache la ejecución —si se ha realizado extrajudicialmente el requerimiento de pago al deudor—, bien en un auto posterior —cuando el deudor no atienda al requerimiento judicial de pago—, se ordenará el depósito de los bienes pignorados en poder del acreedor o de la persona que éste designe. En el caso de que éstos no puedan ser aprehendidos ni se pueda constituir el depósito sobre los mismos, no seguirá adelante la ejecución (art. 687 LECiv).

5^ª) Constituido el depósito de los bienes pignorados, cuando para su realización se acuda a la subasta pública judicial se aplicará lo dispuesto por la norma procesal civil para el procedimiento de apremio (art. 694.1 LECiv).

Se debe distinguir cuando los bienes pignorados sean acciones y otras formas de participaciones sociales, en cuyo caso su venta se realizará según lo dispuesto por el artículo 635 LECiv, y cuando se trate de otros bienes pignorados, ya que en este caso se ordenará anunciar la subasta de acuerdo con los artículos 645 y ss. de la misma norma, y el valor de los bienes para la subasta será el fijado en la escritura o en la póliza de constitución de la prenda y, de no haberse fijado, el importe total de la reclamación por el principal, los intereses y las costas (art. 694.2 LECiv).

6^ª) Por último, destacar que en la ejecución pignoraticia además de las dos causas generales que pueden fundamentar la oposición a la ejecución hipotecaria o pignoraticia por motivos de fondo —la extinción de la garantía o de la obligación garantizada, y la disconformidad con el saldo reclamado por el acreedor (pluspetición), cuando la deuda garantizada sea el saldo que arroje el cierre de una cuenta entre el ejecutante y el ejecutado (art. 695.1.1^ª y 2^ª LECiv)— dicha oposición también se podrá basar en la sujeción de los bienes muebles pignorados a otra prenda, a una hipoteca mobiliaria o inmo-

vil, o a un embargo inscritos con anterioridad a la prenda que ha motivado el procedimiento, debiendo acreditarse esta última causa de oposición mediante la correspondiente certificación registral, ya que el artículo 2 LHMPSD prohíbe la constitución de prendas sin desplazamiento de la posesión sobre bienes ya hipotecados, pignorados o embargados (art. 695.1.3^ª LECiv).

En este orden de cosas, recordar que el procedimiento de realización extrajudicial de la prenda común está previsto en el artículo 1872 CC, y el de la prenda sin desplazamiento de la posesión en los artículos 86 a 88 LHMPSD, con las especialidades previstas en los artículos 94 y 95 de la misma norma.

Capítulo 34

MANUEL ORTELLS RAMOS

SUMARIO.—EJECUCIÓN DE PRESTACIONES DE ENTREGAR COSA MUEBLE DETERMINADA.—A) Adecuación de la actividad ejecutiva.—B) Actividades ejecutivas.—EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE DAR COSA GENÉRICA.—A) Adecuación de la actividad ejecutiva.—B) Actividad ejecutiva.—EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE DAR COSA INMUEBLE.—A) Adecuación de la actividad ejecutiva.—B) Actividades ejecutivas.—EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE HACER.—A) La adecuación de las actividades ejecutivas.—B) Actividades ejecutivas.—EJECUCIÓN DE CONDENAS A EMITIR UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD.—A) Adecuación de la actividad ejecutiva.—B) Supuestos en los que es procedente la ejecución en sus propios términos del título que impone la emisión de una declaración de voluntad.—EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE NO HACER.—A) Adecuación de las actividades ejecutivas.—B) Actividades ejecutivas.—MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LA EJECUCIÓN.—A) Concepto y naturaleza.—B) Presupuestos.—C) Medidas adoptables.—D) Procedimiento

EJECUCIÓN DE PRESTACIONES DE ENTREGAR COSA MUEBLE DETERMINADA

La regulación de la actividad ejecutiva por los títulos que imponen una prestación de entregar cosas muebles determinadas o específicas se contiene, principalmente, en el artículo 701 LECiv.

Por otra parte, actividad ejecutiva para la entrega de cosas muebles puede producirse, también, al amparo de lo dispuesto en el artículo 703 LECiv. «A contrario sensu» de lo dispuesto en el artículo 703.1, párrafo segundo LECiv, si en el bien inmueble que debiera entregarse hubiera cosas que sean objeto del título, la entrega de las mismas se efectuará con la del inmueble. Sin embargo, no cabe excluir que si, en las actuaciones de desalojo, esas cosas muebles no son halladas en el inmueble que debía contenerlas, deba procederse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 701 LECiv.

A) ADECUACIÓN DE LA ACTIVIDAD EJECUTIVA

Las referencias a la entrega de la cosa, a su paradero, a su ocultación y hallazgo, son indicativas de que esta actividad ejecutiva no va referida a bienes muebles en general (es decir [art. 335 CC], a cualquier clase de bien que la ley no considere expresamente como inmueble), sino a derechos sobre cosas corporales que tengan el carácter de muebles.

De acuerdo con esta primera característica, la actividad ejecutiva del artículo 701 LECiv es adecuada si el título ejecutivo se refiere a la entrega de cosas muebles corporales o materiales, entre las que cabe incluir la entrega de títulos valores, en los que el derecho esté incorporado a un documento.

Respecto de valores representados mediante anotaciones en cuenta (arts. 344 LECiv y Ley del Mercado de Valores), la actividad ejecutiva regulada por estos artículos de LECiv resulta inapropiada en buena medida, porque no hay transferencias de un documento. Es útil, sin embargo, lo relativo a las inscripciones en los registros (art. 701.1, párr. 2º LECiv), porque la transmisión de los valores se produce mediante inscripción en los registros contables (art. 9 Ley del Mercado de Valores).

El título ha de imponer el deber de entregar una cosa concreta, determinada, individualizada (por ejemplo: cuadro con cierto número de catálogo, maquinaria con determinado número de fabricación). Si impone el deber de entregar cosa genérica o cantidad de cosas genéricas, es aplicable el artículo 702 que posibilita otras actividades ejecutivas, además de las previstas por el artículo 701 LECiv.

La actividad ejecutiva del artículo 701 LECiv sólo es directa e inmediatamente adecuada si lo único necesario de acuerdo con el título es realizar la transferencia posesoria de la cosa mueble. En algunos casos, sin embargo, previamente puede ser necesario el desarrollo de actividades ejecutivas de otra naturaleza, porque el título ejecutivo imponga prestaciones distintas a la de dar cosa mueble, aunque relacionadas con ésta.

Principalmente los casos serán los siguientes: prestaciones de hacer relacionadas con prestaciones de dar (por ejemplo, obligación de transporte de las cosas, que deben ser entregadas en su destino; obligaciones de manipulación de la cosa que, tras el resultado de esa intervención, deba ser entregada a su titular); condenas a emitir una declaración de voluntad, de la que, una vez pueda entenderse formulada de acuerdo con el artículo 708 LECiv, derivarán las obligaciones para cuya efectividad podrán realizarse las actividades ejecutivas del artículo 701 LECiv. La diferencia entre que estas últimas actividades ejecutivas sean o no directamente adecuadas, viene dada por el hecho de que el propio título ejecutivo reconozca o constituya por sí mismo el título jurídico del desplazamiento de la posesión. En caso negativo, la emisión de las resoluciones previstas en el artículo 708.1, párrafo primero y apartado 2, párrafo primero es necesaria de modo previo.

El concepto jurídico en el que se realiza la entrega de la cosa (por ejemplo, propiedad, comodato, usufructo) no influye en las actuaciones de la actividad ejecutiva dirigidas a la entrega posesoria: la cosa ha de ser del mismo modo entregada al ejecutante, cualquiera sea la causa jurídica que legitime la entrega. No obstante si, de acuerdo con el artículo 701.1, párrafo segundo LECiv, ha de adecuarse el contenido de un registro público a lo que resulte del título ejecutivo, el asiento registral deberá reflejar la clase de derecho que, de acuerdo con el título ejecutivo, corresponde al ejecutante sobre la cosa mueble.

8 ACTIVIDADES EJECUTIVAS

a) Requerimiento de entrega con fijación de plazo

Despachada la ejecución, el primer acto ejecutivo consiste en la práctica del requerimiento de entrega de la cosa específica (art. 701.1 LECiv). En el requerimiento se ha de fijar plazo para el cumplimiento, cuya duración la establece discrecionalmente el tribunal, atendiendo a que el ejecutado ya ha dispuesto de cierto plazo (art. 548 LECiv).

El requerimiento no es procedente si respecto de las cosas muebles que deban ser entregadas estuviera adoptada una medida cautelar de depósito judicial. Si el depositario es un tercero o el propio ejecutante (art. 626.4 LECiv) el requerimiento no tiene objeto, sino que la entrega de la posesión se produce sin requerimiento y en otros actos que, en otro caso, serían necesarios, como se examinará después. Si el depositario fuera el propio ejecutado (art. 626.3 LECiv), el requerimiento de entrega carece completamente de sentido, pero debe puntualizarse que, en primer lugar, el plazo de entrega debe ser inmediato (dado que los bienes han de estar conservados a disposición del tribunal —arts. 626.2 y 627.1 LECiv—), y, en segundo lugar, que la responsabilidad en que el ejecutado incurre si no cumple la orden de entrega en su calidad de depositario (art. 627.1, párr. 2º LECiv), no es la misma que la que contrae si simplemente incumple el deber de entrega.

b) Actos destinados a la entrega de la posesión

Salvo que estuviera constituida una medida cautelar de depósito judicial, puede ser necesario, en función de las circunstancias que se indicarán a continuación, realizar alguno o todos los actos siguientes:

1º) Si es conocido el paradero de la cosa mueble específica dentro del patrimonio del ejecutado, se realizarán los actos de transferencia posesoria (art. 701.1 LECiv).

2º) Si no es conocido el paradero, se realizarán, previamente, actos de averiguación del mismo (art. 701.2 LECiv). Pero esto también es procedente si, al realizarse los actos de transferencia posesoria, la cosa no es hallada.

Expondremos estos actos por su orden lógico, aunque, como es obvio, los primeros no serán necesarios siempre.

a) Actos de averiguación del paradero de la cosa

Los actos de averiguación consisten en un interrogatorio sobre si la cosa está en su poder y si saben dónde se halla, dirigido a:

1º) El ejecutado.

2º) Terceros. Como la calidad de éstos no está limitada por la ley y como estos actos no tienen el efecto de desapoderar de la cosa, han de consi-

2ª) Fuera de los supuestos anteriores, las consecuencias sobre la actividad ejecutiva de la transmisión de la cosa mueble a tercero han de resolverse atendiendo, principalmente, a lo dispuesto en el artículo 464 CC, que establece como regla principal que «La posesión de los bienes muebles adquirida de buena fe, equivale al título».

El artículo 464 CC no excluye absolutamente que la titularidad de la cosa mueble pueda serle reconocida al ejecutante frente al tercero, aunque lo dificulta en gran medida, porque el tercero está beneficiado por la presunción de buena fe (art. 464 CC).

El problema es, no obstante, de naturaleza procesal, en el sentido de si, para conseguir la entrega del bien, ha de iniciarse un nuevo proceso declarativo «sentido contra el tercero» o si puede obtenerla dentro del propio proceso de ejecución que está en curso. Si fuera necesario lo primero, se puede concluir con seguridad que la posesión de la cosa por el tercero constituye supuesto de imposibilidad de entrega que determina que la ejecución deba dirigirse al pago del equivalente dinerario.

La posibilidad de obtener la desposesión del tercero dentro de la ejecución en curso cabría plantearla por dos vías:

1ª) Aplicación analógica del artículo 704.2 LECiv, para decidir si el tercero tiene un título suficiente según el artículo 464 CC para que la cosa no deba ser entregada al ejecutante.

2ª) Petición de que el despacho de ejecución se dirija frente al tercero como sucesor del ejecutado, previo acreditamiento de que la transmisión efectuada del bien permite perseguirlo en manos de tercero (art. 540 LECiv).

b') *Tercero que posee en concepto distinto al de dueño*

La consecuencia importante sobre la ejecución de que el concepto posesorio que aduzca el tercero sea éste, consiste en que dicho concepto implica «el reconocimiento de que el dominio pertenece a otra persona y que, en uno u otro momento, será menester restituir la cosa, dado que la obligación de restituir existe» (DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN).

Esto permite que al ejecutante se le pueda entregar, en la ejecución, la posesión mediata, lo que sin duda en muchos casos puede corresponder a su interés (por ejemplo: la pretensión estimada versaba sobre la propiedad de una obra de arte que, en el momento de la ejecución, está cedida a un museo de acuerdo con determinadas cláusulas contractuales). El menoscabo por tener que soportar restricciones a la plena posesión inmediata, puede compensarse con una indemnización de daños y perjuicios.

e) *Falta de entrega de la cosa y transformación de la actividad ejecutiva*

Si el título no ha podido ser ejecutado en sus propios términos, el tribunal, a instancia del ejecutante ordenará que «la falta de entrega de la cosa o

las debidas se sustituya por una justa compensación pecuniaria, que se establecerá con arreglo a los artículos 712 y siguientes» (art. 701.3 LECiv).

Se produce una transformación de la actividad ejecutiva, consistente en que, después de un incidente declarativo para determinar el equivalente dinerario de la prestación que no se ha podido ejecutar, la ejecución continuará según lo dispuesto para las prestaciones dinerarias (véase Cap. 31).

EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE DAR COSA GENÉRICA

ADECUACIÓN DE LA ACTIVIDAD EJECUTIVA

Si el título impone la entrega de cosas genéricas la actividad ejecutiva se regula en el artículo 702 LECiv.

Cosa genérica es la que pertenece a un género, como conjunto de cosas con caracteres comunes, aunque cualesquiera sean los caracteres tenidos presentes para delimitar el género. Normalmente se tratará de bienes muebles (por ejemplo: cierta cantidad de hectolitros de vino de determinada añada y denominación de origen; cierta cantidad de madera de cedro), pero nada impide que puedan ser inmuebles (por ejemplo: cualesquiera dos locales comerciales de los diez proyectados en el edificio).

Para los efectos en la actividad ejecutiva, la calificación de una obligación como genérica no depende tanto de la configuración que las partes hayan querido hacer de la prestación de dar, sino de lo que resulte del título ejecutivo. En efecto, aunque inicialmente la obligación fuera genérica, si se hubiera especificado antes del proceso declarativo o en el mismo, concentrándose la condena en determinada cosa de las pertenecientes al género, la actividad ejecutiva será la correspondiente a la entrega de cosas determinadas.

A mi juicio en la nueva LECiv el tratamiento ejecutivo de la condena a dar frutos (en cuanto sean naturales e industriales; los denominados civiles consisten en dinero) no difiere del general de las condenas a dar cosas genéricas. Es cierto que el artículo 718 LECiv establece un procedimiento especial de liquidación para los frutos, pero, a diferencia del artículo 947 LECiv/1881, el supuesto de aplicación de ese procedimiento no es que «la sentencia condene al pago de una cantidad determinada de frutos en especie», sino que «se solicite la determinación de la cantidad que se debe en concepto de frutos». Este modo de establecer la adecuación del procedimiento de liquidación es perfectamente compatible con que el ejecutante haya podido elegir entre esa determinación del importe en dinero y la entrega de los frutos, si existían en el patrimonio del ejecutado, o su adquisición a costa de éste.

B) ACTIVIDAD EJECUTIVA

Si en el plazo fijado en el requerimiento ordenado en el despacho de ejecución, el ejecutado no ha hecho entrega de las cosas del género y en la cantidad debidos, el ejecutante puede optar entre tres modalidades de actividad ejecutiva (art. 702 LECiv).

a) Entrega de las cosas si se hallan en el patrimonio del ejecutado

El ejecutante puede instar que se le ponga en posesión de las cosas debidas. Se aclara de este modo la interpretación del artículo 1090, párr. primero CC, en el sentido de que la actividad consistente en la aprehensión y entrega de los bienes existentes en el patrimonio del ejecutado, no solo es procedente en caso de prestación de dar cosa específica, sino también si se trata de dar cosas genéricas, porque éstas pueden existir en aquel patrimonio, en la cantidad necesaria y de la calidad adecuada.

b) Adquisición a costa del ejecutado

Para la adquisición de las cosas genéricas de la calidad y en la cantidad debidas, el artículo 702.1 LECiv no establece ningún procedimiento que posibilite la concurrencia pública de ofertas con vistas a garantizar una formación objetiva del precio de adquisición.

En efecto, carece de sentido un reforzamiento de garantías, que encarecería y dificultaría la ejecución, teniendo en cuenta que el ejecutado ha tenido la oportunidad de cumplir la prestación, incluso una vez iniciado el proceso de ejecución. Por ese cumplimiento, si carecía en su patrimonio de las cosas genéricas en la cantidad debidas, pudo adquirirlas en el mercado, en las condiciones que, a su juicio, fueran más ventajosas.

Las únicas garantías específicas a favor del ejecutado son la previa autorización judicial de la adquisición y la posterior justificación documental de los gastos necesarios para la misma.

La ejecución, en el caso de haberse procedido a la adquisición a costa del ejecutado, no termina con la entrada de las cosas adquiridas en el patrimonio del ejecutante, sino con el pago al mismo, con cargo al patrimonio del ejecutado, de las cantidades que han sido destinadas a aquella adquisición (art. 570 LECiv). Para garantizar este pago, el tribunal, al tiempo que autorizó la adquisición, ha podido decretar el embargo de bienes del ejecutado.

c) Ejecución por equivalente dinerario

Para esta opción el artículo 702.2 LECiv se refiere a los motivos del ejecutante —«la adquisición tardía de las cosas genéricas o indeterminada con arreglo al apartado anterior no satisface ya su interés legítimo»—. No

obstante, la constatación de la realidad de tales motivos no tiene trascendencia para la decisión del tribunal, porque basta que el ejecutante haga la manifestación de su interés para que el tribunal deba proceder a la ejecución por equivalente dinerario —«Si el ejecutante manifestara... el tribunal determinará, mediante providencia, el equivalente pecuniario, con los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los arts. 712 y ss.»—.

EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE DAR COSA INMUEBLE

Si el título ejecutivo impone la prestación de entregar un bien inmueble, la actividad ejecutiva está regulada en los artículos 703 y 704 LECiv.

Estas disposiciones regulan la actividad estrictamente dirigida a ejecutar aquella clase de prestación, mediante la puesta del bien en posesión del ejecutante —con las necesarias actividades materiales, incluido el desalojo de personas—, y, en su caso, mediante la concordancia del Registro de la Propiedad con la realidad jurídica resultante del título ejecutivo.

También regulan cuestiones que, esencialmente, no forman parte de la ejecución, pero que son conexas con la misma, como el destino de ciertos bienes muebles que se hallan en el inmueble (art. 703.1, párr. 2º LECiv) y determinadas cuestiones de accesión y de liquidación de estados posesorios (art. 703.2 LECiv).

A) ADECUACIÓN DE LA ACTIVIDAD EJECUTIVA

La actividad ejecutiva regulada por los artículos 703 y 704 LECiv es adecuada si el título ejecutivo impone directamente la entrega de la posesión de los llamados inmuebles por naturaleza (suelo y subsuelo) y de algunos inmuebles por incorporación —las edificaciones y construcciones (art. 334.1º CC)—. La razón principal de esta interpretación es que tanto el artículo 703, como el 704 LECiv presuponen en su regulación este concepto restrictivo. En unos apartados lo mencionan expresamente; así, el artículo 703.2 habla de finca, y el artículo 704.1, de vivienda. Todos los apartados de los artículos están aludiendo a un espacio material que contiene cosas —art. 703.1, párr. 2º LECiv— o está ocupado por personas, que habrán de ser desalojadas —arts. 703.2 y 3, 704 LECiv—.

Coherentemente con eso la actividad ejecutiva prevista por estos artículos va dirigida —dejando aparte la referida al Registro de la Propiedad, que puede tener aplicación incluso en supuestos distintos a la entrega de bienes inmuebles— a dejar ese espacio material vacío y accesible al ejecutante.

Por el contrario, se aplicará el régimen de la ejecución para entrega de muebles para, por ejemplo, la tala y entrega de árboles, aunque sean inmuebles por incorporación (art. 334.2º CC). O el de la ejecución por prestaciones de hacer no hacer si el título reconoce un derecho de servidumbre sobre bien inmueble que el artículo 334.10º CC la considera bien inmueble por analogía.

B) ACTIVIDADES EJECUTIVAS

- a) **Requerimiento para el cumplimiento, en cierto plazo, de lo dispuesto en el título. Regla especial en caso de que el inmueble esté destinado a vivienda**

De acuerdo con la regla general del artículo 699 LECiv, el primer acto ejecutivo es un requerimiento al ejecutado fijando un plazo para el cumplimiento de lo dispuesto en el título; en este caso, poner el inmueble en posesión del ejecutante.

La duración de ese plazo —que ha de concederse, a pesar de las dudas que plantea la expresión del art. 703.1, párr. 1º LECiv («ordenará de inmediato»)— es discrecional. Pero esa regla tiene una excepción en el caso de que el inmueble sea utilizado como vivienda habitual por el ejecutado y que los bienes de él dependan (art. 704.1 LECiv).

No basta que el inmueble esté destinado, por sus características, a ser vivienda sino que importa que efectivamente esté siendo utilizado como tal, y, además, de modo habitual. Coherentemente, si un inmueble es inapropiado para su uso como vivienda, pero, a pesar de ello, se le da ese uso, el régimen del artículo 704.1 LECiv es aplicable.

Las especialidades consisten:

1ª) El plazo para el cumplimiento de lo establecido en el título ejecutivo no lo fija discrecionalmente el tribunal, sino que lo fija la ley en un mes.

2ª) El plazo es —a diferencia del régimen general del art. 699 LECiv— prorrogable por un mes más. La prórroga no depende de presupuestos legales reglados, sino de que el tribunal aprecie la concurrencia de «motivo fundado». Partiendo de ese último dato, entiendo que no es necesario que la prórroga sea de un mes, porque el poder del tribunal de apreciar si debe prorrogar o no, está comprendido el de fijar una duración de la prórroga ajustada al motivo que la justifica, siempre dentro del límite legal.

b) **Actos dirigidos a la entrega de la posesión**

La actividad ejecutiva ahora considerada está comprendida en la referencia que hace el artículo 703.1 LECiv a que el tribunal ordenará lo que proceda según el contenido de la condena a transmitir o entregar un bien inmueble. Esa referencia lo es, según la misma disposición, a unas actuaciones distintas a la práctica de asientos en el Registro. Consiguientemente la delimitación

positiva de tales actuaciones permite definir las como aquellas mediante las que se entrega al ejecutante la posesión del bien inmueble, de modo material —que posibilite su acceso al inmueble y el uso y disfrute del mismo— o de un modo jurídico efectivo.

Los actos que pueden realizarse con esa finalidad no están todos ellos especificados en los artículos 703 y 704 LECiv, pero pueden apuntarse tres modalidades básicas.

a') Actos destinados a eliminar obstáculos materiales que impiden que el ejecutante acceda al inmueble o que manifieste su posesión sobre él. Lo peculiar de estos actos es que no suponen coerción sobre el ejecutado u otras personas que pueden hallarse ocupando el inmueble, sino que operan sobre elementos materiales del inmueble que impiden que el ejecutante acceda al mismo y manifieste socialmente su posesión sobre él. Operan sobre ellos eliminándolos o rectificándolos para ajustar la realidad al título ejecutivo (por ejemplo: apertura, incluso forzosa, de cerraduras y sustitución de las mismas; eliminación de los signos externos de delimitación de la posesión legítimamente establecidos por el ejecutado y reposición de los que delimitaban las posesiones de ejecutante y ejecutado de acuerdo con el título ejecutivo).

b') Actos jurídicos destinados a dar al ejecutante la posesión mediata: si el inmueble está ocupado por terceros cuyos derechos impliquen la posesión inmediata del inmueble y deban ser respetados por el ejecutante (por ejemplo, arrendatarios, usufructuarios) la puesta en posesión del ejecutante consistirá en la notificación por el tribunal a aquellos terceros del título ejecutivo que confiere al ejecutante un determinado derecho superior sobre el bien inmueble.

c') Actos de desalojo o lanzamiento, que son procedentes si el bien inmueble se halla ocupado por persona que carece de derecho para ello o cuyo derecho puede ser examinado y, en su caso, desestimado mediante un incidente declarativo sumario vinculado al proceso de ejecución. Consisten en coacción directa sobre las personas que ocupan el inmueble, para expulsarlas del mismo, de modo que éste quede vacuo y libre para ser ocupado por el ejecutante.

d) **En especial, los actos de desalojo o lanzamiento**

Importa, principalmente, determinar qué personas se hallan sujetas a ser desalojadas del inmueble en la ejecución.

a') *El ejecutado y quienes ocupan el inmueble con aquél o en dependencia suya*

El artículo 704 LECiv somete directamente —en el sentido de no intermediar ninguna actividad declarativa complementaria— a los actos de lanza-

miento o desalojo forzoso al ejecutado –incluido al que lo sea por sucesión de acuerdo con el art. 540 LECiv– y, además, con cierta imprecisión, a «quienes de él dependan» y a «quienes con él compartan la utilización de aquél (del inmueble)». Esta condición concurre en aquellas personas cuyas situaciones posesorias pueden enmarcarse en lo previsto en el artículo 431.1: personas que ocupan el inmueble, pero que no poseen por sí mismas, sino que posee su representante (por ejemplo: los hijos que convivan con la persona condenada al desalojo), personas que ocupan el inmueble en calidad de representantes o mandatarios del poseedor, y los que ocupan el inmueble por cuenta y con sujeción a las instrucciones del titular de la posesión (por ejemplo, los vinculados al ejecutado por una relación de trabajo).

b) *Terceros ocupantes del inmueble que, en el incidente declarativo previsto por el artículo 704.2 LECiv, no son reconocidos con título suficiente para la posesión.*

El inmueble puede estar ocupado por personas distintas al ejecutado: a las consideradas en el anterior apartado, que afirman haber adquirido la propiedad del bien, ser usufructuarios, arrendatarios o titulares de cualquier otro derecho que faculte para el uso y disfrute del inmueble. La limitada eficacia subjetiva del título ejecutivo tiene, en principio, como consecuencia que la actividad ejecutiva no puede, en estos casos, continuar para la entrega del inmueble al ejecutante.

Hasta la LECiv/2000, solamente en el caso de que se hubiera practicado anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad, estaba prevista la posibilidad de que, dentro del proceso de ejecución, fueran examinados y rechazados, de forma más o menos directa, los derechos adquiridos por tercero sobre la cosa litigiosa (art. 198 RH). Fuera de ese caso no había ninguna técnica que facilitara –dentro del proceso de ejecución– el desalojo de terceros ocupantes, o, mejor, el examen de si ese desalojo es procedente.

El artículo 704.2 LECiv establece ahora un procedimiento adecuado, en general, para esta cuestión. Se trata de un proceso sumario, con estructura procedimental similar a la del juicio verbal, incidental del proceso de ejecución, y cuyo objeto es dilucidar si, atendidos los derechos que el tercero ha hecho valer, el mismo debe ser desalojado del inmueble para entregar la posesión al ejecutante.

Respecto de este procedimiento sumario han de destacarse dos cuestiones:

1ª) Según el artículo 675.3 LECiv (al que remite el art. 704.2, párr. 1º), el lanzamiento se «decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes citados no comparecen sin justa causa» a la vista convocada tras la solicitud del ejecutante. Es un caso de allanamiento tácito.

2ª) El auto que ponga fin al incidente se dictará en el sentido de proceder al lanzamiento dentro de la ejecución en curso, si los ocupantes deben ser considerados de mero hecho o sin título suficiente (arts. 704.2, párr. 2º, 675.3 y 4, 661.2 LECiv).

Esta situación se da en los supuestos siguientes:

– Detención del inmueble por el tercero debida a actos que, según el artículo 441.1, no afectan a la posesión del ejecutado (actos meramente tolerados, ejecutados clandestinamente o con violencia).

– Posesión en precario, por fundarse en una concesión gratuita y libremente revocable, o por no tener como base ningún título jurídico o ser éste nulo.

– El tercero tiene un título que no es oponible al ejecutante, atendido el contenido de la inscripción de la que trae causa la adquisición del tercero o la anotación preventiva de la demanda que se hubiera practicado en el Registro de la Propiedad, según lo que examinaremos después. Si el bien está inscrito a favor del tercero y la inscripción no puede ser cancelada, dentro de la ejecución, por los procedimientos que luego veremos, el desalojo del tercero es improcedente.

– Falta de acreditamiento del título hecho valer por el tercero.

4) Actividades para adecuar el Registro de la Propiedad a lo establecido en el título ejecutivo

Según el artículo 703.1 LECiv el tribunal «en su caso, dispondrá lo necesario para adecuar el Registro al título ejecutivo». Atendido que el objeto de esta ejecución es la entrega de bienes inmuebles, el Registro al que la disposición se refiere es el Registro de la Propiedad (arts. 1, párr. 1º, 2 LH).

La justificación del precepto es evidente. Dado que, según el artículo 38, párrafo primero LH, «a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los bienes inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos», si, de acuerdo con el título ejecutivo, ha habido una modificación en la titularidad o en el contenido del derecho y, consiguientemente, en la situación posesoria, la coherencia del ordenamiento exige poner el Registro en concordancia con la nueva realidad jurídica.

El Registro podrá ser adecuado, dentro de la ejecución –es decir, sin necesidad de acudir para ello a un nuevo proceso declarativo– en los siguientes casos:

a) *Título ejecutivo obtenido frente al titular registral*

La adecuación del Registro podrá indudablemente realizarse si el título ejecutivo ha sido obtenido frente al titular o titulares registrales cuyos asientos han de ser afectados por dicha adecuación (arts. 20, 38, párr. 2º, 40 LH).

b) *Si se adoptó la medida cautelar de anotación preventiva de demanda*

Las posibilidades de adecuación del Registro dentro del proceso de ejecución se amplían considerablemente, porque los actos de adecuación pueden proyectarse sobre asientos registrales a favor de personas que no alcanzan por el título ejecutivo. La justificación de esta ampliación se basa en la eficacia propia de la medida cautelar que, consistiendo en una anotación preventiva en el Registro, no impide que los bienes sean enajenados, gravados, ni cierra el Registro a las inscripciones que de ello deriven, «sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación» (art. 71 LH).

En cuanto a la eficacia de la anotación preventiva de demanda respecto de los asientos registrales, es necesario distinguir varios supuestos:

1ª) Asientos anteriores a la anotación practicados en virtud de títulos también anteriores a la anotación. Su cancelación sólo es posible demandando a los titulares de esos asientos, y la demanda sólo podrá ser estimada si se consideran concurrentes las causas de nulidad del asiento que, según la LH, deben perjudicar a terceros (art. 38, párr. 2º «in fine», 34 y 37 LH). Además, por lo dispuesto en el artículo 38, párr. 1º primero LH, tampoco podrá entregarse la posesión al ejecutante, desalojando al titular registral.

2ª) Asientos posteriores a la anotación preventiva de demanda, practicados en virtud de títulos también posteriores a la misma. Especificando una deducción derivada del artículo 71 LH, el artículo 198, párrafo segundo RH, establece que «la ejecución o el mandamiento judicial será título bastante, no sólo para practicar la inscripción correspondiente, sino también para cancelar los asientos posteriores a la anotación de demanda, contradictorios o limitativos del derecho que se inscriba, extendidos en virtud de títulos de fecha posterior a la anotación y que no se deriven de asientos que gocen de prelación sobre el de la misma anotación». Cancelados los asientos registrales, la posesión que tuvieran sus titulares no puede ser mantenida frente al ejecutante en el incidente del artículo 704.2 LECiv, porque las presunciones del artículo 38, párrafo primero LH, ya no favorecen a los titulares de aquéllos, sino que benefician al ejecutante.

3ª) Asientos posteriores a la anotación preventiva de demanda, pero practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación. El conflicto de prioridad de titularidades (la reconocida por la sentencia y las que, en contradicción con la anterior, constan en las inscripciones posteriores a la anotación) que subyace en este caso, no debe resolverse con criterios registrales, sino con arreglo al Derecho civil. No obstante, la virtualidad de la anotación se comprueba porque la resolución de este conflicto no se deja para un proceso declarativo ordinario, sino que se realiza mediante un incidente declarativo inserto en el proceso de ejecución, al que se refiere el artículo 198, párrafo cuarto RH. Según se resuelva el incidente, serán o no cancelados los asientos posteriores a favor del tercero. Si no son cancelados, la solicitud de desalojo del tercero (art. 704.2 LECiv) deberá ser desestimada (art. 38, párr. 1º LH).

Actividades complementarias relativas a aspectos accesorios de la entrega de la posesión

El artículo 703.1 LECiv, párrafo segundo v 2 regula una actividad procesal de carácter complementario a la actividad ejecutiva de entrega del inmueble, que se refiere a las cuestiones de liquidación de la situación posesoria, con consecuencia de lo que principalmente establece el título ejecutivo (sumario de los bienes muebles que se hallen en el inmueble, mejoras y desperfectos en el inmueble). Para que la referencia a estas cuestiones sea completa, le falta mencionar la condena al abono de frutos y rentas.

Estas actividades complementarias no son inicialmente ejecutivas, sino incidentes declarativos mediante los que se resuelven, dentro del proceso de ejecución —que producirá los cambios en el estado posesorio—, de un modo simplificado y, en algunos casos, sumario, diversos aspectos de la liquidación de aquel estado. Los pronunciamientos que se dicten en estos incidentes serán, en su caso, ejecutados.

La efectividad de estos pronunciamientos y de los que con el mismo contenido ya consten en el título ejecutivo, puede ser específicamente garantizada por las medidas cautelares del tipo de la intervención y de la administración judicial de bienes litigiosos productivos (véanse arts. 726, 727, 731 y 738 LECiv).

La imposibilidad de ejecución en los propios términos del título ejecutivo y la procedencia de la ejecución por el equivalente dinerario de la prestación

A diferencia de lo que ocurre en todas las modalidades de actividad ejecutiva por prestaciones no dinerarias, los artículos 703 y 704 LECiv no contienen ninguna previsión expresa sobre los supuestos en que no pueda ser ejecutada la entrega del bien inmueble, ni sobre el modo en que, de darse el caso, debe desarrollarse la actividad ejecutiva.

En realidad son posibles, de una parte, situaciones de desaparición material del inmueble y circunstancias que implican un menoscabo para su uso y disfrute y que no consisten en desperfectos, y, de otra parte, supuestos de transmisión del bien a un tercero del que no pueda obtenerse la restitución.

En defecto de una disposición más específica en este sentido en el contexto de los artículos 703 y 704 LECiv, se cuenta con lo establecido por el artículo 18.1 LOPJ que, con carácter general, dispone que «si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno». Porque esta transformación de la ejecución es posible, el artículo 700 LECiv incluye los casos de dar cosa inmueble entre los que pueden fundar una medida de aseguramiento de embargo, cuyo fin es,

precisamente, «asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustanciales».

EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE HACER

La regulación de la ejecución por obligaciones de hacer está principalmente contenida en los artículos 705 al 709 LECiv. A ellos hay que añadir las disposiciones que constituyen normas generales de la ejecución. Entre estas disposiciones debieron ser incluidas las referidas a las multas coercitivas (art. 711 LECiv), dado que el legislador establece este instrumento jurídico para su utilización en diversas modalidades de actividad ejecutiva.

El régimen de esta ejecución se completa con disposiciones aplicables a modalidades específicas de hacer. Entre ellas cabe citar las obligaciones de hacer consistentes en rendir cuentas de una administración —necesario presupuesto de la ejecución dineraria por el eventual saldo a favor del ejecutante— cuya ejecución se regula en el artículo 720 LECiv; y las obligaciones de hacer establecidas como medidas definitivas en las sentencias de procesos matrimoniales, a cuya ejecución se aplican como reglas especiales las del artículo 776.2ª y 3ª LECiv.

A) LA ADECUACIÓN DE LAS ACTIVIDADES EJECUTIVAS

Las actividades ejecutivas reguladas por estos artículos son adecuadas si el título ejecutivo impone una prestación de hacer. Por ésta se entiende una conducta activa del ejecutado, que produce una transformación en la realidad material o jurídica diferente a la transformación consistente en la entrega de un bien —mueble, inmueble o una cantidad de dinero—. Consiguientemente se trata de las actividades ejecutivas de más amplio ámbito de aplicación, porque son adecuadas en todos los casos en que no procede la ejecución dineraria, la ejecución por prestaciones de dar y por prestaciones de no hacer.

Para la tutela de determinados derechos (patentes, marcas, propiedad intelectual) o de principios o intereses que han de ser respetados en ciertos ámbitos de la relación social (competencia desleal, publicidad), la ley no se limita a establecer deberes de abstención de actividades ilícitas, en cuanto lesivas de tales derechos e infractoras de ese orden jurídico, sino que, producida la lesión o la infracción, impone precisos deberes de hacer dirigidos a reparar específicamente el daño producido.

Por ejemplo: En caso de lesión del derecho de marca, la retirada del tráfico económico de productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos en que se haya materializado la lesión, y la publicación de la sentencia [art. 41.1 c) y f) LMa]; en caso de violación del derecho de patente, el llamado

«embargo» de los productos y medios con los que se ha realizado la lesión, la transformación o destrucción de esos productos y medios y la publicación de la sentencia [art. 63 c), e) y f) LPI]; en caso de competencia desleal, la remoción de los efectos producidos por el acto, la rectificación de informaciones y la publicación de la sentencia [art. 18.3ª, 4ª y 5ª LCD]; en caso de actividades ilícitas contra derechos de propiedad intelectual, la retirada del comercio y destrucción de ejemplares ilícitos, la inutilización y, en su caso, destrucción de ciertos medios e instrumentos y la remoción o precinto de aparatos [art. 139.1 c) al g) LPI], etcétera.

La cuestión que, razonablemente, cabe plantear es la de si, en caso de condena a abstención, que conlleve las consecuencias mencionadas en cuanto a las lesiones o infracciones ya producidas, es aplicable el régimen de la actividad ejecutiva de los artículos 706 y 707 LECiv o ha de considerarse que estas consecuencias son manifestación del deber de deshacer lo mal hecho, cuyo tratamiento ejecutivo lo establece el artículo 710.1, párrafo segundo, LECiv. A mi juicio, si estos deberes de hacer son impuestos en el propio título ejecutivo, por haberse formulado y estimado la correspondiente pretensión en vía declarativa, la actividad ejecutiva adecuada es, sin duda, la de los artículos 706 y 707.

B) ACTIVIDADES EJECUTIVAS

a) Requerimiento de cumplimiento del título ejecutivo en sus propios términos

Presentada la demanda o solicitud de ejecución y dictado auto despatchándola, ese auto ordenará que se requiera al ejecutado para que cumpla la prestación de hacer impuesta por el título, en el plazo que se le señale (art. 705 LECiv).

La prestación que se ha de exigir del ejecutado en el acto del requerimiento deberá ajustarse, sin modificarlas, a las características del hacer establecidas en el título ejecutivo.

El plazo ha de tener una duración suficiente para que el ejecutado inicie y complete el cumplimiento de la prestación.

No obstante, también debe considerarse la posibilidad de que, señalado un plazo de duración suficiente, el ejecutado no inicie su actividad o no la desarrolle con la diligencia necesaria para culminar el cumplimiento dentro del plazo señalado. Carece de sentido, en este caso, que el plazo pueda llegar a demorar las posibilidades procesales que el ejecutante adquirirá con la continuación de la actividad ejecutiva.

Específicamente puede estimarse procedente que continúe la actividad ejecutiva:

1ª) Si el ejecutado ha respondido al requerimiento (art. 152.3 LECiv) manifestando su negativa a cumplir.

2º) Si, habiéndose señalado el plazo como un plan temporal de cumplimiento de la prestación —posibilidad que, sin duda, está amparada por la discrecionalidad conferida por el art. 705 LECiv—, el ejecutado incumpliera lo previsto para alguno de los plazos parciales programados para el pleno cumplimiento de la prestación. Pero que en esos retrasos haya influido la fuerza mayor; pero ese caso tiene adecuado tratamiento al amparo del artículo 134.2 LECiv.

b) Incumplimiento del ejecutado y disposición expresa del título ejecutivo para esa eventualidad

Tanto el artículo 706.1, párrafo segundo, como el artículo 709.1 LECiv establecen que si el título ejecutivo contiene una específica disposición para el caso de incumplimiento del ejecutado, se procederá de acuerdo con la misma, sin que puedan ser aplicados los preceptos sobre ejecución de prestaciones de hacer no personalísimo o personalísimo.

La posibilidad de alcanzar un título ejecutivo con estas características depende principalmente de dos condiciones:

1ª) Que en el régimen jurídico-material de la obligación de cuyo cumplimiento se trata se halle establecido, para el caso de incumplimiento, un efecto jurídico destinado al resarcimiento del acreedor y diferente del ordinario tratamiento ejecutivo legal. Generalmente ese establecimiento se lleva a cabo en el negocio jurídico constitutivo de la obligación, en el cual se disponen cláusulas resolutorias, cláusulas penales de diferente configuración (arts. 1152-1155 CC) o la entrega de arras con diferentes funciones (art. 1454 CC, que la doctrina estima aplicable a relaciones contractuales distintas a la compraventa).

Son medios de coerción privada —en el sentido de autoimpuestos por la autonomía de la voluntad—, con los que se evitan la dificultad y el factor aleatorio en la determinación del resarcimiento por incumplimiento o cumplimiento retrasado o inexacto, y mediante los que también se consigue un efecto motivador del cumplimiento.

2ª) Que, como consecuencia de la pretensión del actor o de la defensa del demandado, en el proceso de declaración se hubiera dictado sentencia condenando al cumplimiento y estableciendo, para el caso de que éste no se produzca ante el requerimiento correspondiente en la ejecución, condenas u otros pronunciamientos subsidiarios.

c) Determinación del carácter no personalísimo o personalísimo de la prestación de hacer

En defecto de la expresa disposición del título ejecutivo que se acaba de examinar, la actividad ejecutiva por prestaciones de hacer se regula de modo diferente según ese hacer deba calificarse como no personalísimo (arts. 706, 707 LECiv) o como personalísimo (art. 709 LECiv).

El criterio de calificación no lo define la ley, sino que hay que extraerlo de los conceptos jurídicos indeterminados de hacer no personalísimo y personalísimo. Pero las oportunidades (y la necesidad) de que el tribunal aplique estos criterios se hallan muy acotadas por el modo en que el ejecutante recibe las posibilidades procesales que le conceden los artículos 706 y 709 LECiv.

1) Actos del ejecutante referidos al modo de continuar la actividad ejecutiva

Transcurrido el plazo señalado por el requerimiento, el ejecutante puede expresar su plena conformidad con el cumplimiento realizado por el ejecutado, en cuyo caso la ejecución termina.

También puede, por el contrario, constatar que el cumplimiento no se ha producido en absoluto o entender que ha sido defectuoso. En este caso la ley le confiere una facultad de opción entre el resarcimiento dinerario o la instancia de la actividad ejecutiva adecuada a la calidad de la prestación de hacer (arts. 706.1, párr. 1º, y 709.1 LECiv). Si el tribunal estima que el cumplimiento no ha existido o es defectuoso, la opción del ejecutante por el resarcimiento es vinculante para él, porque el artículo 709.1 LECiv, al regular la decisión judicial respecto del acto del ejecutante, no prevé ninguna posibilidad de rechazo de la opción por el resarcimiento.

Si el ejecutante ha optado por la actividad ejecutiva dirigida a obtener la específica prestación debida, el acto que dirige al tribunal tiene una eficacia distinta según inste las actuaciones previstas para los casos de hacer no personalísimo o las establecidas para el hacer personalísimo.

1ª) En el primer caso, la instancia del ejecutante es vinculante para el tribunal, presupuesto —como es obvio— que el tribunal aprecie que el cumplimiento no se ha producido o ha sido defectuoso. Esta conclusión se basa en los artículos 706 y 709 LECiv (el primero, a diferencia del segundo, no permite que el tribunal desestime la petición por entender que el hacer es personalísimo) y en que esta interpretación es coherente con la consideración de principio de que, en la regulación de los medios ejecutivos, hay que ponderar la satisfacción del derecho del ejecutante con la libertad individual del ejecutado, para que ésta no sea constreñida en mayor medida que la requerida para aquella satisfacción.

Si el ejecutante estima que su derecho queda satisfecho con la actuación de un tercero a costa del ejecutado, está justificado que la ley confiera a esa apreciación eficacia vinculante de la decisión del tribunal, porque de este modo puede alcanzarse el fin de la ejecución —la satisfacción del ejecutante (art. 570 LECiv)— sin limitar la libertad personal del ejecutado, sino afectando solamente a su patrimonio. Si, por el contrario, el ejecutante estima imprescindible el hacer personal del ejecutado, el juez ha de tener plena potestad de decisión, para ponderar concretamente las exigencias

de la tutela de la libertad personal y las del derecho a la tutela judicial efectiva, con derecho a que el fallo se cumpla.

2º) En el segundo caso —actuaciones previstas para un hacer personalísimo— el acto del ejecutante es una estricta petición, una solicitud al tribunal de que adopte determinados medios ejecutivos, con alegaciones de hecho y derecho destinadas a convencerle de que la solicitud es fundada por el carácter personalísimo del hacer.

Respecto de esta solicitud el tribunal tiene plena potestad de resolución, como resulta del artículo 709.1 «in fine» LECiv: «El tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706».

b) *Criterios para calificar un hacer como personalísimo*

Si la prestación de hacer tiene origen negocial deberá considerarse personalísima si de la interpretación del negocio jurídico que la constituye puede concluirse que sólo la prestación realizada por el obligado satisface el interés del acreedor.

Este criterio es correcto en cuanto sirve para excluir que sólo por la característica objetiva de que la clase de prestación pactada necesita, para su realización, una especial cualificación del deudor, la prestación de hacer deviene personalísima, sin indagar si, de acuerdo con el negocio, el interés del acreedor podría ser satisfecho por la prestación de un tercero que tuviera la adecuada cualificación.

Por ejemplo: la elaboración del proyecto de construcción de un edificio no es una prestación personalísima, porque puede hacerla cualquier arquitecto, mientras que lo es la de un edificio singular que, por esa razón, ha sido precisamente encargado a un determinado arquitecto de prestigio internacional.

Me parece, en cambio, más discutible la consecuencia —en cierto modo contraria— que se deduciría de este criterio. Es decir, que, de acuerdo con la interpretación del negocio, resultara que el hacer es personalísimo, a pesar de que, objetivamente, pudiera ser realizado por muchas personas con igual calidad que la pactada.

