

Flors. Temas 26, 27 y 28

Montero: Los demás

Contestaciones al programa de
DERECHO PROCESAL CIVIL

para acceso a las carreras Judicial y Fiscal

(Temas 1 a 31)

3ª Edición

JUAN MONTERO AROCA

Catedrático de Derecho Procesal

Magistrado

JOSÉ FLORS MATÍES

Magistrado

GONZALO LÓPEZ EBRI

Fiscal

P R O G R A M A

TEMA 1. El Derecho Procesal. Fuentes del Derecho Procesal; en general; el papel de los principios generales; costumbre y usos forenses. Normas procesales y normas sustantivas. La ley procesal en el tiempo y en el espacio...

TEMA 2. La legislación procesal civil española. La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero. Preceptos vigentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Normas procesales civiles en otras leyes...

TEMA 3. Planta y organización de los Tribunales, I. El Tribunal Supremo. La Audiencia Nacional. Los Tribunales Superiores de Justicia. Las Audiencias Provinciales...

TEMA 4. Planta y organización de los Tribunales, II. Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción. Los Juzgados de lo Penal. Los Juzgados Centrales de lo Penal. Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Los Juzgados de lo Social. Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Los Juzgados de Menores Los Juzgados de Paz. Personal de los órganos jurisdiccionales. Funcionamiento de los órganos jurisdiccionales...

TEMA 5. La predeterminación legal del Juez. Predeterminación del órgano jurisdiccional que ha de conocer de todo asunto; predeterminación legal e integración subjetiva del órgano, unipersonal o colegiado. El Derecho fundamental al Juez predeterminado legalmente: titulares y ejercicio del derecho. Abstención y recusación de Jueces y Magistrados: causas y procedimiento...

TEMA 6. El proceso. El proceso y la potestad jurisdiccional. Principios informadores de los distintos procesos: A) Principio de audiencia o de contradicción; principio de igualdad de las partes; B) Principio dispositivo y de aportación de parte; el principio *iura novit curia*...

TEMA 7. Los actos procesales. Proceso y actos procesales. Concentración, orden sucesivo de los actos y preclusión. El impulso procesal. Publicidad e inmediación. Requisitos de los actos procesales: a) de lugar; b) de tiempo: términos y plazos: cómputo de los plazos; c) de forma (Consideración de la lengua oficial). Defectos de los actos; nulidad, anulabilidad, irregularidad; subsanación de defectos...

TEMA 8. Las resoluciones de los órganos jurisdiccionales. Clases de resoluciones judiciales: contenido y características. El Secretario judicial y las resoluciones. Las resoluciones en los órganos jurisdiccionales colegiados: deliberación, votación y discordias. Invariabilidad y vinculación de las resoluciones. Aclaración y corrección....

TEMA 9. Actos de comunicación. Actos de comunicación con las partes y otros sujetos: notificaciones, citaciones emplazamientos y requerimientos. Actos de comunicación con otros órganos: exhortos, oficios y mandamientos....

TEMA 10. Derechos de los justiciables. Pretensión y acción: principales teorías. Clases de acciones. El derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva: principales aspectos definidos por la jurisprudencia constitucional...

TEMA 11. Defensa y representación procesal de los sujetos jurídicos. El Abogado: su estatuto y función procesal. El Procurador de los tribunales: su estatuto y función. Intervención necesaria y libre de Abogado y Procurador. El Ministerio

Fiscal: su función en los procesos civiles. Defensa y representación de las Administraciones públicas...

TEMA 12. El proceso civil y el Derecho Procesal Civil. Los presupuestos procesales: concepto y relevancia jurídica. La jurisdicción como presupuesto del proceso; extensión y límites; la inmunidad internacional. La “competencia internacional”: concepto, normas internas y tratados internacionales sobre “competencia internacional”; su tratamiento procesal. Convenios internacionales sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales...

TEMA 13. Competencia de los tribunales civiles. Clases de competencia. Competencia objetiva: criterios para determinarla. Competencia funcional. Tratamiento procesal de esas clases de competencia. Competencia territorial; sumisión y fueros legales. Declinatoria...

TEMA 14. El objeto del proceso civil. Relevancia técnico-jurídica del objeto del proceso. Elementos delimitadores del objeto; el *petitum*; la causa de pedir...

TEMA 15. Acumulación de acciones; presupuestos; acumulación inicial y acumulación pendiente el proceso; acumulación eventual. Acumulación de autos...

TEMA 16. Las partes en el proceso civil. Capacidad para ser parte. Capacidad procesal. Representación; sus clases. Tratamiento procesal. La legitimación en el proceso civil. Concepto y clases de legitimación. La legitimación por sustitución...

TEMA 17. Pluralidad de partes. El litisconsorcio; clases de litisconsorcio. La intervención procesal. Litisdenunciación. La sucesión procesal: el cambio de partes...

TEMA 18. Actos previos al proceso. Diligencias preliminares. La reclamación administrativa previa. La conciliación...

TEMA 19. Las medidas cautelares I: Concepto. Presupuestos (Apariencia de buen derecho, peligro por la mora procesal, proporcionalidad, prestación de caución). Características....

TEMA 20. Las medidas cautelares II. Clases de medidas cautelares. Medidas cautelares específicas. Procedimiento para la adopción de la tutela cautelar. Modificación y alzamiento de las medidas cautelares....

TEMA 21. Tipos de procesos declarativos: Ordinarios y especiales. Cuestiones incidentales. Concepto. Clases. Procedimiento. Determinación del proceso que corresponda. Especial consideración de las cuestiones prejudiciales y sus clases...

TEMA 22. La demanda. Concepto. Requisitos. Efectos. Tipos de demanda (sucinta, en impreso normalizado, demandas especiales). Admisión de la demanda y citación para la vista...

TEMA 23. La contestación a la demanda y otras actitudes del demandado. Excepciones y sus clases. Reconvención. Rebeldía...

Tema 24. La audiencia previa al juicio. Momento. Sujetos. Finalidades. El juicio y su desarrollo.

TEMA 25. La prueba I. Concepto de prueba. Las afirmaciones fácticas como objeto de la prueba; afirmaciones fácticas exentas de prueba: admitidas y notorias. La prueba del Derecho. Carga de la prueba. Proposición y admisión de la prueba: ilicitud de la prueba; pertinencia y utilidad. Anticipación y aseguramiento de la prueba. Valoración de la prueba...

TEMA 26. La prueba II. Los medios de prueba (1). Documentos: aportación al proceso. Clases. Valor probatorio...

TEMA 27. La prueba III. Los medios de prueba (2). El interrogatorio de las partes. Reconocimiento judicial. Las presunciones: Concepto, naturaleza y clases de presunciones...

TEMA 28. La prueba IV. Los medios de prueba (3). Testigos. Peritos. Medios de reproducción del sonido o la imagen e instrumentos de archivo. Diligencias finales...

TEMA 29. La sentencia. Concepto y clases. Formación interna. Motivación de la sentencia. Requisitos internos de la sentencia: claridad, precisión y exhaustividad o congruencia. Estructura externa de la sentencia...

TEMA 30. La cosa juzgada y las resoluciones que la producen. Cosa juzgada formal y cosa juzgada material. Naturaleza y efectos de la cosa juzgada material (función positiva y función negativa de la cosa juzgada). Límites subjetivos,

objetivos y temporales de la cosa juzgada. Tratamiento procesal de la cosa juzgada...

TEMA 31. Crisis procesales. A) Paralización del proceso: Suspensión e interrupción. B) Terminación anormal del proceso. Renuncia. Desistimiento. Allanamiento. Admisión de hechos. Transacción. Caducidad de la instancia. Sobreseimiento...

TEMA 1º

EL DERECHO PROCESAL

(Esquema)

I. EL DERECHO PROCESAL

1. Concepto y evolución

1º) Como conjunto de normas

2º) Como rama de la ciencia jurídica

Etapas de la evolución:

1ª) Práctica forense: actuar los tribunales

2ª) Procedimiento judicial: describir formas, exégesis

3ª) Derecho procesal: acción y proceso relación jurídica

Alemania: - Autonomía del derecho de acción

- Relación jurídica material y relación jurídica procesal

España: Beceña

2. Momento actual

Referencia a la jurisdicción

El Derecho Procesal como garantizador de los derechos

Asunción del estudio de la Jurisdicción

3. Contenido

1º) La jurisdicción, organización judicial y estatutos jurídicos

2º) El derecho a la jurisdicción

3º) El proceso: actos, presupuestos y efectos

Clases de normas:

- Orgánicas

- Procesales en sentido estricto

4. Naturaleza

Derecho público, *imperium*

Existencia de algunas normas dispositivas para las partes (sumisión)

II. FUENTES DEL DERECHO PROCESAL

III. EN GENERAL

1. La Constitución

Derecho Constitucional Procesal: no sólo programático

Aplicación directa por los tribunales

- derechos y libertades (arts. 53.1 CE y 7 LOPJ).
- leyes preconstitucionales (Disp. Derg. 3 CE)
- normas infralegales (art. 6 LOPJ).

Aplicación indirecta

- cuestión de inconstitucionalidad
- interpretación de las leyes

2. La ley

A) Reserva de ley (arts. 117.3 y 149.1, 6ª CE)

B) No reserva general de ley orgánica (art. 81.1 y 24.1 CE)

3. La jurisprudencia

En sentido estricto no crea normas jurídicas,
pero art. 1.6 CC y art. 477.3 LEC

IV. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

Teoría general, pero: - En defecto sólo de ley

- Fenómeno de la constitucionalización
- También la internacionalización

V. COSTUMBRE Y USOS FORENSES

No puede crear normas orgánicas, y tampoco procesales porque:

- Se aplican sólo por los tribunales
- Legalidad, arts. 1 de la LEC y de la LECRIM

Usos forenses y tradición; su no infracción

VI. NORMAS PROCESALES Y NORMAS SUSTANTIVAS

1. Consecuencias de la distinción

- Ámbito espacial de aplicación
- Motivos de casación
- Aplicación del art. 149.1, 6ª de la CE

2. Criterios diferenciadores

- No el lugar de su ubicación
- Desde la sentencia: - Contenido: material
- Cómo: procesal
- Ámbito en el que incide la consecuencia jurídica

VII. LA LEY PROCESAL EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO

1. Irretroactividad de la ley procesal

- No hay retroactividad tácita
- Actos procesales futuros, pero juego de teoría y práctica. LEC 2000

2. Aplicación nacional

- Art. 3 LEC

EL DERECHO PROCESAL

El Derecho Procesal. Fuentes del Derecho Procesal, en general; el papel de los principios generales; costumbre y usos forenses. Normas procesales y normas sustantivas. La ley procesal en el tiempo y en el espacio.

I. EL DERECHO PROCESAL

1. Concepto y evolución

Como sucede con todas las denominaciones de parcelas de la ciencia jurídica, también con la expresión “Derecho Procesal” se hace referencia: 1º) A un conjunto de normas, es decir, a una parte del Ordenamiento jurídico, la que regula el proceso, y 2º) A una rama de la ciencia jurídica, la que tiene por objeto el estudio del proceso.

En los dos sentidos, pues, la mayoría de las definiciones doctrinales, con unas u otras palabras, acaban por decir que el Derecho Procesal es el derecho del proceso, con lo que el elemento a definir se desplaza a éste, que se convierte en el concepto que da unidad, tanto a la parte del Ordenamiento jurídico como a la rama de la ciencia jurídica.

No ha sido siempre así. Sin remontarnos demasiado pueden señalarse tres etapas en la evolución que ha llevado a convertir el proceso en el concepto clave:

a) Práctica forense: Hasta mediados del siglo XIX ésta fue la denominación de la disciplina y el objeto del estudio se centró en el examen de la manera de actuar los tribunales, en las formas, en los plazos, en la manera de realizar los escritos, etc.

La práctica forense no pretendía tener carácter científico, sino sólo explicar, desde la experiencia de jueces, abogados y escribanos, cómo se realizaban los juicios; es por ello muy significativo que los libros se redactaran en español, y no en latín, que era la lengua científica de toda esa época.

b) Procedimiento judicial: En España a partir de mediados del siglo XIX, y por influencia francesa, se pasó al procedimentalismo en el que lo importante era la ley (época de la codificación) y se trataba de describir como la ley regulaba “las

formas solemnes con que se proponen, discuten y resuelven las pretensiones deducidas ante los tribunales” (Lastres), utilizándose el método de la exégesis.

Los procedimientos judiciales tuvieron su autor más destacado en España en José de Vicente y Caravantes, autor de un *Tratado* (que toma como base la LEC de 1855) que más de un siglo después se sigue citando en Iberoamérica. Se trataba de explicar una Ley sin elevarse a la elaboración de un sistema.

c) Derecho procesal: En la segunda mitad del siglo XIX se produjeron en Alemania dos pasos fundamentales:

1º) El de la autonomía del derecho de acción frente al derecho subjetivo material, siendo concebido aquél como un derecho de naturaleza pública, frente al Estado en sus órganos jurisdiccionales, a obtener tutela jurídica. El destinatario de la acción no fue ya el demandado, sino el Estado, quedando diferenciadas dos áreas jurídicas: la del derecho subjetivo material y la del derecho de acción, con contenido, sujetos y efectos distintos (éste fue el resultado de la polémica entre Windscheid y Muther, 1856 y 1867).

2º) El de la distinción entre la relación jurídica material que se deduce en el proceso y la relación jurídica que es el proceso mismo, relación ésta de derecho público que tiene sujetos, presupuestos y contenidos distintos de la primera (la obra de Bülow de 1868).

A partir de aquí se produce realmente la creación de una rama autónoma de la ciencia jurídica, en la que el proceso se convierte en el concepto base de su sistema, por lo que se llamó Derecho Procesal, esto es, derecho del proceso. La recepción en España de los nuevos conceptos se produjo en las décadas de los años veinte y treinta del siglo XX, sobre todo por obra de Becerra.

Como puede comprobarse se ha producido una evolución que ha llevado desde los juicios, en plural, al proceso, en singular. Inicialmente se atendía a cómo actuaban los tribunales, se pasó después a considerar los varios procedimientos establecidos en la ley y se ha llegado a la noción general de proceso. Esta evolución no es exclusiva del Derecho procesal, sino que es la misma en otras ramas jurídicas, por ejemplo en el Derecho civil; en éste se atendía primero a cómo se realizaban los contratos en la práctica, se pasó luego a explicar cada uno de los contratos conforme a la regulación legal y se ha llegado a la noción general de contrato.

Con el Derecho procesal la materia se eleva a consideración científica que se centra en el sistema. No se trata ya de explicar una ley o código, sino de construir

todo un sistema científico en el que puede incardinarse cualquier ley; el procesalismo dejó ser mero servidor de un código para construir una ciencia; en ella podía incardinarse cualquier ley o código.

2. Momento actual

Naturalmente las evoluciones nunca tienen un final definitivo. En los últimos tiempos se ha ido poniendo de manifiesto que:

1º) El proceso a la postre no es más que el medio o instrumento con el que los juzgados y tribunales cumplen la función jurisdiccional que les está asignada constitucionalmente (art. 117.3 de la CE), con lo que adquiere relevancia la jurisdicción, que no puede verse reducida a ser un mero presupuesto del proceso. Se afirma así que el arranque de la disciplina se encuentra en las nociones de Poder Judicial y de jurisdicción, debiendo estarse a la conformación de uno y otro en la Constitución.

2º) El proceso, asimismo, es también el medio a través del cual los ciudadanos pueden aspirar a que se garanticen sus derechos e intereses legítimos (art. 24.1 de la CE), con lo que se resalta la función de garantía del proceso mismo y con ella la del derecho de acción o derecho a la jurisdicción. La teoría de la acción debe tender a resaltar los derechos de los ciudadanos con relación al Estado cuando éste actúa jurisdiccionalmente y, después, los derechos de las partes en la actividad jurisdiccional.

La pretensión de que el Derecho procesal no se limite al proceso, sino de que asuma plenamente el estudio de la jurisdicción y de la acción, supone un cambio de trascendencia política, por medio del que se trata de evidenciar que:

1.º) No puede seguir manteniéndose que la administración de justicia sea una parte de la Administración pública y, por tanto, confiada al poder ejecutivo. Hay que reivindicar la existencia de un verdadero poder judicial, titular de poder político en el Estado.

2.º) En ese mismo orden de cosas hay que acabar con la funesta idea del juez funcionario, incardinado en una carrera, en un escalafón, del que dispone el detentador del poder político, tanto en su ingreso como en su mantenimiento en el ejercicio de la función. Si el poder judicial tiene que ser un verdadero poder, los titulares del mismo no pueden ser meros funcionarios. La independencia, en tanto que nota diferenciadora del estatuto personal de los jueces, debe ser defendida en la teoría si se quiere verla en la práctica.

3.º) Siempre desde una visión política debe atenderse al conjunto de la organización judicial; ésta no puede seguir siendo algo meramente administrativo que decida un oscuro covachuelista del Ministerio de Justicia. La adecuación de esa organización judicial a las necesidades de la realidad no es un problema meramente técnico, de administración, sino que debe resolverse desde la toma de decisiones políticas.

4.º) La manera de conformar los estatutos de las diferentes personas que auxilian y colaboran con los jueces y magistrados en el ejercicio por éstos de la potestad jurisdiccional, tampoco puede seguir considerándose una cuestión técnico-administrativa, ni mucho menos algo exclusivamente profesional. Lo que el secretario judicial deba ser, por ejemplo, no es un mero detalle técnico. La naturaleza y funciones del Ministerio fiscal, otro ejemplo, responden a una concepción política mucho más general.

5.º) Los derechos del ciudadano ante el Poder Judicial no puede reducirse a una discusión teórica entre los partidarios de las teorías concretas y los partidarios de las teorías abstractas sobre la acción, sino que debe reconducirse a la concepción general de que ya no hay súbditos que se enfrentan al poder como subordinados, sino ciudadanos que exigen del poder el respeto de sus derechos, en cuanto es el poder el que debe estar al servicio de los ciudadanos y no al revés.

6.º) El proceso, por fin, sólo puede tener sentido si se le concibe como instrumento del titular de la potestad jurisdiccional para cumplir su función y como instrumento del ciudadano para exigir la efectividad de sus derechos. La visión del proceso en sí mismo considerado, como algo que se autoexplica sin salir del mismo, no puede seguir manteniéndose. El proceso no puede ser más un fin en sí mismo; es sólo un medio.

La concepción que se deriva de estos postulados pretende: 1) Concebir al poder judicial como un verdadero poder en el Estado, y 2) Asumir que no existen súbditos, sino ciudadanos que tienen derechos frente a ese poder judicial.

3. Contenido

En el momento actual de la evolución nos encontramos, pues, con que el que sigue llamándose Derecho Procesal ha de tener el siguiente contenido:

1º) Las normas que se refieren a la jurisdicción misma, incluyendo las de la organización judicial y las configuradoras del estatuto jurídico de aquéllos a los que se confiere la potestad jurisdiccional (jueces y magistrados) y de aquéllos que colaboran (Ministerio fiscal, abogados y procuradores) o auxilian (personal al servicio de la Administración de Justicia) en el ejercicio de esa potestad.

2º) Las normas que regulan el derecho de acción o del derecho a la jurisdicción, y

3º) Las normas que conforman el proceso, comprendiendo tanto las que regulan los actos, como sus sujetos, presupuestos, contenidos y efectos.

Tradicionalmente se han venido incluyendo también dentro del Derecho Procesal las normas reguladoras de la jurisdicción voluntaria y del arbitraje. Respecto de la primera debe tenerse en cuenta que en la LEC de 1881 (que sigue en vigor en el Libro III) no se regula sino una parte de la misma, pues actos de jurisdicción voluntaria se contienen en leyes muy diversas, pero sobre todo que, como decía Alcalá-Zamora, no es ni jurisdicción ni siempre es voluntaria. El arbitraje se resuelve en lo que Carnelutti llamaba un “equivalente jurisdiccional” y todavía no está resuelto el tema de su naturaleza jurídica, siguiéndose con la discusión de su condición jurisdiccionalista o contractualista.

De todo este conjunto de normas una parte tiene rango constitucional, constituyendo el que puede denominarse Derecho Constitucional Procesal, mientras que el resto se regula, bien en la LOPJ, bien en las leyes de enjuiciamiento, sin perjuicio de encontrar normas procesales en las más diversas leyes.

En el conjunto de normas que componen el Derecho Procesal debe distinguirse entre:

1º) Normas orgánicas: Son las que regulan la organización judicial (la constitución y la competencia de los órganos judiciales) y el personal jurisdiccional y no jurisdiccional. La mayoría de estas normas se aplican extraprocesalmente (por el Ministerio de Justicia y por los órganos de gobierno del Poder Judicial), pero algunas de ellas también se aplican en el proceso (las que determinan la composición concreta de un órgano judicial y su competencia) y el Tribunal Constitucional ha entendido que la irregular designación del juez que ha de entender de un proceso concreto constituye infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley (art. 24.2 de la CE).

2º) Normas procesales en sentido estricto: Son las que regulan la actividad jurisdiccional, con lo que se incluyen tanto los actos del juez como los actos de las partes, como desarrollamos después al referirnos a su distinción de las normas materiales.

4. Naturaleza

Hoy ya no se discute que el Derecho Procesal es Derecho Público, por lo que es ya inútil realizar el esfuerzo que antes tenía que hacerse para distinguirlo del

Derecho civil y del Derecho penal. Sobre todo ha quedado sin sentido la vieja terminología de derecho ritual, formal o adjetivo.

La discusión doctrinal continúa en torno al criterio de distinción entre el Derecho privado y el público, pero aceptando aquí el criterio más difundido, el de la actuación del Estado como tal, revestido de *imperium*, la conclusión es forzosa, pues el Derecho Procesal regula las relaciones entre unos órganos del Estado que se hallan en situación de supremacía (en cuanto dotados de potestad jurisdiccional) respecto de cualesquiera otras personas (partes o terceros) que están sujetas a esa potestad.

La condición del derecho material que se actúe por medio de la función jurisdiccional, respecto del que se pide tutela por el ciudadano y que se aplica a través del proceso, no es elemento que sirva para determinar la naturaleza de las normas procesales, por cuanto éstas en todo caso atienden al modo de ejercitarse una función del Estado.

En el proceso civil se procede a la actuación de las normas de Derecho privado, pero esto no puede suponer que las normas reguladoras del proceso mismo tengan también esa naturaleza. Es cierto que el derecho material a aplicar puede condicionar en cierta medida la manera en que el legislador regule el proceso (y así en el proceso civil cabrá por ejemplo el allanamiento, que no será posible en el proceso penal), pero las normas reguladoras del mismo son siempre de Derecho público.

Consecuencia del carácter público del Derecho Procesal es la condición de *ius cogens* de sus normas. Estas deben ser aplicadas cuando se produzca el supuesto de hecho previsto en cada una de ellas, aunque en el proceso civil (no, desde luego, en el penal) no faltan algunas normas dispositivas, es decir, normas cuya aplicación depende de la voluntad de las partes. Las normas dispositivas se refieren siempre a las partes, y el ejemplo más claro es el de las sumisiones expresa y tácita para la determinación de la competencia territorial. No hay normas dispositivas para el juez. La discrecionalidad que en ocasiones concede la norma al juez no puede confundirse con la disponibilidad para las partes. Aquella no es libertad inmotivada, como lo es ésta, sino deber de acomodación motivada de la norma general al caso concreto.

II. FUENTES DEL DERECHO PROCESAL

La teoría de las fuentes del Derecho pertenece a la parte general de la ciencia jurídica, teoría que debe acomodarse a las distintas ramas. A esa acomodación al Derecho Procesal, y no a reiterar una vez más la teoría general, debemos atender aquí, y en ella la cuestión mas importante es que el sistema de fuentes fijado en el art. 1 del CC no se refiere a esta rama del Derecho (como tampoco se refiere al Derecho penal) y, sobre todo que no es fuente de ella la costumbre. El art. 1 del CC atiende principalmente al Derecho privado y determina cómo debe resolver el juez, prohibiéndole el *non liquet* sobre la cuestión de fondo.

III. EN GENERAL

1. La Constitución

Sin duda la primera fuente del Derecho Procesal es la Constitución, que contiene bastantes normas de esta naturaleza (los arts. 15, 17, 18, 22, 24, 25, 53 y 106.1; todo el Título VI, el “Del poder judicial”, arts. 117 a 127 y todo el Título IX “Del Tribunal Constitucional”, arts. 159 a 165). Sobre ella debe tenerse en cuenta:

a) Las normas del Derecho Constitucional Procesal no son simplemente programáticas, si no que han de ser aplicadas directamente por los órganos jurisdiccionales. El que el Tribunal Constitucional sea el único que puede declarar la inconstitucionalidad de las leyes, no puede significar que él sea el único aplicador de aquélla.

b) Los tribunales ordinarios aplicarán la Constitución directamente, como dice García de Enterría, principalmente:

1º) Cuando se trate de normas constitucionales que reconozcan derechos y libertades. Una cosa son los principios rectores de la política social y económica, que sólo podrán ser alegados ante los tribunales de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (art. 53.3 de la CE), y otra los derechos y libertades, que vinculan directamente a los jueces y tribunales (art. 53.1 de la CE y art. 7 de la LOPJ).

2º) Tratándose de leyes anteriores a la Constitución y contrarias a ella, los jueces y tribunales han de inaplicarlas estimándolas derogadas conforme a la Disp. Derogatoria 3.^a de la CE, y no cabe respecto de ellas plantear la cuestión de constitucionalidad.

3º) Las normas de rango inferior a la ley, sean pre o post constitucionales, no deben ser aplicadas por los jueces y tribunales en cuanto sean contrarias a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa (art. 6 LOPJ).

c) Aplicación no tan directa de la Constitución hacen los jueces y tribunales ordinarios cuando:

1º) Plantean la cuestión de constitucionalidad, por cuanto el planteamiento mismo se basa en considerar la posible inconstitucionalidad de la ley (art. 5.2 y 3 LOPJ).

La actitud de un tribunal ordinario que estima que una norma es contraria a la Constitución tiene que ser distinta según la clase de norma y según el momento en que la misma se ha dictado:

1) Cuando se trata de normas con rango de ley debe distinguirse entre: 1º) Normas anteriores a la Constitución, que el tribunal ordinario no debe aplicar por estimarlas derogadas, como antes hemos dicho, por la Disp. Derog. 3.^a de la CE, y 2º) Normas posteriores a la Constitución, que el tribunal ordinario no puede declarar inconstitucionales, debiendo limitarse a plantear la cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional y resolver luego conforme a la decisión de éste.

2) Si se trata de normas con rango inferior al de ley, e independientemente del momento de su promulgación, el tribunal ordinario se limitará a no aplicarlas.

2º) Proceden a la aplicación de las leyes interpretándolas conforme a la Constitución, de modo que ante varias interpretaciones posibles han de estar a aquélla que mejor se acomode al texto constitucional (art. 5.1 y 3 LOPJ).

Demostración evidente de que el Tribunal Constitucional no es el único aplicador de la Constitución se encuentra en la jurisprudencia en sentido estricto, la doctrina emanada del Tribunal Supremo, y en las sentencias de todos los tribunales; en una y en otras se pueden hallar referencias constantes y reiteradas a la Constitución como norma aplicada directamente. Por poner un ejemplo, la STS de 4 de mayo de 1998 pudo declarar que el art. 129, II, de la Ley Hipotecaria (en que se permitía un llamado procedimiento sumario extrajudicial para la ejecución hipotecaria) quedó derogado por la Constitución por que aplicó directamente el art. 117.3 de ésta, interpretando lo que supone el principio de exclusividad de la jurisdicción.

2. La ley

A) Reserva de ley

En principio parece claro que en la Constitución se contiene una reserva de ley para la regulación de la materia procesal, como se desprende con carácter general de los arts. 117.3 (leyes de competencia y de procedimiento) y 149.1, 6ª (legislación procesal), y con carácter especial, por ejemplo de los arts. 39.2 (investigación de la paternidad), 119 (justicia gratuita), 120.1 (excepciones a la publicidad procesal en las leyes de procedimiento) y 53.1 (que establece la reserva de ley para la entrada y registro de domicilio, art. 18.1; el control judicial de las comunicaciones, art. 18.3; el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información, art. 20.5; la suspensión y disolución de asociaciones, art. 22.4; y la regulación del derecho a tutela judicial efectiva, art. 24.1).

Esta reserva de ley no parece que pueda llegar a impedir las delegaciones legislativas a las que se refiere el art. 82.2 de la CE, de modo que se consideran posibles los decretos legislativos procesales, tanto los textos articulados, que desarrollan una ley de bases, como los textos refundidos, que hacen un texto único partiendo de varios textos legales. Con todo los jueces y tribunales no deben aplicar esos decretos legislativos en tanto excedan o contradigan a la ley habilitante (art. 82.6 de la CE y art. 6 de la LOPJ).

La “legislación procesal” es competencia exclusiva del Estado, pero sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas, dice el art. 149.1, 6ª de la CE, lo que presupone que estas Comunidades tienen competencia para dictar normas procesales civiles, aunque su ámbito sea limitado. La limitación no está muy clara, pero habría que distinguir entre lo necesario (para lo que sí se atribuye competencia) y lo conveniente (para lo que no se atribuye) (STC 71/1982, de 30 de noviembre).

B) Reserva de ley orgánica

La situación es mucho menos clara respecto de esta otra reserva.

Es evidente que buena parte del contenido moderno del Derecho Procesal, el que se refiere a la constitución, funcionamiento y gobierno de los juzgados y tribunales, así como el estatuto jurídico de jueces y magistrados y el del personal al servicio de la Administración de Justicia, tiene reserva para la LOPJ, según establece el art. 122.1 de la CE, y aun debe tenerse en cuenta la posibilidad de reglamentos accesorios o secundarios (STC 108/1986, de 29 de julio, y Disp. Adic. 1ª de la LOPJ). También está claro que determinadas garantías procesales penales específicas tienen reserva de ley orgánica (art. 55.2 de la CE) (así la prisión provisional, leyes orgánicas 7/1983, 10/1984 y 5/1995), pero si respecto del proceso penal unas veces se ha usado de la ley orgánica (por ejemplo, leyes orgánicas 14/1983, 2/1987, 4/1988, 7/1988, 12/1991, 8/1992), otras se ha utilizado sólo ley

ordinaria (por ejemplo leyes 16/1980, 4/1984, 6/1985, 21/1988, 10/1992, 21/1994, 22/1995), en atención a la limitación o no de derechos y libertades.

Respecto de las normas procesales civiles en sentido estricto hasta ahora se han dictado todas por ley ordinaria, entendiéndose que la relación existente entre los arts. 81.1 y 24.1 de la CE no puede significar que todas las normas que afecten a la tutela judicial hayan de ser orgánicas. En este sentido la STC 22/1986, de 14 de febrero, establece que las normas que regulan las vías procesales previstas en el Ordenamiento no son normas de desarrollo del art. 24.1 en el sentido previsto en el art. 81.1, los dos de la CE, por lo que no precisan de ley orgánica. No hay duda de que el caso más destacado es el de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, que tiene rango de ley ordinaria (no orgánica).

3. La jurisprudencia

Como dice Díez-Picazo sin negar la posibilidad de que en un plano teórico sea posible un derecho de formación judicial, éste es un problema jurídico constitucional que cada Ordenamiento resuelve de una u otra forma y, sin perjuicio de la tradición anglosajona, la tradición de los países continentales es que los jueces y tribunales son meros aplicadores de la ley, como se desprende, primero del art. 117 de la CE y, luego, de los arts. 1, 2.1 y 5.1 de la LOPJ.

Con todo, existen normas que atribuyen a la jurisprudencia valor jurídico, caso del art. 1.6 del CC y del art. 493 de la LEC de 2000 [aparte de los arts. 161.1, a) de la CE y 40.2 de la LOTC; y de los recursos de unificación de doctrina en lo laboral y en lo contencioso-administrativo y, ahora especialmente, del recurso en interés de la ley en lo civil, según el art. 493 de la LEC de 2000]. Y no puede desconocerse que algunas de las figuras procesales fueron primero de creación jurisprudencial (desde el litisconsorcio a la intervención de terceros en el proceso, por ejemplo) para ser después recogidas en la ley.

También según Díez-Picazo esto no supone reconocer a la jurisprudencia capacidad de creación de normas jurídicas en sentido estricto, pero sí supone

reconocerle funciones en la interpretación de las normas, con las técnicas legales previstas, y en la existencia y contenido de los principios generales del derecho. Por lo mismo, adquiere sentido la siguiente distinción:

1º) La infracción de la jurisprudencia, se entiende del Tribunal Supremo (y de los Tribunales Superiores de Justicia en su parcela), puede dar lugar a la estimación del recurso de casación. El art. 477.3 de la LEC de 2000 estima que un recurso presenta interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo.

2º) No existe la posibilidad de impugnar de modo directo ante el Tribunal Constitucional la jurisprudencia como inconstitucional (que es cosa distinta del recurso de amparo del art. 44 de la LOTC), pero el art. 40.2 de la LOTC dice que la jurisprudencia se entenderá corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos del Tribunal Constitucional que resuelvan los recursos y las cuestiones de inconstitucionalidad.

Tema distinto es el del valor de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (que hubo de examinarse en el Tema 14 de “Teoría General del Derecho y Derecho Constitucional”).

IV. EL PAPEL DE LOS PRINCIPIOS GENERALES

El tratamiento de los principios generales del derecho no tiene reglas específicas propias en el Derecho Procesal, sino que debe estarse al Tema 13 de la “Teoría General del Derecho y Derecho Constitucional”, si bien lógicamente habrá de tenerse en cuenta que el contenido de los principios ha de hacer referencia a la materia procesal. Con todo, sí conviene decir:

a) Los principios generales del derecho no se aplicarán en defecto de ley y de costumbre, sino sólo en defecto de ley, pues en el Derecho Procesal la costumbre no es fuente, como diremos después.

b) En los últimos tiempos hay que registrar un fenómeno de constitucionalización de algunos principios del proceso, como es manifiesto en la CE de 1978, pero no sólo en ella. Ahora bien, ese fenómeno no consiste únicamente

en aumentar el número de principios constitucionalizados, si no que se ha producido también un cambio cualitativo, por cuanto:

1º) Los principios constitucionalizados no tienen simplemente un sentido programático sino que, además de servir para determinar el contenido de las futuras leyes procesales, son de aplicación directa e inmediata por los tribunales. Buen ejemplo de ello se encuentra en el art. 24 de la CE, que ha motivado un cambio importante en la práctica judicial.

2º) Algunos de los principios constitucionalizados (no todos), los que suponen garantías de derechos fundamentales (los recogidos en los arts. 14 a 30 CE) tienen además la protección del recurso de amparo.

El Tribunal Constitucional ha hecho repetida alusión a algunos de esos principios, entre los que cabe distinguir los que se refieren al órgano jurisdiccional (principalmente los de imparcialidad, de predeterminación o juez legal, de unidad jurisdiccional, del *iura novit curia*), al derecho de acción (sobre todo al principio *pro actione* y también al de congruencia) y a la actividad procesal (respecto de la que puede hacerse mención de muchos y variados principios, como los de presunción de inocencia, publicidad del proceso, motivación de las sentencias, contradicción, prohibición de la *reformatio in peius*, intermediación, el derecho al recurso en el proceso penal).

c) También hay que aludir a un fenómeno de internacionalización de algunos de los principios procesales, lo que tiene especial importancia en España atendido el art. 10.2 de la CE, si bien la mayoría de estos principios se refieren al proceso penal. Recuértese así: 1) Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, 2) Convención de salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 1950, y 3) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966. La aplicación de alguno de estos principios internacionalizados ha supuesto incluso la declaración de inconstitucionalidad de alguna ley por el Tribunal Constitucional (art. 2, II, de la LO 10/1980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, por la STC 145/1988, de 12 de julio).

Por último, conviene advertir que los principios generales de contenido procesal no suelen ser plasmados de modo absoluto o puro en los ordenamientos positivos, por lo que a la hora de su aplicación debe, primero, establecerse su existencia, después ha de determinarse su exacto contenido y si ha sido constitucionalizado, a continuación ha de

interpretarse en el conjunto del sistema procesal, tanto constitucional como legal y, al fin, ha de aplicarse como cualquier otra norma.

V. COSTUMBRE Y USOS FORENSES

Entendida como “la norma creada e impuesta por el uso social” (De Castro), que es también el sentido del art. 1.3 del CC, la costumbre no puede ser fuente del Derecho Procesal, y así lo sostiene la mayoría de la doctrina (salvo Guasp).

El único ejemplo que ponía Guasp de costumbre procesal difícilmente puede merecer esa condición. Aludía al art. 269 de la LEC de 1881 conforme al cual la cédula de notificación debe fijarse “en el sitio público de costumbre”, refiriéndose al tablón de anuncios del Juzgado, y ésta era toda la costumbre que podía encontrarse en nuestro ordenamiento procesal. Otros autores han citado el art. 1522, también de la LEC de 1881 que se refería a “la costumbre del país” para la administración de las fincas entregadas al acreedor en la administración forzosa (lo que reitera el art. 677 de la nueva LEC de 2000), pero adviértase que esa costumbre no se está refiriendo a un acto procesal sino al contenido de las facultades y deberes del acreedor.

El uso social no puede crear desde luego normas orgánicas (el uso social no puede llegar a crear un órgano judicial, un Juzgado de Primera Instancia e Instrucción, donde no ha sido establecido por la ley), pero tampoco normas procesales en sentido estricto, porque:

1º) Si las normas procesales se aplican sólo por los tribunales (y dentro de ellos siempre por profesionales del Derecho), no cabe la existencia de una norma creada por la actividad de los particulares en el seno de la sociedad.

En la formación de la costumbre, según la escuela histórica, entran en juego dos elementos: 1) Uno interno o espiritual, que consiste en la convicción general de la necesidad de una norma jurídica determinada (*opinio iuris seu necessitatis*), y 2) Otro externo o material que son los actos realizados por muchos particulares como manifestación de aquella convicción general. Esto puede explicar la formación de la costumbre en el derecho privado, pero en el Derecho Procesal ni la *opinio iuris* por sí sola tiene poder suficiente para producir derecho, ni los hechos en que se expresa pueden crear normas procesales, porque están fuera de la acción de los particulares.

2º) El principio de legalidad viene establecido en los arts. 1 tanto de la LEC como de la LECRIM, y aunque en ellos no se pretendiera establecer la ley como fuente única de ambos procesos (lo que es discutible), sí que tienen por objeto decir que los procesos se han de desarrollar con arreglo a ellas.

Aplicándose el Derecho Procesal por profesionales pueden adquirir especial relevancia los denominados usos forenses, que podrían concebirse como costumbre *secundum legem*, en cuanto se refieren a una determinada manera de interpretar y aplicar la ley procesal, si bien entonces habría de tenerse en cuenta que la infracción de los mismos no significaría algo añadido a la infracción de la ley, es decir, no podría existir una infracción del uso forense autónoma y distinta de la infracción de la ley que condujera a la irregularidad o nulidad de un acto procesal.

Según la STS de 28 de abril de 1998 (RA 3263): “La costumbre no es fuente del Derecho procesal: no hay una «opinio iuris seu necessitatis» del Juez ni de las partes, de la repetición de actos en el ámbito del proceso, ni hay usos jurídicos que tengan la consideración de tales. Si la costumbre que se alega es «contra legem», es indiscutible su no aplicación al proceso y, si además, no se ha probado, no es ni alegable. Las argumentaciones de este motivo pretenden basarlo en una infracción de costumbre, como si fuera fuente, que va contra la Ley de Enjuiciamiento Civil, artículos 709 y su remisión a los 876 y 877 y, además, no ha sido probada la alegada reiteración de actos”.

VI. NORMAS PROCESALES Y NORMAS SUSTANTIVAS

1. Consecuencias de la distinción

La determinación de si una norma concreta es procesal o sustantiva no es una mera elucubración teórica, pues sirve por lo menos para:

1º) Determinar el ámbito espacial de aplicación (art. 3 LEC). Los tribunales españoles pueden aplicar normas materiales extranjeras, pero nunca normas procesales.

2º) Conformar los motivos del recurso de casación en el proceso penal y distinguir entre el recurso de casación y el de infracción procesal en el proceso civil.

3º) Determinar el sentido del art. 149.1, 6ª de la CE, y con él las competencias de las Comunidades Autónomas.

2. Criterio diferenciador

Naturalmente el lugar que ocupe una norma dentro de los cuerpos legales no sirve como criterio diferenciador. Algunas de las normas sobre prueba estuvieron

durante más de un siglo en el CC por razones históricas contingentes y, sin embargo, era manifiesta su naturaleza procesal, y lo mismo ocurre en la actualidad con normas propias de la legitimación.

En caso de las normas sobre la prueba merece ser destacado. Los procedimentalistas y los civilistas franceses de principios del siglo XIX, los que realizaron el *Code Civile* de 1804 y el *Code de procédure civile* de 1806, partían de distinguir dentro de la prueba entre normas materiales y normas procedimentales. Esta orientación, que se asumió también en la LEC de 1881 y el CC españoles, partía de que había que atribuir naturaleza material a las normas relativas a la admisibilidad de los medios de prueba y a su valoración, mientras que sólo las normas reguladoras del procedimiento eran procesales. La distinción tenía más consecuencias de las que puede parecer pues incidía, por ejemplo, en la aplicación de la ley en el tiempo. La distinción se hizo insostenible y, de hecho, acabó por no ser defendida por autor alguno, por lo que la nueva LEC ha derogado los artículos del CC relativos a la prueba, dejando en vigor únicamente aquéllos que pueden tener trascendencia en el campo de las relaciones materiales.

En la actualidad subsisten bastantes normas sobre prueba en leyes materiales (todas las reglas especiales de carga de la prueba), no habiendo acabado la LEC/2000 con todas ellas, pero también existen normas procesales en general en esas leyes materiales. Por poner un ejemplo puede verse como en la Ley de Propiedad Intelectual su art. 150 atribuye legitimación a las entidades de gestión, norma exclusivamente procesal.

Tradicionalmente se vienen manejando dos criterios de distinción que pueden hoy entenderse como complementarios:

a) Desde la perspectiva de la sentencia, la norma material determina el contenido de la misma, en el sentido de si se estima o no la pretensión ejercitada, mientras que la norma procesal atiende la admisibilidad de la pretensión, regulando los actos que preceden a la sentencia y a si en ésta procede o no entrar a resolver sobre el tema de fondo planteado por la pretensión.

Este criterio puede tomarse como diferenciador en principio, pero no debe olvidarse que, en ocasiones, las normas procesales determinan el contenido de las resoluciones y, a veces, de la sentencia misma. En este sentido, las normas sobre prueba, sobre la licitud de la mismas o sobre su valoración, tienen que ver, no con la admisibilidad de la pretensión, sino con la estimación de la misma. También la adopción o no de las medidas cautelares y su contenido viene determinado por normas procesales, tanto en el proceso civil como en el penal.

b) De modo complementario al anterior debe utilizarse el criterio del ámbito en el que incide la consecuencia jurídica prevista en la norma. Si esa consecuencia delimita la conducta de los sujetos jurídicos fuera del proceso (reconociéndoles derechos e imponiéndoles deberes), la norma es material, aunque luego sirva al juez como regla de juicio para el contenido de la sentencia. Por el contrario, si la consecuencia jurídica atiende a la conducta de las personas en cuanto sujetos del proceso (tanto del juez como de las partes o terceros) y se refiere a los actos procesales, tanto a la forma, como a sus presupuestos, requisitos y efectos, la norma será procesal.

VII. LA LEY PROCESAL EN EL TIEMPO Y EN EL ESPACIO

Cuando se cuestiona la aplicación de la ley en el tiempo y en el espacio se hace respecto de la norma procesal en sentido estricto, pues no es dudoso que las normas orgánicas entran en vigor cuando así lo dispone el legislador, el cual ha de disponer cuándo se procede a la constitución de los órganos jurisdiccionales conforme a la ley nueva.

1. Irretroactividad de la ley procesal

En principio la ley procesal no tiene especialidades respecto de su vigencia temporal con relación a la ley en general, y por eso el art. 2 LEC dice que los asuntos que correspondan a los tribunales civiles se sustanciarán siempre por éstos con arreglo a las normas procesales vigentes, que nunca serán retroactivas (sin perjuicio de que deba estarse a las normas de derecho transitorio contenidas en cada Ley).

A pesar de lo anterior se ha sostenido (De Castro) que las leyes procesales tienen una retroactividad tácita por así requerirlo su sentido, carácter y fin. Esta retroactividad, se dice, proviene de que la norma procesal nueva se aplica a procesos en los que se deducen relaciones jurídicas materiales que surgieron cuando estaba en vigor la ley procesal derogada.

Esta pretendida retroactividad se basa en una imprecisión sobre lo que regulan las normas procesales. La ley procesal no regula la relación jurídica material deducida en el proceso, sino simplemente el proceso mismo, independientemente de que aquélla se haya constituido antes o después de la ley procesal nueva; no regula derechos y obligaciones materiales, sino actos procesales. Para que una ley procesal fuera retroactiva tendría que ordenar la modificación de los efectos de los actos procesales realizados antes de su entrada en vigor (lo que en el Derecho moderno sólo se ha realizado una vez, para el recurso de casación en el párrafo 2 de la Disp. Trans. 2ª.1 de la Ley 10/1992).

El problema de la aplicación de la ley procesal en el tiempo no se refiere a la aplicación de una ley nueva a procesos ya fenecidos (pues es indudable su inaplicación), ni a los procesos que se inicien en el futuro (pues tampoco ofrece dudas su aplicación). La cuestión se refiere a los procesos en curso cuando entra en vigor una ley nueva.

Teóricamente debería llegarse a la conclusión de que la ley procesal nueva ha de regir todos los actos procesales que se realicen en los procesos ya en curso y a partir de su entrada en vigor. Ahora bien, una cosa es la teoría y otra la conveniencia práctica de que la ley procesal se aplique tan radicalmente, pues ello podría originar problemas de muy compleja solución y aun situaciones de desigualdad para las partes. Por ello entre teoría y conveniencia práctica suele llegarse normalmente a situaciones intermedias en las disposiciones transitorias de las nuevas leyes.

El ejemplo de lo que decimos se contiene en las Disposiciones Transitorias de la LEC/2000. Conforme a ellas:

1.º) Los procesos de declaración que se encontraren tramitándose en la primera instancia, en el recurso de apelación o en el recurso de casación, se continuarán sustanciando por la LEC derogada hasta que se dicte sentencia.

2.º) Dictada sentencia definitiva en la instancia o en los recursos, la LEC nueva se aplicará ya para todo lo que siga, incluida obviamente la interposición de recursos.

Se trata, pues, de acomodar la regla de la aplicación de la nueva LEC a los actos procesales que se realicen después de su entrada en vigor a la realidad práctica. Esto no impide, por ejemplo, que la nueva LEC se aplique de modo inmediato a los procesos de ejecución o a las medidas cautelares.

2. Aplicación nacional

Según el art. 3 LEC los procesos civiles que se sigan en territorio nacional se registrarán únicamente por las normas procesales españolas, con lo que se establece el principio de territorialidad de las leyes procesales, y de aquí se deduce que:

1.º) Los tribunales españoles sólo pueden aplicar normas procesales españolas. Es posible que en un proceso deban aplicar leyes materiales extranjeras para determinar el contenido de la sentencia (por el reenvío que se produzca a una legislación extranjera, en virtud de las normas del llamado derecho internacional privado contenidas en el Título I del CC), pero la ley procesal será siempre la española.

2.º) Incluso para el ejercicio de las funciones de auxilio judicial internacional a tribunales extranjeros, los tribunales españoles aplicarán la ley propia.

En sentido contrario, si un tribunal español pide auxilio judicial a un tribunal extranjero, éste en el desarrollo del mismo aplicará su ley nacional.

La referencia que el art. 3 LEC hace a las excepciones que puedan preverse en tratados y convenios internacionales puede entenderse referida a la capacidad procesal (pues la capacidad se rige por la ley personal), pero no desde luego a la legitimación, pues ésta no atribuye derechos de naturaleza material. Naturalmente la prueba no puede estar regulada por la ley extranjera y cuando se sostiene lo contrario se debe a que se sigue sosteniendo la vieja concepción propia de los procedimentalistas franceses a la que antes nos hemos referido.

Naturalmente no hace falta ni decir que las normas orgánicas, las que constituyen los órganos jurisdiccionales y determinan el estatuto de sus miembros, no pueden ser extranjeras.

TEMA 2º

LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL ESPAÑOLA

(Esquema)

I. LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL ESPAÑOLA

1. Las Partidas y el proceso ordinario

Seis siglos de vigencia. Derecho común y poderes partes

Solemnis ordo iudiciarius. Proceso ordinario sólo.

2. Los procesos plenarios rápidos

A) En el ámbito mercantil

Conciliación, abogados, oralidad, poderes del juez

B) *En el ámbito civil*

1) Simplificación del proceso ordinario

2) Creación del juicio verbal

3. La codificación en los procesos civil y mercantil

A) *Proceso mercantil*

Cdc 1829 y Ley de 1830

B) *Proceso civil*

1) Decreto de 9-10-1812: 3 juicios

2) Decreto de 26-9-1835

3) Ley 10-1-1838: menor cuantía

4) Instrucción de 30-9-1853; Gerona

4. La LEC de 1855

La petrificación del proceso común

A) *Principios del proceso*

1) Presupuestos procesales

2) Impulso procesal

B) *Principios del procedimiento*

1) Secreto

2) Juicio menor cuantía

C) *La exclusión de influencias externas*

Picardi. *Perversio ordinis*. 1667, Code Louis

No por el Code de Napoleón de 1806

5. La LEC de 1881

Decreto de Unificación de Fueros de 1868

A) Los fenómenos de huida

- a) Huida del juicio de mayor cuantía: Cuantías
- b) Huida de la LEC: procesos especiales

B) Las reformas parciales

- a) Ley 34/1984
- b) Ley 10/1992

II. LA LEC 1/2000, DE 7 DE ENERO

827 artículos

1. La estructura de la LEC

- 4 libros: - Disposiciones generales
 - Procesos declarativos
 - Ejecución forzosa y medidas cautelares
 - Procesos especiales

2. El nuevo modelo de proceso civil

Dos procesos plenarios rápidos: - ordinario y verbal
Efectividad

III. PRECEPTOS VIGENTES DE LA LEC DE 2000

Concurso y quiebra

Jurisdicción voluntaria

Conciliación

Declaración de herederos abintestato

Ejecución de sentencias extranjeras

IV. NORMAS PROCESALES CIVILES EN OTRAS LEYES

Art. 4

A) Derogación de las normas procesales de la LOPJ

B) Supresión de procesos especiales

- a) La mayor parte de procesos especiales (procedimientos)
- b) Mayor parte de normas procesales
- c) Quedan subsistentes algunas leyes y decretos

LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL ESPAÑOLA

La legislación procesal civil española. La Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero. Preceptos vigentes de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881. Normas procesales civiles en otras leyes.