En efecto, la cuestión es si el ordenamiento debe poner al servicio del ejecutante no sólo medios ejecutivos —que eso es obvio que debe hacerlo—, sino unos medios ejecutivos específicos, que afectan más intensamente a la persona del deudor, para alcanzar —o intentar alcanzar— un resultado que —atendida la naturaleza de la prestación— podría ser conseguido, de modo objetivamente igual, con la prestación de un tercero con la adecuada cualificación.

El criterio de la interpretación del negocio constitutivo de la obligación, no puede servir en los casos de obligaciones de hacer derivadas de la ley —por ejemplo: retirada del comercio de ejemplares ilícitos, por haber infringido derechos de propiedad intelectual [art. 139.1 c) LPI]; difusión de publicidad correctora, en algunos casos de publicidad ilícita [art. 31 d) LGP]—. En estos casos la determinación del carácter personalísimo del hacer depende del análisis objetivo de la prestación y de si el condenado es o no la única persona en quien concurren las cualidades personales y, en su caso, técnicas para llevarla a cabo.

Hay casos en los que la prestación de hacer podría ser realizada, con la misma utilidad para el ejecutante, por persona distinta del ejecutado, aunque con las mismas o similares cualidades técnicas que éste, pero que, en concreto, sólo puede ser cumplida por el ejecutado, dado que sólo éste dispone de los medios técnicos imprescindibles para llevar a cabo la prestación que requiere el ejecutante.

Si la causa de esta limitación es de carácter jurídico —por ejemplo: monopolio de derecho; necesidad de utilizar, para la realización del hacer, un procedimiento patentado del que el ejecutado es licenciatario exclusivo— el hacer debe considerarse personalísimo.

Si la limitación no es jurídica, sino de hecho, considerar que el hacer es personalísimo disminuye la efectividad de los medios ejecutivos, porque las multas coercitivas sólo pueden imponerse durante un año. Por el contrario, si se entendiera que el hacer no es personalísimo —un tercero tiene la aptitud técnica necesaria, pero carece de todos o de parte de los medios también necesarios—, el problema se trasladaría a los costes del hacer, que sin duda serían más elevados que si el tercero fuera autorizado por el ejecutado a utilizar sus medios productivos, pero que, de no ser así, habrán de ser financiados con cargo al patrimonio del ejecutado.

d) *Actividad ejecutiva en caso de que el hacer no sea personalísimo*

Si, como consecuencia de los actos examinados en el apartado anterior, ha quedado establecido que el hacer no tiene carácter personalísimo, puede desarrollarse alguna de las dos siguientes actividades ejecutivas: encargo del hacer a un tercero, con ejecución dineraria sobre el patrimonio del ejecutado para el pago del coste; ejecución dineraria sobre el patrimonio del ejecutado para el resarcimiento de los daños y perjuicios, previa liquidación de la indemnización correspondiente. El artículo 706 sólo toma en consideración que el seguimiento de una u otra actividad ejecutiva se deba a la opción del ejecutante. No obstante, también cabe que la procedencia de la ejecución dineraria, sea debida a una situación de imposibilidad de ejecución de la

sentencia en sus propios términos, incluso mediante el encargo del hacer a un tercero a costa del ejecutado.

a') *Encargo del hacer a un tercero y ejecución dineraria por el coste sobre el patrimonio del ejecutado*

Las principales cuestiones que suscita esta actividad ejecutiva son las siguientes:

1ª) La selección de la persona o entidad a la que encargar el hacer y la vinculación jurídica de la misma en cuanto a la realización del encargo.

En este aspecto, el artículo 706 LECiv sólo establece que el encargo se hará por el ejecutante a un tercero. Queda fuera de regulación lo relativo al contrato con el tercero y, previamente a ello, la existencia de algún requisito y procedimiento para la selección del contratista.

La LECiv en ningún caso habla de designación del tercero por el juez ni de aprobación por éste de una previa designación por el ejecutante, sino de que será necesario que «se le faculte (al ejecutante) para encargarlo a un tercero», en términos genéricos. La aprobación del coste del hacer previa tasación pericial no incide –al menos directamente– en la designación del contratista, sino en la obtención de fondos con carácter previo a la obligación de pagar la prestación del tercero. Es decir, la ley ofrece datos literales a favor de una libre elección del contratista por el ejecutante.

El tercero no realiza la prestación en virtud de un deber jurídico-público que le someta a una correspondiente potestad del tribunal de la ejecución, sino que asume voluntariamente la obligación y adquiere un derecho a contraprestación no frente al tribunal –que, de ser así, podría verse en el caso de responder de la insolvencia del ejecutado–, sino frente a quien contrata con él, que es el ejecutante.

2ª) La financiación y el pago de la contraprestación debida al tercero por el hacer contratado con él.

Aunque el artículo 924, párrafo primero LECiv/1881 y el artículo 1089 CC ya establecían como actividad ejecutiva, en estos casos, la de hacer a costa del obligado, dejaban indeterminado el modo de operar de la cláusula «a su costa». La misma significaba, sin duda, que el coste de la prestación contratada con tercero recaía sobre el patrimonio del ejecutado. Pero no se regulaba en qué momento y con qué requisitos podía hacerse efectiva ejecutivamente. La situación era arriesgada para el ejecutante, porque si optaba por satisfacer él mismo la contraprestación debida en virtud del contrato con el encargado del hacer, financiaba una deuda del ejecutado, y, además, si el ejecutado devenía insolvente, perdía las expectativas de reembolso de las sumas adelantadas.

El artículo 706.2 LECiv ha establecido una regulación para evitar al ejecutante los riesgos apuntados. No obstante, debe entenderse que si esta regulación se ha establecido para beneficiar al ejecutante –que, de ese modo, no se verá forzado a anticipar cantidades–, éste puede instar o no su aplicación, decidiendo, en el segundo caso, el pago de lo adeudado, sin perjuicio del reembolso por vía ejecutiva contra el ejecutado, cuando presente cuenta debida.

Desde el punto de vista del pago de la contraprestación al tercero, el artículo 706 LECiv abre dos posibilidades: obtención previa, por vía de ejecución dineraria sobre el patrimonio del ejecutado de los fondos necesarios para lo que se requiere la valoración pericial del coste de la prestación y la aprobación judicial; financiación por el ejecutante y cobro de la deuda que conste en las facturas abonadas, igualmente por vía de ejecución dineraria.

Requisito necesario, en todo caso, para proceder ejecutivamente contra el ejecutado por el importe –previsto o cierto– de la contraprestación debida al tercero, es que el tribunal haya facultado al ejecutante, aunque sea en términos genéricos, a contratar con tercero la realización de la prestación debida según el título ejecutivo.

Requisito conveniente es que el ejecutante haya pedido el embargo del artículo 700 LECiv. Si opta por el procedimiento de cobro anticipado (art. 706.2 LECiv), el embargo le permitirá contrarrestar el riesgo de insolvencia del ejecutado durante el plazo del requerimiento para el cumplimiento en la ejecución (art. 705 LECiv). Si se inclina por la otra posibilidad, el embargo le pone a cubierto de la insolvencia del ejecutado en el momento en que decida exigir el pago de las cantidades que efectivamente ha abonado al tercero.

b') *Imposibilidad de la prestación de hacer, aun mediante encargo de la misma a un tercero*

La imposibilidad de ejecución de la prestación de hacer no personalísimo influye, de acuerdo con el artículo 18.2 LOPJ, en el desarrollo de la actividad ejecutiva por esta clase de prestación.

Existe esa imposibilidad si el ejecutante optó por ser autorizado para contratar la prestación con un tercero y no ha encontrado a quien aceptara esa contratación, si se da un estado o situación física o material de las cosas en virtud del cual no resulta factible la realización de la prestación impuesta por el título (por ejemplo: condenado el demandado a ejecutar las obras de rehabilitación de un edificio, éste ha debido ser demolido a causa de su estado de ruina), en caso de denegación de autorizaciones o licencias administrativas necesarias para la realización de la prestación.

La jurisprudencia ha aceptado, en ocasiones, una causa de imposibilidad jurídica consistente en falta de proporcionalidad entre las ventajas que obtendrá el ejecutante

con la ejecución en los propios términos del título y los perjuicios que habrá de sufrir el ejecutado. A mi juicio, esta clase de imposibilidad es muy dudosa si se tiene en cuenta la norma expresa y limitativa del artículo 18.2 LOPJ.

c') *Ejecución dineraria sobre el patrimonio del ejecutado por el importe de los daños y perjuicios y por el equivalente dinerario de la prestación*

Si el ejecutante ha optado por «reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios» o si, con independencia de esa opción, la realización en forma específica de la prestación de hacer ha sido considerada imposible por el tribunal, la actividad ejecutiva se adecua a las normas de la ejecución dineraria, aunque previa cuantificación de lo adeudado en concepto de «resarcimiento de daños y perjuicios» (art. 706.2, párr. 2º, LECiv).

Esta obligación dineraria tiene un doble componente: de una parte, indemnización de daños y perjuicios en sentido estricto, que depende de la prueba de la existencia de los mismos, así como de la del dolo o culpa y del nexo causal con la conducta del agente, todo ello con arreglo al régimen de la responsabilidad contractual o extracontractual que sea de aplicación; por otra parte, el valor en dinero de la prestación misma, que, habiendo sido impuesta por el título ejecutivo, no ha sido ni cumplida, ni ejecutada en sus propios términos. De ahí que el artículo 18.2 LOPJ imponga que «en todo caso» se fije la indemnización que proceda por la prestación no realizada.

d') *El supuesto especial de la condena a publicar la sentencia en medios de comunicación*

El artículo 707 LECiv regula separadamente la actividad ejecutiva por una prestación de hacer no personalísima cual es la publicación de la sentencia en medios de comunicación, prevista por diversas leyes [por ejemplo: art. 31 c) LOP, 18.5ª LCD, 41.1 f) LMa, 63 f) LP, 21 LCCC]. La única diferencia sustancial entre el artículo 707 y el artículo 706 LECiv es que, en la ejecución de las prestaciones de hacer a la que se refiere el primero, el ejecutante no tiene la facultad de opción —establecida por la segunda disposición— entre el encargo a tercero a costa del ejecutado y el resarcimiento de daños y perjuicios.

La publicación de la sentencia representa una forma de resarcimiento «in natura» del daño que han podido causar determinados actos ilícitos, orientado a evitar que perduren las consecuencias dañosas de tales actos. Aunque su efectividad para ese fin no puede estimarse absolutamente segura, aún más dificultoso resultaría intentar constatar de modo preciso esas consecuencias dañosas hasta el agotamiento de las mismas y valorar los daños para su indemnización dineraria. Partiendo de esto se comprende que la opción del ejecutante quede excluida. No sería una opción entre la satisfacción específica de su derecho —que fue violado por el condenado con su hacer indebido— y el resarcimiento de daños y perjuicios, sino entre dos formas de producirse este resarcimiento. Y, dentro de esto, significaría poder inclinarse por una

indemnización dineraria cuya determinación sería prácticamente imposible por las dificultades de abarcar los daños en toda su extensión y de probar la relación de causalidad. Obviamente, lo que no cabe entender es que el coste de la publicación de la sentencia representa la indemnización que el ejecutante, en caso de opción, deba recibir. Son entidades absolutamente heterogéneas.

La publicación en vía ejecutiva de la sentencia que ha condenado a una rectificación de hechos, con arreglo a los artículos 3 y 6 de la LO 2/1984, de 26 de marzo, está sujeta a lo dispuesto por el artículo 707 LECiv, puesto que la ejecución de la sentencia en sus propios términos (que impone el art. 6, párrafo tercero LO 2/1984) no se produciría, obviamente, con la publicación en cualquier medio de comunicación, sino exactamente en el mismo en que se difundieron los hechos incorrectos y, además, con unas características de publicación que le den la misma relevancia informativa que a la noticia rectificadora (art. 3 LO 2/1984). Se trata de un hacer personalísimo, que sólo puede ser cumplido por el director del medio informativo y por la entidad titular del mismo.

4. Actividad ejecutiva en caso de hacer personalísimo

Los actos ejecutivos son diversos en función de las circunstancias que se oponen a continuación.

a') *Coacción al cumplimiento de la prestación por el ejecutado: multas coercitivas mensuales y requerimientos trimestrales*

La coacción del ejecutado al cumplimiento del hacer personalísimo se realiza, de acuerdo con el artículo 709 LECiv, con multas de periodicidad mensual, hasta un máximo temporal, y con requerimientos que reiteran trimestralmente el que se efectuó al principio de la ejecución.

Aunque el auto de despacho de ejecución puede establecer que, en el primer requerimiento, se aperciba al ejecutado con el empleo de multas pecuniarias (art. 709, párr. 2º, LECiv), la decisión de imponerlas no puede ser adoptada en esa resolución judicial, sino, de acuerdo con el artículo 709 LECiv, después de haber transcurrido, sin cumplimiento, el plazo concedido por el primer requerimiento, y mediante el auto que se dicta a consecuencia de ello y a petición del ejecutante.

En ese auto, el tribunal debe resolver:

1º) La imposición de todas las multas por los períodos previstos por la ley (mensuales) y hasta el máximo establecido por ésta (hasta un año desde el primer requerimiento), a salvo de la concurrencia de circunstancias que obtengan a los efectos de la imposición (cumplimiento de la prestación, imposibilidad de la misma).

2º) La cuantía de las multas con arreglo al artículo 711 LECiv, que puede ser la misma para todas las multas o distinta para cada una. Con el máximo del veinte por ciento del coste de la prestación —para cada una de

las multas-, el auto puede establecer multas de cuantía igual o de importe progresivamente crecientes.

Simultáneamente a la periódica efectividad de las multas, la ley impone que «se reiterarán trimestralmente los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero» (art. 709.3 LECiv). El límite inicial de ese plazo de un año debe situarse, a mi juicio, en el momento en que, por no cumplir el ejecutado el requerimiento inicial, se solicitó y obtuvo el auto de imposición de multas. Si se fijara como «dies a quo» el de la práctica del primer requerimiento, como en el plazo del mismo no procede imponer multas, estaría reduciendo el período máximo de utilización de este medio coercitivo.

b) *Finalización del período de multas coercitivas sin cumplimiento de la prestación*

Concluido el período máximo de imposición de multas coercitivas, si el ejecutado haya realizado la prestación requerida, el ejecutante puede optar entre la adecuación a la ejecución por el equivalente dinerario de la prestación o la petición de unas medidas indeterminadas, idóneas para la satisfacción del derecho que le reconoce el título (art. 709.3 LECiv).

La primera opción es vinculante para el tribunal. Por el contrario, sobre la segunda opción el tribunal decide discrecionalmente, previa audiencia del ejecutado.

Las medidas deben estar orientadas a generar una satisfacción «in natura» del derecho a prestación reconocido por el título, aunque esa satisfacción no sea perfecta.

Pueden consistir en el encargo de la prestación a un tercero a costa del ejecutado, con indemnización complementaria del daño por haber de aceptar la prestación de persona no absolutamente idónea según el título. También en una prórroga discrecional del período de las multas coercitivas, dado que tal prórroga no es incompatible con la naturaleza de las multas, sino que, por el contrario, es adecuada a su función de coaccionar al cumplimiento.

c) *Liquidación del equivalente dinerario de la prestación debida, ejecución dineraria e imposición de una multa única*

Esta actividad ejecutiva, prevista por el artículo 709.2, es procedente si el ejecutante hubiera optado por el equivalente dinerario de la prestación de hacer y, además, el tribunal hubiera apreciado que esa prestación tiene carácter personalísimo. La opción por el equivalente dinerario de la prestación, previa determinación del mismo en el procedimiento adecuado (véase Cap. 31), es vinculante para el tribunal.

Además el tribunal ha de imponer una multa única, cuyo importe no puede exceder del cincuenta por ciento del valor de la prestación (art. 711, par. 2º LECiv).

En principio la multa única procede de oficio y, dado que ya se ha resuelto seguir la ejecución dineraria subsidiaria, su función no consiste en influir en la conducta futura del ejecutado, coaccionándole al cumplimiento de la prestación en los términos del título ejecutivo, sino en sancionar la actitud rebelde ante el requerimiento de cumplimiento con el que se ha iniciado la ejecución.

d) *Tratamiento penal de la conducta del ejecutado*

A diferencia de otras disposiciones (por ejemplo: arts. 589.2, 701.2, 710.1 LECiv) el artículo 709 no considera expresamente la posibilidad de que la rebeldía del ejecutado pueda ser tener un tratamiento penal.

Ahora bien, para que proceda este tratamiento no es necesaria norma expresa. El delito y la falta de desobediencia son perseguibles sin ninguna especial condición de procedibilidad que dependa de alguna resolución del tribunal de la ejecución. A diferencia de otros delitos cometidos en actuaciones judiciales, como las injurias y calumnias vertidas en juicio (art. 215.2 CP) o la acusación y denuncia falsas (art. 456.2 CP). Jurídicamente el ejecutante no necesita tal resolución. Sin ella e, incluso, sin apercibimiento específico del tribunal de la ejecución al ejecutado, el ejecutante puede presentar una querrela admisible contra el ejecutado por entender que su conducta en la ejecución es constitutiva del delito o la falta de desobediencia a la autoridad judicial.

Cuando en el régimen del proceso de ejecución están prevista expresas advertencias de impulsar el tratamiento penal de una conducta, la eficacia de tales advertencias no es tanto jurídica —aunque puede tener relevancia para entender cumplido el tipo penal, como luego apuntaré—, cuanto psicológica. Es decir, surten efecto en la ejecución por lo que puede influir en el comportamiento del ejecutado la amenaza de una posible pena y, más aún, de un probable proceso penal con sus repercusiones de desprestigio social. Pero, en definitiva, la imposición de la correspondiente pena está en función de la apreciación de responsabilidad penal a título de delito (art. 356 CP) o de falta (art. 634 CP) por el tribunal competente y tras el debido proceso.

No obstante, para facilitar la apreciación del tipo penal correspondiente es importante que las órdenes de hacer hayan sido claras y precisas en la determinación de la prestación requerida y que hayan sido personalmente comunicadas a los obligados por las mismas.

e) *Imposibilidad del hacer personalísimo y sus consecuencia sobre la actividad ejecutiva*

Las características del hacer personalísimo y la dificultad de que los medios legalmente previstos para su ejecución garanticen, en todo caso, que

ésta va a tener lugar en forma específica -dado que la negativa real del ejecutado siempre puede acabar impidiendo ese resultado-, nuestra comprensión de los casos de imposibilidad de la prestación y su incidencia en la actividad ejecutiva.

Conceptualmente la distinción es clara:

1ª) Una es la situación de «puedo y no quiero». Frente a esta situación del ejecutado están previstos distintos medios legales, algunos de ellos destinados a doblegar su voluntad. Si, al agotarse la aplicación de los mismos, de acuerdo con su ordenación por la ley procesal, no se ha logrado la realización del hacer personalísimo, la causa no es la imposibilidad de tal realización, sino los límites legales en cuanto a los medios ejecutivos.

2ª) Otra cosa diferente es la situación de «quiero y no puedo», aunque evidentemente, si hay auténtica imposibilidad, la voluntad de cumplir es irrelevante.

El ejecutado puede intentar presentar como casos de imposibilidad situaciones que realmente consisten en una simple falta de voluntad por su parte. Es necesario, pues, un examen más cuidadoso, particularmente de los casos de imposibilidad jurídica de realizar la prestación, cuya entidad es más difícil de objetivar que la de los casos de imposibilidad material.

Por ejemplo: resulta evidente la imposibilidad de un afamado organista -condenado a grabar la obra completa para órgano de Bach- si, como secuela de un accidente, ha perdido su brazo derecho, mientras que la apreciación de la imposibilidad es más insegura si la misma se hace consistir en un estado de salud delicado que le impediría asumir la carga de trabajo correspondiente, o en una prolongada falta de preparación técnica, que podría dar lugar a un resultado indigno del prestigio que el intérprete tiene adquirido.

Si existe verdadera imposibilidad las consecuencias son: la procedencia de la ejecución por el equivalente dinerario (art. 18.2 LOPJ) y la improcedencia de las multas desde el momento en que concurra la causa de imposibilidad, porque aquéllas ya no pueden servir para alcanzar su fin de coaccionar al cumplimiento.

EJECUCIÓN DE CONDENAS A EMITIR UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

La ejecución de títulos que imponen emitir una declaración de voluntad (art. 708 LECiv) está sistemáticamente regulada con la ejecución de las prestaciones de hacer, pero con especialidades respecto de la ejecución por prestación de hacer personalísimo, en la que debería ser, en principio, subsidiaria.

Considerada la emisión de una declaración de voluntad como una forma de prestación de hacer, sin duda tiene, además, la característica de ser un hacer personalísimo. Solamente la voluntad expresada por el ejecutado puede satisfacer la utilidad perseguida por el ejecutante. Y ello en un doble sentido: natural y jurídico. Natural, porque sólo el ejecutado puede exteriorizar su propia voluntad. Pero también en un sentido jurídico, porque es el ejercicio de las facultades o de la posición jurídica de la que el ejecutado se ha investido lo que produce, a través de la declaración de su voluntad, los efectos jurídicos que satisfacen el derecho del ejecutante.

Ahora bien, así como la infungibilidad natural o material de la expresión de voluntad por el ejecutado no puede ser superada en modo alguno, no ocurre lo mismo con la infungibilidad jurídica. El ordenamiento puede establecer que los efectos jurídicos que el ejecutante aspira a conseguir mediante la declaración de la voluntad del ejecutado, se produzcan -si hay suficiente fundamento- sin necesidad de que esa voluntad sea declarada en cumplimiento de lo que impone el título ejecutivo, disponiendo que la declaración emitida del ejecutado sea suplida por ciertas resoluciones del tribunal.

Esta explicación de la fungibilidad jurídica de las declaraciones de voluntad, unida a la ejecución de los títulos que impongan tales declaraciones en un terreno muy próximo al de la actuación de las sentencias que hayan dispensado tutela judicial constitutiva.

La tutela judicial constitutiva también crea, modifica o extingue efectos jurídicos, produciendo de la voluntad del demandado. En el caso de la tutela constitutiva necesaria esa voluntad es irrelevante aunque se exprese a favor del cambio jurídico (por ejemplo, arts. 89 y 199 CC). Si la tutela constitutiva no tiene la anterior naturaleza, la sentencia producirá el cambio jurídico (por ejemplo, la resolución de un contrato) si estima concurrente la causa legal del que depende, aunque el demandado se oponga o niegue la concurrencia de tal causa.

A mi juicio, la distinción entre las sentencias que conceden tutela constitutiva y las que condenan a emitir una declaración de voluntad, radica en lo siguiente:

1ª) En la tutela judicial constitutiva se prescinde de la voluntad del demandado para la producción de los efectos jurídicos, porque éstos no dependen de esa voluntad, sino de ciertos eventos objetivos previstos por la ley. Cuando la tutela constitutiva no tiene calidad de necesaria, si el demandado reconoce la concurrencia de tales eventos y los efectos ligados a los mismos, estos últimos pueden producirse sin acudir al proceso. Si no hubiera sido así y el interesado se hubiera visto obligado a pretender la tutela judicial y su demanda hubiera sido estimada, la sentencia no impone al demandado que declare reconocer el hecho determinante de la modificación jurídica, sino que constata la concurrencia del mismo y produce por sí misma el cambio jurídico. Para un ejemplo, pueden aplicarse las anteriores consideraciones a las causas de disolución de la sociedad anónima previstas en el artículo 260.1.3ª a 7ª LSA, teniendo en cuenta el artículo 262 LSA.

2º) En los casos de condena a emitir una declaración de voluntad se puede prescindir de la voluntad del condenado en el proceso de ejecución, pero por el ordenamiento aprecia que esa voluntad ya ha sido suficientemente declarada en anterioridad —y así consta, además, en el título ejecutivo—, de modo que los actos que deban llevarse a cabo en la ejecución para completar de algún modo la eficacia de la declaración que se tiene por emitida, pueden ser realizados por el tribunal.

A) ADECUACIÓN DE LA ACTIVIDAD EJECUTIVA

Aunque en la jurisprudencia predominan los casos en que la declaración de voluntad a la que se condena va dirigida al establecimiento de una relación contractual entre ejecutante y ejecutado, el artículo 708 no está limitado a tales declaraciones, sino que es aplicable a todas las que pueden ser debidas por cualquier causa jurídica reconocida por el título ejecutivo.

Sólo con finalidad indicativa, la disposición es aplicable, además de al caso más frecuente de los precontratos:

1º) A las declaraciones que el ejecutado debe hacer respecto de terceros (por ejemplo, denuncia de cierta relación contractual) o respecto de registros públicos (por ejemplo, cancelación de hipoteca, cancelación de condición resolutoria inscrita).

2º) A los actos que el ejecutado deba practicar para formar su voluntad en cuanto persona jurídica o entidad asimilada. Por ejemplo, que el Consejo Rector de una cooperativa acuerde readmitir a un socio y reponerlo en su cargo de presidente de la entidad (STS, Sala de lo Civil, 18 diciembre 1997 [RJ 1997, 9103]). O, a los efectos de posibilitar una interpretación y aplicación útiles del artículo 22 LPI, que los órganos competentes de la comunidad de propietarios acuerden liquidar y eximir el pago de las cuotas debidas por cada copropietario respecto de la cantidad a la que hubiera sido condenada la comunidad.

B) SUPUESTOS EN LOS QUE ES PROCEDENTE LA EJECUCIÓN EN SUS PROPIOS TÉRMINOS DEL TÍTULO QUE IMPONE LA EMISIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

El artículo 708 LECiv establece los supuestos en los que, si el condenado se niega a admitir la declaración de voluntad que el título le impone, su conducta puede ser sustituida por el tribunal para producir el mismo efecto jurídico, y también fija el límite de esa potestad del tribunal, así como el procedimiento a seguir.

a) Voluntad previamente declarada sobre los elementos esenciales del negocio al que se refiere el título ejecutivo

Según el artículo 708.1 LECiv «el tribunal, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio».

Los requisitos de este artículo se cumplen en los casos siguientes:

1º) Condena a elevar a escritura pública un negocio jurídico

En este caso, el negocio jurídico ha sido válidamente celebrado (así consta en el título ejecutivo) y sólo se trata de cumplir un requisito de forma necesario para obtener ciertos efectos jurídicos; generalmente asientos en registros públicos—, pero con la peculiar característica de que, en el acto de complementar el requisito de forma, el condenado ha de reiterar la expresión de la voluntad que ya declaró en su momento.

2º) Condena a celebrar un negocio jurídico, respecto de cuyos elementos esenciales existiera previo acuerdo entre las partes

Las cuestiones del precontrato y sus efectos jurídicos, que han dado lugar a muy amplios debates, deberían simplificarse notablemente cuando son consideradas en la etapa procesal de ejecución, porque lo decisivo entonces es que el título ejecutivo contenga o no la constatación de que la voluntad ha sido declarada respecto de los elementos esenciales para la existencia de un concreto negocio jurídico.

Como dice la STS, Sala de lo Civil, 7 febrero 1966 (RJ 1996, 793) —y lo recuerda la STS, Sala de lo Civil, 18 julio 1993 (RJ 1993, 6459)— es incuestionable que la figura del precontrato no siempre se presenta de la misma forma: «pues unas veces las propias partes contractuales han dejado para el futuro no sólo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato, en cuyo caso el incumplimiento no puede conducir más que a la exigencia —por el contratante dispuesto a cumplir su compromiso— de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear, mientras que en otros supuestos las mismas partes demuestran su decidida voluntad —en todos los pormenores y detalles— de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que de momento no pueden actuar por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos como falta de autorizaciones o liberación de gravámenes, o simplemente porque en dicho instante no les conviene la celebración en firme y desean esperar cierto plazo, poniendo de manifiesto no sólo su voluntad de presente, sino exacta y total para cuando cesen aquellos obstáculos o transcurra el término establecido, momento a partir del cual es incuestionable que si uno incumple lo prometido, el otro está facultado a exigir el cumplimiento no de la promesa en sí, sino también del contrato definitivo al que aquella voluntad se determinó».

Sólo si el precontrato responde al segundo tipo especificado por esta sentencia y, atendido el planteamiento de la demanda, se hubiera condenado a la conclusión definitiva del contrato, habrá base para que el tribunal actúe en la ejecución con arreglo al artículo 708.1 LECiv. Sin perjuicio de las dudas que pueda suscitar la interpretación del título ejecutivo, el verdadero problema a mi juicio, radica en el proceso declarativo, en el que los hechos probados y la aplicación de las reglas de hermenéutica negocial habrán de-

bido conducir al tribunal a entender que la voluntad ha sido declarada sobre los elementos esenciales de un concreto negocio jurídico.

b) Potestades de integración del contenido negocial

El artículo 708 LECiv atribuye al tribunal la potestad de integrar el contenido negocial en el mismo auto en que tenga por emitida la declaración de voluntad, previa audiencia de las partes.

En primer término, para que el tribunal tenga potestad de integración es necesario que, según la interpretación del título ejecutivo, las partes hayan expresado en ningún sentido su voluntad sobre algún elemento del negocio.

En segundo término, y como regla general, la potestad de integración está limitada a los elementos no esenciales del negocio (art. 708.2 LECiv). Por ejemplo, respecto de los gastos de escrituración, las partes no han acordado ni que serán pagados según ley, ni que se abonarán de un modo específico, distinto al legalmente previsto.

En principio, el negocio sería plenamente válido y eficaz aunque hubiera expresas determinaciones sobre los elementos no esenciales, porque los límites de la reglamentación negocial diferentes a la autonomía privada previstos en el ordenamiento, operan sin necesidad de aceptación por las partes (PÍCAZO Y PONCE DE LEÓN).

Sin embargo, el artículo 708.2 LECiv impone que los elementos no esenciales se determinen en el auto en el que se tenga por emitida la declaración, con el fin de evitar situaciones litigiosas en el futuro cumplimiento de las consecuencias jurídicas que deriven del negocio que se tiene por celebrado. Se trata de que el negocio contenga todas las determinaciones que son típicas en negocios de su clase.

En cuanto a los criterios con arreglo a los cuales ha de producirse la integración el artículo 708.2 LECiv se refiere a un criterio «lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico», que, a mi juicio, debe complementarse —atendiendo, principalmente, al art. 1258 CC— con la consideración de que, de modo imperativo o supletorio, dispongan las leyes respecto al contrato de que se trate.

La integración del contenido de acuerdo con las normas de Derecho imperativo no ofrece dudas. Por el contrario, si se trata de normas legales supletorias de la voluntad de las partes y en el título ejecutivo no consta el sentido de esa voluntad, la integración sólo puede realizarse en el sentido de la ordenación legal, salvo que las partes, al ser oídas, se mostraran concordes en aceptar una reglamentación distinta o que esto correspondiera en virtud del criterio de los usos del tráfico.

El criterio que el artículo 708.2 señala expresamente responde a lo que prevén los artículos 1258 —las consecuencias conformes al uso— y 1287 —la costumbre del país suplirán en los contratos «la omisión de lo que de ordinario suelen establecerse»— y 2 CCom —«usos del comercio observados generalmente en cada plaza»—.

En el régimen general del artículo 708 LECiv, el tribunal tiene atribuidas potestades específicas de integración de ciertos negocios jurídicos. Así, en materia de arbitraje, la ley atribuye a los tribunales la potestad de suplir la voluntad de las partes en los casos de la designación de árbitros (art. 15 LArb); en los procesos de ejecución de los acuerdos de arbitraje, el juez puede determinar las medidas definitivas en defecto de acuerdo de las partes o de aprobación del mismo (art. 774.4 LECiv) y tiene idénticas potestades respecto del convenio regulador en el procedimiento de separación y divorcio de acuerdo (art. 777.7 LECiv).

1. Inexistencia de voluntad previamente declarada y falta de potestades de integración

Si el título ejecutivo no constata que la voluntad ha sido declarada sobre los elementos esenciales del negocio y atendido que la potestad de integración no alcanza a estos elementos, el tribunal no puede tener por emitida la declaración de voluntad, de modo que la omisión de la misma por el ejecutado sólo permite proceder a la liquidación y exacción de una indemnización por daños y perjuicios (art. 708.2 LECiv).

2. EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE NO HACER

La ejecución de títulos que imponen una prestación de no hacer está regulada por el artículo 710 LECiv y por las disposiciones generales de la ejecución, en cuanto sean aplicables. Precisamente existe en esta materia una importante matización en cuanto a la iniciación de la ejecución.

1. ADECUACIÓN DE LAS ACTIVIDADES EJECUTIVAS

La adecuación de estas actividades ejecutivas depende de que el ejecutado haya sido (dice el art. 710.1) «condenado a no hacer alguna cosa», o, como sería más correcto, de que el título imponga una prestación de no hacer.

El contenido de esa prestación puede consistir en una simple omisión de una determinada conducta (por ejemplo, no edificar más de cierta altura o a menos de cierta distancia de un inmueble vecino, o no abrir vistas sobre el mismo o no obstaculizarlas, no producir o no comercializar determinado producto, no contratar con ciertas personas en determinado ámbito territorial, o en el deber de soportar una determinada acción de otro sobre la

esfera jurídica propia, patrimonial o no, del titular de ese deber (por ejemplo, permitir el uso de una servidumbre de paso, o la actividad de un determinado medio de comunicación en cobertura informativa de cierto sitio que disfruta, en principio, de la protección dispensada a los derechos a la intimidad y a la propia imagen).

La conducta que debe omitirse puede ser una material o física, y una conducta jurídica (por ejemplo; no contratar o no incluir, ni recomendar, ni inclusión, de determinadas cláusulas en los contratos).

Una prestación con estas características puede haberse establecido por diferentes fundamentos jurídicos, que el título ejecutivo habrá de tener como existentes para imponer aquella prestación: obligaciones negativas, derecho real de servidumbre, deberes de abstención impuestos como consecuencia de la estimación de acciones de cesación [art. 31 b) LOP; art. 11 LCD; art. 63 a) LP; art. 139.1 a) y b) LPI; art. 12.2 y 3 LCGA].

B) ACTIVIDADES EJECUTIVAS

a) Especialidades en la iniciación de la ejecución

A diferencia de los títulos que imponen otra clase de prestaciones, basta con la existencia del título y con el transcurso del plazo del art. 548 LECiv (veinte días desde la notificación de la resolución que impone la prestación) para que pueda ser despachada ejecución por prestación de no hacer.

Por el contrario:

1º) Si el condenado a no hacer (u obligado a lo mismo por una resolución judicial), una vez creado el título ejecutivo, observa la conducta de abstención que el mismo le impone, no es lícito iniciar la ejecución frente a él.

2º) Mientras permanezca la situación apuntada, no está justificado exigir ningún requerimiento al condenado (u obligado) porque ese requerimiento sería consecuencia de un despacho de ejecución, atendido a la solicitud o demanda correspondiente —es decir, implicaría la realización de una actividad ejecutiva que debe considerarse ilícita—, y porque, además, es absurdo que se concediera plazo para el cumplimiento de una obligación de no hacer, cuya omisión de cumplimiento, aun antes de terminar el plazo de requerimiento, ya justifica que deban desarrollarse otras actividades ejecutivas.

La iniciación de la ejecución impone, en este caso, que el ejecutante haga constar, en la demanda ejecutiva o solicitud de ejecución, que el ejecutado

ha quebrantado lo dispuesto por el título ejecutivo. Este requisito deriva de lo dispuesto por el artículo 549.1.2º LECiv («... se expresarán:... 2º La actividad ejecutiva que se pretende, en relación con el título ejecutivo que se funda en relación con el artículo 710 LECiv, que establece la tutela ejecutiva que puede pretenderse y la circunstancia —«si... quebrantare la sentencia— en la que puede pretenderse.

La ley, en cambio, no requiere que esa circunstancia del quebrantamiento de lo dispuesto por el título sea acreditada documentalmente, ni de alguna forma, para que la ejecución deba ser despachada. No obstante, el ejecutante podrá oponerse a la ejecución por motivos de fondo, con fundamento en el incumplimiento de lo ordenado en la sentencia» (art. 556.1 LECiv), y la admisión de esta oposición comportará dejar sin efecto las actividades ejecutivas realizadas, con imposición de costas al ejecutante (art. 561.2 LECiv).

El ejecutante tiene facultad de instar la iniciación de la ejecución cada vez que el condenado u obligado quebrante lo dispuesto por el título ejecutivo. Como dispone el artículo 710.1, párrafo segundo LECiv: «Se procederá a la ejecución en la forma cuantas veces incumpla la condena».

Modalidades de infracción del título ejecutivo y actividades ejecutivas derivadas

La prestación de no hacer impuesta por el título ejecutivo puede ser de varias clases. De ellas depende también el modo en que el título ejecutivo puede ser infringido. Ambos factores son, a su vez, condicionantes de los medios que son adecuados para la ejecución, en función de que no se haya producido el cumplimiento.

En el artículo 710 falta un precepto similar al de los artículos 706.1 y 706.2 LECiv, que disponen que si el título ejecutivo contuviera disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor, debe actuarse con arreglo a lo previsto por tal disposición, en vez de realizar la actividad ejecutiva prevista por la ley. A mi juicio esta previsión es aplicable por analogía a las prestaciones de no hacer derivadas de obligaciones negativas.

Modalidades de infracción del título según la clase de prestación de no hacer impuesta en el mismo

La infracción de un deber de no hacer impuesto por un título ejecutivo presenta una variada tipología en la que influyen, principalmente, los factores de la estabilidad o no de los resultados producidos por la conducta infractora y de la posibilidad o no de reiteración de esta conducta —que depende de la configuración del deber de no hacer—.

La infracción de un deber de no hacer puede generar unos resultados estables o permanentes; por ejemplo, la realización de una construcción que obstaculiza el disfrute de una servidumbre, la distribución de ciertos productos y objetos. No estamos considerando, ahora, la imposibilidad o dificultades concretas que puede plantear la restitución de las cosas al estado anterior a la infracción.

En otros casos, la conducta infractora agota su eficacia perjudicial en un breve período de tiempo, como ocurre en el caso del técnico o del artesano que —teniéndolo prohibido por contrato— prestara sus servicios profesionales.

El otro factor relevante es el de la reiterabilidad o no de la conducta. La conducta infractora no es reiterable si el deber de abstención se agota en un único comportamiento omisivo. Por ejemplo: no actuar en el programa de año nuevo del año 2002 en cierta cadena televisiva; no impedir el acceso de cierto medio de comunicación a dar información de un concreto acto privado. La irreiterabilidad también puede deberse a que, por cualquier causa, se extinguiera el deber de no hacer en principio configurado como continuado o periódico (por ejemplo, la prohibición de actuar en el programa televisivo de fin de año comprende los años 2002 al 2004, pero se establece en el contrato que éste quedará resuelto si se produce un incumplimiento del mismo).

La conducta infractora es reiterable si el deber de no hacer está configurado como continuado (por ejemplo, permitir el disfrute de la servidumbre de paso, no ejercer la misma actividad industrial o comercial que aquel a quien se ha arrendado una industria) o como periódico (por ejemplo, no impedir la extracción de áridos de un determinado terreno según cierto tonelaje mensual).

b) Las actividades ejecutivas adecuadas

La combinación de los factores que se acaban de apuntar, da lugar a diversas situaciones de infracción, para las que son adecuadas diferentes actividades ejecutivas.

1º) Si la infracción del deber de no hacer produce resultados permanentes y se pide en la demanda o solicitud ejecutiva (art. 549.1.2º LECiv), el auto que acuerde despachar ejecución ordenará que se requiera al ejecutado para deshacer lo mal hecho.

Si el ejecutado no cumple el requerimiento de deshacer en el plazo señalado, el artículo 710.1, párrafo segundo, LECiv sólo establece, de entrada, un medio ejecutivo: «se le intimará con imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo». Además de este medio ejecutivo, tam-

bién puede decretarse, de acuerdo con el artículo 1099 CC, que, a costa del ejecutado, se deshaga lo indebidamente hecho.

2º) Si la conducta infractora del título es susceptible de repetición, en la demanda o solicitud de ejecución podrá pedirse que en el requerimiento de no reiterar la conducta se haga constar un expreso apercibimiento de iniciación de persecución penal (art. 710.1, párr. 1º).

Se trata de un medio de carácter preventivo, que persigue inducir al ejecutado a mantener la conducta omisiva por el mayor inconveniente que puede suponer para él ser sometido a proceso penal y, eventualmente, condenado en el mismo. Podría operar del mismo modo la imposición de multas coercitivas, pero falta una previsión legal en ese sentido, al menos con carácter general.

No obstante, nuestro errático legislador, dos años después de la LECiv, establece, para la tutela ejecutiva de abstención de violar el derecho de marca algo parecido a la aplicación apuntada de las multas coercitivas: El artículo 44 de la Ley de Marcas (17/2001, de 7 diciembre) dispone que «cuando se condene a la cesación de los actos de violación de una marca, el Tribunal fijará una indemnización de cuantía determinada no inferior a 600 euros por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la violación. El importe de esta indemnización y el día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar se fijará en ejecución de sentencia». La finalidad es estimular al mantenimiento de la conducta omisiva debida. No obstante, para conseguirlo, el legislador no se limita a ampliar convenientemente los supuestos de aplicación de las multas coercitivas (medio coercitivo por el que optó la LECiv), sino que establece una obligación dineraria, periódica y fija, con fin indemnizatorio, más próxima a la institución francesa de las astringencias.

Aún no había pasado un año desde la ley que se acaba de mencionar cuando, mediante Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de consumidores y usuarios, se añadió al artículo 711 LECiv un segundo apartado. En el mismo se dispone, para el caso de estimación de acciones de cesación por lesión de intereses colectivos y de los intereses difusos de consumidores y usuarios, que la sentencia prevea una multa entre seiscientos y sesenta mil euros por día de retraso —desde el momento que la sentencia señale— en el cumplimiento del deber de cesación. La multa —se dice expresamente— será ingresada en el tesoro público. Es decir: de nuevo multa coercitiva, no una astringencia, pero dirigida a «forzar» la conducta omisiva impuesta por la sentencia.

3º) Si las conductas infractoras del título ejecutivo son reiterables y la ley, por la clase de prestación de no hacer contenida en el mismo, formula una especial previsión en este sentido, el ejecutante puede obtener que en el despacho de ejecución se decreten unos medios de carácter preventivo consistentes en privar al ejecutado, definitiva o temporalmente, de aquellos elementos instrumentales, de muy variada naturaleza, que necesita y de los que se sirve para perpetrar la conducta infractora.

No existe una previsión general de este tipo de medios ejecutivos, pero sí previsiones específicas, para determinados deberes de abstención, como las siguientes:

1º) En caso de violación del derecho de patente, el denominado «deber» —que ha de entenderse como un desapoderamiento— «de los medios principales destinados a tal producción (de objetos que violan la patente) o a la realización y procedimiento patentado» (art. 63 c) LP), y, para evitar que prosiga la violación, transformación de tales medios «o su destrucción cuando ello fuera indispensable para impedir la violación de la patente» (art. 63 e) LP).

2º) En caso de actividades ilícitas contra la propiedad intelectual, el artículo 139.1 LPI prevé en sus apartados d) y f), la inutilización o destrucción de los medios destinados a la actividad ilícita. Coherentemente con la finalidad de estos medios, el artículo 139.2 LPI autoriza al ejecutado para que, si el material objeto de estas acciones puede ser destinado a otros usos, inste que la destrucción o inutilización «se efectúe en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita».

3º) En caso de condena al propietario o al ocupante de un piso o local o edificio en régimen de propiedad horizontal a abstenerse de desarrollar «actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas» (art. 7.2, párr. 1º LPH), podrá imponerse a los mismos «la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediato lanzamiento».

4º) El artículo 117 LH permite que el tribunal ordene al dueño de la finca hipotecada las conductas de no hacer que sean procedentes para evitar que aquélla se deteriore, disminuyendo su valor, y «si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial».

c) Ejecución dineraria subsidiaria

Dentro de la ejecución por prestaciones de no hacer la ejecución dineraria puede ser procedente en dos supuestos:

1º) Para obtener la suma de dinero necesaria para la contraprestación del tercero con el que, en su caso, se hubiera contratado el deshacer lo mal hecho. En este caso a la ejecución dineraria no ha de preceder un incidente de liquidación, sino la actividad regulada en el artículo 706.2 o el acreditamiento de lo efectivamente pagado como contraprestación del deshacer.

2º) Para la indemnización al ejecutante de los daños y perjuicios causados por la realización de la conducta infractora, siempre que no hayan podido ser eliminados, en su totalidad o en parte, mediante la actividad ejecutiva dirigida a deshacer lo mal hecho.

Esta indemnización puede tener un carácter sustitutivo de la prestación de no hacer, si «su incumplimiento no fuera susceptible de reiteración y

ninguno fuera posible deshacer lo mal hecho» (art. 710.2 LECiv). Puede tener carácter complementario del cumplimiento defectuoso de la prestación de no hacer, en el caso de que pudiera repararse específicamente —mediante el deshacer lo mal hecho— el daño causado por el incumplimiento, y a la prestación pudiera ser cumplida en el futuro. El artículo 710.1 LECiv menciona, en efecto, la indemnización como complementaria de la aplicación de otros medios ejecutivos.

La ejecución dineraria, en este caso, ha de ser precedida de un procedimiento de liquidación de la indemnización (véase Cap. 31).

MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LA EJECUCIÓN

1) CONCEPTO Y NATURALEZA

La completa realización de la actividad ejecutiva, desde su comienzo hasta su final «con la completa satisfacción del ejecutante» (art. 570 LECiv) de acuerdo con la ley, requiere tiempo.

En la ejecución dineraria, el embargo ejecutivo, a la vez que afecta a la ejecución determinados bienes y derechos del patrimonio del ejecutado, garantiza, mediante la garantía o publicidad de esa afección, un aseguramiento de los bienes, en el sentido de evitar su destino a un fin diferente de aquel al que han sido afectados.

En la ejecución no dineraria no existe un acto ejecutivo similar, pero existe la necesidad de unas medidas que eviten la frustración de la ejecución durante el tiempo necesario para que alcance su acto final.

El régimen ordinario de la tutela cautelar no es adecuado para resolver el problema, porque es injustificadamente restrictivo y riguroso cuando la tutela judicial ya ha sido concedida, esto ha generado un título ejecutivo y el único peligro por la mora procesal que existe es el que se puede dar durante el desarrollo de la actividad ejecutiva y hasta su acto de terminación.

De ahí que el artículo 700 LECiv regule unas medidas cautelares especiales.

2) PRESUPUESTOS

La adopción de las medidas depende de unos presupuestos, aunque también merecen destacarse unos presupuestos no exigibles.

1º) Existencia o procedencia de un requerimiento para el cumplimiento de condenas u obligaciones de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a dinero.

Si el artículo 700 debiera interpretarse a la letra, en el caso de no haberse hecho, la posición de quien dispone de un título ejecutivo estaría más desahogada que la del actor en el proceso de declaración. Por un lado, las medidas cautelares que se hubieran adoptado en su favor deberían alzarse si no solía la ejecución en el plazo del artículo 548 (art. 731.1), pero tampoco podría pedir legítimamente la suspensión mientras no se «haya quebrantado la sentencia» (art. 710.1). Por otro lado, podría obtener medidas del artículo 700, porque faltaría el requerimiento que, a la letra de tal artículo, es presupuesto de las mismas.

A mi juicio, hay que interpretar el precepto de acuerdo con su finalidad. También en los casos de no hacer existe riesgo de incumplimiento, porque la posibilidad de que el cumplimiento se produzca (de que se continúe produciendo) se pospone en el tiempo. Frente al riesgo que esto origina han de garantizarse las medidas del artículo 700, como lo hacen respecto de las otras clases de prestaciones.

2º) Existencia de una situación que impida que el fin de la actividad ejecutiva pueda alcanzarse de modo inmediato.

De nuevo la letra del artículo 700 es insuficiente. Que el requerimiento no pudiera tener inmediato cumplimiento, parece referirse al solo supuesto de que el requerido, aun queriendo, no pudiera cumplir de modo inmediato. No obstante, el riesgo existe también en otras situaciones.

Por ejemplo: cuando, en caso de desobediencia al requerimiento, la realización de la actividad dirigida a la ejecución en los propios términos del título, precedida de un tiempo; o, tratándose de ejecución provisional, la oposición del ejecutado habiendo dado lugar a la suspensión de aquélla (art. 530.2 LECiv), demorando su fin; o, cuando, necesario previo intento de la ejecución en los propios términos del título impone demorar las actividades dirigidas a una ejecución por el equivalente dinerario; cuando, tratándose de la ejecución de resoluciones al amparo del Reglamento núm. 44/2001, el ejecutado hubiera formulado el recurso que autoriza el artículo 43.5, porque, en tal caso, no se inicia (o no continúa) la actividad ejecutiva, por lo que pueden adoptarse medidas cautelares con arreglo al artículo 47.3 del Reglamento.

3º) No se requiere que se acredite una concreta situación de riesgo, sino que el solicitante preste caución.

C) MEDIDAS ADOPTABLES

Pueden ser de dos clases.

a) Medidas para asegurar específicamente la efectividad del título ejecutivo

Están autorizadas en el párrafo primero del artículo 700 y son medidas destinadas a posibilitar que el título pueda ser ejecutado en sus propios términos.

Entre las mismas se halla la anotación preventiva de sentencia «que puede ser útil en los casos en que, para la completa ejecución de ésta, se

requiere que el condenado realice cierta actividad antes de la inscripción (por ejemplo, otorgar una escritura pública) o deba ser sustituido en esa función, si no la realiza dentro de cierto plazo— y cualesquiera medidas que puedan ser adoptadas como cautelares según los artículos 726 y 727 LECiv. Esta clase de medidas no son sustituibles por caución del sujeto pasivo.

b) Embargo preventivo especial

Un embargo preventivo (especial, porque no está sujeto a los mismos requisitos y procedimiento que para esa medida cuando se adopta al amparo del art. 727.1º) es la medida adecuada si lo que se persigue asegurar es la responsabilidad dineraria que pueda surgir en las actividades ejecutivas reguladas en este capítulo.

Esto conduce, en primer término, a puntualizar que la medida de embargo puede concurrir con una medida de aseguramiento específico de la efectividad del título. El caso más claro es el del embargo que, sin perjuicio de la otra medida, cubre las costas de la ejecución. También cabe pensar en la garantía de una indemnización de daños y perjuicios por el retraso en la satisfacción específica.

El embargo «ex» artículo 700 puede ser sustituido por la prestación de una caución por la cuantía que el embargo debía garantizar —y que debe haberse fijado en el auto que lo decreta— y de la calidad que se establece en el artículo 529.3, párrafo segundo. No es necesario que el sujeto pasivo pida la sustitución de la medida por caución, con la posibilidad de que el tribunal deniegue esa petición (como en arts. 746 y 747 LECiv), sino que ofrecida la caución en las condiciones legales, el tribunal está vinculado a aceptarla.

B) PROCEDIMIENTO

Las medidas se adoptan a instancia de la parte ejecutante, formulada al pedir la ejecución o después del despacho de la misma. Si el título impone prestación de no hacer puede solicitarlas sin necesidad de pedir el despacho de ejecución.

Sobre la solicitud se resuelve sin previa audiencia del sujeto pasivo, quien puede impugnar las resoluciones y los actos para su ejecución con arreglo a los artículos 562.1.1º y 3º.

Capítulo 35

JUAN CÁMARA RUIZ

SUMARIO.—CONCEPTO, FUNDAMENTO Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL.—A) Concepto.—B) Fundamento legal.—C) Criterios de política legislativa.—D) Características.—RESOLUCIONES PROVISIONALMENTE EJECUTABLES.—A) Regla general.—B) Sentencias no provisionalmente ejecutables.—SOLICITUD DE EJECUCIÓN PROVISIONAL Y RESOLUCIÓN SOBRE LA MISMA.—A) Competencia.—B) Momento de la solicitud.—C) Despacho de la ejecución provisional.—OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL Y RESOLUCIÓN SOBRE LA MISMA.—A) Causas comunes a toda oposición.—B) Causas de oposición a la ejecución provisional de condenas no dinerarias.—C) Causas de oposición a actuaciones ejecutivas concretas en la ejecución provisional de condenas dinerarias.—D) Resolución.—SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENAS DINERARIAS.—CONFIRMACIÓN Y REVOCACIÓN DE LA RESOLUCIÓN PROVISIONALMENTE EJECUTADA.—A) Revocación de resoluciones de condena dineraria.—B) Revocación de resoluciones de condena no dineraria.

CONCEPTO, FUNDAMENTO Y CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

A) CONCEPTO

La provisionalidad como característica o calificativo de las instituciones procesales no tiene una significación unívoca, por este motivo deberá precisarse en cada supuesto en qué sentido se predica dicha provisionalidad, evitando así una confusión conceptual con implicaciones sobre la propia naturaleza de la institución.

Tratándose de las medidas cautelares, la característica de la provisionalidad (art. 726.2 LECiv) supone que éstas se extinguen cuando termina el proceso principal; dicho de otro modo, la tutela cautelar no es definitiva porque está en función de un proceso principal.

En cambio, cuando se trata de procesos sumarios, la provisionalidad se predica de la tutela jurisdiccional dispensada en éstos. De modo que, lo resuelto en un proceso sumario es provisional en la medida que la sentencia en él dictada no produce efectos de cosa juzgada (art. 447.2 y 3 LECiv), quedando abierta la posibilidad de iniciar un plenario posterior, lo cual paradójicamente, no impide, que lo resuelto en el proceso sumario pueda permanecer indefinidamente eficaz si aquél no se inicia o si iniciado se decide en el mismo sentido.

Al referirnos a la ejecución provisional procede plantearse, por tanto, a partir de su regulación en la LECiv, y obviando las discrepancias y sugerencias de los autores sobre dicha denominación, cuál es el adyacente adjetivo provisional que califica al término ejecución. El calificativo de «provisional» se predica de la ejecución por una razón: A partir de un título ejecutivo (sentencia no firme y recurrida) toda la actividad ejecutiva llevada a cabo para dar cumplimiento a lo establecido en él, puede mantenerse inalterada o no, dependiendo de la condición de que la sentencia que motiva el recurso revoque o mantenga la sentencia impugnada. De ahí que, según los autores prefieran la denominación de ejecución condicional, ejecución condicionada o ejecución inmediata.

Una vez precisado el alcance del calificativo provisional, conviene señalar que la institución de la ejecución provisional como tutela ejecutiva se ajusta a la estructura típica de ésta: atribución de unos efectos jurídicos a la concurrencia de unos presupuestos o supuestos de hecho. Concretamente, respectivamente, los componentes son, de una parte, como título ejecutivo las resoluciones de condena que no sean firmes (en virtud de lo dispuesto en los arts. 524 y 525 en relación con el art. 517.2.9ª LECiv), y de otra, los medios o instrumentos ejecutivos, que son los previstos para la ejecución ordinaria (art. 524.2 y 3 LECiv), si bien con especialidades.

Podemos definir la ejecución provisional como el proceso de ejecución por el que el órgano jurisdiccional realiza una serie de actividades, para modificar la realidad exterior a lo establecido en el título ejecutivo —una resolución sobre el fondo carente de firmeza— con incidencia en la esfera jurídica y patrimonial de quien venga obligado por el título, quedando superada la permanencia de dicha actividad ejecutiva a lo que resulte del recurso interpuesto contra la resolución definitiva.

En este sentido, la LECiv permite la ejecución de resoluciones definitivas sobre el fondo, dictadas en primera o segunda instancia, y recurridas, respectivamente, en apelación y casación (o extraordinario por infracción procesal).

B) FUNDAMENTO LEGAL

Enmarcándose la ejecución provisional dentro de la ejecución de resoluciones judiciales podemos apuntar en primer lugar como fundamento legal inmediato el que es común a todas las resoluciones: el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). Al respecto se ha pronunciado reiteradamente el TC señalando que el derecho a que la sentencia se cumpla —y a que, quien hubiera obtenido la sentencia a su favor, sea repuesto en su derecho y, en su caso, compensado por los daños y perjuicios sufridos— forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 32/1982

1982, 32) [F. 2ª]). Derecho que se complementa con el deber general de cumplir las resoluciones judiciales (art. 118 CE) y la potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE).

Como fundamento legal inmediato, y en la medida que la ejecución provisional presupone la existencia de una resolución no firme, difiere con respecto al principio de la ejecución de resoluciones firmes. La Constitución establece expresamente la obligatoriedad del cumplimiento de las resoluciones firmes (art. 118), pero no alude en cambio a las no firmes, extremo que sí que recoge la LOPJ en su artículo 17.2: «... respetarán y, en su caso, cumplirán las sentencias y demás resoluciones judiciales que hayan ganado firmeza o sean ejecutables de acuerdo con las leyes».

Sobre esta cuestión el Tribunal Constitucional señala que, la ejecución provisional se enmarca dentro del ámbito de la tutela judicial efectiva como derecho de configuración legal, cuyas condiciones de ejercicio corresponden al legislador (STC 90/1985 [RTC 1985, 90]). Con otros términos puede afirmarse que el derecho a la ejecución provisional es una cuestión de política legislativa, precisamente porque la Constitución no lo ha previsto, pero tampoco ha fijado ninguna limitación a su configuración normativa, por lo cual, «el legislador puede establecerlo, sometiéndolo a determinados requisitos» (SSTC 266/2000 [RTC 2000, 266] y 80/1990 [RTC 1990, 80]). La regulación básica del régimen de la ejecución provisional la encontramos en los artículos 524 a 537 de la LECiv.

Los antecedentes inmediatos de la ejecución provisional los encontramos en la ejecución provisional de sentencias recurridas en casación (arts. 1722 y 1723 LECiv/1881) y de sentencias recurridas en apelación (art. 385 LECiv/1881, introducido por la Ley de Reforma Urgente 34/1984, de 6 de agosto). En ambos casos el título que permitía la ejecución lo creaba el órgano jurisdiccional previa prestación de una fianza por el solicitante.

En la vigente LECiv, el título ejecutivo ya está creado, de manera que el legislador ha dotado de eficacia ejecutiva a las sentencias definitivas de condena, tanto las dictadas en primera como en segunda instancia. Se trata de un título ejecutivo encuadrable en el número 9 del artículo 517.2 LECiv, en virtud de lo dispuesto en la regulación de la ejecución provisional, donde se establece expresamente que la ejecución provisional se despachará y llevará a cabo del mismo modo que la ejecución ordinaria (art. 524.2), y que las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ejecución ordinaria (524.3).

C) CRITERIOS DE POLÍTICA LEGISLATIVA

A partir de la premisa de que el ordenamiento no prohíbe la ejecución incluso cuando faltan la seguridad y certeza que origina la cosa juzgada, cabe

8ª) En cuanto a la naturaleza jurídica de la ejecución provisional podemos afirmar que se trata de una verdadera ejecución, si bien con alguna especialidad. Prueba de ello la tenemos en el artículo 524.2 y 3 LECiv que se refiere a la ejecución provisional como actividad ejecutiva, estableciendo que, la ejecución provisional «se despachará y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria», y también que, «las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades procesales que en la ordinaria».

RESOLUCIONES PROVISIONALMENTE EJECUTABLES

A) REGLA GENERAL

La ejecución provisional de resoluciones de condena no firmes, tanto las dictadas en primera como en segunda instancia, queda constituida como regla general en la LECiv, con muy limitadas excepciones, y el régimen procesal para proceder a esa ejecución está proyectado para facilitarla.

El título ejecutivo ya existe, y lo es toda resolución de condena, salvo algunas en especial (art. 525 LECiv). En este sentido, la parte vencedora pide directamente la ejecución, que el tribunal debe despachar salvo que la sentencia no sea de las provisionalmente ejecutables, o que no contuviera pronunciamiento de condena en favor del solicitante o que no concuerden los presupuestos y requisitos de todo despacho de ejecución (estos últimos en cuanto sean aplicables).

B) SENTENCIAS NO PROVISIONALMENTE EJECUTABLES

Aparecen recogidas principalmente en el artículo 525 LECiv:

a) Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos.

Con relación a esta serie de sentencias hay que realizar, previamente, alguna precisión. De una parte, que se trata de sentencias constitutivas y meramente declarativas, resoluciones por tanto, que no requieren ejecución (art. 521.1 LECiv), ni ordinaria ni provisional. De otra que, al prohibir expresamente su ejecución provisional lo que realmente se está prohibiendo, es que en estos supuestos las sentencias definitivas desplieguen sus efectos como si de resoluciones firmes se tratara. Por lo tanto, la parte que haya obtenido una sentencia favorable, mientras no sea firme, no tendrá acceso a la llamada ejecución impropia (por ejemplo, una inscripción en un Registro público) y tampoco podrá solicitar actuaciones de los tribunales para vencer posibles resistencias de las personas obligadas a acatar dicha sentencia.

La razón por la cual se prohíbe que sentencias de este tipo desplieguen provisionalmente sus efectos hay que buscarla no tanto en la innecesidad de ejecución,

precisamente en la naturaleza de determinadas relaciones o estados jurídicos que, cuando son objeto de proceso, requieren una fijación estable y definitiva, no sujeta a los cambios implícitamente posibles en un sistema de recursos. La trascendencia de estos estados jurídicos y derechos en litigio (capacidad, filiación) requieren no sólo un pronunciamiento con todas las garantías, sino también, la seguridad y firmeza que se derivan de una sentencia firme.

b) Las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad (art. 34).

c) Las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial.

d) Tampoco procederá la ejecución provisional de las sentencias extranjeras no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los tratados internacionales vigentes en España (art. 525.2 LECiv).

Además, mientras no se disponga lo contrario en dichos Tratados, la ejecución provisional se llevará a cabo en España conforme a las disposiciones de la LECiv (arts. 523.2 y 524 LECiv).

e) Respecto de sentencias que dispongan o permitan la inscripción o la cancelación de asientos en Registros públicos, no podrán practicarse dichos asientos, sino que sólo procederá la anotación preventiva de la sentencia, hasta que ésta no sea firme, o aun siéndolo, no hayan transcurrido los plazos indicados por esta Ley para ejercitar la acción de rescisión de la sentencia dictada en rebeldía (art. 524.4 LECiv).

Se podrá solicitar la ejecución provisional de una sentencia de condena a la entrega de un bien inmueble, pero no se llevará a cabo la oportuna inscripción en el Registro de la Propiedad hasta que la resolución sea firme. La única posibilidad que permite el Legislador es la solicitud de una anotación preventiva de la sentencia.

f) Tampoco procederá la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter intemizadorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 525.3 LECiv).

Este apartado fue añadido por la disposición adicional 12ª.2 de Ley Orgánica 10/2003, de 23 diciembre (RCL 2003, 3008). El legislador justificó esta exclusión señalando que, la ejecución provisional de estas sentencias puede llevar materialmente a afectar al ejercicio del derecho a la libertad de expresión cuando el condenado en primera instancia no dispone de recursos suficientes para hacer frente a ella (periódicos digitales, revistas y emisoras de radio pequeñas). Esta justificación, sin embargo, no está exenta de crítica, debido a que la medida favorece indiscriminadamente a cualquier demandado en perjuicio de las personas que han sufrido la vulneración de estos derechos.

SOLICITUD DE EJECUCIÓN PROVISIONAL Y RESOLUCIÓN SOBRE MISMA

Antes de proseguir con el desarrollo del procedimiento de la ejecución provisional, es conveniente fijar dos premisas a tener en cuenta, no solo para una mejor exposición y comprensión del desarrollo de la ejecución provisional, sino también para una correcta interpretación y aplicación del procedimiento:

1ª) La regulación del procedimiento de la ejecución ordinaria y provisional, por remisión expresa del artículo 524.2 LECiv, a la ejecución provisional. Por lo que, salvo las especialidades reguladas para la ejecución provisional, el procedimiento es el mismo.

2ª) Por la remisión expresa que el artículo 535.1 LECiv realiza a la regulación de la ejecución provisional de sentencias dictadas en primera instancia, ésta será la aplicable a la ejecución provisional de sentencias dictadas en segunda instancia, con alguna matización. De ahí que, en nuestra exposición, desarrollaremos el procedimiento de la ejecución provisional con independencia del recurso pendiente, resaltando respecto de las sentencias dictadas en segunda instancia únicamente las especialidades.

A) COMPETENCIA

Con independencia del órgano jurisdiccional que esté conociendo del recurso (apelación, casación o extraordinario por infracción procesal), el competente para la ejecución provisional es el tribunal que hubiera conocido del proceso en primera instancia (arts. 524.2 y 535.2.1 LECiv). No aplica, por tanto, una norma de competencia funcional.

Para la iniciación de la ejecución provisional es suficiente con solicitarla mediante demanda que deberá ajustarse a la demanda de ejecución ordinaria (arts. 524.1 y 549 LECiv), con el cumplimiento de los presupuestos procesales generales (jurisdicción, competencia y capacidad de las partes) y el acompañamiento del testimonio o la identificación de la resolución cuya ejecución se pretenda.

B) MOMENTO DE LA SOLICITUD

La LECiv no establece un plazo predeterminado para solicitar la ejecución provisional. Lo que sí establece es un período de tiempo durante el cual puede solicitarse, con un momento inicial y un límite final.

En cuanto al «dies a quo» para solicitar la ejecución provisional, corresponde el momento de la notificación de la providencia en que se tenga por

despachado el recurso correspondiente (apelación, extraordinario por infracción procesal o de casación) o, en su caso, desde el traslado a la parte apelada del escrito del apelado adhiriéndose al recurso. El «dies ad quem» viene determinado por la fecha en que se dicte sentencia en el recurso (arts. 527.1 y 527.2 LECiv).

Debido a que la ejecución provisional puede solicitarse a lo largo de dicho período es posible que la petición se formule antes o después de que se remitan los autos al tribunal competente para resolver del recurso. Esto tiene una incidencia directa en orden a determinar qué documentos deberán acompañarse a la demanda de ejecución provisional. En la LECiv se resuelve del siguiente modo:

1) Si la ejecución provisional se hubiere solicitado antes de la remisión de los autos al tribunal competente para resolver de la apelación, el mismo tribunal de primera instancia expedirá el testimonio de la parte de los autos necesaria para despachar la ejecución, antes de hacer la remisión (arts. 527.2.1 y 463.1 LECiv).

2) Si se solicita la ejecución provisional después de haberse remitido los autos al tribunal competente para resolver la apelación, el solicitante deberá obtener previamente de éste testimonio de lo que sea necesario para la ejecución y acompañar el testimonio a la solicitud (arts. 527.2.1 y 463.2 LECiv).

3) Cuando se solicite la ejecución provisional de sentencias dictadas en segunda instancia deberá acompañarse «la certificación de la sentencia cuya ejecución provisional se pretenda, así como testimonio de cuantos particulares se estimen necesarios, expedidos y testimonio que deberán obtenerse del tribunal que haya dictado la sentencia de apelación o, en su caso, del órgano competente para conocer del recurso si ésta ha sido interpuesto contra ésta» (art. 535.2.1 LECiv).

DESPACHO DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

El tribunal deberá despachar ejecución provisional siempre que concurran los presupuestos y requisitos procesales, y no se trate de una sentencia dictada en el artículo 525 o que no contuviere pronunciamiento de condena en favor del solicitante (arts. 527.3 y 551.1 LECiv). Contra el auto que despache la ejecución provisional no se dará recurso alguno, sin perjuicio de la oposición que pueda formular el ejecutado conforme a lo dispuesto en el artículo 528 (art. 527.4 LECiv).

En aquellos casos que el tribunal entendiese que no concurren los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución, ésta deberá ser denegado. Cuando exista un defecto subsanable deberá permitirse la subsanación del mismo antes de proceder a la denegación del despacho de ejecución provisional. Contra el auto que deniegue la ejecución provisional se dará recurso de apelación, que se tramitará y resolverá con preferente (art. 527.4 LECiv).

OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL Y RESOLUCIÓN SOBRE LA MISMA

Una vez despachada, la ejecución provisional seguirá los mismos criterios procesales que la ejecución ordinaria y las partes dispondrán de los mismos derechos y facultades que en aquélla (art. 524.2 y 3 LECiv).

Hay, sin embargo, importantes especialidades en la oposición a la ejecución, porque, además de las causas de oposición previstas respecto de los títulos ejecutivos judiciales en la ejecución ordinaria (obsérvese que no hay razón para excluir una oposición por los motivos previstos en los arts. 556.1) 559 LECiv), es admisible una oposición específica a la ejecución provisional.

El condenado por la sentencia recurrida no ha sido oído de modo previo a la emisión del despacho de ejecución provisional, de manera que su defensa específica frente a la misma ha de articularla mediante una oposición posterior a su despacho (art. 528.1 LECiv).

El ejecutado dispone de cinco días para presentar escrito de oposición ante el órgano jurisdiccional competente, desde que se le notifique la resolución acordando el despacho de ejecución o la adopción de medidas ejecutivas concretas (art. 529.1 LECiv). El ejecutante y quienes estuvieren personados en la ejecución provisional, dispondrán de un plazo de cinco días, desde que se les dé traslado del escrito de oposición, para que manifiesten y acrediten lo que consideren conveniente (art. 529.2 LECiv).

En cuanto a las causas por las que el ejecutado puede oponerse a la ejecución provisional cabe señalar que están legalmente tasadas y, además, están previstas según el tipo de prestación (dineraria o no dineraria) a la que condena la resolución ejecutable. En este sentido, la oposición sólo podrá fundarse en alguna de las causas que desarrollamos a continuación.

A) CAUSAS COMUNES A TODA OPOSICIÓN

Consisten en causas que hubieran debido ser consideradas de oficio para denegar la ejecución provisional. En concreto, que el tribunal hubiera despachado la ejecución provisional faltando algún presupuesto o requisito procesal, que se trate de una sentencia no provisionalmente ejecutable del artículo 525 LECiv o que no contuviere pronunciamiento de condena en favor del solicitante (art. 528.2.1ª LECiv).

Si se estima esta oposición, los efectos varían dependiendo de la causa alegada. Si se despachó ejecución en virtud de sentencia no provisionalmente ejecutiva, deberá suspenderse la ejecución, anular todos los actos realizados y levantar tanto los embargos como cualquier otra medida que pudiera haberse adoptado (art. 530.1 LECiv).

En los casos que el Tribunal decida, después de haber oído al ejecutante, que se trata de defecto subsanable, le concederá un plazo para subsanarlo. Llegado el caso de que no fuera subsanado, o bien que la infracción procesal fuera insubsanable se dictará auto dejando sin efecto la ejecución con imposición de costas al ejecutante.

B) CAUSAS DE OPOSICIÓN A LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENAS NO DINERARIAS

Si se ejecuta una sentencia de condena a hacer, no hacer o dar cosa específica, el ejecutado puede oponerse con fundamento en que, si la sentencia es revocada, resultará imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensarle económicamente mediante el resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren (art. 528.2.2ª LECiv).

En estos casos, el problema radica en determinar si es posible o no restituir una situación a su estado original una vez que se ha realizado la ejecución provisional. Esto supone que el juez no se limita a constatar la concurrencia o no de un requisito, sino que implica que el ámbito de discrecionalidad es mayor pues tiene que decidir si es imposible o extremadamente difícil restituir la situación al estado anterior a la ejecución provisional.

La literalidad del precepto propicia cierta confusión pues alude a «restaurar la situación» o «compensar económicamente», por lo que, para una interpretación adecuada hay que entender ambas premisas como complementarias y tener en cuenta una serie de criterios:

a) La restauración a la situación anterior no puede entenderse de manera absoluta, de ahí que tan válida puede ser una restauración «in natura» como, llegado el caso, una restauración por el equivalente dinerario.

b) No obstante, tampoco puede reducirse indiscriminadamente cualquier situación a su equivalente en dinero. En este sentido, hay que señalar que no pueden compensarse los daños y perjuicios que no tienen naturaleza económica, de modo que no podrán ser justamente indemnizados si se produjo una lesión irreversible (ORTELLS RAMOS). O bien, aquellos que siendo indemnizables pecuniariamente, la determinación de la indemnización presentara gran complejidad.

Así por ejemplo, el TS concedió la suspensión de la ejecución de una sentencia que decretaba la resolución de un contrato de arrendamiento de vivienda, por entender que podría originarse un perjuicio irreparable, consistente en que los inquilinos tendrían que abandonar la vivienda (ATS 21 de enero de 1999 [RJ 1999, 412]).

c) A la hora de determinar si la restauración a la situación anterior es imposible o extremadamente difícil deberá atenderse a las circunstancias

particulares del caso. Con respecto al ejecutado, no es suficiente que alegue la «imposibilidad o extrema dificultad», sino que además es preciso que la acredite. Si bien, en ocasiones, cuando la prueba resulta insuficiente, bastará con una descripción lógica y racional de las circunstancias que rodean a tales extremos.

d) Procede estimar esta causa si una vez constatada la difícil situación «in natura» el resarcimiento de daños y perjuicios no sirve de garantía para el ejecutado.

Así por ejemplo, el TS viene entendiendo, reiteradamente que, salvo casos excepcionales, el derribo de un edificio lleva en sí un perjuicio irreparable o de difícil reparación, por lo que en principio es preferible aceptar un posible retraso en la demolición de un edificio destinado «a la morada familiar de su propietario» como una muy importante destrucción de riqueza material, implicando además una incidencia negativa en la convivencia normal de la familia y en las vidas personales de las personas afectadas que la destrucción de la propia vivienda lleva consigo, pre de difícil reparación, independientemente de la mera entidad económica.

En orden a la prosecución de la ejecución provisional, el juez, una vez alegada esta causa de oposición, tendrá en cuenta también el ofrecimiento de caución por el ejecutante como garantía de una indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la ejecución provisional (art. 529.3 LECiv).

En resumen, la oposición a la ejecución, cuando se alega una causa, puede resolverse de los siguientes modos:

1ª) Si se considera fundada la causa de oposición, pero al mismo tiempo se acepta como suficiente la caución ofrecida por el ejecutante, la ejecución provisional sigue adelante (art. 529.3 LECiv).

2ª) Si se estima la causa de oposición del ejecutado, y la caución ofrecida por el ejecutante no sirve para garantizar el resarcimiento, la ejecución se suspenderá, «pero subsistirán los embargos y las medidas cautelares adoptadas y se adoptarán las que procedieren, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 700» (art. 530.2 LECiv).

3ª) Si se desestima la causa de oposición, la ejecución prosigue adelante.

C) CAUSAS DE OPOSICIÓN A ACTUACIONES EJECUTIVAS CONCRETAS EN LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENAS DINERARIAS

Si la sentencia de condena ejecutada lo es al pago de una cantidad de dinero, el ejecutado no puede oponerse a la ejecución provisional en conjunto, sino únicamente a concretas actuaciones ejecutivas con el fundamento de que dichas actuaciones causarían una situación absolutamente

de restaurar o de compensar económicamente mediante el resarcimiento de daños y perjuicios (art. 528.3 LECiv).

Para que esta oposición sea estimada parece exigirse la concurrencia alguna de alguno de estos motivos (art. 528.3 LECiv):

1ª) Que el ejecutado proponga una actividad ejecutiva alternativa realmente eficaz, pero no tan perjudicial para él como la impugnada. Por ejemplo el embargo de unos títulos-valores en vez del embargo de inmueble, o el destinado a su vivienda, que había sido practicado.

2ª) Que ofrezca una caución «suficiente para responder de la demora en la ejecución, si las medidas alternativas no fuesen aceptadas por el tribunal» (art. 528.3.II LECiv).

Consecuentemente, si el ejecutado no indicara en el escrito de oposición medidas alternativas ni ofreciese prestar caución suficiente, no procederá a ningún caso la oposición a la ejecución y así se dispondrá de inmediato, «sin perjuicio alguno» (art. 528.3 «in fine»).

La letra del artículo 530.3 LECiv es equívoca porque induce a pensar que deben alegarse y concurrir ambos motivos para la estimación de esta oposición. Pero la necesidad de concurrencia de ambos es absurda, porque si el primero se cumple el tribunal acordará la medida ejecutiva alternativa y si no habrá retraso cuyos daños y perjuicios deben ser garantizados. La equívoca disposición del artículo 528.3 se aclara cuando se observa en el artículo 530.3 de qué modo puede resolver el Tribunal una oposición de esta clase.

RESOLUCIÓN

Los posibles modos de resolver esta clase de oposición y sus efectos vienen establecidos en el artículo 530 LECiv. Como primera posibilidad se encuentra la estimación de la oposición, que tiene lugar en dos casos:

1ª) Cuando la actividad ejecutiva alternativa es aceptada por el tribunal. En este caso no continúa la actividad ejecutiva impugnada, pero el apremio sigue con la actividad ejecutiva alternativa (art. 530.3.II LECiv).

2ª) Cuando no se proponga actividad ejecutiva alternativa o el tribunal no acepte la propuesta, pero estime que la continuación de la actividad ejecutiva impugnada originará perjuicios irreparables, y se hubiera ofrecido caución suficiente para garantizar los daños derivados de paralizar esta actividad como única posible. Con esta garantía es suficiente y no se requiere garantizar las cantidades por las que se procede a la ejecución, porque esa finalidad la cumplen las actividades ejecutivas con eficacia de aseguramiento (em-

bargo) que, en todo caso, ya se habrán adoptado y que se mantengan (ORTELLS RAMOS).

Como segunda posibilidad se encuentra la desestimación de la oposición. En este caso la ejecución seguirá adelante, y contra el auto que se pronuncie sobre la oposición a medidas ejecutivas concretas no cabrá recurso alguno (art. 530.4 LECiv).

SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL DE CONDENAS DINERARIAS

El ejecutado puede solicitar la suspensión de la ejecución provisional en cualquier momento de su desarrollo. Esta facultad se le reconoce en independencia de la posibilidad de oponerse a medidas ejecutivas concretas, por lo que una vez intentada la oposición nada impide que pueda solicitar la suspensión si consigna la deuda en los términos previstos en el artículo 531.1 LECiv.

La suspensión de la ejecución provisional solamente puede solicitarse respecto de las condenas dinerarias líquidas, para lo cual, el ejecutado debe poner a disposición del Juzgado, para su entrega al ejecutante, de la cantidad a la que hubiere sido condenado, más los intereses correspondientes y las costas que se hubieren producido hasta ese momento» (art. 531.1 LECiv). Una vez liquidados aquéllos y tasadas éstas se decidirá sobre la continuación o archivo de la ejecución, en función de que la cantidad por la que se ha despachado ejecución quede o no cubierta por la cantidad consignada.

CONFIRMACIÓN Y REVOCACIÓN DE LA RESOLUCIÓN PROVISIONALMENTE EJECUTADA

Al definir la institución de la ejecución provisional dijimos que se trata de una verdadera ejecución con una condición implícita: quedaba sujeta a la permanencia de la actividad ejecutiva desplegada a lo que se refiere el recurso interpuesto contra la resolución definitiva. Las posibilidades que se derivan del sentido de la resolución resolutoria del recurso son las siguientes:

a) En los casos en que la sentencia (que resuelve el recurso) confirma la sentencia provisionalmente ejecutada, la ejecución continuará si no hubiera terminado, salvo desistimiento expreso del ejecutante (art. 532.1 LECiv). Como puede ocurrir que dicha sentencia confirmatoria sea motivada o no de ulterior recurso puede que la ejecución continúe o bien se transforme en definitiva. Concretamente, en los casos de resolución firme

la ejecución provisional deviene definitiva, en cambio, cuando vuelve a impugnarse continúa como ejecución provisional hasta completarse (art. 532 LECiv).

b) Cuando la sentencia (que resuelve el recurso) revoca la resolución provisionalmente ejecutada se deberá, dependiendo de los casos, o restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o compensar íntegramente al ejecutado.

c) En los supuestos en que la confirmación o la revocación es parcial deberá seguir adelante la ejecución provisional en lo parcialmente confirmado, y, en cuanto al pronunciamiento revocado, restituir las cosas al estado anterior o indemnizar los daños y perjuicios.

La sentencia que revoca una resolución provisionalmente ejecutada, tal como vimos (Cap. 29) tiene eficacia ejecutiva respecto de la restitución a su estado anterior de lo que sufrió la ejecución provisional, de los bienes extraídos de su posesión como consecuencia de la misma, del equivalente dinerario o resarcimiento de la indemnización de daños y perjuicios. Su condición de título ejecutivo resulta de lo dispuesto en los artículos 537, 533 y 534 en relación con el artículo 517.2.9ª LECiv. De este modo, el provisionalmente ejecutado puede acceder a la ejecución forzosa ante el mismo tribunal que ha conocido de la ejecución provisional (arts. 533.3, 534.3 y 537 LECiv).

Si la sentencia de segunda instancia revocatoria no fuera firme —por ser anulada por infracción procesal o en casación— la ejecución que se realiza provisionalmente y el antiguo ejecutante provisional —ahora ejecutado— puede volver a la actividad ejecutiva dirigida a la restitución o al resarcimiento en el modo previsto para la ejecución provisional.

Se plantea el problema del riesgo de insolvencia del que ejecutó provisionalmente y después, por revocación de la sentencia, deba ser ejecutado. Cuando ya se disponga del título para lo que podemos llamar la reversión de la ejecución provisional, se puede proceder inmediatamente al embargo. El problema es mayor si ese riesgo existe o surge cuando aún se está tramitando el recurso que puede revocar la sentencia que se está ejecutando provisionalmente.

A mi juicio la solución tendrá que buscarse en la adopción de medidas cautelares cumpliendo todos sus presupuestos (peligro por la demora, caución, aunque el problema se planteará con la apariencia de buen derecho). Para la justificación de la adopción debe tenerse en cuenta que la instrumentalidad de la medida cautelar se adopte está plenamente garantizada, dado que, como se ha visto, en favor del ejecutado la medida puede constituirse un título ejecutivo en ese mismo proceso si se revoca la sentencia provisionalmente ejecutada.

Los problemas pueden plantearse respecto al requisito de la apariencia de buen derecho, porque en ese momento la apariencia que predomina es la favorable al

ejecutante provisional y que deriva de la sentencia recurrida. Ténganse en cuenta en favor de esta posibilidad, los argumentos que cabe extraer de: 1º) La posibilidad expresamente reconocida por el artículo 566 de que se suspenda la ejecución cuando en este caso es la definitiva— cuando se hayan interpuesto y admitido una demanda de revisión de la sentencia o una solicitud de audiencia al rebelde. 2º) La posibilidad de que, con incremento de la caución y concurriendo especiales circunstancias, se mantengan medidas cautelares en favor de la parte cuya pretensión no haya sido estimada en resolución no firme (art. 744.1 LECiv).

A) REVOCACIÓN DE RESOLUCIONES DE CONDENA DINERARIA

En los casos de revocación de resoluciones de condena dineraria, provisionalmente ejecutadas, el ejecutante viene obligado no sólo a devolver las cantidades percibidas del ejecutado, sino también a compensarle íntegramente. «Prima facie», calcular dicho resarcimiento no reviste mucha complejidad, sin embargo, determinados extremos como el distinto régimen aplicable dependiendo de si la revocación es total o parcial, el cálculo de los daños y perjuicios, y la imposición de costas, propician situaciones de no fácil solución.

Si la revocación es total, «el ejecutante deberá devolver la cantidad que, en su caso, hubiere percibido, reintegrar al ejecutado las costas de la ejecución provisional que éste hubiere satisfecho y resarcirle de los daños y perjuicios que dicha ejecución le hubiere ocasionado» (art. 533.1 LECiv). En este caso, únicamente, la cuantificación de la partida de daños y perjuicios puede plantear dificultades, y para su liquidación deberá estar a lo dispuesto en los artículos 712 y siguientes de la LECiv. En esta partida, aunque la LECiv no diga nada al respecto, deberían incluirse los intereses devengados.

Si la revocación es parcial, el ejecutante sólo devolverá la diferencia entre la cantidad percibida y la que resulte de la confirmación parcial. «con el incremento que resulte de aplicar a dicha diferencia, anualmente, desde el momento de la percepción, el tipo del interés legal del dinero» (art. 533.2 LECiv). Puede comprobarse que, en este caso, la partida de daños y perjuicios es sustituida por el pago de los intereses (interés legal anual), por lo que se suscita la cuestión de si también deberán indemnizarse los daños y perjuicios que hubieran podido causarse y, proporcionalmente, parte de las costas. La respuesta debe ser afirmativa.

La percepción de las cantidades e incrementos que acabamos de mencionar puede exigirse tanto si la sentencia revocatoria es firme como si está pendiente de recurso. Para lo cual se establece, en la LECiv, como procedimiento a seguir la vía de apremio ante el tribunal que hubiere sustanciado la ejecución provisional (art. 533.3 LECiv). En estos casos si la sentencia no es firme, el obligado a devolver, reintegrar e indemnizar podrá oponerse a

situaciones concretas de apremio, en los términos del apartado 3 del artículo 533 (oposición a medidas ejecutivas concretas).

B) REVOCACIÓN DE RESOLUCIONES DE CONDENA NO DINERARIA

En los casos de revocación de resoluciones de condena no dineraria, provisionalmente ejecutadas, el ejecutante viene obligado a restaurar la situación anterior a la ejecución provisional mediante una restitución «in natura» o, en defecto de ésta, a compensar íntegramente al ejecutado.

La restitución de la cosa, la destrucción de lo mal hecho o la exacción de daños y perjuicios puede exigirse tanto si la sentencia revocatoria es firme como si está pendiente de recurso, para lo cual se establece, en la LECiv, como procedimiento a seguir, la vía de ejecución ante el tribunal que hubiere sustanciado la ejecución provisional (art. 534.3 LECiv). En estos casos, el obligado a restituir, deshacer e indemnizar podrá oponerse con arreglo a lo previsto en el artículo 528 LECiv (oposición a la ejecución provisional).

En la LECiv, y en función de la naturaleza de la condena no dineraria, se distinguen los siguientes supuestos:

a) Entrega de un bien determinado. En estos casos, la obligación del ejecutante comprende la devolución del bien al ejecutado en el concepto en que lo hubiere tenido y, además, el pago de las rentas, frutos, productos percibidos durante la posesión o del valor pecuniario de la utilización del bien (art. 534.1.1 LECiv). Aunque la LECiv no alude, en este apartado, a la correspondiente indemnización de daños y perjuicios, entendemos que ésta sería perfectamente exigible (véanse arts. 529.3, 534.1.II y 534.2 LECiv).

En los casos en que la restitución fuese imposible, de hecho o de derecho (por ejemplo, venta del bien a tercero cuya titularidad estuviera protegida por la norma o destrucción de la cosa) el ejecutado podrá pedir que se le indemnizen los daños y perjuicios, que se liquidarán por el procedimiento establecido en los artículos 712 y siguientes (art. 534.1.II LECiv).

b) Condena de hacer. El ejecutado podrá pedir que se deshaga todo lo que realizó a instancia del ejecutante y que se le indemnizen los daños y perjuicios causados (art. 534.2 LECiv).

SUMARIO.—LA TUTELA JUDICIAL CAUTELAR.—A) Concepto.—B) Configuración normativa.—C) Fundamento constitucional de la tutela cautelar.—LA INSTRUMENTALIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR.—NATURALEZA JURÍDICA.—A) Medidas cautelares y garantías jurídico-privadas de los derechos.—B) Consecuencias de la naturaleza jurídica procesal de la tutela cautelar.—C) ¿Proceso cautelar o medidas cautelares?—LAS MEDIDAS CAUTELARES.—PRESUPUESTOS DE LA CONCESIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.—A) El peligro por la mora procesal.—B) La apariencia de buen derecho.—C) Prestación de caución por el solicitante.—LOS EFECTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.—A) Clases de efectos de las medidas cautelares.—B) El criterio limitador de las medidas cautelares satisfactivas establecido por el artículo 726.2 LECiv.—SUSTITUCIÓN DE LAS MEDIDAS POR CAUCIÓN.

LA TUTELA JUDICIAL CAUTELAR

A) CONCEPTO

La tutela judicial cautelar es una modalidad de tutela judicial que, de acuerdo con el artículo 5.1 LECiv, puede ser otorgada en un proceso civil, si concurren los presupuestos legales de la misma.

El concepto de esta modalidad de tutela judicial fue anticipado en el Capítulo I y ahora resumiremos sus elementos esenciales:

1º) La sentencia, como resultado del proceso de declaración, que se pronunciará sobre la tutela judicial pedida en el mismo —condena, mera declaración, constitución—, no puede ser dictada en el mismo momento en el que es pedida, sino que el desarrollo del proceso, con sus garantías, requiere tiempo.

2º) Esa ineludible demora está justificada por ser necesaria para garantizar la defensa del demandado y el acierto de la sentencia que termina el proceso.

3º) Pero desde la perspectiva del actor esa demora constituye un inconveniente, porque durante la misma el demandado puede adoptar comportamientos que impidan o dificulten gravemente la efectividad de la tutela que pueda ser concedida al actor en el proceso de declaración.

La tutela cautelar es la modalidad de tutela judicial que está destinada a contrarrestar el riesgo de ineffectividad de la tutela que pueda ser conculcada en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir aquel efecto.

B) CONFIGURACIÓN NORMATIVA

Sin perjuicio de su fundamento constitucional –al que nos referiremos inmediatamente– la tutela cautelar es configurada o diseñada por las leyes ordinarias.

Estas leyes destinan a su regulación dos clases de normas, ambas de naturaleza procesal, pero de contenido diferente:

1ª) Por un lado están las normas que rigen la competencia, especiales requisitos de las partes o de los actos procesales en general, el procedimiento para la resolución sobre la medida cautelar y sus relaciones con el proceso principal. La LECiv/2000 ha supuesto un avance extraordinario en este respecto, porque las normas reguladoras de la jurisdicción, competencia, partes y procedimientos para resolver sobre las medidas cautelares se establecen con carácter común, por regla general, a cualesquiera medidas cautelares que se soliciten, y, además, son bastante completas. Estos aspectos serán tratados en el Capítulo 37.

2ª) Por otro lado están las normas que rigen la propia tutela jurisdiccional cautelar, es decir, determinan cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que deba acordarse una medida cautelar, cuyo contenido y efectos igualmente son configurados por esas mismas normas. En materia jurisdiccional cautelar, las normas procesales no se limitan a regular cómo se llega a la resolución y los requisitos de los que depende su admisibilidad, sino que regulan el propio contenido de la resolución, rigen el juicio sobre la estimación de la pretensión interpuesta. Al estudio de esta parte de la regulación se destina la segunda parte de este mismo capítulo.

La disposición del artículo 721.1 LECiv según la cual la tutela cautelar se podrá solicitar «conforme a lo dispuesto en este Título» es correcta en cuanto expresión del principio de legalidad procesal en materia de tutela cautelar. En ese sentido tiene el mismo contenido normativo que el artículo 5.1 LECiv cuando autoriza a pretender medidas cautelares de acuerdo con la ley.

La disposición no puede ser entendida, en cambio, en el sentido de que la regulación de la tutela cautelar se halla sólo en el Título VI del Libro III de la LECiv. El mismo contiene la parte más importante, en sentido cuantitativo y cualitativo, de las disposiciones sobre la tutela cautelar civil, que serán

repletas de las regulaciones especiales. Pero fuera de él hay otras disposiciones que, aun a riesgo de no ser exhaustivo, conviene catalogar ahora:

1ª) Medidas cautelares en procesos sobre la capacidad de las personas (art. 762 LECiv).

2ª) Medidas cautelares en procesos sobre filiación, paternidad y maternidad (art. 768 LECiv). En esta materia, como en la anterior, las disposiciones remiten a los preceptos del Título VI que regulan la resolución sobre las medidas cautelares con audiencia previa.

3ª) Medidas provisionales en procesos matrimoniales (arts. 771-773 LECiv).

4ª) Medidas cautelares en procesos civiles sobre situaciones de menores, cuya regulación se caracteriza por una gran dispersión normativa.

5ª) Naturaleza cautelar, aunque con muchas particularidades, tiene también la intervención y administración del caudal hereditario (arts. 790-805 LECiv) y la formación de inventario y medidas sobre administración y disposición de bienes afectados por la liquidación judicial del régimen económico-matrimonial (arts. 808-809 LECiv).

6ª) Regulaciones especiales del embargo preventivo se incluyen en el régimen del juicio cambiario (arts. 821 y 823 LECiv), en el del procedimiento monitorio de reclamación de deudas por gastos comunes derivados del régimen de propiedad horizontal (art. 21.5 Ley de Propiedad Horizontal) y en el de la tutela sumaria por incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de contrato inscrito de compraventa a plazos de bienes muebles (art. 441.4 LECiv).