I. LA LEGISLACIÓN PROCESAL CIVIL ESPAÑOLA

En un país como España, con una tradición jurídica de muchos siglos, no puede entenderse ni el proceso civil ni la legislación que lo regula haciendo referencia sólo a la estructura de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Explicar lo que es la legislación procesal civil española no puede reducirse a una mera descripción de dicha Ley y a una mera enumeración de las otras leyes que contienen normas procesales civiles. Estimamos necesario atender, aunque sea someramente, a cómo se ha llegado a la LEC de 2000, marcando los hitos de una evolución sin cuyo conocimiento todo se reduce a asunción acrítica de lo existente.

1. Las Partidas y el proceso ordinario

Las Partidas que son, sin duda, el monumento jurídico más importante de nuestra historia, asumieron la concepción del Derecho común, en el que las partes son “las dueñas de los pleitos” (los “señores de los pleytos”) y por eso la Partida III se inicia con el estudio de las partes (demandador y demandado), siguiendo con el juez, para referirse después a los personeros o procuradores y a los boceros o abogados. Su principio básico es el de que el proceso es un drama entre tres personas, que sólo se inicia por una de las partes, de modo que ninguna persona puede ser obligada a demandar.

A partir de ahí el *solemnis ordo iudiciarius* respondía a la concepción de que las partes tenían que disponer con toda amplitud de los medios de ataque y de defensa que consideraran oportunos, planteando sin limitaciones el litigio que las separaba, porque se trataba de acabar para siempre con dicho litigio, de modo que la

sentencia que se dictara tenía que producir los efectos de cosa juzgada material, no siendo posible otro proceso posterior. Todo esto iba unido a la creencia de que ese proceso necesitaba un procedimiento complicado, lento y formalista y, por tanto, originador de un elevado coste, pues se trataba de ofrecer a las partes las mayores posibilidades para su defensa.

En el sistema del Derecho común el proceso ordinario es el proceso único, en el sentido de que no existen procesos especiales. Un proceso es ordinario cuando por medio del mismo pueden conocerse todo tipo de objetos o pretensiones, y un proceso es especial cuando está previsto para que por medio de él los órganos jurisdiccionales conozcan sólo de un objeto o pretensión determinada (retracto, desahucio, por ejemplo), y lo que estamos diciendo es que el proceso ordinario de Las Partidas estaba previsto para todos los objetos, pues en todos ellos se trataba de ofrecer la misma defensa plena a las partes.

Esta concepción es la que se asume en Las Partidas y la que se va a mantener en la base del proceso civil hasta la codificación, ya en el siglo XIX, pues las recopilaciones posteriores (Ordenamiento de Díaz de Montalvo, de 1484, el Libro de Bulas y Pragmáticas de Ramírez, de 1505, la Nueva Recopilación, de 1567 y la Novísima de 1805), se limitaron a introducir modificaciones parciales, sin alterar la concepción del proceso ordinario; se siguió creyendo que un proceso, para decidir de modo definitivo una cuestión entre partes, necesitaba de muchas complicaciones, que eran imprescindibles si se quería ofrecer a aquéllas todas las posibilidades que precisaba su derecho de defensa.

2. Los procesos plenarios rápidos

La ineficacia de un proceso como el ordinario civil para solucionar con eficacia los conflictos entre partes, llevó a configurar un nuevo tipo procesal que, sin dejar de ser ordinario (de referirse a cualquier objeto) y plenario (en el que se producía cosa juzgada), significara reducir el tiempo y el dinero. Este nuevo tipo de proceso fue el plenario rápido.

El nuevo proceso tiene sus manifestaciones tanto en el Derecho canónico, principalmente en las decretales de Clemente V *Saepe contingit* (de 1306) y *Dispendiosam* (de 1311), como en el Derecho civil, en el que las reformas provienen de los estatutos de las ciudades mercantiles italianas, y en los dos casos se trataba de la supresión de formalidades superfluas y concesión de facultades al juez para repelerlas, de la suavización del principio de preclusión en aras de la elasticidad, de la limitación o supresión de apelaciones independientes contra las resoluciones interlocutorias, de acortamiento de los plazos, y, sobre todo, de predominio de la oralidad frente a la escritura.

A) En el ámbito mercantil

La recepción en España de la idea del proceso plenario rápido se produce, como es lógico, de modo mucho más acusado en el ámbito del Derecho mercantil, dándose lugar a la creación de un proceso para y entre mercaderes. Las manifestaciones primeras deben registrarse en la corona de Aragón, pero las que van a tener trascendencia posterior son las del reino de Castilla.

En la corona de Aragón el origen se encuentra en las ordenanzas dadas por Pedro III a Valencia, después de que en 1283 creara el Consulado del Mar de esta ciudad, que fueron adoptadas después por Palma de Mallorca, para regir el nuevo Consulado creado en 1343 por Pedro IV, y que se comunicaron en 1347 a Barcelona, cuando el mismo Pedro IV constituyó el tribunal consular. En el reino de Castilla el origen debe buscarse en la creación de los consulados, empezando por el de Burgos, en 1494, cuando los Reyes Católicos conceden jurisdicción al prior y cónsules de la universidad de mercaderes para que conozcan de los pleitos entre ellos, y a partir de ahí se inicia una muy compleja evolución con la creación de consulados en distintas ciudades. Con el paso del tiempo las ordenanzas de mayor prestigio fueron las de Bilbao de 1737.

Realmente estamos aquí ante la creación de tribunales especiales mercantiles, en los que la potestad jurisdiccional se atribuye al prior y a los cónsules del Consulado, además de la regulación de un nuevo proceso. Este supuso una ruptura de concepción con el ordinario y básicamente respondía a estas características:

1.ª) Conciliación previa obligatoria: Si al principio el intento de conciliación fue voluntario, pronto se dispuso de modo obligatorio que el prior y cónsules debían intentar la conciliación entre las partes.

2.^a) Prohibición de la intervención de abogados: Desde las Ordenanzas de Burgos la misma existencia del Consulado se justificó con un ataque a los abogados, hasta el extremo de que en aquéllas se decía que los pleitos entre mercaderes “nunca se concluían ni fenecían, porque se presentaban escritos de libelos de letrados, por manera de que por mal pleyto que fuese, los sostenían los letrados, de manera que los hacían inmortales”.

3.^a) Oralidad: Frente al proceso ordinario civil totalmente escrito, el mercantil pretendió encontrar la rapidez en la oralidad.

La fórmula tradicional fue: “*simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii procedi mandamus*” (de la *Saepe contingit*); “*simpliciter et de plano, absque iudiciorum strepitu et figura, sine libello litis contestatione et aliis solemnitate et ordinibus iudiciorum etiam substancialibus*” (Estatuto de Forlì de 1369); “lo libren y determinen breve y sumariamente según estilo de mercaderes, sin dar luengas ni dilaciones ni plazos de abogados” (Ordenanzas de Burgos de 1494).

4.^a) Aumento de los poderes procesales del juzgador: La oralidad y una cierta indeterminación procedimental, supuso la posibilidad de que el prior y los cónsules no se sintieran constreñidos por una legalidad estricta en la forma.

También aquí hay fórmula que se repite en las distintas normas: “la verdad sabida y la buena fe guardada”, o “atendida la sola verdad del hecho, según se ha acostumbrado a hacer a uso y estilo de mar”.

B) En el civil

Si el proceso mercantil rompe con el civil e inicia una vía propia, en la que el proceso plenario rápido aparece como alternativa al proceso ordinario, en el campo del proceso civil se manifestaron también algunos deseos de reforma. Estas se plasmaron en una doble dirección:

a) Por un lado se trató de simplificar el proceso ordinario, sobre lo que se dispusieron medidas concretas relativas, por ejemplo, a permitir que se dicte sentencia aunque faltase alguna formalidad de las que “deben de ser puestas según la sutileza del Derecho” (en 1348), a la limitación de número escritos de las partes, fijando incluso el máximo de sus hojas (desde 1387 y con reiteración, lo que demuestra su incumplimiento), a la prohibición de las sentencia ilíquidas (en 1558),

a la necesidad de declarar la rebeldía sólo una vez, no tres (en 1564), etc., aunque hay que dudar de la efectividad de todas estas medidas de aceleración del proceso.

b) Por otro se procedió a la creación de un proceso plenario rápido, pues, aunque con algún antecedente en Las Partidas, en 1534 se permitió un juicio rápido para asuntos civiles de pequeña cuantía, que fue manteniéndose en disposiciones posteriores, con sucesivas elevaciones de la cuantía. Su parentesco con el proceso mercantil es evidente y se encuentra aquí el origen del juicio verbal que se plasmó en las leyes de enjuiciamiento civil.

Como puede comprobarse la extensión de la idea del proceso plenario rápido al campo civil fue muy limitada, y no supuso una verdadera alteración de éste. Con todo, lo que importa destacar ahora es la existencia de dos sistemas procesales durante muchos siglos, sistemas que permanecieron incomunicados entre sí, y especialmente que los juristas centraron su atención en el civil, sin atender al mercantil.

Los juristas españoles que publican desde Las Partidas hasta la Novísima Recopilación están inmersos en la creencia de que el proceso ordinario es el juicio tipo por excelencia, y que sobre el deben centrar sus esfuerzos de estudio y divulgación. Los juicios plenarios rápidos, y en especial el mercantil, no son merecedores de su atención.

3. La codificación de los procesos civil y mercantil

El siglo XIX se abre con los dos sistemas procesales sin relación entre sí y en los dos se advierte pronto la aspiración de codificar. La codificación no va a suponer la unificación de los dos sistemas, sino la consolidación de los mismos.

A) La codificación del proceso mercantil

El sistema procesal mercantil, o del proceso plenario rápido, llegó al siglo XIX con problemas derivados de dos causas. La primera se refería a la multiplicación de consulados con regulaciones diferentes, lo que provocaba confusión y largas cuestiones de competencia entre ellos. La segunda atendía a la indeterminación procedimental, origen de prácticas diferentes y de arbitrariedad por los priores y cónsules. Se estaba así ante la necesidad de unificar y regular.

A ello atendió el Código de Comercio de 1829 y la Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio de 1830. El Código regulaba la

“Administración de justicia en los negocios de comercio”, basado en los tribunales comercio, constituidos por el prior y dos cónsules, conociendo de la segunda y tercera instancia las Audiencias y luego, del recurso de injusticia notoria, el Consejo de Castilla (luego el Tribunal Supremo). La Ley regulaba dos clases de juicios: Mayor y menor cuantía, que no guardaban relación con los que luego en el proceso civil se llamaron así.

Esta Ley de Enjuiciamiento se mantuvo en vigor hasta 1868, por lo que a lo largo de la mayor parte del siglo XIX tuvimos en España tribunales especiales mercantiles y proceso propio. El Decreto de Unificación de Fueros supuso la desaparición de los tribunales y del proceso, sin que las normas que habían regulado éste tuvieran influencia alguna en la regulación del proceso civil, el ordinario.

B) Hacia la codificación del proceso civil

La regulación del proceso civil en el inicio del siglo XIX se encontraba en La Partida III y en el Libro XI de la Novísima Recopilación de 1805. El inicio de las reformas se encuentra en la Constitución de 1812 y, especialmente, en algunos decretos que dieron las Cortes de Cádiz, produciéndose después sucesivamente hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855. Los pasos más importantes fueron:

a) En el Decreto de 9 de octubre de 1812, Reglamento de las Audiencias y Juzgados de Primera Instancia, se contenían tres clases juicios: 1) El juicio verbal, el que hemos dicho que procede de 1534, con procedimiento muy poco determinado, 2) El juicio ordinario, que quedó íntegro y sin modificación alguna, y 3) Un nuevo juicio, intermedio entre los dos anteriores por la cuantía, aunque sujeto a los principios propios del ordinario, incluida la escritura, al que no se le da denominación.

b) El segundo paso fue el Decreto de 26 de septiembre de 1835, Reglamento provisional para la Administración de justicia en lo respectivo a la Real jurisdicción ordinaria, que mantiene las tres clases de juicios, el último también sin denominación.

c) El paso decisivo fue obra de la Ley de 10 de enero de 1838, provisional para la sustanciación de los juicios de menor cuantía, en la que el juicio intermedio

tiene ya denominación pero, sobre todo, en la que se regula un verdadero proceso plenario rápido, sujeto a los principios de oralidad, concentración, inmediación, publicidad e impulso de oficio, y en el que todos los plazos eran perentorios e improrrogables.

d) El último paso a considerar es la Instrucción del marqués de Gerona, de 30 de septiembre de 1853, referida al proceso ordinario, en la que se trataba de hacer frente a los abusos, corruptelas, dilaciones innecesarias, prácticas ilegales que habían convertido al proceso ordinario en “la muerte de la justicia misma”. En la Instrucción se introducía el impulso de oficio, concentración, publicidad, aumento de los poderes del juez, supresión de trámites.

La Ley de 1838 y el sistema de principios que informaban al juicio de menor cuantía, chocaba frontalmente con el resto de la legislación procesal y, precisamente por eso, fue rechazada por la doctrina y la práctica, apegadas una y otra a las viejas concepciones. La Instrucción no pudo mantenerse en vigor ocho meses.

La opinión de la doctrina y la práctica de la época respecto del proceso ordinario puede sintetizarse así:

1) Se creía en la bondad de la legislación tradicional, hasta el extremo de considerar que era la envidia de Europa.

2) La excelente legislación vigente había sido oscurecida por corruptelas que era preciso suprimir, pero manteniendo el sistema.

3) El proceso lento y complicado era la salvaguardia de los derechos de las partes y las solemnidades en el juicio garantía de la seguridad jurídica.

4) Las partes debían seguir siendo las “dueñas del proceso”, sin conceder facultades de dirección del proceso al juez, para asegurar la imparcialidad de éste.

5) La lentitud de la justicia se debía al gran volumen de asuntos, por lo que debía aumentarse el número de tribunales.

La doctrina y la práctica estaban conformes con el sistema procesal. Era necesario aclarar y simplificar, pero no innovar. Acabar con las corruptelas, pero mantener los principios, aumentando el número de órganos jurisdiccionales.

4. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855

Los que se opusieron a la Ley de 1838 y los que consiguieron la derogación de la Instrucción de 1853, fueron los que se encargaron de la redacción de la primera ley procesal civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 5 de octubre de 1855.

Para entender como ésta produjo la petrificación del viejo sistema del proceso ordinario, basta atender a las bases de la misma.

En el mismo año de 1855 las Cortes aprobaron una Ley de Bases denominada “para la reforma de los procedimientos en los juicios civiles”, por medio de la que se pretendía “ordenar y compilar las leyes y reglas del enjuiciamiento civil”, con el fin de “restablecer en toda su pureza las reglas cardinales de los juicios consignadas en nuestras antiguas leyes”. No se trataba, pues, de innovar, sino de consolidar lo existente.

Desde estos planteamientos el sistema de principios de la Ley respondió al viejo juicio ordinario, que se asumió íntegramente, de modo que la Ley se articuló sobre ese juicio.

A) Principios del proceso

El proceso civil se concibe como un medio de solucionar contiendas privadas, en las que el juez cumple una función de pacífico mediador, siendo las partes las que asumían todas las facultades. Esto supuso la plasmación del principio dispositivo (lo que es obvio en la actuación del Derecho privado) y el de aportación de parte, pero sobre todo que en lo que se refiere a las facultades procesales de dirección:

1.º) El juez no tenía control de oficio de los presupuestos procesales. El principio general era el de que “nada debe hacerse oficio en los negocios civiles, sino que debe dejarse todo al interés de la parte y a su excitación” (lo que supuso que no había verdaderos presupuestos procesales, siendo todos impedimentos).

2.º) El impulso procesal se confió a las partes. El proceso tenía que avanzar a instancia de parte, pues éstas debían solicitar al juez que declarase terminada una fase procesal y abriese la siguiente. De este modo todos los plazos quedaban a la discrecionalidad de las partes, pues no se entendía precluido un trámite mientras una parte no lo pidiera al juez expresamente.

B) Principios del procedimiento

La Ley proclamó la escritura como principio básico y la mantuvo con todas sus consecuencias de mediación y dispersión de los actos procesales. El brocardo *quod non est in actis non est in mundo* reflejaba exactamente la concepción de que el juez, para dictar sentencia, sólo podía tomar como base aquello que se encontraba documentado. Pero son mucho más significativos otros dos aspectos.

a) *Secreto*: La Ley mantenía parcelas importantes de secreto en las actuaciones puesto que, si bien las vistas de los pleitos serán públicas, en la práctica de la prueba no se admitía: 1) Ni la publicidad general, o para el público, 2) Ni la presencia de la parte contraria en las pruebas de confesión o testifical, con lo que se limitaba el principio de contradicción.

b) *Juicio de menor cuantía*: La concepción general de la Ley llevó a desvirtuar este juicio tal y como lo reguló la Ley de 1838; sus principios inspiradores en ésta (oralidad, concentración, inmediación, impulso de oficio, plazo improrrogables) quedan abandonados, estimándose que debía aplicarse lo dispuesto para el juicio ordinario, haciendo algunas variaciones meramente procedimentales de simplificación de trámites y de reducción de plazos.

El principal autor de esta LEC de 1855, Pedro Gómez de la Serna, dejó claro que la comisión redactora “tuvo por punto de partida lo tradicional, lo español, lo consignado en nuestro foro”, de modo que la Ley se centra en el juicio ordinario, el cual al mismo tiempo era la fórmula general de los juicios que carecieran de tramitación especial y el tipo supletorio de los especiales. Sobre este juicio “poco tuvo la comisión que discutir... sólo era necesario purificarlo de las prácticas viciosas que habían afectado la mejor obra sin duda de nuestras instituciones procesales”.

C) La exclusión de influencias externas

Como hemos ido viendo la codificación procesal civil supuso la consolidación de lo dispuesto en nuestras viejas leyes, principalmente Las Partidas, y su concepción del viejo *solemnis ordo iudiciarius*. Destaquemos ahora que lo contrario estaba sucediendo en los demás países de Europa en la mitad del siglo XIX.

Durante siglos el *ordo iudiciarius* se consideró manifestación de la racionalidad que se iba creando por la intervención de los jueces y abogados, de modo que las reglas del mismo no eran susceptibles de ser impuestas desde fuera, por la autoridad de un legislador estatal. El legislador podía incidir en la regulación del proceso ordinario por medio de reformas parciales, tendentes a evitar corruptelas o prácticas viciosas, pero no podía alterarla completamente.

Como ha explicado Picardi el *ordo iudiciarius* no sólo garantizaba el derecho de defensa en los juicios, sino también la resistencia frente a las autoridades externas. El proceso se concebía como algo originario, que respondía a las reglas de un arte, de las que nadie podía prescindir. La intervención del rey, o de cualquier legislador externo, hubiera representado una *perversio ordinis*, una acción odiosa, inadmisibles, tanto como la alteración de la moneda o la imposición de reglas al médico.

La situación empieza a cambiar cuando en 1667 se dicta el llamado *Code Louis*, que realmente fue la *Ordonnance civile touchant la reformation de la Justice*, en la que por primera vez de modo directo el rey Luis XIV afirmó el monopolio real sobre la legislación en materia procesal civil. Ese monopolio no supuso, de momento, la ruptura total frente a lo anterior, pero sí la introducción de reformas de mucho calado.

Lo más significativo fue la admisión de procesos plenarios rápidos frente al proceso ordinario, con lo que éste dejaba de ser el único e, incluso, el esencial. Además, el juez quedaba sometido de modo claro a la ley, precisamente a aquélla que dictaba el rey.

La Ordenanza puso en marcha una nueva manera de entender el proceso, que va a concluir con el *Code de procédure civile* de 1806 de Napoleón, el cual servirá de base a la mayor parte de los códigos que se promulgan en Europa en el siglo XIX. El caso más claro es el de los códigos italianos, incluido el nacional de 1865. Esto no ocurre en España, en la que la LEC de 1855 mantuvo la tradición del viejo proceso ordinario basado en el Derecho común.

5. La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881

En la evolución que estamos describiendo hito fundamental fue el Decreto de Unificación de Fueros de 1868, con el que se suprimieron los tribunales de comercio y el proceso mercantil, convirtiéndose los ordinarios en los únicos competentes para conocer de la aplicación del Derecho privado.

La derogación de la Ley de 1830 se quiso paliar ordenando la realización de una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. A ese efecto se promulgó la Ley de Bases de 21 de junio de 1880, en la que se advierten simplemente reformas de detalle con relación a la LEC de 1855. Esta se convierte en la base más importante, pues se trataba simplemente de “introducir en la ley actual... las reformas y modificaciones que la ciencia y la experiencia aconsejen como convenientes” (base 19.^a). Se vuelve así a insistir en que “el juicio ordinario, reducido por la ley de 1855 a sus proporciones esenciales, apenas reclamaba nuevas y fundamentales reformas”, por lo que si no fuese por otras materias “realmente no sería necesaria la reforma de la ley vigente de enjuiciamiento”.

A finales del siglo XIX se dictó, pues, la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 en la que se trataba también de mantener lo existente, sin introducir verdaderas reformas en el sistema procesal civil. No es necesario, pues, repetir lo que antes hemos dicho para los principios del proceso y del procedimiento, pues los de la LEC de 1855 se reiteran en la de 1881, sin perjuicio de que en ésta se introdujo la publicidad general de los actos procesales y se aumentó la contradicción en la prueba.

Como dijo Goldschmidt el proceso civil español era “un recipiente liberal del siglo XIX, en el que se ha vaciado el vino antiguo del proceso civil de los siglos pasados”, y como dijo Guasp “lo que el legislador de 1880 tomó del proceso común fue su técnica arcaica e insuficiente lógicamente dada la *discordantia temporis*, y afianzó esta técnica, con sus defectos fundamentales, en pensamientos políticos de innegable significación liberal”.

A) Los fenómenos de huida

Lo que sí importa destacar es que en el siglo largo de vigencia de la LEC de 1881 se han producido dos fenómenos muy significativos de huida, que han puesto de manifiesto la falta de adecuación a la realidad, primero, del juicio ordinario de mayor cuantía, y, luego, de la propia Ley.

a) Huida del juicio de mayor cuantía

Hemos asistido, en primer lugar, a una huida del juicio ordinario, que se llamaba de mayor cuantía, de modo que el mismo al final había quedado prácticamente excluido de la normal aplicación.

Los sucesivos legisladores parciales fueron conscientes de que el proceso ordinario medieval, el que se asumió en la LEC de 1881 como juicio de mayor cuantía, no podía seguir siendo aquél por el se tramitaban la mayor parte de los asuntos, dada su extraordinaria complejidad, y poco a poco, por medios de sucesivas elevaciones de las cuantía acabaron por convertirlo en un “cementerio de elefantes” por el que se conocían muy escasos asuntos.

Debe, en este sentido, tenerse en cuenta que si en 1881 el tope mínimo de la cuantía de un asunto que se tramitaba como juicio de mayor cuantía era de 1.500 pesetas, en 1984 se elevó a 100 millones y en 1992 quedó en 160 millones de pesetas. Por este medio dicho juicio fue desapareciendo de la realidad, pues son muy escasos los pleitos que superan esa cantidad. Acabó así siendo el juicio normal el de menor cuantía, que si en el origen comprendía los asuntos entre 250 y 1.500 pesetas, en 1992 pasaron a ser los de cuantía entre 800.000 pesetas y 160 millones de pesetas. Además, a esa tramitación se recondujeron los asuntos de cuantía indeterminada.

b) Huida de la LEC

La huida más importante, con todo, fue la de propia LEC, que se hizo a base de regular un número extraordinario de procesos especiales, dando lugar a una verdadera proliferación procedimental.

Este fenómeno de proliferación se ha considerado normalmente como un defecto técnico procesal, centrándose su estudio en que el legislador, en casi todas las leyes materiales, se ha sentido en la necesidad de dotarlas de un proceso específico, y ello hasta el extremo de que podían contarse por lo menos cuarenta modos diferentes de tramitar los asuntos en primera instancia, es decir, cuarenta procesos especiales.

Pero la proliferación fue algo más que una cuestión de técnica procesal. Supuso la configuración de tutelas judiciales privilegiadas frente a la tutela judicial ordinaria que se prestaba por medio de los procesos de la LEC. En efecto, la regulación de procesos especiales respondía, en la mayor parte de los casos, a la existencia de fuerzas sociales capaces de lograr del legislador la creación de tutelas propias frente a la tutela normal que se prestaba por los procesos ordinarios. Determinados titulares de derechos (sobre todo del de propiedad) y determinados grupos sociales (grandes acreedores), consiguieron del legislador que sus asuntos no se sometieran a la tutela normal, y que se les creara una tutela distinta, que por lo mismo sólo puede concebirse como privilegiada.

B) Las reformas parciales

Junto a todo lo anterior deben tenerse en cuenta algunas de las reformas importantes de la LEC de 1881. Su promulgación produjo una importante reacción contraria doctrinal y práctica, que propuso su inmediata reforma, pero el caso fue que la Ley se mantuvo un siglo sin que fuera objeto de modificaciones de importancia.

La situación, con todo, se hizo insostenible en la realidad, sobre todo como consecuencia del extraordinario aumento en el número de asuntos. La LEC pudo hacer frente, mejor o peor, a una situación en la que la sociedad era predominante rural y los conflictos eran los propios de la misma, pero se manifestó profundamente inadecuada para solucionar los conflictos propios de una sociedad urbana. Las nuevas necesidades exigían una nueva Ley, pero los sucesivos legisladores prefirieron acudir a la técnica de las leyes de reforma urgente y parcial de la LEC. Esa técnica se utilizó principalmente en las siguientes leyes:

1.ª) La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma urgente de la LEC, que en su Exposición de Motivos dijo responder “a las necesidades más apremiantes” mientras se procedía “con el cuidadoso tacto que requiere el tratamiento de la ordenación del proceso” al estudio del que “podría ser el nuevo ordenamiento procesal”. En esta Ley el juicio de menor cuantía se convirtió en el juicio tipo,

desplazando al de mayor cuantía, aunque ello se hizo a base de desnaturalizar a aquél que dejó de ser un plenario rápido.

2.ª) La Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal, en cuya Exposición de motivos volvió a decirse que la reforma del ordenamiento procesal debía acometerse sin precipitaciones y ponderando cuantos elementos confluyen en el proceso, pero volviendo a dejar para *sine die* la verdadera reforma, contentándose con atender a aspectos de detalle y, sobre todo, a procurar “quitar papel” de los tribunales.

El sistema de las reformas urgentes se reveló insuficiente para atender a las necesidades de la realidad y era preciso abordar una nueva LEC. Para ese fin el Ministerio de Justicia difundió en abril de 1997 un llamado “Borrador”, sometiéndolo a la consideración y sugerencias de todos los interesados. En diciembre de 1997 se dio a conocer el Anteproyecto, y el Consejo de Ministros de 30 de noviembre de 1998 remitió a las Cortes el oportuno Proyecto de Ley, que se ha convertido en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 (Ley 1/2000).

II. LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL 1/2000, DE 7 DE ENERO

Una ley o, mejor, un código, con 827 artículos que pretende materializar el profundo cambio de mentalidad que entraña el compromiso por la efectividad de la tutela judicial civil, no puede quedar resumida en unas pocas frases. Ahora bien, como es necesario hacer un esfuerzo de síntesis, conviene empezar por decir que lo verdaderamente importante en la LEC no son los aspectos de detalle, por mucho que vengan impuestos por los tiempos que corren (como sería el que las actuaciones orales en vistas y comparecencias se registren en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen), pues esos detalles no hacen a la esencia del cambio de modelo procesal pretendido. Es la pretensión de introducir un nuevo modelo de proceso civil lo que hace que estemos ante una LEC nueva y no, simplemente, ante una reforma y actualización de la vieja. Empecemos por conocer su estructura para pasar luego a lo que en esencia es la misma.

1. Estructura de la nueva LEC

La LEC se divide en cuatro Libros, siguiendo una división que es hoy la consagrada en la mayoría de estos cuerpos legales:

I: Disposiciones generales

Donde se regulan las partes, la jurisdicción y la competencia, la acumulación de acciones y de procesos, el procedimiento de la abstención y de la recusación, las actuaciones judiciales (que quieren ser una parte general para todos los procesos), la tasación de costas y la buena fe procesal.

II: Los procesos declarativos

Después de unas largas Disposiciones comunes a todos los procesos declarativos, en las que se incluyen: reglas para determinar el proceso adecuado, diligencias preliminares, copias de escritos y documentos pero, sobre todo, la prueba, la cuestiones incidentales y la condena en costas, se atiende a los dos tipos de procesos: el ordinario y el verbal. A continuación se regulan los recursos (reposición, apelación, infracción procesal, casación, interés de la ley y queja), para terminar con los medios de rescisión de las sentencias firmes y la revisión.

III: Ejecución forzosa y medidas cautelares

Se unen en solo Libro la ejecución forzosa y las medidas cautelares, lo que puede estimarse como un matrimonio impuesto o de conveniencia. En la ejecución se regulan los títulos ejecutivos, la ejecución provisional (que se refuerza de modo muy acusado), la ejecución dineraria y la ejecución no dineraria, destacando la regulación del despacho de la ejecución y de la oposición a la misma. En las medidas cautelares debe destacarse la distinción entre la enumeración de las medidas específicas a adoptar u la existencia de un único procedimiento.

IV: Procesos especiales

La LEC ha intentado y conseguido reducir de modo extraordinario el número de procesos especiales, pero ha tenido que mantener, por un lado, los procesos no dispositivos (capacidad, estado y condición de las personas) y, por otro, ha introducido dos procesos llamados a tener gran trascendencia; el monitorio y el cambiario. Consideración distinta merece la división judicial de patrimonios.

2. El nuevo modelo de proceso civil

Lo verdaderamente importante de la nueva LEC no es su sistemática ni sus detalles, lo que importa en la misma es el intento de introducir un nuevo modelo de proceso civil.

Las leyes de enjuiciamiento civil de 1855 y de 1881 se limitaron a asumir como juicio tipo el proceso ordinario del Derecho común y, en torno al mismo, se redactaron completamente. En ellas los juicios plenarios rápidos se consideraron meras excepciones, reservadas para pocos asuntos y éstos de poca importancia cuantitativa. La nueva LEC supone, por fin, la ruptura con aquel proceso ordinario y toda ella se centra en dos juicios plenarios rápidos. Independientemente de las palabras se trata de los ahora llamados juicio ordinario (Libro II, Título II) y juicio verbal (Libro II, Título III). Después de siete siglos el modelo del proceso común ha sido abandonado.

La idea de que el proceso requiere “fórmulas lentas, graves, solemnes, complicadas y rigurosas a que el orden judicial debe sujetarse en el ejercicio de sus funciones y que son garantía de seguridad para los litigantes y prenda de acierto en los fallos”, que fue la defendida por el Colegio de Abogados de Madrid en sus Observaciones a la Instrucción del marqués de Gerona, podía tener sentido en un contexto social de tipo rural en el que los pleitos tenían como objeto la propiedad y, sobre todo, la de la tierra, para los que el tiempo no era un elemento trascendente. Esa idea es la que está en base de las dos leyes de enjuiciamiento civil del siglo XIX y es la que se ha abandonado en la nueva LEC.

El problema fundamental del proceso civil en las últimas décadas ha sido el del aumento de la litigiosidad, que suele presentarse como un mal, como una causa, cuando es sólo un efecto, expresión de profundas modificaciones sociales. Hoy el proceso civil no es ya el medio para solucionar los conflictos típicos de una sociedad rural, sino el instrumento con el que se tiene que hacer frente a los conflictos propios de una sociedad urbana y así este proceso se ha convertido en un fenómeno de masas, en el que el elemento fundamental del mismo es su efectividad práctica. Si se lee la Exposición de Motivos de la LEC se advertirá que su idea base es la de la efectividad de la justicia civil.

La efectividad era algo ajeno al modelo proceso de la LEC de 1881 y hoy tiene que ser el eje sobre el que gira el modelo procesal de la nueva LEC. Esa finalidad es la que justifica que el modelo procesal sea el de los juicios plenarios

rápidos, con un claro intento de introducir la oralidad y los principios que de ella se derivan, sobre todo, la inmediación y la concentración.

III. PRECEPTOS VIGENTES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 1881

La Disposición Derogatoria Única de la LEC de 2000 deroga, como es obvio, la LEC de 1881, pero deja en vigor algunas partes importantes de la misma, aunque con el propósito de que esa continuada vigencia sea provisional. Se trata de:

a) Libro II, los Títulos XII y XIII que son aquellos en los que regulan el concurso de acreedores y la quiebra. La vigencia lo es hasta que se apruebe la Ley Concursal, y por eso la Disposición Final 19.^a dice que el Gobierno, en el plazo de seis meses, a contar desde la entrada en vigor de la LEC, remitirá a las Cortes un proyecto de Ley Concursal.

b) Libro III, el de la jurisdicción voluntaria, que queda en vigor hasta que se apruebe la Ley sobre Jurisdicción voluntaria cuyo proyecto debe el Gobierno remitir a las Cortes, en el plazo de un año a contar desde la entrada en vigor de la LEC, según la Disp. Final 18.^a.

Estas dos vigencias llevan al mantenimiento de una serie de reglas en el art. 63 de la LEC de 1881, las que determinan la competencia territorial en los correspondientes supuestos, y de un número en los arts. 4 y 10, sobre excepciones a la obligatoriedad de la intervención de procurador y abogado.

c) Libro II, Título I, el relativo a la conciliación previa al juicio (y correlativamente los arts. 4, 1.^o, 10, 1.^o, y 11), normas que, en su caso, habrán de integrarse en el futuro en la Ley sobre jurisdicción voluntaria, pues esta naturaleza tiene la dicha conciliación.

d) Libro II, Título IX, Sección 2.^a, sobre la declaración de herederos abintestato, que es otra actuación de jurisdicción voluntaria.

e) Los arts. 951 a 958, donde se regula la ejecución de sentencias dictadas por tribunales extranjeros, normas que seguirán en vigor hasta que se apruebe la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil, cuyo proyecto debe el

Gobierno remitir a las Cortes en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la LEC, dice la Disp. Final 20.^a.

De las normas que se mantienen en vigor se desprende que la LEC de 2000 ha pretendido reducir su ámbito de materias reguladas a las que pueden considerar propias del proceso civil en sentido estricto. Fuera de ella quedan todo lo relativo a la jurisdicción voluntaria (dado que la misma ni es jurisdiccional ni da lugar a un verdadero proceso) y todo lo atinente a los procesos concursales (que siendo actuación jurisdiccional y, por tanto, procesal, se estima que debe tener una ley propia, dada las vertientes mercantiles).

IV. NORMAS PROCESALES CIVILES EN OTRAS LEYES

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 pretende ser la ley procesal general y por su art. 4 dispone que la misma será de aplicación a todos los procesos (penales, contencioso-administrativos, laborales y militares) de modo supletorio. Esta supletoriedad y carácter general se ha pretendido que tenga dos importantes consecuencias:

A) Derogación de las normas procesales de la LOPJ

Cuando se dictó la LOPJ de 1870 pareció necesario introducir en ella toda una serie de normas procesales en sentido estricto, sobre todo porque en aquel momento no se contaba aún con una Ley de Enjuiciamiento Criminal y porque la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 no se refería a ellas. Esto no sucedía ya cuando se dictó la LOPJ de 1985, pero en ella se volvieron a incluirse más de 100 artículos, casi todo el Libro III (“Del régimen de los Juzgados y Tribunales”), de contenido netamente procesal, pretendiendo que fueran algo así como una especie de ley procesal común.

La LEC de 2000 pretende acabar con esta situación y a este efecto regula, en el Libro I, Título V (“De las actuaciones judiciales”) toda una serie de materias que ya estaban reguladas en la LOPJ; se trata, por ejemplo, de lugar de los actos

procesales, tiempo de los mismos, publicidad, lengua oficial, documentación de actuaciones, actos de comunicación, despacho, vistas, votaciones, resoluciones judiciales y nulidad de actuaciones. Para todas estas materias una futura ley orgánica deberá derogar los artículos pertinentes de la LOPJ de 1985, pero mientras ello no sucede estamos ante una doble regulación que no será fácil de coordinar.

B) Supresión de procesos especiales

Si se pudo sostener en el inmediato pasado que en ocasiones era más difícil encontrar la norma procesal aplicable que, una vez encontrada, solucionar con ella el supuesto concreto, como consecuencia de la proliferación de normas procesales contenidas en las leyes más diversas y, por tanto, de los procesos especiales y de las especialidades procedimentales, que habían dado lugar a una selva de regulaciones. La LEC de 2000 pretende acabar:

a) Con la mayor parte de todos los procesos especiales y a este efecto deroga artículos procesales contenidos en muy diversas leyes. Se ha pretendido que no existan normas reguladoras de verdaderos actos procesales (de actividad, en sentido estricto) fuera de la LEC, y por eso se han derogado artículos de leyes como:

1) Ley 62//1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona.

2) RD-legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre de Sociedades Anónimas.

3) Usura, Ley de 23 de julio de 1908 (la Ley Azcárate).

4) Arrendamientos: Ley 29/1994, de Urbanos, y Ley 83/1980, de 31 de diciembre, Rústicos.

5) Propiedad industrial: Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes; Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas.

6) Competencia Desleal: Ley 3/1991, de 10 de enero.

7) Publicidad: Ley 34/1988, de 11 de noviembre

8) Matrimoniales: Las Disp. Adicionales de la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre nulidad, separación y divorcio;

9) Propiedad intelectual: RD-legislativo 1/996, de 12 de abril.

10) Condiciones generales de la contratación: Ley 7/1998, de 13 de abril.

11) Ventas a plazos de bienes muebles: Ley 28/1998, de 13 de julio.

12) Procesos de ejecución: Ley Hipotecaria y Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento

b) *Con la mayor parte de las normas procesales* (determinantes, no de la actividad, sino de los requisitos, contenido y efectos de los actos procesales) contenidas en normas ajenas a la LEC, aunque no llegaran a regular un proceso especial, y así se explica el traslado a la LEC de las normas sobre prueba ubicadas en el CC, por poner el ejemplo más destacado.

Esta última finalidad no se ha conseguido. Existen normas procesales (aunque no procedimentales) en muchas leyes materiales: Por ejemplo:

1) *Protección de derechos fundamentales*

1”) Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

2”) Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de rectificación.

2) *Filiación y paternidad*: Código Civil (arts. 131 a 141)

3) *Capacidad*

1”) Código Civil (arts. 199 a 201).

2”) Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela (Disposición Adicional).

4) *Procesos matrimoniales*: 1”) Código Civil (arts. 73 a 107)

5) *Propiedad horizontal*: Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre Propiedad Horizontal.

6) *Arrendamientos*: Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos (arts. 121 y 122)

7) *Propiedades especiales*

1”) Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, Propiedad Intelectual (arts. 25, 103, 138 a 143, 147 a 151 y 158)

2”) Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes (arts. 10 a 14, 62 a 71, 112 a 118 y 123 a 142)

3”) Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de Marcas (arts. 35 a 40 y 47 a 57)

8) *Competencia desleal*: Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal (arts. 18 a 21 y 24, y Disposición Transitoria)

9) *Publicidad*: Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de Publicidad (arts. 25 a 32)

10) *Impugnación de acuerdos sociales*

1”) Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, de Ley de Sociedades Anónimas (arts. 115 a 122)

2”) Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (art. 52)

11) *Condiciones generales de la contratación*: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación

12) *Venta a plazos de bienes muebles*: Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

13) *Derechos reales inscritos*: Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946 (art. 41).

14) *Juicio cambiario*: Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque (arts. 49 a 68, 74 a 78, 84 a 89, 96 y 97, 146 a 158 y Disposiciones Transitoria y Derogatoria).

15) *Ejecuciones hipotecarias*

1”) Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946 (arts. 126 a 135)

2”) Reglamento Hipotecario de 14 de febrero de 1947 (arts. 222 a 236-o)

3”) Ley de Hipoteca Naval, de 21 de agosto de 1893 (arts. 39 a 51)

4”) Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de Posesión, de 16 de diciembre de 1954 (arts. 81 a 95)

15) Medidas cautelares:

1”) Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946 (arts. 42 a 44 y 68 a 86)

2”) Reglamento Hipotecario, de 14 de febrero de 1947 (arts. 139 a 145)

3”) Ley 2/1967, de 8 de abril, sobre embargo preventivo de buques

16) *Suspensión de Pagos*: Ley de 26 de julio de 1922, de Suspensión de Pagos.

17) *Arbitraje*: Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje.

c) Todo lo anterior no ha impedido que la LEC *declare subsistentes* algunas leyes o decretos de contenido más o menos procesal, como

1) Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita

2) Real Decreto 2103/1996, de 20 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Asistencia Jurídica Gratuita

3) Real Decreto 34/1988, de 21 de enero, regulador de los pagos, depósitos y consignaciones judiciales

4) Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas

TEMA 3º

PLANTA Y ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES, I.

(Esquema)

I. CONCEPTO Y CRITERIOS

1. Noción

- a) Fijar el tipo y clases de órganos
- b) Fijar el número de órganos de cada tipo

2. Criterios

- a) Especialización: 4 órdenes jurisdiccionales
- b) Composición: unipersonales o colegiados
- c) Función: instancia y recursos
- d) Territorial: municipio, partido, provincia, comunidad, el Estado.

3. Salas y Secciones:

- No Salas en Aud. Provinciales; Sí Secciones: a) Orgánicas
- b) Funcionales

4. Formar Sala: 1 presidente y 2 magistrados

- Casos especiales: - art. 82.2 LOPJ en Aud. Prov. y apelación j. de faltas
- art. 898 LECRIM en Sala II Tribunal Supremo
- arts. 15 (Sala III) y 16 (TSJ) LJCA
- art. 225 LPL en Sala IV Tribunal Supremo

II. EL TRIBUNAL SUPREMO

1. Planta y organización

- Art. 123 de la CE. Madrid, único supremo
- 1 presidente, 5 presidentes de Sala y 74 magistrados. 5 Salas
- Gabinete Técnico de Información y Documentación

2. Atribuciones

- A) Sala de lo Civil*
- B) Sala de lo Penal*
- C) Sala de lo Contencioso-Administrativo*
- D) Sala de lo Social*
- E) Sala de lo Militar*
- F) Sala del art. 61 LOPJ*

III. LA AUDIENCIA NACIONAL

1. Planta y organización

1 presidente, 3 presidentes de Sala, 10 presidentes de Sección y 42 magistrados.

No orden civil

6 Juzgados Centrales de Instrucción y 1 Juzgado C. de lo Penal.

Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo

2. Atribuciones

A) Sala de lo Penal

B) Sala de lo Contencioso-Administrativo

C) Sala de lo Social

IV. LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

1. Origen y creación

- Art. 152.1 CE y vías del art. 151 y del art. 143

- EEAA, todos menos La Rioja

- LOPJ, todas las CCAA

2. Sede

- En el Estatuto de A.

- Disp. Adic. 2º CE: - Silencio: donde Aud. Territorial

- No había Aud. Ter.: capital

- Había 2 Aud. Ter.: - Acuerdo Parla.- Granada

- Ley: Burgos

3. Composición

1 presidente, y 427 magistrados. 3 Salas

- Civil y Penal: 65 magistrados; - Cont.-Admi.: 212; - Social: 150

4. Casos especiales

Málaga; Sevilla y Valladolid, y Santa Cruz de Tenerife

5. Atribuciones

A) Sala de lo Civil y Penal: en los dos órdenes

B) Sala de lo Conte.-Adminis.

C) Sala de lo Social

V. LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

1. Origen

LOPJ de 1870, LadOPJ de 1882 dejó 95, “Audiencias de lo Criminal”;

Ley de Presupuestos de 1893-93 dejó sólo una por provincia.

2. Composición

- a) - En capital de provincia: la Audiencia
 - Dos o más Secciones en capital
 - Secciones fuera de la capital: Ley 2/1999, en 8 ciudades
- b) 3 magistrados; Muchas veces más, menos nunca.
624 magistrados y 184 Secciones

3. Casos especiales

- Juicios de faltas: 1
- Juicios verbales: inconstitucional (STC 259/1994)

4. Atribuciones:

- A) Civil
- B) Penal

PLANTA Y ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES. I.

El Tribunal Supremo. La Audiencia Nacional. Los Tribunales Superiores de Justicia. Las Audiencias Provinciales.

I. CONCEPTO Y CRITERIOS

1. Nociones

Si según el art. 117 de la CE el ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde a los Juzgados y Tribunales determinados por la ley, el primer paso en esa determinación se refiere a lo que suele llamarse comúnmente planta judicial, que según las SSTC 56 y 62/1990, de 29 y 30 de marzo, respectivamente, comprende:

1º) Fijar en abstracto el tipo y clases de órganos a los que va a encomendarse la potestad jurisdiccional, que es lo que hizo el Libro I, Título II, Capítulo I, arts. 26 a 29 de la LOPJ (“De los Juzgados y Tribunales”), y

2º) Fijar el número de órganos que, dentro de cada uno de los tipos definidos antes, se van a asentar en el territorio nacional, cuyas bases quedaron establecidas en el Libro I, Título II, Capítulo II, arts. 30 a 36 de la LOPJ (“De la división territorial en lo judicial”) y desarrolló luego la LDYPJ de 1988.

Debe tenerse en cuenta que para la planta de los tribunales existe reserva de ley (art. 29 LOPJ). Una vez fijada la planta, la demarcación judicial es un paso lógicamente posterior, aunque se realizó en la misma LDYPJ de 1988. Este Tema 3º se refiere a la planta y organización, para la que debe estarse a la LOPJ de 1 de julio de 1985 y a la LDYPJ de 28 de diciembre de 1988, con las modificaciones posteriores de una y otra, y especialmente por las LLOO 7/1988, de 28 de diciembre, la que creó los Juzgados de lo Penal, 16/1994, de 8 de noviembre, y 5/1997, de 4 de diciembre, de reforma de la LOPJ en aspectos muy concretos, y la Ley 3/1992, de 20 de marzo, de medidas de corrección de la Ley 38/1988 de Demarcación y de Planta Judicial.

2. Criterios

La determinación de la planta judicial precisa atender a unos criterios de creación y organización, que son básicamente:

a) Especialización: La diversidad de pretensiones, de tutela judicial a prestar, de derechos subjetivos a garantizar y de derecho objetivo a aplicar llevó a la LOPJ a establecer 4 órdenes jurisdiccionales: civil, penal, contencioso-administrativo y social. Este criterio de organización condiciona toda la LOPJ, aunque el mismo no se ha llevado a sus últimas consecuencias.

La distinción en los cuatro órdenes traspasa toda la LOPJ, en la que las referencias a los mismos son constantes (arts. 9, 10, 22 a 25, 44, 51, 53, etc.). Nada hubiera impedido establecer otros órdenes, pero se han mantenido los tradicionales.

Con todo, la especialización no se ha llevado a sus últimas consecuencias, de modo que en unos casos un órgano judicial unipersonal tiene competencia en un sólo orden (Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, Juzgados de lo Social, Juzgados de lo Penal) y en otros tiene competencia sobre dos órdenes (Juzgados de Paz, Juzgados de Primera Instancia e Instrucción). De la misma forma a veces un órgano colegiado destina una Sala a cada orden (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional) y otras veces asume competencia en dos órdenes (Audiencias Provinciales).

b) Composición: En atención a los titulares de la potestad jurisdiccional, los órganos pueden ser unipersonales (la potestad corresponde a una sola persona, Juzgados), o colegiados (la potestad se atribuye de modo conjunto a varias personas, Audiencias y Tribunales).

Todavía sigue discutiéndose en otros países la conveniencia o no de establecer órganos unipersonales (lo que en Italia se llama el juez monocrático), pero en el sistema español la tradición es que la primera instancia se atribuya, normalmente, a una sola persona, mientras que de los recursos conoce un órgano colegiado (si bien existen numerosas excepciones a las dos reglas).

c) Función procesal: Dividido el proceso en primera instancia, apelación y casación, principalmente, han de establecerse los órganos que deben conocer de cada fase.

La claridad de este criterio queda en muchas ocasiones enturbiada, pues es frecuente que un mismo órgano conozca en unos asuntos de la primera instancia y en otros de un recurso. Con todo, sí cabe afirmar que cada órgano judicial tiene una función procesal preponderante, y a veces otra accesorio.

d) Territorial: El territorio nacional se divide en municipios, partidos judiciales, provincias, comunidades autónomas y todo el Estado y sobre este criterio han de asentarse los órganos jurisdiccionales.

El municipio, desde el punto de vista judicial, se corresponde con la demarcación administrativa (art. 31 LOPJ), lo que supone que debe estarse, a efectos de su concepto y territorio, a lo dispuesto en los arts. 137, 140 y 148.1, 2.º CE.

El partido es unidad territorial de carácter judicial, integrada por uno o más municipios limítrofes, pertenecientes a la misma provincia, admitiéndose incluso la posibilidad de que el partido coincida con la provincia (art. 32 LOPJ). Están delimitados en el Anexo I de la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial.

La provincia jurisdiccionalmente se ajustará a la provincia como demarcación administrativa (art. 33 LOPJ), por lo que hay que estar a los arts. 137 y 141 CE.

La comunidad autónoma es también ámbito territorial judicial (art. 34 LOPJ), y para su determinación concreta debe tenerse en cuenta que, según el art. 147.2,b) CE los estatutos de autonomía deben contener la delimitación del territorio de cada Comunidad.

Por último, existen tribunales que extienden su competencia a todo el territorio nacional.

Con base en todos estos criterios combinados, el art. 26 de la LOPJ atribuye potestad jurisdiccional a toda una serie de órganos, los que figuran en los epígrafes de los Temas 3º y 4º. De ellos nos ocupamos ahora sólo de los órganos colegiados.