7ª) En fin, la remisión del artículo 727.11ª LECiv y las modificaciones que la disposición derogatoria y las disposiciones finales de la Ley 1/2000 han introducido en diversas leyes, inciden de manera muy diversificada en disposiciones sobre medidas cautelares incluidas en textos legales distintos a la LECiv. Cabe destacar, fuera de la LECiv, normas sobre tutela cautelar en la Ley de Patentes (arts. 133 al 139), en la Ley de Marcas (por la remisión de su disp. adic. 1ª) y en la Ley de Propiedad Intelectual (art. 141).

C) FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE LA TUTELA CAUTELAR

El establecimiento por las leyes ordinarias de un régimen de tutela cautelar responde a un imperativo constitucional, específicamente al derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por el artículo 24.1 CE.

El estudio de la jurisprudencia del TC sobre el fundamento constitucional de la tutela cautelar y las consecuencias que derivan del mismo, permite establecer las siguientes conclusiones:

1ª) El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a una tutela judicial cautelar e impone al legislador ordinario que establezca posibilidades de que los jueces adopten medidas cautelares (STC 238/1992 [RTC 1992, 238]).

2ª) Esas posibilidades no pueden quedar limitadas a los supuestos de tutela judicial de derechos fundamentales (aunque la primera formulación del derecho a la tutela cautelar como componente del derecho a la tutela judicial efectiva -STC 115/1987 [RTC 1987, 115]- se refirió a ese ámbito, ni a los de tutela judicial de derechos de carácter no patrimonial (STC 238/1992), sino que deben preverse en relación con la tutela judicial de toda clase de derechos e intereses legítimos.

3ª) Como consecuencia de lo anterior será inconstitucional, por infringir el derecho a la tutela judicial efectiva, una ley que excluya absolutamente la posibilidad de tutela cautelar para ciertas clases de derechos o intereses (STC 238/1992), y lo será adicionalmente por infringir el principio de igualdad si tal exclusión se produce para ciertas clases de personas determinadas con criterios discriminatorios (STC 115/1987).

4ª) También se tiene frente al juez ordinario derecho a un pronunciamiento fundado en Derecho y motivado sobre las peticiones de tutela cautelar. Ese derecho es satisfecho mediante una resolución judicial que cumpla ciertos requisitos externos, descritos con alguna variante, pero esencialmente consistentes en que la resolución ha de pronunciarse sobre la petición de medidas «razonadamente y no de forma arbitraria o carente de fundamento» (STC 210/1993 [RTC 1993, 210]).

5ª) Pero el derecho a la tutela judicial cautelar, que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo resulta violado si se omite o se deniega una resolución que cumpla los requisitos antedichos y que verse sobre el fondo de la tutela cautelar solicitada, sino que también puede ser lesionado por dictarse una resolución desestimatoria, en el supuesto de que esa clase de resolución dé lugar a ciertas consecuencias negativas sobre la posibilidad de obtener en definitiva la tutela judicial. El TC ha dicho, en efecto, que es contrario al derecho a la tutela judicial que el régimen de las medidas cautelares o su aplicación dé lugar, si es estimada la pretensión del proceso principal, a «difíciles fórmulas reintegrativas» o a «situaciones irreversibles» (STC 66/1984 [RTC 1984, 66]), o conduzca a «que ese procedimiento (el principal) no pueda ya alcanzar sus fines», lo que se produce si aquel régimen o su aplicación implican «la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende» o «prejudican irreparablemente la decisión final del proceso» (STC 237/1991 [RTC 1991, 237]).

6ª) Sin embargo, cuando se le ha pedido al TC, en recurso de amparo, que entre a examinar el enjuiciamiento cautelar realizado por el tribunal ordinario, para determinar si se han producido esas consecuencias negativas sobre la posibilidad de obtener, en definitiva, la tutela judicial, su jurisprudencia ha sido diferente según estuviera afectado en el caso un derecho

fundamental sustantivo (ha estimado que puede revisar aquel enjuiciamiento y conceder el amparo si estima que el derecho fundamental sustantivo afectado ha sido violado; véase STC 144/1991 [RTC 1991, 144], STC 148/1993 [RTC 1993, 148] y ATC 588/1985 [RTC 1985, 588 AUTO]), o solamente el derecho a la tutela judicial (por regla general el TC entiende que el enjuiciamiento cautelar compete al juez ordinario, que debe realizarlo motivadamente y con sujeción a la regulación legal de la medida).

LA INSTRUMENTALIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR

La característica esencial que define la tutela cautelar y la distingue de instituciones procesales próximas a la misma es la instrumentalidad, entendida en el específico sentido de que la tutela cautelar, considerando en conjunto el régimen de la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas, no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal (y a este mismo proceso) por la función de asegurar su efectividad práctica. Si tal sentencia puede considerarse como el instrumento mediante el cual se actúa el Derecho en el caso concreto, la tutela cautelar es, a su vez, el instrumento para que lo anterior pueda producirse sin riesgo de ineffectividad a causa de la necesaria demora de la sentencia. En ese sentido, la instrumentalidad de la tutela cautelar es una instrumentalidad cualificada; como decía gráficamente CALAMANDREI: una instrumentalidad elevada al cuadrado.

Son manifestaciones de esta característica de la tutela cautelar las siguientes:

1ª) Sólo puede concederse si está pendiente un proceso principal y en el caso de que pueda obtenerse previamente a éste, la no incoación del proceso dentro de cierto plazo opera como condición resolutoria de la medida acordada (art. 730.2 LECiv).

2ª) Debe extinguirse cuando el proceso principal termine. Si la pretensión interpuesta en ese proceso no es estimada, la medida debe extinguirse, porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados (art. 731.1, párr. 1º, 745 LECiv). Si la pretensión ha sido estimada, la medida también debe extinguirse, porque entonces ya pueden desplegarse los efectos propios de la sentencia principal (art. 731.1, párr. 1º, LECiv).

3ª) Las medidas en las que se sustancia la tutela cautelar consisten en un conjunto de efectos jurídicos que, por regla general, coinciden sólo parcialmente con los efectos propios de la sentencia principal, si bien en algún supuesto pueden llegar a coincidir con éstos en su resultado práctico, pero siempre con un carácter provisional. En todo caso, la instrumentalidad de la medida cautelar la hace incidir con intensidad variable sobre la situa-

ción jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y sobre la que se proyectará la sentencia que en éste se dicte (art. 726 LECiv).

La característica de instrumentalidad así entendida, permite distinguir la tutela cautelar de la tutela jurisdiccional que se dispensa en un proceso sumario, y ello aunque esta última tutela se establezca, a veces, con el fin de evitar la frustración de ciertos derechos, a causa de la mayor duración de un proceso plenario. A diferencia de la tutela cautelar, que se adopta a la espera de la sentencia del proceso principal y está destinada a desaparecer con ella, la sentencia de un proceso sumario puede permanecer indefinidamente eficaz, siendo casual que su estabilidad se vea afectada por un proceso plenario posterior, que el favorecido por aquella sentencia no tiene la carga de iniciar (art. 447 LECiv y Cap. 25).

NATURALEZA JURÍDICA

Respecto de la naturaleza jurídica de la tutela cautelar se plantean dos cuestiones fundamentales:

1ª) Establecer si tiene naturaleza jurídica procesal o su naturaleza es la misma que la de otras garantías jurídico-privadas de los derechos. La solución de este problema repercute en el ámbito territorial y temporal de vigencia de las normas sobre la tutela cautelar.

2ª) Si, presupuesto que su naturaleza sea procesal, constituye un proceso con entidad propia o una actividad procesal dependiente de los procesos de declaración y de ejecución.

A) MEDIDAS CAUTELARES Y GARANTÍAS JURÍDICO-PRIVADAS DE LOS DERECHOS

En algunos supuestos las leyes imponen al deudor obligaciones de realizar una prestación de aseguramiento, consistente en concluir un negocio jurídico destinado a la constitución de la correspondiente garantía (fianza, prenda, hipoteca), del cual nacerán a su vez los derechos personales o reales según la garantía constituida, en favor del acreedor. Tanto el derecho a la constitución de la garantía, cuanto los derechos que derivan de la creación de la misma tienen una indudable naturaleza jurídico-privada; son nuevos derechos y facultades que se confieren al acreedor, que acompañan al derecho principal garantizado y dependen de él.

Considérense como ejemplo los siguientes supuestos: derecho del fiador a que el deudor principal constituya en su favor una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor en los casos de los números 1º, 2º y 4º el artículo 1843 CC; derecho de los acreedores del causante

al adelantamiento de sus créditos si los herederos quieren proceder a la partición (art. 1002 CC); derecho del heredero condicional al aseguramiento de su derecho cuando los restantes herederos pretendan la partición (art. 1054 CC); diversos derechos «ex lege» a la constitución de hipoteca (hipotecas legales): artículos 158 y siguientes LH; derecho del propietario a la prestación de fianza por el usufructuario (art. 491.2º y concordantes CC).

La tutela cautelar es diferente a estas garantías por varias razones, de las que se pueden destacar dos:

1ª) Las garantías jurídico-materiales existe la obligación de prestarlas independientemente de la pendencia del proceso. Pueden ser constituidas sin necesidad de intervención judicial, cumpliendo el deudor voluntariamente su obligación de prestarlas. Los propios derechos que origina su constitución son susceptibles de satisfacción extrajudicial: así, el fiador puede pagar voluntariamente en caso de incumplimiento del deudor, la hipoteca puede realizarse bajo ciertas condiciones por un procedimiento extrajudicial de venta del bien hipotecado (art. 129 LH), también la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento (arts. 86, 94 LHMPD) y la prenda ordinaria (art. 1872 CC). Por el contrario, las medidas cautelares sólo pueden adoptarse en relación con un proceso y la práctica de las mismas no puede entenderse como cumplimiento de una obligación del demandado, sino como sujeción del mismo al ejercicio de la potestad jurisdiccional.

2ª) Si se hace valer en el proceso un derecho material de garantía, bien pretendiéndose su constitución, bien su cumplimiento, y el proceso termina sin sentencia sobre el fondo del asunto, aquel derecho permanece subsistente y eficaz. Contrariamente, si se ha obtenido una medida cautelar y el proceso termina sin pronunciamiento sobre el fondo, la medida cautelar se extingue. Esto demuestra que, a diferencia de los derechos materiales de garantía, las medidas cautelares desarrollan su eficacia sólo en el plano de la tutela jurisdiccional de los derechos.

Por estas razones está también justificado sostener la naturaleza jurídica procesal de la tutela cautelar. Ciertamente no es un obstáculo para ello que la regulación de la misma no se limite a ser regulación de procedimientos y de presupuestos de admisibilidad del pronunciamiento sobre la tutela, sino también una regulación de las condiciones de fondo para la concesión de la tutela y de los efectos de la misma. El Derecho procesal no agota su ámbito normativo en la regulación de aspectos formales, sino que comprende también la regulación de determinados bienes jurídicos que exclusivamente en el proceso pueden obtenerse. Esto ocurre, de manera particularmente ostensible, en materia cautelar.

B) CONSECUENCIAS DE LA NATURALEZA JURÍDICA PROCESAL DE LA TUTELA CAUTELAR

La naturaleza jurídica procesal de la tutela cautelar tiene consecuencias principalmente, sobre la vigencia en el espacio y en el tiempo de las normas que la regulan.

En cuanto a la vigencia territorial, los tribunales de la jurisdicción civil competente deben aplicar a las solicitudes sobre tutela cautelar el Derecho de su foro. Si nos situamos en la perspectiva del Derecho español, el fundamento normativo se halla en el artículo 3 LECiv: «Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas».

El Derecho del foro —desde la perspectiva que aquí adoptamos: el Derecho español— es el aplicable a las medidas cautelares que pueden pedirse y obtenerse de los tribunales de ese foro; la configuración de sus presupuestos y efectos corresponde a ese Derecho, así como también la de su régimen procedimental.

El AAP Barcelona 16 enero 1999 (AC 1999, 142), rechaza con razón una medida cautelar prevista por el Derecho francés y solicitada a un tribunal español: «La medida solicitada de "hipoteca provisional judicial", no existe en nuestro ordenamiento jurídico, siendo las leyes procesales españolas las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancian en territorio español...».

La SAT Barcelona 20 noviembre 1972, RJC, 1972, pgs. 924-926, acordó mantener la resolución que concedía el embargo con prestación de fianza con la motivación de que «Resulta que también en el derecho patrio tal documento puede servir para obtener un embargo preventivo y en nada puede afectar que para acordar ese embargo en dicho Principado (de Andorra) no se exija fianza, puesto que el principio de territorialidad, "lex fori", de la ley procesal, norma de orden público, con carácter de principio general aparece sancionado en el artículo 11 del Código Civil...».

En cuanto a la vigencia temporal, la ley aplicable a la tutela cautelar es la vigente en el momento de solicitarla —o de formular cualquier otra petición respecto de la misma—, sin que ello suponga una aplicación retroactiva de ley en los supuestos en que la ley vigente en el momento de constituirse la relación jurídico-material deducida en juicio, concediera la medida cautelar sobre unos presupuestos diferentes a los que establece la ley vigente en el momento de formularse la solicitud.

En la disposición transitoria 7ª de la Ley 1/2000 se resuelven los problemas de vigencia temporal del nuevo régimen legal de las medidas cautelares precisamente de acuerdo con lo que acabo de apuntar, al disponer, por un lado, que «las medidas cautelares que se soliciten, tras la entrada en vigor de esta Ley, en los procesos iniciados antes de su vigencia, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley», y, por otro, que las ya adoptadas «se regirán por las disposiciones de la legislación anterior, pero se podrá pedir y obtener su revisión y modificación con arreglo a la presente Ley».

¿PROCESO CAUTELAR O MEDIDAS CAUTELARES?

Comprobada la naturaleza procesal de la tutela cautelar se plantea un problema de orden sistemático: tanto de sistemática doctrinal (cómo debe encuadrarse aquella actividad en la sistematización de las instituciones procesales) como legislativa (qué lugar debería ocupar en una ley procesal correctamente ordenada).

Según una orientación, la actividad jurisdiccional cautelar puede considerarse como un proceso por sí mismo y diferente de los procesos de declaración y de ejecución, que se halla al servicio de una función de la jurisdicción diferente a la de declarar el Derecho en el caso concreto y a la de realizar jurídicamente ese Derecho, igualmente en el caso singular.

Otra orientación considera la actividad cautelar como un elemento complementario de los procesos de declaración y ejecución; técnicamente, un incidente del primero y un medio de aseguramiento del segundo.

Respecto de este debate sobre la terminología y encuadramiento sistemático de la materia de la tutela cautelar en una ley procesal civil, la LECiv/2000 ha optado por el planteamiento de utilizar la denominación de medidas cautelares y de situar las disposiciones que las regulan con proximidad a las de la ejecución forzosa (se incluyen en el Tít. VI del Lib. III dedicado a la ejecución forzosa y a las medidas cautelares).

Esta opción metodológica no ha sido obstáculo para mejorar técnicamente la regulación de la tutela cautelar, ni ha inducido a limitar la amplitud de esa tutela.

En cuanto a lo primero, la nueva LECiv ha realizado notables avances, con el establecimiento de régimen unitario y bastante completo de la competencia y de los procedimientos en relación con las medidas cautelares, de las cuales las mismas disposiciones de la LECiv regulan sus modalidades.

En cuanto a lo segundo, la excesiva vinculación (ligada a la opción sistemática que adopta la nueva LECiv) entre medidas cautelares y ejecución forzosa, hubiera podido conducir a que tales medidas sólo hubieran podido obtenerse en procesos en los que se hubieran ejercitado pretensiones de condena, con lo que no se habría avanzado en el perfeccionamiento del grado de efectividad de la tutela judicial. Este riesgo ha sido evitado, como después veremos más ampliamente.

Esta opción sistemática del legislador está llamada a tener alguna repercusión en la interpretación del régimen de las preclusiones en la actividad procesal cautelar (véase en el Cap. 37, lo relativo a la variabilidad de las resoluciones sobre la tutela cautelar).

LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares son actuaciones que, de acuerdo con la ley, el tribunal acuerda con unos efectos jurídicos y también materiales –en el sentido de que inciden en la realidad social– para cumplir la función de la tutela cautelar.

Habitualmente, cuando se habla de medidas cautelares se piensa exclusivamente en las características de la actuación decretada por el tribunal (por ejemplo, embargo preventivo, anotación preventiva de demanda, suspensión de un acuerdo social). Pero, como he dicho, esa actuación se decreta de acuerdo con la ley, la cual no sólo establece las características de la misma, sino también los presupuestos que deben concurrir para que sea decretada.

Consecuentemente el régimen jurídico de una medida cautelar, de las medidas cautelares, comprende el de sus presupuestos y el de sus efectos –que son los que, habitualmente, reciben la denominación de medida cautelar–. En la LECiv ese régimen se halla en los artículos 726, 727, 728 y 746 que establecen las normas procesales materiales sobre la tutela cautelar. Es decir, fijan las reglas a las que está sujeto el enjuiciamiento de fondo que debe hacer el tribunal para conceder o denegar la tutela cautelar solicitada.

PRESUPUESTOS DE LA CONCESIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Los presupuestos para la concesión de una medida cautelar se establecen, como regla general, en el artículo 728 LECiv.

Algunas medidas cautelares dependen, además, de la concurrencia de otros presupuestos. Así, por ejemplo, la suspensión de acuerdos de órganos colegiados de sociedades anónimas y limitadas requiere que los solicitantes representen, como mínimo, cierto porcentaje del capital social (art. 727.10ª LECiv; art. 56 LSRL); la de acuerdos de órganos colegiados de sociedades cooperativas ha de ser pedida por los interventores o por socios que representen un mínimo del veinte por ciento de los votos sociales (art. 31.5 LC); las medidas cautelares de protección de una patente dependen de que el solicitante acredite que la está explotando o realiza preparativos serios para su explotación (art. 133 LP).

A) EL PELIGRO POR LA MORA PROCESAL

El presupuesto de peligro por la mora procesal no sólo es el primero al que se refiere el artículo 728.1 LECiv, sino que es el principal reflejo de la finalidad institucional de la tutela cautelar en los presupuestos de las medidas. El aseguramiento de la efectividad de la tutela judicial se dispone, precisamente, para contrarrestar los riesgos que pueden impedirla o dificultarla.

Según el artículo 728.1, párrafo primero LECiv: «Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate,

podrían producirse durante la pendency del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria».

a) ¿En qué consiste el peligro por la mora procesal?

El «periculum in mora» –como también es conocido este presupuesto– se concibe como el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal, riesgo que puede surgir con ocasión de la necesaria dilación temporal en alcanzarse, tras la realización del proceso de declaración, la sentencia que conceda aquella tutela.

Desde la clásica aportación de CALAMANDREI, suele resaltarse la distinción entre peligro de infructuosidad –consistente en que la ejecución sea imposible o difícil en el momento en que proceda– y peligro de retraso –daño inmediato e irreparable que se produce por el simple retraso en obtener la prestación–.

Los riesgos para la efectividad de la tutela pretendida en el proceso de declaración pueden presentar una gran variedad, pero se puede intentar una enumeración aproximativa más completa que la anterior:

1ª) Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto.

Por ejemplo, el riesgo de insolvencia del demandado que puede frustrar la ejecución dineraria, bien proceda inicialmente, por tratarse de prestación pecuniaria, o bien proceda por imposibilidad de una ejecución específica.

2ª) Riesgos que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica o a la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad.

Ejemplo de lo primero: que la cosa mueble no pueda ser habida y deba procederse a una ejecución dineraria de la justa compensación pecuniaria de la falta de entrega de la cosa debida –art. 701.3 LECiv–.

Ejemplos de una ejecución específica no completamente útil: sin una medida de intervención o de administración judicial el vencedor en el proceso podría recibir la instalación industrial, pero con diversos daños producidos por la mala gestión del demandado durante el proceso, respecto de los cuales tendría que aceptar una indemnización; o el actor conseguiría que la sentencia impusiera la abstención del uso ilegítimo de la marca registrada, pero tendría que conformarse con una indemnización por las pérdidas sufridas durante aquel uso y por el daño al prestigio comercial del producto.

3ª) Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia.

Por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio puede resultar inútil si, en el interin del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a

un tercero de buena fe y que ha inscrito a su favor. O este otro: cuando, después de la sentencia de incapacitación, se constituyan la tutela o la curatela, con sus efectos jurídicos de protección de la gestión del patrimonio del incapaz, aquellas instituciones pueden ser prácticamente inefectivas si, durante el proceso de incapacitación, el presunto incapaz ha vaciado su patrimonio.

4º) Por fin, hay una clase de riesgos de ineffectividad que deriva del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia en cuanto por la naturaleza de la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse, ese retraso supone por sí una lesión irreversible de la situación.

b) ¿Cómo influye el presupuesto de peligro en la concesión de las medidas cautelares?

Las características de la situación de peligro como condicionante de la concesión de una medida cautelar son las siguientes:

1ª) La concreta probabilidad de peligro para la efectividad de la sentencia ha de ser justificada para la concesión de la medida cautelar.

Salvo normas especiales para ciertas medidas (arts. 441.4, 821.2.2º LECiv y art. 21.1 a 4 LPH), el «periculum» no se presume, ni se vincula a supuestos típicos (por ejemplo, la extranjería del deudor en la antigua regulación del embargo preventivo), sino que ha de ser concretamente demostrado. No obstante, deberán evitarse excesos en el grado de justificación exigible del presupuesto de peligro, principalmente en aquellos supuestos en que el peligro puede convertirse en daño irreparable con gran rapidez, como ocurre con los asientos registrales cuya eficacia está destinada a garantizar la anotación preventiva de demanda.

2ª) Las situaciones de peligro en la demora no están legalmente limitadas, porque tampoco las medidas tienen una eficacia legalmente especificada, sino configurada según las características generales del artículo 726 LECiv. No obstante, a pesar de la falta de limitación legal de las situaciones de peligro y de las medidas entre estos dos elementos existe una precisa relación impuesta por los artículos 726.1 y 728.1: las medidas que se adopten deben ser las adecuadas para evitar que la efectividad de la tutela judicial se vea impedida o dificultada por las situaciones de peligro.

Para la misma pretensión interpuesta en el proceso principal, las diferentes situaciones de «periculum in mora» que puedan concurrir justifican medidas cautelares distintas.

Por ejemplo: respecto de una pretensión de condena a la entrega de bienes inmuebles productivos, el riesgo de transmisión o de gravamen de los bienes inmuebles será combatido mediante la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad, mientras que el riesgo de que el actor realice una administración activamente devastadora de los bienes en cuestión justificará una intervención judicial, en la que el interventor podrá conocer los actos de gestión y oponerse a los que

causan perjudiciales. Pero el riesgo de devastación puede derivar también del abandono de los bienes o de una continuada mala gestión, frente a los que será adecuada una medida de administración judicial, en la que una persona distinta al demandado poseedor de los bienes asumirá las facultades de administración (art. 632 LECiv).

3ª) El presupuesto se configura en términos objetivos, como probabilidad de que se produzcan situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela pretendida en el proceso principal. No se requiere, por tanto, que se haya producido cierto comportamiento del demandado, ni menos una intención de éste de causar perjuicio al actor.

A pesar de la configuración estrictamente objetiva del «periculum in mora», el párrafo segundo del artículo 728.1 LECiv confiere una decisiva influencia para la denegación de la medida a la actitud del solicitante, consistente en haber consentido durante largo tiempo situaciones que, en cierto momento, pretende alterar con la medida cautelar, salvo justificación cumplida de las razones por las que omitió una solicitud más temprana de las medidas. La justificación de esta norma radica en que a una conducta significativa (omisión de la solicitud de la medida) incoherente con la conciencia de una situación de peligro, se le vincula un efecto de disposición sobre la tutela judicial cautelar, como una renuncia presunta a la misma.

II) LA APARIENCIA DE BUEN DERECHO

La previsión legislativa de las medidas cautelares es explicable por la consideración de un eventual resultado procesal favorable al actor. Cuando se inicia un proceso esta eventualidad es, desde luego, siempre posible. Sin embargo, así como sería inicu condicionar el acceso al proceso a una cierta demostración preliminar de la realidad del derecho que se hace valer, por cuanto supondría cortar la posibilidad misma de reconocimiento del derecho, es, por el contrario, aceptable que para la concesión de una medida cautelar, que implica una injerencia en la esfera jurídica del demandado, se requiera que pueda formarse un juicio positivo sobre un resultado favorable al actor.

Ahora bien, esa exigencia no puede llevarse hasta el extremo de que el material (alegaciones, pruebas) que el juez deba tomar en consideración para otorgar la medida, tenga que ser el mismo que el necesario para resolver sobre el objeto del proceso principal y deba ser aportado y tratado del mismo modo que para este último se halla establecido. De ser así se incurriría en una duplicación de la instrucción, pero, sobre todo, la medida cautelar no podría cumplir la función que tiene encomendada, pues se reproduciría a su respecto la dificultad que está destinada a superar.

Basta que se demuestre la probabilidad del derecho u otra situación jurídica cuya tutela se pretende en el proceso principal. En este sentido el artículo 728.2 LECiv dispone que «El solicitante de medidas cautelares tan-

bién habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin preojuicio al asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá probarla por otros medios».

El régimen de este presupuesto plantea dos cuestiones que deben tratarse por separado: la relación entre la situación jurídica de la que se solicita la tutela en el proceso principal y la medida cautelar; las formas previstas por la ley para el acreditamiento de aquella situación.

a) Las situaciones jurídicas respecto de las que se puede pedir tutela cautelar

La ordenación de la LECiv/2000 en esta materia presenta, a diferencia de la regulación anterior, dos características diferenciales:

1ª) Por regla general, no hay medidas cautelares exclusivamente previstas para determinadas situaciones jurídicas. No obstante, las características generales que rigen la potestad de concreción de las medidas cautelares (art. 726 LECiv) imponen que entre la pretensión procesal —la tutela peticionada— podrá obtenerse con su estimación— y la medida cautelar que se solicite exista una adecuación, de manera que la medida sea cuantitativa y cualitativamente apropiada para el fin de garantizar la efectividad de aquella pretensión.

Este vínculo de adecuación aparece en diferentes reglas del artículo 727 LECiv que especifican —sin carácter limitativo— algunas medidas cautelares: las medidas de condena dineraria tienen como medida apropiada el embargo preventivo (art. 727.1ª LECiv); si la petición de tutela se refiere a bienes productivos, la tutela y la administración judiciales son las adecuadas para garantizar la producción (art. 727.2ª LECiv), etcétera.

Presupuesta la necesidad de este vínculo de adecuación, se comprende la razón de ser de una norma como la del artículo 727.1ª, párrafo segundo, que establece la procedencia del embargo preventivo, incluso cuando la pretensión no fuera de condena dineraria, pero el embargo resultara «medida idónea y suficiente por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado». En definitiva, aunque se pretendan condenas al cumplimiento de obligaciones dinerarias, un embargo preventivo siempre puede asegurar la ejecución forzosa por el equivalente dinerario de la prestación específica incumplida (art. 701.2 y 706.2, párr. 2º, 708.2, párr. 2º, 709.1 y 3, 710.2 LECiv), o el apremio para el pago de suma de dinero para retribuir el encargo a tercero de un hacer no personal (art. 706.2 LECiv), o para habilitar fondos a efectos de publicación de la sentencia en los medios de comunicación —si existiera posibilidad de que fuera decreta-

2ª) La fórmula general utilizada por el artículo 728.2 —«juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión»— garantiza que cualesquiera sean las características de la pretensión interpuesta en el pro-

ces principal, podrá tener una medida cautelar adecuada, siempre que, obviamente, concurran los demás presupuestos.

Si bien la pretensión no puede entenderse limitada a la de condena dineraria, también las pretensiones meramente declarativas y las constitutivas que tampoco se limita el fundamento y la justificación de tales pretensiones en Derecho material. Este fundamento puede hallarse tanto en relaciones jurídicas de obligación, en derechos reales u otros derechos absolutos, en bienes inmateriales, en derechos de la personalidad, en facultades de impugnación de actos y negocios jurídicos; en definitiva, en cualquier fundamento que pueda hallarse en el ordenamiento para una pretensión procesal.

b) Los medios de acreditamiento de la apariencia de buen derecho

Hasta la LECiv/2000 el medio requerido, por regla general, para el acreditamiento de la situación jurídica cautelable era el documento, no como justificación documental, sino como justificación documental, como principio de prueba por escrito.

El acreditamiento documental había que entender un documento de los llamados «documentos» —atribuibles y oponibles a los titulares de la situación jurídica cautelable—; en ningún caso documentos testimoniales, en los que un tercero no tiene conocimiento o una apreciación técnica acerca de la existencia de la situación cautelable o de elementos de la misma. Aceptar como justificación documental una de las últimas características implicaba burlar la no autorización legal del testimonio testifical.

La justificación documental de la apariencia de buen derecho fue introducida en nuestro ordenamiento respecto al embargo preventivo, con la finalidad de dar objetividad al acreditamiento de la deuda y, de ese modo, proteger al sujeto pasivo de la medida frente a posibles abusos.

No obstante, la exclusividad de este modo de acreditamiento impedía o dificultaba en exceso la obtención de la tutela cautelar para determinadas situaciones.

El artículo 728.2 ha establecido el régimen de los medios de acreditamiento de acuerdo con el principio de normalidad en esta materia. Es decir: cuando la pretensión y su fundamento es normal disponer de una justificación documental, la concesión de la medida dependerá de que se aporte una base de justificación; en otro caso podrá concederse con base en otros medios de acreditamiento.

Para determinar los casos en que no es normal disponer de acreditamiento documental sirven de guía, precisamente, las situaciones en que, bajo la anterior regulación, era problemática la aportación de acreditamientos documentales o se había seguido una orientación jurisprudencial tolerante al respecto: nacimiento y cuantifi-

aval de entidad de crédito o de sociedad de garantía recíproca con ciertas características (solidario, de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento). Ofrecida una garantía de alguna de estas dos clases, el juez no puede rechazarla en atención a su calidad.

Será admisible cualquier otro medio de garantía que «a juicio del tribunal garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate» (artículos citados). Para esto los medios correspondientes deberán cumplir dos requisitos: seguridad del valor del bien y fácil liquidación.

LOS EFECTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Para la configuración de los efectos de las medidas cautelares —es decir, de los contenidos jurídicos y materiales de las actuaciones en las que consisten las mismas— el legislador puede utilizar una doble técnica:

1ª) Determinación reglada de los mismos, estableciendo unas medidas cautelares que suelen llamarse típicas y que corresponden a presupuestos también determinados.

2ª) Atribución a los tribunales de una potestad para establecer las medidas cautelares que sean necesarias en atención a los presupuestos concurrentes. Ese poder ha de ejercerse con sujeción a unos criterios con los que el legislador lo encauza y limita, dirigiéndolo a los fines de la tutela cautelar.

Generalmente estas técnicas no son excluyentes, sino concurrentes. Principalmente porque si la ley sólo utilizara la primera —es decir, la determinación reglada de las medidas— la tutela cautelar sería, con seguridad, insuficiente, dado que es imposible que el legislador prevea tantas medidas cautelares como sean las adecuadas para los diferentes derechos e intereses cuya tutela puede pretenderse en el proceso principal y para la variedad de riesgos que pueden amenazar la efectividad de esa tutela. Esto conduce a que un sistema de medidas típicas se complete, normalmente, con una norma que apodere al tribunal para completar la tutela no prevista por la ley de forma reglada.

La LECiv/2000 también combina estas dos técnicas, pero lo hace de un modo diferente al que se acaba de describir. Exactamente de un modo inverso.

De entrada, el artículo 726 LECiv fija unos criterios con arreglo a los cuales el tribunal deberá ejercer la potestad de configurar las medidas cautelares.

A continuación, el artículo 727 LECiv especifica algunas medidas que pueden ser acordadas como cautelares y cierra el catálogo con una remisión

a otras medidas que prevean expresamente las leyes, y con una cláusula general (las medidas «que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recaere en el juicio») que, en realidad, remite al criterio general del artículo 726.1.1ª LECiv.

Tanto el párrafo primero del artículo 727 LECiv, como la cláusula general que acabo de mencionar dejan muy clara la relación sistemática que existe entre ese artículo y el 726. El artículo 727 LECiv no recorta las posibilidades de configuración de la medida cautelar necesaria en aquellos supuestos en que la pretensión del proceso principal esté considerada en dicho artículo, ni limita a adoptar sólo las medidas cautelares previstas en el mismo, sino que es un desarrollo ilustrativo de las posibilidades de configuración judicial de medidas de acuerdo con los conceptos jurídicos indeterminados del artículo 726 LECiv.

A) CLASES DE EFECTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

El tribunal puede dotar a las medidas cautelares que conceda de diferentes clases de efectos. En alguna de esas clases están incluidos efectos que la ley determina específicamente en el artículo 727 LECiv o en disposiciones a las que ese artículo remite.

a) Efectos de aseguramiento

Estos efectos se caracterizan por mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud. Además esta clase de efectos de las medidas no producen una satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal.

Esta clase de efectos constituyen el contenido de las medidas cautelares que es aceptado más amplia y pacíficamente, porque responde con exquisitez al criterio de la mínima injerencia en la esfera jurídica del demandado hasta la emisión de la sentencia firme (o, en su caso, simplemente, ejecutiva). Consiguientemente, si estos efectos son suficientes para posibilitar la efectividad de la sentencia, el tribunal deberá optar por los mismos con arreglo al artículo 726.1.2ª LECiv.

Son efectos cautelares de esta clase los siguientes:

1º) El embargo preventivo, que asegura, frente al riesgo de insolvencia del demandado, la eficacia de la ejecución dineraria de las sentencias que, directa o indirectamente, condenen al pago de dinero (art. 727.1ª LECiv).

2ª) Las anotaciones preventivas de demanda de propiedad y derechos reales en el Registro de la Propiedad según el artículo 42.1 LH; otras anotaciones preventivas de demanda en el Registro de la Propiedad y en el de Bienes Muebles, en las que se interpongan pretensiones fundadas en derechos reales, en derechos personales que puedan originar una modificación jurídico-real o pretensiones de contenido registral; la anotación preventiva de la demanda de incapacidad en el Registro de la Propiedad; la anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos de la sociedad anónima y de otras formas de sociedades. Mediante la publicación en el Registro de la situación litigiosa excluyen la buena fe del tercero que se relaciona con el demandado respecto del derecho litigioso, de modo que la sentencia estimatoria de la pretensión podrá ser eficaz incluso frente a éste, de manera directa o indirecta (art. 727.5ª y 6ª LECiv).

3ª) La intervención y la administración judiciales de bienes productivos, para que no pierdan su valor durante el proceso, a consecuencia de la mala gestión del demandado (art. 727.2ª LECiv).

4ª) La formación de inventarios de bienes; el depósito judicial de bienes muebles; la intervención y el depósito de rendimientos que se obtengan por la explotación de derechos cuya titularidad y disfrute se reclama en el proceso (art. 727.3ª, 4ª, 8ª y 9ª LECiv). Se dirigen a asegurar que ciertos bienes estén disponibles para lo que proceda realizar con los mismos en la ejecución.

b) Efectos de conservación de la situación existente en el momento de plantearse el litigio

Estos efectos cautelares superan la mínima injerencia que suponía la clase anterior. Confieren una cierta satisfacción a la pretensión interpuesta en el proceso principal, en cuanto consisten en mantener un estado de hechos que beneficia al actor y cuya alteración por el demandado ha dado origen al litigio.

Este alcance de las medidas cautelares ha sido criticado en ocasiones por suponer una ejecución sin título. Sin embargo, si no se permitiera que las medidas tuvieran estos efectos, la consecuencia sería más grave: durante la pendencia del proceso de declaración, el litigio que, en la realidad, existe entre las partes, podría ser resuelto extraprocesalmente mediante la autotutela activa o pasiva de alguna de ellas, sin otro límite que el muy remoto (principio de intervención penal mínima) que pueda establecer la ley penal.

El postulado del Estado de Derecho (art. 1 CE) impone rechazar la autotutela e inclinarse decididamente por una tutela judicial provisional, aun con riesgos de error.

Obviamente el problema esencial es evitar el perjuicio irreparable o irreversible. Pero no hay que hacerse la ilusión de que no estableciendo medidas cautelares con la clase de efectos que ahora consideramos, ese problema se resuelve por el mero hecho de no plantearse. Sencillamente lo que entonces ocurre es que el riesgo del perjuicio irreversible o irreparable se desplaza

unidireccionalmente hacia el que ha de adoptar la posición procesal de actor. Parece preferible no ocultar el problema y ensayar soluciones al mismo.

En este sentido la LECiv dispone que las medidas cautelares puedan tener los siguientes efectos:

1ª) Suspensión de la eficacia de actos impugnados en el proceso y órdenes de abstención iguales a las que puede formular la sentencia (arts. 726.2 y 727.7ª y 10ª).

Por ejemplo: suspensión de acuerdos de sociedades y de asociaciones, de los que en el proceso se pretende la nulidad o la anulación; orden de cesar en la realización de actos que supongan violación de un derecho de patente (art. 134.1ª LP) o de marca, o de un derecho de propiedad intelectual (art. 141.2 LPI), orden de cesar en conductas que parezcan constitutivas de competencia desleal.

2ª) Órdenes de que se continúe realizando una prestación que, hasta el momento de iniciarse el litigio, estaba siendo cumplida por el demandado (arts. 726.2 y 727.7ª LECiv).

Por ejemplo: orden de mantener un tendido eléctrico aéreo, y el suministro de electricidad a través del mismo a una instalación industrial, hasta que se resuelva si es fundada la tesis de la actora, que considera que debe ser sustituido por otra clase de conducción (AAP Soria 27 febrero 2004); orden de que se permita la continuación del aprovechamiento cinegético de unos terrenos, pactado por contrato en vigor, cuya eficacia quiere desconocer, ahora, una de las partes, amparándose en el incumplimiento de ciertos requisitos administrativos preceptivos para aquel uso (AAP Salamanca 4 junio 2004).

Con esta clase de efectos las medidas cautelares pueden llegar a conservar la situación existente al plantearse el litigio, evitando su alteración, tanto por una conducta activa, como por una omisiva, cuya legitimidad o conformidad a Derecho precisamente ha de ser debatida y resuelta en el proceso principal.

La posibilidad de configurar medidas cautelares con estos efectos está delimitada por el carácter no definitivo que ha de tener, en todo caso, la tutela cautelar. Después consideraremos la norma que establece al respecto el artículo 726.2 LECiv.

c) Efectos innovativos de la situación existente al plantearse el litigio

Con estas medidas ya no se trata de conservar una situación en la que tuvieran satisfacción derechos e intereses cuya tutela se pide en el proceso principal, sino de introducir una innovación, satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido.

En la LECiv se mantiene una medida cautelar determinada de esta clase: los alimentos provisionales que el juez puede acordar a cargo del demandado

cuando haya sido reclamada judicialmente la filiación (art. 768.2 LECiv). La derogación del artículo 17.11 Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor ha eliminado –al menos para el proceso civil, para el penal véase art. 785.8ª d) LECrim– otro reconocimiento expreso: la pensión provisional en favor de las víctimas de accidentes derivados del uso y circulación de vehículos de motor o de las personas a su cargo mientras pende el proceso para resolver sobre la indemnización.

No es seguro que, fuera de los casos expresos, deban entenderse prohibidas las medidas cuyos efectos alcancen a ser innovativos y satisfactivos de la pretensión.

1ª) El reconocimiento expreso en supuestos específicos –que luego mencionaré– y la limitación derivada de que el artículo 727.7ª LECiv sólo se refiere a la posibilidad de prohibir la interrupción de prestaciones iniciadas, no excluyen la adopción de medidas con esta clase de efectos con base en el artículo 726 LECiv, del cual el artículo 727 LECiv es un desarrollo abierto y ejemplificativo, no una acoación.

2ª) Las medidas cautelares en procesos de estado civil tienen, en algunos casos, esta clase de efectos. Piénsese, por ejemplo, en las medidas que pueden ser adoptadas en el proceso de incapacitación, al amparo del artículo 762 LECiv, que, en cuanto consistan en el nombramiento provisional de un tutor o de un curador para el cuidado personal y del patrimonio del demandado, anticipan la restricción de capacidad que podrá establecer la sentencia principal. Estas previsiones, más que un óbice, son una razón a favor de que medidas con estos efectos anticipativos puedan ser adoptadas en procesos sobre pretensiones de contenido patrimonial. No se me alcanza, en efecto, qué razón de eventual inseguridad en el ejercicio de las potestades constitutivas del juez podría oponerse, por ejemplo, a la constitución provisional por vía cautelar de una servidumbre legal de paso (que afecta al derecho de propiedad –art. 33 CE–), cuando el ordenamiento está admitiendo con norma expresa el establecimiento cautelar de restricciones provisionales a la capacidad de obrar de una persona (libre desarrollo de la personalidad –art. 10 CE–).

En todo caso, la concesión de medidas con esta clase de efectos está limitada, también, por lo dispuesto en el artículo 726.2 LECiv.

B) EL CRITERIO LIMITADOR DE LAS MEDIDAS CAUTELARES SATISFATIVAS ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 726.2 LECIV

El artículo 726.2 LECiv, al mismo tiempo que autoriza las medidas satisfactivas, establece un criterio de carácter negativo o limitador de la configuración que el tribunal puede hacer de las medidas de esa clase.

Concretamente:

1ª) Las medidas habrán de tener «carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley

para las medidas cautelares» y no habrán de «prejudicar la sentencia que en definitiva se dicte».

La resolución que acuerde una medida satisfactiva genera un estado de cosas prácticamente equivalente al que origina la sentencia estimatoria, pero no equivalente en términos jurídicos, porque ha de respetar la eficacia temporalmente limitada de la tutela cautelar. Pero, además de este límite –que ya está implícito en la naturaleza jurídica de una medida cautelar– el artículo 726.2 LECiv prohíbe que ese «estado de cosas prácticamente equivalente» tenga unas características que le conviertan en materialmente irreversible.

2ª) El contenido de las medidas habrá de ser «similar a lo que se pretende en el proceso». Contenido similar se contrapone a contenido igual. Esto no sólo excluye medidas que den lugar a un estado de cosas irreversible –que serían iguales a la tutela principal por la estabilidad de sus efectos–, sino también medidas iguales en el aspecto cuantitativo y en aspectos cualitativos distintos a la estabilidad.

SUSTITUCIÓN DE LAS MEDIDAS POR CAUCIÓN

El artículo 746 LECiv concede al sujeto pasivo de la medida cautelar una posibilidad de obtener la sustitución de la medida por la prestación de una caución.

La autorización legal para sustituir la medida cautelar por una caución, supone, en todos los casos en los que no se pretende una condena dineraria, que el ordenamiento admite que no se preste una tutela cautelar específica a cierto derecho o interés, limitándola a la tutela cautelar del derecho a indemnización por la eventual lesión que pueda producirse en ese derecho o interés. De una parte, esta solución resulta adecuada a la tutela cautelar, porque en ocasiones las medidas específicas causan grave daño al sujeto pasivo –y sin base más segura que una apariencia de derecho–. Pero, por otra parte, cuando por la calidad de los derechos o intereses tutelados el tratamiento indemnizatorio resultaría inapropiado en el momento de su satisfacción definitiva, también debe sostenerse la inadecuación –en el momento de la tutela cautelar– de la sustitución de una medida específica por una cautela del derecho a indemnización.

Por esas razones la sustitución de la medida por caución la configura la ley como una posibilidad procesal del sujeto pasivo de la medida, cuya concesión ha de postular del juez –que la concederá si procede por los criterios que después consideraremos–, y no como una facultad del demandado, cuyo ejercicio vincule al juez a establecer la sustitución.

Los criterios de decisión los fija el artículo 746.2 LECiv y su sentido es el siguiente:

1ª) El fundamento de la solicitud de la medida y la apariencia jurídica favorable de la posición del demandado son dos criterios que difícilmente se distinguen: ambos significan que la sustitución debe ser concedida y la apariencia de buen derecho resulta especialmente dudosa para el tribunal.

2ª) El tercero permite atender a si un resarcimiento dinerario que lo que la caución asegura— resulta adecuado o tolerable a la calidad de la tutela pedida en el proceso principal.

3ª) El último atiende a los efectos colaterales de la medida sobre la actividad patrimonial y económica del demandado y busca evitar daños desproporcionados al fin de la tutela cautelar.

La regla general del artículo 746 tiene excepciones. La más destacada es la del artículo 137.2 de la Ley de Patentes, en el que la sustitución por caución no es una petición a resolver por el juez teniendo en cuenta los factores establecidos en el artículo 746.2 LECiv, sino un acto del demandado vinculante para el juez si aquél ofrece caución por el importe y de la clase establecidos por el tribunal.

Capítulo 37

MANUEL ORTELLS RAMOS

SUMARIO.—JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA.—A) Atribución de la jurisdicción y de la competencia.—B) Tratamiento procesal. Norma especial sobre reparto de asuntos.—LAS PARTES.—A) Especialidades en la postulación mediante abogado y procurador.—B) Legitimación y normas especiales sobre la misma en la tutela cautelar.—C) Intervención de terceros en las actuaciones procesales cautelares. Las tercerías de dominio y de mejor derecho en caso de medida cautelar de embargo preventivo.—EL PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCIÓN SOBRE LA TUTELA CAUTELAR.—A) La solicitud de la medida cautelar.—B) Resolución sobre el procedimiento a seguir, regla general y criterios para la resolución sobre la medida sin previa audiencia del demandado.—C) Actuaciones hasta la resolución sobre la medida cautelar, en caso de procedimiento sin audiencia previa del demandado.—D) Procedimiento en caso de resolución con audiencia previa del demandado.—E) La resolución sobre la solicitud de medida cautelar y los recursos contra la misma.—F) La ejecución de la resolución que acuerda una medida cautelar.—G) Oposición a la medida cautelar decretada sin audiencia previa.—H) La variabilidad de las resoluciones sobre las medidas cautelares.—RELACIONES ENTRE LA TUTELA CAUTELAR Y EL PROCESO PRINCIPAL.—A) Admisibilidad de medidas previas al proceso principal.—B) Consecuencias de la paralización del proceso principal sobre la tutela cautelar.—C) Consecuencias sobre las medidas cautelares de la terminación del proceso principal.—RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD POR LA UTILIZACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR.

JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La resolución sobre medidas cautelares y su ejecución son potestad jurisdiccional. Esto se ha querido negar a veces aduciendo, fundamentalmente, la no producción de cosa juzgada. Aunque lo último fuera cierto, siempre nos encontraríamos con que se desarrolla una función de actuación del Derecho con desinterés objetivo, desde una posición de ajenidad respecto a los sujetos afectados por la tutela. En definitiva, se produce un juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, marcados con las características propias de la función cautelar, que sólo a los órganos jurisdiccionales puede legítimamente atribuirse (art. 117.3 CE).

A) ATRIBUCIÓN DE LA JURISDICCIÓN Y DE LA COMPETENCIA

Para la determinación de la jurisdicción y de la competencia hay que distinguir los tres supuestos que se exponen a continuación.

a) Medidas solicitadas con la demanda principal o pendiente el proceso principal

En este caso se aplica una norma de competencia funcional y las actuaciones respecto a la medida cautelar se atribuyen al órgano que está conociendo del proceso principal (arts. 723.1 y 61 LECiv).

Hay que tener presentes algunas normas complementarias:

1ª) Si sobre la jurisdicción o la competencia para conocer del proceso principal se plantea conflicto, el órgano jurisdiccional que estuviera conociendo puede, a pesar de la regla general de suspensión, realizar actuaciones respecto a las medidas cautelares si concurren concretas razones de urgencia (arts. 11 y 12 LO 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales; art. 48 LOPJ). Del mismo modo se procede si el demandado hubiera planteado declinatoria (art. 64.2 LECiv).

2ª) Si las medidas fueran solicitadas cuando el proceso principal se halla en segunda instancia, recurso extraordinario por infracción procesal o casación, «será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos» (art. 723.2 LECiv).

Esta norma plantea problemas. Buena parte de la tramitación de los recursos citados se realiza ante el Tribunal «a quo» (en la apelación hasta la presentación de escrito de oposición del apelado; en los demás hasta la presentación de escrito de interposición por el recurrente) y sólo al término de esa tramitación se remiten los autos al Tribunal «ad quem».

Dos son las soluciones posibles:

1ª) Que el solicitante pida testimonio de las actuaciones que puedan ser de utilidad para pedir la tutela cautelar y formule la solicitud ante el Tribunal «ad quem».

2ª) Entender que la competencia corresponde al «a quo» o al «ad quem» según la solicitud se presente cuando cada uno de ellos está ejerciendo su competencia en la tramitación del recurso.

La segunda solución es más acorde con la efectividad que ha de perseguirse con la tutela cautelar.

b) Medidas cautelares solicitadas con anterioridad a la demanda principal

La competencia corresponde al tribunal que sea competente para conocer de la demanda principal (art. 723.1 LECiv).

La correcta aplicación de esta norma requiere atender a las mismas normas sobre jurisdicción y competencia que rigen la atribución de éstas en cuanto al objeto del proceso principal.

Específicamente:

a) Competencia judicial internacional

La norma expresa del artículo 22.5ª LOPJ que atribuye competencia a los tribunales españoles «cuando se trate de adoptar medidas provisionales de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España», no significa que sólo en ese caso tengan competencia para la tutela cautelar los tribunales españoles. Lo que ocurre es que en este caso tienen esa competencia aunque carezcan de ella para conocer del proceso principal. Por eso, esta norma de atribución de competencia no es relevante ahora, sino en los casos que veremos después (apartado c) de medidas cautelares instrumentales de procesos ante tribunales extranjeros.

En general, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de un determinado asunto –de acuerdo con el sistema de fuentes que realizan esa atribución, y del que forman parte convenios internacionales, normas de la Unión Europea y el artículo 22 LOPJ como norma interna (véase Cap. 8)– comporta la competencia para resolver la tutela cautelar instrumental de ese asunto. La competencia judicial internacional se atribuye por materias y no por funciones jurisdiccionales, y comprende, en principio, todas estas funciones –incluida la cautelar– en cuanto deban ejercerse respecto a las materias incluidas. Sólo hay una excepción: la competencia para reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, que es considerada competencia exclusiva de los tribunales del Estado en que tales resoluciones se han de cumplir, cualquiera sea la materia sobre la que versen.

Ahora bien, si es necesario que la medida cautelar acordada por un tribunal español sea ejecutada en un Estado extranjero, habrá de ser previamente sometida a «exequatur» en ese Estado. Este «exequatur» suele ser más difícil de obtener que el de sentencias. Por eso es más aconsejable, en la situación apuntada, instar la tutela cautelar directamente ante los tribunales del Estado en el que haya de ser ejecutada, lo que es posible al amparo de diversos convenios internacionales y de normas europeas (art. 31 Reglamento núm. 44/2001, principalmente).

b) Atribución a los tribunales del orden judicial civil

La jurisdicción (competencia genérica) para la tutela cautelar se atribuye al orden jurisdiccional que corresponda en atención a la naturaleza jurídica del asunto principal. Específicamente, la tutela cautelar civil corresponde a la jurisdicción (competencia genérica) de los tribunales del orden civil, de acuerdo con el art. 9.2 LOPJ y con otras disposiciones que delimitan, respecto a la civil, la jurisdicción de otros órdenes jurisdiccionales (arts. 1 y 2 LPL; arts. 2 y 4 LJCA).

Esta regla tiene una excepción en el caso de las pretensiones procedentes de civiles que pueden ser acumuladas al proceso penal, porque el fundamento de aquéllas son los mismos hechos que están siendo enjuiciados como delitos (arts. 100, 108 al 113, 115 al 117 LECrim, arts. 109 al 122 CP). Si se produce la acumulación, y mientras ésta no deba terminar, la competencia genérica corresponde a los tribunales del orden penal; si la acumulación se extingue (por reserva de la acción civil; por finalización del proceso penal sin condena penal), la competencia genérica corresponde a los tribunales del orden civil.

Hay otro supuesto que no constituye una excepción, porque la tutela cautelar es acordada en el ámbito de la jurisdicción propia del tribunal —que no es civil sino constitucional— pero, no obstante, tiene inmediata eficacia de tutela cautelar civil. Me refiero a la anotación preventiva de la demanda de amparo, que puede acordar el Tribunal Constitucional si la sentencia de amparo, por el objeto de la resolución judicial ordinaria impugnada, puede tener trascendencia registral.

c) Competencia

En cuanto a la competencia objetiva, la regla general es la de su atribución a los Juzgados de Primera Instancia (art. 45 LECiv), pero, en sus respectivos casos, pueden ser competentes Juzgados de Primera Instancia con competencia exclusiva en la materia de que se trate (art. 46 LECiv), los Juzgados de Paz (art. 47 LECiv) y otros tribunales que, según la LOPJ, tengan atribuida competencia por razón de la materia o de la calidad de la persona del demandado.

La competencia territorial se determinará con arreglo a las reglas imperativas que la rijan respecto del objeto del proceso principal, en su defecto en atención a la sumisión expresa si existe (las cláusulas de sumisión son amplias y es improbable que excluyan su aplicación en caso de solicitud de medidas cautelares) y, en último término, según las normas legales supletorias.

En todo caso hay que advertir que la presentación de la solicitud implica para el actor sumisión tácita en cuanto al proceso principal (art. 56.1 LECiv). La personación y defensa del demandado no implica ese efecto, porque legalmente no puede formular declinatoria.

c) Medidas cautelares no instrumentales de un proceso ante los tribunales españoles

Si las medidas cautelares son instrumentales de un litigio sometido a arbitraje —ya iniciado o que deba iniciarse con posterioridad—, será tribunal competente para acordarlas el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (art. 724, párr. 1º, LECiv). También pueden acordar las medidas los propios árbitros, salvo que las partes hayan excluido esa facultad. Si resuelven los

árbitros el juzgado de Primera Instancia del lugar donde se hubiera dictado la resolución arbitral será competente para ejecutarlas (arts. 23 y 8.4 LArb).

Si las medidas cautelares son instrumentales de un proceso pendiente ante un tribunal extranjero o que deba iniciarse ante el mismo, pueden ser obtenidas de los tribunales españoles si esta competencia les está atribuida por los tratados, por normas europeas (principalmente art. 31 Reglamento núm. 44/2001) y, en su defecto, con arreglo al artículo 22.5º LOPJ («cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España»), siempre y cuando el asunto principal no sea de la competencia exclusiva de los tribunales españoles.

Entre los tribunales españoles, salvo otra determinación de los tratados, serán competentes los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde —si en el futuro es dictada— deberá ejecutarse la sentencia del tribunal extranjero, o, en su defecto, los del lugar donde las medidas hayan de producir efectos (art. 724, párr. 2º, LECiv).

B) TRATAMIENTO PROCESAL. NORMA ESPECIAL SOBRE REPARTO DE ASUNTOS

Frente a la solicitud de medidas cautelares no es admisible la declinatoria del demandado, para impugnar la jurisdicción o la competencia. Pero el tribunal ha de examinar de oficio su jurisdicción y competencia, incluso la territorial salvo que estuviera atribuida por sumisión expresa. Como consecuencia de este examen puede abstenerse de conocer, salvo si aprecia incompetencia territorial, en cuyo caso puede adoptar las medidas que estime más urgentes antes de remitir las actuaciones al tribunal que considere competente (art. 725 LECiv).

Si las medidas han sido solicitadas antes de que el asunto esté repartido, el Juez Decano o el Presidente de la Audiencia o Tribunal, según los casos, puede adoptar las medidas más urgentes, antes de proceder al reparto, si, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable (art. 70 LECiv).

LAS PARTES

El régimen de las partes, de sus diversos requisitos de capacidad y de legitimación, es el establecido en las disposiciones generales del Libro I LECiv, aunque hay algunas especialidades.

A) ESPECIALIDADES EN LA POSTULACIÓN MEDIANTE ABOGADO Y PROCURADOR

Por regla general la actividad de las partes en materia de tutela cautelar requiere representación mediante procurador (art. 23.1 LECiv) y asistencia de abogado (art. 31.1 LECiv).

Esta regla tiene dos excepciones:

1ª) En primer término, la intervención de procurador y abogado no es necesaria en actuaciones cautelares incidentales de un proceso principal en el que tal intervención no sea necesaria.

2ª) También está exenta de la preceptiva intervención de abogado y procurador la solicitud de medidas urgentes con anterioridad al juicio (art. 23.2.3ª y 31.2.2ª LECiv).

Esta exención no alcanza a los actos de parte distintos de la solicitud inicial. Requiere, además, que concurren razones de especial urgencia, que no se confundan con los hechos y circunstancias que fundamenten el presupuesto de peligro por la mora procesal, aunque sí que coinciden con uno de los presupuestos que hacen admisible la solicitud de medidas con carácter previo a la demanda (art. 730.2, párr. 1º, LECiv).

B) LEGITIMACIÓN Y NORMAS ESPECIALES SOBRE LA MISMA EN LA TUTELA CAUTELAR

a) Legitimación activa

La legitimación activa para obtener tutela cautelar corresponde a quien está legitimado para la tutela judicial pretendida en el proceso principal, según las diversas modalidades de legitimación previstas en el ordenamiento.

Para la obtención de la tutela cautelar la legitimación, cualquiera sea su modalidad, tendrá que ser acreditada, porque es uno de los componentes —el componente subjetivo— del fundamento de la pretensión (art. 728.2 LECiv). Obviamente, la desestimación de la medida cautelar por falta de acreditamiento de la legitimación activa no prejuzga el pronunciamiento sobre la pretensión en el proceso principal.

La regla general de coincidencia de la legitimación activa para el proceso principal y para la tutela cautelar tiene excepciones en el doble sentido de reducción y de ampliación del círculo de legitimados.

Para la medida cautelar de suspensión de acuerdos sociales impugnadas no basta la legitimación para la tutela principal, sino que se requiere que los accionistas que impugnen el acuerdo representen cierto porcentaje del capital social en el caso de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, o, si se trata de sociedades coope-

rativas, que los que impugnen los acuerdos sean los interventores o el veinte por ciento de los socios (art. 727.11ª).

La legitimación activa para la tutela cautelar experimental, en cambio, una ampliación en el supuesto del artículo 124.2 L.P. El licenciataria sin exclusiva no tiene legitimación para pedir la tutela por violación del derecho de patente, hasta que no transcurran tres meses desde el requerimiento al titular de la patente para que ejercite la acción, sin que éste la haya ejercitado. No obstante, el precepto citado le legitima para, realizado el citado requerimiento, instar medidas cautelares urgentes destinadas a prevenir daños importantes.

b) Legitimación pasiva

La legitimación pasiva corresponde a las personas que deben ser afectadas por la resolución que acuerde las medidas cautelares (art. 5.2 LECiv).

Para la concreción de esa afectación se atenderá a los mismos criterios que para precisar la legitimación pasiva en el proceso principal. El carácter instrumental de la tutela cautelar también hace coincidir las posiciones legitimadas pasivas, porque una medida cautelar solicitada respecto a una persona frente a la cual la pretensión principal no podrá ser estimada, no puede ser concedida por falta de fundamento de la pretensión —de apariencia de buen derecho— en relación con esa persona (art. 728.2 LECiv).

C) INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN LAS ACTUACIONES PROCESALES CAUTELARES. LAS TERCERÍAS DE DOMINIO Y DE MEJOR DERECHO EN CASO DE MEDIDA CAUTELAR DE EMBARGO PREVENTIVO

La intervención de terceros en las actuaciones cautelares tiene múltiples facetas de las que la LECiv no se ocupa específicamente. No obstante el artículo 729 LECiv sí que regula expresamente unos medios de tutela de terceros frente a la ejecución de la medida cautelar de embargo preventivo.

a) La intervención de terceros en las actuaciones procesales cautelares en general

El artículo 721.1 LECiv dispone expresamente que las medidas cautelares se pueden solicitar por el actor principal o reconvenicional, lo que induce a dudar, inicialmente, sobre la admisión de una solicitud de medidas formulada por un tercero admitido a intervenir en el proceso. A mi juicio, las posibilidades que forman parte del estatuto procesal del interviniente de acuerdo con el artículo 13.3 LECiv, obligan a resolver tales dudas en sentido afirmativo para la admisión de su solicitud, cuando el interés legítimo de éste le lleva a apoyar objetivamente la postura procesal del actor.

También puede ser considerada la posibilidad de intervención de terceros como instrumento de protección de estos, en cuanto pueden ser indirectamente afectados por la medida cautelar acordada.

La medida cautelar va dirigida contra el demandado, imponiéndole ciertos deberes o un estado de sujeción a él mismo, o a bienes de su patrimonio. No obstante, la eficacia jurídica de la medida y su efectividad material puede comportar efectos indirectos desfavorables para terceros. Por ejemplo: el depósito judicial de un bien mueble impide, eventualmente, el cumplimiento de obligaciones de transmisión a terceros de ese bien; las órdenes provisionales de abstención pueden afectar negativamente al cumplimiento de obligaciones contraídas con terceros, al igual que la administración judicial de bienes productivos conducirá a que el administrador adopte decisiones rectoras o de impugnación de anteriores compromisos.

No obstante, la admisión de esta intervención encontrará dificultades, salvo que el tercero esté legitimado para intervenir en el proceso principal y, efectivamente, intervenga en el mismo.

b) La tercería de dominio y la tercería de mejor derecho en caso de medida cautelar de embargo preventivo

El artículo 729, párrafo primero LECiv permite el ejercicio de la tercería de dominio desde el momento en que el bien ha sido afectado en cumplimiento de una resolución de embargo preventivo. De este modo la ley recoge una jurisprudencia que ya admitía esta defensa del tercero.

Aunque la afección del bien mediante un embargo preventivo no su ponga su inmediato destino a la realización forzosa, sí que origina, para el verdadero titular del bien frente al cual no haya sido decretado el embargo, perjuicios actuales y riesgos futuros que justifican el establecimiento de un medio defensivo para anular la afección.

De manera más novedosa el artículo 729 LECiv permite también, respecto de bienes afectados por un embargo preventivo la interposición de tercería de mejor derecho.

El efecto de esta tercería no es el alzamiento del embargo preventivo, ni tampoco únicamente la fijación preventiva de la preferencia del crédito del tercerista, sino la vinculación instrumental del embargo preventivo al proceso principal en el que el tercero tiene reclamado su crédito. De ahí que la ley exija que, para la admisión de la tercería de mejor derecho, habrá de interponerla «quien en otro proceso demande al mismo deudor la entrega de una cantidad de dinero» (art. 729, párr. 1º, LECiv). Si la tercería es estimada, la caución constituida por quien obtuvo inicialmente el embargo preventivo deberá ser cancelada, y el tercerista deberá prestar la misma caución.

EL PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCIÓN SOBRE LA TUTELA CAUTELAR

La nueva LECiv establece un procedimiento único para la petición de medidas cautelares y también para la oposición a las mismas y para su revisión.

Esta regla general tiene excepciones, entre otros, en el caso de medidas cautelares de procesos sobre capacidad de las personas, sobre filiación, paternidad y maternidad, medidas provisionales en procesos matrimoniales, embargos preventivos y depósitos judiciales especiales (arts. 441.1, párr. 1º, 821.2.2º y 823 LECiv; art. 21.5 LPH) y medidas cautelares que pueden adoptar los árbitros cuando tengan facultades para ello (art. 23 LArb).

A) LA SOLICITUD DE LA MEDIDA CAUTELAR

Para la resolución sobre la tutela cautelar en el proceso civil rige, como regla general, el principio dispositivo. La petición de parte es presupuesto de la concesión de la tutela cautelar y también medida de la tutela que se puede conceder.

Esta regla general tiene excepciones en algunos procesos especiales (art. 721.2 LECiv): es el caso de las medidas de los procesos sobre la capacidad de las personas (art. 762.1 LECiv) y sobre filiación, paternidad y maternidad (art. 768.1 y 2 LECiv).

a) Requisitos generales de la solicitud

Los requisitos de esta solicitud —que ha de formularse por escrito— se establecen en el artículo 732 LECiv y en otras disposiciones sistemáticamente enlazadas con el mismo.

Además del cumplimiento del régimen de la jurisdicción y la competencia y de los requisitos de las partes, en el aspecto objetivo ha de formularse una petición fundada de medida cautelar.

Esto implica dos requisitos, a los que se añade uno tercero sobre la caución.

1º) Formulación de una petición de medida específica y determinada, bien sea eligiendo entre las previstas en el artículo 727 LECiv, bien sea concretando una medida que responda a las características establecidas por el artículo 726 LECiv.

La norma sobre congruencia que establece el artículo 721.2 —«Tampoco podrá este (el tribunal) acordar medidas más gravosas que las solicitadas»—, tiene una muy precisa repercusión sobre el contenido de la solicitud. Se trata de que, para que pueda ser cumplido precepto tan básico, y también para que el demandado conozca frente a qué ha de defenderse, es preceptivo que el solicitante determine, «diseñe» en su caso, la medida cautelar que solicita. Una solicitud de medidas cautelares en el sentido de pedir que el juez adopte las que considere procedentes a la vista de los fundamentos que se alegan y del régimen de configuración de medidas de los artículos 726 y 727 LECiv debería ser tratada con la consecuencia de la inadmisión por

causa análoga a la del artículo 424 LECiv (defecto legal en el modo de proponer la demanda por falta de claridad y precisión en la determinación de la petición).

2º) Alegación de los hechos y circunstancias que fundan tal petición por constituir el soporte de la aplicación de los presupuestos de la medida cautelar.

En cuanto a la alegación de los hechos y circunstancias que concretamente determinan la existencia del peligro por la mora procesal, no basta con la genérica afirmación de que, en caso de no adoptarse las medidas pedidas, pueden producirse situaciones que impedirán o dificultarán la efectividad de la tutela que puede concederse en el proceso principal. La alegación ha de ser de hechos y circunstancias concretas que den apoyo a la aplicación del presupuesto legal.

3º) Las exigencias de concreción en la alegación de los presupuestos de la medida se traducen, en cuanto al presupuesto de la caución, en exigencias de ofrecimiento concreto de la caución, en el sentido de especificación de su forma y cuantía y de alegación de las razones que fundan esa especificación (art. 732.3 LECiv). Esto permite que el demandado pueda ejercitar eficazmente la contradicción frente al ofrecimiento de caución (art. 734.2, párr. 2º LECiv) y que el tribunal pueda resolver sobre este presupuesto con conocimiento de causa (arts. 728.3, párr. 2º, 735.2, párr. 1º LECiv).

b) Requisitos especiales

En la solicitud se han de cumplir requisitos especiales tanto si se persigue que la misma sea admitida aunque no se presente con la demanda principal, sino antes (art. 730.2, párr. 1º LECiv) o después de ella (art. 730.4, párr. 1º LECiv), como si se pretende que el tribunal resuelva sobre la solicitud sin previa audiencia del demandado (art. 733.2 LECiv): la especialidad consiste en que el solicitante ha de alegar las circunstancias concretas que, de acuerdo con la ley, hacen admisible la solicitud no presentada con la demanda o determinan que sea adecuado el procedimiento sin previa audiencia.

c) Carga de acompañamiento

De acuerdo con el artículo 732.1 LECiv «Se acompañarán a la solicitud los documentos que la apoyen o se ofrecerá la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares». El momento de la solicitud es preclusivo para la proposición de los medios de acreditamiento (art. 732.2, párr. 3º LECiv).

Aunque el artículo 732 LECiv no menciona ninguna excepción a la regla de preclusión, a mi juicio las excepciones son admisibles. Tanto las excepciones referidas a documentos o medios asimilados cuya relevancia sólo se pueda apreciar a la vista de la contestación del demandado (art. 265.3 LECiv), como las referidas a los documentos o medios asimilados de fecha posterior o descubiertos con posterioridad (art. 270.1.1º y 2º LECiv).

8) RESOLUCIÓN SOBRE EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR: REGLA GENERAL Y CRITERIOS PARA LA RESOLUCIÓN SOBRE LA MEDIDA SIN PREVIA AUDIENCIA DEL DEMANDADO

Regulado de manera unitaria el procedimiento a seguir para la resolución sobre la solicitud de tutela cautelar, la ley deja abiertas dos modalidades de desarrollo de ese procedimiento, en función de que deba resolverse previa audiencia al demandado o de que ésta deba quedar diferida a la adopción y ejecución de la medida cautelar.

El seguimiento de una u otra modalidad depende de una resolución de dirección procesal, adoptada a instancia del solicitante, en función de unos criterios fijados por la LECiv en el artículo 735.

De una parte no está justificado, de entrada y en principio, que sobre la tutela cautelar se resuelva sin audiencia del demandado porque, a diferencia de la tutela ejecutiva, la cautelar no se funda en un título ejecutivo en cuya formación ha participado el sujeto pasivo, sea mediante la contradicción del previo proceso declarativo, sea con el concurso de su voluntad para crear un título de naturaleza negocial, sino que la tutela cautelar depende de unos presupuestos legales cuya concurrencia en la realidad ha de declarar el tribunal.

De otra, la finalidad de la tutela cautelar podría quedar frustrada, en algunos casos, si la contradicción del demandado hubiera de ser previa a la resolución sobre la solicitud de la misma.

En atención a estas consideraciones, la LECiv no fija «ex lege» la procedencia o no de la audiencia previa del demandado, sino que, tras establecer la audiencia previa como regla general, apodera al tribunal para excluirla en ciertos casos.

Específicamente:

1º) El tribunal acordará resolver sobre la solicitud de medidas con previa audiencia del demandado en la forma establecida en el artículo 734 LECiv, cuando el solicitante no haya pedido la resolución sin previa audiencia y cuando, habiéndola pedido, no hubiera acreditado la concurrencia en el caso de las razones legales para proceder sin previa audiencia.

2º) El tribunal acordará resolver sobre la solicitud de medida cautelar sin previa audiencia del demandado, si el solicitante lo pide y acredita «que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar» (art. 733.2 LECiv).

Concurre urgencia si la conducta constitutiva del peligro por la mora procesal estuviera preparada o se hubiera incoado con riesgo de consumar el perjuicio si hubiera que esperar a la celebración de vista.

El segundo criterio permite excluir la audiencia previa por cualquier razón, distinta de la urgencia, que pudiera impedir la efectividad de la medida solicitada, como,

por ejemplo, que el traslado de la solicitud sirviera de preaviso al demandado y le instigara a actualizar la conducta constitutiva de peligro por la mora procesal.

C) ACTUACIONES HASTA LA RESOLUCIÓN SOBRE LA MEDIDA CAUTELAR EN CASO DE PROCEDIMIENTO SIN AUDIENCIA PREVIA DEL DEMANDADO

Si el tribunal decide resolver sobre la solicitud sin audiencia previa del demandado no hay, en apariencia, ninguna actuación intermedia entre la solicitud y el auto por el que se acuerdan las medidas, pues éstas «se acordarán sin más trámites, en el plazo de cinco días» (art. 733.2, párr. 1º, LECiv).

A pesar de esta falta de trámites adicionales es necesario que los presupuestos de la medida sean acreditados.

En general esto puede hacerse acompañando a la solicitud no sólo justificaciones documentales, sino también dictámenes periciales, informes de profesionales de la investigación privada (acreditamientos testificales) y medios consistentes en instrumentos de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen (art. 382 LECiv), o de archivo y reproducción de datos (art. 384 LECiv).

Para supuestos especiales (medidas relacionadas con la prohibición o cesación de actividades ilícitas) la LECiv establece unas posibilidades de que el tribunal acuerde unas comprobaciones, a instancia de parte, mediante las cuales se puede acreditar hechos que la parte no ha podido acreditar con medios de acreditamiento de las clases mencionadas en el párrafo anterior (art. 732.2, párr. 2º).

D) PROCEDIMIENTO EN CASO DE RESOLUCIÓN CON AUDIENCIA PREVIA DEL DEMANDADO

El procedimiento sobre la solicitud de medidas cautelares con previa audiencia del demandado está regulado por el artículo 734 LECiv. Responde, en líneas generales, a la estructura del juicio verbal, porque el demandado no tiene posibilidad de contestación escrita, sino que se señala una vista en la que el demandado puede formular oralmente sus alegaciones defensivas y en la que se practican los medios de acreditamiento propuestos por las partes.

La defensa del demandado puede presentar diversas modalidades.

a) Defensa del demandado referida a la falta de presupuestos de las medidas cautelares solicitadas

En la ordenación de la tutela cautelar anterior a la nueva LECiv era un tema doctrinal y jurisprudencialmente debatido si la defensa del demandado podía extenderse al presupuesto de apariencia de buen derecho.

El artículo 734.2 LECiv despeja, a mi juicio, toda duda, sobre la amplitud de la defensa del demandado al permitir que exponga lo que convenga a su derecho y se sirva de cuantas pruebas disponga, que se admitirán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares.

El criterio de la pertinencia se refiere, expresamente, a los medios de acreditamiento, pero podría extenderse a las alegaciones. También la admisibilidad de éstas dependerá de que se refieran a los presupuestos de las medidas cautelares. Por otra parte, la relación de pertinencia se refiere, claramente, a todos los presupuestos de las medidas. No sólo al peligro por la mora procesal y a la caución, sino también a la apariencia de derecho.

Ahora bien, está justificado que se limite el debate procesal, principalmente sobre el presupuesto de apariencia de buen derecho, porque para el mismo es suficiente un juicio de probabilidad sobre el fundamento de la pretensión principal.

Esta justificada limitación se produce en el régimen de la admisión de los medios de acreditamiento en la vista, porque esa admisión depende de que las partes estén en condiciones de practicarlos inmediatamente, por disponer de los documentos, objetos o instrumentos necesarios para la práctica del medio y por estar a disposición del tribunal las personas en cuya declaración consista el medio de acreditamiento.

A mi juicio esta conclusión, además de ser perfectamente coherente con la urgencia del procedimiento cautelar y con la restricción del debate y de la cognición judicial propia del mismo, deriva, por un lado, de que el artículo 734.2, párrafo primero LECiv dispone que «las partes se servirán de cuantas pruebas dispongan», v. por otro lado, de que sólo permite la suspensión de la vista para posibilitar la práctica de prueba respecto del reconocimiento judicial (art. 734.2, párr. 1º, inciso segundo LECiv).

b) Solicitud del demandado de sustitución de la medida por la prestación de una caución

La facultad de instar la sustitución de la medida cautelar por la prestación de una caución tiene carácter defensivo porque posibilita al sujeto pasivo obtener una situación más favorable para él que la medida específica decretada.

Normalmente la petición de sustitución por caución la realizará el demandado en acumulación eventual a su defensa referida a la falta de presupuestos de la medida solicitada. No obstante, aunque el demandado sólo haya pedido la sustitución por caución, el pronunciamiento sobre esta petición siempre será subsidiario del pronunciamiento sobre la medida, porque sólo procede hacerlo en el caso de que este último sea estimatorio.

E) LA RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR Y LOS RECURSOS CONTRA LA MISMA

a) La resolución sobre la solicitud de la medida cautelar

Ha de dictarse en forma de auto y su contenido consiste en el enjuiciamiento de la concurrencia, en el caso concreto, de los presupuestos de la tutela cautelar solicitada y en la concreción de la medida cautelar, según las reglas de configuración de las medidas que se trataron antes (arts. 733.1, párr. 1º y 735.2, párr. 1º, LECiv).

Ese enjuiciamiento y concreción de las medidas ha de realizarse en consideración de las peticiones y alegaciones formuladas y de los medios de acreditamiento aportados y practicados en el procedimiento cautelar.

Dado que la sustitución de la medida por una caución ha de ser pedida por el sujeto pasivo por regla general, el tribunal no puede, de oficio, establecer la caución sustitutoria, salvo en el caso de medidas cautelares en materia de patentes (art. 137.1 LP).

El pronunciamiento sobre las costas del procedimiento cautelar está sujeto a las reglas generales del artículo 394.

b) Recursos contra la resolución

En cuanto a los recursos contra el auto que resuelva sobre la solicitud de medidas es necesario distinguir varias situaciones.

1º) Auto dictado sin previa audiencia del demandado

Si el auto es estimatorio de la solicitud no es admisible ningún recurso, sino que el demandado dispone de la posibilidad de oposición (art. 733.1, párr. 2º LECiv).

Si el auto es desestimatorio, el solicitante puede presentar recurso de apelación (art. 736.1 LECiv).

2º) Auto dictado con previa audiencia del demandado

Si el auto es estimatorio es admisible al demandado recurso de apelación, cuya pendency no suspende los efectos de la resolución que ha decretado la medida cautelar (art. 735.2, párr. 2º LECiv).

Si es desestimatorio el solicitante puede presentar recurso de apelación (art. 736.2 LECiv).

3º) Respecto de ambos casos hay que advertir que si las resoluciones son desestimatorias parciales (embargo por menos cantidad que la solicitada, medida menos eficaz que la pedida, medida con caución si se entiende que la caución no es exigible, o con caución más gravosa que la que se estima

procedente), ni el recurso del demandado, ni el del solicitante deben ser obstáculo para la actuación de la medida decretada, en su caso previa constitución de la caución establecida, todo ello sin perjuicio de lo que se resuelva en el recurso.

4º) Contra el auto que resuelva la apelación no cabe ningún otro recurso ante los tribunales ordinarios.

F) LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE ACUERDA UNA MEDIDA CAUTELAR

Dictado el auto por el que se adopta una determinada medida cautelar existe título para la ejecución de la misma (arts. 517.2.9º y 738 LECiv).

Esencialmente es correcto hablar de una ejecución del auto que ha acordado una medida cautelar, puesto que existe una actividad judicial, jurídicamente regulada, destinada a ajustar la realidad a lo dispuesto como medida cautelar en el auto correspondiente, prescindiendo de la voluntad del sujeto pasivo o ejerciendo coacción sobre ella para conseguir el ajuste antes apuntado. Que se trate de una actividad ejecutiva no significa que le sea de aplicación íntegra el régimen de la ejecución forzosa previsto en los Títulos I al V del Libro III de la LECiv.

a) Aspectos comunes de la ejecución

Según el artículo 738.1 LECiv «Acordada la medida cautelar y prestada la caución se procederá, de oficio, a su inmediato cumplimiento». Esta disposición regula la iniciación de la ejecución del auto que ha acordado una medida cautelar de modo diferente a la ejecución forzosa.

No son aplicables las normas relativas a la demanda ejecutiva —ni siquiera en la forma simplificada del art. 549.2 LECiv—, ni al despacho de ejecución. Tampoco el plazo de espera para la ejecución de resoluciones judiciales que estatuye el artículo 548 LECiv.

Por otra parte, el auto es ejecutable aunque no sea firme (art. 735.2, párr. 2º, LECiv).

La prestación de la caución sustitutoria de la medida cautelar, en el caso de que haya sido fijada por el tribunal, incide sobre la ejecución de la medida de modo diferente según el momento en que la caución se preste por el sujeto pasivo.

1º) Impide la ejecución de la medida cautelar: si la caución está fijada en el auto que ha concedido la medida, el sujeto pasivo puede, mediante su efectiva constitución, evitar las actuaciones para el cumplimiento forzoso de la medida.

E) LA RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR Y LOS RECURSOS CONTRA LA MISMA

a) La resolución sobre la solicitud de la medida cautelar

Ha de dictarse en forma de auto y su contenido consiste en el reconocimiento de la concurrencia, en el caso concreto, de los presupuestos de tutela cautelar solicitada y en la concreción de la medida cautelar, según las reglas de configuración de las medidas que se trataron antes (art. 735.1 párr. 1º y 735.2, párr. 1º, LECiv).

Ese enjuiciamiento y concreción de las medidas ha de realizarse en consideración de las peticiones y alegaciones formuladas y de los medios de acreditamiento aportados y practicados en el procedimiento cautelar.

Dado que la sustitución de la medida por una caución ha de ser pedida por el sujeto pasivo por regla general, el tribunal no puede, de oficio, establecer la caución sustitutoria, salvo en el caso de medidas cautelares en materia de patentes (art. 11 L.P.).

El pronunciamiento sobre las costas del procedimiento cautelar está sujeto a las reglas generales del artículo 394.

b) Recursos contra la resolución

En cuanto a los recursos contra el auto que resuelva sobre la solicitud de medidas es necesario distinguir varias situaciones.

1º) Auto dictado sin previa audiencia del demandado

Si el auto es estimatorio de la solicitud no es admisible ningún recurso, sino que el demandado dispone de la posibilidad de oposición (art. 735.2, párr. 2º LECiv).

Si el auto es desestimatorio, el solicitante puede presentar recurso de apelación (art. 736.1 LECiv).

2º) Auto dictado con previa audiencia del demandado

Si el auto es estimatorio es admisible al demandado recurso de oposición, cuya pendency no suspende los efectos de la resolución que ha dictado la medida cautelar (art. 735.2, párr. 2º LECiv).

Si es desestimatorio el solicitante puede presentar recurso de apelación (art. 736.2 LECiv).

3º) Respecto de ambos casos hay que advertir que si las resoluciones son desestimatorias parciales (embargo por menos cantidad que la solicitada, medida menos eficaz que la pedida, medida con caución si se entiende que la caución no es exigible, o con caución más gravosa que la que se solicitó), ni el recurso del demandado, ni el del solicitante deben ser óbice para la actuación de la medida decretada, en su caso previa constitución de la caución establecida, todo ello sin perjuicio de lo que se resuelva en el recurso.

4º) Contra el auto que resuelva la apelación no cabe ningún otro recurso ante los tribunales ordinarios.

F) LA EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE ACUERDA UNA MEDIDA CAUTELAR

Dictado el auto por el que se adopta una determinada medida cautelar en este título para la ejecución de la misma (arts. 517.2.9º y 738 LECiv).

Esencialmente es correcto hablar de una ejecución del auto que ha acordado una medida cautelar, puesto que existe una actividad judicial, jurídicamente regulada, destinada a ajustar la realidad a lo dispuesto como medida cautelar en el auto correspondiente, prescindiendo de la voluntad del sujeto pasivo o ejerciendo coacción sobre ella para conseguir el ajuste antes apuntado. Que se trate de una actividad ejecutiva no significa que le sea de aplicación íntegra el régimen de la ejecución forzosa previsto en los Títulos I al V del Libro III de la LECiv.

1. Aspectos comunes de la ejecución

Según el artículo 738.1 LECiv «Acordada la medida cautelar y prestada la caución se procederá, de oficio, a su inmediato cumplimiento». Esta disposición regula la iniciación de la ejecución del auto que ha acordado una medida cautelar de modo diferente a la ejecución forzosa.

No son aplicables las normas relativas a la demanda ejecutiva —ni siquiera en la forma simplificada del art. 549.2 LECiv—, ni al despacho de ejecución. Tampoco el plazo de espera para la ejecución de resoluciones judiciales que establece el artículo 517.2.10º LECiv.

Por otra parte, el auto es ejecutable aunque no sea firme (art. 735.2, párr. 2º, LECiv).

La prestación de la caución sustitutoria de la medida cautelar, en el caso de que haya sido fijada por el tribunal, incide sobre la ejecución de la medida acordada de modo diferente según el momento en que la caución se preste por el sujeto pasivo.

1º) Impide la ejecución de la medida cautelar: si la caución está fijada en el auto que ha concedido la medida, el sujeto pasivo puede, mediante su efectiva constitución, evitar las actuaciones para el cumplimiento forzoso de la medida.

2º) Impone el alzamiento de los actos ejecutivos de la medida cautelar. Esto ocurre cuando la caución hubiera sido fijada con posterioridad a la ejecución de la medida (art. 747.1, párr. 1º) o prestada después de la misma.

b) Actividades ejecutivas según el contenido de las medidas

En cuanto al régimen de la actividad ejecutiva específica de las diferentes medidas cautelares hay que distinguir:

a) Medidas cuyos medios ejecutivos se hallan específicamente establecidos por la ley

Están en este caso (art. 738.2 LECiv) el embargo preventivo —la ley remite a los preceptos reguladores del embargo en la ejecución dineraria (arts. 584-633 LECiv), aunque excepciona la obligación del sujeto pasivo de manifestar sus bienes (art. 738.2, párr. 1º, LECiv)—, la administración judicial de bienes productivos —«se procederá conforme a los arts. 630 y ss.»— y las otras medidas consistentes en anotaciones preventivas en registros públicos —«procederá según las normas del registro correspondiente»—.

b) Medidas cuyos medios ejecutivos no se hallan específicamente establecidos por la ley

Para su ejecución se apodera al tribunal de cualesquiera medios ejecutivos previstos por la ley —no, obviamente, a pesar de la referencia a los que fueran necesarios, de cualesquiera medios útiles imaginables—, incluso de los más efectivos por ser los destinados a la ejecución de las sentencias (art. 738.1 LECiv). Tales medios deberán ser aplicados en cuanto sean adecuados para la realización del contenido de la medida cautelar de que se trate.

c) Ejecución en España de resoluciones judiciales extranjeras que acuerdan medidas cautelares

La ejecución en España de resoluciones cautelares dictadas por tribunales extranjeros, plantea, principalmente, el problema de la procedencia del «*exequatur*» con arreglo al Derecho convencional o interno aplicable.

En materia de «*exequatur*» de resoluciones cautelares extranjeras nuestro Derecho interno autónomo no ofrece otra solución que la de las normas comunes de los artículos 951 y siguientes de la LECiv/1881, que, de acuerdo con la disposición derogatoria única.1.3ª de la Ley 1/2000, continuarán en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil. Esas normas sólo admiten a «*exequatur*» las sentencias firmes (art. 951 LECiv), lo que constituye un obstáculo insoslayable para la declaración de ejecutividad de resoluciones cautelares, dejando a un lado lo inadecuado del procedimiento común del «*exequatur*» para aplicarlo con efectividad a una resolución cautelar.

Por otro lado, España no es parte en el Convenio multilateral más amplio sobre esta materia (el de La Haya de 17 de marzo de 1969), aunque, como confirmación de la tendencia restrictiva del «*exequatur*» de resoluciones cautelares extranjeras, el

artículo 2 de este Convenio las excluye de su ámbito de aplicación y el artículo 23.4 del mismo remite a convenios bilaterales la posibilidad de extender a tales resoluciones el procedimiento de «*exequatur*».

Puede obtenerse la ejecución de resoluciones cautelares al amparo del Reglamento núm. 44/2001. El artículo 32 del Reglamento 44/2001 concibe de manera muy amplia las resoluciones para cuya ejecución es adecuado ese procedimiento, por lo que no habría obstáculo para estimar comprendidas las resoluciones judiciales cautelares.

No obstante, el TJCE introdujo, y mantiene por el momento, una limitación a la anterior conclusión. El «*Oberlandesgericht*» de Frankfurt a. M. suscitó cuestión prejudicial, con ocasión de pretenderse obtener la ejecución en Alemania de una «*ordonnance sur requête*» dictada por el Presidente de un tribunal francés, que decretaba un embargo preventivo sin previa audiencia del sujeto pasivo.

La STJCE 21 de mayo de 1980, asunto *Denilauler c. Couchet Frères* resolvió la cuestión prejudicial en el sentido de que las resoluciones que han decretado medidas provisionales o cautelares sin previo emplazamiento para ser oída de la parte contra la que se decretan, no pueden acceder al régimen de reconocimiento y ejecución previsto en el Título III del Convenio de Bruselas.

Respetando la esencia de la tesis del TJCE, puede entenderse que no es que este régimen sea inaplicable a las resoluciones cautelares, sino que hay causa para la denegación de la ejecución si no se acredita, al pedirla, que existió una posibilidad efectiva de audiencia previa. Se trata, pues, del cumplimiento de uno de los requisitos para la ejecución.

d) Ejecución de decisiones arbitrales que acuerdan medidas cautelares

El art. 23.1 LArb permite que las medidas cautelares instrumentales de un arbitraje sean acordadas por los árbitros, si las partes no han excluido esa facultad. La potestad de ejecución sigue reservada a los tribunales del Estado.

Tribunal competente para la ejecución será el Juzgado de Primera Instancia del lugar de emisión de la decisión arbitral cautelar (arts. 23.2 y 8.4 LArb).

La ejecución se rige por lo dispuesto en LECiv (arts. 23.2 y 44 LArb), lo que, principalmente, comporta que se aplican las normas sobre solicitud, despacho y oposición a la ejecución.

Decretada la ejecución, no debe ser suspendida a causa de la interposición por el sujeto pasivo de la medida de acción de anulación contra la decisión arbitral, pero puede ser suspendida en ese caso si lo solicita y presta caución (arts. 23.2, 40-42 y 45 LArb).

G) OPOSICIÓN A LA MEDIDA CAUTELAR DECRETADA SIN AUDIENCIA PREVIA

Si la medida fue decretada sin audiencia previa del sujeto pasivo de la misma, el derecho de defensa de éste se garantiza mediante una posibilidad de oposición, configurada por los artículos 739 al 742 LECiv.

El sujeto pasivo de la medida tiene la carga de formular la oposición sin que ello signifique que recaiga sólo sobre él la carga de alegación y acreditamiento de todo lo que determine la procedencia del alzamiento o modificación de la medida cautelar.

Una parte de las cuestiones problemáticas de la oposición coinciden en su planteamiento y solución, con las que se trataron en el procedimiento con audiencia previa: la amplitud con la que son admisibles las defensas del sujeto pasivo de la medida –el art. 740 LECiv es aún más contundente en el sentido de que la defensa del sujeto pasivo puede extenderse a todos los presupuestos y al contenido de la medida–, el régimen del señalamiento y desarrollo de la vista, la resolución –ahora, la nueva resolución– sobre la medida cautelar y el régimen de recursos contra ella.

El procedimiento de la oposición consta de un acto escrito del sujeto pasivo de la medida, que ha de ser presentado en el plazo preclusivo establecido por el artículo 739 LECiv –veinte días contados desde el siguiente a la notificación del auto que acuerda la medida cautelar–, y de una vista, previa a la cual se habrá dado traslado del escrito al solicitante de la medida (art. 741.1 LECiv).

La resolución sobre la oposición se dicta en forma de auto en el plazo de cinco días posteriores a la vista (art. 741.2 LECiv) y contiene dos clases de pronunciamientos: los principales, que están referidos a la medida cautelar, y los accesorios, que versan sobre la indemnización de daños y perjuicios y sobre las costas.

Los pronunciamientos principales versan sobre la medida inicialmente acordada y pueden producirse en alguno de los sentidos siguientes:

1º) Declaración de nulidad del auto y de las actuaciones que lo precedieron desde la que ordenó proceder sin previa audiencia del demandado, en caso de haberse estimado nulidad por no concurrir los presupuestos que permiten excluir la audiencia previa.

2º) Revocación o confirmación totales de la medida decretada inicialmente, por estimar, respectivamente, que no concurren o que concurren sus presupuestos.

3º) Revocación parcial del auto de concesión, con modificación de la medida decretada, bien sea dándole un contenido diferente y menos perjudicial para el sujeto pasivo, bien sea imponiendo la caución-presupuesto o aumentando la cuantía de esta.

4º) En caso de mantenimiento total o parcial de la medida, podrá resolver, si lo ha pedido el opositor, sobre la sustitución de la misma por la prestación de una caución.

Sobre las costas se resuelve con arreglo a las normas generales del artículo 394 LECiv.

La condena a indemnizar daños y perjuicios está regida por el artículo 741.2, párrafo tercero LECiv: «Si alzare las medidas cautelares, condenará... al pago de los daños y perjuicios que éstas hayan producido». Se trata de una norma de responsabilidad objetiva, ligada al hecho del alzamiento de la medida, al daño producido por su concesión, e independiente de toda valoración de culpa en la conducta del solicitante de la medida cautelar.

II) LA VARIABILIDAD DE LAS RESOLUCIONES SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES

a) En general

Concluidas las actividades del procedimiento cautelar ¿deviene inmodificable la resolución sobre la medida cautelar que hubiera acabado por dictarse?

Agotadas las posibilidades de recurso y de formular oposición, y firme, en consecuencia, la resolución dictada sobre la medida ¿es o no admisible un nuevo pronunciamiento acerca de medidas cautelares instrumentales del mismo proceso principal?

La respuesta a la última cuestión es afirmativa. La resolución sobre la medida –y, en su caso, la medida misma– es modificable.

Son diferentes las causas de la modificación, también los procedimientos para realizarla y otros efectos jurídicos de la misma. Específicamente:

1º) Las resoluciones firmes que hubieran concedido una medida cautelar están expuestas, en primer lugar, a las causas de extinción que derivan de su relación de instrumentalidad con el proceso principal, del modo que veremos más adelante.

2º) Las resoluciones que hubieran concedido una medida cautelar están expuestas a la modificación consistente en la sustitución de la medida específica por una caución, modificación que puede obtenerse del tribunal antes de que la resolución sobre la medida sea firme (pidiendo la sustitución por caución en la vista previa a la resolución sobre la medida o en la oposición, en sus respectivos casos) o después de la firmeza de tal resolución. Ocurre lo segundo cuando la petición de sustitución por caución se formula de modo independiente o separado, con arreglo a lo que autoriza el artículo 747 LECiv.