3. Salas y Secciones

Cuando se dice que el Tribunal Supremo, o la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia son competentes para conocer de una materia o de un recurso determinado, se está incurriendo en una imprecisión técnica. No es ese tribunal o audiencia el competente, sino que lo es una de sus Salas de Justicia. El verdadero órgano jurisdiccional no es el tribunal como conjunto administrativo de organización, sino que lo son sus Salas, y por ello la LOPJ se refiere a que el Tribunal Supremo está integrado por Salas (art. 55) y luego establece la competencia de cada una de ellas (arts. 56 a 61), y ello se repite para la Audiencia Nacional (arts. 64 a 69) y para los Tribunales Superiores de Justicia (arts. 72 a 78).

En cambio respecto de las Audiencias Provinciales no se habla de Salas, sino que se atribuye competencia a la misma Audiencia (art. 82), si bien se admite que los verdaderos órganos jurisdiccionales pueden ser las Secciones (arts. 80.1 y 81.1).

Si a lo anterior se añade que la LOPJ alude repetidamente a que en las Salas de los tribunales pueden existir dos o más Secciones (arts. 27.1 y 28), y a Secciones en las Salas del Tribunal Supremo (art. 54), de la Audiencia Nacional (art. 63.1) y de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 72.2), el panorama se complica pues las Secciones no son ya algo exclusivo de las Audiencias Provinciales, sino órganos que pueden existir en todos los tribunales colegiados. Aparece así la distinción entre:

A) Secciones orgánicas

Son las previstas expresamente en la ley, lo que sucede sólo respecto de las Audiencias Provinciales (arts. 81.1 LOPJ y 14.2 LDYPJ), y en la Audiencia Nacional (art. 12.1 LDYPJ), en las que existe provisión concreta de presidente de Sección. Esas Secciones pueden ser creadas por el Gobierno por Real Decreto (arts. 36 LOPJ y 20 LDYPJ). Su número dependerá lógicamente del volumen de trabajo.

A) Secciones funcionales

La ley no las prevé de modo expreso, sino que se limita a permitir que la Sala actúe por medio de Secciones, que es lo que ocurre en el Tribunal Supremo y en los Tribunales Superiores de Justicia.

El art. 152.1 de la LOPJ dispone que la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de la Audiencia Nacional y de cada Tribunal Superior de Justicia, tiene competencia para aprobar las normas de reparto entre las distintas Secciones de cada Sala y para establecer con criterios objetivos los turnos precisos para la composición y funcionamiento de las Salas y Secciones. Luego el art. 23 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, del Consejo General del Poder Judicial, de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales, regula la especialización de Secciones de las audiencias y de los tribunales.

4. “Formar Sala”

Partiendo de que el órgano jurisdiccional es la Sala o Sección, el art. 196 de la LOPJ establece que, en el caso de que la ley no disponga otra cosa, para conocer de un asunto (en la terminología tradicional: “para formar Sala”) bastarán tres magistrados, incluido el presidente.

Esto obliga a buscar ley por ley las normas especiales, y de entre ellas puede indicarse:

1) Art. 82.2 LOPJ, para las Audiencias Provinciales, en que el órgano lo compondrá un solo magistrado en los recursos de apelación en los juicios de faltas.

2) Art. 898 LECRIM, que establece 5 magistrados en la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo cuando la duración de la pena impuesta o la que pudiere imponerse si prospera el recurso de casación sea superior a 8 años (aplicando la conversión de penas que se establece en la Disp. Trans. 11ª del nuevo CP).

3) Arts. 15 (Tribunal Supremo) y 16.3 (Tribunales Superiores de Justicia) LJCA.

4) Art. 225 (Tribunal Supremo) de LPL.

El art. 197 LOPJ prevé un caso excepcional, el de que para formar Sala se llame a todos los magistrados que la integran en la plantilla; esto puede ocurrir cuando el presidente de la Sala así lo decida o cuando la mayoría de los magistrados lo estime necesario.

II. EL TRIBUNAL SUPREMO

1. Planta y organización

Con el nombre de Supremo Tribunal de Justicia, la Constitución de 1812 creó un tribunal único para toda la nación y superior a todos los demás. Desde 1834 ha venido funcionando hasta la actualidad sin interrupciones.

El art. 123 de la CE constitucionaliza su existencia y le atribuye competencia en toda España y categoría suprema en todos los órdenes judiciales (salvo lo

relativo a garantías constitucionales). El art. 53 de la LOPJ añade que tendrá su sede en Madrid y que ningún otro órgano jurisdiccional podrá tener el título de supremo.

El presidente del Tribunal es, al mismo tiempo, presidente del Consejo General del Poder Judicial, y lo integran además 5 presidentes de Sala y 74 magistrados de la categoría (RD 1819/1991, de 20 de diciembre), organizándose en las siguientes Salas:

- I, de lo Civil, con 10 magistrados
- II, de lo Penal, con 15 magistrados
- III, de lo Contencioso-Administrativo, con 33 magistrados
- IV, de lo Social, con 13 magistrados
- V, de lo Militar, con 8 magistrados (creada por la LO 4/1987)

Hay que aludir, además, a:

1) La Sala innominada del art. 61 de la LOPJ, integrada por el presidente del Tribunal, los presidentes de Sala y los magistrados más antiguo y moderno de cada Sala, con muy variadas competencias que van desde recursos de revisión en lo contencioso-administrativo hasta la responsabilidad civil y penal de los presidentes de Sala o de todos los magistrados de una Sala.

2) Al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (arts. 38 LOPJ y 1 LOCJ), para conocer de estos conflictos entre los Juzgados y Tribunales y la Administración, y constituido por el presidente del Tribunal Supremo y cinco vocales, de los que dos son magistrados de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del mismo Tribunal (designados por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial) y tres consejeros permanentes de Estado.

3) A la Sala de Conflictos de Jurisdicción (arts. 39 LOPJ y 22 LOCJ), que conoce de estos conflictos entre los tribunales ordinarios y los tribunales militares, e integrada por el presidente del Tribunal Supremo y dos magistrados, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto (designados anualmente por la Sala de Gobierno).

Sin funciones jurisdiccionales el art. 23 de la LDYPJ integra 6 magistrados (no de la categoría del Tribunal Supremo) en el Gabinete Técnico de Información y Documentación, así como 35 letrados que se adscriben a las Salas.

2. Atribuciones

Establecida la planta y organización, es preciso referirse a la competencia de la Salas que lo integran, lo que se debe hacer distinguiendo entre lo esencial y lo accesorio.

A) Sala de lo Civil (art. 56)

a) Esta Sala asume fundamentalmente los recursos de casación, que constituyen la esencia de su función jurisdiccional, atendiendo a la unificación de la jurisprudencia en la interpretación del Derecho privado común o general del Estado.

b) Al mismo tiempo se le ha atribuido también el conocimiento de:

1) Los recursos de revisión.

2) En primera y única instancia las demandas de responsabilidad civil por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra las más altas autoridades del Estado, tanto del Poder Legislativo, como del Ejecutivo y del Judicial (incluidos los magistrados de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia).

3) También en única instancia de las peticiones de ejecución de sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, salvo que conforme a los tratados corresponda a otro Juzgado o Tribunal (que es lo que ocurre con el tratado más importante, el de Bruselas de 1968).

4) De las recusaciones contra magistrados de la misma Sala.

5) De las cuestiones de competencia entre Juzgados y Tribunales del orden civil que no tengan otro superior común.

Provisionalmente y mientras no se proceda a la reforma de la LOPJ, a esta Sala corresponde también, de acuerdo con la Disposición Final 16.^a de la LEC, el conocimiento del recurso extraordinario de infracción procesal

B) Sala de lo Penal (art. 57)

a) También constituye su competencia esencial el conocimiento de los recursos de casación.

b) Asimismo se le ha atribuido el conocimiento de:

1) Los recursos de revisión.

1) De la instrucción y enjuiciamiento de las causas contra las más altas autoridades de los tres Poderes (incluidos los magistrados de la Audiencia Nacional y de los Tribunales Superiores de Justicia). La separación entre instrucción y juicio oral supone que la instrucción se confía a uno de los magistrados de la Sala y el enjuiciamiento a la Sala misma, de la que aquél no podrá formar parte.

2) De las recusaciones contra magistrados de la misma Sala.

3) De las cuestiones de competencia entre Juzgados y Tribunales del orden penal que no tengan otro superior común.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, atribuye a esta Sala el conocimiento de un recurso de casación, contra las sentencias dictadas en apelación por la Sala de Menores de los Tribunales Superiores de Justicia, que tendrá por objeto la unificación de doctrina.

C) Sala de lo Contencioso-Administrativo (art. 58)

La competencia es aquí algo más compleja por cuanto las atribuciones esenciales son dos:

a) Conocer en única instancia, de los recursos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial y contra los actos y disposiciones de los órganos competentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del

Pueblo en los términos y materias que la ley establezca y de aquellos otros recursos que excepcionalmente le atribuya la ley.

b) Conocer de los recursos de casación y revisión en los términos que establezca la ley, con lo que se está efectuando una remisión a la Ley 29/1998, de 13 de julio, la LJCA, conforme al art. 12 de la cual conocerá:

1.º) De los recursos de casación de cualquier modalidad (y del recurso de queja).

2.º) De los recursos de casación y revisión contra las resoluciones del Tribunal de Cuentas (conforme a la Ley reguladora de éste).

3.º) De los recursos de revisión contra sentencias firmes dictadas por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia, de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo (salvo lo dispuesto en el art. 61.1, 1.º de la LOPJ).

Le corresponde también conocer de los recursos que se deduzcan contra los actos y disposiciones de la Junta Electoral Central y de los recursos contencioso-electorales contra los acuerdos sobre la proclamación de electos (según la ley electoral) y de los recursos contra los actos de las Juntas Electorales adoptados en el procedimiento para la elección de miembros de las salas de Gobierno de los Tribunales.

En otro orden de cosas (art. 60) le corresponde conocer de:

1) De las recusaciones contra magistrados de la Sala.

2) De las cuestiones de competencia entre Juzgados (cuando existan) y Tribunales de su orden jurisdiccional que no tengan otro superior común.

En todo caso debe tenerse en cuenta que a la Sala especial del art. 61.1 de la LOPJ (formada por el presidente del Tribunal, los presidentes de Sala y el magistrado más antiguo y el más moderno de cada una de ellas) le corresponde en este orden conocer de los recursos de revisión contra las sentencias dictadas en única instancia por la Sala del propio Tribunal Supremo. Y que a la Sección prevista en el art. 61.3 de la misma LOPJ (formada por el presidente del Tribunal Supremo, el de la Sala de lo Contencioso-Administrativo y cinco magistrados de esta Sala, que son los dos más antiguos y los tres más modernos) le corresponde conocer del recurso de casación para la unificación de doctrina cuando la contradicción se produzca entre sentencias dictadas en única instancia por Secciones distintas de esta Sala.

D) Sala de lo Social (art. 59)

a) Su competencia esencial de casación, pero debe distinguirse entre:

1º) Recursos contra sentencias dictadas en única instancia por la Audiencia Nacional y los Tribunales Superiores de Justicia.

2º) Recursos llamados de casación en unificación de doctrina contra las sentencias dictadas en suplicación por los Tribunales Superiores de Justicia.

b) También se le ha atribuido competencia para:

1) Recursos de revisión.

2) Recusaciones contra magistrados de la Sala.

3) Cuestiones de competencia entre Juzgados y Tribunales del orden social que no tengan otro superior común.

E) Sala de lo Militar (art. 23 LO 4/1987, de 15 de julio)

a) La competencia esencial son los recursos de casación contra las resoluciones del Tribunal Militar Central y de los Tribunales Militares Territoriales.

b) También se le ha atribuido el conocimiento de:

1) Recursos de revisión.

2) Instrucción y enjuiciamiento en única instancia de las causas contra capitanes generales, tenientes generales, almirantes y miembros de los máximos tribunales militares.

3) Recursos en materia de disciplina militar contra sanciones impuestas o reformadas por el ministro de Defensa, y en todo caso que el sancionado ejerza funciones jurisdiccionales, fiscales y relatorias.

F) Sala del art. 61 LOPJ

La Sala especial e innominada regulada en el art. 61.1, que como hemos dicho está formada por el presidente del Tribunal Supremo, los presidentes de Sala

y el magistrado más antiguo y el más moderno de cada Sala conoce, aparte del orden contencioso-administrativo, de:

1) Recusaciones del presidente del Tribunal Supremo, de presidentes de Sala y de más de dos magistrados de una Sala.

2) Demandas de responsabilidad civil contra los presidentes de Sala o contra todos o la mayor parte de los magistrados de una Sala por hechos cometidos en el ejercicio del cargo.

3) Instrucción y enjuiciamiento de las causas contra presidentes de Sala o contra todos o la mayor parte de los magistrados de una Sala. En este caso se designará de entre los miembros de la Sala un instructor, el cual no podrá formar lego parte del órgano enjuiciador.

4) Declaraciones de error judicial cuando se impute a una Sala del Tribunal Supremo.

III. LA AUDIENCIA NACIONAL

1. Planta y organización

La LOPJ mantuvo la Audiencia Nacional creada por el RD-ley 1/1977, de 4 de enero, si bien introduciendo reformas y, sobre todo, creando en ella la Sala de lo Social. La Audiencia, con sede en Madrid y competencia en toda España (art. 62 LOPJ), se compone de 1 presidente (con consideración de presidente de Sala del Tribunal Supremo), 3 presidentes de Sala (con categoría de magistrado del Tribunal Supremo), 10 presidentes de Sección y 42 magistrados (en total 56 magistrados), organizándose en las siguientes Salas:

-De lo Penal (que se compone de 1 presidente de Sala, 3 presidentes de Sección y 8 magistrados, distribuidos en 4 Secciones).

-De lo Contencioso-Administrativo (compuesta de 1 presidente de Sala, 7 presidentes de Sección y 32 magistrados, distribuidos en 8 Secciones).

-De lo Social (con 1 presidente y dos magistrados, y sin Secciones).

Lo más destacable es que no tiene competencia en materia civil y, por tanto, tampoco Sala de ese orden jurisdiccional. El art. 64 de la LOPJ permite la división de las Salas en Secciones y eso es lo que hizo la LDYPJ con las Salas de lo Penal y de lo Contencioso-Administrativo, pero no con la de lo Social.

Con carácter contingente puede constituirse la Sala para recusaciones, formada por el presidente de la Audiencia Nacional, los presidentes de las tres Salas y los magistrados más antiguo y más moderno de ellas (art. 69 LOPJ).

La LOPJ se refiere a los 6 Juzgados Centrales de Instrucción en el art. 88 y al Juzgado Central de lo Penal en el nuevo art. 89.3, dentro del Capítulo V, pero estos Juzgados, radicados en Madrid y con competencia en toda España, sólo se explican partiendo de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, de la conformación del proceso penal con distinción entre instrucción y juicio oral y de la prohibición de que un mismo juez instruya y falle.

También hay que aludir a los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo del art. 90 de la LOPJ.

2. Atribuciones

A) Sala de lo Penal (art. 65)

a) La competencia se determina primero con relación a delitos y en única instancia, y son:

1) Contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor, altos organismos de la Nación y forma de Gobierno.

2) Falsificación de moneda, delitos monetarios y de control de cambios.

3) Defraudaciones y maquinaciones para alterar el precio de las cosas que produzcan grave repercusión en la seguridad del tráfico mercantil, en la economía nacional o perjuicio patrimonial a una generalidad de personas en el territorio de más de una Audiencia Provincial.

4) Tráfico de drogas, fraudes alimentarios y de sustancias farmacéuticas o medicinales, siempre que sean cometidos por bandas o grupos organizados y produzcan efectos en el territorio de más de una Audiencia Provincial.

5) Delitos cometidos fuera del territorio nacional, cuando su enjuiciamiento corresponda a los tribunales españoles.

6) Delitos cometidos por personas integradas en bandas armadas o relacionadas con elementos terroristas o rebeldes cuando la comisión del delito contribuya a su actividad, y por quienes de cualquier modo cooperen o colaboren con la actuación de aquellos grupos o individuos (Disp. Trans. de la LO 4/1988, de 25 de mayo).

b) Después la competencia ya no se refiere a delitos sino a:

1) De los procedimientos penales incoados en el extranjero, de la ejecución de las sentencias dictadas por tribunales extranjeros o del cumplimiento de pena de prisión impuesta por tribunales extranjeros.

2) De las cuestiones de cesión de jurisdicción en materia penal derivadas de tratados internacionales.

3) De la extradición pasiva.

c) También de los recursos de apelación y queja contra las resoluciones dictadas por el Juzgado Central de lo Penal y los Juzgados Centrales de Instrucción.

La Sala ha de entenderse en tanto existen también:

1.º) Los 6 Juzgados Centrales de Instrucción, con competencia para instruir las causas de las que conocerán después en juicio oral, bien la Sala de lo Penal, bien el Juzgado Central de lo Penal, aparte de tramitar los expedientes de extradición pasiva (art. 88 LOPJ), y

2.º) El Juzgado Central de lo Penal que conoce de las causas por delito, que lo sean de este tipo de órgano.

B) Sala de lo Contencioso-Administrativo (art. 66)

a) Conocerá, atendido también el art. 11 de la LJCA, en única instancia:

1.º) De los recursos que se deduzcan en relación con las disposiciones generales y los actos de los Ministros y de los Secretarios de Estado en general y en materia de personal cuando se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera. Asimismo conocerá de los recursos contra los actos de cualesquiera órganos centrales del Ministerio de Defensa referidos a ascensos, orden y antigüedad en el escalafonamiento y destinos.

2.º) De los recursos contra los actos de los Ministros y Secretarios de Estado cuando rectifiquen en vía de recurso o en procedimiento de fiscalización o de tutela los dictados por órganos o entes distintos con competencia en todo el territorio nacional.

3.º) De los recursos en relación con los convenios entre Administraciones públicas no atribuidos a los Tribunales Superiores de Justicia.

4.º) De los actos de naturaleza económico-administrativa dictados por el Ministro de Economía y Hacienda y por el Tribunal Económico-Administrativo Central, con excepción de lo dispuesto en el art. 10.1.e).

b) Conocerá, en segunda instancia, de las apelaciones contra autos y sentencias dictados por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo y de los correspondientes recursos de queja.

c) Conocerá de los recursos de revisión contra sentencias firmes dictadas por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.

d) También conocerá de las cuestiones de competencia que se puedan plantear entre los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo.

Esta Sala no puede entenderse aislada de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo del art. 90.4 de la LOPJ, con competencia para conocer en primera o única instancia de los recursos contencioso-administrativos contra disposiciones y actos emanados de autoridades, organismos, órganos y entidades públicas con competencia en todo el territorio nacional y según lo que dispone el art. 9 de la LJCA, es decir

1) En primera o única instancia en las materias de personal cuando se trate de actos dictados por Ministros y Secretarios de Estado, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios de carrera, o a las materias recogidas en el art. 11.1.a) sobre personal militar.

2) En única o primera instancia contra los actos de los órganos centrales de la Administración General del Estado en los supuestos previstos en el apartado 2.b) del art. 8.

3) En primera o única instancia de los recursos contencioso-administrativos que se interpongan contra las disposiciones generales y contra los actos emanados de los organismos públicos con personalidad jurídica propia y entidades pertenecientes al sector público estatal con competencia en todo el territorio nacional, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra i) del apartado 1 del art. 10.

C) Sala de lo Social (art. 67 LOPJ y art. 8 LPL)

Conoce sólo en primera y única instancia de los procesos relativos a las siguientes materias cuando extiendan sus efectos a un ámbito territorial superior al de una Comunidad Autónoma:

- 1) Constitución y reconocimiento de la personalidad jurídica de los sindicatos, impugnación de sus estatutos y su modificación.
- 2) Régimen jurídico específico de los sindicatos, en lo relativo a su funcionamiento interno y relación con sus afiliados.
- 3) Tutela de los derechos de libertad sindical.
- 4) Conflictos colectivos
- 5) Impugnación de convenios colectivos.

IV. LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

1. Origen y creación

El origen de estos Tribunales se encuentra en el art. 152.1, II de la CE del que se deriva que:

1º) Los Estatutos de las Comunidades Autónomas “más avanzadas”, las constituidas por la vía del art. 151 y similares, debían aludir a la constitución del mismo.

2º) En las demás Comunidades, las que lograran la autonomía por el art. 143, la creación del Tribunal era sólo posible, no viniendo impuesto por la CE.

Promulgándose después los 17 Estatutos de Autonomía, en todos ellos, menos en el de La Rioja (tampoco en los de Ceuta y Melilla, lógicamente), se

previó la creación del Tribunal Superior, diciendo que culminará la organización judicial en el territorio de la Comunidad. Después la LOPJ estableció un Tribunal en cada Comunidad Autónoma (también en La Rioja), el cual “tomará el nombre de la Comunidad Autónoma y extenderá su jurisdicción al ámbito territorial de ésta” (art. 71).

2. Sede

La LOPJ no establece la sede de estos Tribunales, sino que la Disp. Adic. 2ª se limita a remitirse a lo dispuesto en los Estatutos de Autonomía. En algunos de ellos se contiene disposición expresa sobre este punto, como es el caso del Estatuto de Castilla-La Mancha (en su art. 23 fija la sede en Albacete), pero en otros no existe norma expresa, y para ellos la citada Disp. Adic. 2ª prevé tres supuestos:

1º) Si el Estatuto de Autonomía guarda silencio sobre el tema, el Tribunal Superior de Justicia tendrá su sede en la misma ciudad donde radicaba la Audiencia Territorial.

2º) Si en la Comunidad Autónoma no existía antes Audiencia Territorial, el Tribunal Superior tendrá su sede en la capital de la Comunidad, y

3º) En las Comunidades Autónomas donde antes hubiera más de una Audiencia Territorial (caso de Andalucía y Castilla y León), la fijación de la sede corresponde a la Comunidad, que lo hará precisamente en una de las sedes de las Audiencias Territoriales. Esta fijación se ha hecho de las dos maneras previstas en el pár. 3 de la Disp. Adic. 2ª, y así Acuerdo del Parlamento Andaluz de 30 de junio de 1982, que fijó la sede en Granada, y Ley 14/1987, de 29 de diciembre de Castilla y León, que fijó la sede en Burgos.

3. Composición

Cada uno de los Tribunales Superiores de Justicia se compone de 1 presidente del mismo, que es también al mismo tiempo presidente de la Sala de lo

Civil y Penal, de los presidentes de Sala y de un número variable de magistrados. En total 427.

El Tribunal Superior se compone de tres Salas:

a) Sala de lo Civil y Penal: Compuesta por 1 presidente y 4 (Aragón, Baleares, Cataluña, Com. Valenciana, Galicia, Navarra y País Vasco) ó 2 (el resto de las Comunidades) magistrados, de los cuales 1 ó 2 son nombrados por el Consejo General del Poder Judicial sobre una o dos ternas presentadas por la Asamblea Legislativa de la Comunidad correspondiente. En total, 17 presidentes y 48 magistrados.

b) Sala de lo Contencioso-Administrativo: Compuesta por 1 presidente y los magistrados que se establezcan en la LDYPJ, que fijó un total de 212.

c) Sala de lo Social: Compuesta de 1 presidente y los magistrados determinados en la LDYPJ; un total de 150.

A estas Salas normales hay que añadir la especial y no permanente de Recusaciones, regulada en el art. 77 de la LOPJ, y compuesta del presidente del Tribunal Superior de Justicia, los presidentes de Sala y el magistrado más moderno de cada una de ellas.

El art. 72.2 prevé la posibilidad de que la cantidad de trabajo determine la existencia de Secciones dentro de las Salas; esto supone que las Salas de lo Contencioso-Administrativo y de lo Social, pueden funcionar al mismo tiempo en dos o más Secciones, integradas cada una por tres magistrados. En sentido contrario, el art. 79 prevé el poco trabajo y admite que las Salas pueden tener en su plantilla un número de magistrados inferior a tres, caso en el que uno de los magistrados de otra Sala tiene que integrar la no completa. Esto ha ocurrido en muy pocas ocasiones, pero hay Salas de los Tribunales Superiores de La Rioja, Extremadura, Navarra y Baleares con dos magistrados.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, atribuye el conocimiento del recurso de apelación, contra las resoluciones dictadas por el Juzgado de Menores, a la Sala de Menores del correspondiente Tribunal Superior de Justicia, que deberá crearse.

3. Casos especiales

El esquema normal de un Tribunal Superior con tres Salas, radicado todo él en una sede determinada, se complica en virtud de tres posibilidades especiales:

1ª) Con carácter general se prevé la posibilidad de crear una Sala de lo Contencioso-Administrativo o de lo Social con competencia limitada a una o más provincias de la Comunidad, lo que se ha hecho sólo en Málaga.

2ª) En las Comunidades Autónomas en que existían, en el momento de la entrada en vigor de la LOPJ, dos Audiencias Territoriales (Andalucía y Castilla y León), se estableció una Sala de lo Contencioso-Administrativo y otra de lo Social en la ciudad en la que no radicaba el Tribunal Superior de Justicia; y así ocurrió con Sevilla y Valladolid.

3ª) En Santa Cruz de Tenerife se crearon una Sala de lo Contencioso-Administrativo y otra de lo Social, integradas en el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, y con competencia sólo en su provincia.

4. Atribuciones

A) Sala de lo Civil y Penal (art. 73)

a) Como Sala de lo Civil:

1) De los recursos de casación y de revisión contra sentencias de órganos del orden civil de la Comunidad Autónoma, siempre que el recurso o la sentencia se base en derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad y así se prevea en el correspondiente Estatuto de Autonomía.

2) En única instancia de las demandas de responsabilidad civil por hechos cometidos en el ejercicio del cargo contra:

1ª) Presidente y miembros del Gobierno de la Comunidad Autónoma y de la Asamblea Legislativa, cuando así lo establezca el Estatuto de Autonomía.

2”) Todos o la mayor parte de los magistrados de una Audiencia Provincial o de una de sus Secciones.

3) Cuestiones de competencia entre órganos jurisdiccionales del orden civil con sede en la Comunidad Autónoma, cuando no tengan otro superior común.

La LEC de 2000 le atribuye el conocimiento del recurso extraordinario de infracción procesal, pero para que se asuma efectivamente esta competencia ha de reformarse antes la LOPJ.

b) Como Sala de lo Penal:

1º) Instrucción y fallo de las causas penales contra:

1”) Las personas que determine el Estatuto de Autonomía.

2”) Jueces y magistrados y miembros del Ministerio fiscal por delitos o faltas cometidas en el ejercicio del cargo en la Comunidad Autónoma, si la competencia no se ha reservado al Tribunal Supremo. En estos dos casos la competencia se distribuye, confiándose la instrucción a uno de los magistrados de la Sala, según un turno de reparto, y el juicio oral a la Sala misma.

2º) Recursos de apelación previstos por la leyes, y el más importantes es contra las sentencias dictadas por el Tribunal del Jurado en el ámbito de las Audiencias Provinciales de la Comunidad Autónoma.

3º) Cuestiones de competencia entre órganos del orden penal (incluidos los Juzgados de Menores) con sede en la Comunidad Autónoma que no tengan otro superior común.

B) Sala de lo Contencioso-Administrativo (art. 74 LOPJ y 10 LJCA)

a) Conocerán en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con:

1) Los actos de las Entidades locales y de las Administraciones de las Comunidades Autónomas, cuyo conocimiento no esté atribuido a los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

2) Las disposiciones generales emanadas de las Comunidades Autónomas y de las Entidades locales.

3) Los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas, y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en materia de personal, administración y gestión patrimonial.

4) Los actos y resoluciones dictados por los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Locales que pongan fin a la vía económico-administrativa.

5) Las resoluciones dictadas por el Tribunal Económico-Administrativo Central en materia de tributos cedidos.

6) Los actos y disposiciones de las Juntas Electorales Provinciales y de Comunidades Autónomas, así como los recursos contencioso-electorales contra acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos y elección y proclamación de Presidentes de Corporaciones locales, en los términos de la legislación electoral.

7) Los convenios entre Administraciones públicas cuyas competencias se ejerzan en el ámbito territorial de la correspondiente Comunidad Autónoma.

8) La prohibición o la propuesta de modificación de reuniones previstas en la Ley Orgánica reguladora del Derecho de reunión.

9) Los actos y resoluciones dictados por órganos de la Administración General del Estado cuya competencia se extienda a todo el territorio nacional y cuyo nivel orgánico sea inferior al de Ministro o Secretario de Estado en materias de personal, propiedades especiales y expropiación forzosa.

10) Cualesquiera otras actuaciones administrativas no atribuidas expresamente a la competencia de otros órganos de este orden jurisdiccional.

b) Conocerán, en segunda instancia, de las apelaciones promovidas contra sentencias y autos dictados por los Juzgados de lo Contencioso-administrativo, y de los correspondientes recursos de queja.

c) También les corresponde, con arreglo a lo establecido en la LJCA, el conocimiento de los recursos de revisión contra las sentencias firmes de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo.

d) Conocerán de las cuestiones de competencia entre los Juzgados de lo Contencioso-administrativo con sede en la Comunidad Autónoma.

e) Conocerán del recurso de casación para la unificación de doctrina previsto en el art. 99 de la LJCA.

f) Conocerán del recurso de casación en interés de la ley previsto en el art. 101 de la LJCA.

C) Sala de lo Social (art. 75)

a) En primera y única instancia en los procesos antes dichos para la Audiencia Nacional, pero ahora cuando el ámbito de sus efectos sea superior a una provincia y no superior a la Comunidad Autónoma.

b) De los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de lo Social radicados en la Comunidad Autónoma.

c) De las cuestiones de competencia entre esos Juzgados.

V. LAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

1. Origen

La LOPJ de 1870 establecía un tribunal colegiado (3 magistrados) en cada partido judicial, con competencia exclusivamente penal y para conocer del juicio oral de las causas que debía instruir el juez de instrucción del mismo partido. Con todo, estos tribunales no llegaron a constituirse por dificultades económicas y la Ley Adicional a la LOPJ de 1882 los redujo a 95 “Audiencias de lo Criminal”, lo que venía a significar, normalmente, la existencia de dos de estas Audiencias por provincia. Aún así las dificultades financieras hicieron que en la Ley de Presupuestos del Estado para 1892-1893 se ordenara la supresión de algunas de

ellas, a lo que atendió el RD de 16 de julio de 1892, que suprimió 46 Audiencias, es decir todas las no ubicadas en las capitales de provincia, apareciendo así las Audiencias Provinciales.

Estas Audiencias han tenido tradicionalmente competencia sólo penal, y así se mantuvieron hasta 1968. La Ley de 20 de junio de ese año les atribuyó competencia civil, para conocer de los recursos de apelación contra algunas resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia y contra la mayoría de los Juzgados Municipales y Comarcales, así como de las cuestiones de competencia y acumulación de autos entre órganos civiles de la provincia.

2. Composición

En la LOPJ de 1985 se mantiene su base provincial. Dice el art. 80.1 que tendrán su sede en la capital de la provincia, de la que tomarán su nombre, extendiendo su competencia a toda ella. La Audiencia puede considerarse como órgano gubernativo y como órgano jurisdiccional. La competencia se atribuye a la Audiencia, si bien cabe que ésta actúe (no en Salas) pero sí en Secciones, de modo que es posible:

a) La Audiencia en sí radicada en la capital de provincia: Lo que ocurre sólo en Huesca, Teruel, Ávila, Segovia, Soria, Cuenca y Guadalajara.

b) Dos o más Secciones y todas ellas radicadas en la capital de la provincia; el presidente de la Audiencia Provincial preside la Sección Primera y existirán otros tantos presidentes de Sección (en este caso las Secciones se designarán por numeral ordinal: primera, segunda, etc.) y el número de magistrados necesario (por ejemplo en Madrid hay 84 magistrados con 24 Secciones, en Barcelona 68 magistrados con 18 Secciones, en Sevilla 24 magistrados con 7 Secciones, etc.).

c) Pueden crearse Secciones de la Audiencia fuera de la capital de la provincia, adscribiéndose territorialmente uno o más partidos judiciales, posibilidad de la que no se hizo uso en la LDYPJ originariamente, pero que sí se ha asumido en la Ley 2/1999, de 11 de enero (RD 936/1999, de 4 de junio y OM de 26 de julio de

1999) creando Secciones en Algeciras, Jerez de la Frontera, Gijón, Elche, Mérida, Santiago de Compostela, Vigo y Cartagena.

En principio la Audiencia Provincial se compone de presidente y dos magistrados, que son los suficientes para formar Sala (aquí Sección) (art. 196 LOPJ). Ahora bien, este número puede ser alterado:

1º) En más y con dos posibilidades:

1”) Aún manteniendo una Sección, ésta puede tener presidente y más de dos magistrados, sin que ello suponga alterar lo que dice el art. 196, pues no todos serán necesarios para conocer de todos los asuntos (esto sucede por ejemplo, en Huesca Palencia, Salamanca y Logroño),

2”) Estableciendo dos o más Secciones, en cuyo caso cada una contará con presidente y dos magistrados, presidiendo la Primera el propio presidente de la Audiencia Provincial.

2º) En menos: Aunque la LOPJ prevé el caso de que una Audiencia Provincial cuente con menos de 1 presidente y dos magistrados, esto ya no ocurre en la actualidad.

El número total de plazas previstas de magistrados destinados en Audiencias Provinciales es de 624, y existen 184 Secciones.

3. Casos especiales

Para la composición del órgano jurisdiccional se han previsto dos casos especiales, si bien el segundo ha sido declarado inconstitucional:

a) Para conocer del recurso de apelación contra las resoluciones dictadas por los Juzgado de Instrucción en los juicios de faltas, la Audiencia se constituirá con un solo magistrado, mediante un turno de reparto (art. 82.2 LOPJ).

b) El art. 737 de la LEC de 1881 (en la redacción dada por la Ley 10/1992, de 30 de abril) decía que para conocer de la apelación contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia en los juicios verbales, la Audiencia

se constituirá con un solo magistrado, pero esta norma fue declarada inconstitucional por la STC 254/1994, de 21 de septiembre, por cuanto la composición de los órganos jurisdiccionales tiene reserva de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

4. Atribuciones

Como hemos dicho estas Audiencias tenían inicialmente sólo competencia penal, pero desde 1968 la tiene también civil, y la LOPJ las convirtió en el órgano ordinario para los recursos de apelación, lo que se ha mantenido en la LEC de 2000.

A) En el orden penal (art. 82)

a) En primera y única instancia de:

1º) Las causas por delito siempre que la pena a imponer sea superior a 5 años.

2º) Cuestiones de competencia entre Juzgados del orden penal de la provincia.

b) De los recursos contra las resoluciones de los

1º) Juzgados de Instrucción, de lo Penal, y de los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria.

2º) Juzgados de Instrucción en juicios de faltas, pero entonces la Audiencia se compone por un solo magistrado de la misma

B) En el orden civil (art. 82)

1º) De los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia.

2º) De las cuestiones de competencia entre órganos del orden civil de la provincia.

TEMA 4º

PLANTA Y ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES. II.

(Esquema)

I. ÓRGANOS UNIPERSONALES

Juez (36 ciudades no capital de provincia: Magistrado) y secretario

A) Sustitución: a) juez: 4 posibilidades; b) secretario: 2 posibilidades

B) Provisión temporal: a) juez: Regl. 1/1995; b) secretario: RD 429/1988

II. LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN

1. Organización

Órganos tradicionales; 422 partidos como en LOPJ 1870, hoy 430, con 1.806

Juzgados de Familia. Registro Civil. Decanatos

2. Atribuciones

A) *Orden civil*: - primera instancia de todos los procesos

- otras: apelación Juez. de Paz; juris. voluntaria

B) *Orden penal*: - instrucción de todos los delitos

- juicios de falta

- otras

III. JUZGADOS DE LO PENAL

1. Organización

LO 7/1988, y STC 145/1988. Son 256

2. Atribuciones

Juicio oral delitos menos graves (- de 5 años).

IV. LOS JUZGADOS CENTRALES DE LO PENAL

Juzgados Centrales de Instrucción: Son 6; b) Juzgado Central de lo Penal: 1

V. LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Organización

LJCA de 1998. 3 posibilidades de organización:

2. Atribuciones

Regla general: Art. 91.1 LOPJ, remisión a art. 8 LJCA

VI. LOS JUZGADOS DE LO SOCIAL

1. Organización

Las Magistraturas de Trabajo pasan a ser Juzgados

2. Atribuciones

Regla general: todos los no atribuidos a otros órganos

VII. LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

1. Organización

LO 1/1979, General Penitenciaria

2. Atribuciones

Ejecución de penas de privación de libertad

VIII. LOS JUZGADOS DE MENORES

1. Organización

Los Tribunales Tutelares de Menores, pasan a ser Juzgados

2. Atribuciones

Art. 2 de la LO 5/2000

IX. LOS JUZGADOS DE PAZ

1. Organización

Donde no hay Juzgado de Primera Inst. e Inst.: Unos 8.000

2. Atribuciones

A) Civil: juicios verbales de -15.000 pesetas

b) Penal: Algunas faltas

X. PERSONAL DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

1. Personal jurisdiccional

A) Configuración constitucional (arts. 117 y 122 CE)

B) Plasmación en la LOPJ

2. Personal al servicio de la Administración de Justicia

A) Normas comunes

B) Secretarios judiciales

Funciones: dar fe, documentación, comunicación, impulso y ordenación procesal, burocráticas y habilitaciones

C) Oficiales, auxiliares y agentes

a) Oficiales: Bachiller, tramitación de asuntos

b) Auxiliares: Graduado escolar y colaboración

c) Agentes: Certificado de escolaridad, ejecutor

D) Médicos forenses

a) Actividad técnica,

b) Vigilancia facultativa

Policía judicial

XI. FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Libro III de la LOPJ, pero aquí no las procesales

- a) Período ordinario de actividad: Año judicial
- b) Días y horas hábiles
- c) Horario y jornada de trabajo
- d) Guardar Sala

PLANTA Y ORGANIZACIÓN DE LOS TRIBUNALES. II.

Los Juzgados de Primera Instancia e Instrucción. Los Juzgados de lo Penal. Los Juzgados Centrales de lo Penal. Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo. Los Juzgados de lo Social. Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Los Juzgados de Menores. Los Juzgados de Paz. Personal de los órganos jurisdiccionales. Funcionamiento de los órganos jurisdiccionales.

I. ÓRGANOS UNIPERSONALES

Si en el tema anterior se atendía a los órganos colegiados, en el presente debe estarse a los órganos unipersonales. El Juzgado queda constituido con la presencia del juez y del secretario. En las capitales de provincia y otras 36 ciudades el titular de la potestad jurisdiccional tiene la categoría personal de magistrado. Todas las demás personas son necesarias para la realización de funciones de apoyo material, pero no son indispensables jurisdiccionalmente.

Atendida la necesidad de la presencia de un juez y de un secretario para el funcionamiento del Juzgado, la LOPJ prevé todo un complicado sistema de composición para los casos de vacante, licencia, servicios especiales u otras causas que lo justifiquen, que se refieren, bien a la sustitución, bien a la provisión temporal. Siendo necesario distinguir entre:

A) Sustitución

a) Cuando se trata de sustituir al juez se establecen 4 posibilidades por este orden:

1ª) Sustitución de un juez de carrera por otro, lo que es posible en las localidades donde hayan varios Juzgados (arts. 210, 211 y 212,1).

2ª) Nombramiento de juez sustituto (art. 212.2).

3ª) Prórroga de jurisdicción (arts. 214 y 215), y

4ª) Comisión de servicios (art. 216).

b) Para sustituir al secretario el art. 483, 4ª y 5ª prevé 2 posibilidades:

1ª) Se sustituyen entre sí dentro del mismo orden jurisdiccional.

2ª) Cuando lo anterior no sea posible sustituirá un oficial, con preferencia licenciado en derecho, que será nombrado por el juez a propuesta, en su caso, del secretario.

B) Provisión temporal

Si las posibilidades anteriores son insuficientes puede procederse a nombrar juez o secretario en régimen de provisión temporal, distinguiendo:

a) Para el juez, los arts. 428 a 433 LOPJ y Título VI del Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial.

b) Para el secretario, el art. 482 LOPJ y los arts. 38 a 41 del RD 429/1988, Reglamento del cuerpo de secretarios judiciales.

II. LOS JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA E INSTRUCCIÓN

1. Organización

Este es el órgano judicial tradicional en la organización española. La demarcación judicial sobre la que se asienta es el partido, y del municipio capital de éste toma su denominación (art. 84 LOPJ).

La LDYPJ de 1988 estableció 422 partidos judiciales, exactamente el mismo número de partidos de la demarcación judicial de la LOPJ de 1870, aunque después se han creado otros 8, con lo que hoy el número total es de 430, sobre los que han de asentarse 1806 Juzgados de esta clase (si bien no están aún todos constituidos).

En la LOPJ se habla imprecisamente por un lado de Juzgados de Primera Instancia (arts. 85 y 86) y, por otro, de Juzgados de Instrucción (art. 87), como si fueran órganos distintos, cuando se trata de un órgano único, si bien es cierto que la competencia civil se corresponde con la denominación Primera Instancia y la penal con la de Instrucción. Lo que ocurre es que la Ley permite varias posibilidades:

1ª) En el partido judicial puede haber un único Juzgado de Primera Instancia e Instrucción.

2ª) Pueden haber varios Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, y entonces se designarán por número cardinal (art. 27.2; uno, dos, etc.). Entre esta posibilidad y la anterior existen 1.183 Juzgados.

3ª) Puede haberse dividido la competencia y existir en el mismo partido varios Juzgados de Primera Instancia (en total existen 348) y varios Juzgados de Instrucción (en total 241).

4ª) En la posibilidad anterior pueden existir uno o más Juzgados de Primera Instancia con competencia exclusiva en materia de familia.

El art. 98 LOPJ permite introducir la especialización en los juzgados. Con base en él el Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, y a propuesta en su caso de la Junta de Jueces, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos propios del orden jurisdiccional de que se trate, y también de las ejecuciones. Lo primero y en el orden civil sucedió ya con la Disp. Final de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que modificó el CC en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y la Ley 30/1981, de 7 de julio, sobre nulidad, separación y divorcio, preveían la creación de Juzgados de Familia y a ello atendió el RD 1322/1981, de 3 de julio. Se trata, pues, de Juzgados de Primera Instancia dedicados exclusivamente al conocimiento de los asuntos que podemos calificar de derecho de familia. Las ejecuciones se confían a Juzgados especializados en el orden social.

Por último, el art. 86 LOPJ, al atribuir el Registro Civil a los jueces de primera instancia, abre la posibilidad de que en determinadas poblaciones uno o varios jueces asuman la función con carácter exclusivo, y así se ha hecho con 21 Juzgados de Registro Civil. Aparte, naturalmente, están los 7 Decanatos exclusivos.

2. Atribuciones

A) Orden civil (art. 85 LOPJ)

a) La competencia fundamental en este orden se refiere al conocimiento de la primera instancia de los procesos civiles, de todos los que no estén atribuidos a otro órgano.

b) Al mismo tiempo se les atribuye también:

1º) Los actos de jurisdicción voluntaria

2º) Los recursos de apelación contra las resoluciones de los Juzgados de Paz del partido.

3º) Las cuestiones de competencia entre los mismos Juzgados.

A) Orden penal (art. 87 LOPJ)

a) Su competencia fundamental se refiere a:

1º) Instrucción de todas las causas por delito, sea cual fuere el órgano competente para el enjuiciamiento.

2º) Conocimiento y fallo de los juicios de faltas (salvo los de competencia de los Juzgados de Paz.

b) Al mismo tiempo también se les atribuye:

1º) Los procedimientos de habeas corpus.

2º) Los recursos contra las resoluciones de los Juzgados de Paz.

3º) Las cuestiones de competencia entre los Juzgados de Paz.

Atendida la competencia se advierte que la denominación de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción es impropia. Los Juzgados de Primera Instancia no se limitan a conocer de la primera instancia de los asuntos civiles, sino que conocen también de recursos de apelación contra resoluciones de los Juzgados de Paz; los Juzgados de Instrucción no sólo conocen de la instrucción de los sumarios, sino que en algunas faltas tienen competencia para fallar y aún conocen de recursos de apelación. La denominación, a pesar de ser tradicional, es equívoca y pudo y debió ser modificada.

III. LOS JUZGADOS DE LO PENAL

1. Organización

Fueron creados por la LO 7/1988, de 28 de diciembre, que reformó la LOPJ, y son consecuencia de la STC 145/1988, de 12 de julio, que declaró inconstitucional que un mismo juez instruya y falle una causa. Se han establecido así 256 Juzgados de esta clase.

Su organización puede responder a dos modelos:

1º) Establecer en cada provincia uno o más Juzgados, con sede precisamente en la capital, que es el modelo normal.

2º) Aparte de los Juzgados de la capital de la provincia, establecer también uno o más en ciudades importantes de la misma, con competencia respecto de uno o varios partidos judiciales (art. 86 bis LOPJ); esto se ha hecho en 24 ciudades.

2. Atribuciones

Conocen y fallan en las causas por delitos a los que la ley señale pena privativa de libertad de duración no superior a cinco años, o pena de multa

cualquiera que sea su cuantía, o cualesquiera otras de distinta naturaleza, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, siempre que la duración de éstas no exceda de diez años, así como por faltas, sean o no incidentales, imputables a los autores de esos delitos o a otras personas, cuando la comisión de la falta o su prueba estuviesen relacionadas con aquéllos (art. 14, 3.º LECRIM).

IV. LOS JUZGADOS CENTRALES DE LO PENAL

Incardinados en la Audiencia Nacional existen dos clases de Juzgados, siempre con sede en Madrid y con competencia en toda España:

a) Juzgados Centrales de Instrucción: Son 6 e instruyen las causas cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Penal de esa Audiencia o al Juzgado Central de lo Penal; además tramitarán los expedientes de extradición pasiva (art. 88 LOPJ).

b) Juzgado Central de lo Penal: Existe sólo 1 y conoce del juicio oral de los delitos competencia de los Juzgados de lo penal dentro de los delitos establecidos en el art. 65 LOPJ como de la competencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (art. 89 bis.3 LOPJ). Este Juzgado es también consecuencia de la STC 145/1988.

V. LOS JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

1. Organización

Estos Juzgados eran la novedad más importante de la LOPJ de 1985 en materia de órganos unipersonales, pero se ha ido retrasando su creación efectiva hasta 1998, como consecuencia de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El art. 90 de la LOPJ admite tres posibilidades:

1ª) Como caso general se prevé la creación de uno o más Juzgados con sede en la capital de la provincia y competencia en toda ella. Así se prevé en la LDYPJ la creación de 112 Juzgados, aunque se irán creando de modo progresivo.

2ª) Si la cantidad de asuntos lo requiere podría llegarse a establecer por ley uno o más Juzgados en algún municipio distinto de la capital de la provincia, extendiendo su competencia al partido judicial correspondiente. Esta posibilidad no se recogió en la LDYPJ.

3ª) Por el otro extremo se admite también la posibilidad de que la competencia de estos Juzgados se extienda a más de una provincia, siempre que sea dentro de la misma Comunidad Autónoma. Tampoco tuvo previsión en la LDYPJ.

2. Atribuciones

La competencia de estos Juzgados se establece por medio de una regla general: de la primera o única instancia de los recursos contencioso-administrativos contra actos que expresamente le atribuya la ley (art. 91.1 LOPJ), con lo que está efectuando una remisión al art. 8 de la LJCA que establece una larga enumeración.

Esa enumeración atiende a:

1.º) En única o primera instancia según lo dispuesto en esta Ley, de los recursos que se deduzcan frente a los actos de las Entidades locales cuando tengan por objeto:

a) Cuestiones de personal, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de los funcionarios públicos de carrera.

b) Gestión, inspección y recaudación de los tributos y demás ingresos de Derecho público regulados en la legislación de Haciendas Locales.

c) Licencias de edificación y uso del suelo y del subsuelo, siempre que su presupuesto no exceda de 250 millones de pesetas, así como las de apertura.

d) Declaración de ruina y órdenes de ejecución de obras de conservación, reforma y rehabilitación de inmuebles.

e) Sanciones administrativas, cualquiera que sea su naturaleza, cuantía y materia.

2.º) Conocerán, asimismo, en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a los actos administrativos de la Administración de las Comunidades Autónomas, salvo que procedan del respectivo Consejo de Gobierno, cuando tengan por objeto:

a) Cuestiones de personal, salvo que se refieran al nacimiento o extinción de la relación de servicio de funcionarios públicos de carrera.

b) Las sanciones administrativas que consistan en multas no superiores a 10 millones de pesetas y cese de actividades o privación de ejercicio de derechos que no excedan de seis meses, en las siguientes materias:

1. Tráfico, circulación y seguridad vial.
2. Caza, pesca fluvial, pesca en aguas interiores, marisqueo y acuicultura.
3. Actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas.
4. Comercio interior y defensa de consumidores y usuarios.
5. Espectáculos públicos y actividades recreativas.
6. Juegos y máquinas recreativas y de azar.

3.º) Conocerán en única o primera instancia de los recursos que se deduzcan frente a disposiciones y actos de la Administración periférica del Estado y de las Comunidades Autónomas, contra los actos de los organismos, entes, entidades o corporaciones de derecho público, cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional y contra las resoluciones de los órganos superiores cuando confirmen íntegramente los dictados por aquéllos en vía de recurso, fiscalización o tutela.

Se exceptúan los actos de cuantía superior a 10 millones de pesetas dictados por la Administración periférica del Estado y los organismos públicos estatales cuya competencia no se extienda a todo el territorio nacional, o cuando se dicten en ejercicio de sus competencias sobre el dominio público, obras públicas del Estado, expropiación forzosa y propiedades especiales.

4.º) Corresponde conocer a los Juzgados de las impugnaciones contra actos de las Juntas Electorales de Zona y de las formuladas en materia de proclamación de candidaturas y candidatos efectuada por cualquiera de las Juntas Electorales, en los términos previstos en la legislación electoral.

Conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública.

También la autorización o ratificación judicial de las medidas que las autoridades sanitarias consideren urgentes y necesarias para la salud pública e impliquen privación o restricción de la libertad o de otro derecho fundamental.