3º) Por fin, cualesquiera resoluciones sobre una medida cautelar —las que la denegaron y las que la concedieron— pueden ser modificadas —entiéndase también como modificación la posibilidad de dictar resolución estimativa cuando antes la petición fue denegada— en virtud de lo que, genéricamente, se puede denominar ahora cambio de los hechos y circunstancias relevantes para resolver sobre la tutela cautelar.

- b) **Admisión de nuevos pronunciamientos sobre medidas cautelares que ya han sido objeto de resolución firme: nueva petición de medidas denegadas y petición de modificación de medidas decretadas**

La LECiv establece dos disposiciones sobre esta materia. Por un lado el artículo 736.2 LECiv —que considera el supuesto de denegación por resolución firme—, según el cual «Aun denegada la petición de medidas cautelares, el actor podrá reproducir su solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición». Por otro lado el artículo 743 LECiv —referido a resoluciones firmes que han decretado medidas— a cuyo tenor «Las medidas cautelares podrán ser modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas».

El problema principal es el de la calidad que han de tener los datos aducidos, para que ese nuevo pronunciamiento deba considerarse permitido por los artículos citados.

Es pacífico que tienen la calidad necesaria los hechos y circunstancias relevantes para la concurrencia de los presupuestos de las medidas, que no existían o que eran desconocidos en el momento de producirse la preclusión de las posibilidades de alegación y de acreditamiento en el procedimiento que ha conducido a que se dictara la resolución firme sobre la tutela cautelar.

Continuará, sin embargo, siendo dudoso y discutible si la aportación de medios de acreditamiento nuevos o descubiertos con posterioridad al momento procesal relevante, constituirá un dato de la calidad requerida. A favor de la respuesta afirmativa cabe argumentar que en el proceso principal —del que, según la LECiv, el procedimiento cautelar es un incidente— hay excepciones a la preclusión que permiten aportar medios de prueba nuevos o de nuevo conocimiento (arts. 270, 271 y 460 LECiv).

RELACIONES ENTRE LA TUTELA CAUTELAR Y EL PROCESO PRINCIPAL

La característica de instrumentalidad de la tutela cautelar vincula ésta y su estabilidad a un proceso principal de cuya sentencia está destinada a garantizar la efectividad. Esta característica condiciona una serie de aspectos

del régimen jurídico de las medidas cautelares, que expresan la relación de las mismas con el proceso principal.

El régimen de la instrumentalidad de las medidas cautelares se aplica más ágilmente si la competencia para conocer del procedimiento sobre ellas corresponde al mismo tribunal que tiene competencia para el proceso principal. Así ocurre en nuestro ordenamiento, por regla general, como consecuencia de los artículos 723 y 730.2, párrafo segundo LECiv.

Su aplicación plantea problemas especiales si la competencia corresponde a órganos diferentes, como es el caso de las medidas instrumentales de un arbitraje o de un proceso principal para el que sea competente un tribunal extranjero. El tribunal competente para la medida cautelar, que es, respectivamente, un órgano jurisdiccional estatal y un tribunal español, es el que ha de dar lugar a las diferentes consecuencias del régimen de la instrumentalidad a partir de la constancia ante el mismo, por el procedimiento debido, de las diversas situaciones relevantes del proceso principal que no se desarrolla ante él.

A) ADMISIBILIDAD DE MEDIDAS PREVIAS AL PROCESO PRINCIPAL

La LECiv ha hecho más rigurosa la incidencia de la instrumentalidad sobre la relación entre adopción de medidas cautelares e inicio del proceso principal y ha restringido la admisión de medidas previas únicamente al supuesto de que concurren «razones de urgencia y necesidad» (art. 730.2, párr. 1º, LECiv).

a) Requisitos para el mantenimiento de las medidas previas

En caso de que se hubieran concedido medidas antes de iniciarse el proceso principal la instrumentalidad impone la presentación de la demanda dentro de los veinte días siguientes a la adopción de las medidas (art. 730.2, párr. 2º, LECiv). Por adopción ha de entenderse concesión de las medidas, no ejecución de las mismas. Más exactamente el plazo debería transcurrir desde el día siguiente a la notificación del auto (art. 133.1 LECiv).

Los requisitos para que se mantenga una medida cautelar adoptada previamente al proceso principal son:

1º) Presentación de la demanda principal en la que se interponga una pretensión procesal que se corresponda con la situación jurídica cautelable que se alegó para obtener la medida previa.

2º) Presentación en el plazo legal de veinte días. De acuerdo con la regla general del artículo 134.2 LECiv el plazo puede ser interrumpido si la fuerza mayor impide cumplirlo y se reanudará su cómputo cuando ésta cese.

3º) La presentación de la demanda debe realizarse «ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas» (art. 730.2, párr. 2º, LECiv).

4º) Admisión de la demanda del proceso principal, aunque la falta relevante para entender cumplido en plazo el requisito, es la de presentación, a la que se retrotraen los efectos de la admisión posterior (como en la litispendencia —art. 410 LECiv—).

Hay especialidades en el caso de medidas instrumentales de un arbitraje o de un proceso que deba iniciarse ante un tribunal extranjero.

De entrada, el acto necesario para el mantenimiento de las medidas previstas consiste en la presentación de la demanda principal ante el tribunal que las acordó. Este tribunal, cuya competencia para acordar las medidas regula por el artículo 724 LECiv, no puede conocer del asunto principal, porque está sometido a arbitraje o corresponde a la competencia de un tribunal extranjero.

No obstante, aunque exista disociación entre la competencia para conocer el procedimiento cautelar y competencia para el proceso principal, la instrumentalidad —y el contenido normativo esencial del art. 730.2, párr. 2º, LECiv— requieren que, en un plazo determinado, la parte que obtuvo las medidas haya realizado los actos necesarios para que se inicie el procedimiento arbitral (arts. 722, párr. 1º, 730.3 LECiv) o el proceso ante el tribunal extranjero.

b) Efectos de los actos relativos al mantenimiento de las medidas previstas

En cuanto a los efectos principales, la falta de realización de los actos necesarios y en el plazo establecido produce, por ese solo hecho, por disposición de la ley y sin necesidad de instancia del sujeto pasivo, la extinción de la eficacia jurídica de las medidas. En este sentido dispone el artículo 730.1, párrafo segundo LECiv: «Las medidas que se hubieran acordado quedan sin efecto si la demanda no se presentare...».

Por otra parte el mismo artículo dispone que «El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados». De manera que no sólo la extinción de la eficacia jurídica de la medida se producirá «ex lege», sino que los actos por los que se revocan las actividades de cumplimiento (asientos en registros públicos, comunicaciones a administradores, depositarios o interventores judiciales y personas requeridas para adoptar cierta conducta o abstención) deben ser realizados también sin necesidad de instancia del sujeto pasivo.

Otros efectos son la imposición de las costas al que hubiera obtenido la medida y el pronunciamiento de que es responsable de los daños y perjuicios causados.

81. CONSECUENCIAS DE LA PARALIZACIÓN DEL PROCESO PRINCIPAL SOBRE LA TUTELA CAUTELAR

Normalmente la paralización del proceso principal no debe determinar la extinción de la medida cautelar, porque la litispendencia permanece. No obstante esa regla tiene justificadas excepciones. Según el artículo 731.1, párrafo segundo LECiv: «Tampoco podrá mantenerse una medida cautelar si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida».

Este supuesto no concurre, por ejemplo, en los casos de suspensión por cuestiones prejudiciales (arts. 40, 42 y 43 LECiv), aunque la suspensión haya sido pedida por el solicitante de la medida. En este caso la causa de la suspensión es la cuestión prejudicial cuya incidencia en el proceso principal ha sido apreciada por el juez.

El caso más frecuente de concurrencia de este supuesto de extinción será el de suspensión del proceso por acuerdo de las partes (arts. 19.4 y 179.2 LECiv). Téngase en cuenta, por otro lado, que como cada parte puede reanudar el proceso con un acto unilateral, la simple omisión de ese acto por la parte solicitante de la medida determina que la suspensión le sea imputable.

82. CONSECUENCIAS SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE LA TERMINACIÓN DEL PROCESO PRINCIPAL

Hay que distinguir según la resolución que ponga fin al proceso principal si no haya adquirido aún firmeza y que haya ya adquirido esa calidad.

a) Resolución de terminación del proceso principal no firme

1) *No estimatoria de la demanda*

Si la resolución no firme que termina el proceso principal es una sentencia absolutoria del demandado, el tribunal ordenará el inmediato alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, salvo que el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta; sobre esa petición será vista la parte contraria y, en todo caso previo aumento de la caución, podrán acordarse nuevas medidas o mantenerse las adoptadas. (art. 744 LECiv). A pesar de lo dispuesto en artículo 723 LECiv, la competencia para resolver sobre la tiene el Tribunal «a quo».

2) *Estimatoria de la demanda*

Si, por el contrario, se tratara de una sentencia estimatoria de la demanda (o de resolución equivalente: transacción judicial), la medida sólo podrá ser alzada si, a petición del vencedor, se hubiera despachado la ejecución provisional y la medida guardara relación con los pronunciamientos que se ejecutan (art. 731.2 LECiv). La mera posibilidad de instar la ejecución provisional no es causa para el alzamiento de la medida, porque esa

modalidad de ejecución es una facultad para la parte procesal favorecida por la sentencia, e, incluso, si una vez instada queda en suspenso por alguna razón, las medidas cautelares subsisten (art. 530.2, al final, LECiv).

b) Resolución de terminación del proceso principal firme

a') No estimatoria de la demanda

El artículo 745 LECiv se refiere a los supuestos de terminación con sentencia absolutoria o por renuncia o desistimiento, y dispone que las medidas serán alzadas de oficio. Los supuestos han de ser completados por todos los demás en los que el proceso termina sin estimación de la pretensión (acción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto, diversos supuestos de caducidad de la audiencia previa o actividad procesal similar en el juicio verbal, caducidad del procedimiento en la primera instancia).

La responsabilidad por daños y perjuicios de quien obtuvo la medida cautelar será liquidada en el procedimiento especial adecuado, pero el artículo 745 LECiv no dispone con claridad que sea, en todo caso, una responsabilidad objetiva.

b') Estimatoria de la demanda

Si el proceso ha terminado por sentencia estimatoria de la pretensión la LECiv establece una mínima regulación específica de la doctrina conocida como «conversión de las medidas cautelares en medidas ejecutivas».

Según el artículo 731.1 LECiv las medidas sólo serán alzadas, en su caso, si en el plazo de veinte días desde la notificación al ejecutado del auto que constituye título ejecutivo, el ejecutante no hubiera solicitado la ejecución. Es decir, el mantenimiento de las medidas no depende de la simple disponibilidad de un título ejecutivo, sino de la presentación de la demanda ejecutiva en plazo determinado.

Por otra parte, como el artículo citado equipara a las sentencias absolutorias «los autos equivalentes» se aclara la situación en que quedan las medidas cautelares si el proceso termina por transacción judicial. Es evidente que el proceso no termina con sentencia estimatoria de la demanda, pero la transacción judicial es título de ejecución, por lo que está justificado mantener las medidas.

El artículo 731.1 LECiv no es directamente aplicable en el caso de que la tutela judicial en garantía de cuya efectividad se hubieran adoptado las medidas cautelares y que hubiera sido otorgada por la sentencia firme, fuera constitutiva o meramente declarativa. En estos casos no procede el despacho de ejecución (art. 521 LECiv), cuya solicitud debe ser rechazada (art. 521

LECiv). Para evitar el absurdo de que las medidas tengan, en este caso, una eficacia indefinida cabe postular una aplicación analógica del artículo 731.1 LECiv en la que, en vez de solicitar la ejecución dentro del plazo legal, lo relevante para mantener las medidas será haber solicitado al tribunal, dentro de ese plazo, las actuaciones precisas para la eficacia de la sentencia (arts. 521.2, 522 LECiv).

RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD POR LA UTILIZACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR

Un régimen efectivo de la responsabilidad por la utilización de la tutela cautelar es esencial para contrapesar los riesgos que la misma supone para el sujeto pasivo, dado que se fundamenta en un juicio esencialmente inseguro (aparición de buen derecho, previsión de impedimentos a la efectividad de la tutela que se conceda en el proceso principal).

Para la efectividad de este régimen se requiere que el mismo presente las siguientes características:

1º) No estimar suficiente, por regla general, la ordinaria responsabilidad del patrimonio, sino exigir una garantía patrimonial concreta y específica para el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida a la indemnización de daños y perjuicios causados por la misma cuando, por diversas razones, no ha servido al fin para el que la norma la establece. Sobre esto hay que remitir a lo que se expuso sobre la caución como presupuesto de las medidas.

2º) Unas normas jurídico-materiales rectoras de la atribución de la responsabilidad adecuadas a las características de las conductas que hacen nacer la responsabilidad. En diversos supuestos, que se han ido apuntando, la ley configura esta responsabilidad como objetiva. En defecto de norma expresa es dudoso si la responsabilidad es objetiva o por culpa (art. 1902 CC).

3º) Un cauce procesal económico para declarar las consecuencias de la responsabilidad y ejecutarlas. El artículo 742 LECiv —al que remiten otros— establece que se liquidará la indemnización —a los efectos de la posterior ejecución— en procedimiento incidental del proceso principal (art. 712 LECiv), lo que evita tener que acudir al proceso declarativo adecuado por la cuantía.

Capítulo 38

JOSÉ BONET NAVARRO

SUMARIO.—LA TÉCNICA MONITORIA.—ÁMBITO DE ADECUACIÓN DEL MONITORIO COMÚN.—PETICIÓN DE REQUERIMIENTO DE PAGO Y REQUERIMIENTO.—A) Órgano jurisdiccional al que se formula la petición: competencia objetiva y territorial.—B) Petición de requerimiento de pago.—C) Postulación sobre la no preceptividad de la asistencia de abogado y representación por procurador.—D) Control de la admisión de la petición y requerimiento de pago.—E) Pago.—INACTIVIDAD DEL REQUERIDO Y DESPACHO DE EJECUCIÓN.—OPOSICIÓN DEL REQUERIDO Y RESOLUCIÓN EN JUICIO DECLARATIVO QUE CORRESPONDA.—ESPECIALIDADES DEL PROCESO MONITORIO EN MATERIA DE PROPIEDAD HORIZONTAL.—EL PROCESO MONITORIO ESPECIAL PARA CRÉDITOS TRANSFRONTERIZOS.—RECLAMACIÓN DE DERECHOS Y SUPLENIDOS POR EL PROCURADOR Y DE HONORARIOS POR EL ABOGADO (ARTS. 34 Y 35 LECIV).

LA TÉCNICA MONITORIA

Proceso monitorio puede ser considerado todo aquel en el que se instrumenta la llamada técnica monitoria. En derecho español ésta consiste básicamente en el requerimiento que efectúa el juez, previa petición de quien es titular de un crédito documentado y que cumple determinados requisitos, para que en un determinado plazo el deudor pague o formule oposición pues, en caso contrario, se despachará la ejecución propia de la sentencia de condena.

La técnica monitoria supone, mediante la puesta en práctica de un «juego» de eventualidades, un importante avance respecto de la situación anterior pues potencia las garantías del deudor que se opone y, sobre todo, abrevia el procedimiento en caso de que el deudor adopte una actitud pasiva.

El núcleo esencial del proceso monitorio consiste en el requerimiento de pago previa petición del acreedor y admisión de la misma por el juez. A partir del requerimiento todo es eventual en función de la actitud que adopte el deudor: a) Si paga, se pone fin; b) Si formula oposición, ésta se ventilará en el procedimiento «común», de modo que se potencian las garantías del derecho en cuanto se resolverá en un proceso plenario; c) Si el deudor no hace nada, se simplifica el procedimiento excluyéndose todo trámite, pues procederá despachar ejecución.

Esta técnica caracteriza sin duda alguna el proceso monitorio regulado en los arts. 812 a 818 LECiv, incluidas las especialidades previstas en el art. 21 de la Ley de Propiedad Horizontal en los casos en que la obligación consista en gastos de comunidad, así como el procedimiento monitorio especial regulado en el Reglamento (CE) 1896/2006, de 12 de diciembre, por la reclamación de ciertos créditos de carácter transfronterizo. Asimismo, no obstante su naturaleza especial, esta técnica monitoria también se inserta en otros procesos, como el juicio cambiario de los arts. 819 a 824 LECiv, y hasta incluso los procedimientos para la reclamación de gastos suplidos por el procurador (art. 34 LECiv) y de honorarios por el abogado (art. 35 LECiv).

La naturaleza jurídica del proceso monitorio, si se comprende el pago de eventualidades que supone, y no se vislumbra solamente el mero cumplimiento de pago, ha de ser jurisdiccional y, además, de cognición o declarativa. De esta forma se explica que, en caso de pasividad del deudor, al resultado del proceso monitorio se dota de cosa juzgada y a continuación se procede a la ejecución «conforme a lo dispuesto para la de sentencias judiciales» (art. 816.2 LECiv).

ÁMBITO DE ADECUACIÓN DEL MONITORIO COMÚN

Podrá reclamarse una obligación dineraria y líquida, expresada en euro o en moneda extranjera convertible y admiuida a cotización oficial.

No se exige una cantidad mínima para su admisibilidad, sino que se establece un tope máximo de 30.000 €. Este importe máximo se refiere a la obligación documentada, es decir, al principal de la deuda incluyendo los intereses a devengados si son objeto de reclamación, sin incluir los gastos y costas.

Igualmente, como ocurría en el juicio ejecutivo, la obligación debe hallarse vencida. Por lo general, el cumplimiento de este requisito constará y derivará del propio documento que se adjunte con la «petición» de inicio del proceso, en caso contrario, el acreedor deberá hacerlo constar razonadamente.

Por último, la obligación ha de encontrarse documentada del siguiente modo:

1ª Mediante documentos, cualquiera que sea su forma y clase o el soporte físico en que se encuentren, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o con cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor.

2ª Mediante facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas, telefax o cualesquiera otros documentos que, aun unilateralmente creados por el acreedor, sean de los que habitualmente documentan los créditos y deudas en relaciones de la clase que aparezca existente entre acreedor y deudor.

Asimismo, sin perjuicio de lo anterior, podrá acudir al proceso monitorio siempre que la obligación cumpla los requisitos legalmente previstos:

1ª Cuando, junto al documento en que conste la deuda, se aporten documentos comerciales que acrediten una relación anterior duradera.

2ª Cuando la deuda se acredite mediante certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de propietarios de inmuebles urbanos.

El requisito consiste, en general, en la constancia por escrito del crédito. Pero no significa que toda expresión escrita de la existencia de la deuda sea apta para iniciar el proceso monitorio. Al estudiar la prueba documental (véase Cap. 15) vimos como el documento consiste en un «objeto en el que se exterioriza cierto pensamiento humano mediante signos materiales y permanentes del lenguaje», ahora bien, no cabe incluir en su ámbito otros medios de prueba como es el caso de la testifical (declaración testifical de terceros aunque se encontrara debidamente documentada), la pericial (un informe escrito de perito sobre la producción de unos daños), etcétera.

De lo previsto en los arts. 812 y 815 LECiv, puede concluirse que los dos primeros tipos de documentos requerirán que el juez valore que constituyen la prueba del derecho del peticionario, confirmado por lo que se expone en la petición.

PETICIÓN DE REQUERIMIENTO DE PAGO Y REQUERIMIENTO

A) ÓRGANO JURISDICCIONAL AL QUE SE FORMULA LA PETICIÓN: COMPETENCIA OBJETIVA Y TERRITORIAL

En primer lugar, la «petición inicial del procedimiento monitorio» ha de dirigirse al órgano jurisdiccional competente, es decir, conforme al art. 813 LECiv, al «Juez de Primera Instancia del domicilio o residencia del deudor o, si no fueren conocidos, el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago por el tribunal».

Se excluye la competencia de los Juzgados de Paz.

En caso de desconocimiento del domicilio o residencia, será competente el del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago por el tribunal. De la lectura del precepto, atendida las necesarias garantías de las partes y la prohibición de indefensión, a mi juicio la atribución de competencia territorial en este supuesto, ha de condicionarse a que el deudor efectivamente fuere hallado.

de modo que, en caso contrario, el juez ha de considerarse incompetente territorialmente.

Se trata de una atribución de competencia territorial de carácter imperativo. Si alguna duda se planteaba sobre esta cuestión, se añade que «en todo caso, no serán de aplicación las normas sobre sumisión expresa o tácita contenidas en la Sección Segunda del Capítulo Segundo del Título Segundo del Libro Primero».

Aunque es admisible incluir varios lugares como domicilio, residencia o lugar en que pueda ser hallado el deudor, no se tendrán por hechas tales indicaciones cuando no se correspondan con la población o el partido judicial del juzgado de primera instancia ante el que se presenta la petición en cuanto que tales indicaciones resultarían incompatibles con la competencia del juzgado.

De otro lado, aunque no se menciona expresamente, puede concluirse que en caso de que sean varios los demandados, la competencia se atribuirá por el domicilio o residencia de cualquiera de ellos (por aplicación general del art. 53.2 y analógica del art. 820,II ambos LEC).

En caso de que se constate en el momento de practicar el requerimiento que ninguno de los demandados tiene domicilio, residencia o, en caso contrario, no pudiera ser hallado en el territorio de la circunscripción del juzgado de Primera Instancia ante el que se presentó la solicitud (demanda), procederá dictar resolución de falta de competencia siempre que no hubiera cambiado de domicilio o residencia con posterioridad a la presentación de dicha solicitud.

B) PETICIÓN DE REQUERIMIENTO DE PAGO

Es requisito formal de la petición inicial del procedimiento monitorio, conforme al artículo 814 LECiv, la expresión de la «identidad del deudor, el domicilio o domicilios del acreedor y del deudor o el lugar en que residieran o pudieran ser hallados y el origen y cuantía de la deuda, acompañándose el documento o documentos a que se refiere el artículo 812».

Este precepto, a pesar de su aparente sencillez, plantea algunos problemas no tanto por lo que exige, sino más bien por lo que omite. Entre las dudas que suscita destaca la siguiente:

¿La «petición de requerimiento de pago» constituye una demanda (súplica) o ha de entenderse que se trata de otra categoría distinta? A favor de su no condición de demanda juega el que durante la tramitación de la LECiv así fue denominada decidiéndose finalmente por llamarla «petición» («requête» en Francia; «klage» en Alemania). Sin embargo, si la demanda hay

que entenderla como «un acto procesal de la parte actora que da lugar, si es admitido, a la iniciación del proceso de declaración» (Cap. 11), siendo el monitorio un proceso de declaración, el acto de petición ha de considerarse consecuentemente demanda. Desde luego no se tratará de una demanda completa, sino como mucho sucinta, en cuanto el actor no tiene la carga de formular alegaciones de hechos (salvo la presentación del documento y la expresión del origen y la cuantía de la deuda) ni de fundamentos jurídicos destinados a propiciar la estimación de esa pretensión.

La duda no es baladí, pues no se mencionan ciertos requisitos generales de la demanda (por ejemplo, la identificación del actor que no se menciona en las previsiones del art. 814 LECiv). Si bien el legislador ha preferido no denominarla propiamente demanda, en la medida que el monitorio es un proceso, no puede dudarse que el acto por el que se pide su inicio, es decir, la «petición de requerimiento de pago», constituye técnicamente una demanda. La particularidad es que algunos requisitos de la misma, dadas las especialidades del proceso, resultan ser innecesarios con carácter general (así, postulación); en otros casos, sin embargo, la omisión expresa de ciertos requisitos (como el de hacer constar los datos identificativos del actor) sólo puede explicarse como un olvido del legislador, pues no justifica su ausencia el que el requisito sea de evidente cumplimiento, ni tampoco la necesaria simplicidad que se pretende del monitorio. Por lo tanto, considero que habrá que entender aplicable en este caso el artículo 437 LECiv. Y las situaciones que se plantean en los supuestos de actores que resulten ser personas físicas sin capacidad y de personas jurídicas en modo alguno pueden ser ajenas al proceso monitorio ni, por tanto, al escrito de petición de requerimiento de pago.

De otro lado, a pesar de que el art. 812 LECiv se exprese en singular, y de los problemas prácticos que pueda suscitar, no encuentro inconveniente jurídicamente relevante para admitir que se formule la petición de proceso monitorio frente a varios deudores, sea por situaciones litisconsorciales como incluso por acumulación.

Si es por acumulación, las actitudes diversas que eventualmente adopten los deudores ante el requerimiento supondrá, en su caso, que se inicie el juicio ordinario que corresponda frente a quien se oponga, que finalice para quien pague, y que se despache ejecución para el resto.

Si es por litisconsorcio, las actitudes diversas, aunque sean menos habituales, supondrá que el monitorio siga por lo más beneficioso: la tramitación de la oposición, sin perjuicio de que el pago de alguno de ellos pueda hacer inoperante (e innecesaria) la ejecución. En cualquier caso, no parece que sea admisible la condena en costas de la oposición a quien no la formule.

C) POSTULACIÓN: SOBRE LA NO PRECEPTIVIDAD DE LA ASISTENCIA DE ABOGADO Y REPRESENTACIÓN POR PROCURADOR

Por otra parte, lo que resulta meridianamente claro es que «para la presentación de la petición inicial del procedimiento monitorio no será preciso valerse de Procurador y Abogado» (art. 814.2 LECiv).

El carácter facultativo es adecuado pues, sin perjuicio de algunos problemas puntuales (integración de capacidad, valoración de suficiencia de la documentación...), la postulación no resulta necesaria. Si se incumplen los presupuestos de admisibilidad, el acreedor siempre podrá reiterar la solicitud subsanando; si se cumplen al acreedor no le queda sino esperar:

a) Que el deudor pague, para lo cual no necesita letrado; b) Que el deudor se oponga, con la apertura del proceso ordinario y la necesidad en su caso de postulación conforme las reglas generales; c) Que el deudor no pague ni se oponga, con lo que procederá la ejecución, para la que sí será preceptivo el letrado, también según las reglas generales.

Con todo, la inexistencia de postulación para el proceso monitorio se adecúa mejor a su núcleo básico de mera reclamación, pues para reclamar y cobrar, aunque sea por vía judicial, ningún acreedor ha necesitado nunca letrado. Para discutir judicialmente, en su caso, y para ejecutar, sí que puede ser necesaria la asistencia técnica y por tanto, está justificada su preceptividad.

D) CONTROL DE LA ADMISIÓN DE LA PETICIÓN Y REQUERIMIENTO DE PAGO

Acto «clave» del proceso monitorio es el de admisión (o inadmisión) de la petición. En contraste con la importancia de este acto, se regula de una forma parcial. Según el artículo 815 LECiv, «si los documentos aportados con la petición fueran de los previstos en el apartado segundo del artículo 812 o constituyeren, a juicio del tribunal, un principio de prueba del derecho del peticionario, confirmado por lo que se exponga en aquélla, se requerirá...» para pagar o para oponerse. De esta expresión puede afirmarse que la «relación» de documentos mediante los que puede iniciarse el proceso no constituye un «numerus clausus», sino que será el juez quien deberá valorar en cada caso si los documentos aportados constituyen o no un principio de prueba.

La posibilidad de inadmisión sólo se deja entrever en este precepto «si... fueran... o constituyeren... requerirá...» por lo tanto, «sensu contrario», no requerirá. Y, desde luego, no la regula expresamente. Así y todo, puede afirmarse que el juez tiene las dos siguientes posibilidades en relación con el requerimiento para que el deudor pague o se oponga.

a) No admitir el citado requerimiento por inadmisión de la demanda de proceso monitorio

El sentido literal del precepto, «sensu contrario», supone la inadmisión de la petición cuando no se cumplan las previsiones del artículo 812 LECiv (puntos 1 y 2), es decir, por falta de requisitos de la obligación (deuda dineraria, vencida y exigible, de cantidad determinada que no exceda de 30.000 €) y por no encontrarse los documentos entre los contemplados o, en su caso, no constituyeren, a juicio del tribunal, un principio de prueba del derecho del peticionario, confirmado por lo que se exponga en aquélla.

Esto significa, por lo tanto, que el juez ha de tener una actitud activa de control riguroso de los requisitos formales tanto de la obligación como de los documentos aportados, incluso ha de controlar con cierto detenimiento la propia petición. Las consecuencias son graves: de entrada, el deudor recibirá una «reclamación», un requerimiento de pago, ya no del acreedor sino del juez; a continuación, salvo que pague o formule oposición, podrá abrirse la ejecución.

Un problema que se plantea, por falta de previsión en la regulación, es si es posible la admisión de la petición sin dar curso a la misma. A mi juicio, dadas las particularidades de este proceso en las que no es preceptiva la postulación procesal, la jurisprudencia sobre la subsanabilidad de ciertos defectos formales, la no eficacia de cosa juzgada de la inadmisión y, en definitiva por economía procesal, no debería descartarse la posibilidad de admisión de la petición sin dar curso a la misma hasta que el defecto fuera subsanado, al menos en los supuestos de falta de alguna de las menciones de la petición.

La inadmisión se resolverá mediante «auto» en el que consten los motivos de inadmisión, contra el que cabrá recurso de apelación (art. 455.1 LECiv), que no estará dotado de eficacia de cosa juzgada.

b) Admitir el requerimiento por admisión de la demanda de proceso monitorio

Si han sido cumplidos los requisitos de la obligación así como su documentación, el juez decidirá la admisión y en unidad de acto requerirá «mediante providencia al deudor para que, en el plazo de veinte días, pague al peticionario, acreditándolo ante el tribunal, o comparezca ante éste y alegue sucintamente, en escrito de oposición, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada» (art. 815.1 LECiv).

Este requerimiento se notificará mediante entrega directa de la cédula al destinatario por el secretario o funcionario autorizado (en la forma prevista en el art. 161 de esta Ley), con apercibimiento de que, de no pagar ni comparecer alegando razones de la negativa al pago, se despachará contra él ejecución según lo prevenido en el artículo siguiente. A pesar de que,

según el art. 815 LECiv, «el requerimiento se notificará en la forma prevista en el artículo 161 de esta Ley» y de que este último precepto remita a su vez al art. 164 LECiv que regula la notificación edictal, dadas las graves consecuencias derivadas de la incomparecencia del deudor, de que, en general, está en juego el derecho de defensa, por entenderse que la remisión al art. 161 solamente lo es en cuanto a la forma de notificar y por la circunstancia de que cuando el legislador ha admitido la edictal así lo expresa (art. 815.2.11 LECiv para la reclamación de gastos de comunidad), cabe concluir que la notificación deberá realizarse personalmente o, a lo sumo, en las formas «intermedias» previstas en el citado art. 161 LECiv, con excepción de la edictal.

E) PAGO

Ante el requerimiento, lo primero que puede hacer el deudor es pagar. En este caso, conforme al artículo 817 LECiv, «tan pronto como lo acredite se le hará entrega del «justificante de pago y se archivarán las actuaciones».

Aunque no se mencione expresamente, cabe admitir que se pague mediante consignación (art. 1180 CC), siempre que se haga en la forma prevista en los arts. 1177 y 1178 CC.

La resolución por la que se decide el archivo de actuaciones deberá permitir identificar el procedimiento, incluyendo el conocimiento de sus elementos subjetivos (partes) y objetivos (origen de la deuda y documentos). Para GARRERÍ, la resolución de archivo constituye una «singularísima decisión» capaz de generar cosa juzgada. Siendo así, el pago del deudor en un ulterior proceso podría ser alegado no ya a los efectos correspondientes de introducir el hecho extintivo del pago como excepción material, sino incluso como excepción procesal de cosa juzgada. En todo caso, supondría la extinción del crédito.

No se hace mención, como ocurre en otros procesos monitorios especiales (art. 822 LECiv para el cambiario, y art. 21.7 de la Ley 49/1960 reformada por Ley 8/1999 para el monitorio en la propiedad horizontal), sobre la condena en costas. La jurisprudencia viene entendiendo que, salvo los supuestos expresamente contemplados, no procederá condena en costas en caso de pago.

No se contempla la hipótesis de que el pago del deudor sea parcial. Sin embargo, no parece que convenga negar esta posibilidad, sino como máximo condicionarla a la previa aceptación del acreedor (según el art. 1169 CC: «a menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación»), en ese caso, la ejecución se reduciría en el importe que reste de impago.

INACTIVIDAD DEL REQUERIDO Y DESPACHO DE EJECUCIÓN

El requerimiento previsto con la admisión de la demanda hemos visto que se realizaba para el pago por el deudor o para que éste formule oposición, de ese modo, no se prevé la posibilidad de comparecencia del deudor con otro objeto distinto o sin objeto. Por eso la previsión del artículo 816 se refiere sólo al supuesto de incomparecencia del deudor requerido. En todo caso, la falta de pago u oposición supondrá que el juez de primera instancia (más específicamente que el «tribunal» al que se refiere el precepto), dictará auto en el que despachará ejecución por la cantidad adeudada.

De nuevo la parquedad en la regulación viene a suscitar importantes dudas en relación sobre todo con el proceso de ejecución posterior. a) En primer lugar, no se prevé que se dicte una sentencia declarando el derecho de crédito y ordenando el deber de prestación correspondiente, es decir, no se prevé que se dicte una resolución condenatoria, al menos expresamente y en sentido formal. No se expresa, por tanto, cuál es exactamente el «título» judicial o extrajudicial de ejecución. b) En segundo lugar, no se prevé expresamente que el acreedor tenga que formular una petición de apertura del correspondiente proceso de ejecución.

a) En cuanto al título de ejecución, formalmente consiste en la constatación judicial de que se ha instado un proceso monitorio, con requerimiento válido y con la inactividad del deudor. El título así se constituye por el requerimiento judicial de pago y por la constatación en autos de que el requerido no ha pagado, no ha comparecido, no ha formulado oposición o cualquier otra actuación relevante para obstar al nacimiento de los efectos ejecutivos (Capítulo 29). Ahora bien, desde un punto de vista material, se contiene implícito en el auto de «despacho de ejecución». Salvo que se considere que la naturaleza del proceso monitorio es de «ejecución» o, al menos, de preparación de la ejecución, podemos entender que el título ejecutivo es una resolución judicial, condenatoria e implícita en el despacho de ejecución. El carácter de resolución implícita lo estaría permitiendo el que la declaración del derecho solamente derive de la previa constatación de los requisitos de la obligación y su soporte documental junto a la posterior pasividad del deudor. Dado que lo primero ya lo resolvió en un momento inicial y que lo segundo no es más que la constatación de incomparecencia, es posible obviar la condena al deudor que se entiende hecha con el despacho de ejecución. Solamente si el título ejecutivo es una sentencia condenatoria implícita es posible que se generen efectos de cosa juzgada y hasta incluso que proceda el interés de la mora procesal al que se refiere el artículo 576 LECiv.

En efecto, como prevé el artículo 816 LECiv, una vez despachada ejecución «proseguirá ésta conforme a lo dispuesto para la de sentencias judiciales, pudiendo formularse la oposición prevista en estos casos, pero el solicitante

del proceso monitorio y el deudor ejecutado no podrán pretender ulteriormente en proceso ordinario la cantidad reclamada en el monitorio o la devolución de la que con la ejecución se obtuviere». Significa esto exactamente que, sin efecto suspensivo de la ejecución, podrá oponerse a la misma por escrito alegando el pago... que habrá de justificar documentalmente. El mismo podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva y los pactos y transacciones que se hubieren convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público. Pero en ningún caso podrá conocerse de nuevo sobre aquello que pudo y debió alegarse en el proceso monitorio hasta el último momento preclusivo en que era posible tal alegación, esto es, la cosa juzgada tendrá plenos efectos para alcanzar todo lo «alegable» frente a la obligación de pago.

b) En cuanto a la petición de apertura del proceso de ejecución, si nuevo no se prevé que se realice la misma. Constatada la inactividad del demandado-deudor, ante la incomparecencia ante el tribunal o, en todo caso, ante la falta de oposición o pago total, el tribunal «dictará auto en el que despachará ejecución por la cantidad adeudada». El legislador, dadas las particularidades del proceso monitorio, ha considerado innecesaria o implícita la petición de inicio del proceso y el que se dicte el título (judicial) de ejecución.

A pesar de las posibles conveniencias desde algún punto de vista, ha de rechazarse la práctica de algunos juzgados por la que vienen exigiendo la demanda ejecutiva. La regulación de la LECiv es meridianamente clara, dice el art. 816.1 LECiv que «si el deudor requerido no compareciere ante el tribunal, éste dictará auto en el que despachará ejecución por la cantidad adeudada». El principio dispositivo se salva entendiendo que la petición de inicio de proceso monitorio al menos implícitamente contiene la subsidiaria petición de apertura del proceso de ejecución si el deudor no paga ni se opone. La información necesaria para la ejecución no lo es para el despacho de ejecución sino para que, una vez despachada, pueda ser efectiva, pudiendo aportar en tal momento dicha información así como, en su caso, la integración de la postulación.

OPOSICIÓN DEL REQUERIDO Y RESOLUCIÓN EN JUICIO DECLARATIVO QUE CORRESPONDA

Conforme el artículo 818 LECiv si el deudor presentare escrito de oposición dentro de plazo (20 días a partir del siguiente de la recepción del requerimiento), el asunto se resolverá definitivamente en el juicio que corresponda, es decir, el verbal cuando la cuantía no exceda de 3.000 € y el ordinario supere dicha cuantía (arts. 248 y ss. LECiv). Nos recuerda el mismo artículo 818.1 que la sentencia que se dicte en esos casos estará dotada de eficacia de cosa juzgada.

El escrito de oposición deberá ir firmado por Abogado y Procurador cuando su intervención fuere necesaria por razón de la cuantía según las reglas generales, esto es, si excede de 900 € (art. 31.2.1ª LECiv). Cuando la cuantía de la pretensión no excediera de la propia del juicio verbal (3.000 €), el tribunal procederá de inmediato a convocar la vista. Si la supera, el peticionario tendrá la carga de interponer demanda de juicio ordinario dentro del plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, pues en caso contrario se sobreseerán las actuaciones y se condenará en costas al actor. Si presentare la demanda, se dará traslado de ella al demandado conforme a lo previsto en los artículos 404 y siguientes LECiv.

Por tanto, la oposición tiene efectos distintos en función de que la cuantía supere o no los 30.000 €. En el primer caso, pone fin al proceso monitorio, y genera la carga de que el acreedor formule demanda de juicio ordinario, si no quiere verse condenado en costas, en el plazo de un mes ante el mismo juez de primera instancia competente funcionalmente porque conoció del monitorio. En el segundo, cuando no supere dicha cuantía, el escrito de oposición formalmente finaliza el proceso monitorio y abre el juicio verbal adecuado por la cuantía. Por tal motivo, en mi opinión, este escrito de oposición es una demanda sucinta, y habrá de contener los requisitos previstos en el art. 437 LECiv. Los problemas de determinación del objeto del proceso y contenido de la vista han de resolverse partiendo de esta consideración. Así, por ejemplo, la demanda sucinta habrá de contener el objeto de la pretensión y los documentos que la funden, sin perjuicio de las excepciones a la preclusión de su presentación, y en la vista no cabrá añadir ni modificar sustancialmente los hechos, aunque sí serán admisibles las alegaciones complementarias, argumentativas, interpretativas y, en general, no sustanciales que se consideren necesarias. Asimismo, en caso de que en el monitorio se hubieren acumulado reclamaciones frente a varios deudores, podrán éstos a su vez formular acumulación en el juicio verbal de oposición.

ESPECIALIDADES DEL PROCESO MONITORIO EN MATERIA DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Derivan las siguientes especialidades:

a) Regulación: Se regula fundamentalmente en el artículo 21 de la Ley 4/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal, reformado por Ley 4/1980 y por la LECiv vigente. Asimismo el artículo 812.2.2ª LECiv se refiere a que la deuda se acredite mediante certificaciones de impago de cantidades debidas en concepto de gastos comunes de Comunidades de propietarios de fincas urbanas.

b) **Ámbito material:** Las obligaciones reclamables son las que hubieran sido cumplidas por el propietario de la vivienda o local, tiempo y forma determinados por la Junta, y de las previstas en los apartados e) y f) del artículo 9 de la Ley de Propiedad Horizontal, decir: las contribuciones, con arreglo a la cuota de participación fijada; los gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, gastos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización; las dotaciones del fondo de reserva para obras de conservación y reparación de la finca. Asimismo, a la cantidad que se reclame podrá añadirse la derivada de los gastos del requerimiento previo de pago, siempre que conste documentalmente la realización de éste, y se acompañe a la solicitud el justificante de tales gastos.

c) **Competencia territorial:** será también competente el tribunal del lugar en donde se halle la finca, a elección del solicitante (art. 813 LPH).

d) **Legitimación activa.** La parte es la comunidad de propietarios, o bien actúa a través de la persona que constituye el órgano competente de la misma para integrar su capacidad de actuación procesal. Así el Presidente (o el Administrador siempre que así lo acordase la Junta, o en su caso el vicepresidente por sustitución) podrá exigir judicialmente el pago a través del proceso monitorio. A tal efecto se requerirá la previa certificación del acuerdo de la Junta aprobando la liquidación de la deuda con la comunidad de propietarios por quien actúe como secretario de la misma, con el visto bueno del Presidente, siempre que tal acuerdo haya sido notificado a los propietarios afectados en la forma establecida en el artículo 9 de la LPH.

e) **Legitimación pasiva:** Cuando el propietario anterior de la vivienda o local deba responder solidariamente del pago de la deuda, podrá dirigirse contra él la petición inicial, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el actual propietario. Asimismo se podrá dirigir la reclamación contra el titular registral, que gozará del mismo derecho mencionado anteriormente. En todos estos casos, la petición inicial podrá formularse contra cualquiera de los obligados o contra todos ellos conjuntamente.

f) **Notificaciones:** La notificación deberá efectuarse en el domicilio previamente designado por el deudor para las notificaciones y citaciones de toda índole relacionadas con los asuntos de la comunidad de propietarios. Si no se hubiere designado tal domicilio, se intentará la comunicación en el piso o local, y si tampoco pudiere hacerse efectiva de este modo, se le notificará conforme a lo dispuesto sobre la comunicación edictal.

g) **Embargo preventivo:** Cuando el deudor se oponga a la petición inicial del proceso monitorio, el acreedor podrá solicitar el embargo preventivo

de bienes suficientes de aquél, para hacer frente a la cantidad reclamada, los intereses y las costas. El tribunal acordará, en todo caso, el embargo preventivo sin necesidad de que el acreedor preste caución. No obstante, el deudor podrá enervar el embargo prestando aval bancario por la cuantía por la que hubiese sido decretado.

h) **Postulación:** Cuando en la solicitud inicial del proceso monitorio se utilizaren los servicios profesionales de Abogado y Procurador para reclamar las cantidades debidas a la Comunidad, el deudor deberá pagar los honorarios y derechos que devenguen ambos por su intervención, tanto si aquél atendiere el requerimiento de pago como si no compareciere ante el tribunal, con sujeción en todo caso a los límites legalmente establecidos (de la parte que corresponda a los Abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento).

i) **Ámbito de la oposición.** Resulta muy dificultoso impugnar la Junta en la que se haya acordado el correspondiente gasto, puesto que el art. 18 LPH limita los motivos de impugnación y, sobre todo porque se legitima a los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta, los ausentes por cualquier causa y los que indebidamente hubiesen sido privados de su derecho de voto; habrá de estarse al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o proceder previamente a la consignación judicial de las mismas; la acción caducará a los tres meses de adoptarse el acuerdo por la Junta de propietarios, salvo que se trate de actos contrarios a la ley o a los estatutos, en cuyo caso la acción caducará al año. Para los propietarios ausentes dicho plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo conforme al procedimiento establecido en el artículo 9; y, por último, la impugnación de los acuerdos de la Junta no suspenderá su ejecución, salvo que el juez así lo disponga con carácter cautelar, a solicitud del demandante, oída la comunidad de propietarios.

En los casos en que exista oposición, se seguirán las reglas generales en materia de costas, aunque si el acreedor obtuviere una sentencia totalmente favorable a su pretensión, se deberán incluir en ellas los honorarios del Abogado y los derechos del Procurador derivados de su intervención, aunque no hubiera sido preceptiva.

EL PROCEDIMIENTO MONITORIO ESPECIAL PARA CRÉDITOS TRANSFRONTERIZOS

El Reglamento (CE) 1896/2006, de 12 de diciembre, establece un procedimiento monitorio europeo, aplicable a partir del 12 de diciembre de 2008.

Su naturaleza como procedimiento monitorio no ofrece duda alguna en cuanto utiliza la técnica monitoria, esto es, un requerimiento de pago y una serie de eventualidades en caso de la actitud que adopte el requerido (finalización por pago, apertura del proceso ordinario en caso de oposición, y posibilidad de ejecución en caso de que el deudor adopte una actitud pasiva). Sin embargo, se trata de un proceso monitorio especial cuyos caracteres diferenciadores principales respecto del monitorio común son los siguientes:

a) **Ámbito material a asuntos transfronterizos no excluidos.**

Transfronterizos son, conforme al art. 3 del Reglamento, «aquellos en los que al menos una de las partes esté domiciliada o tenga su residencia habitual en un Estado miembro distinto de aquel al que pertenezca el órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la petición».

No incluye las materias fiscal, aduanera y administrativa, ni los casos en que el Estado incurra en responsabilidad por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad. Tampoco será aplicable el Reglamento 1896/2006 a los regímenes económicos matrimoniales, los testamentos y las sucesiones; a las quiebras, procedimientos de liquidación de empresas o de otras personas jurídicas insolventes, los convenios entre quebrados y acreedores y demás procedimientos análogos; la seguridad social; los créditos derivados de obligaciones extracontractuales salvo que hayan sido objeto de acuerdo o conste reconocimiento de deuda o se refieran a deudas líquidas derivadas de comunidad de propietarios.

b) **Competencia.** Se determinará conforme a lo previsto en los arts. 2 a 24 del Reglamento 44/2001.

Los criterios se determinan en función de la materia que verse, con la única excepción de que se demande a un consumidor por un crédito referido a contrato celebrado para fin ajeno a la eventual actividad profesional del mismo consumidor, solamente serán competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el cual esté domiciliado el demandado en los términos del art. 49 del Reglamento 44/2001.

c) **Petición.** El procedimiento se iniciará mediante petición, conforme al formulario anexo I del Reglamento 1896/2006.

Expresamente se autoriza junto a la tradicional, la firma electrónica, así como medios alternativos al papel incluido el electrónico (siempre que esté aceptado por el Estado miembro de origen y disponible en el órgano jurisdiccional de origen).

En la misma, entre otros requisitos, se describirán los medios de prueba que acrediten el crédito, los criterios de competencia y el carácter transfronterizo. Y además, se exige que el demandante declare que la información suministrada es, a su leal saber y entender, verdadera y reconocerá que cualquier declaración falsa deliberada podrá acarrearle las sanciones oportunas con arreglo al Derecho del Estado miembro de origen (art. 7.3 Reglamento 1896/2006).

d) **Trámite de admisión y expedición de requerimiento europeo de pago si se admite.**

Se contempla expresamente la posibilidad de subsanar o modificar la petición. Asimismo, frente a la inadmisión no cabrá recurso alguno, si bien no excluirá ulteriores peticiones de procedimiento monitorio o apertura de otros procesos ordinarios en Estados miembros.

e) **Requerimiento lo antes posible y como regla en el plazo de treinta días desde la presentación de la petición, según el formulario E del anexo V del Reglamento 1896/2006.**

Junto al ofrecimiento de posibilidad de pago o de formular oposición en el plazo de treinta días desde la recepción del requerimiento, y de las consecuencias de su actitud (en caso de que formule oposición o en caso de que tampoco pague), se informará de que el requerimiento se expidió sobre la base de la información facilitada por el demandante, sin comprobación por el órgano jurisdiccional.

Se regulan las posibilidades de notificación: con acuse de recibo por el demandado (art. 13), a un representante (art. 15), o sin acuse de recibo por el demandado, en los términos del art. 14, siempre que se conozca con certeza el domicilio del demandado, concurra documento firmado por la persona competente para efectuar la notificación o un acuse de recibo de la persona que haya recibido la notificación. Admitiéndose la notificación por medios electrónicos con acuse de recibo acreditado mediante confirmación automática de entrega, siempre que el demandado haya aceptado expresamente con anterioridad este medio de notificación.

f) **Oposición del deudor mediante el formulario F que figura en el Anexo VI y que previamente le habrá sido remitido junto al requerimiento.**

Como particularidad relevante, basta con que indique que impugna sin que expresamente se indique que sea necesaria motivación alguna.

Si se presenta en tiempo y forma, el proceso continuará ante los órganos competentes del Estado miembro de origen según las normas del procedimiento europeo que corresponda, a menos que el acreedor haya solicitado en el escrito de petición o en momento anterior siempre antes de la expedición del requerimiento (art. 7.4).

g) **Declaración de ejecutividad del requerimiento si en el plazo de treinta días, teniendo en cuenta un periodo de tiempo apropiado para la recepción, el requerido no presenta escrito de oposición.**

Se omite la posibilidad de que no se dicte por acreditación del pago, lo que implica que, en tal caso, ha de formularse «oposición».

Se ha de destacar que supone la supresión del exequátur en tanto que un requerimiento europeo de pago que haya adquirido fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen será reconocido y ejecutado en los demás Estados miembros (salvo Dinamarca) sin exigirse ninguna declaración de ejecutividad adicional ni posibilidad alguna de impugnar su reconocimiento (art. 19 Reglamento 1896/2006).

RECLAMACIÓN DE DERECHOS Y SUPLIDOS POR EL PROCURADOR Y DE HONORARIOS POR EL ABOGADO (ARTS. 34 Y 35 LECIV)

La naturaleza de proceso monitorio en estos supuestos puede ser discutible en cuanto, a diferencia del resto de supuestos, su naturaleza es sumaria y consecuentemente, no producirá efectos de cosa juzgada alguna, ni siquiera parcialmente. No obstante, como se ha indicado, comparte con los anteriores la técnica monitoria: Se inicia, se supone que formulando petición de inicio, presentando un principio de prueba documental (cuenta detallada y justificada manifestando que le son debidas y no satisfechas las cantidades que de ella resulten y reclame; o minuta detallada, manifestando formalmente que esos honorarios les son debidos y no han sido satisfechos). Presentada la cuenta o la reclamación, se mandará que se requiera al poderdante o al deudor para que pague dicha suma, con las costas, o impugne la cuenta, en el plazo de diez días, bajo apercibimiento de apremio si no pagare ni formulare impugnación. Y si no se formulare oposición dentro del plazo, se despachará ejecución por la cantidad a que ascienda la minuta, más las costas. En definitiva, se atribuye al deudor la carga de adoptar una actitud activa, pagando o formulando oposición, si no quiere evitar la ejecución.

Todo ello sin perjuicio de que en juicio posterior pueda conocerse sobre la procedencia o no del pago, puesto que el auto por el que se determine la cantidad que haya de satisfacerse en su caso, si bien no será susceptible de recurso, no prejuzgará, ni siquiera parcialmente, la sentencia que pudiera recaer en juicio ordinario ulterior. Y lo mismo cabrá decir en caso de que se despache ejecución si no se formula oposición.

Tanto la cuenta como la minuta pueden impugnarse por indebidas. En tal caso, el tribunal examinará la cuenta o la minuta y las actuaciones procesales, así como la documentación aportada y dictará, en el plazo de diez días, auto determinando la cantidad que haya de satisfacerse al Procurador, bajo apercibimiento de apremio si el pago no se efectuase dentro de los cinco días siguientes a la notificación.

Si se impugnan los honorarios por excesivos, se procederá previamente a su regulación conforme a lo previsto en los artículos 241 y siguientes, salvo que el Abogado acredite la existencia de presupuesto previo escrito aceptado por el impugnante, y se dictará auto fijando la cantidad debida, bajo apercibimiento de apremio si no se pagase dentro de los cinco días siguientes a la notificación.

Capítulo 39

JOSÉ BONET NAVARRO

SUMARIO.—PROCESO MONITORIO CAMBIARIO.—A) Naturaleza jurídica.—B) Vía procesal adecuada para reclamar el crédito cambiario.—ÁMBITO DE ADECUACIÓN.—A) Requisitos formales de los títulos valor cambiarios.—B) Requisitos de la obligación cambiaria.—DEMANDA INICIAL. REQUERIMIENTO DE PAGO Y EMBARGO PREVENTIVO ESPECIAL.—A) Órgano jurisdiccional al que se formula la demanda sucinta, documentos que deben integrarla. Postulación.—B) Admisión de la demanda de juicio cambiario del control judicial.—C) Recursos frente a la denegación de admisión y adopción de las medidas previstas.—D) Resolución procedente en caso de admisión y efectos.—INACTIVIDAD DEL REQUERIDO Y DESPACHO DE EJECUCIÓN.—OPOSICIÓN DEL REQUERIDO Y RESOLUCIÓN EN JUICIO VERBAL.—A) Motivos de oposición.—B) Sustanciación de la oposición.—C) La declinatoria en el proceso monitorio cambiario.—D) Sentencia sobre la oposición y eficacia de cosa juzgada.

PROCESO MONITORIO CAMBIARIO

Como ha sido tradicional, la LECIV regula un proceso especial para la reclamación del crédito cambiario. El juicio cambiario es una evolución del antiguo juicio ejecutivo si bien adquiere sustantividad propia, entre otras novedades procedimentales, al introducirse la llamada técnica monitoria.

Permite abrir el proceso de ejecución tras un proceso con extraordinaria abreviación procedimental cuando en la fase declarativa inicial el deudor mantenga una actitud pasiva porque no pague o no formule oposición. En caso de que se oponga, se pone fin al juicio cambiario formalmente y, como en el proceso monitorio por cuantías hasta 3.000 €, la demanda de oposición se resolverá mediante un proceso de los llamados ordinarios, en este caso el verbal adecuado por la materia.

A) NATURALEZA JURÍDICA

a) Naturaleza declarativa

A pesar de la diversidad de opiniones sobre la naturaleza jurídica del «juicio cambiario», puede mantenerse que su naturaleza es de declaración porque:

- a) Se inicia por demanda sucinta, como la del juicio verbal.
- b) Se inserta un embargo que, aunque especial, no es ejecutivo sino preventivo. Embargo que puede alzarse en determinadas circunstancias (art. 823 LECiv).
- c) Se despachará ejecución al finalizar el juicio cambiario, esto es, como en todo proceso de técnica monitoria, solamente cuando se constate la falta de pago y de oposición por el deudor.
- d) La ejecución no se sustanciará conforme a los títulos extrajudiciales como sería lo propio si el título valor cambiario fuere título de ejecución (art. 66 LCCH), sino conforme a lo previsto para las sentencias y resoluciones judiciales y arbitrales (art. 825.II LECiv).
- e) En caso de formularse oposición, el título ejecutivo será exclusivamente la sentencia eventual condenatoria que se dicte. Como en modo alguno se permite para los títulos extrajudiciales, podrá ejecutarse provisionalmente en caso de recurso (art. 827.I LECiv).

Esta naturaleza no impide que, en ocasiones, se hagan remisiones a normas propias del proceso de ejecución (por ejemplo, el art. 822 remite a lo previsto en el art. 583 LECiv).

En definitiva, como pone de manifiesto la SAP Salamanca, 27 de noviembre de 2002 «de la actual regulación se deduce que el Juicio Cambiario es un proceso especial, pero de naturaleza declarativa en atención a su objeto encaminado a obtener la condena del deudor en base a un crédito privilegiado documentado».

b) Naturaleza de proceso monitorio especial

El juicio cambiario tiene naturaleza de proceso monitorio, si bien especial. Esto se constata por la mera comparación entre ambos procesos. Sin perjuicio de algunas diferencias de más o menos matiz, el proceso monitorio y el juicio cambiario operan igual en cuanto a estructuras esenciales: Se inicia por petición-demanda y requerimiento de pago; en caso de que se formule la oposición, ésta se tramitará a través de un juicio de los llamados ordinarios, aunque en el cambiario el adecuado por la materia sea el verbal; y, por último, ante la constatación de que no hay pago ni oposición, se despachará ejecución.

La técnica legislativa no ha sido la más correcta, puesto que pudo haberse limitado a regular especialidades y remitirse el resto al proceso monitorio como hace el artículo 21 LPH. Esto se explica por el mimetismo con el *Urkunden und Wechselprozess* alemán, que ya regulaba un procedimiento monitorio cambiario especial a continuación del monitorio ordinario.

La particularidad específica más relevante es la previsión de un embargo preventivo especial, sin que medie solicitud expresa ni otros presupuestos. Embargo que, con todo, podrá ser alzado conforme a las previsiones del art. 823 LECiv.

En ocasiones las diferencias son de mera denominación sin mayor trascendencia. Se habla, así, de demanda sucinta (art. 821.1 LECiv) o demanda de oposición (arts. 824.1 y 2, y 825 LECiv), en lugar de petición de requerimiento (art. 814.1 LECiv) o demanda de oposición (art. 818.1 LECiv). En otras, las diferencias son más acusadas, aunque igualmente irrelevantes: la sustanciación de la oposición en el juicio cambiario se adecua por la materia (art. 826 LECiv) en lugar de por la cuantía como el monitorio ordinario (art. 818.2 LECiv).

En el juicio cambiario se omite regular aspectos contemplados en el procedimiento monitorio, de modo que se plantea la duda de si se trata de especialidades o de meras lagunas que han de ser integradas por las normas generales.

Así, por ejemplo, el que se omita una referencia a los requisitos de la obligación cambiaria no implica especialidad alguna puesto que estos requisitos se prevén en la LCCH como elementos constitutivos del propio título valor cambiario (arts. 1, 94 y 106 LCCH), de modo que sin su concurrencia no existirá la letra de cambio, pagaré y cheque, ni, por tanto, será admisible la apertura del juicio cambiario (art. 819 LECiv). En cambio, más dudas presentan otras omisiones, como la falta de mención expresa al carácter facultativo de la postulación.

B) VÍA PROCESAL ADECUADA PARA RECLAMAR EL CRÉDITO CAMBIARIO

Con la LECiv/1881, para reclamar el crédito cambiario era admisible tanto el juicio ejecutivo cambiario como el proceso declarativo que correspondía por la cuantía. Con la vigente LECiv, puede entenderse que la vía procesal exclusivamente adecuada para la reclamación del crédito cambiario es la del juicio especial cambiario regulada en los arts. 819 a 827 LECiv (BAENA Y ROBLES), porque:

1º No se justifica la concurrencia de vías procesales plenas con el mismo objeto.

Esto permite, entre otras cosas, que diversos obligados por un mismo crédito cambiario puedan ser demandados a través de vías procesales cualitativamente distintas. Máxime cuando, conforme el artículo 57 LCCH, «la acción intentada contra cualquiera de las personas obligadas no impedirá que se proceda contra las demás».

2º El tenor del artículo 49.II LCCH permite afirmar que la vía ordinaria es la del juicio cambiario.

Este precepto, modificado de forma claramente incorrecta por la disposición 10ª.2 LECiv, queda con el siguiente tenor literal: «A falta de pago, el tenedor, aunque sea el propio librador, tendrá contra el aceptante y su avalista la acción directa derivada de la letra de cambio para reclamar sin necesidad de protesto, tanto en la vía ordinaria a través del proceso especial cambiario, lo previsto en los artículos 58 y 59». No dice «tanto en la vía ordinaria como a través del proceso especial cambiario». Al contrario, la mejor lectura de este precepto, salvo que a través de la corrección de errores en BOE se diga otra cosa, supone que el artículo 49.II LCCH expresa que la acción directa podrá ejercitarse, «en la vía ordinaria a través del juicio cambiario», esto es, que la vía ordinaria para el ejercicio de las acciones cambiarias es la del proceso especial cambiario regulado en la LECiv.

3º El tenor del art. 66 LCCH, cuando dispone que «el ejercicio de la acción cambiaria, a través del proceso especial cambiario, se someterá al procedimiento establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil», viene a indicar que el ejercicio de la acción cambiaria se instrumentará, exclusivamente, a través del procedimiento previsto en los artículos 819 a 827 LECiv.

4º El artículo 819 LECiv, cuando dispone que «sólo procederá el juicio cambiario si, al incoarlo, se presenta letra de cambio, cheque o pagaré que reúnan los requisitos previstos en la Ley Cambiaria y del Cheque», además de indicar que el juicio cambiario no procederá cuando se presente otro tipo de títulos o documentos a los previstos, lo que dice es que cuando se presente letra de cambio, pagaré o cheque «sólo procederá el juicio cambiario». Si se lee en todo su contenido, esto significa de nuevo que este juicio cambiario será el que exclusivamente procederá para el ejercicio de la acción cambiaria.

Según la exposición de motivos, epígrafe XIX, último párrafo LECiv, «el juicio cambiario, por su parte, no es sino el cauce procesal que merecen los créditos documentados en letras de cambio, cheques y pagarés. Se trata de una protección jurisdiccional singular, instrumental de lo dispuesto en la ley especial sobre esos instrumentos del tráfico jurídico».

Otra cosa es la adecuación del proceso declarativo ordinario que corresponda a la cuantía o al proceso monitorio de los arts. 812 a 818 LECiv para reclamar el crédito causal. En esos casos, el proceso se ventilará sin sujeción alguna al derecho cambiario sino al derecho común, y el título-valor cambiario representará bien mera prueba del crédito valorable libremente por el juzgador en relación con el resto de la actividad probatoria o bien documento de los previstos en el artículo 812 LECiv para el inicio del proceso monitorio.

A pesar de lo permisivo del tenor del artículo 812 LECiv y de algunos pronunciamientos de la jurisprudencia menor y de una parte de la doctrina (entre otros, RAMOS, GÓMEZ DE LIAÑO), tampoco parece adecuado el proceso monitorio para instrumentar una reclamación basada en el crédito cambiario. De otro modo, quedarían sin sentido ni utilidad las especialidades previs-

tas para el juicio cambiario. La única ventaja que puede ofrecer el proceso monitorio, dado que el juicio cambiario es realmente plenario y está dotado de eficacia de cosa juzgada, es la inaceptable consecuencia de orillar las posibles exigencias cualificadas en materia de postulación.

El proceso monitorio ordinario, como el declarativo que corresponda por la cuantía, se reserva únicamente para los supuestos en que se ejercite exclusivamente el crédito causal, sea porque se abandona el cambiario o, como hipótesis más probable, porque se han perdido las acciones cambiarias (fundamentalmente porque el documento no se encuentre formalmente constituido o porque se incumplan los presupuestos para el ejercicio de las acciones cambiarias).

Como indica la SAP (Secc. 6ª) Asturias, 28 de octubre de 2002 (AC 2002. 1884) (Ponente: D. José Manuel Barral Díaz) «se suprime toda referencia a la dualidad de procesos y únicamente se admite el ejercicio de la acción cambiaria a través del proceso especial cambiario que regula la LECiv... Si el tenedor del título cambiario no quiere ejercitar dicha acción por la razón que sea, le queda la posibilidad de hacer uso de las acciones derivadas del contrato causal, en cuyo caso el título se convertirá en un instrumento de prueba documental acreditativa de la deuda (perdiendo así todo el régimen privilegiado derivado de la LCCH), y acudir al procedimiento declarativo que corresponda según la cuantía, incluso al procedimiento monitorio».

ÁMBITO DE ADECUACIÓN

Según el artículo 819 LECiv «sólo procederá el juicio cambiario si, al incoarlo, se presenta letra de cambio, cheque o pagaré que reúnan los requisitos previstos en la Ley Cambiaria y del Cheque». Por su parte, los requisitos de la obligación cambiaria, aunque la LECiv no los mencione expresamente, continuarán siendo exigibles, con la salvedad principal de que procederá el juicio cambiario aunque el importe sea superior al tope máximo de 30.000 € previsto para el monitorio ordinario.

A) REQUISITOS FORMALES DE LOS TÍTULOS VALOR CAMBIARIOS

De los términos del artículo 819 LECiv citado se infiere que el documento deberá encontrarse completa y correctamente redactado. El cumplimiento de las formas previstas en la norma sustantiva es presupuesto para que exista letra de cambio, pagaré y cheque, es decir, para que nazca tanto el derecho cambiario como la posibilidad de iniciar proceso monitorio cambiario.

Resulta sintomático que se señale que la letra de cambio, el pagaré y el cheque «deberá contener» los datos o menciones que expresa a continuación (arts. 1. 94 y 106 LCCH, respectivamente), máxime cuanto la LECiv remite a los términos de la Ley Cambiaria para saber cuándo podrá iniciarse proceso monitorio cambiario. Así-

mismo, los artículos 2, 95 y 107 LCCH, sancionan la falta de alguno de los requisitos contenidos en los preceptos anteriores con no considerar al «documento» letra de cambio, pagaré o cheque. En efecto, el artículo 2 LCCH afirma que «el documento que carezca de alguno de los requisitos que se indican en el artículo precedente no se considerará letra de cambio...»; y, en el mismo sentido, los artículos 95 y 107.

Cuestión distinta es que, conforme al artículo 12 LCCH, sea posible la emisión del denominado «título en blanco», en el que, faltando algunas menciones en el momento de emisión, pueden ser integradas antes de su presentación al pago (básicamente necesario que conste la firma de al menos uno de los obligados y la denominación del documento y la orden o mandato de pago. Por otra parte, en el caso de que las menciones se integren de manera inconsecuente o abusiva, tal circunstancia podrá servir para que el demandado se oponga con base en la correspondiente inoponibilidad o en el abuso). Del mismo modo, es tema distinto que puedan faltar otras menciones en el título valor cambiario que no sean requisitos constitutivos (es el caso, entre otros, de los contenidos en los arts. 15, 30.1 ó 36.4 LCCH).

Los requisitos que, conforme a la Ley Cambiaria, han de constar en la literalidad de los documentos cambiarios para que puedan ser considerados letra de cambio, pagaré y cheque y, así, puedan ser títulos mediante los cuales pueda iniciarse juicio son los siguientes:

1. La denominación de la «Letra de Cambio», de «Pagaré», o de «Cheque» inserta en el texto mismo del título expresada en el idioma empleado para su redacción (ap. 1º de los arts. 1, 94 y 106 LCCH).
2. El mandato o la promesa pura y simple de pagar una suma determinada en euros o moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial (ap. 2º de los arts. 1, 94 y 106 LCCH).
3. Elementos personales: 1º) El nombre del que ha de pagar: librado o firmante; 2º) El nombre de la persona a quien se ha de hacer el pago o a cuyo orden se ha de efectuar; 3º) La firma del que emite la letra: librador o firmante.
4. La indicación del vencimiento (arts. 1.4º y 94.3º LCCH).
5. La fecha y el lugar en que el título se libra, se firma o se emite (arts. 1.7º, 94.6º y 106.5º LCCH).
6. El lugar en que se ha de efectuar el pago (arts. 1.5º, 94.4º y 106.4º LCCH).

B) REQUISITOS DE LA OBLIGACIÓN CAMBIARIA

a) Liquidez

Según disponen los artículos 1, 94 y 106 LCCH, los títulos cambiarios deben contener, entre otras menciones, una promesa o mandato puro y simple de pagar una suma determinada en euros o en moneda extranjera con-

vertible admitida a cotización oficial. Debe tratarse de una cantidad exacta y unitaria en letras o en números. Además, la suma ha de expresarse en euros o moneda extranjera convertible admitida a cotización oficial. Incluso puede argumentarse que con la actual Ley Cambiaria (arts. 1, 2, 94, 95, 106 y 107 LCCH en relación al art. 819 LECiv) existen méritos suficientes para excluir la consideración de título valor cambiario al documento en el que se omite la expresión de la especie monetaria.

Cuando la cantidad se haya determinado en moneda extranjera, la exigencia de convertibilidad y admisión a cotización oficial será como mínimo doble: 1º) Si no en el instante de la creación del título sí al menos en el del vencimiento, bajo pena de nulidad o inexistencia de la letra, del pagaré o del cheque (arts. 1, 94 y 106 LCCH); 2º) En el mismo momento que se pretenda la admisión de la demanda de proceso monitorio cambiario con base en los mismos. Contrasta el contenido de la LCCH con la posibilidad prevista en la LECiv de que pueda despacharse ejecución en supuestos de moneda extranjera sin cotización oficial (art. 577 LECiv).

El «petitum» de la demanda de proceso monitorio cambiario no tiene por qué coincidir exactamente con la cantidad (de principal) a que se refieren los artículos 1, 94 y 106 LCCH, que debe constar formalmente en el título valor. A la pretensión pueden sumarse otras partidas distintas, concretamente, las relativas a intereses y gastos (art. 58 LCCH). Se podrá tratar de cantidades parcialmente determinables a través de una sencilla operación matemática (es el caso en que al principal se suman los intereses moratorios del art. 58.2 LCCH). Intereses éstos que incluso pueden ser calculados provisionalmente, con sujeción a un ulterior y definitivo cálculo.

La posible iliquidez no es la que deriva de la obligación extracambiaria o causal, sino la documentada. Una hipotética «iliquidez» de la obligación subyacente no forma parte del ámbito de control judicial en la admisión de la demanda, sino que, en su caso, podrá ser alegada por el deudor con base en el párrafo 1º del artículo 67 LCCH, como excepción personal (así, por ejemplo, SAP Santa Cruz de Tenerife, de 3 de diciembre de 1991).

La iliquidez de la obligación se convierte en un motivo de oposición al amparo de la propia Ley Cambiaria, pues se trata de un requisito de existencia del derecho cambiario.

b) Vencimiento

Lo específico en materia cambiaria deriva de la diversidad de formas en que puede establecerse el vencimiento. Según el artículo 38 LCCH, la letra de cambio y también el pagaré (art. 96) podrán librarse a fecha fija, a un plazo contado desde la fecha, a la vista, o a un plazo contado desde la vista.

El cheque (arts. 134, 108.2 y 109 de la misma Ley) es siempre pagadero a la vista, incluso aunque esté postdatado, y además, se prohíbe su aceptación.

El tema se complica cuando el vencimiento se ha establecido a la vista, o a un plazo desde la vista, en estos casos, el requisito de obligación vencida se acreditará mediante la fecha de aceptación, o por el protesto notarial o declaración equivalente por falta de la misma. El problema se plantea en el pagaré, pues en el mismo no procede aceptación ni, consiguientemente, protesto por su falta. También en la letra de cambio en aquellas ocasiones en que no se exija el protesto notarial o la declaración equivalente, al quedar dispensadas éstas mediante la inserción de la cláusula de «devolución sin gastos», «sin protesto» o cualquier otra indicación equivalente. Cuando se produzcan esas situaciones, el vencimiento de la obligación podrá no constar en lugar alguno. Pero esto no supone exención de presentar el efecto al pago dentro de un plazo. La Ley exige que la presentación de la letra de cambio y del pagaré (arts. 27 y 97.2 LCCH) se realice bien en el plazo de un año (si no se pactó) o bien en el correspondiente plazo acordado. Ahora bien, lo definitivo es que la prueba de la inobservancia de los plazos correspondirá a quien la alegue contra el tenedor (art. 56.2). Así, cuando la letra y el pagaré estén girados a la vista, el Juzgado de Primera Instancia deberá admitir la demanda con el único dato de que la fecha en que se presenta la demanda sea posterior a la de libramiento, sin saber a ciencia cierta si tales títulos valor contienen una obligación vencida, al no constar si se ha presentado al pago, o se presentó antes del plazo pactado.

Por su parte, el artículo 50 de la Ley Cambiaria prevé la posibilidad de ejercitar la denominada «acción de regreso anticipado» en determinados supuestos: a) Cuando se produzca la denegación total o parcial de la aceptación de la letra de cambio. Tal circunstancia se acreditará mediante el protesto o declaración equivalente, a no ser que se dispense con la cláusula «sin gastos». En tal caso se producirá el problema anteriormente detallado; b) Cuando el librado, aceptante o no, esté en suspensión de pagos, quiebra, concurso, o hubiere sido infructuoso el embargo de sus bienes. Con graves dificultades prácticas dado, sobre todo, el presumible desconocimiento por parte del tenedor de procesos de ejecución instados frente al obligado; c) Por último, cuando el librador, cuya presentación a la aceptación haya sido prohibida, se encuentre en suspensión de pagos, quiebra o concurso.

El demandado podrá alegar como motivo de oposición la falta de vencimiento, incluso la no presentación del título valor cambiario en aquellos supuestos en que dicho vencimiento dependa del mismo (plazos a la vista o fecha desde la vista) sobre todo cuando se haya fijado la cláusula «sin gastos», para que, si lo consigue acreditar, se declare la nulidad del juicio cambiario.

DEMANDA INICIAL, REQUERIMIENTO DE PAGO Y EMBARGO PREVENTIVO ESPECIAL

A) ÓRGANO JURISDICCIONAL AL QUE SE FORMULA LA DEMANDA SUCINTA, DOCUMENTOS QUE DEBEN INTEGRARLA. POSTULACIÓN

El artículo 821.1 LECiv prevé que el juicio cambiario se inicie por demanda sucinta (por lo tanto, con los requisitos del art. 437 LECiv) a la que se

acompañará el título cambiario (en los términos de los arts. 1, 96 y 104 LCCH). Conforme el artículo 820 LECiv, deberá ser presentada ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio del demandado.

A diferencia del monitorio ordinario: a) No se contempla la posibilidad de que el domicilio o residencia no sean conocidos. b) Y lo que es más importante, atendida la posibilidad de participación de varios deudores fruto de la esencial transmisibilidad de los títulos valor cambiarios y el régimen de «solidaridad» de las obligaciones cambiarias (art. 57 LCCH, que contempla en realidad una acumulación propiamente dicha, pues no existe una única relación que atee a todos por igual), se prevé que si el tenedor del título demandare a varios deudores cuya obligación surge del mismo título, la competencia territorial vendrá determinada por el domicilio de cualquiera de ellos, quienes podrán comparecer en juicio mediante una representación independiente.

En cuanto a la postulación, puede plantear alguna duda si es preceptiva en importes que se encuentren entre 900 y 30.000 euros. La razón es que, siendo el cambiario también un proceso monitorio, pueda ser de aplicación lo dispuesto por el artículo 814 LECiv y por los artículos 23.2.1ª y 31.2.1ª.

Algún autor (VEGAS) considera que en este juicio es preceptiva la postulación en todo caso y con independencia de la cuantía. Para ello, interpreta los artículos 23 y 31 LECiv literalmente, y argumenta que dado que no se trata de un juicio verbal, no representa excepción a la regla general de preceptibilidad.

Sin embargo, exigiéndolo desde el primer euro (o céntimo de euro incluso) puede ocurrir que sea preceptivo en todo caso para el inicio del juicio cambiario pero no para la oposición por cuantías inferiores a 900 € (oposición que se sustancia conforme a los trámites del juicio verbal conforme al art. 826 LECiv en relación con los arts. 440 y 443 de la misma).

B) ADMISIÓN DE LA DEMANDA DE JUICIO CAMBIARIO: DEL CONTROL JUDICIAL

a) Control de la corrección formal de la letra de cambio, el pagaré y el cheque

A los efectos de admitir la demanda en el juicio cambiario, conforme al artículo 821.2 LECiv «el tribunal analizará, por medio de auto, la corrección formal del título cambiario y, si lo encuentran conforme, adoptará, sin más trámites, las siguientes medidas...». Es claro, por tanto, que no procederá el juicio cambiario en el que falten, sean inexistentes o nulos, los requisitos en el momento de incoarlo. Por su parte, entre los «requisitos previstos en la Ley Cambiaria y del Cheque» cabe entender incluidos también los presupuestos para el ejercicio de las mal denominadas «acciones» cambiarias: directa (aceptación y aval), o de regreso (presentación a la aceptación o al pago, protesto o declaración equivalente...).

b) Control de la competencia, especialmente de la competencia territorial

En el artículo 820 LECiv, se opta por atribuir la competencia territorial al Juzgado de Primera Instancia «del domicilio del demandado... [o el del] cualquiera de ellos». La naturaleza de este precepto es imperativa. De hecho, a continuación aclara que «no serán aplicables las normas sobre sumisión expresa o tácita...».

Siendo las normas de competencia imperativas, lo congruente es que la infracción supusiera la inadmisión de la demanda de juicio cambiario y que, en todo caso, los actos realizados pudieran ser declarados nulos tanto de oficio como a instancia de parte. Frente a ello, la falta de competencia territorial no se contempla entre las causas de nulidad del artículo 238.1 LOPJ, y en otros supuestos, como en el proceso de ejecución, la imperatividad de la norma atributiva no permite su control una vez despachada ejecución (art. 546.2 LECiv).

Si no se aprecia tras la interposición de la demanda y no se formula declinatoria en plazo, parece que el defecto consecuencia de la indebida atribución competencial quedaría inatacable. Esto supone afirmar una contradicción: no obstante la prohibición de sumisión tácita, se produce de hecho sumisión tácita, aunque se denomine mera preclusión del plazo para alegar declinatoria. Para algunos autores se produce porque la competencia territorial tiene mayor trascendencia que la objetiva o funcional (CORDÓN, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS); en cambio otros opinamos que es un presupuesto procesal y, como tal, ha de permitirse su control (ASENCIO).

El control de oficio de la competencia territorial imperativa, mientras no haya norma expresa que la excluya en los procesos monitorios, como mínimo habrá de abarcar tanto el momento en que se admite la demanda de juicio cambiario en el trámite implícitamente previsto en el artículo 821.1 LECiv, como también el de admisión de la demanda de oposición cambiaria por así entenderlo el artículo 440.1 LECiv; y hasta incluso el momento de la vista, con base en el artículo 443.2 y 3, en cuanto se alude a la «apreciación de oficio por el tribunal de su falta de jurisdicción o de competencia...» sin excluir la territorial.

c) Control de requisitos fiscales

La LECiv ha omitido cualquier referencia al tema del timbre en la letra de cambio. Sabido es que, conforme al artículo 37.1 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (y 80.1 de su Reglamento) «la extensión de la letra en efecto imbrado de cuantía inferior, privará a estos documentos de la eficacia ejecutiva que les atribuyen las leyes». Siendo que el citado artículo 37 es una norma restrictiva de derechos, concretamente del derecho a la tutela judicial efectiva (acceso a los tribunales, con las especiales garantías previstas), ha de hacerse una

interpretación adecuada que excluya todas aquellas situaciones no expresamente contempladas. Y ocurre que el juicio cambiario regulado en la LECiv no es un juicio ejecutivo, sino monitorio especial, y en cualquier caso, declarativo.

El defecto de timbre entiendo que ha dejado de ser objeto de control tanto de oficio como a instancia de parte. Cabrá entender, en todo caso, que los citados preceptos (arts. 37 Ley y 80 Reglamento citados) quedan derogados en cuanto a la privación de eficacia de la letra de cambio conforme el punto 3 de la disposición derogatoria única por la que «se considerarán derogadas, conforme al apartado segundo del artículo 2 del Código Civil, cuantas normas se opongan o sean incompatibles con lo dispuesto en la presente Ley».

Según indica la SAP Valencia, Secc. 11ª, 6 de mayo de 2002 (JUR 2002, 231332) (Ponente: Doña Susana Catalán Muedra) «no pudiendo aplicar el efecto previsto por el artículo 37 del Decreto Legislativo 1/1993 a un supuesto de hecho no contemplado por la norma, pues ello implicaría una interpretación extensiva o aplicación analógica de un efecto restrictivo no acorde con principios generales del derecho y con la doctrina legal y científica que ha generalizado el axioma de que la interpretación extensiva no es aplicable a las normas de derecho singular o excepcional, ni tampoco a aquellas que limitan el libre ejercicio de derechos, y habiendo quedado, pues, privado el invocado artículo 37.1 del presupuesto de hecho que prevé».

Otra cosa es el pago de la tasa por el ejercicio de la potestad jurisdiccional prevista en el art. 35 de la Ley 53/2002, de 30 diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, como requisito general y no exclusivo del juicio cambiario, como lo fue el del timbre en la letra de cambio.

(1) RECURSOS FRENTE A LA DENEGACIÓN DE ADMISIÓN Y ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS PREVISTAS

Conforme el artículo 821.3 LECiv, «contra el auto que deniegue la adopción de las medidas a que se refiere el apartado anterior podrá interponer el demandante los recursos a que se refiere el apartado segundo del artículo 552», es decir, recurso de reposición opcional y apelación.

(2) RESOLUCIÓN PROCEDENTE EN CASO DE ADMISIÓN Y EFECTOS

La resolución revestirá la forma de auto (a diferencia del monitorio ordinario que contempla la forma de «providencia»). En el artículo 821.2 LECiv se prevé el supuesto en el que el juez, tras analizar la corrección formal del título cambiario, lo estime conforme. En ese caso adoptará sin más trámites el requerimiento del deudor y el embargo preventivo de los bienes. Si no lo fuere, se refiere del artículo 821.3 LECiv que se resolverá también mediante auto.

Fijémonos que si la falta de requisitos es alegada por el demandado, con base en el artículo 824 LECiv, la resolución procedente será la sentencia, con la eficacia de cosa juzgada (art. 827 LECiv); también si es observada de oficio en momento posterior al

trámite de admisión. En cambio, en el momento de la admisión se resuelve mediante auto. Esta diferencia no se comprende cuando la falta de requisitos formales supone algo más que la simple privación de eficacia procesal de los títulos cambiarios, sino que implica la falta de «eficacia material»; es decir, si faltan los requisitos extrínsecos del título cambiario, no existe el derecho cambiario que se ha pretendido incorporar al documento, de modo que la decisión sobre la «forma» del título es también decisión sobre el «fondo» del asunto.

a) Resolución de que se practique requerimiento de pago al deudor. Pago por el deudor

Como en el monitorio ordinario, lo primero que puede hacer el deudor ante el requerimiento es pagar. A tal efecto, el artículo 822 LECiv prevé que «si el deudor cambiario atiende el requerimiento de pago se procederá como dispone el artículo 583, pero las costas serán de cargo del deudor».

En este punto, el legislador ha optado por regular el pago con remisión a las normas del proceso de ejecución. Por lo tanto, «se pondrá la suma de dinero correspondiente a disposición del... [acreedor demandante]... se entregará al... [deudor demandado]... justificante del pago realizado y, en su caso, se dará por terminada... [la tramitación]».

A diferencia del monitorio se prevé expresamente la condena en costas a cargo del deudor demandado, y ni siquiera se hace la salvedad del artículo 583.2 «in fine» LECiv a la imposición de costas cuando «justifique que, por causa que no le sea imputable, no pudo efectuar el pago antes de que el acreedor promoviera la ejecución».

En todo caso, en los supuestos en que no fuera preceptiva la posibilidad de la condena en costas podrá tener utilidad práctica cuando efectivamente se hubiera comparecido con asistencia y representación y el tribunal aprecie temeridad en la conducta del condenado en costas, o que el domicilio de la parte representada y defendida esté en lugar distinto a aquel en que se ha tramitado el juicio, siempre con el límite de un tercio de la cuantía del proceso por cada uno de los litigantes que hubieran obtenido tal pronunciamiento (arts. 393 y 394.3 LECiv).

No se contempla en la LECiv la hipótesis de que el pago del deudor sea parcial. Sin embargo, no hemos de olvidar que el artículo 45 LCCH prevé que «el portador no podrá rechazar un pago parcial» (salvo que siendo el título extranjero, la ley del país previera otra cosa conforme el art. 104 LCCH). Así, pues, si no puede negarse este pago parcial, en caso de que se produzca, la ejecución se reducirá en el importe que quede por pagar.

b) Resolución de embargo preventivo especial. Posibilidad de alzamiento

Según el artículo 821.2.2ª LECiv, procederá el juez a «ordenar el inmediato embargo preventivo de los bienes del deudor por la cantidad que figure

en el título ejecutivo, más otra para intereses de demora, gastos y costas, por si no se atendiera el requerimiento de pago».

Por su parte, el artículo 823.1 LECiv dispone que «si el deudor se personare por sí o por representante dentro de los cinco días siguientes a aquel en que se le requirió de pago y negare categóricamente la autenticidad de su firma o alegare falta absoluta de representación, podrá el tribunal, a la vista de las circunstancias del caso y de la documentación aportada, alzar los embargos que se hubieren acordado, exigiendo, si lo considera conveniente, la caución o garantía adecuada».

Frente a su tenor literal, algún autor mantiene que no debe hacerse efectivo hasta que no finalice el plazo otorgado para atender el requerimiento de pago (MONTERO). Sin embargo, mayoritariamente se mantiene que debe adoptarse al mismo tiempo que se requiere de pago, dado que la frase «por si no se atendiera el requerimiento de pago» debe interpretarse que el embargo se acuerda y se practica de inmediato para asegurar el resultado del juicio en caso de que el demandado no atienda el requerimiento.

Interpretación que es más acorde con la naturaleza cautelar del embargo; es coherente dentro del conjunto normativo en que se inserta el precepto (art. 823.1 LECiv que considera que en los 5 primeros días al requerimiento ya habrá bienes embargados); el carácter inmediato lo es del embargo, no de la orden de embargo; y, por último, si se diliriera al final del plazo para requerir de pago, el embargo quedaría privado de efectos cautelares al posibilitarse que el peligro de insolvencia se actualice en dicho plazo.

Si comparamos el artículo 823 LECiv y el 68.1ª LCCH, observaremos cómo son prácticamente idénticos. En cuanto al momento para su alegación, el artículo 823 LECiv mejora sustancialmente la redacción de la Ley Cambiaria. Al margen de que se pasa de 3 a 5 días para hacer efectiva esta posibilidad, de un lado, no parece que sea posible realizar la petición en el instante mismo de la diligencia de requerimiento de pago y apercibimiento de embargo, cosa por otra parte lógica pues en ese momento no es posible proceder al inmediato levantamiento dado que el juez no participa directamente en la diligencia citada. De otro lado, ya no hay duda de que esta posibilidad la tiene el deudor cualquiera sea la forma en que se hubiera practicado el requerimiento, dado que desaparece la remisión del artículo 68.1 LCCH al artículo 1442 LECiv/1881 (que sólo consideraba el supuesto de que el deudor tenga domicilio conocido y fuere hallado en el mismo).

El artículo 823.2 LECiv igualmente reproduce «mutatis mutandi» el artículo 68.3ª LCCH en cuanto prevé que «no se levantará el embargo... 1º Cuando el libramiento, la aceptación, el aval o el endoso hayan sido intervenidos, con expresión de la fecha, por Corredor de comercio colegiado o las respectivas firmas estén legitimadas en la propia letra por Notario. 2º Cuando el deudor cambiario en el protesto o en el requerimiento notarial de pago no

hubiere negado categóricamente la autenticidad de su firma en el título o no hubiere alegado falta absoluta de representación. 3ª Cuando el obligado cambiario hubiera reconocido su firma judicialmente o en documento público».

INACTIVIDAD DEL REQUERIDO Y DESPACHO DE EJECUCIÓN

La inactividad del requerido, esto es, cuando el deudor no pague ni interpusiere demanda de oposición en el plazo establecido, en los términos del artículo 825 LECiv, implica que «se despachará ejecución por las cantidades reclamadas y se trabará embargo si no se hubiera podido practicar o, conforme a lo previsto en el artículo 823, hubiere sido alzado. La ejecución despachada en este caso se sustanciará conforme a lo previsto en esta Ley para la de sentencias y resoluciones judiciales y arbitrales».

Como en el monitorio ordinario, no se prevé que se dicte sentencia. Como ya se advirtió en el Capítulo anterior, materialmente el título de ejecución es una resolución judicial, condenatoria e implícita en el despacho de ejecución. Formalmente la declaración judicial que está dotada de cosa juzgada se integra por: la resolución de admisión de la solicitud de requerimiento (que incluye un enjuiciamiento sobre la existencia del crédito) y la propia resolución de despacho de ejecución (que constata la validez del requerimiento y la falta de comparecencia). Para los casos de allanamiento parcial se dicta auto, que constituye título ejecutivo.

La finalización del monitorio por falta de pago y de oposición debería estar dotada de eficacia de cosa juzgada. Frente a esto se alza el que, al contrario de lo previsto expresamente para el juicio monitorio ordinario (art. 816 LECiv), la LECiv guarda silencio sobre este punto. Ante ello, la doctrina científica ha empezado a decantarse por negar el efecto de cosa juzgada en este caso, dado que se trata de un «auto de despacho de ejecución» y no se hace previsión al respecto (por ejemplo RODRÍGUEZ MERINO; VEGAS MONTERO). Pero esta interpretación es seriamente discutible por lo siguiente:

a) El simple silencio del legislador sobre este punto no conduce necesariamente a negar sus efectos. Cabe interpretar lo contrario dado que el juicio cambiario no es más que un proceso monitorio especial, y en éste sí se prevé esta eficacia en el proceso monitorio (art. 816 LECiv). Además la no eficacia de cosa juzgada es excepcional (art. 447.4 LECiv) y ningún precepto la niega al juicio cambiario sin oposición.

b) En una regulación tan parca como la de este juicio cambiario, cuya característica es la omisión de ciertos actos y resoluciones tan evidentes que han de ser considerados tácitos o implícitos, la forma de resolución («auto» según el art. 825 LECiv), no es obstáculo para que tenga esta eficacia, pues esta resolución consiste en «o lleva implícita en realidad» una condena implícita.

c) Lo contrario supondría favorecer desorbitadamente al demandando, pues su simple voluntad (no olvidemos que son alegables todos los motivos de oposición conforme al art. 67 LCCH) determinará si la resolución que se dicte tendrá o no eficacia de

cosa juzgada. Fijémonos igualmente que, atendido el artículo 827.3 LECiv, ocurriría lo siguiente: 1ª) Cuando se formula oposición por uno o varios motivos y no por todos, ya no podrá discutirse de nada con posterioridad, quedando todas las posibles cuestiones alegables pero no alegadas cubiertas por la cosa juzgada. 2ª) Cuando no se formula oposición o si formulada, no comparece a la vista, al no dictarse sentencia sino auto y no preverse que esta última resolución tenga la eficacia de aquélla, no tendría en principio eficacia de cosa juzgada, de modo que este efecto dependerá de su simple voluntad, a pesar de ser alegables todos los hechos impositivos, extintivos y excluyentes de la pretensión.

d) Lo contrario puede conducir a una discusión interminable en relación a la misma cuestión y por las mismas partes.

e) Esta solución se compadece mejor con la jurisprudencia del Tribunal Supremo que ha venido sosteniendo que la cosa juzgada cubre todo lo «alegable» en el proceso, y con los términos de la propia LECiv que se refiere a las «cuestiones que pudieran ser en él alegadas» (por ejemplo, art. 827.3); así como, en general, con nuestro sistema procesal en el que la nota de irrevocabilidad es elemento propio y diferenciador de las resoluciones judiciales (SERRA), siendo que la actuación del Derecho objetivo mediante la potestad jurisdiccional tiene, salvo matices en los procesos sumarios y medidas cautelares, carácter definitivo e irrevocable (ORTELLS).

Como el proceso monitorio ordinario, tampoco se prevé la petición de apertura de la ejecución. Se ha considerado innecesaria o implícita esta petición así como incluso la necesidad de dictar expresamente título de ejecución. La técnica monitoria precisamente supone que, tras constatar la falta de pago y oposición por el deudor, automáticamente se despache ejecución (art. 825, 1 LECiv).

A pesar de las posibles conveniencias desde algún punto de vista, ha de rechazarse la práctica de algunos juzgados por la que vienen exigiendo demanda ejecutiva. La LECiv es clara, dice el art. 825 que «cuando el deudor no interpusiera demanda de oposición en el plazo establecido, se despachará ejecución». Como en el proceso monitorio ordinario, el principio dispositivo se salva entendiéndolo que la petición inicial, al menos implícitamente, contiene la petición de apertura del proceso de ejecución si el deudor no paga ni se opone. La información necesaria para la ejecución no lo es para el despacho de ejecución sino para que, una vez despachada, pueda ser efectiva, pudiéndose aportar en tal momento dicha información así como, en su caso, la integración de la postulación.

OPOSICIÓN DEL REQUERIDO Y RESOLUCIÓN EN JUICIO VERBAL

Conforme el artículo 824 LECiv, «en los diez días siguientes al del requerimiento de pago el deudor podrá interponer demanda de oposición al juicio cambiario». En relación con la regulación del proceso monitorio ordinario se reduce a la mitad, pasa de veinte a diez días.

Respecto a la forma de la demanda de oposición, la doctrina viene señalando mayoritariamente que habrá de estarse a lo previsto en el art. 399 LECiv, esto es, en la forma prevista para el juicio ordinario aunque después la oposición se sustancie por los trámites del juicio verbal. A mi juicio, la forma de la demanda ha de ser la del juicio verbal, esto es, con los requisitos del art. 417 LECiv entre otras cosas, porque el legislador eliminó del texto definitivo la referencia de los textos previos a que la demanda fuera ordinaria.