VI. LOS JUZGADOS DE LO SOCIAL

1. Organización

Las Magistraturas de Trabajo fueron creadas en 1938 y desde entonces estaban separadas del tronco común de los tribunales ordinarios. La LOPJ realizó la integración de las personas y de los órganos y creó estos Juzgados.

Según el art. 92 pueden organizarse según tres posibilidades:

1ª) Establecimiento de uno o más Juzgados en la capital de la provincia, con sede en ella y con competencia territorial provincial; este es el supuesto normal con 259 Juzgados.

2ª) Aparte de en la capital de la provincia puede establecerse uno o más Juzgados en otras ciudades cuando las necesidades o la proximidad a determinados núcleos de trabajo lo aconsejen, y en tal caso el territorio de la provincia se repartirá entre unos y otros a efectos competenciales. Esto ha sucedido con 20 ciudades.

3ª) Excepcionalmente uno o más Juzgados podrán comprender en su competencia territorial dos o más provincias, con sede en la capital de una de ellas, siempre de la misma Comunidad Autónoma. Esto no ha tenido realidad.

2. Atribuciones

Su competencia se establece también de modo general: la primera o única instancia de todos los procesos sobre materias propias del orden jurisdiccional no atribuidos a otros órganos del mismo, con lo que primero debe determinarse el ámbito de la competencia del orden jurisdiccional (atendido los arts. 1, 2 y 3 de la Ley de Procedimiento Laboral) y luego estarse a lo que no se atribuye en única instancia a la Sala de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Audiencia nacional (arts. 7 y 8 LPL).

VII. LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA PENITENCIARIA

1. Organización

Estaban previstos en la LO 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, que a ellos dedicaba sus arts. 76 a 78, en el último de los cuales se

efectuaba una remisión a la LOPJ. Los arts. 94 y 95 de ésta sientan las bases de su conformación, precisando que quedan incluidos en el orden jurisdiccional penal, con las tres posibilidades:

1ª) En principio en cada provincia habrá uno o más Juzgados, aunque la sede no tiene que ser necesariamente la capital de la provincia (así Santoña u Ocaña); ésta, a la postre, no ha resultado ser la situación normal.

2ª) Cabe el establecimiento de Juzgados cuya competencia no se extienda a la provincia, lo que sucede con El Puerto de Santa María, Ceuta y Melilla.

3ª) Es posible que la competencia territorial comprenda dos o más provincias, siempre de la Comunidad Autónoma; que es la situación normal (así existe un único Juzgado en Aragón, dos en Castilla-La Mancha, tres en Castilla y León, uno en Extremadura, Galicia y el país Vasco, por ejemplo).

El número de estos Juzgados está fijado en 34 en la LDYPJ, pero debe tenerse en cuenta que el cargo de juez de Vigilancia Penitenciaria se declara compatible con el ejercicio de otras funciones judiciales, siempre que sean del orden penal. Así tienen dedicación exclusiva 28 y 6 compatibilizan la función con otras penales.

2. Atribuciones

Su competencia se extiende a las funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, control jurisdiccional de la potestad disciplinaria de las autoridades penitenciarias, amparo de los derechos y beneficios de los internos en los establecimientos penitenciarios y demás que señale la ley (art. 94).

VIII. LOS JUZGADOS DE MENORES

1. Organización

En sustitución de los Tribunales Tutelares de Menores el art. 96 de la LOPJ crea estos Juzgados, insistiendo en las tres posibilidades:

1ª) En principio en cada provincia, con sede en la capital y con competencia en toda ella, se crearán uno o más Juzgados; ésta es la situación normal con 63 Juzgados previstos, aunque se han creado sólo 38.

2ª) Pueden establecerse Juzgados cuya competencia se extienda a uno o más partidos judiciales agrupados; sucede sólo en Ceuta y Melilla.

3ª) En sentido contrario puede extenderse la competencia de un Juzgado a dos o más provincias, siempre de la misma Comunidad Autónoma; no ha tenido realidad.

2. Atribuciones

Su competencia se refiere al ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes (art. 97 LOPJ). Más en concreto dice ahora el art. 2 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que estos Juzgados son competentes para conocer de los hechos tipificados como delitos o faltas cometidos: 1) Por las personas mayores de 14 años y menores de 18 en todo caso, y 2) Para los mayores de 18 y menores de 21 años, pero entonces sólo cuando concurren determinadas circunstancias, así como para hacer ejecutar sus sentencias, y para resolver sobre las responsabilidades civiles derivadas de los hechos cometidos.

IX. LOS JUZGADOS DE PAZ

1. Organización

Estos órganos existen en todos los municipios en los que no haya Juzgado de Primera Instancia e Instrucción (lo que supone un número próximo a los 8.000),

extendiendo su competencia al término municipal correspondiente; puede existir una secretaría para varios Juzgados (art. 99).

2. Atribuciones

a) Civil: Conocen de los juicios verbales de cuantía hasta 15.000 pesetas (art. 47 de la LEC de 2000). También por delegación están a cargo del Registro Civil.

b) Penal: Conocen: 1) De los juicios por faltas tipificadas en los arts. 626, 630, 632 y 633 del Código Penal y 2) De los juicios por faltas tipificadas en el art. 620,1º y 2º del Código Penal, excepto cuando el ofendido fuere alguna de las personas a que se refiere el art. 153 del mismo Código.

X. PERSONAL DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Dentro de lo que en general se denomina “personal de los órganos jurisdiccionales” debe distinguirse entre:

1º) Titulares de la potestad jurisdiccional, que son los jueces y magistrados, y que constituyen el personal jurisdiccional, y

2º) No titulares de esa potestad, y que constituyen el personal no jurisdiccional o personal al servicio de la Administración de Justicia, en la terminología del art. 122.1 de la CE y de la LOPJ.

1. Personal jurisdiccional

A) Configuración constitucional

De los arts. 117 y 122 de la CE se desprende toda una serie de notas caracterizadoras de este personal:

a) Independencia

En su enunciación más simple significa que los jueces y magistrados en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y en el cumplimiento de su función están sometidos única y exclusivamente a la ley. La independencia no puede entenderse como un privilegio personal, sino que es necesaria para que la garantía de los derechos de los ciudadanos, en que se resuelve la actuación del derecho objetivo en el caso concreto (el juzgar y el hacer ejecutar lo juzgado del art. 117.E CE) se haga sólo con sujeción al Ordenamiento jurídico, esto es, con exclusión de cualquier otra sumisión o influencia. La independencia no supone discrecionalidad, ni que el juez o magistrado quede sujeto sólo a su conciencia a la hora de ejercitar su potestad en el caso concreto. Se es independiente para poder quedar sometido sólo al imperio de la ley.

Esa sumisión a la ley tiene que suponer:

- 1) La ley se entiende aquí en sentido amplio, en el sentido con que el art. 9.1 de la CE habla de “Constitución y resto del ordenamiento jurídico”.
- 2) Pero la sumisión a la ley significa sumisión a la ley constitucional, y de ahí la posibilidad de plantear ante el Tribunal Constitucional la cuestión de constitucionalidad.
- 3) La sumisión se refiere también a los reglamentos que emanan del Poder Ejecutivo (art. 97 CE), pero dado que los tribunales ordinarios tienen el control de la potestad reglamentaria (arts. 106 CE y 8 LOPJ) su sumisión no se extiende a los reglamentos ilegales, estando obligados a no aplicarlos (art. 6 LOPJ).

b) Inamovilidad

Se define en el art. 117.2 de la CE como el derecho de los jueces y magistrados a no ser separados, suspendidos, trasladados ni jubilados, sino por alguna de las causas y con las garantías previstas en la ley, debiendo entenderse que esa ley ha de ser la LOPJ. Esta inamovilidad es:

- 1º) Absoluta, por cuanto no se tiene sólo derecho a seguir en la carrera judicial y en la categoría, sino que comprende también un destino determinado, del que no pueden ser trasladados de modo forzoso (salvo por sanción disciplinaria), y
- 2º) Sin límite temporal, salvo la jubilación forzosa.

Existen, con todo, otras personas que desempeñan función jurisdiccional dentro de un plazo determinado para el que han sido nombrados. Este es el caso de los jueces de paz, nombrados para cuatro años (art. 101.1 LOPJ y Regl. 3/1995), de los jueces en régimen de

provisión temporal, nombrados por un año prorrogable por otro (art. 432.2 LOPJ) y de los magistrados suplentes y de los jueces sustitutos, nombrado por un año pero prorrogable (arts. 200 y 212.2 LOPJ y Regl. 1/1995).

c) Responsabilidad

En la tradición española la responsabilidad se concibe como la otra cara de la moneda de la responsabilidad, en el sentido de que se es responsable porque se es independiente, frente a otros ordenamientos como los anglosajones donde se entiende que sólo se puede ser independiente si se es también irresponsable. El art. 117.1 CE se refiere a la responsabilidad como uno de los principios que caracteriza a los titulares de la potestad jurisdiccional, y en ello insiste el art. 1 de la LOPJ. La responsabilidad puede ser:

1ª) Disciplinaria: Sin referencia a un proceso concreto pero comprendiendo dos tipos de actuaciones: 1) En las que no se ve implicada la potestad jurisdiccional, como sería el caso de la infracción de la norma de incompatibilidades o la ausencia injustificada del lugar donde se prestan los servicios, y 2) En las que entra en juego la potestad jurisdiccional, pero no con relación a un proceso concreto sino en general, como sería el retraso injustificado en el desempeño de la función jurisdiccional. Dada la naturaleza de esta responsabilidad los órganos encargados de exigirla son los de gobierno del Poder Judicial, entre los que se reparte la competencia en atención a la calidad de la falta y a su sanción. Es preciso la instrucción de un expediente sancionador, contra la resolución final del cual cabe recurso contencioso-administrativo.

2ª) Jurisdiccional: Atiende a la actuación en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y va referida a los casos juzgados en concreto, pudiendo ser:

1”) Civil: Para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados cuando, en el desempeño de su funciones, incurrieren en dolo o culpa (art. 411 LOPJ). La legitimación activa corresponde a quien afirme ser parte perjudicada, y respecto del tipo de juicio no existe especialidad alguna en la LEC de 2000, debiendo estarse al que corresponda por razón de la cuantía (ordinario o verbal). La única norma especial es la contenida en el art. 266, 1.º, relativa a la necesidad de que a la

demanda se acompañen las certificaciones o testimonios que acrediten haber terminado el proceso y haberse en él reclamado o recurrido, con la consecuencia de que la no presentación de estos documentos supone la no admisión a trámite de la demanda, según dispone el art. 269.2.

2”) Penal: Por delitos o faltas cometidos en el ejercicio de la función jurisdiccional (art. 405 LOPJ). En la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, se han derogado los arts. 757 a 778 de la LECRIM y el art. 410 de la LOPJ con lo que ha desaparecido el antejuicio (a pesar de que había sido declarado constitucional por la STC 61/1982, de 13 de octubre. La legitimación para instar esta responsabilidad admite el ejercicio de la acción popular y aunque existe aforamiento ante la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, el proceso no tiene especialidad alguna en su tramitación.

d) Carrera judicial, estatuto y cuerpo únicos

La existencia de la carrera, entendida como un *cursus* delimitado legalmente de la vida profesional del personal jurisdiccional, y el estatuto jurídico del cuerpo único para todos a los que se atribuye la potestad jurisdiccional, tienen también rango constitucional, en el art. 122.1 de la CE, si bien ello no impide la articulación de la carrera en varias categorías (a las que se refiere también el art. 122.3 CE, y por ello el art. 199 de la LOPJ establece tres: juez, magistrado y magistrado del Tribunal Supremo) ni la especialización de los órganos y de las personas.

Lo que la Constitución sí impide y expresamente es la posibilidad de establecer cuerpos distintos de jueces con estatuto jurídico personal diferente del único. Ahora bien, esto no puede suponer la prohibición de tribunales de competencia especializada y aun de tribunales de competencia especial, pero en todo caso los jueces y magistrados que accedan a los mismos han de tener el mismo estatuto, esto es, las mismas garantías de independencia e inamovilidad..

e) Reserva de Ley Orgánica del Poder Judicial

Partiendo de esta configuración constitucional luego, el art. 122.1 de la CE, añade que el estatuto jurídico de los jueces y magistrados se regulará precisamente en la Ley Orgánica del Poder Judicial, con lo que establece una reserva de ley

determinada, sin perjuicio de que la STC 108/1986, de 29 de julio, permitió la existencia de reglamentos relativos a regulaciones de carácter secundario y auxiliar que no incidan en el conjunto de derechos y deberes que determinan el estatuto; esto es lo que ha permitido que el Consejo General del Poder Judicial dicte el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial.

B) Plasmación en la LOPJ

En el fondo la LOPJ no es más que el desarrollo legal de los preceptos constitucionales, de modo que aquélla debe entenderse como garantizadora de las notas que hemos dicho, especialmente de la independencia. Desde este sentido deben entenderse las:

a) Condiciones necesarias para el ejercicio de la función: Se trata de los requisitos para concurrir a la oposición o a los concursos, incluidos ésta y éstos, y sobre todo el de la licenciatura en derecho, aparte de los años de ejercicio profesional para optar a los concursos.

b) Incapacidades: No pueden ingresar en la carrera judicial ni continuar en la misma los impedidos física o psíquicamente, los que no estén en el pleno ejercicio de los derechos civiles, los condenados por delitos dolosos (mientras no sean rehabilitados) y los procesados o inculcados por delitos dolosos (art. 303).

c) Incompatibilidades: Los arts. 389, 391, 392 y 393 establecen tres serie de incompatibilidades que responden a distintas finalidades:

1ª) Parte del art. 127.1 de la CE, cuando se refiere a que los jueces y magistrados no podrán desempeñar cargos públicos, y se desarrolla en el art. 389 LOPJ que declara incompatible el cargo de juez y magistrado con toda una serie de cargos públicos y privados y con actividades privadas.

2ª) Atiende a razones de parentesco, evitando la existencia de parientes en una misma Sala o dependientes el uno del otro (arts. 391.1 y 392).

3ª) Se refiere a las relaciones exteriores y la regla general es que no podrán los jueces y magistrados desempeñar su cargo en situaciones en que peligre su imparcialidad (art. 393).

d) Prohibiciones: Partiendo del art. 127.1 de la CE, que prohíbe a los jueces y magistrados pertenecer a partidos políticos o sindicatos, el art. 395 de la LOPJ desarrolla esas prohibiciones.

2. Personal al servicio de la Administración de Justicia

La única referencia constitucional a este personal se encuentra en el art. 122.1 de la CE cuando dice que la LOPJ determinará el estatuto jurídico del “personal al servicio de la Administración de Justicia”, con lo que se establece una verdadera reserva de Ley Orgánica. Por ello ésta se refiere a ese personal en su Libro VI, incluyendo a los secretarios judiciales, médicos forenses, oficiales, auxiliares y agentes judiciales, así como otros cuerpos que puedan crearse por ley.

A) Normas comunes

De entre las contenidas en los arts. 454 a 471 de la LOPJ es conveniente destacar:

a) Se establecen sendos cuerpos de carácter nacional, lo que ya no impide, como dice el art. 455 (en la redacción de la LO 16/1994, de 8 de noviembre), la posibilidad de competencias sobre ellos de las Comunidades Autónomas, si bien hasta ahora las transferencias han excluido a los secretarios judiciales.

b) El sistema de retribución será siempre el de sueldo, quedando suprimido el de arancel, lo que tiene especial trascendencia para los secretarios (art. 454.2).

c) El estatuto jurídico se dice que está regulado, primero, por la LOPJ y, después, por los reglamentos orgánicos respectivos, y con carácter supletorio en la legislación general del Estado sobre funcionarios públicos. Estos reglamentos orgánicos son:

1º) Secretarios judiciales: RD 429/1988, de 29 de abril.

2º) Oficiales, auxiliares y agentes: RD 249/1996, de 16 de febrero.

3º) Médicos forenses: RD 296/1996, de 23 de febrero.

d) A todo este personal se reconoce el derecho de sindicación, conforme a lo previsto para los funcionarios públicos, y el derecho de huelga en los mismos términos, pero con las garantías precisas para el mantenimiento de los servicios esenciales de la Administración de Justicia (art. 470).

e) Carácter común tienen las normas reguladoras de la responsabilidad disciplinaria (arts. 464 a 466).

B) Secretarios judiciales

La figura del “escribano” con la fe pública judicial y con la extrajudicial, adquirió trascendencia a partir de la recepción del proceso común. La distinción de los dos tipos de fe pública se produjo sustancialmente en la Ley del Notariado de 1862, pero el titular de la fe pública judicial se complicó con proliferación de figuras y nombres que hoy no es fácil comprender. Se hablaba así de “escribano de actuaciones”, de “escribano de cámara”, de “actuuario”, de “relator”, etc. En la LOPJ de 1870 se intentó la unificación en la expresión secretario judicial pero no se logró porque las disposiciones transitorias (XI a XVII) mantenían de hecho la situación anterior. Por ello en la LEC de 1881 se siguió hablando de escribanos y de toda la complejidad terminológica anterior. La unificación se logró, por fin, en el Decreto de 1 de junio de 1911; a partir de él se habla sólo de secretarios, y por este término hay que traducir los otros que aparecen en las diversas leyes.

Su regulación específica se encuentra en los arts. 472 a 483 de la LOPJ y en el Reglamento orgánico dicho, RD 429/1988. La complejidad de esta figura proviene de sus múltiples funciones, que son difícilmente reducibles a la unidad de un concepto. Partiendo de su condición de licenciados en derecho esas funciones son:

1ª) Dar fe de las actuaciones judiciales

Esta fue la función originaria como escribano. El secretario da fe de las actuaciones procesales que se realicen en el tribunal o ante éste (arts. 281.1 y 493.1 LOPJ y 145 LEC). Lo anterior consiste básicamente en 1) Dar fe por sí o mediante el registro (de cuyo funcionamiento es responsable) de la recepción de escritos, documentos y recibos que los acompañen, y 2) Dejar constancia de la realización de los actos procesales en el tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal.

2ª) Documentación (arts. 279 y 280 LOPJ).

La fe pública lleva a la documentación; aquélla se ejerce en ésta o por medio de ésta, aunque no únicamente. La documentación puede referirse a actividades muy variadas, que han sido ordenadas en el art. 6 del Regl. de 1988. Los arts. 279 y 280 de la LOPJ se refieren a las actas, diligencias y notas, aunque de manera no demasiado precisa, pero además habría que hacer mención de la expedición de testimonios, de la custodia de los libros, archivo y registros judiciales y del facilitar el acceso a los mismos de los interesados. Los arts. 146 y 147 de la LEC de 2000 regulan ahora esta función de documentación.

3ª) Comunicación, en el doble sentido de la dación de cuenta (de las partes al órgano judicial) (art. 178 LEC) y de las notificaciones (del órgano judicial a las partes) (arts. 149 y ss. LEC).

4ª) Impulso y ordenación procesal, por medio de las diligencias de ordenación (arts. 179, 223 y 224 LEC).

La LOPJ de 1985 atribuyó al secretario el impulso de oficio para hacer avanzar al proceso, pero sobre todo le confirió una participación en las resoluciones que se manifestaba en las diligencias de ordenación y, especialmente, en las propuestas de resolución; la LEC de 2000 ha mantenido el impulso y las diligencias de ordenación, pero ha suprimido las propuestas de resolución, si bien habrá de esperarse a que se dicte la oportuna ley orgánica de modificación de la LOPJ para que esta reforma pueda considerarse operativa.

5ª) Burocráticas o de oficina judicial (arts. 287 y 473).

Se trata fundamentalmente de:

1) Guarda y depósito de la documentación, su archivo y conservación de los bienes y objetos afectos a los expedientes judiciales, así como el debido depósito, en las instituciones legales, de cuantas cantidades y valores, consignaciones y fianzas se produzcan (art. 473.3 y RD de 21 de enero de 1988).

2) Conservar las actuaciones en general (art. 287) y en especial el libro de sentencias (arts. 265 y 266).

3) Ejercer la jefatura directa de los integrantes de la oficina judicial (sin perjuicio de las facultades de jueces y presidentes).

4) Ser oídos sobre cualquier solicitud del personal de la oficina judicial, informarla o darle curso.

5) Informar sobre las necesidades de medios personales y materiales de dicha oficina, proponiendo las medidas de organización.

6) Tasación de costas.

7) Estadística judicial.

6ª) Conceder habilitaciones (art. 282 LOPJ).

Estas habilitaciones pueden ser de dos tipos: por plazo determinado o para una actuación concreta. La habilitación para diligencias de constancia de actos de entrada y registro, lanzamientos, embargos y demás actos de ejecución habrán de otorgarse para actuación concreta (art. 10.2 del Reglamento orgánico de 1988).

C) Oficiales, auxiliares y agentes

Su regulación básica se encuentra en los arts. 484 a 496 de la LOPJ, desarrollados en el RD 249/1996 dicho.

a) Oficiales

Con el título de bachiller o equivalente, realizan las labores de tramitación de los asuntos y otras que se les encomienden de la misma naturaleza, efectúan los actos de comunicación que les atribuye la ley y sustituyen a los secretarios cuando éstos no se sustituyan entre sí (art. 485).

b) Auxiliares

Con el título de graduado escolar o equivalente, realizan las funciones de colaboración en el desarrollo general de la tramitación procesal, las de registro, las tareas ejecutivas no resolutivas, los actos de comunicación que les atribuya la ley y la sustitución de los oficiales (art. 486).

c) Agentes

Con el certificado de escolaridad o equivalente, guardan y hacen guardar Sala, son ejecutores de los embargos, lanzamientos y demás actos cuya naturaleza lo requiera, realizan los actos de comunicación no encomendados a otros funcionarios, actúan como policía judicial con carácter de agente de la autoridad y

se ocupan de las funciones de vigilancia, custodia, porteo y otras análogas (art. 487).

D) Médicos forenses

Constituyen un cuerpo titulado superior al servicio de la Administración de Justicia, estando a las órdenes inmediatas de jueces, tribunales y fiscales (art. 497), y respecto de sus funciones el art. 498 dice:

1) Asistencia técnica de los Juzgados, Tribunales, Registro Civil y Fiscalías en las materias de su disciplina profesional, con sujeción a las leyes procesales, y

2) Asistencia o vigilancia facultativa de los detenidos, lesionados o enfermos que se hallaren bajo la jurisdicción de aquéllos, también según lo dispuesto en las leyes procesales.

Dado que el Programa se refiere a “personal de los órganos jurisdiccionales” no hay necesidad de referirse aquí a la policía judicial, pues los funcionarios de la misma no pueden considerarse como tal “personal”. Con todo, es conveniente recordar aquí el art. 126 CE prevé la existencia de esa policía y su dependencia de los jueces, de los tribunales y del Ministerio fiscal para la averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente, en los términos que la ley establezca.

Con todo la Constitución parte de dos errores: 1.º) Referir su ámbito de actuación únicamente a lo penal, y 2.º) Pretender que la dependencia sea al mismo tiempo y por las mismas personas de jueces y tribunales, por un lado, y, por otro, del Ministerio fiscal; unos y otro tienen funciones distintas y, sobre todo, tienen un estatuto jurídico distinto (el juez es independiente, el fiscal es dependiente), por lo que es contradictorio hacer que los miembros de la policía dependan al mismo tiempo de los dos.

Bastará recordar aquí la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y el RD 769/1987, de 19 de junio, sobre regulación de la Policía Judicial. El art. 445 LOPJ se refiere a las funciones siguientes: 1) La averiguación acerca de los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la autoridad judicial o fiscal, conforme a lo dispuesto en las leyes, 2) El auxilio a la autoridad judicial o fiscal en cuantas actuaciones deba realizar fuera de su sede y requieran la presencia policial, 3) La realización material de las actuaciones que exijan el ejercicio de la coerción y ordenare la autoridad judicial o fiscal, 4) La garantía del cumplimiento de las órdenes y resoluciones de la autoridad judicial o fiscal, y 5) Cualesquiera otras de la misma naturaleza en que sea necesaria su cooperación o auxilio y lo ordenare la autoridad judicial o fiscal.

XI. FUNCIONAMIENTO DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

En el Libro III de la LOPJ, relativo a “Del régimen de los Juzgados y Tribunales” se contienen normas relativas a lo que puede entenderse por funcionamiento de los órganos jurisdiccionales; algunas de esas normas no se pretende que sufran modificación como consecuencia de que la LEC de 2000 pretenda convertirse en ley procesal general, pero no así otras. Si de todas ellas excluimos las atinentes a los procesos en concreto, y que por tanto deben examinarse en relación a esos procesos, el resto son generales del funcionamiento de los órganos jurisdiccionales. De entre ellas destacamos:

a) Período ordinario de actividad de los tribunales: Con determinación de que el año judicial comprende desde el 1 de septiembre hasta el 31 de julio de cada año natural (art. 179).

b) Días y horas hábiles: Determinando los días inhábiles (los domingos, los de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la Comunidad Autónoma o en la localidad, además de todos los del mes de agosto), y las horas hábiles (desde las ocho de la mañana hasta las ocho de la tarde (arts. 182 y 183 LOPJ y art. 130 LEC de 2000). Si bien todos los días del año y todas las horas son hábiles para la instrucción de las causas criminales, sin necesidad de habilitación especial (art. 184.1 LOPJ).

c) Horario y jornada de trabajo en las secretarías: Que es fijado por el Ministerio de Justicia pero respetando el de audiencia pública determinado por el Consejo General del Poder Judicial (art. 189).

d) Guardar Sala: Atribuyendo al juez o presidente de la sala la potestad para hacer guardar Sala con la facultad de imponer sanciones a los que perturbaren cualquier acto judicial (arts. 190 a 194).

TEMA 5º

LA PREDETERMINACIÓN LEGAL DEL JUEZ

(Esquema)

I. CONCEPTO

1. Origen

Art. 4 Const. Francesa de 1791; art. 247 Const. de 1812

Const. de 1978: - Positivo: art. 24.2: predeterminado

- Negativo: art. 117.6: excepción

2. Ámbito de eficacia

A) *Todos los órdenes jurisdiccionales*; no sólo el penal

B) *También los tribunales especiales*: militares

C) *Otros órganos No*: - fiscales y secretarios

- expedientes admis. sancionadores

3. Juez ordinario

A) *Tribunales de excepción*: prohibidos, art. 117.6 CE

B) *Tribunales de competencia general u ordinaria*

C) *Tribunales de competencia especializada y especial*

a) Especializada: rama o sector

b) Especial: grupos de asuntos o de personas

No los excluye en su existencia

D) *Tribunales especiales por la organización*

Los 5 de la CE; no se excluyen; los demás sí

E) *Juez independiente e imparcial*: STC 47/1983

II. PREDETERMINACIÓN LEGAL DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL...

Sirve para determinar cómo se organizan los órganos jurisdiccionales

III. PREDETERMINACIÓN LEGAL

1. Creación y reserva de la LOPJ

1) Creación de modo previo

2) Precisamente en la LOPJ

3) Se excluyen las facultades de Ejecutivo

2. Competencia y reserva de ley ordinaria

1) Reserva de ley formal para la competencia

2) No necesidad de ley orgánica

- 3) Reserva “reforzada” con contenido: preexistencia y generalidad
- 4) No libertad de legislador ordinario: especialidades de lo general
- 5) Elementos: - supuestos de hecho
 - criterios de conexión

3. Sucesión de normas competenciales

No retroactividad de las normas de competencia

Hoy: - penal: día de la comisión del delito

- civil: día de la presentación de la demanda

IV. INTEGRACIÓN SUBJETIVA DEL ÓRGANO...

La determinación de las personas concretas. Provisión de plazas

1. Órganos unipersonales

- a) Designación de las personas concretas
 - 1) Sustitución
 - 2) Jueces de provisión temporal
 - 3) Jueces de apoyo y jueces adjuntos
- b) Reparto de asuntos: normas administrativas por cantidad

2. Órganos colegiados

- a) Composición de las Salas y Secciones; suplentes
- b) Reparto de asuntos: cantidad
- c) Distribución de ponencias

V. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL JUEZ PREDETERMINADO...

Configuración de un derecho fundamental

VI. TITULARES

Partes en un proceso; pero titularidad y legitimación

VII. EJERCICIO DEL DERECHO

- a) En la norma. - preconstitucional: derogación
 - postconstitucional: cuestión ante el TC
 - b) En un acto concreto: recursos ordinarios y amparo
- Efectividad: no nulidad de actuaciones

VIII. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN DE...

Se refiere a la imparcialidad y al proceso “con todas las garantías”

1. Imparcialidad

No juez y parte

Juez no parcial. De lo subjetivo a lo objetivo

2. Causas

Las de los arts. 219 y 220 LOPJ

3. Procedimientos

A) Abstención: escrito, competencia, suspensión

C) Recusación: a) Iniciación

b) Escrito

c) Traslado

d) Instrucción

e) Decisión

f) Recursos

LA PREDETERMINACIÓN LEGAL DEL JUEZ

La predeterminación legal del Juez. Predeterminación legal del órgano jurisdiccional que ha de conocer de todo asunto; predeterminación legal e integración subjetiva del órgano, unipersonal o colegiado; el derecho fundamental al Juez predeterminado legalmente: titulares y ejercicio del derecho. Abstención y recusación de Jueces y Magistrados: causas y procedimiento.

I. CONCEPTO

1. Origen

El origen del principio que se denomina del juez natural, del juez legal o del juez predeterminado (aunque estas expresiones no significan exactamente lo mismo) se encuentra en el art. 4 de la Constitución francesa de 3 de septiembre de 1791, según el cual “los ciudadanos no podrán ser sustraídos de los jueces que la ley les asigne, por comisión alguna, ni por otros órganos con atribuciones o avocaciones distintas de las determinadas por la ley”.

En España el antecedente se encuentra en el art. 247 de la Constitución de 1812: “Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles ni criminales por ninguna comisión, sino por el tribunal competente determinado con anterioridad por la ley”, de donde fue pasando a las constituciones posteriores, si bien ya reducido a la materia penal.

Hoy el principio se recoge en todas las constituciones de los países de nuestro entorno cultural, con unas u otras palabras (Alemania: juez legal; Italia: juez natural preconstituido por la ley; Bélgica; juez que la ley le asigne), y en la española de 1978 se regula desde dos puntos de vista:

1) Positivo: Art. 24.2: “Todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley”, y

2) Negativo: Art. 117.6: “Se prohíben los tribunales de excepción”.

2. Ámbito de eficacia

A) Todos los órdenes jurisdiccionales

Cuando se debatía el que luego fue el art. 24.2 de la CE algunos de los constituyentes dijeron expresamente que las garantías contenidas en el mismo se referían sólo a los procesos penales, no a los demás procesos, pues mediante él se trataba de proteger “lo que afecta a la libertad de la persona”.

Sin embargo una interpretación integradora el art. 24.2, puesto en relación con el art. 117.3, ha de llegar a la conclusión de que esa garantía no se limita a un único proceso por cuanto, además de una garantía procesal en sentido estricto, es también una garantía jurisdiccional, esto es, relativa a la composición y funcionamiento de los tribunales, independientemente del proceso de que éstos conozcan.

La STC 101/1984, de 8 de noviembre, aplicó la garantía del juez predeterminado en el orden procesal civil de modo expreso, estimando, primero, el valor central que tienen los derechos fundamentales en nuestro sistema jurídico por lo que “toda restricción a los mismos ha de estar justificada”, y, segundo, que no existe razón alguna para excluir tal derecho fundamental en el orden procesal civil.

B) También los tribunales especiales

El problema se ha presentado, como es lógico, respecto de los tribunales militares. La STC 22/1982, de 12 de mayo, ya adelantó que las garantías contenidas en el art. 24.2 de la CE eran aplicables a los tribunales militares, pues éstos han de ajustarse en todo momento en sus actuaciones a los principios, reglas y normas de la Constitución, pero después en varios Autos de 1983, dictados en la causa relativa al intento de golpe de Estado del llamado 23-F, hizo aplicación explícita del principio del juez predeterminado a los tribunales militares.

C) Otros órganos

En los mismos Autos dichos el Tribunal Constitucional declara inaplicable el principio del juez predeterminado a los fiscales y secretarios judiciales. En los dos

casos porque la garantía se refiere sólo a la “misión jurisdiccional de juzgar”, quedando así excluidas las funciones no decisorias. Además en los primeros porque sus principios informadores (unidad y dependencia jerárquica) son esencialmente contrarios a la garantía constitucional.

En el ATC de 9 de abril de 1986 se declara inaplicable la garantía al instructor de un expediente administrativo sancionador y al órgano encargado de resolverlo, pues uno y otro no pueden gozar de las garantías propias de los órganos jurisdiccionales.

3. “Juez ordinario”

La STC 47/1983, de 13 de mayo, dijo que “el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la ley... exige... que su régimen orgánico procesal no permita calificarlo de órgano especial o excepcional”, con lo que suscitó dudas en torno al sentido de la palabra “ordinario” en el art. 24.2, sobre todo al mezclar órgano judicial especial y órgano judicial excepcional.

A) Tribunales de excepción

El art. 117.6 de la CE los prohíbe en todo caso pero no dice qué se entiende por los mismos, aunque tradicionalmente se ha considerado que un tribunal de excepción es aquél que se crea con vulneración de las reglas legales de atribución de la competencia, con el fin de que conozca de un caso particular o de algunos de esos casos, siendo establecido *ex post facto*.

En la discusión parlamentaria de la Constitución quedó claro que los constituyentes en ningún momento quisieron establecer excepciones reales a la prohibición de estos tribunales; en todo caso lo que permitieron fue la ampliación de la competencia de los tribunales militares cuando se declara el estado de sitio. Y así se comprueba en la LO 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio, que en su art. 35 posibilita al Congreso de los Diputados determinar los delitos que durante la vigencia del estado de sitio pasan a ser competencia de los tribunales militares.

B) Tribunales de competencia general u ordinaria

La competencia se les atribuye con carácter general, en virtud de una norma que les confía el conocimiento de todos los asuntos que surjan, de forma tal que la generalidad implica *vis atractiva* sobre los asuntos no atribuidos expresa y concretamente a otros tribunales.

C) Tribunales de competencia especializada y especial

Con arreglo a la atribución de la competencia estamos ante un tribunal:

a) Especializado cuando esa atribución de competencia se efectúa atendiendo a ramas o sectores del Ordenamiento jurídico; caso por ejemplo de los Juzgados de Primera Instancia con competencia exclusiva y excluyente en materia de familia.

b) Especial cuando esa atribución se realiza con relación a grupos de asuntos específicos e incluso respecto de grupos determinados de personas. En ese sentido son tribunales especiales tanto la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, como sus Juzgados de Instrucción y de lo Penal (arts. 65.1 y 88 LOPJ), y también los Juzgados de Menores (art. 97 LOPJ).

En el sentido del art. 24.2 CE “juez ordinario” no puede suponer que el juez que haya de conocer del asunto tenga atribuida competencia con carácter general y *vis atractiva*, pudiendo tratarse de un juez de competencia especializada o especial, pues en caso contrario se asistiría al contrasentido de que, por un lado, la Constitución permitiera establecer estas clases de tribunales y, por otro, concediera a los ciudadanos el derecho a no ser juzgados por ellos.

D) Tribunales especiales por la organización

La Constitución establece un Poder Judicial que podemos considerar organizativo, que es aquél que tiene que estar regulado en la LOPJ y cuyos jueces y magistrados tienen que estar constituidos en cuerpo único y regulados por un estatuto jurídico personal común, estando su gestión encomendada al Consejo General del Poder Judicial.

Al mismo tiempo la Constitución, no sólo permite, sino que ella misma establece la existencia de algunos tribunales especiales por la organización, como es el caso de los militares, de los consuetudinarios y tradicionales, del jurado, del Tribunal de Cuentas y del Tribunal Constitucional, en los que el personal jurisdiccional, debiendo ser imparcial e independiente, no está sometido ni al cuerpo único ni al estatuto común.

El art. 24.2 de la CE, y su expresión “juez ordinario”, tampoco puede suponer la exclusión de los tribunales con régimen orgánico especial admitidos por la propia Constitución. Sería igualmente absurdo que ésta permitiera unos tribunales y que luego hiciera inútil su existencia al conceder a los ciudadanos el derecho a no ser juzgados por ellos.

Sí quedan excluidos los tribunales especiales no admitidos por la Constitución.

E) Juez independiente e imparcial

En el sentido del art. 24.2 de la CE “juez ordinario” equivale a juez independiente e imparcial, y una y otra característica pueden lograrse bien a través de lo establecido con carácter general para los jueces y magistrados de cuerpo y estatuto personal único, bien por medio de las garantías que se fijan en cada una de las leyes reguladores de los tribunales especiales constitucionales.

La STC 47/1983, de 31 de mayo, dijo que “se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta”, en varias ocasiones (SSTC 194/1989, 44/1991 y 100/1992) y a propósito del *habeas corpus* había sostenido que los tribunales militares podían ser competentes para conocer de la vulneración de derechos fundamentales, y la STC 113/1995, de 6 de julio, llega incluso a decir que los tribunales militares son tribunales ordinarios en el sentido del art. 53.2 de la CE, es decir, para conocer del amparo judicial de las libertades y derechos fundamentales.

II. PREDETERMINACIÓN LEGAL DEL ÓRGANO JURISDICCIONAL QUE HA DE CONOCER DE TODO ASUNTO

El principio del juez predeterminado legalmente sirve, en primer lugar, para determinar cómo ha de conformarse la organización del conjunto de órganos a los que se dota de potestad jurisdiccional, y descendiendo en esa escala llega a determinar la o las personas físicas que han de conocer de un asunto concreto.

III. PREDETERMINACIÓN LEGAL

1. Creación y reserva de la LOPJ

El órgano judicial que ha de conocer a un asunto determinado ha de preexistir al mismo y además ha de haber sido creado por la LOPJ y no por cualquier otra ley. Según el art. 122.1 CE “la Ley Orgánica del Poder Judicial determinará la constitución... de los Juzgados y Tribunales”, y esto supone que:

1º) El órgano jurisdiccional que ha de conocer de un asunto ha de haber sido creado de modo previo al nacimiento del asunto mismo (STC 47/1983, de 31 de mayo).

2º) Existe una reserva de ley, de ley formal, de ley orgánica y precisamente de la LOPJ para la creación y modo de constituirse de los órganos jurisdiccionales.

Hay que distinguir aquí entre la determinación de las clases de tribunales existentes (Juzgados de Primera Instancia, Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia, por ejemplo), que ha de hacerse en la Ley Orgánica del Poder Judicial, y la planta concreta de los mismos, que puede hacerse por ley ordinaria (y así art. 29 LOPJ y luego la Ley 38/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y de Planta Judicial).

Dando un paso más, el art. 36 de la LOPJ (desarrollado luego en el art. 20 de la LDYPJ) permite al Gobierno crear Secciones (en los tribunales colegiados) y Juzgados, siempre que ello no suponga alteración de la demarcación judicial. Cuando esta facultad no suponga privar a un órgano judicial de los asuntos de que ya está conociendo, puede estimarse constitucional.

3º) Queda excluida la delegación legislativa (art. 82.1 CE) y el decreto-ley (art. 86.1).

En aplicación de esta reserva de la LOPJ, la STC 254/1994, de 21 de septiembre, declaró la inconstitucionalidad del art. 737 de la LEC de 1881, en la redacción dada por la Ley 10/1992, de 30 de abril, que para conocer de la apelación contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia en los juicios verbales decía que la Audiencia Provincial se constituiría con un solo magistrado, al estimar que la composición de los órganos jurisdiccionales tenía reserva de la LOPJ.

2. Competencia y reserva de ley

La competencia de los distintos órganos jurisdiccionales, y en todos los sentidos (genérica, objetiva, funcional y territorial), ha de estar predeterminada y ello en virtud de ley formal y general que excluya todas las decisiones de cualesquiera órganos. Lo expresa ahora con mucha claridad el art. 44 de la LEC de 2000 cuando dispone que para que los tribunales civiles tengan competencia en cada caso se requiere que el conocimiento del pleito les esté atribuido por normas con rango de ley y anteriores a la incoación de las actuaciones de que se trate.

Todo esto supone que:

1º) Un aspecto esencial del principio es la cualidad de ley formal de la norma que establezca los criterios fundamentales para la determinación de cuál será el juez competente (STC 95/1988, de 26 de mayo).

“El vehículo normativo para determinar cuál será el Juez de cada caso, es la ley en sentido estricto, y no el decreto-ley ni las disposiciones emanadas del Ejecutivo” (STC 101/1984, de 8 de noviembre, con relación al RD-ley 19/1979, de 23 de noviembre, que modificó el anterior RD-ley 1/1977, de 4 de enero, de creación de la Audiencia Nacional).

2º) La reserva de ley para determinar la competencia de los órganos jurisdiccionales no se refiere a la necesidad de que sea la LOPJ y ni siquiera a que tenga rango de ley orgánica.

“De la interpretación conjunta de los arts. 24.2 y 81.1 de la CE no puede concluirse que se requiera rango de ley orgánica para toda norma atributiva de competencia jurisdiccional a los diversos tribunales ordinarios...”, pues el ejercicio de este derecho “queda garantizado por la mera aplicación en cada supuesto de las normas preexistentes atributivas de competencia”; “este derecho se agota con esa aplicación, sin necesidad de norma alguna que lo desarrolle, o precise las condiciones de su ejercicio” (STC 95/1988).

3º) La reserva de ley es “reforzada”, es decir, con específica regulación de contenido, en cuanto que la ley tiene que regular la competencia de los órganos jurisdiccionales, primero, de modo preexistente al hecho que han de juzgar y, segundo, con carácter general (Ruiz Ruiz).

“La predeterminación por la ley significa la preexistencia de unos criterios, con carácter de generalidad, de atribución competencial, cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el juzgado o tribunal llamado a conocer del caso, siendo la generalidad de los criterios legales la garantía de la inexistencia de jueces *ad hoc*” (STC 95/1988).

4º) La reserva de ley no significa una remisión completa a lo que decida el legislador ordinario, de modo que éste no puede actuar con plena libertad a la hora de fijar la competencia. Esto tiene repercusiones importantes sobre todo cuando se trata de establecer normas especiales de competencia negadoras de la regla general antes establecida, pudiendo concluirse que el legislador no puede, sin razones objetivas, claras y proporcionadas, alterar la regla general que el mismo ha dispuesto antes, por ejemplo respecto del art. 14 de la LECRIM y la regla del lugar de la comisión del delito.

Sin embargo esta conclusión fue negada por el Tribunal Constitucional primero en las SSTC 25/1985, 199/1987 y 152/1988, en las que sostuvo que el art. 24.2 de la CE no recogía el principio del juez natural, sino el del juez predeterminado, pero, sobre todo, en la STC 56/1990, de 29 de marzo, en la que estimó constitucional la alteración de la regla general de la competencia penal a favor de la Audiencia Nacional y respecto de los delitos de terrorismo.

5º) La reserva de ley se refiere a los dos elementos de las normas de competencia, es decir, tanto al supuesto de hecho como al criterio de conexión que determina la atribución del asunto a un órgano jurisdiccional determinado, debiendo estar los dos elementos precisados en concreto para que impedir cualquier decisión no completamente reglada (Ruiz Ruiz).

Desde esta perspectiva la STC 101/1984, de 8 de noviembre, declaró la inconstitucional del Decreto-Ley de 17 de julio de 1947, que permitía a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo designar jueces especiales civiles para la sustanciación y resolución en primera instancia de quiebras. El supuesto de hecho estaba imprecisamente determinado (“casos excepcionales”) y lo mismo ocurría con los requisitos que debían concurrir en el juez a designar (que fuera de categoría igual o superior al juez a quien le correspondía el asunto conforme a las normas procesales).

En el mismo orden de cosas no se ha declarado la inconstitucionalidad del art. 304 de la LECRIM, que permite a la Sala de Gobierno (del Tribunal Superior de Justicia o del Tribunal Supremo) nombrar juez instructor, de modo prácticamente discrecional, cuando la causa sea complicada, pero ello se ha debido a que no se ha utilizado esta facultad, por haberse estimado que la norma no puede entenderse en vigor.

En la LOPJ se regulan tres órganos para decidir conflictos: 1.ª) Conflictos de jurisdicción entre los tribunales y la Administración (art. 38), 2.ª) Conflictos entre los tribunales ordinarios y los militares (art. 39), y 3.ª) Conflictos de competencia entre los tribunales ordinarios de distinto orden jurisdiccional (art. 42), cuyos integrantes son designados anual y discrecionalmente por órganos administrativos (Consejo General de Poder Judicial, Consejo de Estado y Sala de Gobierno del Tribunal Supremo). Respecto de todos ellos la doctrina ha destacado que hubiera sido conveniente establecer un sistema objetivo de nombramiento.

3. Sucesión de normas competenciales

Un problema que el Tribunal Constitucional no ha resuelto hasta el presente es el de la relación entre la predeterminación legal de la competencia y la sucesión de normas competenciales en el tiempo. En principio se viene diciendo que las normas procesales se aplican inmediatamente a los actos procesales que se realicen en el futuro, de modo que esas normas no son retroactivas aunque se apliquen respecto de relaciones jurídicas materiales o de delitos que nacieron o se cometieron antes de su entrada en vigor.

Sin embargo hoy se está cuestionando que una norma nueva que altera la competencia de los órganos judiciales puede suponer la negación del principio de juez predeterminado, por cuanto puede fijar la competencia *ex post facto*. Desde esta perspectiva la doctrina italiana (Romboli, por ejemplo) ha sostenido que el principio del juez predeterminado “fija el principio de irretroactividad de las normas sobre la competencia”.

Esto está llevando a sostener que aunque de la Constitución no se deriva “la individualización del momento antes del cual el juez debe ser constituido”, sí debe estimarse que:

1º) En el proceso penal debe estarse al día de la comisión del delito, de modo que el juez competente debe estar fijado en ese momento, sin que sea posible alterar la competencia por una norma posterior, y

2º) En el proceso civil ha de estarse al día de la presentación de la demanda.

Las SSTC 32 y 34/1987, de 12 de marzo, atendieron a un supuesto relativo a la prisión provisional y al cambio de sus límites legales durante la tramitación del proceso, para sostener que la reforma del art. 504 de la LECRIM no podía aplicarse hacia el pasado, es decir, respecto del que ya se encontraba en prisión en el momento de entrada en vigor de

la ley nueva, siendo ésta perjudicial al mismo, si bien su base constitucional fue el art. 9.3 de la CE.

Las cosas, con todo, no pueden darse por solucionadas con lo anterior. Si el legislador no pudiera alterar las reglas de la competencia respecto de los asuntos ya iniciados se estaría propiciando la consagración de hecho de la sobrecarga de trabajo de unos órganos judiciales determinados. Con todo, aunque pudiera estimarse que una ley posterior puede alterar la norma anterior de competencia respecto de los asuntos ya iniciados, siempre que ello se hiciera con carácter general y atendiendo a razones objetivas, lo cierto es que las normas que se han dictando suelen disponer que los asuntos ya iniciados en un órgano judicial han de ser terminados por el mismo.

IV. INTEGRACIÓN SUBJETIVA DEL ÓRGANO UNIPERSONAL O COLEGIADO

El principio del juez predeterminado no se queda en lo relativo a la existencia del órgano judicial y su competencia, sino que alcanza también a la o a las concretas personas físicas que han de conocer de un asunto determinado. El requisito elemental aquí es que, primero, la ley ha de regular un sistema objetivo de provisión de las diversas plazas y, segundo, que ese sistema ha de cumplirse en concreto en cada provisión.

Pero cumplido el requisito general han de examinarse las normas contenidas en la LOPJ atinentes a las dos clases de órganos:

1. Órganos unipersonales

Ha de estarse a dos aspectos distintos:

a) Se refiere a la designación de la persona concreta del juez de cada órgano jurisdiccional, y desde esta perspectiva los problemas no atienden tanto a la designación de los jueces titulares, cuanto a los numerosos supuestos contemplados en la LOPJ relativos a:

1º) Sustitución: Los arts. 210, 211, 212, 214, 215 y 216 de la LOPJ regulan las sustituciones en sentido estricto (incluido el juez sustituto), la prórroga de jurisdicción y la comisión de servicios con criterios no siempre exactamente objetivos.

La STC 31/1983, de 27 de abril, se refirió precisamente a un caso de juez sustituto, declarando que “una eventual irregularidad en la designación del juez que ha de entender de un proceso puede constituir una infracción del derecho del justiciable al ‘Juez ordinario predeterminado por la ley’”.

2º) Jueces de provisión temporal, regulados en los arts. 428 a 433 de la LOPJ.

3º) Jueces de apoyo y jueces adjuntos de las medidas de refuerzo en la titularidad de los órganos judiciales, de los arts. 216 bis de la LOPJ en la redacción dada por la LO 16/1994, de 8 de noviembre.

b) Reparto de asuntos: Existiendo varios órganos de la misma categoría en la población han de establecerse normas objetivas de reparto; el reparto no precisa de ley formal, pero sí de criterios objetivos, no discrecionales. Al reparto entre los juzgados se refiere el art. 167 de la LOPJ; las normas se proponen por la Junta de Jueces y se aprueban por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia, y el reparto concreto se hace por el Juez Decano.

Las normas de reparto no son normas atributivas de competencia, sino que atienden a la mera distribución objetiva del trabajo entre los distintos órganos de la misma categoría de una población. Se trata, pues, de normas de naturaleza administrativa, pero que tienen que basarse en repartir la cantidad de los asuntos, no en matizar las normas de competencia objetiva.

2. Órganos colegiados

Debe estarse aquí a tres aspectos:

a) La composición de las Salas no suele ofrecer problemas dado como se efectúan los nombramientos, pero no ocurre lo mismo respecto de las Secciones, sobre todo cuando éstas son funcionales. En todo caso debe tenerse en cuenta:

1º) Que no existiendo magistrados suficientes para formar Sala, el presidente del tribunal debe designar a otro magistrado pero con arreglo a un turno preestablecido (art. 199) aprobado por la Sala de Gobierno (art. 152, 2º).

2º) Que los magistrados suplentes han de ser llamados por su orden a formar Sala (art. 200).

3º) Que la composición de las Secciones se establece anualmente, y por el presidente del tribunal, pero conforme a los criterios aprobados por la Sala de Gobierno (art. 198.1).

Precisamente sobre la composición de una Sección de Audiencia Provincial se pronunció la STC 47/1983, de 31 de mayo, en la que se dijo: “Es cierto que no cabe exigir un mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal y las exigencias dimanantes del interés público, las llamadas ‘necesidades del servicio’... supliendo en lo posible las disfuncionalidades del sistema”, si bien “en todo caso los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de garantizar la independencia e imparcialidad de éstos” (y lo ratifica la STC 148/1987, de 28 de septiembre).

b) Reparto de asuntos: Cuando existan varias Secciones de una Sala el art. 152 establece que el reparto de asuntos entre ellas lo aprueba la Sala de Gobierno del tribunal correspondiente.

No suele distinguirse siempre con precisión lo que implica el reparto de asuntos, pues una cosa es la distribución cuantitativa y otra la cualitativa. El Reglamento 5/1995 del Consejo General del Poder Judicial, en su art. 23, permite la especialización de Secciones dentro de las competencias atribuidas, bien a las Audiencias Provinciales, bien a las Salas de los Tribunales y Audiencia Nacional.

c) Adscripción de ponencias: La predeterminación llega al extremo de exigirse la existencia de normas de asignación de ponencias entre los magistrados, normas que han de ser aprobadas anualmente por la Sala de Gobierno (art. 152.1, 2º), y con base en las cuales se hará la designación de magistrado ponente, que se notificará a las partes (art. 203).

V. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL JUEZ PREDETERMINADO

LEGALMENTE

El principio del juez predeterminado por la ley, después de haber servido para configurar la organización del conjunto de órganos a los que se dota de potestad jurisdiccional, se concibe en el art. 24.2 de la CE como un derecho fundamental de toda persona a que su caso sea juzgado en órganos y por jueces y magistrados que se ajusten a lo que antes hemos dicho. Esta segunda función es la que está garantizada por el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 53.2 CE).

VI. TITULARES

Según el ATC 413/1982, de 28 de diciembre, sólo pueden ser titulares de tal derecho los que sean ya parte en algún proceso, porque “el derecho al juez legal deriva del derecho a la jurisdicción, de modo que quien no tiene acceso a un proceso determinado por no estar legitimado, y en consecuencia no ser parte en el mismo, tampoco puede pretender que se haya vulnerado en él un derecho fundamental del que sea titular”.

En lo anterior posiblemente se esté confundiendo titularidad del derecho y legitimación para ejercitarlo en el caso concreto y, sobre todo, para recurrir en amparo. Titulares del derecho al juez predeterminado lo es cualquier persona, como todos son titulares de los derechos fundamentales, pero sólo puede ejercitarse con relación a un proceso concreto, de modo que la legitimación del mismo sólo puede corresponder a quien tiene un interés ya configurado.

VII. EJERCICIO DEL DERECHO

La vulneración del derecho tiene que denunciarse inmediatamente que se tiene conocimiento de ella, sin esperar al final del proceso, para evitar subordinar la

denuncia al resultado desfavorable logrado en el proceso (así ATC 413/1982, de 28 de diciembre y STC 30/1986, de 20 de febrero).

Esa vulneración puede haberse producido de dos maneras:

a) En la norma que ha de aplicarse por el órgano jurisdiccional, a la que debe tacharse de inconstitucional, pidiendo entonces la parte al órgano judicial, bien que no aplique esa norma si es preconstitucional, bien que plantee la cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, si es postconstitucional. Con ello estamos ante la prejudicialidad y la cuestión constitucional con todas las consecuencias de ésta.

b) En un acto concreto de los realizados por el órgano jurisdiccional, con lo que estaríamos primero ante los recursos ordinarios establecidos en la ley procesal y después ante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Incluso puede la parte, cuando no existe de modo previo ese acto concreto, provocarlo mediante la petición oportuna de respeto del derecho, a la que el órgano judicial debe contestar con la resolución correspondiente, contra la que cabrán los recurso ordinarios y el de amparo en su momento.

Los problemas vienen con relación a los efectos de la sentencia del Tribunal Constitucional que estima el amparo o la cuestión de inconstitucionalidad. Según la STC 101/1984, de 8 de noviembre, la declaración de que un órgano judicial no está predeterminado por la ley, esto es, que se ha vulnerado el derecho fundamental, no lleva necesariamente a la declaración de nulidad de las actuaciones realizadas por el mismo. Más aún en el ATC 297/1987, de 11 de marzo, se declaran válidas las actuaciones practicadas por un juez instructor especial, alegando el art. 22 de la LECRIM; si no deben declararse nulas las actuaciones realizadas por un juez incompetente, tampoco debe hacerse cuando esas actuaciones las ha practicado un juez no predeterminado por la ley, dice el Tribunal Constitucional y con ello se iguala la vulneración de un derecho fundamental con la incompetencia territorial.

c) Ante la utilización de otros medios previstos en las leyes, tanto para debatir problemas de competencia (arts. 63 LEC y 666, 1º LECRIM), como para la vulneración de algún derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional ha reiterado que el recurso de amparo por el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley no está “encaminado a dilucidar en una instancia final cuestiones de competencia o conflictos jurisdiccionales (SSTC 49/1983, de 1 de junio, 43/1985, de 22 de marzo, y 8/1988, de 22 de enero).

VIII. ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN DE JUECES Y MAGISTRADOS

Hoy está admitido doctrinalmente que la abstención y la recusación no se entroncan con el derecho al juez predeterminado, sino que afectan al derecho a un juez imparcial, en el sentido en que el art. 24.2 alude al derecho a un proceso “con todas las garantías”. Esta es también la solución del Tribunal Constitucional (SSTC 145/1988, de 12 de julio, y 164/1988, de 26 de septiembre), aunque con alguna duda inicial (SSTC 47/1982, de 12 de julio, y 44/1985, de 22 de marzo).

1. La imparcialidad

La misma esencia de la jurisdicción supone que el titular de la potestad jurisdiccional no puede ser al mismo tiempo parte en el conflicto que se somete a su decisión. En toda actuación del derecho por la jurisdicción han de existir dos partes enfrentadas entre sí que acuden a un tercero imparcial, que es el titular de la potestad, es decir, el juez o magistrados. Esta no calidad de parte ha sido denominada también «imparcialidad».

Los conflictos intersubjetivos de interés jurídicos pueden resolverse de tres maneras:

1.ª) Autotutela, que se produce cuando una parte impone su solución a la otra, con lo que se está ante el tomarse justicia por propia mano, lo que está prohibido de modo general.

2.ª) Autocomposición, cuando las dos partes en el conflicto ponen solución al mismo de modo pactado, sin que una se imponga a la otra y sin que se acuda a un tercero que decida coactivamente.

3.ª) Heterocomposición, en que existe un tercero, esto es, alguien que no es ni primero (demandante, acusador) ni segundo (demandado, acusado), es decir, que no es parte, que impone su decisión.

Ahora bien, la imparcialidad no puede suponer sólo que el titular de la potestad jurisdiccional no sea parte, sino que ha de implicar también que su juicio ha de estar determinado sólo por el cumplimiento correcto de la función, es decir, por la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, sin que circunstancia alguna ajena a esa función influya en el juicio. Adviértase, con todo, que así como la no consideración de parte es algo objetivo, la influencia o no en el juicio de

circunstancias ajenas al cumplimiento de la función es subjetivo, de modo que no cabe constatar objetivamente la imparcialidad o la parcialidad.

El que un juez no puede ser al mismo tiempo parte en el asunto que debe decidir es algo tan evidente que las leyes ni siquiera llegan a disponerlo de modo expreso. Lo que en las leyes se regula es la imparcialidad en sentido estricto, es decir, la consideración del juez como no parcial, con lo que se hace referencia a algo que no es objetivo sino subjetivo. En efecto, el juez puede tener con una de las partes una relación de parentesco y ello no impedir que en el asunto concreto actúe con imparcialidad, por cuanto dependerá de cada persona el ser o no capaz de actuar con objetividad y cumpliendo la función de actuar el derecho objetivo en el caso concreto. En idéntico caso otro juez podría actuar con parcialidad.

Aunque la imparcialidad sea subjetiva, lo que hace la ley es objetivarla y así establece una relación de situaciones, que pueden constatarse objetivamente, en virtud de las cuales el juez se convierte en sospechoso de parcialidad, y ello independientemente de que en la realidad cada juez sea o no capaz de mantener su imparcialidad. La regulación de la imparcialidad en las leyes no atiende, pues, a descubrir el ánimo de cada juzgador en cada caso —lo que sería manifiestamente imposible—, sino que se conforma con establecer unas situaciones concretas y constatables objetivamente, concluyendo que si algún juez se encuentra en las mismas debe apartarse del conocimiento del asunto o puede ser separado del mismo.

Resulta de lo anterior que la imparcialidad no es una característica abstracta de los jueces y magistrados, sino que hace referencia concreta a cada caso que se somete a su decisión. Por lo mismo la ley tiene que establecer una lista cerrada de situaciones objetivadas que convierten a los jueces en sospechosos. La mera concurrencia de una de esas situaciones (que se enumeran en los arts. 219 y 220 de la LOPJ) obliga al juez a abstenerse y permite a las partes recusarlo, con lo que aparecen la abstención y la recusación que son los instrumentos de garantía de la imparcialidad del juzgador.

Se ha llegado a cuestionar si la ideología política del titular de la potestad jurisdiccional puede ser causa de abstención y de recusación. En nuestro derecho positivo no se ha objetivado esa causa, y la STS de 21 de octubre de 1986 ha desestimado una recusación basada en la misma. El art. 127.1 CE prohíbe a los jueces y magistrados pertenecer a partidos políticos y a sindicatos, pero no puede prohibirles tener ideología, y aún esa prohibición, dado su carácter general, tiene más que ver con la independencia que con la imparcialidad.

La imparcialidad, en el sentido de desinterés subjetivo, no es exclusiva de jueces y magistrados, y de ahí que los instrumentos para asegurarla tampoco lo sean. Los arts. 461 a 463 de la LOPJ regulan la abstención y recusación de los funcionarios al servicio de la Administración de Justicia y los arts. 28 y 29 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, hacen lo propio para los funcionarios de las Administraciones Públicas. A la imparcialidad de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones y a sus garantías se refiere el art. 103.3 de la CE. En todos los casos se trata de garantizar la neutralidad frente a las partes concretas en el proceso o en el procedimiento administrativo.

Ahora bien, hay diferencias, no relativas a las personas, sino a la potestad que ejercitan. La jurisdicción actúa, por su propia esencia, con desinterés objetivo, y la imparcialidad tiende a asegurar el desinterés subjetivo de la persona concreta investida de la potestad jurisdiccional. Con la imparcialidad del funcionario se quiere asegurar el desinterés subjetivo de la persona concreta, pero ello no está al servicio del desinterés objetivo de la Administración. Esta tiene que ser imparcial con relación a los administrados, sin favorecer a uno en perjuicio de otro, esto es, actuando con «objetividad», pero el servicio de los intereses generales supone que la actividad de la Administración se ejerce siempre en asunto propio y, por tanto, no hay desinterés objetivo.

2. Causas

Las causas se enumeran en los arts. 219 y 220 de la LOPJ y son:

1ª) Vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto grado con las partes o el Ministerio fiscal.

2ª) Vínculo matrimonial o situación de hecho asimilable y parentesco por consanguinidad o afinidad dentro del segundo grado con el abogado o el procurador de cualquiera de las partes.

3ª) Ser o haber sido defensor judicial o integrante de los organismos tutelares de cualquiera de las partes, o haber estado bajo el cuidado o tutela de alguna de ellas.

4ª) Estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta.

5ª) Haber sido defensor o representante de alguna de las partes, emitido dictamen sobre el pleito o causa como abogado, o intervenido en él como fiscal, perito o testigo.

6ª) Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes.

7ª) Tener pleito pendiente con alguna de ellas.

8ª) Amistad íntima o enemistad manifiesta con las partes o con el Ministerio fiscal.

9ª) Tener interés directo o indirecto en el proceso.

10ª) Haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia.

11ª) Ser una de las partes subordinada del juez.

12ª) Haber ocupado el juez o magistrado cargo público con ocasión del cual haya podido formar criterio, en detrimento de la debida imparcialidad, sobre el objeto del pleito o causa, sobre las partes, sus representantes o asesores.

13ª) En los procesos en que sea parte la Administración pública, encontrarse el juez o magistrado con la autoridad o funcionario que hubiese dictado el acto o informado respecto del mismo o realizado el hecho por razón de los cuales se sigue el proceso, en alguna de las causas 1ª a 8ª y 11ª y 12ª.

3. Procedimiento

La LEC de 2000 ha pretendido distinguir entre las normas sobre las causas de abstención y recusación, que deben estar en la LOPJ, y las normas sobre el procedimiento de una y otra, que deben estar en las leyes procesales, aunque de momento no ha podido llevar a efecto su propósito, por lo que los arts. 101 a 119 de la LEC sólo podrán entrar en vigor cuando se promulgue una ley orgánica de reforma de la LOPJ. Con todo, esas normas son las siguientes:

A) Abstención

El juez o magistrado en el que concurra alguna de las causas dichas se abstendrá del conocimiento del asunto, sin esperar a que se le recuse (art. 100 LEC). La comunicación de la abstención se hará por escrito razonado, tan pronto como sea advertida la causa que la motiva; y se producirá la suspensión del asunto (art. 102.2).

La abstención del magistrado o juez se comunicará, respectivamente, a la Sección o Sala de la que forme parte o al tribunal al que corresponda la competencia funcional para conocer de recursos contra las sentencias, que resolverá en el plazo de diez días y por medio de auto.

1º) Si el órgano competente no estimare justificada la abstención, ordenará al juez o magistrado que continúe el conocimiento del asunto, sin perjuicio del derecho de las partes a hacer valer la recusación. Recibida la orden, el tribunal dictará providencia poniendo fin a la suspensión del proceso.

2º) Si se estimare justificada la abstención por el tribunal competente, el abstenido dictará auto apartándose definitivamente del asunto y ordenando remitir las actuaciones al que deba sustituirle. Cuando el que se abstenga forme parte de un tribunal colegiado, el auto, que no será susceptible de recurso alguno, lo dictará la Sala o Sección a que pertenezca el que se abstenga.

En ambos casos, la suspensión del proceso terminará, respectivamente, cuando el sustituto reciba las actuaciones o se integre en la Sala o Sección a que pertenecía el abstenido. La abstención y la sustitución del Juez o Magistrado que se ha abstenido serán comunicadas a las partes, incluyendo el nombre del sustituto.

B) Recusación

Entendida como derecho es lógico que la legitimación para recusar se reconozca a las partes en cada asunto civil concreto; al Ministerio fiscal se le otorga sólo cuando se trate de proceso en el que deba o pueda intervenir (art. 101). La recusación da lugar a un verdadero incidente, con tramitación propia, en el que se establecen las siguientes fases:

a) Iniciación

La recusación deberá proponerse tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde, pues, en otro caso, no se admitirá a trámite.

Concretamente, se inadmitirán las recusaciones:

1º. Cuando no se propongan al inicio del proceso si el conocimiento de la concurrencia de la causa de recusación fuese anterior a aquél.

2º. Cuando se propusieren pendiente ya un proceso, si la causa de recusación se conociese con anterioridad al momento procesal en que la recusación se proponga.

b) Escrito

La recusación se propondrá por escrito que deberá expresar concreta y claramente la causa legal y los motivos en que se funde, acompañando un principio de prueba sobre los mismos. Este escrito estará firmado por el Abogado y por Procurador si intervinieran en el pleito, y por el recusante, o por alguien a su ruego, si no supiera firmar. En todo caso, el Procurador deberá acompañar poder especial para la recusación de que se trate. Si no intervinieren Procurador y Abogado, el recusante habrá de ratificar la recusación ante el Secretario del tribunal de que se trate.

c) Traslado

Formulada la recusación, se dará traslado a las demás partes del proceso para que, en el plazo común de tres días, manifiesten si se adhieren o se oponen a la causa de recusación propuesta o si, en aquel momento, conocen alguna otra causa de recusación. La parte que no proponga recusación en dicho plazo, no podrá hacerlo con posterioridad, salvo que acredite cumplidamente que, en aquel momento, no conocía la nueva causa de recusación.

d) Instrucción

Dentro del mismo día en que finalice el plazo de tres días (a que se refiere el apartado tercero del artículo 107, o en el siguiente día hábil), pasará el pleito o causa al conocimiento del sustituto, debiendo remitirse al tribunal al que corresponda instruir el incidente el escrito y los documentos de la recusación. También deberá acompañarse un informe del recusado relativo a si admite o no la

causa de recusación. No se admitirán a trámite las recusaciones en las que no se expresaren los motivos en que se funden, o a las que no se acompañen los documentos a que se refiere el apartado segundo del artículo 107.

Si el recusado aceptare como cierta la causa de recusación, se resolverá el incidente sin más trámites. En caso contrario, el Instructor, si admitiere a trámite la recusación propuesta, ordenará la práctica, en el plazo de diez días, de la prueba solicitada que sea pertinente y la que estime necesaria y, acto seguido, remitirá lo actuado al tribunal competente para decidir el incidente.

La recusación no detendrá el curso del pleito, el cual seguirá sustanciándose hasta la citación para sentencia definitiva, en cuyo estado se suspenderá hasta que se decida el incidente de recusación, si éste no estuviere terminado.

El art. 108 determina la competencia para la instrucción de los incidentes de recusación.

1º. Cuando el recusado sea el Presidente o un Magistrado del Tribunal Supremo o de un Tribunal Superior de Justicia, un Magistrado de la Sala a la que pertenezca el recusado, designado en virtud de un turno establecido por orden de antigüedad.

2º. Cuando el recusado sea un Presidente de Audiencia Provincial, un Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia correspondiente, designado en virtud de un turno establecido por orden de antigüedad.

3º. Cuando el recusado sea un Magistrado de una Audiencia, un Magistrado de esa misma Audiencia, designado en virtud de un turno establecido por orden de antigüedad, siempre que no pertenezca a la misma Sección que el recusado.

4º. Cuando se recusare a todos los Magistrados de una Sala de Justicia, un Magistrado de los que integren el Tribunal correspondiente, designado en virtud de un turno establecido por orden de antigüedad, siempre que no estuviere afectado por la recusación.

5º. Cuando el recusado sea un Juez de Primera Instancia, un Magistrado de la Audiencia Provincial, designado en virtud de un turno establecido por orden de antigüedad.

6º. Cuando el recusado fuere un Juez de Paz, el Juez de Primera Instancia del partido correspondiente o, si hubiere varios Juzgados de Primera Instancia, el designado en virtud de un turno establecido por orden de antigüedad.

La antigüedad se regirá por el orden de escalafón en la Carrera Judicial.

En los casos en que no fuere posible cumplir lo prevenido en el apartado anterior, la Sala de Gobierno del Tribunal correspondiente designará al instructor, procurando que sea de mayor categoría o, al menos, de mayor antigüedad que el recusado o recusados.

e) Decisión

Recibidas las actuaciones por el tribunal competente para decidir la recusación, se dará traslado de las mismas al Ministerio Fiscal para informe por plazo de tres días. Transcurrido ese plazo, con o sin informe del Ministerio Fiscal, se decidirá el incidente dentro de los cinco días siguientes.

El auto que desestime la recusación acordará devolver al recusado el conocimiento del pleito o causa, en el estado en que se hallare y condenará en las costas al recusante, salvo que concurrieren circunstancias excepcionales que justifiquen otro pronunciamiento. Cuando la resolución que decida el incidente declare expresamente la existencia de mala fe en el recusante, se podrá imponer a éste una multa de treinta mil a un millón de pesetas.

El auto que estime la recusación apartará definitivamente al recusado del conocimiento del pleito o causa. Continuará conociendo de él, hasta su terminación, aquél a quien corresponda sustituirle.

El art. 110 determina la competencia para decidir el incidente de recusación.

1º. La Sala prevista en el artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial cuando el recusado sea el Presidente del Tribunal Supremo, el Presidente de la Sala de lo Civil o dos o más Magistrados de dicha Sala.

2º. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, cuando se recuse a uno de los Magistrados que la integran.

3º. La Sala a que se refiere el artículo 77 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, cuando se hubiera recusado al Presidente del Tribunal Superior de Justicia, al Presidente de la Sala de lo Civil y Penal de dicho Tribunal Superior, al Presidente de Audiencia Provincial con sede en la Comunidad Autónoma correspondientes o a dos o más Magistrados de la Sala Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia o a dos o más Magistrados de una Sección o de una Audiencia Provincial.

4º. La Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando se recusara a uno o a varios Magistrados de estos Tribunales.

5º. Cuando el recusado sea Magistrado de una Audiencia Provincial, la Audiencia Provincial, sin que forme parte de ella el recusado, o, si ésta se compusiere de dos o más Secciones, la Sección en la que no se encuentre integrado el recusado o la Sección que siga en orden numérico a aquélla de la que el recusado forme parte.

6º. Cuando el recusado sea un Juez de Primera Instancia, la Sección de la Audiencia Provincial que conozca de los recursos contra sus resoluciones, y si fueren varias, se establecerá un turno comenzando por la Sección Primera.

7º. Cuando el recusado sea un Juez de Paz, resolverá el mismo Juez instructor del incidente de recusación.

f) Recursos

Contra la decisión del incidente de recusación no se dará recurso alguno, sin perjuicio de hacer valer, al recurrir contra la resolución que decida el pleito o causa, la posible nulidad de ésta por concurrir en el Juez o Magistrado que dictó la resolución recurrida, o que integró la Sala o Sección correspondiente, la causa de recusación alegada.

Norma especial existe para la recusación en los juicios verbales (art. 111 LEC).

TEMA 6º

EL PROCESO

(Esquema)

I. CONCEPTO

1. De los juicios al proceso

Art. 308, III LEC/1881

Alemania pasa a ser concepto general: ¿qué es?

2. La naturaleza jurídica

Búsqueda de la categoría jurídica general; normas supletorias

A) Doctrinas privatistas

- a) Teoría del contrato (litiscontestatio)
- b) Teoría del cuasi contrato

B) Doctrinas publicistas

- a) Teoría de la relación jurídica (Bülow, 1868)
- b) Teoría de la situación jurídica (Goldschmidt, 1925)
- c) Teoría de la institución (Guasp)
 - 1) Una idea común: satisfacción de pretensiones
 - 2) Adhesión de las voluntades de juez y partes
- d) Teorías eclécticas (Rosenberg, Foschini, Aragoneses)

3. La razón de ser del proceso

El proceso es categoría autónoma; ¿por qué? Instrumento necesario

- a) Interdependencia entre jurisdicción y proceso
- b) Correlación entre acción y proceso

II. EL PROCESO Y LA POTESTAD JURISDICCIONAL

Noción jurisdicción: potestad, del Estado, órganos específicos, independencia, función, ejecutar.

III. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LOS DISTINTOS PROCESOS

Del proceso; no del procedimiento

- a) Comunes: esenciales al proceso; *actus trium personarum*
- b) Específicos: según cada Ordenamiento

IV. A) PRINCIPIO DE AUDIENCIA O DE CONTRADICCIÓN

1. Derecho fundamental de audiencia

- a) Sujetos afectados: todas las partes; no sólo acusado

b) Contenido del principio

- 1) Necesidad de ser oído: civil (posibilidad) y penal (deber)
- 2) Conocer los materiales: de hecho y de derecho

2. Principio de contradicción

Modo de organizar el proceso; mandato al legislador

- 1) Instrumento técnico: aplicar la ley con imparcialidad
- 2) Luego se constitucionaliza

V. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS PARTES

Derechos, posibilidades y cargas; sin privilegios

arts. 1.1 y 14 CE: igualdad general; 24.1 CE: igualdad procesal

A) Igualdad legal

- a) LEC/2000: liberal; declaración (también en ejecución)
- b) LECRIM: 1) Instrucción: leyes de 1978 y 1983
- 2) Juicio oral: partes iguales

B) Igualdad práctica

Quiebra; 119 CE, eje. provisional, cautelares

VI. B) PRINCIPIO DISPOSITIVO Y DE APORTACIÓN DE PARTE

Tradicional confusión de dos principios; Carnacini

A) El principio dispositivo: autonomía de la voluntad

- 1) Iniciación del proceso
- 2) Objeto del mismo
- 3) Congruencia
- 4) Acabar con el proceso

Casos de irrenunciabilidad: arts. 6 y 7 CC y 11.2 LOPJ

Proceso civil no dispositivo: estado y condición de las personas

La alternativa: principio de oficialidad

B) El principio de aportación de parte

- a) Aportar los hechos proceso: partes
- b) Admitir los hechos; partes, no controvertidos
- c) Probar los hechos: no tan claro:
 - 1) Determinar las fuentes de prueba: Si
 - 2) Recibir a prueba y proponer medios concretos:

La alternativa: principio de investigación oficial

VII. EL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*

Glosadores y Canelutti: distinguir hechos y normas

a) Hechos: las partes los afirman

b) Normas: las debe conocer el juez

1) Demandas sin fundamentos de derecho: art. 437 LEC

2) Las normas existen o no

3) Prueba del derecho; costumbre, extranjero (art. 281.2 LEC)

Hacer compatible la “tercera opinión” con el derecho de defensa:

-Sí en LECRIM, LJCA y LOTC

-No en LEC y LPL

EL PROCESO

El proceso. El proceso y la potestad jurisdiccional. Principios informadores de los distintos procesos: A) Principio de audiencia o de contradicción; principio de igualdad de las partes; B) Principio dispositivo y de aportación de parte; el principio *iura novit curia*.

I. CONCEPTO

1. De los juicios al proceso

Durante siglos los prácticos forenses y los procedimentalistas explicaron uno por uno los muy distintos juicios por medio de los cuales actuaban los órganos jurisdiccionales, y lo hicieron sin llegar a formular una noción general de proceso. Más aún, la misma palabra “proceso” les era prácticamente desconocida, como demuestra el hecho de que en la redacción original de la LEC de 1881 se utilizará una única vez (en el art. 308, III y dándole el sentido de autos, de pliegos de papel).

Fue en Alemania y en el inicio del siglo XIX cuando la doctrina puso de manifiesto que carecía de método científico el ir explicando juicio tras juicio sin elevarse conceptualmente a la idea general de proceso, para desde ella poder entender lo que hacen los órganos jurisdiccionales y las partes. El proceso pasó así a ser un concepto, como lo es el contrato, y sólo cuando se comprende el mismo se está en disposición de entender los procesos en concreto que ofrece la realidad, de la misma forma como sólo se entienden los contratos en particular cuando se parte del concepto general de contrato.

Formulada la idea general de proceso, y convertido éste en el concepto base del Derecho Procesal, la pregunta de ¿qué es? sólo puede tener contestación si antes se resuelve la cuestión de su naturaleza jurídica.

2. La naturaleza jurídica

Cuando un jurista pretende hallar la naturaleza jurídica de la institución que fuere, está buscando la categoría jurídica general (el género) en la que encuadrar la especie que está estudiando, y su esfuerzo responde, no a un puro deseo de jugar a las clasificaciones y subclasificaciones, sino a una clara finalidad práctica: Se trata de determinar ante el silencio de la ley, ante la laguna legal, qué normas son aplicables supletoriamente.

Cuando los procesalistas discuten en torno a la naturaleza jurídica del proceso están haciendo exactamente esto: Buscar la categoría jurídica general (el género) en el que encuadrarlo, y lo deben hacer con la finalidad de que, ante la laguna legal, queden determinadas las normas supletorias. Cualquier teoría que se proponga debe partir del intento de lograr una solución útil, de modo que la explicación que no pretenda precisar la normativa aplicable supletoriamente debe ser rechazada sin más. Desde esta perspectiva deben ser reexaminadas la distintas teorías formuladas.

A) Doctrinas privatistas

Estas teorías buscan la naturaleza jurídica del proceso en una categoría de otras ramas del Ordenamiento. Como son las más antiguas y se refieren sólo al proceso civil, la categoría general se busca en el Derecho Civil.

a) Teoría del contrato

Los romanos no se plantearon problemas abstractos y no discutieron sobre la naturaleza jurídica del proceso, sino que fue mucho más tarde cuando se pretendió explicar el proceso con referencia al contrato de *litiscontestatio*, por medio del cual las partes se comprometían a sujetarse a un *iudex*, realizando la actividad procesal necesaria para que éste pudiera conocer de su litigio y dictar sentencia, quedando también obligados a cumplir ésta.

Es evidente que esta concepción del proceso no es hoy admisible, y no lo es porque desde que el proceso pasó a desarrollarse ante un juez, titular de la potestad estatal de jurisdicción, la base contractual de las obligaciones de las partes ante el mismo desapareció. Los derechos y deberes en el proceso no se derivan en la actualidad de un acuerdo de voluntades de las partes, sino de la jurisdicción del Estado y de la ley.

b) Teoría del cuasicontrato

Desaparecida la base contractual el paso siguiente no consistió, como parecería lógico, en ir a una concepción pública del proceso, sino que el peso de la tradición condujo a mantener la *litiscontestatio*, si bien no ya como contrato sino como cuasi contrato. El demandado quedaba sujeto al proceso, no porque celebrara un contrato, sino porque la ley atribuía a la voluntad unilateral del actor el poder de sujetar al demandado al proceso.

Naturalmente asumida por el Estado la potestad jurisdiccional y atribuida a sus jueces, la idea del contrato no añadía nada para explicar el proceso, pero el caso es que durante todo el siglo XIX y buena parte del XX se siguió hablando de la *litiscontestatio* y que aun hoy en algún escrito forense puede encontrarse alguna referencia a la misma.

B) Doctrinas publicistas

El cambio fundamental se produjo cuando la categoría general se buscó en el Derecho público, bien asumiendo las ya conocidas, bien creando categorías propias.

a) Teoría de la relación jurídica

Su origen está en la obra de Bülow *La teoría de las excepciones procesales y de los presupuestos procesales*, de 1868, en la que se afirma de entrada que el proceso civil no puede quedar referido a relaciones de Derecho privado; “desde que los derechos y obligaciones se dan entre los funcionarios del Estado y los ciudadanos, desde que se trata en el proceso de la función de los oficiales públicos y desde que también a las partes se las toma en cuenta únicamente en el aspecto de su vinculación y cooperación con la actividad judicial, esa relación pertenece, con toda evidencia, al derecho público, y el proceso resulta, por tanto, una relación jurídica pública”.

A partir de Bülow la teoría conoció un desarrollo extraordinario, hasta el extremo de que de una manera u otra fue asumida por toda la doctrina procesal, incluidos los procesalistas penales. En España se conoció en la década de los veinte y se ha sostenido en el inmediato pasado por todos los procesalistas, con acomodaciones más o menos significativas.

Con todo, y aun reconociendo su condición mayoritaria en la doctrina de hace unas décadas, la teoría de la relación jurídica no dice nada respecto de la naturaleza jurídica del proceso. La existencia de vínculos entre las partes y el juez no supone, sin más, la existencia de una relación de hecho regulada por el Derecho, en la que se reconocen derechos y obligaciones derivados directamente de ella; pues esos derechos y obligaciones se derivarán de la ley y no de la voluntad de las personas implicadas en la “relación”. Naturalmente esto no impide seguir hablando de la “relación jurídica procesal”, siempre que se entienda que esa relación no guarda similitud con la relación jurídica material. Por otra parte, a los efectos del fin de la determinación de la naturaleza jurídica --la búsqueda de las normas aplicables en caso de laguna legal-- esta teoría no añade nada, y tanto es así que las construcciones doctrinales de sus partidarios tienen en el desarrollo posterior de sus obras un “significado ornamental”, como decía Goldschmidt.

A pesar de todo lo anterior, hay que reconocer que esta teoría ha hecho posibles tres aciertos fundamentales, aciertos en los que se basa su subsistencia durante más de un siglo:

1.º) Significó, frente a las doctrinas privatistas, el nacimiento con carácter autónomo del derecho procesal, y ello se alcanzó partiendo de la distinción entre relación jurídico material y relación jurídico procesal. Puso de manifiesto que el proceso tiene sujetos, presupuestos y contenido distintos de la relación material deducida en el proceso.

2.º) Permitió distinguir entre procedimiento y proceso. Como puso Hellwig de manifiesto, cabe hablar de actividad procesal, primero, en el sentido de mero proceder, de procedimiento, como una serie de actos que se realizan uno tras otro y, en segundo lugar, como relación, como el conjunto de nexos jurídicos que existen entre el juez y las partes.

3.º) Supuso un gran adelanto respecto de la sistemática de exposición y estudio del derecho procesal. La teoría de la relación jurídica permitió abandonar la exégesis e iniciarse en el método del sistema. Ya había algo más que meros procedimientos regulados en la ley, sin conexión los unos con los otros. La idea del proceso como relación jurídica permitió estudiar, en general, sus sujetos, sus presupuestos, su objeto, sus actos, etc.

b) Teoría de la situación jurídica

En 1925 publicó James Goldschmidt su libro *El proceso como situación jurídica* y en él, después de criticar acerbamente a la teoría de la relación jurídica, poniendo de manifiesto que los lazos que nacen entre las partes en el proceso no son relaciones jurídicas, establece que se derivan de una situación jurídica siempre cambiante y siempre la misma. La situación jurídica es “el estado del asunto de una parte contemplado desde el punto de vista de la sentencia que se espera conforme a la medida del derecho”, o también “la expectativa jurídicamente fundada a una sentencia favorable o contraria y, consecuentemente, la expectativa al reconocimiento judicial de la pretensión ejercitada, como jurídicamente fundada o infundada”.

La elaboración de categorías propias llega al extremo de introducir una terminología específica: expectativas, posibilidades, cargas (uno de los grandes aciertos),

dispensa de una carga, pero hay que reconocer, primero, que la teoría no ha tenido éxito y, sobre todo, que tampoco tiene utilidad para la búsqueda de la naturaleza jurídica del proceso, en el sentido de hallar la categoría general y las normas supletorias.

Sin embargo aspectos parciales de esta teoría están hoy plenamente asumidos. En especial la noción de carga procesal, y sobre todo que en el proceso existen más cargas que obligaciones para las partes, es hoy común doctrinalmente. De la misma manera la sistematización de los actos procesales del profesor alemán es aceptada por todos, aun por aquellos que se han opuesto a su teoría de la situación jurídica.

c) Teoría de la institución jurídica

Concebida la institución como un conjunto de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común y objetiva a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad individual, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad, Guasp concibió el proceso como una institución jurídica, porque en él concurren los dos elementos fundamentales de ésta:

1ª) Una idea común y objetiva, que sería la satisfacción de pretensiones, y

2ª) Las voluntades particulares que se adhieren a aquella idea, pues tanto el juez como las partes persiguen la satisfacción de pretensiones.

En un principio esta teoría recibió la adhesión del uruguayo Couture, pero incluso éste poco después manifestaba haberse batido en retirada “hasta el día en que la concepción institucional del derecho proyecte sus ideas hacia planos más rigurosos de la dogmática jurídica”. En la actualidad no tiene ya sostenedores.

d) Teorías eclécticas

Los esfuerzos conciliadores de dos o más teorías han sido numerosos. Entre las teorías de la relación y la situación jurídica pueden señalarse los de Rosenberg en Alemania, Foschini en Italia y Fairén en España. También se ha intentado por Aragonese la conciliación entre las teorías de la situación jurídica y de la institución.

3. La razón de ser del proceso

En el desarrollo de las distintas teorías hemos pasado desde aquella que lo encuadraba en el Derecho civil como contrato, hasta aquella otra que lo concibe

como categoría autónoma. En este último caso la finalidad específica de la búsqueda de la naturaleza jurídica se ha perdido. No cabe extrañarse, pues, de que los autores de manuales o bien hagan referencia a la relación o a la situación jurídica, pero sin extraer luego consecuencia práctica alguna, o bien soslayan el tema limitándose a hacer una exposición de las distintas teorías sin tomar partido. En ambos casos se trata de algo inútil.

En la actualidad no es preciso acudir a categorías extraprocesales para explicar el proceso. Este constituye por sí solo una categoría autónoma, con lo que no importa ya buscar su naturaleza jurídica en el sentido clásico, sino que lo importante ahora es descubrir su razón de ser, precisar su porqué. El proceso es un instrumento necesario. Si los órganos jurisdiccionales han de cumplir con la función asignada constitucionalmente, y si no pueden hacerlo de manera instantánea, necesitan, primero, de un estímulo, de alguien que pida que ejerciten su función (el derecho de acción) y, después, de la realización de una serie de actividades, sucesivas en el tiempo, cada una de las cuales es consecuencia de la anterior (salvo la primera) y presupuesto de la siguiente (salvo la última), a cuyo conjunto llamamos proceso. Este, por tanto, es el medio jurídico, el instrumento con el que los órganos jurisdiccionales cumplen su función.

En síntesis, el proceso puede definirse como el instrumento, el medio jurídico, por el que los órganos jurisdiccionales cumplen con la función que les está asignada constitucionalmente y por el que los ciudadanos piden y obtienen la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos.

Posiblemente la afirmación de que el proceso es el instrumento de los órganos jurisdiccionales no es suficiente, siendo necesario dar un paso más para advertir que:

a) La correlación e interdependencia entre jurisdicción y proceso

Los conceptos de jurisdicción y de proceso no pueden entenderse por separado, por cuanto la potestad jurisdiccional sólo se actúa por medio del proceso o, dicho de otra manera, fuera del proceso no se ejerce la potestad jurisdiccional. La

garantía de justicia que se contiene en la Constitución la realizan los órganos jurisdiccional, y la realizan precisamente por medio del proceso, no de otra manera.

b) La correlación entre acción y proceso

El proceso es también el único instrumento puesto a disposición de las partes para impetrar de los tribunales la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos. El proceso no puede verse sólo desde el punto de vista del juez, sino que debe verse también desde la perspectiva de las partes; para éstas es asimismo medio, camino, método e instrumento para la garantía de sus derechos, y de ahí la importancia que tienen las garantías constitucionalizadas, por cuanto que se resuelven en derechos de las partes en el proceso, derechos que garantizan la efectividad de la tutela pretendida.

II. EL PROCESO Y LA POTESTAD JURISDICCIONAL

Concebido el proceso como ha quedado dicho antes, aparece evidente su vinculación a la jurisdicción y, consiguientemente, es preciso definir ésta como la potestad dimanante de la soberanía del Estado, ejercida exclusivamente por jueces y tribunales independientes, de realizar el Derecho en el caso concreto juzgando de modo irrevocable y haciendo ejecutar lo juzgado. Todos los elementos de que consta la definición son esenciales en la misma, y así:

1º) Es una potestad, esto es, una derivación de la soberanía que atribuye a su titular una posición de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con él se relacionan, llevando ínsita una fuerza de mando capaz de vincular el comportamiento de los demás, acudiendo en caso necesario al uso de la fuerza. Actuando conforme a la potestad conferida y dentro de su ámbito de competencia, el titular de ella no tiene superior ni iguales, pues todos quedan a él sometidos.

2º) Corresponde en exclusiva al Estado, lo que significa que es monopolio del Estado, no existiendo jurisdicción fuera del mismo.

Este monopolio se manifiesta en dos ámbitos:

1”) Internacional: No existe una jurisdicción propiamente internacional, en cuanto que no existe un “pueblo” internacional que asuma soberanía. Cuando respecto de España un órgano internacional tiene jurisdicción es porque el Estado español se la reconocido expresamente, que es lo que ocurre, con base en el art. 93 de la CE, respecto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, con sede en Estrasburgo, y con el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con sede en Luxemburgo. Estos tribunales no tienen potestad jurisdiccional originaria, sino derivada de la cesión de soberanía por parte española.

2”) Interno: No existen jurisdicciones de ámbito territorial inferior al del Estado y por eso es por lo que las Comunidades Autónomas no tienen poder judicial propio. Es posible que estas Comunidades participen en la organización de la Administración de Justicia, pero siempre será con relación al Poder Judicial único del Estado.

3º) Se ejerce exclusivamente por unos órganos específicos: los Juzgados y los Tribunales.

A este monopolio se refiere el art. 117.3 de la CE cuando dice que la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes, de modo que, dentro del Estado, los únicos dotados de jurisdicción son esos órganos. Hay que tener en cuenta que la potestad jurisdiccional se atribuye, primero a los órganos propios del Poder Judicial organización, el regulado en la LOPJ, pero también a los órganos que la propia Constitución admite como tribunales especiales (tribunales militares, jurado, tribunales consuetudinarios y tradicionales, Tribunal de Cuentas y Tribunal Constitucional). Ningún otro órgano del Estado puede tener jurisdicción.

4º) La independencia de los titulares de la jurisdicción, los jueces y los magistrados, hace a la esencia misma de ésta, de modo que sin independencia no se ejercería realmente la potestad.

5º) La función consiste en actuar el Derecho objetivo en el caso concreto, lo que en la fórmula tradicional se enuncia como “juzgar” y que tradicionalmente se ha conocido como *iuris dictio* (decir el Derecho).

El decir el derecho en el caso concreto, el actuarlo, es la función típica de los órganos jurisdiccionales, pero hay que destacar que esa actuación lleva la nota esencial de la irrevocabilidad, esto es, de la cosa juzgada. Otros órganos dentro del Estado pueden actuar el Derecho en casos concretos (sobre todo la Administración), pero ninguno de ellos dota a su actuación de la fuerza de cosa juzgada. Antes al contrario, la actuación por la Administración del Derecho objetivo queda sujeta al control de legalidad por los órganos jurisdiccionales.

6º) La ejecución de lo juzgado corresponde también a la jurisdicción; ésta no se limita a decir el derecho, a juzgar, sino que a llevar a efectividad práctica lo que ha dicho. Que esto ha sido así tradicionalmente en el proceso civil no ha tenido dudas y tampoco deben existir éstas en la actualidad con relación a la ejecución penal (y de ahí los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria) y, sobre todo, en la

ejecución contencioso-administrativa, aunque la LJCA no ha dado el último paso que cabría esperar.

La jurisdicción se ejerce de la misma manera por todos los órganos jurisdiccionales y por ello es por lo que la doctrina moderna afirma que no existen realmente clases de jurisdicción. Evidentemente no puede existir un único proceso para la actuación del Derecho privado y para la actuación del Derecho penal, pero esto no puede llevar a hablar de clases de jurisdicción, como si lo realizado en uno y otro caso por los jueces y tribunales fuera distinto. Por ello puede hablarse de principios distintos para las distintas clases de procesos, pero no de principios distintos para las varias manifestaciones de la única jurisdicción en sentido estricto.

III. PRINCIPIOS INFORMADORES DE LOS DISTINTOS PROCESOS

A la hora de exponer los principios el temario distingue entre principios del proceso (este Tema) y principios del procedimiento (el siguiente). Con referencia ahora, pues, únicamente al proceso, el criterio base diferenciador de los principios se centra en la distinción entre comunes y específicos.

Hay algunos principios que son consustanciales con la idea de proceso, hasta el extremo de que si alguno de ellos se desvirtúa, en una regulación concreta de derecho positivo, esa regulación no da lugar realmente a un verdadero proceso. Otros principios, por el contrario, son reglas conformadoras de los procesos en concreto, de modo que la opción por una u otra no atiende a la misma esencia del proceso sino a la manera de desarrollarlo en un determinado Ordenamiento.

Los principios comunes parten de que el proceso es un *actus trium personarum*, en el que necesariamente concurren dos partes parciales y un tercero imparcial, y atienden a la intervención de cada uno de estos sujetos en el proceso:

a) Respecto del titular de la potestad jurisdiccional los principios esenciales son: imparcialidad, independencia, inamovilidad y responsabilidad, y son objeto del Tema 4º, donde se estudia el personal de los órganos jurisdiccionales.

b) Con relación a las partes parciales sólo cabe hablar de proceso cuando las mismas están en situación de plena contradicción e igualdad.

No pueden confundirse principios comunes del proceso con principios del proceso que han sido constitucionalizados en un determinado Ordenamiento jurídico. Normalmente los principios comunes (contradicción o audiencia e igualdad de las partes) tendrán rango constitucional, pero esta norma de normas puede haber llegado más allá. Así la Constitución española se refiere a la motivación de las resoluciones judiciales (art. 120.3), lo que no hace a la esencia del proceso, por poner un ejemplo.

IV. A) PRINCIPIO DE AUDIENCIA O DE CONTRADICCIÓN

Los brocardos *audiatur et altera pars* y *nemo inauditus damnari potest*, que hoy se enuncian como *nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio*, hacen referencia a este principio, que Calamandrei consideró fuerza motriz del proceso, su garantía suprema, y que presenta dos facetas o, si se quiere, que puede ser contemplado desde dos puntos de vista.

1. Derecho fundamental de audiencia

Cuando se habla del derecho de audiencia se está haciendo referencia a la consideración del principio como derecho fundamental de las partes, y en este sentido se ha constitucionalizado en el art. 24.1 cuando prohíbe la indefensión, y también en el párrafo 2 de modo genérico (derecho a un proceso “con todas las garantías”) y de modo específico (cuando constitucionaliza aspectos concretos del derecho).

A pesar de lo que pudiera parecer y de lo dicho literalmente en la discusión parlamentaria del art. 24.2, las garantías contenidas en el mismo no pueden entenderse referidas todas ellas al proceso penal. Algunas son, si duda, exclusivamente penales, como el derecho a ser informado de la acusación, a no declarar contra sí mismo o a la presunción de inocencia, pero otras son generales, como el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías.

En el examen de este primer aspecto hay que atender a dos parcelas distintas:

a) Sujetos afectados

A pesar de la terminología que suele utilizarse es evidente que el derecho de audiencia o de defensa se reconoce a todas las partes, no sólo al demandado o

acusado, sino también al demandante o acusador. La posibilidad de indefensión se refiere tanto a unos como a otros.

Ciertamente los problemas se han referido históricamente al demandado (civil) y más precisamente al acusado (penal) y de ahí que los brocardos aludan a “ser condenado”, pero la prohibición de indefensión y el derecho a un proceso con todas las garantías son generales y aplicables a todas las partes y en todos los procesos.

b) Contenido del principio

Dos son los puntos importantes a examinar:

1º) El contenido fundamental del principio es la *necesidad de ser oído* que en el proceso civil se cumple cuando se ofrece a las partes la posibilidad real de ser oídas, sin que sea necesario que éstas hagan uso de la posibilidad. No significa, pues, vulneración del principio que el proceso se celebre en rebeldía del demandado, pues éste tiene el derecho a ser oído pero no se le impone obligación alguna.

1”) La posibilidad real de ser oído supone, en primer lugar, la realización de las citaciones y emplazamientos adoptando las máximas garantías para que lleguen a conocimiento de la parte, en segundo, la existencia de recursos que permitan declarar la nulidad de lo actuado ante la falta de notificación, especialmente cuando una parte ha impedido, usando de mala fe, que la otra tenga conocimiento de la situación procesal y, por último, distinguiendo entre incomparecencia y rebeldía, es decir, entre inactividad voluntaria e inactividad por desconocimiento.

2”) El ser oído tiene que suponer algo más que la mera posibilidad de argumentar, pues comprende los dos elementos básicos de todo proceso: alegar y probar. Se trata también de aportar al proceso todos los elementos fácticos y jurídicos que se estimen adecuados para el objeto del proceso, y de utilizar los medios de prueba pertinentes y útiles para acreditar los primeros.

En el proceso penal la necesidad de ser oído adquiere connotaciones especiales cuando se trata del acusado pues para éste no es un derecho renunciable. Especialmente para el Estado, titular de *ius puniendi*, la presencia del acusado es un deber ineludible, y de ahí que no pueda celebrarse el juicio oral en rebeldía, aunque así se ha previsto en el arts. 791.4 y 793.1 de la LECRIM para el proceso abreviado, y en el art. 971 para el juicio de faltas.

2º) Además las partes han de *conocer todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial*. Hemos aludido a dos clases de materiales:

1”) De hecho: No parecen existir problemas en este aspecto y todos los procesos están regulados de manera que las partes tienen la posibilidad real de conocer los materiales de hecho alegados por la otra parte (y aquellos que pudieran ser aportados por el tribunal cuando existe investigación oficial). Si un tribunal llegara a admitir una alegación de parte que se mantuviera secreta para la otra, estaríamos claramente ante un supuesto de indefensión.

2”) De derecho: En todos los procesos es de aplicación el brocardo *iura novit curia*, de acuerdo con el cual el tribunal conoce el derecho, no estando vinculado por las alegaciones jurídicas que le hagan las partes, pero como veremos después no siempre está garantizado que las partes puedan conocer y argumentar en torno a esa “tercera opinión” antes de que se dicte sentencia.

2. Principio de contradicción

Cuando se habla de la contradicción se está haciendo referencia más bien a un modo de organizar el proceso en el cual se respete el derecho fundamental. En este sentido el principio constitucional se entiende mejor como un mandato dirigido al legislador para que, en las leyes conformadoras de los distintos procesos, estos queden regulados de modo que se respete el derecho fundamental de audiencia. Y ello con base en dos argumentos:

1º) Parte de considerar que la contradicción entre las partes es un eficaz instrumento técnico. Como decía Calamandrei la contradicción es técnicamente el dispositivo psicológico más apropiado para garantizar la aplicación exacta de la ley y la imparcialidad del juez, y ello no sólo para la mejor defensa de las partes sino también para el interés público de la justicia.

2º) Atiende a que el instrumento técnico se convierte en constitucional desde el que puede declararse la inconstitucionalidad de la ley que regule el proceso sin

respetar el principio, mientras que el derecho fundamental de audiencia se concreta más en los procesos determinados y tiene la garantía del recurso de amparo.

En sentido estricto debería decirse que una ley regula el proceso conforme o no al principio de contradicción, y que en un proceso determinado se ha respetado o no el derecho de audiencia o defensa de las partes, con lo que se estarían destacando mejor las dos facetas o perspectivas del principio.

V. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE LAS PARTES

Este principio, que completa al anterior, requiere conceder a las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo que no pueden existir privilegios ni en favor ni en contra de alguna de ellas. Así entendido el principio no es si no consecuencia de aquel otro más general, enunciado en todas las constituciones, de igualdad de los ciudadanos ante la ley, que se recoge en los arts. 1.1 y 14 de la española, y que tiene plasmación procesal específica en los arts. 24.1 y 119 de la misma. Conviene, con todo, distinguir:

A) Igualdad legal

a) La LEC de 2000 está basada en una concepción liberal y, consiguientemente, responde a la concepción de que todos son iguales ante la ley y de que las partes lo son en el proceso. Esto es manifiesto en el proceso de declaración.