A) MOTIVOS DE OPOSICIÓN

El mismo artículo 824 LECiv, prevé que «el deudor cambiario podrá oponer al tenedor de la letra, el cheque o el pagaré todas las causas o motivos de oposición previstos en el artículo 67 de la Ley Cambiaria y del Cheque». Que puedan oponerse todas las causas o motivos del artículo 67 LCCH supone autorizar al demandado a oponer todo hecho impositivo, extintivo y excluyente de la pretensión del demandado sin ningún género de limitación, incluidos los que deriven de la relación causal que le vincule con él, e incluso, mediante la denominada «exceptio doli», los ligados a las relaciones de otros participantes en la circulación del título.

En síntesis, el carácter plenario de la oposición al juicio cambiario exige distinguir:

a) La oposición frente a la pretensión cambiaria del demandante «tercerero» por completo

1.º Negación de los hechos constitutivos de la pretensión del actor. Por la ausencia de requisitos esenciales del título valor, en cuanto implican la existencia del mismo (arts. 2, 95 y 107 LCCH), cuya aportación corresponde al acreedor; o por la falta legitimidad del tenedor por no constar en el título o no acreditarse por otras vías.

También el demandado mediante la acción de regreso podría alegar la falta de la presentación del título o del protesto por falta de aceptación o de pago, o alternativamente, la declaración equivalente del mismo cuando corresponde, que será hecho constitutivo si se entiende que integra el título.

2.º Afirmación de hechos impositivos: El concreto demandado al que se atribuya la declaración podrá alegar la «inexistencia» de la propia declaración cambiaria, incluida la falsedad de la firma (nulidad absoluta o radical de la declaración por falta de capacidad, de poder, falsificación del título —alegación que beneficiará exclusivamente a los sujetos anteriores a la alteración—; error objetivo, violencia radical o por falsedad de la firma).

3.º Afirmación de hechos extintivos: Pago con los requisitos previstos en los arts. 43 a 47 LCCH, y consignación según el art. 48 de la misma, (incluida la *pluper-*

ción derivada de un pago parcial con los requisitos citados). Y confusión de los arts. 1192 a 1194 CC.

4.º Afirmación de hechos excluyentes: Prescripción cambiaria (arts. 88 y 89 LCCH).

b) La oposición frente a la pretensión cambiaria del demandante «tercerero» solamente respecto a la relación causal

Además de todo lo anterior, también será posible oponer nuevos hechos impositivos, extintivos y excluyentes, relativos todos ellos a la relación cambiaria personal de la que el demandante no es tercero.

1.º Afirmación de hechos impositivos: La falta de validez de la declaración cambiaria acreditando el deudor la falta de validez por sustracción, pérdida, apropiación indebida, simulación, dolo, error inexcusable, intimidación y violencia relativas, etc. el hecho de haberse completado el título valor cambiario de manera intransigente con los acuerdos celebrados (art. 12 LCCH); el haber completado el título fuera de plazo, o de manera abusiva; La falta de «legitimidad» del tenedor cuando entre el transmitente del título valor y el adquirente se haya pactado, en el propio título o en documento aparte, la exención de la obligación del pago del primero frente al segundo.

2.º Afirmación de hechos extintivos: Extinción distinta al pago cambiario y a la consignación, esto es, de modo distinto a lo previsto en los arts. 43 a 48 LCCH. La novación, por la alteración de alguna cláusula en el texto mismo del título valor (nuevo vencimiento —espera—, reducción de la obligación —quita—, etc.), o mediante la creación de un nuevo (o varios) título-valor. La compensación cumpliendo las prescripciones del Código Civil (arts. 1195 a 1202). La *exceptio litis per transactionem finitae* cuando una de las partes intente llevar al conocimiento del órgano jurisdiccional la controversia que la transacción decidió. Y cualquier extinción admitida en derecho como la remisión o condonación (arts. 1187 a 1191 CC), la quita, espera, devolución «pro solvendo», etc.

3.º Afirmación de hechos excluyentes: El pacto *inter partes* de la subsidiariedad de la obligación del transmitente frente al adquirente, y hasta incluso el de no formular pretensión frente al transmitente; de forma que los efectos excluyentes alcancen exclusivamente a los sujetos que han intervenido en el pacto base de la excepción.

b) La oposición frente a la pretensión cambiaria del demandante enlazado por la relación causal, en especial la falta de provisión de fondos

Además de todo lo anterior, será posible oponer, como dice el art. 67 LCCH, «las excepciones basadas en sus relaciones personales con él», igualmente las que tenga frente a tenedores anteriores «si al adquirir la letra el tenedor procedió a sabiendas en perjuicio del deudor». Entre estas «excepciones»:

además de las de naturaleza cambiaria, se encuentran las extracambiarías, relativas al contrato subyacente o causal, entre las que ha de citarse especialmente, por su importancia, la falta de provisión de fondos.

La alegación de una *falta más o menos parcial de provisión de fondos*, al contrario de lo que ha ocurrido con el incumplimiento total viene siendo habitualmente excluida generalmente por la jurisprudencia, si bien del art. 67 LECII deriva más bien su admisión.

Así, pues, la expresión en la disposición final décima de la LECiv, que da nueva redacción al artículo 67 de la Ley Cambiaria, por la que se mantiene que «frente al ejercicio de la acción cambiaria sólo serán admisibles las excepciones enunciadas en este artículo», tiene una aplicación más que dudosa: a) Entre las excepciones procesales porque, como mínimo, el artículo 238.1 LOPJ todavía está vigente; b) Entre las materiales porque está diciendo algo tan paradójico como que «sólo» puede alegarse «todo». Y esto al margen de continuar con el error de denominar excepciones a lo que más bien son motivos genéricamente enunciados en el que se incluyen otras alegaciones, motivos de oposición, excepciones, causas de nulidad y hasta de inexistencia del título cambiario.

B) SUSTANCIACIÓN DE LA OPOSICIÓN

El artículo 826 LECiv establece que «presentado por el deudor escrito de oposición, se dará traslado de él al acreedor con citación para la vista conforme a lo dispuesto en el apartado primero del artículo 440 para los juicios verbales. La vista se celebrará del modo establecido en el artículo 443».

Previamente, aunque no se diga, ha de procederse a la admisión de la demanda de oposición, lo que implica que el «tribunal», en el plazo de cinco días, examinará la concurrencia de los presupuestos procesales generales de admisibilidad de la demanda.

Sigue el artículo 826.II LECiv, disponiendo que en la citación se advertirá que «si no compareciere el deudor, el tribunal le tendrá por desistido de la oposición y adoptará las resoluciones previstas en el artículo anterior» (despacho de ejecución). Exactamente igual a lo que ocurre en el proceso monitorio ordinario (art. 816.1 LECiv), aunque formalmente se trata de un desistimiento, porque el deudor es el actor en el juicio verbal de oposición, materialmente esta actitud supone un verdadero allanamiento a la pretensión cambiaria del acreedor. Previsión que habría de completarse con lo previsto en el artículo 442 LECiv.

Se advertirá también que «si no compareciere el acreedor, el tribunal resolverá sin oírle sobre la oposición». Aquí, sin embargo, considero que no sería aplicable formalmente lo previsto en el artículo 442.2 LECiv puesto que no parece adecuada la declaración en rebeldía de un acreedor que inició juicio cambiario y, en principio, ha aportado título-valor formalmente válido. Ahora bien,

por lo demás, se procedería como tal, esto es, «resolverá sin oírle sobre la oposición» o lo que es lo mismo, «sin volver a citarlo, continuará el juicio su curso».

A pesar de lo equivoco del tenor del artículo 826.1 LECiv cuando dispone que «presentado por el deudor escrito de oposición, se dará traslado de él al acreedor con citación para la vista...», ésta ha de realizarse a las partes, como previene el artículo 440 LECiv para los juicios verbales. Por lo demás, la citación contendrá las previsiones del artículo 440 LECiv.

a') Posición del deudor como actor demandante de oposición

El deudor inicialmente demandado se convierte en demandante de oposición y el acreedor demandante en demandado.

Esta especial situación se justifica partiendo de la propia naturaleza del derecho cambiario, en que el derecho se incorpora al documento, el cual ha de acompañarse a la demanda como «*conditio sine que non*» para ser admitida y seguido el juicio. Esto explicará que, partiendo de que el acreedor inicialmente demandante ha probado los hechos constitutivos de su pretensión cambiaria, el demandante tiene la carga de alegar y probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes de la pretensión de contrario (art. 217 LECiv). Hechos que, consecuencia de esta especial configuración propia de la técnica monitoria y de la oposición en el proceso de ejecución, son constitutivos de la pretensión negativa del pago por el deudor demandado inicial y demandante posterior.

La demanda de oposición es el especial equivalente de la contestación a la demanda. Y el demandado puede seguir fundamentando la defensa, aunque con difícil éxito en la práctica, meramente negando los hechos constitutivos del acreedor demandante, cuando éste no haya presentado el título-valor, sea inexistente por faltar elementos constitutivos esenciales en el mismo, o cuando no se hayan cumplido los presupuestos para el ejercicio de las acciones cambiarias. En estos casos, bastará con que el demandado en su demanda niegue los hechos constitutivos del demandado sin tener que probar nada.

El juicio verbal de oposición consiste materialmente en un instrumento para resolver la contestación a la demanda de juicio cambiario, pero formalmente articulada a través de un proceso. Nos recuerda igualmente esta circunstancia el «petitum» de la demanda —sucinta— de oposición, que sencillamente se limitará a solicitar la no condena por desestimación de la demanda de juicio cambiario que formuló en su momento el acreedor.

b') Contenido de la demanda de oposición y de la vista

Como se trata de una demanda sucinta que inicia un juicio verbal, por más que pueda ser compleja la oposición, bastará con que el «escrito de oposición» cumpla las previsiones del artículo 437 LECiv, sustanciándose según las reglas generales de este juicio. Más concretamente:

1ª La demanda de oposición no requerirá que esté fundada jurídicamente.

2ª El objeto del juicio verbal ha de encontrarse perfectamente definido en la demanda: «petitum» consistente en la petición de estimación de la demanda de oposición y consiguiente no condena a pagar la suma que reclamaba el demandante inicial de juicio cambiario; y «causa petendi», con el relato de los hechos en que se funda la anterior petición o, lo que es lo mismo, con exposición detallada de los motivos de oposición.

3ª Todos los motivos de oposición disponibles han de incluirse en la demanda pues ha de estar completa la «causa petendi» y porque conforme al artículo 400.2 LECiv, previsto para el juicio ordinario pero aplicable con carácter general, no podrán ser pectos de manifiesto en ulteriores procesos ya que «a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste».

4ª Formalmente con la demanda han de aportarse los documentos procesales y de fondo que correspondan, sin perjuicio de las excepciones a la preclusión (arts. 261 a 272 LECiv) y con las copias de escritos y traslados correspondientes (arts. 273 y ss. LECiv).

5ª No cabrán modificaciones esenciales en la vista. Queda vedado, por tanto, la introducción de nuevos motivos de oposición materiales. Pero nada impide que en la vista puedan «ampliarse» los argumentos y los fundamentos sobre los motivos de oposición, siempre que no suponga una modificación sustancial del objeto del proceso.

6ª El artículo 67 LCCH, al que remite el artículo 824.2 LECiv, autoriza a oponer «excepciones basadas en sus relaciones personales» con el tenedor. Así, a pesar de que el juicio verbal de oposición sea especial en cuanto a su objeto, dadas las específicas características de derecho cambiario y puesto que entre los enlazados por la relación causal el objeto de debate se circunscribe no sólo a la relación cambiaria sino también a la causal, no encuentro impedimento para que el deudor introduzca en la oposición los hechos relativos a esa relación causal no solamente para que se dicte sentencia de no condena, sino también para que se resuelva de la misma como si de «reconvención» en los términos del artículo 438.11 LECiv se tratase.

El artículo 438, al contrario de lo previsto para el juicio ordinario no contempla un tratamiento específico para la llamada «nulidad del negocio jurídico». Considero que esto implica que esta alegación ha de hacerse valer, en principio, por vía de reconvención, con las previsiones del artículo 438.1 LECiv respecto de las notificaciones al acreedor demandado. Y del mismo modo, podrá igualmente formular compensación, puesto que el mismo artículo 67.3ª LCCH permite alegar sin límites «la extinción del crédito cambiario cuyo cumplimiento se exige al demandado». A tal efecto, el artículo 438.2 prevé que deberá notificarse al menos cinco días antes de la vista, con el fin evidente de que el actor pueda acudir al acto del juicio con las pruebas pertinentes para desvirtuar, en su caso, el crédito opuesto en compensación.

El artículo 438.2.11 LECiv impone como límite para la admisión de la compensación —y habría que entender, en principio, también de la reconvención— que la cuantía del crédito compensable no supere los tres mil euros. En el supuesto especial de juicio verbal de oposición en el que se adecua por la materia, con independencia de la cuantía, a pesar del tenor literal del citado artículo 438.2 me inclino por admitir la compensación de crédito superior a dicho límite de tres mil euros.

Dada la especial forma en que se plantea la oposición, en que el deudor se sitúa en la posición activa y el acreedor en la pasiva, no tiene sentido alguno que la introducción de las vicisitudes relativas al crédito causal ni la compensación adopten especiales formalidades. Se introducen mediante demanda —de oposición, reconvención y, en el caso de la compensación, de excepción reconvencional—, cumplida con creces la finalidad de la notificación con la antelación suficiente para que cumpla con la finalidad de que el acreedor demandado pueda acudir con las pruebas suficientes, en su caso, para desvirtuar las alegaciones sobre estos extremos.

Por este motivo, dada su admisibilidad sin límites cuantitativos y forma en que se introducen, en la práctica estas «alegaciones» vendrán a confundirse con simples motivos de oposición. Pero esto no ha de hacernos olvidar que suponen figuras que, siendo admisibles como defensas frente a la oposición cambiaria, van más allá del simple objeto del proceso inicialmente fijado por el acreedor cambiario. Y, cumplidas las formalidades previstas, han de tener la eficacia correspondiente en derecho a este tipo de alegaciones sobre tales objetos.

7ª Más dificultades encuentro para que el deudor demandante de oposición pueda formular acumulación objetiva de pretensiones, aunque en principio se den los requisitos del artículo 438.3 LECiv. Y todavía con mayores dificultades sería viable la llamada acumulación «subjetiva» (art. 438.4 LECiv). El juicio verbal de oposición se delimita en cuanto a su objeto por lo previsto en los artículos 824.2 LECiv y 67 LCCH, lo que excluye, por especialidad —no por sumariadad— la introducción de objetos diversos para que se diluciden en este procedimiento previsto para la oposición.

Por su parte, la contestación a la demanda de oposición por el acreedor, actor inicial de juicio cambiario, la tiene en la vista mediante alegaciones orales realizadas después de que el deudor demandante haya completado o ratificado su demanda (art. 443.2 LECiv).

C) LA DECLINATORIA EN EL PROCESO MONITORIO CAMBIARIO

La LECiv no contempla en la regulación del proceso monitorio ni en la del juicio cambiario el modo de formular declinatoria, ni siquiera la posibilidad de su articulación. Las posibilidades en el momento de su introducción básicamente son tres: en los diez días del tiempo previsto para formular oposición; en la demanda de oposición, o, posteriormente, en los cinco primeros días posteriores a la citación para la vista.

El momento en principio idóneo —según la lógica de la declinatoria— es que se formule en los diez días previstos para pago u oposición. Pero este plazo no se contempla expresamente, y por tanto, no se prevé como preclusivo. Esta falta de previsión plantea problemas interpretativos y de integración. Siendo que con la presentación de la demanda de oposición el juicio cambiario se transforma en juicio verbal, sin una norma que claramente lo establezca, no parece adecuado al ejercicio del derecho de defensa privar al deudor de la posibilidad de formular la declinatoria en los cinco días posteriores a la citación

para la vista que expresamente ofrece el art. 64 LECiv. Y ello sin perjuicio de que muchas de las circunstancias fundamento de la declinatoria serán motivo de nulidad que conforme al artículo 238.1 LOPJ podrán ser puestos de manifiesto en el escrito de oposición o incluso en el momento de la vista para recordarle al juzgador que está conociendo con eventual falta de jurisdicción o de competencia objetiva y funcional –incluida la genérica–.

Ahora bien, a diferencia de los otros supuestos, la formulación de la demanda de oposición supondrá la sumisión del asunto a la jurisdicción (art. 11.1 LA). Por tal motivo, la propia formulación de dicha demanda de oposición habría de impedir, no obstante la autonomía formal de ambos procedimientos, que se pudiese formular posteriormente declinatoria con base en la existencia de convenio arbitral.

D) SENTENCIA SOBRE LA OPOSICIÓN Y EFICACIA DE COSA JUZGADA

Tal y como dispone el artículo 827 LECiv, «en el plazo de diez días, el tribunal dictará sentencia resolviendo sobre la oposición. Si ésta fuera desestimada y la sentencia fuere recurrida, será provisionalmente ejecutable conforme a lo dispuesto en esta Ley. Si la sentencia que estimare la oposición fuere recurrida, se estará, respecto de los embargos preventivos que se hubiesen trabado, a lo que dispone el artículo 744». Es decir, en principio el embargo deberá ser alzado, pero, mediante resolución específica, puede ser mantenido previa prestación de caución por el actor.

El artículo 827.3 LECiv concluye señalando que «la sentencia firme dictada en juicio cambiario producirá efectos de cosa juzgada, respecto de las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas, pudiéndose plantear las cuestiones restantes en el juicio correspondiente». La amplitud del debate procesal permitida por el artículo 67 LCCH dificulta especificar qué «cuestiones restantes» podrán ser objeto de un proceso declarativo posterior. Nosotros no encontramos ninguna cuestión que pueda restar sobre la misma pretensión. Podrán «restar» cuestiones cuando se estime una alegación sobre la prescripción cambiaria y no haya prescrito la obligación causal; o cuando concurran hechos que sustenten créditos compensables. En el primer caso la cuestión versará sobre otra obligación a la que se refería la pretensión, la obligación causal; en el segundo, formará parte de otra relación igualmente cuando no fuera alegado o, habiéndolo sido, el acreedor inicial no hubiera contestado como si se hubiere propuesto reconvencción (arts. 408 y 227.2 LECiv).

Desde un punto de vista subjetivo, la cosa juzgada material operará entre el concreto deudor y acreedor que han sido partes en el juicio especial cambiario y en el verbal en el que se ventila la oposición. Otra cosa es que, dada la pluralidad subjetiva posible como consecuencia de la circulabilidad de los títulos

los-valor cambiarios, y que como prevé el artículo 57.4 LCCH «la acción intentada contra cualquiera de las personas obligadas no impedirá que se proceda contra las demás», será factible que se produzca un ulterior proceso entre partes distintas total o parcialmente (quizá el legislador se refiera a este problema de límites subjetivos de la cosa juzgada cuando menciona las «cuestiones restantes»).

De otro lado, puede darse el supuesto de deudor que formule oposición frente al acreedor que utiliza el título a sabiendas en perjuicio del deudor; siendo que, conforme a los artículos 20 y 67.1 LCCH el deudor podrá hacer valer los motivos de oposición basados en la relación jurídica material causal que unía al deudor con el transmitente del título valor al actual acreedor. En este caso, en principio, no operaría la cosa juzgada material, al menos en cuanto a su efecto negativo, dado que formalmente se trata de distinta parte. Sin embargo, es significativo que vaya a enjuiciarse exactamente la misma relación jurídico material causal o subyacente al libramiento del mismo título valor cambiario.

Capítulo 40

RAFAEL BULLIDO PENADÉS

SUMARIO.—PROCESOS DE DIVISIÓN JUDICIAL DE PATRIMONIOS.—LA DIVISIÓN JUDICIAL DEL PATRIMONIO HEREDITARIO.—A) El proceso para la división de la herencia.—B) Intervención del caudal hereditario.—C) Administración del caudal hereditario.—LA LIQUIDACIÓN DEL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.—A) Ámbito de aplicación.—B) Competencia.—C) Proceso para la formación de inventario.—D) Procesos para la liquidación del régimen económico matrimonial

PROCESOS DE DIVISIÓN JUDICIAL DE PATRIMONIOS

El Libro Cuarto de la LECiv, dedicado a los procesos especiales, regula en su Título II unos procesos que tienen por objeto la división judicial de ciertos patrimonios, del patrimonio hereditario en el Capítulo I (arts. 782-805) y del patrimonio de la comunidad matrimonial en el Capítulo II (arts. 806-811), previstos para aquellos supuestos en los que quienes tengan derecho a los bienes que existen en esos patrimonios no lleguen a un acuerdo sobre el modo de distribución de los mismos (arts. 782.1 y 806 LECiv).

En otro caso, la nueva ley no ofrece una regulación expresa del proceso que deberá seguirse en los supuestos de liquidación judicial de otros patrimonios sobre los que posean derechos diversas personas. La heterogeneidad de estos supuestos dificulta dar una solución válida y general, requiriendo el análisis de numerosas leyes sustantivas. Con todo, desde una perspectiva global, podría concluirse que, en principio, para la liquidación judicial de otra clase de patrimonios sobre los que posean derechos varias personas deberá acudir en la mayor parte de los casos a un proceso declarativo ordinario. No obstante, antes de exponer algunos supuestos relevantes, conviene recordar que la liquidación de un patrimonio social y el posterior reparto del eventual haber remanente requieren como presupuesto previo la disolución de la sociedad.

En el caso de las paradigmáticas sociedades mercantiles anónimas y de responsabilidad limitada, la disolución de la sociedad y la posterior liquidación de su patrimonio se realiza normalmente a través de un procedimiento extrajudicial, requiriéndose en el primer caso acuerdo de la Junta General sobre la disolución y en el segundo que el balance final y, en su caso, proyecto de división realizados por los liquidadores sean aprobados por dicha junta. Ahora bien, en

el supuesto de que en la Junta General no se adoptara el acuerdo de disolución, cualquier socio o accionista interesado podrá solicitar la disolución judicial de la sociedad. Y, de igual manera, si la disconformidad del socio o accionista versa sobre el acuerdo social de liquidación aprobado por la Junta General, dicho socio o accionista podrá impugnar este acuerdo social a través de los cauces del juicio ordinario (arts. 260-281 LSA, arts. 104-124 LSRL y art. 249.1.3ª LECiv).

En el supuesto de la comunidad de bienes regulada en los artículos 392 y ss. del CC, la jurisprudencia ha venido interpretando, bajo la vigencia de la LECiv/1881, que la acción de división de la cosa común debe ejercitarse a través del proceso declarativo ordinario que corresponda por razón de la cuantía (STS 14 mayo 1993 [RJ 1993, 3684]); solución que parece razonable que se siga manteniendo con la LECiv/2000 ante la ausencia de proceso especial para estos supuestos, y ante la inexistencia en este caso de norma de determinación de clase de proceso ordinario por razón de la materia.

Finalmente, en el caso de disolución judicial de una sociedad civil irregular y de la posterior liquidación de su patrimonio, la jurisprudencia más reciente ha interpretado, bajo la vigencia de la LECiv/1881, que, si bien el pronunciamiento judicial sobre la disolución de la sociedad civil irregular puede obtenerse a través de los cauces de un proceso declarativo ordinario, una vez extinguida o disuelta la sociedad civil irregular, la liquidación y reparto del patrimonio social debe realizarse, en virtud de la remisión efectuada en el artículo 1708 del CC, en sede de ejecución de sentencia con arreglo a las normas sustantivas y procesales establecidas para la partición de la herencia (STS 31 julio 1997 [RJ 1997, 5619] y STS 3 enero 1992 [RJ 1992, 145]). Con la nueva LECiv, las razones antes apuntadas respecto de la comunidad de bienes a favor del proceso declarativo ordinario correspondiente también deben considerarse extensibles en relación con la extinción o disolución de la sociedad civil irregular. Pero la interpretación jurisprudencial del artículo 1708 del CC, en lo relativo a la posterior liquidación judicial del patrimonio social, permitiría entender que, tras la LECiv/2000, los socios que pretendan la liquidación en vía judicial del patrimonio de la sociedad civil irregular deberán acudir al nuevo proceso declarativo especial sobre división de la herencia regulado en el Capítulo I del Título II del Libro IV de la LECiv/2000.

LA DIVISIÓN JUDICIAL DEL PATRIMONIO HEREDITARIO

Uno de los objetivos de la nueva ley procesal civil es el establecimiento de los procesos especiales imprescindibles y la simplificación procedimental. En aras a la consecución de ese fin, los tres procesos sucesorios regulados en la LECiv/1881 —los llamados juicios de abintestato, de testamentaria y de reconocimiento de herederos instituidos sin designación de nombres— se han reducido a uno sólo, el proceso de división de la herencia, regulado en el Capítulo

I del Título II del Libro IV, complementado con las disposiciones relativas a la intervención y administración del patrimonio hereditario.

No obstante, como la legitimación para solicitar judicialmente la división de la herencia se confiere a quien acredite la condición de heredero o legatario de parte alícuota (art. 782 LECiv), en los supuestos de sucesión legítima o intestada será preciso que quienes se crean con derecho a la sucesión soliciten previamente la declaración de heredero abintestato con arreglo a la Sección 2ª del Título IX del Libro II de la LECiv/1881 (arts. 977-1000) y a la normativa notarial (arts. 209, 209 bis y 210 del Reglamento Notarial de 1944, con la redacción vigente tras las modificaciones introducidas mediante el Decreto 2310/1967 y los Reales Decretos 1368/1992 y 45/2007), conjunto normativo que se mantiene provisionalmente en vigor hasta la aprobación de la futura Ley sobre Jurisdicción Voluntaria (disp. derog. 1.2ª LECiv).

La declaración de herederos abintestato constituye un acto de jurisdicción voluntaria, que se sustancia por procedimientos y ante autoridades distintas, según el vínculo familiar con el causante de quien pretenda ser declarado heredero: ante Notario mediante acta de notoriedad, si se solicita la declaración por un descendiente, ascendiente o cónyuge del finado (art. 979 LECiv/1881); o ante un Juzgado de Primera Instancia mediante el procedimiento regulado en los artículos 981 y ss., cuando lo soliciten los demás parientes con derecho a la sucesión intestada —los colaterales hasta el cuarto grado por el orden establecido en los arts. 946 y ss. del CC— (art. 980 LECiv/1881 y art. 954 CC), o cuando, a falta de parientes con derecho a la sucesión legítima, deba suceder el Estado (arts. 956-958 CC, arts. 999 y 1000 LECiv/1881 y art. 791. 2.2ª «in fine» LECiv/2000).

El Capítulo I del Título II del Libro IV responde a la rúbrica «De la división de la herencia», y su contenido se estructura en tres secciones. En la primera (arts. 782-789) se regula el proceso para la división de la herencia en sentido estricto. Mientras que en las secciones segunda (arts. 790-796) y tercera (arts. 797-805) se regulan, respectivamente, la intervención y la administración del caudal hereditario, medidas que tienden al aseguramiento y conservación de la herencia durante la tramitación de ciertas actuaciones y procedimientos. Dicha regulación se caracteriza por su complejidad y por cierta dosis de sistematización, circunstancias que aconsejan efectuar algunas consideraciones previas.

Por una parte, que, aunque la rúbrica del Capítulo I se intitule «De la división de la herencia», la intervención y administración del caudal hereditario son medidas de aseguramiento y conservación de la herencia aplicables tanto en el proceso para la división de la herencia regulado en los artículos 782 a 789 de la LECiv, como en el eventual procedimiento previo para la declaración de herederos abintestato.

Por otra parte, que, aunque la intervención y la administración del caudal hereditario se regulen en secciones distintas, la segunda parece formar parte

de la primera, según se deduce de lo dispuesto en el artículo 791.2.2º de la LECiv.

Finalmente, que el ámbito de aplicación de la intervención y de la administración de la herencia, por un lado, y la regulación sistemática del proceso para la división de la herencia en una sección distinta y con remisiones implícitas a aquéllas, por otro lado, dificultan la comprensión de este proceso desde una perspectiva funcional, es decir, a la hora de determinar cómo se insertan aquellas en éste.

Tras estas consideraciones previas pasemos a la exposición del proceso de división judicial de la herencia, así como de las medidas de aseguramiento y conservación que pueden adoptarse durante la sustanciación de aquél para evitar que durante ésta pueda desaparecer o mermar el patrimonio hereditario que se intenta distribuir.

A) EL PROCESO PARA LA DIVISIÓN DE LA HERENCIA

a) Ámbito de aplicación e inicio del proceso

Este proceso de partición del patrimonio hereditario tiene un carácter subsidiario, resultando de aplicación, según el artículo 782 de la LECiv, siempre que la división de la herencia no deba efectuarla un comisario o contador-partidor designado por el testador, por acuerdo entre los coherederos o por resolución judicial. Esta norma tiene como presupuesto previo de aplicación el régimen de partición de la herencia contenido en los artículos 1057 a 1059 del CC, último precepto que establece igualmente el carácter subsidiario del procedimiento de división judicial regulado en la LECiv.

La designación de contador por el testador o por el común acuerdo de los coherederos no precisa ulterior comentario, fuera del carácter subsidiario del segundo sistema de designación. Por el contrario, respecto a su designación por resolución judicial, hay que estar a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 1057 del CC, en el que se establece que el juez podrá nombrar un contador-partidor dativo, según las reglas establecidas en la LECiv para la designación de peritos, a petición de herederos y legatarios que representen, al menos, el 50% del haber hereditario. De donde, en nuestra opinión, puede inferirse que el procedimiento para la división de la herencia regulado en los artículos 782 y ss. de la LECiv deberá seguirse cuando los herederos y legatarios que lleguen a un acuerdo sobre el nombramiento de contador-partidor no representen el mencionado porcentaje del caudal hereditario.

Este procedimiento se inicia a instancia de parte legítima, teniendo la consideración de tal cualquier coheredero o legatario de parte alícuota (art. 782.1 LECiv), el cual deberá acompañar a la solicitud de división judicial de la heren-

cia el certificado de defunción del causante y un documento que acredite su condición de coheredero o legatario (art. 782.2 LECiv), ya sea el testamento, o el documento en el que conste la declaración judicial o notarial de heredero abintestato. Así mismo, la parte legitimada podrá solicitar en este momento la intervención judicial de la herencia, salvo que ésta resultara prohibida en virtud de disposición testamentaria (arts. 783.1 y 792.1.2º LECiv).

Sin embargo, a diferencia de lo que sucedía con la LECiv/1881 (art. 1038.4, salvo supuestos del art. 1040), los acreedores no están legitimados para solicitar la división, sin perjuicio de las acciones que les correspondan contra la herencia, la comunidad hereditaria o los coherederos, que se ejercerán en el juicio declarativo que corresponda, sin suspender ni entorpecer las actuaciones de división de la herencia (art. 782.3 LECiv).

No obstante, la ley contempla mecanismos dirigidos a la protección de los créditos de los acreedores. Por una parte, se permite que los acreedores de los coherederos puedan intervenir a su costa en el procedimiento de partición para evitar que ésta se haga en fraude o perjuicio de sus derechos (art. 782.5 LECiv); aunque, a diferencia de lo que sucede con el régimen general de intervención de terceros en un proceso pendiente regulado en el artículo 13 de la LECiv, no se precisa en qué puede consistir esa intervención, cuál es su contenido y alcance. Y, por otra parte, se establece un régimen de protección reforzada para los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y para los que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo, los cuales podrán oponerse a que se lleve a efecto la partición de la herencia hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos; oposición que podrá realizarse en cualquier momento anterior a la entrega de los bienes adjudicados a cada heredero (art. 782.4 LECiv).

b) Competencia

La competencia objetiva para conocer de la solicitud de división judicial de la herencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia (arts. 85.1 LOPJ y 45 LECiv), mientras que la competencia territorial se atribuye al Juzgado del lugar en que el causante hubiera tenido su último domicilio, salvo que éste lo hubiera tenido en el extranjero, en cuyo caso corresponderá la competencia territorial al Juzgado del lugar de su último domicilio en España, o del lugar donde radicare la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante (art. 52.1.4º LECiv).

Este fuero de competencia territorial tiene carácter imperativo y, en consecuencia, no podrá ser alterado mediante la sumisión expresa o tácita de las partes (art. 54.1 LECiv).

c) Designación de contador y peritos

Solicitada la división judicial de la herencia se acordará, cuando así se hubiere pedido y resultare procedente, la intervención del caudal hereditario y la formación de inventario. Tras lo cual o, si no fuera necesario, a la vista de la solicitud de división judicial de la herencia, se mandará convocar una Junta para designar contador y peritos.

A dicha Junta serán convocados, señalando día dentro de los diez siguientes: a) los herederos, los legatarios de parte alícuota y el cónyuge sobreviviente (art. 783.2 LECiv); b) el Ministerio Fiscal, para que represente a los interesados en la herencia que sean menores o incapacitados y no tengan representación legítima y a los ausentes cuyo paradero se ignore (art. 783.4 LECiv); y c) los acreedores de los coherederos que estuviesen personados, sin perjuicio del derecho de los acreedores no personados a participar en la Junta, si concurren en el día señalado aportando los títulos justificativos de sus créditos (art. 783.5 LECiv).

La citación de los interesados se hará mediante procurador, si ya estuviesen personados en las actuaciones; personalmente, si no estuviesen personados y su residencia fuere conocida; o por edictos, si su residencia fuera desconocida (art. 783.3 LECiv).

La Junta, que será presidida por el Secretario Judicial, se celebrará con los que concurren en el día y hora señalado, y tiene por objeto la obtención de un acuerdo sobre el nombramiento de un contador que practique las operaciones divisorias del caudal, así como del perito o peritos que hayan de intervenir en el avalúo de los bienes, sin que pueda designarse más de un perito para cada clase de bienes que hayan de ser justipreciados.

Si no se logra el acuerdo, el contador —que deberá ser abogado ejerciente con especiales conocimientos en la materia y con despacho profesional en el lugar del juicio— y los peritos se designarán por sorteo, conforme a lo dispuesto en el artículo 341.

Una vez elegidos el contador y los peritos, y previa aceptación, se les entregarán los autos y se pondrán a su disposición los objetos, documentos y papeles que necesiten para practicar el inventario, si éste no hubiere sido hecho, y el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario (art. 785.1 LECiv).

d) Práctica y aprobación de las operaciones divisorias

1) Realización de operaciones divisorias por el contador

La práctica de las operaciones divisorias corresponde efectuarla al contador, el cual deberá atender a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante; sin perjuicio de la preferencia de las reglas establecidas por el testa-

dor para el inventario, avalúo, liquidación y división de sus bienes, siempre que no perjudiquen las legítimas de los herederos forzosos. Así mismo, el contador procurará evitar la indivisión, así como la excesiva división de las fincas (art. 786.1 LECiv).

Las operaciones divisorias deberán presentarse en el plazo que determine el juez, previa instancia de parte, y, en todo caso, en el plazo máximo de dos meses desde que fueron iniciadas, y se contendrán en un escrito firmado por el contador, en el que se expresará: 1º La relación de los bienes que formen el caudal partible, requisito legal que, conforme a la normativa civil, debería comprender el activo y el pasivo. 2º El avalúo que de los mismos han efectuado los peritos. 3º La liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los partícipes (art. 786.2 LECiv).

2) Emplazamiento para instrucción y falta de oposición

Una vez presentado el escrito que contenga las operaciones divisorias practicadas, se dará traslado del mismo a las partes, emplazándolas por diez días para que se instruyan y, en su caso, formulen oposición, la cual deberá realizarse por escrito, y expresar los puntos de las operaciones divisorias sobre los que se discrepa y las razones en que se funda (art. 787.1 LECiv).

Si los interesados manifiestan su conformidad o no formulan oposición dentro de plazo, termina el procedimiento, debiendo el tribunal llamar los autos a la vista, dictar auto aprobando las operaciones divisorias y ordenar su protocolización (art. 787.2 LECiv); finalización del procedimiento que pueden obtener los interesados en cualquier fase de éste si lo solicitan de común acuerdo (art. 789 LECiv).

3) Oposición: citación a comparecencia y eventual juicio sumario

Si, por el contrario, se formula oposición a las operaciones divisorias dentro de plazo, el tribunal mandará convocar al contador y a las partes a una comparecencia, que se celebrará dentro de los diez días siguientes (art. 787.3 LECiv). Si en ella se alcanzare la conformidad de todos los interesados, se ejecutará lo acordado y el contador hará en las operaciones divisorias las reformas convenidas, que serán aprobadas por el tribunal mediante auto, que ordenará igualmente su protocolización (art. 787.4 LECiv).

Mientras que, si no se alcanza la conformidad en la comparecencia, el tribunal, tras oír a las partes y admitir las pruebas propuestas que sean útiles y pertinentes, ordenará la continuación de la sustanciación del procedimiento con arreglo a lo dispuesto para el juicio verbal. Este juicio se configura como un proceso sumario, pues la sentencia que recaiga no producirá efectos de cosa juzgada material, pudiendo los interesados hacer valer sus derechos sobre los bienes adjudicados en el proceso declarativo ordinario que corresponda (art.

787.5 LECiv). No obstante, el inicio del posterior proceso plenario no impide la ejecución de la sentencia dictada en el proceso sumario («se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente», según reza el art. 787.5.11) mediante la que se determina el reparto entre los coherederos de los bienes integrantes de la herencia.

e) Ejecución de la división judicialmente aprobada

Una vez aprobada definitivamente la división de la herencia, se entregará a cada interesado la parte que se le haya adjudicado y los títulos de propiedad, se protocolizarán las operaciones divisorias, y, previa instancia, se dará a cada partícipe testimonio de su haber y adjudicación respectivos (art. 788.1 y 2 LECiv).

No obstante, no se hará la entrega de los bienes a ninguno de los herederos ni legatarios, si algún acreedor cuyo crédito tenga una protección reforzada «ex» artículo 782.4 formuló oposición a la partición de la herencia, en cuyo caso no podrá verificarse la entrega de los bienes adjudicados hasta que aquellos estén completamente pagados o garantizados a su satisfacción (art. 788.3 LECiv).

B) INTERVENCIÓN DEL CAUDAL HEREDITARIO

a) Supuestos de intervención judicial, modos de acordarla y duración

La LECiv regula la intervención del patrimonio hereditario en la Sección 2ª (arts. 790-796) como medida de aseguramiento de los bienes y documentos del causante con el fin de que éstos no desaparezcan, disminuyan o se deterioren durante la sustanciación de ciertos procedimientos hereditarios («el de división judicial de la herencia y el de declaración de herederos abintestato art. 792 LECiv») o como medida provisionalísima (art. 791.2 LECiv).

En primer lugar, la intervención judicial del patrimonio hereditario se contempla, junto a las llamadas medidas humanitarias —enterramiento—, como medida provisionalísima en los artículos 790 y 791.2 de la LECiv. Así, en estos preceptos se establece que cuando al juez le llegue la noticia del fallecimiento de una persona y no conste la existencia de testamento, ni de parientes llamados a la sucesión legítima, o éstos estuvieran ausentes o fueran menores o incapacitados, adoptará de oficio las siguientes medidas:

1) Las medidas más indispensables para el enterramiento del difunto y para la seguridad de los bienes, documentación y efectos del difunto susceptibles de sustracción u ocultación (art. 790.1 LECiv).

2) Las medidas que estime necesarias para averiguar si el causante ha fallecido y si otorgó testamento, a cuyo fin ordenará que se traigan a los autos

certificado de defunción del causante y certificado del Registro General de Actos de Última Voluntad; ordenando, así mismo, que sean examinados los parientes, amigos o vecinos del difunto sobre el hecho de haber muerto éste abintestato y sobre si tiene parientes con derecho a la sucesión legítima (art. 791.1 LECiv).

Si, después de practicar esta breve información sumaria, resulta que el causante ha fallecido sin otorgar testamento y sin que conste la existencia de parientes llamados a la sucesión legítima, el juez dictará auto, con un doble contenido:

a) Ordenar de oficio la apertura de pieza separada para realizar la declaración de herederos abintestato.

b) Ordenar que se proceda a la intervención judicial de los bienes y documentos del causante, que comprenderá, por una parte, la ocupación de los libros, papeles y correspondencia del difunto y, por otra, la realización del inventario y del depósito de los bienes, así como resolver lo que proceda sobre su administración (art. 791.2 LECiv).

En segundo lugar, la intervención judicial del patrimonio hereditario se contempla como medida a acordar durante el procedimiento notarial o judicial de declaración de herederos abintestato o durante el proceso de división judicial de la herencia. En ambos casos, deberá solicitarse por persona legitimada, es decir, por cualquiera de los parientes que se crea con derecho a la sucesión legítima, en el primer caso, y por cualquier coheredero o legatario de parte alicuota, así como por los acreedores reconocidos como tales en el testamento o por los coherederos y por los acreedores que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo, en el segundo caso (art. 792 LECiv).

La instrumentalidad de las medidas que integran la intervención determina que ésta debe cesar cuando termine el proceso principal, ya sea el procedimiento de declaración de herederos, ya sea el proceso división judicial de la herencia. Si bien, en el segundo caso la intervención puede cesar antes mediante común acuerdo de los coherederos, salvo que alguno de éstos se encuentre ausente o, siendo menor o incapacitado, carezca de representante legal, o salvo que los acreedores con créditos de protección reforzada se hubieran opuesto a la partición, último supuesto en el que la intervención no cesará hasta que se les pague o afiance el importe de sus créditos (art. 796 LECiv).

b) Formación del inventario y resolución sobre la administración, custodia y conservación del patrimonio hereditario

Una vez acordada la intervención del caudal hereditario y, en su caso, las medidas indispensables para asegurar los bienes, documentación y efectos del difunto, el juez convocará a una vista a los interesados.

Tienen la consideración de interesados el cónyuge sobreviviente, los herederos y legatarios de parte alicuota, así como los parientes que puedan tener derecho a la sucesión legítima, los acreedores, el Ministerio Fiscal y el Abogado del Estado o los Servicios jurídicos de las CC.LL. en los términos expresados, respectivamente, en los números 2º, 4º, 5º y 6º del artículo 793.3 de la LECiv.

En la vista el Secretario procederá a la formación del inventario con los interesados que concurran, conteniéndose en él la relación de los bienes de la herencia y de las escrituras y demás documentos de importancia (art. 794.1 LECiv).

Si en la vista se suscita controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario se citará a los interesados a otra vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. Pero la sentencia que se pronuncie sobre la inclusión o exclusión de bienes en el inventario no perjudicará los derechos de terceros (art. 794.4 LECiv).

Después de realizado el inventario, el juez resolverá mediante auto sobre la administración, custodia y conservación del patrimonio hereditario. Para ello, atenderá a las disposiciones que hubiere efectuado el testador sobre el particular; y, en su defecto, ordenará el depósito del metálico y de los efectos públicos, y procederá al nombramiento de un administrador —a favor del cónyuge sobreviviente, y, en su defecto, de algún heredero o legatario de parte alicuota, o de un tercero—, el cual, salvo dispensa, deberá prestar caución para responder de los bienes que se le entreguen (art. 795 LECiv).

C) ADMINISTRACIÓN DEL CAUDAL HEREDITARIO

Según hemos visto antes, la administración del patrimonio hereditario es una de las medidas que pueden acordarse dentro de la intervención judicial, y se dirige a la realización por el administrador de las actuaciones necesarias para que dicho patrimonio se conserve en condiciones de utilidad durante la sustanciación de los procedimientos dirigidos a la declaración de herederos abintestato o a la división judicial de la herencia.

a) Toma de posesión por el administrador

El administrador de la herencia es nombrado mediante auto entre las personas que menciona el artículo 795 y a las que ya se ha hecho referencia, y deberá tomar posesión de su cargo una vez haya prestado caución para responder de los bienes que figuren en el inventario, salvo que se le haya dispensado de aquélla en los términos establecidos en el artículo 795.3º y 4º de la LECiv.

Del nombramiento y de la toma de posesión se extenderá un testimonio al administrador para que pueda acreditar su cargo, y, si existen fincas en la herencia, se librará mandamiento judicial para que se haga constar en el Registro de la Propiedad el estado de administración de la finca y el nombramiento del administrador (art. 797 LECiv).

Después de la toma de posesión, el administrador deberá cumplir las obligaciones inherentes a su cargo, a cambio de la correspondiente retribución.

b) Deberes y derechos del administrador

Tras la toma de posesión, el administrador asume un haz de deberes que básicamente consisten en lo siguiente:

1) Asumir la representación de la herencia, ejerciendo las acciones que correspondieran al causante en todos los procesos en que fuera parte aquél, mientras la herencia no sea aceptada por los herederos; o con carácter limitado, en lo que se refiera directamente a la administración, custodia y conservación del patrimonio hereditario, una vez haya sido aceptada la herencia (art. 798 LECiv).

2) Conservar sin menoscabo los bienes de la herencia, procurando que produzcan las rentas, productos o utilidades que corresponda, a cuyo fin deberá:

— Hacer las reparaciones ordinarias que sean indispensables para la conservación de los bienes, e informar al Juzgado de las reparaciones o gastos extraordinarios que sean necesarios, el cual resolverá lo que estime procedente, atendidas las circunstancias del caso (art. 801 LECiv).

— Depositar a disposición del Juzgado las cantidades que recaude en el desempeño de su cargo, reteniendo únicamente las que fueren necesarias para atender los gastos ordinarios (art. 802 LECiv).

— Enajenar, excepcionalmente, ciertos bienes.

La regla general es que el administrador no puede enajenar ni gravar los bienes inventariados (art. 803.1 LECiv). No obstante, se exceptúan los bienes que puedan deteriorarse, aquéllos cuya conservación resulte difícil y costosa, los frutos cuya enajenación resulte ventajosa, y los demás bienes cuya enajenación sea necesaria para el pago de deudas, o para cubrir otras atenciones de la administración de la herencia (art. 803.2 LECiv).

No obstante, el régimen de enajenación se completa mediante lo dispuesto en el número 3 del artículo 803 LECiv, según el cual, se requiere autorización judicial para acordar la venta de cualesquiera bienes, a propuesta del administrador y previa audiencia de los interesados, que se verificará en pública subasta, conforme a lo establecido en la legislación notarial o en procedimiento de jurisdicción voluntaria, o, si se trata de valores admitidos a cotización oficial, a través de dicho mercado.

— Rendir cuentas periódicamente en los plazos que señale el tribunal, pero que no podrán exceder del año (art. 799 LECiv), así como cuando cese en el desempeño de su cargo (art. 800 LECiv).

Si en la rendición final de cuentas no se formula oposición, se declarará exento de responsabilidad al administrador y se mandará devolverle la caución que hubiere