En el proceso de ejecución suele decirse que las partes no están en situación de igualdad, pero habría que distinguir entre: 1) Es cierto que si los derechos materiales están ya resueltos en el título que se ejecuta, el ejecutado no podrá suscitar las cuestiones resueltas en la declaración, 2) Pero también lo es que tiene que poder actuar con la plenitud de los derechos procesales. Demostración de ello es la regulación en la LEC de la oposición del ejecutado a la ejecución.

b) En la LECRIM hay que distinguir entre las dos fases del proceso.

1ª) En la instrucción la ley partía de la desigualdad de las partes en el sumario, pero la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, y la LO 14/1983, de 14 de diciembre, han tendido a esa igualdad.

2ª) En el juicio oral ya la redacción originaria de 1882 se basaba en la igualdad de las partes.

B) Igualdad práctica

La quiebra del principio de igualdad se produce en la práctica. Si la misma es difícil de alcanzar en las relaciones jurídicas materiales, como consecuencia de las desigualdades culturales, sociales y económicas, lo mismo sucede en el proceso. Desde el intento de lograr la igualdad se explican el derecho al beneficio de justicia gratuita (art. 119 CE), y en parte instituciones como la ejecución provisional (tan reforzada en la LEC de 2000), algunas medidas cautelares o anticipatorias o la necesidad de suprimir formalismos inútiles.

VI. B) PRINCIPIO DISPOSITIVO Y DE APORTACIÓN DE PARTE

Tradicionalmente dentro del principio dispositivo se han venido confundiendo dos cosas distintas. El proceso civil en la concepción liberal del siglo XIX era “cosa de las partes” en un doble sentido: Significaba, primero, que las partes tenían la disposición del objeto del proceso, y, además, que esta disposición se extendía al proceso mismo. Con ello se confundían dos principios distintos:

1º) El dispositivo en sentido estricto, esto es, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir a un órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción, y

2º) El de aportación de parte, por el que éstas tienen también el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba.

Advertida esta confusión ya hace tiempo, y principalmente por Carnacini, hay que deslindar claramente entre los dos principios.

A) El principio dispositivo

Este principio se fundamenta en la naturaleza privada del derecho subjetivo deducido en el proceso, en la titularidad privada del mismo, en la autonomía de la voluntad. Partiendo de ese fundamento el principio en sentido estricto significa:

1º) La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante petición de parte; el particular es libre para decidir el interés que le mueve a luchar por su derecho o a dejarlo insatisfecho (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*). Todos los procesos civiles comienzan así por demanda, sin que quepa la incoación de oficio por el órgano judicial.

2º) La determinación concreta del interés cuya satisfacción se solicita de los órganos jurisdiccionales es facultad exclusiva de las partes o, en otras palabras, la determinación del objeto del proceso corresponde al actor; el demandado puede determinar también el objeto del debate.

3º) Los órganos jurisdiccionales al satisfacer, por medio del proceso y de la sentencia, intereses privados, deben ser congruentes con la pretensión (objeto del proceso) y la resistencia (objeto del debate) formuladas.

4º) Si las partes son las únicas que pueden pedir la actividad jurisdiccional, pueden también ponerle fin, disponiendo tanto del interés material como del proceso, que acabará cuando las partes así lo decida por los actos de disposición.

El principio dispositivo así configurado informa nuestra LEC, en cuya Exposición de Motivos se hace mención expresa del principio, también denominado de justicia rogada; se dice así expresamente que a los sujetos jurídicos “corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso”. Esto no impide, obviamente, que puedan irse matizando casos de irrenunciabilidad de derechos que la defensa de intereses, tanto colectivos como particulares, haga necesarios, para lo que se cuenta con los arts. 6 y 7 del CC y con el art. 11.2 de la LOPJ. Y sin perjuicio, también, de la necesidad de regular un proceso civil no dispositivo

referido principalmente al estado civil y la condición de las personas, que es lo que hecho la LEC de 2000 en el Título I del Libro IV.

La alternativa al principio dispositivo es el principio de oficialidad que informa al proceso penal, aunque en él habría que distinguir entre fase de instrucción y fase de juicio oral. Especialmente esta segunda no puede abrirse sin que alguien, distinto del juzgador, sostenga la acusación, pero ello no es consecuencia del principio dispositivo, sino del principio acusatorio y con el de garantizar la imparcialidad del tribunal, que no puede ser al mismo tiempo acusador y juez.

B) El principio de aportación de parte

Conforme a este principio las facultades de dirección material del proceso corresponden a las partes, en el sentido de que:

a) Son las partes las que han de aportar los hechos al proceso, careciendo el juzgador de esa facultad. El actor afirmará los hechos que constituyan la causa de pedir de su pretensión, y el demandado hará lo mismo respecto de los hechos que fundamenten su resistencia.

b) Las partes tienen la facultad de admitir como existentes los hechos alegados por la contraria, quedando los mismos fijados para el juez, con lo que son las partes las que fijan los hechos que quedan controvertidos en el proceso, es decir, los hechos necesitados de prueba.

c) Tradicionalmente se ha venido sosteniendo que corresponde también a la esencia del proceso civil el que sobre las partes recaiga la carga de probar los hechos afirmados por ellas, pero en este pretendido contenido del principio es preciso distinguir:

1”) La determinación de las fuentes de prueba que van a incorporarse a un proceso corresponde a las partes, lo que de modo negativo puede enunciarse diciendo que el juez no puede utilizar el conocimiento privado que tenga de los hechos de un proceso ni salir a investigar esos hechos.

2”) Por el contrario, que de las partes en exclusiva tenga que salir la iniciativa para pedir el recibimiento a prueba del pleito y que ellas determinen los medios de prueba que van a utilizarse en el proceso, no pertenece a la esencia del

proceso civil, pues teóricamente nada se opone a que esas facultades se atribuyan también al juzgador. De hecho existen ordenamientos en los que el juez puede recibir de oficio el pleito a prueba y acordar de oficio medios concretos de prueba.

En el derecho positivo español la partes tienen la exclusiva en la afirmación de los hechos (lo que es plenamente coherente con lo que debe ser un proceso civil), y así lo dispone expresamente el art. 216 LEC, pero respecto de la prueba de los mismos existe alguna matización, pues si, por un lado, el art. 282 dice que las pruebas se practicarán a instancia de parte, luego atribuye al juez alguna iniciativa probatoria, como puede verse en el art. 429.1, II, y en las diligencias finales.

La alternativa al principio de aportación de parte es el principio de investigación oficial, debiendo distinguirse también entre las dos fases del proceso. El principio acusatorio del juicio oral debe hacer que sean las partes las que aleguen los hechos, sin que pueda hacerlo el tribunal, pero éste ha de poder acordar la práctica de cualquier medio de prueba que estime necesario para la comprobación de los hechos afirmados por las partes.

Naturalmente el que sean las partes acusadoras las que determinen el objeto del proceso por medio de la concreción de los hechos que imputan a una persona determinada, no puede entenderse en el sentido de que esas partes tengan la disposición del objeto del proceso. Especialmente el Ministerio fiscal tiene, si concurren los presupuestos materiales necesarios, el deber de acusar y de hacerlo sin excluir ningún dato fáctico, que sea relevante a los efectos de la configuración del delito, y comprendiendo a todas las personas implicadas. La situación es distinta para los acusadores particulares, pero no porque tengan la disposición del objeto del proceso sino que porque tienen derecho a acusar, no deber de hacerlo.

VII. EL PRINCIPIO *IURA NOVIT CURIA*

Aunque la máxima *iura novit curia* fue acuñada por los glosadores, se deben principalmente Carnelutti las precisiones en torno a la distinta situación en que se encuentra el juzgador frente a los hechos y frente al derecho.

a) Con relación a los hechos el juzgador tiene que partir de las afirmaciones que las partes realicen sobre los mismos, sin que en caso alguno pueda utilizar el conocimiento privado que de ellos pueda tener. Si el juez pudiera utilizar la llamada “ciencia privada” estaría vulnerando dos grandes principios procesales: el de imparcialidad del juez y el de contradicción entre las partes.

b) Respecto de la norma jurídica hay que partir de que el juez tiene el deber de conocerla, sin que importe realmente cómo logró obtener ese conocimiento. Al servicio del *iura novit curia* está la exigencia general del juez técnico, esto es, con conocimientos demostrados del derecho positivo. Esto supone como dijo Carnelutti:

1º) Aunque normalmente las leyes procesales exigen que las demandas contengan fundamentos de derecho, los mismos, no sólo no integran el objeto del proceso, si no que ni siquiera vinculan al juzgador a la hora de estimar o desestimar la pretensión. Y lo mismo cabe decir de los fundamentos de derecho de la contestación de la demanda. Es por ello perfectamente posible que la ley no exija que las demandas y las contestaciones se funden en derecho, como ocurre en el proceso laboral (art. 80 de la LPL) y en el juicio verbal (art. 437 LEC).

2º) El juzgador no puede dar por existente una norma aducida por las partes si esa norma realmente no existe, ni puede dejar de tomar en cuenta una norma existente aunque no haya sido aducida por las partes. Las normas existen o no, independientemente de que las partes las aduzcan, y la conformidad entre éstas no puede crearlas. Y ello sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 281.2 respecto de la costumbre, en el que se admite que la existencia de la misma puede quedar fijado por acuerdo de las partes, siempre que no quede afectado el orden público.

3º) El Ordenamiento jurídico presupone que el juez conoce el derecho objetivo, pero admite que en casos excepcionales no puede imponer ese deber a todos los jueces, como ocurre por ejemplo con la costumbre o con el derecho extranjero (art. 281.2 LEC), y entonces acude a la que las partes “prueben” su existencia y contenido (aunque esta “prueba” tiene claras especialidades, entre otras cosas porque se ordena a los tribunales que se valgan de cuantos medios de averiguación estimen necesarios).

La aplicación del principio se encuentra de modo manifiesto en el art. 218.1, II, de la LEC en el que, partiéndose de que el tribunal queda sujeto a la causa de pedir fijada por la parte, puede resolver “conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”. Con todo, esta norma deja sin resolver dos graves cuestiones:

1”) La precisión de que en algunos casos la norma alegada por la parte sí sirve para determinar la causa de pedir, pues es decisión de la parte que afecta al principio dispositivo el acudir por uno u otro camino de derecho material.

2”) El problema de cómo se hacen compatibles el derecho de audiencia y el *iura novit curia*. Si las partes tienen derecho fundamental a conocer y a debatir todos los materiales que pueden influir en la resolución judicial, la conclusión es que antes de que el juez aplique su “tercera opinión” ha de ofrecer a las partes esa posibilidad de conocer y debatir. Esto está previsto en el proceso penal (art. 733 LECRIM), pero no hay previsión alguna para el proceso civil, ni siquiera después de la LEC de 2000.

TEMA 7º

LOS ACTOS PROCESALES

(Esquema)

I. LOS ACTOS PROCESALES

Hecho, hecho jurídico y hecho procesal: no regulación sistemática

Acto, acto jurídico y acto procesal: directa

No negocio jurídico procesal (transacción)

II. PROCESO Y ACTOS PROCESALES

Guasp: actos concadenados; Canelutti: actos y un efecto final

a) Varios procedimientos (reducción procesos especiales, LEC/2000)

b) Varios regímenes para cada acto: 1) Arts. 179 a 185 y 229 a 291 LOPJ comunes; y 2) Art. 4 LEC: común

III. CONCENTRACIÓN

Klein: a) Actividad procedimental: unidad de acto

b) Contenido del proceso: cuestiones

IV. ORDEN SUCESIVO DE LOS ACTOS

Dispersión de los actos en fases o tiempos

Jacobo de las Leyes, Arias de Balboa, Bologna, Arnulfo

En todos los procedimientos hay orden, pero más en escrito

V. PRECLUSIÓN

Fase para cada acto; pérdida de la oportunidad; más en escritura

Art. 136 LEC (+ 400, 401). Precluye para las facultades; no para los deberes.

VI. EL IMPULSO PROCESAL

Para hacer avanzar el proceso dentro de una instancia

Impulso de parte o impulso oficial. Hoy todo oficial

Civil: Art. 179. Historia: art. 521 LEC/1881; D-ley de 1924; Ley 34/1984, art. 307

VII. PUBLICIDAD

a) Para las partes: es contradicción

b) Para el público, y entonces es:

1) Una forma de organizar el proceso: art. 120.1 CE

2) Un derecho fundamental de las partes: art. 24.2 CE

Art. 138 LEC

VIII. INMEDIACIÓN

Sobre todo en las pruebas: Contacto directo del juez

Imposibilidad del cambio de juez: Art. 137.2 LEC

Distinción de necesidad de presencia del juez

IX. REQUISITOS DE LOS ACTOS PROCESALES

No los específicos, sólo los generales

Distinguir: Presupuestos (del proceso) y Requisitos (de cada acto)

X. A) DE LUGAR

Regla general: Art. 129.1: en el local del órgano judicial. Excepciones:

- 1) Fuera del local; 2) Fuera de la sede; 3) Fuera de la demarcación

XI. B) DE TIEMPO

A) Momento de realización del acto

- a) Días hábiles: Art. 130: Inhabilidad de - días determinados
- mes de agosto

- b) Horas hábiles: Art. 130. Habilidad; (En la instrucción penal)

B) Orden de la sucesión de los actos: Art. 132

- a) Término: momento en el tiempo
- b) Plazo: lapso de tiempo
 - 1) Cómputo: 133
 - 2) Improrrogabilidad: 134
 - 3) Distinción entre propios e impropios

Duración de los plazos: legales o judiciales

XII. C) DE FORMA

Plasmación externa del acto: Oral o escrita

- Castellano y lengua de las CCAA (Art. 142):
- a) Personal del Juzgado
 - b) Partes y demás

XIII. DEFECTOS DE LOS ACTOS

Eficacia; y por falta de requisitos ineficacia

XIV. NULIDAD

Forma esencial; se aprecia de oficio por el juez

Arts. 238 a 243 LOPJ; Arts. 225 a 230 LEC. Coordinación

Modos de Hacerla valer:

- a) Control de oficio:
 - 1) Violencia o intimidación
 - 2) Ante sententiam
 - 3) Con ocasión de recurso
- b) A instancia de parte:
 - 1) Antes de la sentencia

2) Recurso

3) Incidente excepcional

XV. ANULABILIDAD

Facultades dispositivas de las partes; no de oficio.

XIV. IRREGULARIDAD

El acto produce sus efectos; pero corrección disciplinaria

XVII. SUBSANACIÓN DE DEFECTOS

Art. 11.3 LOPJ y art. 231 LEC; pero no hay regulación en leyes procesales

LOS ACTOS PROCESALES

Los actos procesales. Proceso y actos procesales. Concentración, orden sucesivo de los actos y preclusión. El impulso procesal. Publicidad e inmediación. Requisitos de los actos procesales: a) de lugar; b) de tiempo: términos y plazos: cómputo de los plazos; c) de forma (Consideración de la lengua oficial). Defectos de los actos; nulidad, anulabilidad, irregularidad; subsanación de defectos.

I. LOS ACTOS PROCESALES

El concepto de acto procesal está determinado por la concepción que se tenga sobre la teoría general del hecho y del acto jurídicos, por cuanto aquél no es más que una especie del género que es éste.

Si por hecho debe entenderse todo acaecimiento del mundo exterior que modifica la realidad existente, estaremos ante un hecho jurídico cuando la realidad modificada esté contemplada por una norma jurídica que extraiga consecuencias jurídicas de ese acaecimiento. Hecho procesal será, pues, el acaecimiento del mundo exterior que tiene efectos o consecuencias en el proceso. Elemento fundamental para distinguir el hecho del acto procesal es la falta en el primero y la presencia en el segundo de la voluntad del hombre.

Los hechos, aun cuando afecten directamente al proceso, no están determinados por la voluntad del hombre. Este es el caso de la muerte de la parte (art. 16 LEC) que abre la sucesión procesal, o la de la muerte del acusado (art. 115 LECRIM) que supone la terminación del proceso penal. No existe en el Ordenamiento procesal español un tratamiento sistemático de los hechos procesales, sino normas dispersas que contemplan hechos específicos.

El acto presupone la actividad de una persona en cuanto manifestación de su voluntad y estaremos ante un acto jurídico cuando ese comportamiento y su voluntad esté contemplado por una norma jurídica que extraiga consecuencias de esta naturaleza. El acto procesal no puede definirse como aquel acto jurídico que produce consecuencias en el proceso, sino como el acto por medio del que el proceso se realiza, de modo que aquél ha de producir sus consecuencias de modo directo en el proceso.

No todos los actos que tienen influencia o repercusión en el proceso pueden considerarse procesales; para que alcancen esa naturaleza es preciso que su repercusión sea directa e inmediata y no sólo indirecta o mediata. Por ejemplo, es indudable que el poder notarial otorgado a procuradores puede tener repercusiones en el proceso, pero el acto del otorgamiento no es procesal, entre otras cosas porque es posible que exista poder y que no llegue a existir nunca proceso.

La categoría del negocio jurídico no es aplicable en el proceso, y no lo es porque no son las partes las que determinan los efectos de los actos procesales que realizan, al venir éstos establecidos por la ley. Ni siquiera en el supuesto que más se parece a un negocio jurídico, el de la transacción, puede decirse que son las partes las que determinan los efectos, pues éstos se derivan del auto del juez que la recoge o asume, y es ese auto el que es título ejecutivo por ejemplo. Como se ve en el art. 19.2 LEC es homologada por el tribunal que está conociendo del litigio y según el art. 517.2, 3.º el título ejecutivo es la resolución judicial que homologa la transacción judicial.

Establecido el concepto de acto procesal, el paso siguiente puede consistir en proceder a establecer los criterios para la clasificación de los mismos, que pueden ser muy variados, aunque suele atenderse, bien a la función del acto, bien a quien sea su autor. En la doctrina española suele ser más común este segundo criterio y así se habla de actos de las partes y actos del órgano jurisdiccional, subdistinguiendo dentro de esta última clase entre actos del juez y actos del secretario (y aun del agente judicial).

Ahora bien, no es este el lugar para exponer cada uno de esos actos, por cuanto el Tema 8 se destina a los actos del juez y el Tema 9 a los actos del secretario, con lo que aquí basta hacer las remisiones oportunas.

II. PROCESO Y ACTOS PROCESALES

Aunque los actos procesales pueden estudiarse uno a uno individualmente considerados, esa consideración aislada les privaría de algo que es esencial al proceso: el que los actos se presentan siempre concadenados, de modo que, como decía Guasp, cada acto es presupuesto de admisibilidad del siguiente (salvo el último) y es también condición de la eficacia del acto precedente (salvo el primero). Aparece así el procedimiento como serie de concadenada de actos o, como decía Carnelutti, la coordinación de varios actos autónomos con vistas a la producción de un efecto jurídico final.

Partiendo, pues, de esta realidad de actos concadenados con los que se forma el procedimiento, debe tenerse en cuenta:

a) Las leyes procesales no suelen presentar una única manera de concadenar los actos, esto es, no suelen regular un procedimiento único, sino que suelen establecer varios procedimientos, es decir, varias modalidades de concatenación de los actos.

En algunos casos es obvio que las concatenaciones de actos tienen que ser diferentes, y así no puede ser lo mismo un procedimiento de declaración que otro de ejecución, pero ocurre que, incluso dentro de uno u otro, la ley ha procedido a establecer diversos procedimientos de declaración y diversos procedimientos de ejecución, con lo que para conseguir el mismo efecto jurídico la ley ha establecido diversas maneras de concadenar los actos procesales. Aparece así la proliferación de procedimientos de la que ha hecho reiterada crítica nuestra doctrina y que la LEC de 2000 ha pretendido simplificar.

b) Tampoco con relación a los actos procesales individualmente considerados existe una única manera de que sean realizados, sino que las leyes establecen diversos regímenes de conformación de los mismos (la sentencia como acto procesal no tiene siempre los mismos requisitos). Esta diversidad es paliada en parte por dos circunstancias:

1ª) La LOPJ en sus arts. 179 a 185 y 229 a 291 contiene una especie de régimen común, que se quiso fuera aplicable a todos los procesos, normas que la LEC de 2000 ha pretendido llevar a la misma, para que, de conformidad con su art. 4, se convierta en la ley procesal común; en estos momento estamos en una situación de indeterminación pues las normas de la LOPJ no han podido ser derogadas.

2ª) Sin perjuicio de lo anterior y de modo especial, la LEC aparece también, en alguna medida como norma común, pues a la regulación de los actos procesales contenida en ella se remiten la LPL (Disp. Adic. 1ª) la LJCA (Disp. Adic. 6ª) y la LOTC (art. 80). En la LECRIM no existe esta norma de remisión.

A pesar, pues, de la variedad de regímenes jurídicos de los actos procesales y de la existencia de muchas formas de combinar los actos procesales, en cuanto dan lugar a multitud de procedimientos, puede intentarse un estudio conjunto de lo que podemos considerar teoría general de los actos procesales.

CONCENTRACIÓN, ORDEN PRECLUSIVO DE LOS ACTOS Y

PRECLUSIÓN

Se está aquí haciendo referencia a principios del procedimiento que deben examinarse por separado para percatarse de su exacto contenido.

III. CONCENTRACIÓN

Este principio debe considerarse, siguiendo a Klein, desde dos puntos de vista complementarios:

a) Con relación a la actividad procedimental: Aspira a que los actos procesales se realicen en una sola audiencia o, en todo caso, en unas pocas audiencias próximas temporalmente entre sí. Aparece así la idea de unidad de acto, sin perjuicio de que el mismo sea preparado por algunos escritos de las partes. Esta unidad de acto se había conseguido tanto en el proceso penal (en la fase de juicio oral del mismo) como en el proceso laboral, pero la LEC de 2000 la ha llevado también al proceso civil, y no sólo al juicio verbal sino, sobre todo, al juicio ordinario, con su distinción entre audiencia previa y juicio.

La comprensión de la concentración procedimental pasa por advertir que la misma forma parte de algo más general: del procedimiento oral, del que es consecuencia, como decía Klein. El procedimiento escrito conduce a la dispersión de los actos procesales en el tiempo, que es lo que sucedía básicamente en el proceso civil antes de la reforma de la LEC de 2000. Lo nuevo de ésta, en el aspecto del procedimiento, ha consistido en pasar del predominio total de la escritura al predominio moderado de la oralidad, con lo que la actividad procedimental, después de una fase de preparación escrita, se concentra en la audiencia previa y en el juicio.

b) Con relación al contenido del proceso: Significa que todas las cuestiones previas, incidentales y prejudiciales se discutirán en el mismo acto único y se resolverán en la única sentencia, sin dar lugar a procedimientos independientes.

Como decía Prieto-Castro en un proceso dominado por la oralidad todas estas cuestiones se concentran en la vista, juicio o acto oral único, sin impedir la entrada en el fondo del asunto o, una vez dentro de él, no provocan un procedimiento independiente, y el juez resuelve sobre todas ellas al decidir sobre el fondo.

También aquí presupuesto de este tipo de concentración es la oralidad del procedimiento. En un procedimiento escrito lo normal es que se produzca una dispersión de todas estas cuestiones, dando lugar a procedimientos independientes con resolución propia para cada una de ellas. En un procedimiento oral las cuestiones prejudiciales no devolutivas se deciden junto al fondo del asunto (arts. 42 y 43 LEC) y las cuestiones incidentales de especial pronunciamiento también (art. 389); sólo para las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento se permite la suspensión del procedimiento principal (art. 390), por cuanto las mismas pueden determinar la no continuación de éste.

IV. ORDEN SUCESIVO DE LOS ACTOS

La alternativa de la concentración es la dispersión en el tiempo de los actos procesales. Frente al acto único y concentrado del procedimiento oral, el procedimiento escrito exige que se establezcan una serie de lapsos de tiempo para que cada parte realice el correspondiente escrito y se comunique a la otra parte, y lo mismo cabe decir de las resoluciones judiciales. El procedimiento se dispersa así en fases o tiempos.

La división del procedimiento en fases rígidas, destinadas a la realización de actos de contenido y forma predeterminadas es algo típico del proceso civil común medieval, y así pueden encontrarse incluso libros que se referían a los tiempos de los pleitos, como los de Jacobo de las Leyes y Arias de Balboa, en España, y de Juan de Bologna y Arnulfo en la escuela de Bolonia. Según Beceña en el tradicional juicio de mayor cuantía de la LEC de 1881 podía encontrarse todavía la división en ocho de esos tiempos.

Un cierto orden sucesivo de los actos puede encontrarse en todos los procedimientos, incluso en aquellos más orales y concentrados, pues siempre será necesario que la audiencia única o el acto oral y concentrado de la vista (los actos de la audiencia previa y juicio) se realicen siguiendo un orden. Siendo esto evidente, el principio de dispersión de los actos procesales en el tiempo supone algo añadido, pues en él de lo que se trata es de que se establecen fases o tiempos rígidos, separados en el tiempo, dentro de los que han de realizarse actos determinados con contenido específico, de modo que si no se realizan se produce la preclusión.

V. PRECLUSIÓN

Significa que dentro de las distintas fases o tiempos del procedimiento han de realizarse actos concretos con contenido determinado, de tal manera que si la parte no lo realiza oportunamente pierde la posibilidad de realizarlo. Así la ley marca, por ejemplo, un plazo para contestar a la demanda, y si el demandado no aprovecha la posibilidad que le concede la ley, no podrá realizar ya las alegaciones propias de la contestación de la demanda.

Es también evidente que una cierta preclusión ha de encontrarse en todos los procedimientos, sean cuales fueren los principios básicos que los informen, pero en el procedimiento escrito la preclusión es el único sistema para hacer avanzar el proceso con orden. La preclusión más el impulso de oficio hacen que los procedimientos, una vez puestos en movimiento por las partes, lleguen a su final. En este sentido el art. 136 de la LEC de 2000 dice: “Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Secretario Judicial dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y acordará lo que proceda o dará cuenta al tribunal a fin de que dicte la resolución que corresponda”.

Es preciso advertir que la preclusión opera frente a las partes, no frente al órgano judicial. Si al juez le concede la ley un plazo para dictar sentencia, por ejemplo, el transcurso del mismo sin que el juez la dicte, no puede suponer que precluya el deber del juez de dictarla. Podría decirse que precluye el derecho a realizar un acto procesal, pero no el deber de hacerlo; la sanción por la no realización de aquello a lo que se tiene derecho es la preclusión; la sanción de los deberes supondrá corrección disciplinaria.

La referencia de la LEC de 2000 a la preclusión no se encuentra sólo en el art. 136, aunque éste se dedique especialmente a la misma. Tanta o más trascendencia tiene el art. 400 relativo a la preclusión de las alegaciones de hechos y de fundamentos jurídicos, con importantes efectos sobre la cosa juzgada. Debe atenderse también a los arts. 401 sobre la preclusión de la acumulación de pretensiones (escrito de ampliación de la demanda) y 271 sobre la preclusión en la presentación de documentos, informes, instrumentos y dictámenes.

Dividido el procedimiento en fases rígidas y destinadas a la realización de actos de contenido y forma predeterminados, y habida cuenta de la preclusión, aparece como

necesario que las partes acumulen todos los medios de defensa de que dispongan en cada una de ellas. Es lo que se llama principio de acumulación eventual o de eventualidad.

VI. EL IMPULSO PROCESAL

La alternativa entre el impulso de parte y el impulso oficial no se refiere a quien inicia el proceso, y ni siquiera a en manos de quien queda la iniciativa para continuarlo por medio de los recursos o de la ejecución, pues a ello atienden otros principios. Cuando se habla del impulso se está haciendo a referencia a quién, las partes o el órgano judicial, hace avanzar el proceso dentro de una instancia o dentro de la ejecución.

En el impulso de parte el proceso avanza a instancia de parte, pues son éstas las que deben solicitar que se declare terminado un trámite procesal y que se abra el siguiente, mientras que cuando el rige el impulso de oficio el órgano judicial dicta las resoluciones precisas para hacer avanzar el proceso, sin esperar a que exista petición de parte.

En la actualidad el impulso oficial rige en todos los procesos, por cuanto se ha entendido que ha de quedar dentro de las facultades del órgano jurisdiccional, presupuesta la incoación conforme al sistema que la rija, el hacer que el proceso se desarrolle por sus fases normales. Adviértase, con todo, que el impulso no se refiere a la continuación del proceso por medio de los recursos y de la ejecución, que siempre exigen petición de parte:

Para el proceso civil el art. 179 de la LEC establece el deber de órgano judicial de dar de oficio al proceso el curso que le corresponda, dictando al efecto las resoluciones necesarias.

Es conveniente comprender el gran cambio producido en el proceso civil. El art. 521 de la LEC de 1881 en su redacción originaria establecía el impulso de parte, pero ese artículo fue dejado sin contenido por el RD-ley de 2 de abril de 1924 que estableció el impulso de oficio. Luego la Ley 34/1984, de 6 de agosto, lo introdujo en el art. 307 de la LEC. El cambio, obviamente mantenido en la LEC de 2000, supone el abandono de un procedimiento que avanzaba o se paralizaba sólo cuando a las partes le convenía, lo que no es contrario a que las partes, de acuerdo, pidan la paralización del mismo (arts. 179 y 19 LEC de 2000).

PUBLICIDAD E INMEDIACIÓN

Aunque se trata de dos principios relacionados entre sí, hay que distinguir entre ellos pues atienden a aspectos distintos del proceso.

VII. PUBLICIDAD

Cuando se habla del principio de publicidad suele distinguirse entre publicidad para las partes y publicidad general, pero esta distinción parte de una confusión:

a) La llamada publicidad para las partes se refiere en realidad al principio de contradicción o audiencia, pues si un acto procesal fuera secreto para las partes, no se estaría haciendo simplemente referencia a la forma del proceso, al procedimiento, sino que se estaría colocando a aquellas en situación de indefensión.

b) La verdadera publicidad, la que aquí debe considerarse, es la que se refiere al público, y respecto de ella hay que concluir que consagra a uno de los aspectos más políticos del proceso, hasta el extremo de que se ha recogido en las constituciones:

1º) Como forma de organizar el proceso (art. 120.1 CE: “Todas las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento”), y

2º) Como derecho fundamental de las partes (art. 24.1 CE: derecho a “un proceso público”).

Los problemas en la actualidad no se refieren tanto a la publicidad en sí misma considerada, sino a las excepciones que permite el art. 120.1 de la CE, pues la norma fundamental no establece los criterios con base en los cuales las leyes de procedimiento pueden establecer esas excepciones. Algo añade el art. 138 de la LEC dado que:

1) Reconoce su carácter excepcional, lo que supone interpretación restrictiva (STC 176/1988, de 4 de octubre).

2) Establece los criterios, que son orden público, seguridad nacional en una sociedad democrática y protección de los derechos y libertades, es decir, unos criterios generales (poco precisos) y otro particular (más claro, la tutela de los derechos, libertades e intereses).

3) Exige audiencia de las partes y resolución motivada (STC 62/1982, de 15 de octubre).

4) El secreto, es decir, la puerta cerrada, puede referirse a todas las actuaciones o a una parte de las mismas.

En la práctica las cuestiones dudosas no se han presentado con relación al público en sentido estricto, sino respecto de los medios de comunicación. Algunas sentencias del TC han establecido algunos criterios (así SSTC 30/1982, de 1 de junio, 13/1985, de 31 de enero), pero no se ha resuelto todavía el acceso de las cámaras de televisión y de los fotógrafos, por lo menos de modo definitivo.

Como es lógico la LEC sigue manteniendo secretas las deliberaciones de los órganos judiciales colegiados y el resultado de las votaciones (art. 139).

VIII. INMEDIACIÓN

Atiende a la exigencia de que el juzgador se haya puesto en contacto directo con las demás personas que intervienen en el proceso, sin que exista entre ellos elemento alguno interpuesto. Esta exigencia es particularmente importante con relación a las pruebas, hasta el extremo de que normalmente se ha venido concibiendo la inmediación solamente como la exigencia de que el juzgador que ha de pronunciar la sentencia haya asistido a la práctica de la prueba.

Uno de los efectos más importantes de la inmediación es la imposibilidad de que se produzcan cambios en la persona del juzgador durante la tramitación del proceso y en especial a la hora de la sentencia, de modo que no pueden jueces distintos uno presenciar las pruebas y otro dictar sentencia. Esto explica el art. 98.1 de la LPL, el que en el proceso penal tengan que dictar sentencia precisamente el juez o los magistrados ante los que se realizó el juicio oral (arts. 746 y 749 LECRIM) y lo mismo en el proceso civil respecto del juicio o de la vista (arts. 137.2, 193.3 y 194.1 LEC), debiendo repetirse el juicio o la vista si ello no es posible.

No desde luego por la mejor doctrina, pero sí por algunos prácticos, se confunde entre principio de inmediación y necesidad de la presencia del juez en algunos actos procesales. La inmediación responde a la concepción de que el juez

que dicta la sentencia se basa para ello, en lo que se refiere a la prueba, en lo visto y oído por él personalmente, no en la documentación de los actos probatorios, y así adquiere pleno sentido que no pueda un juez haber presidido la prueba y otro dictar la sentencia; inmediación existe también cuando unos mismos magistrados tienen que realizar la vista del recurso de apelación y dictar la sentencia, sin que puedan producirse cambios, que es lo que dice el art. 137.2 LEC.

Por el contrario, cosa muy distinta es que la ley exija como requisito formal de un acto la presencia del juez o el que la actividad sea presidida por un juez. Si en un proceso el juez dicta sentencia con base en lo que consta por escrito en las actuaciones, es decir, con el reflejo documental de la práctica de las pruebas (que es a lo que se refería el viejo brocardo *quod no es in actis no est in mundo*), en ese proceso ni rige el principio de inmediación, por mucho que la ley imponga la presencia del juez (de un juez, de cualquier juez) en la realización de los actos de prueba.

En su verdadero sentido la inmediación sólo puede regir en los procedimientos orales, no en los escritos. En aquellos puede imponerse la oralidad y la inmediación con todas las consecuencias, que es lo que ocurre en el proceso penal y el proceso laboral, mientras que en el proceso civil que establece la nueva LEC se prevé la inmediación pero no se lleva a sus últimas consecuencias, pues se admite la posibilidad de que practique la prueba juez distinto del que debe dictar la sentencia, aunque sea con carácter excepcional.

El que debe dictar sentencia el juez que ha presidido la práctica de la prueba está presente por ejemplo en los arts. 193.3, 194.1, 199 y 200 LEC. Según el art. 169.4 el interrogatorio de las partes, la declaración de los testigos y la ratificación de los peritos se realizará en la sede el 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, pero por razón de la distancia, dificultades del desplazamiento, circunstancias personales de la parte, del testigo o del perito o por cualquier otra causa de análogas características que haga imposible o muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del juzgado o tribunal, se podrá práctica la prueba por auxilio judicial.

La norma más clara relativa a la necesidad de inmediación en la LEC de 2000 es el art. 194.1: En los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la sentencia sólo dictarse por el juez (unipersonal) o magistrados

(colegiado) que hayan asistido a la vista o juicio, y ello incluso aunque después alguno de ellos haya dejado de ejercer funciones jurisdiccional en el órgano judicial.

IX. REQUISITOS DE LOS ACTOS PROCESALES

En la determinación de los requisitos de los actos procesales hay que distinguir dos niveles:

1º) Cada acto procesal tiene unos requisitos específicos, propios y exclusivos del mismo que determinan la producción de sus efectos también característicos.

2º) Existen reglas generales que se refieren a requisitos que son comunes a todos los actos.

Aquí hemos de atender a los requisitos comunes o generales que pueden definirse como las circunstancias establecidas por la ley a las que deben acomodarse los actos para que produzcan los efectos previstos. El principio básico a tener en cuenta es el de legalidad recogido en los arts. 1 de la LEC y de la LECRIM.

Antes de seguir hay que dejar clara la distinción entre:

1) Presupuestos procesales: Son las circunstancias que deben concurrir en el conjunto del proceso, para que en éste pueda llegarse a dictar una resolución sobre el fondo del asunto.

2) Requisitos procesales: Atienden a actos individualmente considerados y pueden condicionar la eficacia de los actos, pero uno a uno considerados.

La falta de un presupuesto repercutirá en que en el proceso no podrá llegarse a dictar una sentencia de fondo (al no estar bien constituida la relación jurídica procesal, en la terminología utilizada por el Tribunal Supremo), mientras que la falta de un requisito lleva a la ineficacia de un acto concreto. La confusión entre unos y otros se ha producido porque muchas veces el control de los presupuestos procesales tiene que realizarse en el momento de la admisión del acto inicial del proceso, pero incluso en ese momento debe distinguirse entre lo que afecta al proceso en general y lo que es propio del acto determinado.

El primero que intentó en España una sistematización de los requisitos de los actos procesales fue Guasp, el cual se refería a los requisitos de aptitud de los

sujetos, voluntad, objeto del acto y causa (aparte de los que luego diremos). Luego puede citarse a Montero, pero en lo que sigue nos ceñiremos al Programa.

X. A) DE LUGAR

La regla general consiste en que los actos procesales deben realizarse dentro de la demarcación territorial de cada órgano judicial, dentro de la localidad donde éste tiene su sede y en el local destinado al mismo. Esta regla no está literalmente expresada en las leyes pero es manifiesta en cuanto que las leyes sí regulan las excepciones a la misma. El art. 129.1 de la LEC dice que las actuaciones del juicio se realizarán en la sede del tribunal, salvo aquéllas que por su naturaleza deban practicarse en otro lugar.

La regla general tiene, con todo, excepciones, que pueden referirse a:

a) Los actos del tribunal pueden realizarse fuera del local del tribunal pero en la localidad donde radica la sede; por ejemplo, determinados actos de prueba (art. 311, para el interrogatorio de las partes, art. 353 para el reconocimiento judicial, art. 364 para el interrogatorio de testigos) o como sucede con las notificaciones.

En relación con la presentación de los escritos por las partes, si bien la regla general es la de que éstos se presenten en el local del tribunal (en la Secretaría o en la oficina o servicio de registro central si lo hubiere), cabe excepcionalmente presentarse en el Juzgado de Guardia (art. 41 del Regl. 5/1995, de aspectos accesorios de las actuaciones judiciales), pero no cuando se trate de actuaciones ante los tribunales civiles, en los procesos ante los cuales no se admite la presentación de escritos en el Juzgado que preste el servicio de guardia (art. 135.2 LEC).

b) Los actos que se realicen fuera de la localidad donde radica la sede del tribunal pero dentro de su circunscripción. Así lo prevé el art. 129.3, cuando fuere necesario o conveniente para la buena administración de justicia. Se trata de los actos del tribunal, no de las partes, siendo lo normal aquí la petición de auxilio judicial (art. 169.3 LEC). Esto supone, especialmente, que el Juzgado de Primera Instancia puede realizar actos procesales en cualquier punto de su partido judicial, sin acudir al auxilio judicial de los Juzgados de Paz.

El extremo de verdadero interés en este orden de cosas es el relativo a si los Juzgados de Paz pueden o deben prestar el auxilio judicial en la práctica de las pruebas, a

lo que debe contestarse negativamente, atendido lo dispuesto en los arts. 169 y 170 LEC. Los Juzgados de Paz han de prestar auxilio judicial en los actos de comunicación, pero no en los de prueba.

c) Fuera de la circunscripción: Los tribunales solicitarán en este caso el auxilio judicial (art. 169.2 LEC), sin perjuicio de la posibilidad que les atribuye el art. 275 LOPJ de desplazarse fuera del territorio de su circunscripción para la práctica de actuaciones de prueba, permitiéndose la realización de diligencias en lugar no comprendido en su territorio, cuando el mismo se halle próximo y ello resulte conveniente, dando inmediata noticia al juez competente.

La LEC de 2000 está admitiendo la posibilidad de que los medios de prueba se practiquen por juez distinto del que ha de dictar la sentencia, acudiendo para ello al auxilio judicial, y ello lo permite incluso cuando se trata del reconocimiento judicial. Es cierto que esta posibilidad se concibe de modo excepcional, pero su admisión comporta una importante excepción a la inmediación.

XI. B) DE TIEMPO; TÉRMINOS Y PLAZOS; CÓMPUTO DE LOS PLAZOS

La regulación temporal de los actos procesales puede contemplarse desde dos perspectivas:

A) Atiende al *momento de realización del acto* y se centra en su práctica en días y horas hábiles (art. 130):

a) Son días hábiles todos los del año menos aquéllos de los que existe declaración expresa de inhabilidad, y esa declaración legal se hace de dos maneras:

1ª) Con relación a días determinados: Se declaran inhábiles los domingos, los días de fiesta nacional y los festivos a efectos laborales en la respectiva Comunidad Autónoma o localidad, lo que supone una remisión a normas administrativas (RD 2.001/1983, de 28 de julio).

2ª) Respecto de todos los días del mes de agosto.

b) Son horas hábiles, sigue diciendo el art. 130.3, las que median desde las ocho de la mañana a las ocho de la tarde (salvo que la ley disponga otra cosa para una actuación concreta, y así son hábiles para los actos de comunicación y ejecución desde las ocho a las diez de la noche).

Los tribunales podrán, de oficio o a instancia de parte, habilitar días y horas inhábiles, cuando hubiere causa urgente que lo exija, siendo consideradas como urgentes las actuaciones del tribunal cuya demora pueda causar grave perjuicio a los interesados o a la buena administración de justicia, o provocar la ineficacia de una resolución judicial (art. 131.1 y 2). Tal es el caso de las medidas cautelares. Para estas actuaciones urgentes serán hábiles los días del mes de agosto, sin necesidad de expresa habilitación; y tampoco será necesaria habilitación para proseguir en horas inhábiles las actuaciones urgentes que se hubieren iniciado en horas hábiles (art. 131.3). En todo caso, no cabe interponer recurso alguno contra las resoluciones de habilitación de días y horas hábiles (art. 131.4).

B) Atiende al *orden de la serie de actos* que componen el procedimiento y se refiere a la distinción entre término y plazo (art. 132 LEC):

a) El término es un momento en el tiempo, determinado por día y hora, en el que precisamente tiene que realizarse la actuación judicial; se cita para un término.

b) El plazo es un lapso de tiempo, dentro del que puede realizarse el acto procesal, y exige la determinación de un momento inicial (*a quo*) y de otro final (*ad quem*); se emplaza para un plazo.

Esta clara distinción no siempre se ha respetado en las leyes, en las que suele utilizarse erróneamente la palabra término para referirse a verdaderos plazos. Ahora la distinción está correcta expresada en el art. 132.1 LEC.

Con relación sólo a los plazos debe tenerse en cuenta:

1º) Su cómputo: Para el que debe estarse al art. 133. Distinguiendo entre:

1”) Día inicial: Para la realización de los actos de las partes debe considerarse día inicial el siguiente a aquél en el que se hubiere efectuado el acto de comunicación (art. 133.1).

2”) Sistema de cómputo: 1) Cuando la Ley señala un plazo que comienza a correr desde la finalización de otro, aquél se computará, sin necesidad de nueva notificación, desde el día siguiente al del vencimiento de éste (art. 133.1, II); 2) Si el plazo se fija por días se descuentan los inhábiles y si se fija por meses o años no se descuentan sino que se estará a de fecha a fecha (art. 133.2 y 3); 3) Para los plazos de actuaciones urgentes no se considerarán inhábiles los días del mes de agosto y sólo se excluirán del cómputo los domingos y festivos (art. 133.2, II).

3”) Día final: Se computa íntegramente el día del vencimiento (que expira a las veinticuatro horas) (art. 133.1), si bien cuando ese día sea domingo u otro día inhábil el plazo se entiende prorrogado al siguiente día hábil (art. 133. 4).

2.º) La improrrogabilidad, a la que se refiere el art. 134, si bien es posible la interrupción de los plazos (y la demora de los términos), en los supuestos en que concurra fuerza mayor que impida cumplirlos, reanudándose su cómputo en el momento en que hubiera cesado la causa determinante de la interrupción. La concurrencia de causa de interrupción (fuerza mayor) ha de ser apreciada por el tribunal, de oficio o a instancia de parte que la sufrió, con audiencia de las demás (art. 134 LEC).

3º) La distinción entre:

1”) Propios: Son los que se confieren a las partes o a las personas que sin ese carácter intervienen en el proceso para la realización de un acto procesal; el efecto principal de su inobservancia es que precluye el trámite pasándose, por el impulso de oficio, al trámite siguiente, con pérdida de la posibilidad de realizar el acto (art. 136 LEC).

2”) Impropios o judiciales: Son los establecidos para la realización de actos por el personal de los órganos jurisdiccionales; su inobservancia no implica preclusión, de modo que el sujeto sigue obligado a realizar el acto, si bien queda la posibilidad de exigir responsabilidad disciplinaria (art. 132.3).

La duración de los plazos suele venir establecida en la ley. Algunas veces esto no ocurre y entonces:

1) Cuando se trata de plazos propios, el juez o tribunal debe concretar su duración, dentro de ciertos límites, y

2) Tratándose de plazos impropios, el acto debe ser realizado sin dilación (arts. 132.2 LEC y 198 LECRIM) o sin levantar mano.

XII. C) DE FORMA

En sentido estricto la forma es la plasmación externa del acto, el cómo se manifiesta al exterior. Cuando se habla de forma suele emplearse esta palabra en su sentido más amplio que comprende, incluso, el tiempo y el lugar, pero entonces se

está usando la terminología sin precisión. La forma no puede referirse al conjunto de los requisitos del acto procesal, sino sólo a aquéllos que atienden a cómo se exterioriza el acto.

Esa forma de exteriorización hace posible la existencia de dos tipos de actos:

a) Actos orales: El requisito básico de estos actos se refiere a quienes deben estar presentes en su realización y a quienes se puede conceder la palabra, que es cosa distinta de la intermediación.

b) Actos escritos: Estos actos no precisan de papel especial para su realización pero en ellos importan especialmente los requisitos de las firmas de su autor o autores y, sobre todo, de su contenido. Cuando se trata de actos de parte han de presentarse tantas copias cuantas sean las partes contrarias.

Cuando lo que se exterioriza es una declaración de voluntad el requisito común es del idioma que se puede emplear. En general el idioma será el castellano, “lengua oficial del Estado” (art. 142.1 LEC), si bien debe tenerse en cuenta que:

1.º) Podrá usarse también la lengua oficial propia de la Comunidad Autónoma, si ninguna de las partes se opusiere, alegando desconocimiento de ella que pudiere producir indefensión (art. 142.2 LOPJ).

2.º) Las partes, sus procuradores y abogados, los testigos y peritos podrán utilizar la lengua de la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan lugar las actuaciones judiciales, tanto en manifestaciones orales como escritas (art. 142.3).

3.º) Las actuaciones judiciales realizadas y los documentos presentados en el idioma oficial de una Comunidad Autónoma tendrán plena validez y eficacia sin necesidad de traducirlos al castellano, traduciéndose solo cuando así lo dispongan las leyes, cuando una parte alegue indefensión y cuando hayan de surtir efecto fuera de la Comunidad (art. 142.4).

Cuestión distinta es si se aportan documentos redactados en idioma que no es ni el castellano ni el de la Comunidad Autónoma, en cuyo caso debe acompañarse traducción, pudiendo ser realizada privadamente, quedando abierta la posibilidad de impugnación por la otra parte, y ordenándose por la discrepante la traducción oficial a costa del que presenta el documento. Si la traducción oficial fuere sustancialmente idéntica a la privada, los gastos derivados de aquélla correrán a cargo de quien la solicitó (art. 144).

4.º) En las actuaciones orales el juez podrá nombrar intérprete para cualquier persona no conocedora de la lengua (art. 142.5). La decisión se formula mediante providencia, exigiéndose al intérprete juramento o promesa de fiel traducción.

5.º) La LEC regula dos supuestos específicos: 1) En caso de interrogatorio o declaración, o participación de conocimiento personal de una resolución respecto de personas que no conocen el castellano ni, en su caso, la lengua oficial de la Comunidad, se procederá a nombrar intérprete, levantándose donde constará el texto original y su traducción al idioma oficial, siendo firmada por el intérprete (art. 143.1); y 2) Cuando se tratare de un sordomudo que sepa leer y escribir, la actuación se convierte en escrita; si no sabe ni leer ni escribir, se le nombra un intérprete adecuado, documentándose la actuación en acta (art. 143.2).

XIII. DEFECTOS DE LOS ACTOS

Cuando un acto procesal cumple con los requisitos previstos para el mismo en la ley la consecuencia es la producción de los efectos determinados en ella. La ineficacia es la alternativa y supone la no producción de esos efectos ante el incumplimiento de los requisitos. Ahora bien, atendido que no todos los requisitos tienen la misma naturaleza, su incumplimiento puede tener diversos grados en la ineficacia:

XIV. NULIDAD

Se producirá ante el incumplimiento de requisitos esenciales y puede apreciarse de oficio por el juzgador. Para su determinación debe tenerse en cuenta que los arts. 225 a 230 de la LEC no entraran en vigor hasta que se dicte la ley orgánica que reforme la LOPJ y sus art. 238 a 243. Los supuesto de nulidad son:

1º) Cuando se produzcan los actos por o ante el tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

2º) Cuando los actos se realicen bajo violencia o la intimidación, sean del tribunal, de las partes o de cualquier persona que intervenga en el proceso.

3º) Cuando se prescinda de normas esenciales del procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión. Debe considerarse también

como nulos los actos procesales que impliquen ausencia de los requisitos indispensables para alcanzar su fin o determinen efectiva indefensión (art. 227.1).

4º) Cuando se realicen sin intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como obligatoria.

5º) En los demás casos en que esta Ley así lo establezca.

Respecto del modo de declarar la nulidad se distingue entre:

a) Control de oficio:

1º) Actos realizados bajo violencia o intimidación (art. 225, 2.º): Los tribunales, tan pronto como se libren de ellas, declararán nulo todo lo practicado, pudiendo incluso promover la formación de causa contra los culpables (art. 226.1).

Y la misma nulidad de oficio podrá decretarse cuando de actos de parte o de cualquier interviniente procesal se tratare, siendo que la declaración de nulidad producirá la de todos los relacionados con él o que pudieran haberse visto condicionados o influidos sustancialmente por el acto nulo (art. 226.2).

2º) Nulidad *ante sententiam*: Podrá declararse con carácter general, previa audiencia de las partes, de oficio, la nulidad de todas las actuaciones o de alguna de ellas en particular, siempre que no proceda la subsanación (art. 227.2).

3.º) Con ocasión de un recurso: Podrá tan sólo decretarse la nulidad en este caso cuando se tratare de apreciar falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional, o cuando se tratare de acto producido bajo violencia o intimidación que afectare a ese tribunal (art. 227.2, II), quedándole vetado este medio en todos los demás supuestos de nulidad.

b) A instancia de parte por alguna de las siguientes vías:

1ª) Cuando la petición de parte se realiza antes de que se dicte la resolución que pone fin al proceso y siempre que no proceda su subsanación (art. 227.2), .

2ª) Cuando la petición de la parte se realiza, tras la sentencia, mediante la interposición de los medios de impugnación previstos en la ley (art. 227.1).

3ª) Cuando la petición de parte se formula, tras la sentencia o resolución firme que le pone fin, mediante la interposición de un incidente excepcional de

nulidad de actuaciones (art. 228). A pesar de que el legislador se refiere a este medio como incidente excepcional de nulidad de actuaciones, no parece que sea un verdadero incidente, sino que más bien, por el momento procesal en el que se insta, terminado el proceso, nos hallamos más ante un supuesto de impugnación de la cosa juzgada, máxime si se tiene en cuenta que el efecto pretendido es la rescisión de la sentencia y de lo actuado, reponiendo las actuaciones.

En todo caso, la nulidad del acto no implica la de los sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido no pudiese haber sido distinto en caso de no haber concurrido la causa que dio lugar a la nulidad (art. 230).

XV. ANULABILIDAD

Los requisitos incumplidos son aquí aquellos respecto de los que las partes tienen facultades dispositivas, con lo que se está diciendo que no pueden ponerse de manifiesto de oficio por el órgano jurisdiccional, sino que es precisa petición de la parte que se crea perjudicada.

El incumplimiento del requisito del tiempo puede generar sólo anulabilidad en atención a la no esencialidad del requisito en cada caso (art. 229 LEC) y en general son sólo anulables los actos de parte que carezcan genéricamente de los requisitos legales (art. 230.2), aunque serán nulos si no pueden cumplir su fin o si determinan indefensión (art. 227.1).

La LOPJ no se refiere a la inexistencia del acto. Esta categoría se justifica en general, según De castro, en que sirve para salvar las deficiencias de una norma que exija expresión específica de las causas de nulidad, por cuanto pueden existir defectos más graves que aquellos para los que la ley prevé la nulidad.

XVI. IRREGULARIDAD

Problema distinto de la ineficacia es el de la irregularidad de los actos procesales. En ocasiones la falta de un requisito no impide que el acto despliegue sus efectos normales, pero el incumplimiento de la ley lleva a que ésta prevea una sanción para el autor del acto.

Por ejemplo el incumplimiento de los plazos impropios por el órgano judicial no implica la nulidad del acto ni la anulabilidad del mismo, pero sí puede suponer la imposición de una corrección disciplinaria (art. 132.3 LEC).

XVII. SUBSANACIÓN DE DEFECTOS

Posiblemente en la actualidad lo más importante no sea tanto el tema de la ineficacia de los actos procesales, como el de la subsanación de los defectos. A la misma se refieren:

1º) El art. 11.3 de la LOPJ que, con referencia al art. 24 de la CE, ordena a los Juzgados y Tribunales resolver sobre las pretensiones que se les formulen, pudiendo desestimarlas por motivos formales sólo cuando el defecto fuere insubsanable o no se subsanare por la parte por el procedimiento establecido en las leyes.

2º) El art. 231 de la LEC diciendo que el tribunal cuidará de que puedan ser subsanados los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos por la ley

Como puede verse la LOPJ y la LEC, siguiendo fundamentalmente la doctrina del TC, han establecido el principio de la subsanación de los defectos procesales, pero lo han hecho:

1º) Dejando en manos del tribunal la creación de una tramitación caso por caso de las posibles subsanaciones, sin regular un procedimiento específico de subsanación; y

2º) Condicionando la subsanabilidad a los actos procesales de parte, siempre que en dichos actos se hubiese manifestado la voluntad de cumplir los requisitos exigidos legalmente, y sin especificar qué defectos son subsanables y cuáles son insubsanables.

Dejando a un lado la LPL, según el RD-legislativo 2/1995, de 7 de abril, las leyes de procedimiento siguen sin prever tramitación general para la subsanación, lo que está obligando a los juzgados y tribunales a crear esa tramitación caso por caso.

TEMA 8º

LAS RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

(Esquema)

I. LAS RESOLUCIONES

Acto de ordenación formal y/o material. Pero importan las resoluciones

Declaración imperativa de voluntad: a) Interlocutorias

b) De fondo

a) Definitivas,

b) Firmes

II. CLASES DE RESOLUCIONES JUDICIALES

1. Acuerdos

1) Asuntos gubernativos;

2) Potestad disciplinaria

2. Providencias

A) *Contenido*: a) Positiva: cuestiones procesales

b) Negativa: no secretario y no auto

B) *Forma*: art. 208 LEC

3. Autos

A) *Contenido*: a) Recursos

b) Enumeración

c) Incidentes

d) Definitivos

B) *Forma*: Antecedentes de hecho y fundamentos de derecho

4. Resoluciones verbales

Art. 210. Posibilidades: 1) Mayoría: resolución oral, acta

2) Diferir el pronunciamiento: sólo fallo

3) Diferir y resolución escrita

Debate: providencias y autos orales; resolución autónoma

5. Sentencias

a) Materiales o de fondo

b) Procesales o de absolución en la instancia

A) *Contenido*: art. 206 LEC: - Fin del proceso

- Recursos extraordinarios

B) Forma: arts. 208 y 209

a) Encabezamiento

b) Antecedentes de hecho; ¿Hechos probados?

c) Fundamentos de derecho

d) Fallo o parte dispositiva

C) Motivación: razón de la decisión; requisitos constitucionales

III. EL SECRETARIO JUDICIAL Y LAS RESOLUCIONES

Antes sólo: a) Autorizar providencia y autos

b) Autorizar la publicación de sentencias.

Diligencias de ordenación (arts. 288 y 289 LOPJ)

El problema de la revisión

IV. LAS RESOLUCIONES EN LOS ÓRGANOS COLEGIADOS

Formación externa de las resoluciones

Órganos unipersonales

Órganos colegiados: a) Deliberación y votación

b) Mayoría absoluta

c) Sala de Discordia

d) Redacción por ponente

e) Extensión en secretaría

f) Firma y votos particulares

g) Publicación

h) Incorporación a los autos

V. INVARIABILIDAD Y VINCULACIÓN

a) Firmeza: Para las partes

b) Invariabilidad: Para el tribunal

Perfección del acto después de la firma

c) Vinculación: en las resoluciones futuras del mismo proceso

Diferencia con instrucción penal

VI. ACLARACIÓN Y CORRECCIÓN

Todas las resoluciones

a) Rectificación de errores manifiestos y aritméticos

b) Aclaración de concepto oscuro

c) Subsanación de omisiones y defectos

LAS RESOLUCIONES DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Las resoluciones de los órganos jurisdiccionales. Clases de resoluciones judiciales: contenido y características. El Secretario judicial y las resoluciones. Las resoluciones en los órganos jurisdiccionales colegiados: deliberación, votación y discordias. Invariabilidad y vinculación de las resoluciones. Aclaración y corrección.

I. LAS RESOLUCIONES

A lo largo del proceso el juez o tribunal realiza muy variados actos que pueden ir encaminados, bien a la ordenación formal del proceso (la dirección de las vistas, arts. 185 y 186 LEC), bien a su ordenación material (intento de conciliación entre las partes en la audiencia previa al juicio, art. 415 LEC, o interrogatorio del tribunal a la parte llamada a declarar, art. 306.1, II, LEC), aunque son las resoluciones sus actos más importante.

Las resoluciones son las declaraciones imperativas de voluntad por las que se proclama, después de la operación intelectual oportuna, el efecto jurídico que la ley hace depender de cada supuesto de hecho, y que pueden ser:

a) Interlocutorias: Cuando atienden a la ordenación formal y/o material del proceso, de modo que por medio de ellas se va dando a éste el curso preordenado por la ley (se admite la demanda, se admite un medio de prueba, etc.). También se llaman de ordenación procesal.

b) De fondo: Resuelven sobre la pretensión objeto del pleito en la instancia o en alguno de los recursos, es decir resuelven sobre el objeto del proceso y sobre el objeto del debate.

Esta distinción está implícita en nuestro Ordenamiento, pues en las leyes se atiende más bien a la forma de las resoluciones para especificar las clases de las mismas. Con todo, la LEC sí se refiere a otra distinción:

a) Resoluciones definitivas: Ponen fin a la primera instancia, y deciden los recursos interpuestos frente a ellas (art. 207.1); y

b) Firmes: Aquéllas 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 (art. 207.2).

II. CLASES DE RESOLUCIONES JUDICIALES: CONTENIDO Y

CARACTERÍSTICAS

Como hemos dicho en las normas procesales se distinguen las resoluciones judiciales atendiendo principalmente a su forma y se distingue, de este modo, entre providencia, auto y sentencia. En lo que sigue debe tenerse en cuenta que respecto de la oportunidad de dictar una u otra resolución los artículos 206 y siguientes se refieren a los procesos de declaración, existiendo norma específica para el proceso de ejecución en el art. 545.4.

1. Acuerdos

En la tradición del proceso laboral se llamaba acuerdos a las resoluciones orales (y así art. 67 de la LPL de 1980), pero el art. 244 de la LOPJ modificó sustancialmente su sentido y llamó acuerdos a dos tipos de resoluciones:

1º) A las que dictan los tribunales cuando no están constituidos en Sala de Justicia, a las que dicten las Salas de Gobierno y los jueces y presidentes cuando tengan carácter gubernativo, y

2º) A las que dictan los órganos competentes en el ejercicio de la potestad disciplinaria cuando se trate de responsabilidades de este orden contraídas precisamente durante la realización de un proceso

Estas segundas resoluciones no son propiamente jurisdiccionales y ni siquiera procesales (en cuanto que no afectan a la situación de las partes en el proceso) y manifestación de ello es que quepa recurso de alzada ante la Sala de Gobierno, es decir, ante un órgano no jurisdiccional, pero la STC 110/1990, de 18 de junio, las ha estimado jurisdiccionales, con lo que contra ellas no cabe contencioso-administrativo.

2. Providencias

En nuestro Ordenamiento procesal sigue sin estar excesivamente claro cuál debe ser el contenido de las providencias, y sigue estándolo su forma:

A) Contenido

Atendido el art. 206.2, 1.^a de la LEC y lo que luego diremos sobre las diligencias de ordenación del secretario y sobre los autos, el contenido de las providencias puede establecerse de dos maneras:

a) Positiva: Se trata de resoluciones que se refieren a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial, bien por establecerlo la ley, bien por derivarse de ellas cargas o por afectar a derechos procesales de las partes.

b) Negativa: Se dictará providencia cuando: 1) La resolución no se limite a la aplicación de normas de impulso procesal, caso en el procederá una diligencia de ordenación del secretario, y 2) Cuando la ley no prevea que sobre la materia debe dictarse un auto.

B) Forma

Según el art. 208.1 y 3 de la LEC la fórmula de las providencias se limitará a expresar:

- 1) El lugar y la fecha en que se adopten.
- 2) El juez o tribunal que las dicte, con expresión de los nombres del juez o magistrados que lo integran, con indicación del nombre del ponente, en su caso.
- 3) La determinación de lo mandado.
- 4) Sucinta motivación cuando así lo disponga la ley o el tribunal lo estime conveniente. Debe tenerse en cuenta que, en principio, las providencias siguen sin

requerir motivación, pero excepcionalmente la ley puede referirse a sucinta motivación y, en todo caso, el tribunal puede sucintamente motivarlas.

4) La firma del juez o del ponente.

Si hasta ahora las providencias precisaban sólo la firma del presidente, con la LEC de 2000 la firma requerida es la del magistrado ponente.

3. Autos

Tampoco está muy claro cuál debe ser el contenido de los autos, y también está clara su forma.

A) Contenido

Para la determinación de ese contenido hay que estar al art. 206.2, 2.^a LEC y en él se advierten criterios distintos:

a) Recursos: Cuando se trata de decidir recursos contra providencias (ese recurso será el de reposición).

Debe tenerse en cuenta que el recurso cabe también contra autos no definitivos (art. 451) y que la resolución que decide siempre este recurso es auto, sea cual fuere la resolución recurrida.

b) Enumeración: Cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de la demanda, reconvención y acumulación de acciones, sobre presupuestos procesales, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones y convenios, anotaciones e inscripciones registrales, medidas cautelares, nulidad o validez de las actuaciones.

Esta técnica de la enumeración comporta dos problemas:

1”) Suscita dudas en cuanto a las resoluciones no comprendidas en la lista enumeradora, y

2”) Da lugar a verdaderas contradicciones, pues no faltan casos en que para resoluciones de esa lista se dice en otro lugar que se dictará providencia (así art. 294.2, providencia para la admisión de una prueba).

3”) La admisión o inadmisión de la prueba no se hará por medio de auto, sino siempre por medio de resolución oral, dado que la prueba se propone y se admite en el

juicio ordinario al final de la audiencia previa (art. 429) y en el juicio verbal en la vista (art. 443.4)

c) Cuestiones incidentales: Cualesquiera cuestiones incidentales, tengan o no señalada en la ley tramitación especial

Es, por lo menos, discutible el sentido que deba darse en el art. 206 a cuestiones incidentales, pues pareciera que incidente no es aquí el procedimiento incidental, sino toda cuestión, distinta del fondo del asunto, que se presenta durante la tramitación de un proceso y que se refiera a la admisibilidad del proceso mismo o de alguno de sus actos.

d) Definitivos: Resoluciones que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria.

Después de todo lo anterior hay que estar caso por caso a lo previsto en las leyes en infinidad de artículos, en los que va disponiéndose de modo concreto que resoluciones determinadas han de adoptar la forma de auto.

B) Forma

La diferencia fundamental de los autos respecto de las providencias radica en la necesidad de la motivación, a la que se refiere el art. 208.2 LEC:

- 1) La fecha y el lugar en que se acuerden.
- 2) El juez o tribunal que las dicte, con expresión de los nombres del juez o magistrados que lo integran, y con indicación del nombre del ponente, en su caso.
- 3) La motivación o fundamentación, distinguiendo en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho.

La STC 14/1991, de 28 de enero, ha estimado que en los autos se permite una mayor parquedad en la fundamentación jurídica que en las sentencias, siempre que no resulte vulnerado el derecho de las partes a la motivación misma.

- 4) La parte dispositiva o fallo, donde se contendrá lo mandado.
- 5) La firma del juez o de los magistrados del tribunal.

4. Resoluciones verbales

En un procedimiento escrito lo normal es que las providencias y los autos se dicten por escrito, pero cuanto mayor es la incidencia de la oralidad mayores posibilidades existen de que se dicten resoluciones verbales. En cualquier caso

cuando se realizan audiencias, vistas o comparecencias se han de dictar necesariamente resoluciones orales o verbales. Por eso el art. 210 LEC distingue tres posibilidades:

a) En la mayoría de los casos el juez o tribunal que está presidiendo la realización de un acto oral tendrá que dictar a lo largo del mismo un gran número de resoluciones verbales, sin que pueda diferir la resolución para una vez terminado el acto oral. En este caso esas resoluciones se documentarán en el acta por el secretario con expresión del fallo y motivación sucinta.

Sobre estas resoluciones pueden mantenerse dos posiciones.

1) Puede sostenerse que no son más que providencias y autos, sólo que no escritos, y que deben contener los requisitos de unas y otros, y

2) Puede defenderse que se trata de un tipo autónomo de resolución.

La solución en esta alternativa no está nada clara, pero debe tenerse en cuenta que los requisitos de forma no parece que sean equiparables entre unas y otras y, sobre todo, que son muy distintas las posibilidades de recurrir contra las providencias y autos y contra estas resoluciones verbales, tanto que contra éstas no cabe reposición, sino sólo protesta a los efectos del recurso que quepa contra la sentencia que en su día se dicte. Sin embargo, esto, que es algo elemental tratándose de actos orales, no ha sido comprendido en la LEC, en la que se incurre en el contrasentido de admitir reposición contra algunas resoluciones orales, reposición que no se tramita por escrito, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 452 y 453, sino de modo oral resolviéndose en el acto, se entendiéndose por resolución oral; este es el caso, por ejemplo, del art. 285 relativo a la admisión de las pruebas.

b) Permitiendo la Ley que se difiera el pronunciamiento, cabe que el juez o tribunal dicte el fallo de modo oral y que todas las personas que fueran parte en el juicio estuvieran presentes en el acto, por sí o debidamente representadas, y expresen su decisión de no recurrir, caso en el que el tribunal declarará en el mismo acto la firmeza de la resolución.

c) La Ley puede permitir que el tribunal difiera el pronunciamiento, caso en el que si se resuelve de modo completo y escrito una vez terminada la audiencia, vista o comparecencia, el plazo para recurrir comenzará a constar desde la notificación de la resolución debidamente redactada.

Para la comprensión de estos dos últimos supuestos puede estarse a la audiencia previa de los arts. 414 y siguientes de la LEC y, más en concreto, al supuesto del litisconsorcio necesario del art. 420; el tribunal puede decidir, bien en el acto mismo de la audiencia, y por medio de una resolución oral, o puede diferir la resolución, cuando la dificultad o complejidad del asunto lo aconseje, para hacerlo por medio de auto para dentro

de los cinco días siguientes a la audiencia. De la misma forma, cuando se trate de la litispendencia o de la cosa juzgada el art. 421.3 permite al tribunal diferir la resolución.

La LEC excluye de modo completo la posibilidad de que en el proceso civil se dicten sentencias orales.

5. Sentencias

Teóricamente la forma de sentencia debería reservarse para aquella resolución que se pronuncia sobre el objeto del proceso incoado por las partes, pero no siempre ocurre así en el Derecho español, en el que hay que distinguir entre sentencias materiales o de fondo y sentencias meramente procesales o de absolución en la instancia. La LEC de 2000 pretende que no lleguen a dictarse sentencias meramente procesales (y en este sentido debe entenderse la audiencia previa en su función saneadora), pero la posibilidad de estas sentencias no puede desconocerse:

1) Sentencias materiales o de fondo: El juzgador entra a resolver sobre el fondo del asunto, estimando o desestimando la pretensión ejercitada, y

2) Sentencias procesales o de absolución en la instancia: Cuando falta algún presupuesto procesal o se ha incumplido algún requisito no subsanable, el juzgador no podrá entrar a resolver sobre la pretensión formulada, limitándose a declarar la falta del presupuesto o declarar la nulidad de lo actuado desde que se incumplió el requisito. En estas sentencias ni se condena ni se absuelve al demandado. Si no puede haber pronunciamiento sobre la pretensión, no cabe ni estimarla ni desestimarla.

A) Contenido

El art. 206.2, 3.^a LEC dice que se dictará sentencia para:

1º) Poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista por la ley (cuando el proceso acaba sin que concluya su tramitación ordinaria se dictará un auto definitivo, como hemos visto antes).

2º) Para resolver los recursos extraordinarios (infracción procesal, casación, interés de la ley) y los procedimientos para la revisión de las sentencias firmes.

La cuestiones incidentales que daban lugar a incidentes, entendidos éstos como procedimientos específicos, daban lugar en la LEC de 1881 a variedad de resoluciones, pues aunque en ocasiones se decidían por auto, la mayor parte de las veces se decidían por sentencia. En la LEC de 2000 las cuestiones incidentales, las que dan lugar a incidentes, en cuanto que procedimientos específicos, nunca se deciden por sentencia especial. Cuando el incidente es de especial pronunciamiento la cuestión incidental se decide en la misma sentencia que decide sobre el fondo del asunto principal (arts. 389 y 393.4, II), mientras que las cuestiones incidentales de previo pronunciamiento se deciden por auto (art. 393.4, I).

B) Forma

Partiendo de que no hay sentencias orales, la forma de la sentencia es siempre escrita y los arts. 208 y 209 de la LEC exigen:

a) Encabezamiento: Se expresarán en él lugar, fecha, órgano jurisdiccional que la dicta, con expresión del nombre del juez (Juzgado) o de los nombres de los magistrados (tribunal, y entonces mención expresa del ponente), nombres de las partes y, cuando sea necesario la legitimación y representación en virtud de las cuales actúen, así como los nombres de los abogados, procuradores y objeto del juicio.

b) Antecedentes de hecho: Se consignarán, con la claridad y concisión posibles y en párrafos separados y numerados:

1º) Las pretensiones de las partes o interesados.

2.º) Los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y que tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse.

3.º) Las pruebas que se hubieren propuesto y practicado.

4.º) Los hechos probados, en su caso.

Hasta ahora la diferencia básica entre una sentencia civil y otra penal se ha referido a los hechos probados, pero debe tenerse en cuenta que esa diferencia lo era en sentido formal. En efecto, toda sentencia tiene que expresar necesariamente cuáles son los hechos que el juez o tribunal estima probados, y éste es siempre un requisito esencial de contenido, en cuanto que sin él la sentencia misma no estaría motivada. Otra cosa es que la ley exija o no, como requisito formal, que exista una parte de la sentencia en la que se haga

expresión de modo literalmente diferenciado de cuáles son los hechos probados, pues ese requisito se exigía en la sentencia penal y no en la civil.

La nueva redacción del art. 209, 2.ª de la LEC de 2000 hace cuestionarse si la exigencia formal de los hechos declarados probados se ha extendido o no al proceso civil. Debe tenerse en cuenta que la LEC pretende establecer las normas comunes relativas a las resoluciones judiciales (y de ahí que se pretendiera derogar los arts. 244 a 248 de la LOPJ), de modo que la forma que regula de la sentencia debería poder aplicarse en todas las sentencias, sea cual fuere el tribunal y el orden judicial. Cuando el art. 209, 3.ª dice, “en su caso”, al final puede entenderse que es para cuando exista norma expresa que así lo exija, con lo que no es dudosa la aplicación de la norma específica del art. 142 de la LECRIM o del art. 97 de la LPL, pero dado que no existe norma específica para la sentencia civil, la duda subsiste.

c) Fundamentos de derecho: También en párrafos separados y numerados se expresarán los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que halla de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso.

d) Fallo: Acomodado al principio de justicia rogada, es decir, sujetándose a los hechos, pruebas y pretensiones de las partes, contendrá:

1º) 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,

2º) Pronunciamiento sobre las costas.

3º) Determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 219 de la propia LEC.

La LEC de 1881 fue interpretada, en su art. 360, en el sentido de que en el proceso civil eran perfectamente posibles las pretensiones y las sentencias ilíquidas, incluidas aquéllas que ni siquiera se referían a las bases de la liquidación posterior. Esta interpretación era dudosa, pero acabó por imponerse. Contra las sentencias ilíquidas reacciona la LEC de 2000.

C) Motivación

Desde sus inicios la jurisprudencia constitucional ha insistido en que está incluido en el art. 24.1, sobre todo cuando se pone en relación con el art. 120.3, los

dos de la CE, el derecho a que la sentencia sobre el fondo sea motivada. De aquí se han desprendido consecuencias claras y otras no tanto:

a) Parece claro que el derecho comprende la misma existencia de la motivación (SSTC 176/1985, 13/1987), la suficiencia de la misma (100/1987) y también el que no sea arbitraria pues equivale a inexistencia. En sentido negativo el derecho no comprende el acierto o desacierto de los tribunales (STC 201/1994), lo que supone que la selección de la norma aplicable y su interpretación es una cuestión de legalidad ordinaria y, por tanto, sin relevancia constitucional (STC 50/1984, 24 y 26/1990)

b) Los problemas empiezan cuando el Tribunal Constitucional, apartándose de lo que ha sostenido con carácter general, pasa a estimar que es relevante constitucionalmente y, por tanto, que tiene soporte en el art. 24.1:

1º) La selección arbitraria o manifiestamente irrazonable de la norma aplicable en cuanto al fondo (STC 126/1994).

2º) Cuando se decide la cuestión litigiosa incurriendo el tribunal ordinario en un error patente (STC 55/1993).

3º) Cuando decide sobre el fondo del asunto desvinculándose del sistema de fuentes establecido (STC 23/1988, 151/1994)

Si se toman estas afirmaciones de modo aislado parecieran obvias, pero el caso es que hay que advertir que la determinación de cuándo una motivación es o no razonable, de cuándo es errónea y, especialmente, de cuándo el error es patente, y de cómo operan las fuentes en concreto, es algo que el Tribunal Constitucional decide imponiendo su criterio al tribunal ordinario, con lo que a la postre adquiere relevancia constitucional, y deja de ser cuestión de legalidad ordinaria, lo que el Tribunal Constitucional decide caso por caso, con lo que puede convertirse en una última instancia, suplantando la función de los tribunales ordinarios.

III. EL SECRETARIO JUDICIAL Y LAS RESOLUCIONES

Hasta la LOPJ de 1985 la intervención de los secretarios en las resoluciones judiciales se limitaba a la autorización de las providencias y autos (arts. 251 y 252 LEC de 1881) y a la autorización de la publicación de las sentencias (art. 364 LEC de 1881). La LOPJ les dio participación en el dictar resoluciones (art. 288 a 291), lo

que se que se manifestaba en las diligencias de ordenación y en las propuestas de providencias y de autos. La LEC de 2000 se refiere sólo a las primeras, habiendo pretendido suprimir las segundas, lo que entrará en vigor cuando se apruebe la ley orgánica de modificación de la LOPJ.

Si se atiende bien a la terminología de la LEC y la ubicación sistemática de las normas se advertirá que para ella las diligencias de ordenación no son verdaderas resoluciones judiciales. La rúbrica del Capítulo VIII (del Título V del Libro I) dice: “De las resoluciones judiciales y de las diligencias de ordenación”, y el art. 223 no habla de resolución. Con todo, podría sostenerse que existen, como género, las resoluciones, y como especies, por un lado las resoluciones judiciales y, por otro, las resoluciones que puede dictar el secretario que son sólo las diligencias de ordenación.

Las diligencias de ordenación son, pues, resoluciones que, positivamente (art. 223.1), han de tener por objeto únicamente dar a los autos el curso ordenado por la ley. A sensu contrario, atendido el contenido de las providencias, según el art. 206.2, 1.^a, puede decirse que, negativamente, las diligencias de ordenación han de impulsar formalmente el procedimiento, esto es, han de aplicar las normas de impulso procesal. Se trata, pues, de resoluciones que sólo pueden referirse a lo que puede considerarse aplicación automática de la ley procesal.

Determinada de esta manera su posible contenido, la consecuencia es que son nulas de pleno derecho las diligencias de ordenación que decidan cuestiones que, conforme a la ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia (art. 224.1). Esta nulidad de pleno derecho supone que puede hacerse valer por los mismos medios que puede hacerse la nulidad, atendido lo dispuesto en los arts. 225 y siguientes de la LEC (cuando entren en vigor, modificada que sea la LOPJ).

Estas diligencias limitan su forma a la expresión de lo que se dispone, con el nombre del secretario, la fecha y la firma de éste (art. 223.2), con lo que se está diciendo que no son motivadas.

Dejando a un lado el supuesto de nulidad de pleno derecho porque la diligencia se pronuncie sobre cuestiones que han de decidirse por auto o por sentencia, las diligencias son anulables a instancia de la parte a la que causen perjuicio cuando infrinjan algún precepto legal o resuelvan cuestiones que,

conforme a lo dispuesto en la LEC, deban ser decididas mediante providencia (art. 224.2). En este caso se está ante una modalidad del recurso de reposición, pues se realiza una remisión a lo dispuesto en los arts. 452 y 453, si bien el órgano competente para decidir el recurso no es el secretario, obviamente, sino el juez o tribunal.

IV. LAS RESOLUCIONES EN LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

COLEGIADOS: DELIBERACIÓN, VOTACIÓN Y DISCORDIA

La formación externa de las resoluciones, principalmente de las sentencias, es distinta según se trate de órganos unipersonales o colegiados.

En los órganos unipersonales los actos que integran ese procedimiento de formación son: 1) Redacción de la sentencia por el juez, 2) Extensión de la misma en la secretaría (es un acto de documentación y, por tanto, material, no intelectual ni declarativo de voluntad), 3) Firma por el juez (no precisándose la autorización del secretario), 4) Publicación en audiencia pública, que ya no es un acto de realización de la sentencia, sino de puesta en conocimiento de la sociedad en general, por lo que consiste en su lectura en audiencia pública (art. 120.3 CE), y 5) Incorporación a los autos (el original de la sentencia queda en el libro-registro de sentencias y a los autos se incorpora un testimonio literal de la misma (art. 213 LEC).

En los órganos colegiados la formación externa de las sentencias (también de los autos) precisa de una cierta complejidad. Los pasos del procedimiento son los siguientes:

a) Deliberación y votación

Las sentencias y los autos se deliberarán y votarán inmediatamente después de la vista, si se celebró ésta y, en otro caso, el día en que señale el presidente de la Sala o Sección (siempre dentro del plazo fijado por la Ley) (art. 196 LEC), bajo la dirección de ese presidente y a puerta cerrada (art. 197 LEC).

En la deliberación debe tenerse en cuenta:

1.º) Las actuaciones del asunto concreto estarán a disposición del magistrado ponente, pero podrán ser examinadas por cualquiera de los miembros del tribunal y en cualquier tiempo, pudiendo ser necesario que el presidente disponga cómo y cuándo los varios miembros tienen la disposición de las actuaciones (art. 195).

2º) Propuesta oral del magistrado ponente de los puntos de hecho y de las cuestiones y fundamentos de derecho, así como de la decisión que, a su juicio, deba recaer (art. 197.2); tradicionalmente se ha prohibido que el ponente llevara por escrito el proyecto de sentencia a la deliberación, y a pesar de que no existe hoy norma expresa debe estimarse que así sigue exigiéndose.

3º) Discusión “necesaria” entre los magistrados sin límite de tiempo (art. 197.2 LEC).

4º) Votación por los magistrados, que una vez iniciada no puede interrumpirse (sino por impedimento insuperable), y en la que el presidente podrá acordar que la votación tenga lugar separadamente sobre los distintos pronunciamientos de hecho o de derecho que hayan de hacerse o sobre parte de la decisión que haya de dictarse.

En esta votación debe tenerse en cuenta:

1º) Votará primero el ponente, después los magistrados por orden inverso de antigüedad y el último el presidente.

2º) Votarán todos los magistrados que hubieren asistido a la vista del pleito, aunque hubiesen sido trasladados o jubilados o hubieren cesado en su nombramiento temporal. El art. 194, el mismo que impone la verdadera inmediación, excluye de la votación (con la necesidad de repetir la vista o el juicio) a quien: 1) Hubiere perdido la condición de juez o magistrado, salvo por las causas antes dicha, 2) Hubiere sido suspendido en el ejercicio de las funciones, y 3) Hubiere accedido a cargo o profesión incompatible o se presentare a elección popular.

El art. 199 LEC prevé formas especiales de votar atendida la imposibilitación sobrevenida de un magistrado, bien por escrito, bien ante el secretario si no pudiese escribir ni firmar. También se prevé la imposibilidad física de votar.

b) Mayoría absoluta

Los autos y sentencias se dictarán por mayoría absoluta de votos, salvo que la ley señale expresamente una mayor proporción, aunque no podrá exigirse un número determinado de votos conformes que altere la regla de la mayoría (art. 201 LEC). Salvo en el Tribunal Constitucional y en el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, el presidente no tiene voto de calidad para los casos de empate. Siempre se ha dicho que el presidente de un órgano judicial colegiado es un *primus inter pares*, y la igualdad de su voto es la mejor demostración.

Cuando de la votación resultare esa mayoría se pasa a la fase siguiente. En caso de no lograrse la mayoría en una primera votación, volverán a discutirse y a votarse los puntos en que hayan disentido los votantes, y si no se obtuviese la mayoría se pasa a la discordia (art. 202.1).

c) Sala de Discordia

La discordia se resolverá mediante celebración de nueva vista, concurriendo los Magistrados que hubieran asistido a la primera, aumentándose dos más, si hubiese sido impar el número de los discordantes, y tres en el caso de haber sido par. Concurrirá para ello, en primer lugar, el Presidente de la Sala o Sección, si no hubiere ya asistido; en segundo lugar, los Magistrados de la misma Sala que no hayan visto el pleito; en tercer lugar el Presidente de la Audiencia; finalmente, los Magistrados de las demás Salas o Secciones, con preferencia de los del mismo orden jurisdiccional, según el orden que por la Sala de Gobierno se acuerde. El que deba presidir la Sala compuesta según el apartado anterior hará el señalamiento, mediante providencia, de las vistas de discordia y designaciones oportunas.

Cuando en la votación de una resolución por la Sala de Discordia no se reuniera tampoco mayoría sobre los puntos discordados, se procederá a nueva votación, sometiendo sólo a ésta los dos pareceres que hayan obtenido mayor número de votos en la precedente.

d) Redacción

Corresponde al magistrado ponente, a menos que no se conforme con la decisión de la mayoría, caso en el que: 1) El presidente encomendará la redacción a otro magistrado con rectificación en el turno de ponencias, y 2) El ponente tendrá que formular voto particular (art. 203 LEC).

e) Extensión

Es un acto de documentación que corresponde al personal de la secretaría; si la redacción es un acto intelectual, éste es un acto material. La extensión ha de realizarse en el papel de oficio.

f) Firma y votos particulares

Las sentencias y los autos definitivos serán firmadas por todos los magistrados que las hubieren votado, aunque hubieren votado en contra, y dentro del plazo previsto para dictarlas. Cuando alguno de los magistrados que ha votado la resolución no puede luego firmar (porque se ha imposibilitado o por cualquier otra causa), el presidente lo hará por él, expresando el nombre del magistrado por el que firma y haciendo constar que votó pero que no puede firmar; en su caso, firmará dos veces el magistrado más antiguo cuando quien no pueda firmar sea el presidente (art. 204 LEC).

El magistrado disidente puede formular voto particular, con la forma de la resolución. Los votos particulares, con la firma de su autor, se incorporarán al libro de sentencias, se notificarán también a las partes y, en su caso, serán publicados (art. 205 LEC). Los votos particulares pueden referirse a los autos y también a las providencias sucintamente motivadas.

g) Publicación

Consiste en la lectura de la sentencia en audiencia pública (art. 120.3 CE). La LEC se refiere varias veces a la publicación de la sentencia (arts. 151.1, 212, 214.1, 500, 502, etc.) dando por supuesto que esa publicación consiste en la lectura en audiencia pública, pero no llega a referirse a esta lectura de modo directo. El art. 205.2 llega a decir que cuando, de acuerdo con la ley sea preceptiva la publicación de la sentencia, el voto particular, si lo hubiere, habrá de publicarse junto a ella, pero esta publicación parece que es la propia de algún medio de difusión escrito

h) Incorporación a los autos

El original de la sentencia se lleva al “libro de sentencias” (art. 213 LEC), al que se incorporan todas las sentencias y también los autos definitivos, es decir, lo que el lenguaje judicial se llaman autos con número. En los autos queda un testimonio extendido por el secretario.

V. INVARIABILIDAD Y VINCULACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

Todas las resoluciones que va dictando un tribunal civil a lo largo del proceso adquieren determinados efectos; el más importante de ellos es el llamado de cosa juzgada formal (al que atiende el Tema 30), pero aquí es necesario distinguir entre:

a) Firmeza

Es un efecto propio de todas las resoluciones judiciales, referido a las partes, por el que la resolución no puede ya ser recurrida por éstas. Es, por consiguiente un efecto interno del proceso en el que la resolución se dicta, por virtud del cual contra una resolución no cabe recurso. Por ello dice el art. 207.2 que son resoluciones firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno.

La firmeza puede producirse atendiendo a dos órdenes de razones:

1.ª) Cuando por la naturaleza de la resolución no quepa contra ella recurso, por no estar éste previsto en la ley.

2.ª) Cuando la ley conceda algún recurso y a pesar de ello la resolución se convierte en firme porque: 1ª) Las partes dejan transcurrir el plazo para preparar o interponer el recurso sin haberlo utilizado, 2ª) Se produce el desistimiento del recurso interpuesto por medio de la declaración de voluntad expresa del recurrente (art. 450), ó 3ª) El recurrente incumple algún requisito y el recurso se declara inadmisibile (arts. 452, II, 457.4, 470.3 y 480.1 LEC) o desierto (arts. 458.2, 471, III, y 481.4 LEC).

b) Invariabilidad

Este otro efecto se refiere al tribunal que dicta la resolución, cualquier resolución, y se concreta en que no podrá ya variarla de oficio. Como dice el art. 214.1 LEC los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas.

La invariabilidad de las resoluciones para el órgano jurisdiccional después de la firma responde a una regla general conformadora del proceso civil, distinta de la firmeza. Esa otra regla se basa en la “perfección del acto procesal”. El acto que es la resolución se entiende “perfecto” desde el momento de su firma y, consiguientemente, el legislador establece que al haberse expresado ya la voluntad del o de los titulares de la potestad jurisdiccional, éstos no pueden modificar lo que quedó concluido. El proceso podría haberse organizado de otra manera, pero esa ha sido la opción del legislador español.

Nuestro proceso civil, en general, parte del principio de que todas las resoluciones interlocutorias pueden y deben adquirir firmeza e invariabilidad, único medio para que el proceso avance. La decisión del legislador ha sido la de que todas las resoluciones (y no sólo las sentencias) tienen que convertirse en firmes, en que todas están llamadas a adquirir firmeza (art. 207 LEC), y en que todas se convierten en invariables para el tribunal (art. 214), aunque a veces pudiera parecer más acorde con la economía procesal que el tribunal tuviera la facultad de modificar las resoluciones interlocutorias de oficio en cualquier instante o bien que las partes pudieran impugnarlas en cualquier momento. En principio es más conveniente para el proceso, para su normal desarrollo, la producción de firmeza y la invariabilidad de estas resoluciones.

Cosa distinta de la invariabilidad y no contraria a ella es la aclaración y corrección (art. 214) o la subsanación y complemento de sentencias y autos incompletos o defectuosos (art. 215), pues no se trata entonces de modificar el contenido de la resolución. Naturalmente la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones (arts. 225 y ss.) tampoco guarda relación con la invariabilidad de las resoluciones judiciales.

c) Vinculación

Si la invariabilidad atiende a lo que pudiéramos llamar imposibilidad de modificar formalmente una resolución, la vinculación se refiere al contenido de lo decidido y comporta que, en el desarrollo del proceso, el órgano jurisdiccional no puede dictar resoluciones en las que desconozca lo dispuesto en una resolución anterior invariable. La invariabilidad se refiere a la misma resolución, la vinculación a resoluciones posteriores en las que no podrá decidirse en contra de lo ya decidido en una resolución anterior en el tiempo. La vinculación es un efecto de todas las resoluciones menos de la última que se dicta en el proceso, pues no tiene ya utilidad esa vinculación al no existir resolución posterior alguna.

En el proceso penal las providencias y los autos dictados en la fase de instrucción son invariables pero no vinculan al juez de instrucción, el cual puede después dictar otra resolución con contenido distinto a la primera. Cabe así que el juez dicte un auto de prisión y que después, a la vista de nuevos actos de investigación, dicte auto de libertad, o que primero dicte auto de procesamiento y después auto de “desprocesamiento”. En estos casos no puede decirse que la primera resolución sea después alterada por el mismo Juez; aquella resolución produce el efecto de la invariabilidad, pero no el de la vinculación. En el proceso civil todas las resoluciones que se van dictando a lo largo de las actuaciones son invariables vinculan para las resoluciones posteriores-

Naturalmente la cosa juzgada material es algo completamente distinto de la firmeza, invariabilidad y vinculación.

VI. ACLARACIÓN Y CORRECCIÓN

Los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de que hayan sido firmadas (art. 214.1). Sin embargo, es posible la aclaración de algún concepto oscuro y la rectificación de cualquier error material de que adolezcan. En la LEC se desarrollan tres clases de aclaración y corrección, debiendo tenerse en cuenta que el art. 214 entrará en vigor cuando se modifique la LOPJ. Para los tres supuestos debe tenerse en cuenta que la forma es auto, que pasa a formar parte de la sentencia misma, y por ello el plazo para interponer el recurso, que proceda contra ésta, se empieza a contar desde la notificación de ese auto (art. 215.4 LEC).

a) *Rectificación de errores materiales manifiestos y aritméticos en que incurran las resoluciones judiciales*

Puede realizarse en cualquiera de las resoluciones judiciales, sin que exista plazo preclusivo para ello (la ley señala “en cualquier momento”), y no necesitándose que medie petición de parte alguna (art. 214.3). Podrían rectificarse en cualquier momento errores tipográficos (faltas ortográficas), errores matemáticos (cantidades), errores materiales (nombres mal escritos), entre otros.

b) *Aclaración de algún concepto oscuro*

Se efectuará en aquellos supuestos en que se pretenda cubrir las deficiencias de la resolución en el cumplimiento de los requisitos internos de la sentencia (claridad, precisión y debida separación de pronunciamientos, art. 218 LEC). Los requisitos de esta modalidad son:

1.º) Puede practicarse esta aclaración bien de oficio, dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución, o a petición de parte o del Ministerio Fiscal, formulada dentro del mismo plazo (art. 214.2).

Cuando la aclaración era pedida por las partes se hablaba tradicionalmente del recurso de aclaración, a pesar de era manifiesto que no se trataba de un verdadero recurso. Manifestaciones de que no tenía esta naturaleza jurídica se evidencian en que: 1) No se da traslado del escrito a la otra parte para que pueda alegar lo que estime oportuno, 2) El auto que se dicte forma parte integrante de la sentencia, y 3) Contra ese auto no existe recurso de reposición. Las leyes ya no hablan de recurso de aclaración.

2.º) Es resuelta por el mismo tribunal, dentro de los tres días siguientes al de la presentación del escrito de petición de aclaración o rectificación (art. 214.2).

3.º) La LEC permite la aclaración de las resoluciones judiciales, lo que debe entenderse como que es posible aclarar cualquiera de ellas que fuere.

c) La subsanación de omisiones o defectos

Pretendiendo paliarse con esta posibilidad la incongruencia por omisión, que en la LEC se considera ahora, con mayor corrección, falta de exhaustividad. Sus requisitos son:

1.º) Se restringe esta posibilidad de subsanación a las sentencias y a los autos.

2.º) Si se trata de omisiones o defectos que deben remediarse para alcanzar plena eficacia las resoluciones, se subsanarán mediante auto, en los mismos plazos y por el mismo procedimiento que en los casos de aclaraciones a que se refiere el art. 214, sin que quepa recurso alguno, sin perjuicio de los recursos que procedan, en su caso, contra la sentencia o auto que pretende subsanarse, siendo que los plazos para estos recursos comenzarán a computarse desde el día siguiente a la notificación del auto que reconociera o negara la omisión de pronunciamiento y acordara o denegara remediarla (art. 215.4).

3.º) Si son omisiones sobre pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en el proceso, cabe: 1) Subsanan de oficio, mediante auto, completando la resolución en el plazo de cinco días a contar desde la fecha en que se dictó, si bien impidiéndose cualquier modificación o rectificación de lo que ya quedó fijo en la resolución, como resuelto (art. 215.3); 2) A solicitud escrita de parte, en el plazo de cinco días, previa contradicción de las otras partes, resolviéndose mediante auto (art. 215.2), que es irrecurrible, si bien cabe interponer recurso contra la resolución que pretendía subsanarse, computándose el plazo en los términos descritos en el art. 215.4. En todo caso, nunca es posible alterar el sentido de los pronunciamientos de la resolución con la subsanación.

En general la jurisprudencia, incluida la del Tribunal Constitucional, ha venido reiterando que se exceden los límites de la aclaración:

1) Cuando se alteran los fundamentos de hecho de la sentencia, para dar entrada a hechos a los que antes no hacía referencia.

2) Cuando se suscitan cuestiones nuevas, de las que no se había tratado a lo largo del proceso.

3) Cuando se producen condenas nuevas, sobre todo cuando se refieren a personas a las que no se refería la redacción original de la sentencia.

4) Cuando lo que se pretende es que el tribunal vuelva a examinar los puntos que ya quedaron resueltos.

TEMA 9º

ACTOS DE COMUNICACIÓN

(Esquema)

I. ACTOS DE COMUNICACIÓN

Arts. 152.1 LEC, secretario y sistemática:

a) Hacia el exterior del órgano judicial:

- 1) Con las partes o terceros: notificaciones
- 2) Con otros órganos judiciales o entidades públicas
 - Auxilio judicial: interno o internacional
 - Auxilio a la justicia

b) Hacia el interior del órgano: Dación de cuenta: - formal: contenido
- material

II. ACTOS DE COMUNICACIÓN CON LAS PARTES Y OTROS...

1. Concepto de notificación

Puesta en conocimiento de una resolución judicial

Arts. 149 a 166 LEC: Plazo

2. Doctrina del Tribunal Constitucional

- a) Núcleo esencial de la tutela judicial efectiva
- b) Citación y emplazamiento no son formalismos
- c) Diligencia de la parte notificada

3. Clases de actos de comunicación: Contenido

A) Notificaciones: Art. 149, 1º

- a) ¿A quien se debe notificar?
- b) Firmeza y advertencia de recursos

B) Citaciones: Art. 149, 3º: Para un término

C) Emplazamientos: Art. 149, 2º: Para un plazo

D) Requerimientos: Art. 149, 4º: Conducta o inactividad. Respuesta

4. Forma de los actos de comunicación

Art. 152 LEC. Dirección del secretario

- a) A través del procurador
- b) Correo
- c) Entrega al destinatario
- d) Edictal

- ¿Cómo?: - copia de la resolución
 - cédula para citación y emplazamiento

5. Por medio del procurador

- a) Art. 153: Firmará, art. 28
- b) Tribunal o Servicio común de recepción de notificaciones

6. Por correo u otro medio técnico

Forma normal (recordar Tribunal Constitucional)

A) La determinación del domicilio

- a) Domicilio del demandante
- b) Domicilio del demandado: 1) Padrón, registros, colegios, trabajo
 - 2) Averiguaciones
 - 3) Registro central de rebeldes civiles
- c) Domicilio de personas no parte

B) Remisión de la comunicación

Fehaciencia en las actuaciones
 Caso del art. 160.3: partido judicial
 Plenos efectos en el proceso

7. Comunicación por entrega

Personación e intervención personal

- a) Sede tribunal (excepcional) en domicilio (normal)
- b) Manera: 1º) Es hallado
 - 2º) No es hallado: 1) Padrón, 2) Trabajo
 - 3º) No es hallado

8. Comunicación edictal

Sólo en tablón de anuncios (Tribunal Constitucional)
 No en boletines o periódicos, salvo petición

9. Validez de los actos

Depende del cumplimiento de la ley
 Subsanción por el notificado.

10. Una previsión de futuro

Informática y similares

III. ACTOS DE COMUNICACIÓN CON OTROS ÓRGANOS...

1. Auxilio judicial

- A) *Interno*: Arts. 227.3 LOPJ y 169.1 LEC
 - a) Clases de auxilio: 1º) Fuera de la circunscripción

2º) Dentro de la circunscripción

c) Normas generales: 1) Al Juzgado de Primera Instancia

Prueba y notificaciones

2) Directamente, sin traslados

3) Si error, no devolución

c) Forma: Exhorto, requisitos, art. 171 LEC

B) Internacional

Comisiones rogatorias; directamente, vía consular o diplomática

2. Auxilio a la justicia

Deber de colaboración del art. 118 CE

a) Mandamientos

b) Oficios o exposiciones

ACTOS DE COMUNICACIÓN

Actos de comunicación. Actos de comunicación con las partes y otros sujetos: notificaciones, citaciones emplazamientos y requerimientos. Actos de comunicación con otros órganos: exhortos, oficios y mandamientos.

I. ACTOS DE COMUNICACIÓN

En la LEC y en la LOPJ se pretende que el secretario judicial sea el responsable de la práctica de los actos de comunicación en la forma prevista en las leyes. A este efecto dispone el art. 152.1 de la LEC que los actos de comunicación se realizarán bajo la dirección del secretario judicial, que será responsable de la adecuada organización del servicio, realizándose materialmente tales actos, bien por el propio secretario, bien por el funcionario que aquél designe, y con esta base legal puede intentarse una sistematización de los actos de comunicación del órgano jurisdiccional.

a) Hacia el exterior del órgano

Existen actos por medio de los cuales se trata de poner en comunicación al órgano judicial tanto con las partes, como con terceros o interesados y aún con otros órganos jurisdiccionales o entidades públicas que deben prestar su cooperación o colaboración a aquél en el curso de las actuaciones procesales. De todo este conjunto de actos pueden distinguirse dos clases:

1ª) Actos de comunicación del órgano judicial con las partes o con terceros procesales, que se resuelven básicamente en las notificaciones en sentido amplio y, en sentido estricto en la notificación, emplazamiento, citación y requerimiento, y

2ª) Actos de comunicación del órgano judicial con otros órganos judiciales o con entidades públicas, que son los actos de cooperación jurisdiccional o de colaboración y que pueden consistir en el auxilio judicial y en el auxilio a la justicia, efectuándose por medio del exhorto, el mandamiento o el oficio.

b) Hacia el interior del órgano

En sentido contrario existe también comunicación desde el exterior y hacia el órgano jurisdiccional, que se resuelve fundamentalmente en lo que viene denominándose dación de cuenta.

La dación de cuenta parte de una regla general: Los actos escritos de las partes, pero también de cualquier persona o entidad, se presentan en la secretaría del órgano jurisdiccional, y el secretario pondrá diligencia para hacer constar el día y hora de la presentación, cuando se trate de escritos que inician el procedimiento o que están sujetos a plazo perentorio, y dará recibo de los demás escritos y documentos que se presenten, con expresión de la fecha y hora de presentación (art. 283 LOPJ).

Con esa regla general aparece la dación de cuenta formal del secretario al juez (órgano unipersonal) a la Sala o al magistrado ponente (órgano colegiado), al día siguiente hábil, de:

- 1º) Los escritos y documentos presentados.
- 2º) Las actas que se hubieren autorizado fuera de la presencia judicial.
- 3º) El transcurso de los plazos procesales.
- 4º) Estado de los autos.
- 5º) Diligencias de ordenación dictadas por el secretario (arts. 284 y 285 LOPJ y art. 178 LEC).

Esta dación de cuenta formal se realiza oralmente, salvo cuando proceda su documentación mediante diligencia, y por el orden de presentación de los escritos o por el que tomen estado los autos respectivos, salvo cuando exista declaración legal de urgencia o preferencia (art. 286 LOPJ). En atención al volumen de asuntos pendientes, y previo consentimiento del presidente o juez, el secretario podrá delegar la dación de cuenta en funcionario del juzgado o tribunal (art. 178.3 LEC).

Como decía Prieto-Castro además de esa dación de cuenta formal, existe otra material que implica un estudio previo de la regularidad procesal de los actos con información del resultado, que puede implicar una verdadera colaboración en el

ejercicio de la función jurisdiccional, cuando se realice aquélla con plenitud de estudio e información.

II. ACTOS DE COMUNICACIÓN CON LAS PARTES Y OTROS SUJETOS; NOTIFICACIONES, CITACIONES, EMPLAZAMIENTOS Y REQUERIMIENTOS

Hemos dicho antes que existen, en primer lugar, actos de comunicación hacia el exterior el órgano judicial y que algunos de ellos se han realizar con las partes o con terceros procesales, es decir, con cualquier persona o entidad privada. A estos actos se les llama en general notificaciones.

1. Concepto de notificación

Notificación es, en general, el acto destinado a comunicar a las partes o a cualquier persona que deba intervenir en el proceso una actuación, que normalmente es una resolución judicial. Con ello basta para evidenciar que la notificación no existe nunca por sí misma, sino que proviene de un acto anterior y tiende a que se realice otro posterior (Prieto-Castro).

A las notificaciones, en general, se referían los arts. 270 a 272 de la LOPJ, pero ahora debe estarse a los arts. 149 y siguientes LEC (y a los arts. 166 a 182 LECRIM). De la LOPJ importa todavía (mientras no se dicte la ley orgánica que la modifique) la posible existencia de Servicios Comunes para la realización de los actos de comunicación, Servicio al que se refiere también el art. 163 LEC.

Las notificaciones en su sentido más amplio se realizarán dentro del plazo máximo de tres días desde su fecha o publicación. En los casos en que la notificación se haga a la Abogacía del Estado, al Ministerio fiscal y a los procuradores por medio de los servicios de notificación organizados por los Colegios de Procuradores, se tendrá por realizada al día siguiente de la fecha de recepción que conste en la diligencia (art. 151).

Si el acto se tiene por realizado al día siguiente de la fecha de recepción que conste en la diligencia (art. 151) y si el plazo comienza a correr desde el día siguiente a aquél en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la ley haga depender el inicio del plazo (art. 133.1), la determinación del día inicial para el cómputo de los plazos propios en esos casos sufre una importante modificación.

2. Doctrina del Tribunal Constitucional

La relación entre el derecho a la tutela judicial efectiva sin que se produzca indefensión y la escrupulosidad en la realización de las notificaciones ha sido destacada por el Tribunal Constitucional:

a) Constituyen un elemento fundamental del núcleo esencial de la tutela judicial efectiva “de manera que su falta o su deficiente realización, siempre que frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión que es lesiva del derecho fundamental” de defensa (STC 16/1989, de 30 de enero).

b) Especialmente las citaciones y emplazamientos han de ser realizados “con todo cuidado y respeto de las normas procesales” (STC 157/1987, de 15 de octubre), pues “no son un formalismo, sino una garantía para el afectado en el procedimiento y una carga que corresponde llevar al órgano judicial” (STC 37/1984, de 14 de marzo).

c) Para que exista violación del derecho fundamental la irregularidad procesal ha de ser imputable de modo directo a una acción u omisión del órgano judicial, y no existe aquélla cuando media conducta negligente de la parte o cuando el afectado no ha puesto la diligencia debida en la defensa de sus derechos (SSTC 159/1988, de 19 de septiembre, y 48/1990, de 20 de marzo).

Luego veremos otros pronunciamientos relativos a las notificaciones por correo certificado y por edictos, que son los procedimientos sobre los que más ha incidido el Tribunal Constitucional, por cuanto son los más llamados a la ineficacia e incluso a la ficción.

3. Clases de actos de comunicación

Los actos de comunicación se regulan en las leyes procesales, primero, en atención al *contenido de los mismos*, es decir, al objeto que se comunica, y con ese criterio se distingue entre:

A) Notificaciones

La notificación en sentido estricto tiene por objeto dar noticia de una resolución, diligencia o actuación (art. 149.1, 1.º LEC). No se compele al notificado para que realice actuación procesal alguna, sino que es una puesta en conocimiento en estado puro.

Este concepto de mera puesta en conocimiento se complica cuando se atiende a dos elementos propios de toda notificación:

a) ¿A quién se debe notificar? La cuestión tiene una primera respuesta sencilla: La notificación ha de referirse a todas las personas que son parte en el proceso, pues es elemento que identifica el principio de contradicción y el derecho de defensa que las partes tengan conocimiento de todas las actuaciones que se realizan en el proceso, sin que actuación alguna permanezca desconocida para ellas (art. 150.1).

Otros elementos de la respuesta ya no aparecen con la misma claridad. El art. 150 LEC atiende a que:

1º) Por disposición del tribunal 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 cuando el tribunal advierta indicios de que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos.

En estos casos es el tribunal el que debe decidir cuándo y a quién se notifica la pendencia del proceso y el secretario debe asumir la dirección de la notificación. No se trata, evidentemente de que la cosa juzgada en el proceso afecte de modo directo a otras personas que no son parte en el mismo, pues esta pretendida afectación no es posible, atendido lo dispuesto en el art. 222; se trata de los efectos reflejos de la cosa juzgada, de los que produce una sentencia respecto de relaciones jurídicas materiales que están relación de prejudicialidad o de dependencia con la relación jurídica material que se decide en el proceso.

2º) También se hará la notificación de la resolución a los terceros en los casos en los que lo prevea la Ley

b) Cuando lo que se notifique sea una resolución, el art. 208.4 LEC impone que ha indicarse a las partes si la misma es o no firme y, en su caso, el recurso que proceda, órgano ante el que debe interponerse y plazo para ello.

En esta advertencia no forma parte del contenido de la resolución. Sino que debe efectuarse en la notificación, de modo que:

1º) Debe distinguirse entre quién tiene competencia para determinar los datos a instruir, que ha de atribuirse al juez o Sala que dictó la resolución, y quién debe hacer el acto formal de la instrucción, que es competencia del secretario.

2º) El juzgador en la resolución, pero sin formar parte del pronunciamiento, debe ordenar al secretario que, al hacer la notificación de la misma, instruya a las partes de los recursos, determinando cuáles son los datos de que instruir, y el secretario al hacer la notificación debe cumplir lo ordenado.

B) Citaciones

Tienen por objeto llamar a una persona (parte, testigo, etc.) para que comparezca ante el órgano jurisdiccional en un momento determinado en el tiempo, es decir, en un término. Se trata, pues, de acto complejo de puesta en conocimiento y de intimación a hacer algo, pero ese algo es precisamente comparecer y actuar en un momento determinado (art. 149, 3.º LEC).

C) Emplazamientos

Imponen a alguien, normalmente a una parte, la carga de comparecer ante el órgano judicial en un plazo que se le indica, por lo que también es un acto complejo de puesta en conocimiento e intimación a hacer un acto procesal. El art. 149, 2.º dice que el emplazamiento lo es para personarse y actuar dentro de un plazo.

D) Requerimientos

Además de poner en conocimiento del requerido una resolución judicial, supone una intimación para que realice una determinada conducta, distinta de la mera comparecencia ante el órgano judicial, o para que deje de realizar una conducta, con lo que se trata también de un acto complejo. Según el art. 149, 4.º

LEC el requerimiento es el acto de comunicación para ordenar, conforme a la ley, una conducta o inactividad.

Específico del requerimiento es que es el único acto de comunicación que permite admitir respuesta del interesado. Como dice el art. 152.3 LEC en las notificaciones, citaciones y emplazamientos no se admitirá ni consignará respuesta alguna del interesado (a no ser que así se hubiere mandado), pero en los requerimiento sí se admitirá la respuesta que de el requerido, consignándola sucintamente en la diligencia.

4. Forma de los actos de comunicación

El art. 152 de la LEC, después de establecer que los actos de comunicación se realizarán bajo la dirección del secretario, que es el responsable de la organización del servicio, prevé de modo escalonado tres formas de realizarse la comunicación, a la que hay que añadir la residual de por edictos o edictal, que aparece cuando han fracasado las anteriores.

Esas formas escalonadas, esto es, enumeradas de modo que se establecen sistemas que entran en juego ante la imposibilidad de practicar el anterior, son las siguientes:

a) A través de procurador, con lo que dicho está que ha de tratarse de comunicación a las partes, no a los terceros, y además a las partes que ya han comparecido por medio de esta representación procesal. Este el medio que la LEC pretende privilegiar.

b) Por medio del correo, telegrama o cualquier otro medio técnico que permite dejar en los autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo comunicado.

c) Por entrega al destinatario, en su domicilio, de copia de la resolución, del requerimiento o de la cédula de la notificación o del emplazamiento.

d) Fracasados todos los sistemas anteriores puede acabarse en la comunicación edictal.

Estas son las formas de la comunicación que tenemos que ver a continuación, pero antes conviene dejar aclarada una grave cuestión procedimental, relativa al cómo de la comunicación, pues el art. 152 alude a la copia literal de la resolución, del requerimiento y a la cédula, lo que supone que, por los diversos medios o formas antes enumeradas se tratará de hacer llegar al destinatario, bien la simple copia de la resolución, bien una cédula.

La cédula se prevé para las citaciones y los emplazamientos, y en ella deberá expresarse:

1º) El tribunal que hubiere dictado la resolución.

2º) El asunto en que ha recaído.

3º) El nombre y apellidos de la persona a la que se tenga que hacer la citación o el emplazamiento.

4º) El objeto del acto de comunicación.

5º) El lugar, día y hora en que debe comparecer el citado (citación) o el plazo dentro del que debe realizarse la actuación el emplazado (emplazamiento).

6º) Prevención de los efectos que, en cada caso, la ley establezca.

5. Por medio de procurador

Cuando la comunicación tiene que hacerse a alguna de las partes y se ha producido ya la personación de la misma por medio de procurador, la LEC prima este medio de comunicación, de modo que:

a) Dispone el art. 153 que el procurador firmará las notificaciones, emplazamientos, citaciones y requerimientos de todas clases que deban hacerse a su poderdante en el curso del pleito, incluso las de sentencias y las que tengan por objeto alguna actuación que deba realizar personalmente el poderdante.

La comprensión de esta norma exige ponerla en relación con el art. 28 de la misma LEC. En este se dispone que el procurador firmará todos los actos de comunicación, teniendo esta actuación la misma fuerza que si interviniera en ella

directamente el poderdante, pero a continuación exceptúa los traslados, emplazamientos, citaciones y requerimientos que la ley disponga que se practiquen a los litigantes en persona. Hay que distinguir, por tanto: 1) En general pueden hacerse al procurador los actos de comunicación que tengan por objeto alguna actuación que deba realizar personalmente el poderdante (por ejemplo, citación con el fin de comparecer para el interrogatorio medio de prueba, para comparecer en la audiencia previa) y 2) En especial habrán de hacerse a la parte personalmente las comunicaciones que la ley disponga que se practiquen con el litigante en persona (lo difícil es luego encontrar un caso en que así se disponga de modo expreso)

b) La comunicación se hará, bien en la sede del tribunal, bien en el servicio común de recepción organizado por el Colegio de Procuradores; a este Servicio se remitirá, por duplicado, la copia de la resolución o la cédula, de las que el procurador recibirá un ejemplar y firmará otro, que será devuelto al tribunal por el mismo Servicio (art. 154).

La entrega de los actos de comunicación en la sede del tribunal se prevé también cuando el acto se entiende con la propia parte, en el art. 161.1, pero ello es obviamente excepcional.

La organización del Servicio de recepción de notificaciones es competencia del Colegio de Procuradores. El art. 28.3 se refiere al mismo disponiendo que en todos los edificios judiciales que sean sede de tribunales civiles existirá un servicio de recepción de notificaciones organizado por el Colegio de Procuradores. La recepción por dicho servicio de las notificaciones y de las copias de escritos y documentos que sean entregados por los Procuradores para su traslado a los de las demás partes, surtirá plenos efectos. En la copia que se diligencie para hacer constar la recepción se expresará el número de copias entregadas y el nombre de los Procuradores a quienes están destinadas.

6. Por correo u otro medio técnico

En la LEC de 2000 se ha pretendido, de modo manifiesto, convertir el correo, el telegrama o cualquier otro medio técnico que permita dejar en los autos constancia fehaciente de la recepción, de su fecha y del contenido de lo

comunicado, en el medio normal de realizar los actos de comunicación, bien con las partes aun no personadas, bien con los terceros.

Esta forma de notificación había ocasionado varios pronunciamientos del Tribunal Constitucional, sobre todo con ocasión de no quedar identificada en el acuse de recibo la persona que recibió la comunicación. Se dijo así que si bien no es preceptivo que la carta sea entregada personalmente al destinatario, si condiciona la validez de la notificación en el que en el acuse de recibo “consten los datos necesarios para identificar al receptor de la misma” (STC 39/1987, de 3 de abril).

En general la STC 110/1989 dice que la forma de la notificación con correo certificado con acuse de recibo requiere, para que surta efectos legales, las mismas garantías de seguridad y certeza sobre la personalidad de quien la recibe, que los exigidos en todos los casos en que la diligencia no se entiende con el interesado, de modo que procede declarar la nulidad de la misma si en la comunicación postal que se devuelve no consta quién la recibió y su relación con el destinatario.

A) La determinación del domicilio

Para la aplicación generalizada del correo o de cualquier otro medio técnico el primer elemento tiene que consistir en el conocimiento del domicilio de la persona a la que se ha efectuar el acto de comunicación. A este efecto debe distinguirse entre:

a) Domicilio del demandante

No deben existir problemas sobre el mismo. El actor debe hacer constar en su demanda (o con la solicitud que inicie el proceso) su domicilio, y a éste deberá estarse, sin perjuicio de la posibilidad de que sea modificado a lo largo del proceso (art. 155.2 y 5).

b) Domicilio del demandado

El actor habrá de designar en la demanda, a los efectos del primer emplazamiento o citación del demandado, uno o varios lugares que se entenderán como domicilios e indicará cuantos datos conozca del demandado que puedan ser de utilidad para su localización (teléfono, fax o similares). Esa designación podrá hacerse respecto del domicilio 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 tratare, 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. Cuando se designen varios por el actor indicará también el orden en que, a su entender, puede efectuarse con éxito la comunicación.

Si el demandante manifestare que le es imposible designar un domicilio o residencia del demandado, se utilizarán los medios oportunos para averiguar esas circunstancias, pudiendo dirigirse, en su caso, a registros oficiales, organismos, colegios profesionales, empresas y otras entidades, las cuales procederán conforme a las disposiciones que regulan su actividad.

En último caso debe estarse al Registro central de rebeldes civiles al que se refiere el art. 157 de la LEC, según el cual: 1. Los tribunales que hayan realizado infructuosamente las averiguaciones a que se refiere el artículo 156, comunicarán el nombre del demandado y los demás datos de identidad que les consten al Registro central de rebeldes civiles, que existirá con sede en el Ministerio de Justicia.

2. Cualquier tribunal que deba averiguar el domicilio de un demandado podrá dirigirse al Registro central de rebeldes civiles para comprobar si el demandado consta en dicho registro y si los datos que en él aparecen son los mismos de que dispone el tribunal. En tal caso, mediante providencia, podrá acordar directamente la comunicación edictal del demandado.

3. El demandado inscrito en el citado Registro podrá solicitar la cancelación de la inscripción comunicando el domicilio al que se le pueden dirigir las comunicaciones judiciales. El Registro remitirá a los tribunales en que conste que existe proceso contra dicho demandado, el domicilio indicado por éste a efecto de comunicaciones, resultando válidas las practicadas a partir de ese momento en ese domicilio.

c) Domicilio de personas no parte en el proceso

Debe estarse al domicilio que designe la parte interesada, pudiendo realizarse, en su caso, las averiguaciones que antes hemos visto para el demandado, y a las que se refiere el art. 156. En el caso de que se haya hecho la remisión por correo y conste su fracaso o cuando las circunstancias lo aconsejen (atendido el objeto de la comunicación y la naturaleza de las actuaciones) podrá ordenar el tribunal que la comunicación se haga por entrega al destinatario en su domicilio de la copia o de la cédula.

B) Remisión de la comunicación

Cuando proceda la remisión de la copia de resolución o de la cédula por correo certificado o telegrama con acuse de recibo, o por cualquier otro medio semejante que permita dejar en los autos constancia fehaciente de haberse recibido la notificación, de la fecha de la recepción y de su contenido, el secretario judicial dará fe en los autos de la remisión y del contenido de lo remitido, y unirá a aquéllos, en su caso, el acuse de recibo o el medio a través del cual quede constancia de la recepción. A instancia de parte, y a costa de quien lo interese, podrá ordenarse que la remisión se haga de manera simultánea a varios lugares de los previstos en el art. 155.3 (los que puede designar el actor) (art. 160.1 y 2).

Cosa distinta es la prevista en el art. 160.3 cuyo contornos no están bien precisados. Se trata de que:

1º) Se tenga que efectuar una comunicación a parte que tenga su domicilio en el partido judicial donde radique la sede del tribunal,

2º) No se trate comunicación de la que dependa la personación o la realización o intervención personal en las actuaciones.

En estos casos puede dirigirse a la parte comunicación por correo o telegrama certificado cédula de emplazamiento para que el destinatario comparezca en el tribunal a los efectos de que pueda ser notificado, requerido o se le de traslado de un escrito, y entonces la cédula expresará con la debida precisión el objeto para el que se requiere la comparecencia del emplazado, indicando el procedimiento y el asunto a que se refiere, con la advertencia de que, si el emplazado no comparece, sin causa justificada, dentro del plazo señalado, se tendrá por hecha la comunicación de que se trate o por efectuado el traslado.

Este medio de la remisión por correo o telegrama certificado con acuse de recibo es el que la LEC de 2000 pretende que sea el normal, y para ello tiene que llegar a la conclusión de que si las partes no están representadas por procurador, la comunicaciones efectuadas por estos medios, en cualquiera de los lugares designados como posible domicilio del demandado, surtirán pleno efectos en cuanto se acredite la correcta remisión de lo que haya de comunicarse aunque no conste su recepción por el destinatario (art. 155.4, I), si bien si la comunicación tuviese por objeto la personación en juicio o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones procesales y no constare la recepción por el interesado, se estará a la comunicación mediante entrega (art. 155.4, II).

7. Comunicación por entrega

Siempre que las partes no estuvieren representadas por procurador (caso en el que se comunica por su medio) se intenta que la comunicación se realice por correo o telegrama certificado con acuse de recibo, pero existe por lo menos un supuesto en el que tiene que acudir el medio de la comunicación mediante entrega al destinatario en su domicilio de la copia de la resolución o de la cédula, y ese supuesto es el de que, tratándose de la personación del demandado en el juicio o de la intervención personal de la parte en actuación procesal determinada, no conste la recepción por el interesado de lo remitido por correo certificado con acuse de recibo. En este caso, dispone el art. 158 que se procederá como establece el art. 161, es decir:

a) La entrega al destinatario de la comunicación de la copia de la resolución o de la cédula se efectuará en la sede del tribunal (excepcional) o en el domicilio de la persona que deba ser notificada, requerida, citada o emplazada, documentándose el acto por medio de diligencia que será firmada por el secretario judicial o persona que la efectúe y por la persona a quien se haga, cuyo nombre se hará constar. Estamos ante la notificación en el domicilio que, por este camino, se ha convertido en algo que se quiere excepcional.

La LEC regula con especial énfasis, como es lógico, los actos de comunicación a las partes, pero respecto de los testigos, peritos y otras personas que no sean parte, también admite la posibilidad de que la comunicación se haga en su domicilio, bien constando en autos el fracaso de la comunicación por correo o atendidas las circunstancias de caso, como dispone el art. 159.2.

b) En la manera de efectuar la entrega la LEC distingue los siguientes supuestos:

1º) Si el destinatario es hallado en el domicilio, debe distinguirse según esté o no dispuesto a hacerse cargo de la comunicación. En el primer caso no existe problema alguno, pues se levantará diligencia que será firmada por el notificador y por el notificado. Las complicaciones surgen en el segundo caso.

Cuando el destinatario de la comunicación sea hallado en el domicilio y se niegue a recibir la copia de la resolución o la cédula o no quiera firmar la diligencia acreditativa de la entrega, el Secretario Judicial o funcionario designado le amonestará de la obligación que impone el apartado anterior. Si insistiere en su negativa, el funcionario actuante le hará

saber que la copia de la resolución o la cédula queda a su disposición en la Secretaría del Juzgado, produciéndose los efectos de la comunicación, de todo lo cual quedará constancia en la diligencia (art. 161.2). Debe advertirse que no se precisa de la firma de testigo alguno.

2º) Si el destinatario no es hallado en el domicilio, es preciso volver a subdistinguir:

1”) Si ese domicilio es el que consta en el padrón municipal, lo es a efectos fiscales o consta en Registro oficial o publicaciones de Colegios profesionales, la entrega de la copia o de la cédula podrá efectuarse a cualquier empleado o familiar, mayor de catorce años, que se encuentre en ese lugar, o al conserje de la finca, si lo tuviere, advirtiéndolo al receptor que está obligado a entregar la copia de la resolución o la cédula al destinatario de la misma, o a darle aviso, si sabe su paradero.

2”) Si la comunicación se dirigiere al lugar de trabajo no ocasional del destinatario, en ausencia de éste, la entrega se efectuará a persona que manifieste conocer a aquél o, si existiere dependencia encargada de recibir documentos u objetos, a quien estuviere a cargo de ella.

En estos dos casos en la diligencia se hará constar el nombre de la persona destinataria de la comunicación y la fecha y la hora en la que fue buscada y no encontrada en su domicilio, así como el nombre de la persona que recibe la copia de la resolución o la cédula y la relación de dicha persona con el destinatario, produciendo todos sus efectos la comunicación así realizada.

3º) Si no se encuentra a nadie en el domicilio, el secretario judicial o el funcionario designado procurará averiguar si vive allí el destinatario. Si ya no residiese o no trabajase en el domicilio al que se acude y alguna de las personas consultadas conociese el actual, éste se consignará en la diligencia negativa de comunicación. Si no pudiera conocerse por este medio el domicilio del demandado y el demandante no hubiera designado otros posibles domicilios, se procederá de conformidad con lo establecido en el art. 156, es decir se procederá a la averiguación de domicilio.

8. Comunicación edictal

Cuando, practicadas, en su caso, las averiguaciones del domicilio a que se refiere el art. 156, no pudiere conocerse el domicilio del destinatario de la comunicación, o cuando no pudiere hallársele ni efectuarse la comunicación con todos sus efectos, conforme a lo establecido en todos los medios o sistemas anteriores (o cuando así se acuerde en el caso a que se refiere el apartado segundo del art. 157, es decir cuando el demandado conste en el Registro central de rebeldes civiles), el tribunal, mediante providencia, consignadas estas circunstancias, mandará que se haga la comunicación fijando la copia de la resolución o la cédula en el tablón de anuncios del Juzgado o tribunal, dice el art. 164.1 de la LEC de 2000, y a esto ha quedado reducida la comunicación edictal, puesto que sólo a instancia de parte, y a su costa, se publicará en el Boletín Oficial de la Provincia, de la Comunidad Autónoma, en el Boletín Oficial del Estado o en un diario de difusión nacional o provincial.

Es evidente que esta forma de notificación se resuelve prácticamente en una ficción, y de ahí que el Tribunal Constitucional haya considerado que la misma tiene el carácter de supletoria, a la que sólo se puede acudir como “remedio último” para la comunicación del órgano judicial con las partes, por lo que, para acudir a la misma, sin que se estime que se ha producido indefensión, tiene que:

1º) Ser desconocido el domicilio de la persona a notificar, lo que supone que no debe desprenderse de las actuaciones realizadas en los autos o de los documentos obrantes en los mismos la existencia de algún domicilio (STC 82/1983, de 20 de octubre).

La STC 155/1988 en un caso en el que el domicilio del demandado no figuraba en la demanda, pero sí en varios oficios de la Jefatura de Tráfico unidos al procedimiento, en los que aparecía además el nombre de su abogado, estimó que se había acudido indebidamente a la notificación por edictos, pues primero debían haberse agotado todas las posibilidades de comunicación efectiva, incluso en el domicilio del abogado.

2º) O bien que el interesado haya cambiado de domicilio y así se haga constar en la diligencia de búsqueda infructuosa en ese domicilio (STC 37/1984, de 14 de marzo).

En la terminología tradicional de nuestro proceso civil se habló durante siglos de notificación en estrados, como manera de comunicación, pero esta terminología tradicional ha desaparecido con la nueva LEC.

9. Validez de los actos

La validez del acto de comunicación no depende de que por medio del mismo el interesado haya obtenido conocimiento real de la resolución judicial, sino

de que se haya practicado con arreglo a lo dispuesto en la ley. Por ello las notificaciones son nulas o anulables sólo cuando se ha incumplido la norma (art. 166.1 LEC).

Por lo mismo los plazos empiezan a correr “desde el día siguiente a aquél en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la Ley haga depender el inicio del plazo”, dice el art. 133.1 LEC, y no desde que el interesado tuvo conocimiento efectivo de la resolución judicial.

A pesar de la terminología legal (“nulos”) los actos de comunicación realizados con vulneración de lo previsto en la ley no son nulos con nulidad radical. Si según el art. 166.2 cuando la persona notificada, citada, emplazada o requerida se hubiera dado por enterada en el asunto, y no denunciase la nulidad de la diligencia en su primer acto de comparecencia ante el tribunal, surtirá ésta desde entonces todos sus efectos, como si se hubiere hecho con arreglo a las disposiciones de la ley, es porque no estamos ante nulidad sino ante anulabilidad, aunque esa nulidad sí puede declararse de oficio cuando el tribunal constate el incumplimiento de los requisitos legales.

No tan clara es la referencia que el art. 166.1 hace a la indefensión, por cuanto se puede querer decir que la vulneración de las normas que establecen los requisitos de los actos de comunicación sólo produce nulidad cuando, además, se ha podido producir indefensión, y si esto es así todo podrían quedar condicionado a la prueba o, por lo menos, a la acreditación de que efectivamente se haya producido.

Sin embargo, existe jurisprudencia reiterada que viene considerando a los requisitos sustanciales de los actos de comunicación como integrantes del orden público procesal, por lo que la vulneración de los mismos debe estimarse de oficio. También se ha sostenido que el cumplimiento de los requisitos legales no puede entenderse como un formalismo procesal, ya que de su debido cumplimiento se derivan efectos tan importantes que afecta al derecho de defensa de las partes, por lo que se trata normalmente de requisitos *ab sustantiam*, que condicionan la validez misma del acto.

10. Una previsión de futuro

El art. 162 de la LEC, sin atender a la realidad presente está abriendo una posibilidad para el inmediato futuro al admitir que los actos de comunicación se realicen por medio electrónicos, informáticos y similares.

1. Cuando los juzgados y tribunales y las partes o los destinatarios de los actos de comunicación dispusieren de medios electrónicos, telemáticos, infotelecomunicaciones, o de otra clase semejante, que permitan el envío y la recepción de escritos y documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la comunicación y de su contenido y quede constancia fehaciente de la remisión y recepción íntegras y del momento en que se hicieron, los actos de comunicación podrán efectuarse por aquellos medios, con el acuse de recibo que proceda.

Las partes y los profesionales que intervengan en el proceso deberán comunicar al tribunal el hecho de disponer de los medios antes indicados y su dirección.

Asimismo se constituirá en el Ministerio de Justicia un Registro accesible electrónicamente de los medios indicados y las direcciones correspondientes a los organismos públicos.

2. Cuando la autenticidad de resoluciones, documentos, dictámenes o informes presentados o transmitidos por los medios a que se refiere el apartado anterior sólo pudiera ser reconocida o verificada mediante su examen directo o por otros procedimientos, aquéllos habrán de aportarse o transmitirse a las partes e interesados de modo adecuado a dichos procedimientos o en la forma prevista en los artículos anteriores, con observancia de los requisitos de tiempo y lugar que la ley señale para cada caso.

III. ACTOS DE COMUNICACIÓN CON OTROS ÓRGANOS:

EXHORTOS, OFICIOS Y MANDAMIENTOS

Al secretario judicial corresponden los demás actos de comunicación y de cooperación jurisdiccional, y en el desarrollo de los mismos debe distinguirse.

1. Auxilio judicial

Este auxilio, al que la LOPJ llama cooperación jurisdiccional, es el que se presta entre órganos jurisdiccionales en el ejercicio de esa función, correspondiendo su expedición y autorización al secretario. Pueden ser:

A) Auxilio judicial interno

Los jueces y tribunales, dice el art. 273 de la LOPJ, cooperarán y se auxiliarán entre sí en el ejercicio de la función jurisdiccional, y el art. 169.1 de la LEC añade que los tribunales civiles están obligados a prestarse auxilio en las actuaciones que, habiendo sido ordenadas por uno, requieran la colaboración de otro para su práctica.

a) Clases de auxilio: Este auxilio interno puede ser:

1º) Fuera de la circunscripción del órgano que está conociendo del proceso civil: A pesar de lo dispuesto en el art. 274.1 de la LOPJ, que pareciera querer imponer el auxilio judicial en estos casos, el art. 169.2 de la LEC dice que se acudirá a este auxilio cuando el tribunal que esta conociendo del asunto no considere posible o conveniente hace uso de la facultad que le concede la propia LEC de desplazarse fuera de su circunscripción.

2º) Dentro de la circunscripción pero fuera del término municipal en que tenga su sede el tribunal: Se admite como posibilidad, pero claramente restrictiva.

No hay duda de que el auxilio judicial puede referirse, en estos dos casos, a los actos de comunicación, si bien teniendo en cuenta que, según el art. 165, habrán de referirse sólo a cuando tenga que practicarse el acto por el sistema de la comunicación por medio de la entrega de la copia de la resolución o de la cédula en el domicilio del interesado se acompañará al despacho la copia o cédula correspondiente y lo demás que en cada caso proceda. Estos actos de comunicación se cumplimentarán en un plazo no superior a veinte días, contados a partir de su recepción. Cuando no se realice en el tiempo indicado, a cuyo efecto se requerirá al tribunal para su observancia, se habrán de expresar, en su caso, las causas de la dilación.

La duda surge en lo que se refiere a los actos de práctica de la prueba. En la LEC es manifiesto el propósito de que la prueba se practique con sujeción al principio de inmediación en sentido estricto, esto es, que dicte sentencia el mismo juez que ha presencia la práctica de la prueba en el juicio y no otro, pero admite algunas excepciones. La regla general y las excepciones se manifiestan con claridad en el art. 169; pueden practicarse las pruebas, incluido el reconocimiento judicial, acudiendo al auxilio judicial, pero tiene que resultar imposible o muy gravosa la comparecencia de la parte, el perito o el testigo,

b) Normas generales: Deben destacarse tres tipos de estas normas:

1ª) El auxilio judicial debe pedirse al Juzgado de Primera Instancia. A los Juzgados de Paz sólo puede pedirse auxilio judicial para los actos de comunicación, no para los actos de prueba (art. 170).

2ª) La petición de auxilio se hará directamente al órgano exhortado, por medio del sistema informático judicial o de cualquier otro sistema de comunicación que garantice la constancia de la recepción (art. 172.1).

A pesar de lo anterior el art. 172.2 sigue admitiendo lo que se ha llamado tradicionalmente “conducto personal”, esto es la entrega del exhorto al procurador de la parte o la parte misma y, consiguientemente, se prevé toda la tramitación partiendo de este supuesto, como se ve en los arts. 175.2 y 176. Y ello aparte de la posibilidad de que las partes designen procurador para intervenir en la práctica de la diligencia encomendada al tribunal exhortado. Naturalmente también se regula la intervención de las partes, sus abogados y procuradores.

3ª) Cuando el exhorto haya sido remitido a un órgano diferente al que deba prestar el auxilio, el que lo reciba lo enviará directamente al que corresponda, si es que le consta cuál sea éste, dando cuenta de su remisión al exhortante (art. 172.4).

c) *Forma*: Después de siglos de existencia de suplicatorio, exhorto y carta-orden, hoy se ha unificado el medio en el exhorto, que según el art. 171 contendrá:

1º) La designación de los tribunales exhortante y exhortado.

2º) La indicación del asunto que motiva la expedición del exhorto.

3º) La designación de las personas que sean parte en el asunto, así como de sus representantes y defensores.

4º) La indicación de las actuaciones cuya práctica se interesa.

5º) Cuando las actuaciones interesadas hayan de practicarse dentro de un plazo, se indicará también la fecha en la que éste finaliza.

6º) Si para el cumplimiento del exhorto fuera preciso acompañar documentos, se hará expresa mención de todos ellos.

La regulación de la tramitación de los exhortos se encuentra en los arts. 173 a 176 de la LEC. Lo más destacado de esa regulación, aparte de la intervención de las partes, es el intento de que los órganos exhortados cumplimenten los exhortos dentro del plazo señalado (art. 173), y de acabar con la falta de diligencia de las partes en el auxilio judicial (art. 176).

B) Auxilio judicial internacional

A este auxilio se refieren los arts. 276 a 278 LOPJ, 177 LEC y 193 y 194 LECRIM, que atienden tanto al auxilio activo (el pedido por órganos españoles) como al pasivo (el pedido a órganos españoles). El que nos importa es el primero que se centra en la realización de actos de comunicación, cuando el destinatario de

los mismos reside en el extranjero, y en la práctica de medios de prueba también en el extranjero.

Si el acto de comunicación va dirigido a un español que reside en el extranjero puede realizarse a través de la oficina consular española o, en su caso, de la misión diplomática de la demarcación donde deba practicarse, siempre que a ello no se opongan las leyes del país de residencia, y en este caso no es preciso acompañar la traducción de los documentos que se envían.

En atención a los tratados internacionales las llamadas “comisiones rogatorias” puede remitirse bien con comunicación directa entre órganos judiciales (que es lo común entre países de la Unión Europea), bien por vía consular, bien por vía diplomática (que es a la que se refiere el art. 276 LOPJ).

2. Auxilio a la justicia

El punto de partida es aquí el art. 118 de la CE que impone a todos el deber de prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto. Con esa base las leyes procesales distinguen entre:

a) Mandamiento: Es el medio de comunicación establecido para ordenar el libramiento de certificaciones o testimonios o la práctica de cualquier actuación cuya ejecución corresponda a los registradores, notarios o agentes de juzgado o tribunal, dice el art. 149, 5º, LEC (debiendo incluirse también la policía judicial).

b) Oficio: Medio para las comunicaciones con autoridades no judiciales y funcionarios distintos de los antes mencionados, dice el art. 149, 6º, LEC.

Según el art. 167 los mandamientos y oficios se remitirán directamente por el tribunal que los expida a la autoridad o funcionario a que vayan dirigidos, pudiendo utilizarse los medios informáticos, electrónicos y similares, aunque si así lo solicitaren, las partes podrán diligenciar personalmente los mandamientos y oficios. En todo caso, la parte a cuya instancia se libren los oficios y mandamientos a que se refiere este artículo habrá de satisfacer los gastos que requiera su cumplimiento.

La LEC no se refiere ya a las exposiciones. Esta distinción entre oficio y exposición viene establecida en algún caso concreto (por ejemplo, el art. 196 LECRIM dice que se

usará la forma de exposición, y por conducto del Ministerio de Justicia, para dirigirse a los Cuerpos Colegisladores y a los ministros). Existe toda una tradición de usos forenses para determinar cuando se usa una u otra forma y las fórmulas de cortesía de las dos.

TEMA 10º

DERECHOS DE LOS JUSTICIABLES

(Esquema)

I. DERECHOS DE LOS JUSTICIABLES

- 1) Todas las personas, físicas y jurídicas
- 2) Las partes en el proceso

II. PRETENSIÓN Y ACCIÓN

Evolución del concepto de acción

A) El punto de partida: el Derecho romano

Sistema de acciones; no de derechos subjetivos.

Celso. Unidad. 191 clases de acciones.

B) La situación en el siglo XIX

- a) Savigny: Acción = derecho subjetivo violado
- b) Escuela francesa: Demolombe. En pie de guerra
- c) España en el siglo XIX

C) La ruptura entre acción y derecho subjetivo

Polémica en Alemania: 1) Dos derechos diferentes

2) Concepto único de acción

Fin de las teorías monistas

D) Los caminos de la acción

- a) Concreta: relaciones entre derecho subjetivo y proceso
- b) Abstracta: cómo se inicia el proceso

III. PRINCIPALES TEORÍAS

A) La teoría concreta

- a) Derecho a una sentencia favorable: Wach
- b) La crítica y su confusión
- c) Últimas aportaciones: De la Oliva
- d) El reconocimiento de derechos
- e) Límites de la acción concreta: Político y jurídico

B) La teoría abstracta

- a) El derecho a una sentencia, sin más
- b) Acción y pretensión: Guasp

IV. CLASES DE ACCIONES

Del criterio del derecho subjetivo a la clase de tutela judicial: Art. 5 LEC

A) *Pretensiones declarativas*: - mero declarativas

- constitutivas

- de condena

B) *Pretensiones ejecutivas*

C) *Pretensiones cautelares*

V. EL DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER UNA TUTELA JUDICIAL...

1. Titulares del derecho

Todos los sujetos jurídicos

2. Contenido esencial en el ámbito civil

A) *El acceso a la jurisdicción*: derecho a la jurisdicción

1) Todos los conflictos jurídicos

2) Sin controles administrativos previos

3) *Pro actione*

B) *La resolución de fondo*

a) No sentencia favorable

b) Presupuestos procesales

c) Incongruencia: por exceso y por defecto

C) *La motivación de la resolución*

Problemas: - selección de la norma aplicable

- decisión con error patente

- sistema de fuentes

D) *La prohibición de la indefensión*

a) Fórmula de cierre

b) Clases de indefensión?

c) Requisito adicional a garantías de 24.2

E) *Firmeza y cosa juzgada*

F) *La ejecución de lo juzgado*

G) *El derecho a los recursos legales*

3. El contenido en el proceso penal

A) *El ius ut procedatur*

B) *El derecho a los recursos*

Art. 14.5 del Pacto de 1966

DERECHOS DE LOS JUSTICIABLES

Derechos de los justiciables. Pretensión y acción: principales teorías. Clases de acciones. El derecho fundamental a obtener una tutela judicial efectiva: principales aspectos definidos por la jurisprudencia constitucional.

I. DERECHOS DE LOS JUSTICIABLES

Cuando se habla de los derechos de los justiciables se está haciendo referencia en realidad a dos situaciones muy distintas:

1ª) La de todas las personas, sean físicas o jurídicas, con relación a los órganos dotados de potestad jurisdiccional, en la que las primeras tienen que ser titulares de derechos pero también de deberes y de obligaciones.

En esta perspectiva, que es la que consideraremos a continuación, aparece el derecho fundamental a la jurisdicción, o derecho de acción, pero también otros derechos de menor entidad, como el derecho a la publicidad de las actuaciones judiciales (arts. 120.1 de la CE y 232 de la LOPJ) o el de acceso a los libros, archivos y registros judiciales (art. 235 de la LOPJ), y verdaderos deberes y obligaciones como la de colaborar con los jueces y tribunales (al que se refiere el art. 118 de la CE).

2ª) La de las partes de un concreto proceso, sobre las que recae un conjunto de derechos, cargas, posibilidades, deberes y obligaciones que configuran su estatuto en cuanto han asumido, bien como actor (o acusador) bien como demandado (o imputado), una de las dos posiciones posibles en todo proceso.

Por razones obvias en este tema no puede atenderse a todo el conjunto de derechos y deberes que conforman las dos situaciones, sino que se trata de atender al derecho fundamental de toda persona frente a los órganos a los que el Estado ha dotado de la potestad jurisdiccional.

II. PRETENSIÓN Y ACCIÓN

La interrelación entre acción y pretensión y la explicación de cómo ha surgido el concepto de pretensión exige conocer la evolución de la acción, por lo que es necesario volver al Derecho romano, aunque sea brevemente.

A) El punto de partida: el Derecho romano

Para comprender el significado de la acción hay que volver al Derecho romano. De éste se ha dicho que no era un sistema de derechos subjetivos, sino un sistema de acciones, y siendo esta afirmación cierta hay que entender su significado.

Hoy está firmemente asentada en la ciencia jurídica la distinción entre derecho objetivo y derechos subjetivos. El primero es un conjunto de normas jurídicas, generales, imperativas y coercibles; estas normas nos dicen quién puede ser considerado propietario, usufructuario, acreedor, heredero, etc. Cuando se habla de los derechos subjetivos se está haciendo referencia a situaciones de poder o de preferencia respecto de cosas o contra personas; los propietarios, usufructuarios, acreedores y herederos, son titulares de derechos subjetivos.

En el Derecho romano no hay definiciones de derecho objetivo y no se conocía el concepto de derecho subjetivo. Este fue concebido muy posteriormente y se refiere a la cualidad moral atribuida a una persona para tener o hacer algo justamente; surge cuando la ley es la fuente del derecho objetivo y, al mismo tiempo, enumera los derechos subjetivos.

En Roma las fuentes creadoras del Derecho eran la jurisprudencia y el Edicto del Pretor. El Edicto no contenía un catalogo de derechos subjetivos, sino un catalogo de formas de reclamar procesalmente, de acciones. Cuando un jurista romano trataba de describir una relación jurídica lo hacía con referencia a la acción.

Veamos algunos ejemplos: a) De derecho real: D. 50, 16, 143: “el haber en su poder se refiere al que tiene acción sobre lo que es objeto del ‘haber’, es lo que puede reclamarse por la acción reivindicatoria”; aquí no se define el derecho de propiedad, sino que se hace referencia a una acción. b) De derecho personal: D. 50, 16, 108: “se entiende por deudor aquél a quien se puede exigir una cantidad a la fuerza”; la referencia, también aquí, no está hecha al derecho subjetivo, sino al aspecto procesal de la situación jurídica.

En este contexto hay que entender las palabras de Celso (en D. 44, 7, 51, recogidas también en la Instituta de Justiniano, I, 4, 6, 1): *Nihil aliud est actio quam ius persecuendi in iudicio quod sibi debetur*, que no son más que una caracterización incompleta de la *actio in personam* del *ius civile* (Betti), referida además a una época concreta (las primeras décadas del siglo II d. C.).

Estamos ante la que se ha llamado concepción monista de acción. En Roma acción y derecho subjetivo son una misma cosa, y precisamente en ese orden; primero la acción y luego el derecho subjetivo. Dentro de esta concepción se mueven también los glosadores, y así Piacentino, en la primera mitad del siglo XII, tipificaba 191 clases de acciones, cada una con su nombre propio, contenido específico y sujetos activo y pasivo, distinguiendo entre: 1) *Petitio*: Prestación concreta que el demandante reclama (la pretensión material), y 2) *Actio*: Fundamento legal de la *petitio*, por lo que sin acción no hay pretensión. Esto supone la identificación de la acción con el sustrato sustancial de la pretensión, de modo que *actio* y *obligatio* son términos sinónimos.

Esta visión monista, para la que la acción y el derecho subjetivo son una misma cosa, es manifiesta en las Partidas, en la que la relación acción y derecho subjetivo se evidencia en que la acción no es más que la forma de hacer valer ese derecho.

B) La situación en el siglo XX

La visión monista sigue predominando, pero ahora se han invertido los términos; lo primero es ya el derecho subjetivo y después aparece la acción. Así se descubre, por ejemplo, en:

a) Savigny

La acción es el aspecto bajo el que se nos presenta el derecho subjetivo cuando ha sido violado; es un momento del derecho subjetivo. Por ello el origen de la acción se encuentra en la violación del derecho subjetivo y, consecuentemente, su titular es el ofendido y su destinatario o sujeto pasivo aquél que ha realizado la violación.

En la distinción entre derecho público o político y derecho privado, la acción se encuadra en este último, aunque cabe hablar de:

1.º) Acción en general: Noción unitaria, común y genérica que puede incluirse como parte de los procedimientos judiciales y éstos considerarse dentro del derecho público.

2.º) Acciones en concreto: Aquí la noción implica, necesariamente, la existencia de un derecho subjetivo material y la violación del mismo. Sin derecho subjetivo material no existe acción y sin violación de aquél tampoco hay acción, perteneciendo su estudio al civilista.

En estas línea de pensamiento decía Puchta que la acción es el “derecho subjetivo en pie de guerra”, y Unger que es “el derecho que abandona la toga para endosarse el *sagum*” (la capa militar).

b) La escuela francesa

Entre los procedimentalistas franceses, y aun entre los exégetas del Código Civil de Napoleón, la acción se concebía como una prolongación del derecho subjetivo, hasta el extremo de que Demolombe llegó a decir que las leyes hablaban de derechos y acciones incurriendo en un pleonismo. Se comprenden así aforismos tan tradicionales como : *Si no hay derecho, no hay acción; y no hay derecho sin acción, y no acción sin derecho*. Ya en el siglo XX seguían diciendo Glasson, Tissier y Morel que la acción es el derecho subjetivo en estado de lucha, con lo que demostraban, una vez más, el atraso de la doctrina francesa.

c) España en el siglo XIX

Aquí íbamos por el mismo camino. La acción no era más que un momento, un aspecto del derecho subjetivo privado que se ejercita o actúa jurisdiccionalmente. Se ha concluido que “la acción se encuadra institucionalmente en el ámbito del derecho privado porque presupone obligatoriamente: de un lado, la existencia de un derecho, de otro, la lesión o desconocimiento de ese derecho. No tiene vida propia. No es un concepto ni figura jurídica autónoma. Igualmente es claro que dada la anterior premisa la división capital de las acciones debe estar basada en criterios privatísticos, es decir, sobre los distintos derechos que garantizan: acciones personales, acciones reales, etc.; que, en definitiva, reciben el nombre del derecho material que protegen y no por la naturaleza de la resolución judicial a que tiendan” (Gutierrez-Alviz).

C) La ruptura entre acción y derecho subjetivo

En esta situación se produce, en los años 1856 y 1857, la célebre polémica sobre la acción, en la que suele situarse el fin de las teorías que hemos llamado monistas y la aparición de las teorías dualistas, esto es, las que distinguen entre derecho subjetivo y acción.

La concepción de Windscheid no es sustancialmente distinta a sus antecedentes científicos. Parte de que la *actio* romana era un *prius* respecto del derecho subjetivo material, mientras que en el derecho moderno la *actio* es un *posterius* respecto de ese derecho subjetivo material. Ahora bien, esto no significaba ya nada nuevo en el siglo XIX en Alemania; era algo incardinado ya en una visión del Derecho desde perspectiva distinta.

Lo que Windscheid pretendía era establecer el significado de la *actio* romana, para que no se confundiera con otros términos jurídicos alemanes (*Klage* y *Anspruch*). Para él la palabra *actio* en el Derecho romano no designaba algo secundario o derivado del derecho subjetivo privado, sino que era expresión primaria de lo que una persona podía exigir de otra, en cuanto esta exigencia estaba judicialmente amparada; consecuentemente no cabía desvirtuar el sentido de esta palabra y utilizarla con significado absolutamente distinto del que tenía en Roma. En cualquier caso el derecho subjetivo y la acción seguían siendo una misma cosa, manteniéndose en el campo del derecho privado.

La acción se separa del derecho material y pasa al campo del derecho público en la obra de Muther. Parte de que en Roma la *actio* no era: ni un apéndice del derecho subjetivo material, ni un nuevo derecho surgido de la violación del derecho subjetivo material; la *actio* era el derecho a la fórmula del Pretor y por eso era por lo que el Derecho romano era un sistema de acciones.

Trasladando estas ideas al derecho moderno, la acción es un derecho a la tutela jurídica por parte del Estado. La unidad entre acción y derecho subjetivo material se ha roto y en sus destinatarios se aprecia con especial claridad:

- 1) El derecho subjetivo material se dirige contra un particular y tiene naturaleza privada.
- 2) El derecho de acción se dirige contra el Estado, personalizado en sus órganos jurisdiccionales, y tiene naturaleza pública.

Las doctrinas monistas encuentran aquí su fin. Es cierto que después han surgido algunas explicaciones monistas, como la de Satta, pero se trata de algo excepcional. A

partir de Muther las concepciones sobre la acción serán dualistas, esto es, partirán del hecho de que una cosa es el derecho material y otra la acción; y serán, además, públicas, pues si el derecho material puede ser privado, la acción siempre quedará incardinada en el derecho público.

D) Los caminos de la acción

La polémica reseñada, y especialmente la obra de Muther, significó la ruptura frente a lo anterior. Desde entonces la doctrina se ha movido por dos caminos distintos que muchas veces se han presentado como contrarios, cuando en realidad son complementarios.

a) Uno de ellos ha pretendido explicar las relaciones entre derecho material y proceso y, más en concreto, cómo se pasa del derecho material al proceso, a la actividad de los órganos dotados de jurisdicción. Se advirtió que la tutela jurisdiccional del derecho privado no se explica simplemente con la referencia a un derecho subjetivo violado, del que se continúa pretendiendo su satisfacción por el obligado, pero ahora por la vía jurisdiccional. Esta falta de explicación es la que ha dado origen a la teoría concreta de la acción.

b) Por el segundo camino se ha querido explicar porqué se inicia la actividad de los órganos jurisdiccionales y se llega hasta el fin del proceso; es decir, porqué un particular puede dirigirse al Estado y exigir la actuación de los órganos dotados de potestad jurisdiccional. Para contestar a esta pregunta surge la teoría abstracta de la acción.

Es evidente que estamos ante caminos distintos que se refieren a problemas diferentes y que pretenden solucionar cuestiones diversas. La mayor parte de las discusiones que la doctrina ha sostenido responde a que los autores han confundido esos caminos y a que los han mezclado. Durante más de un siglo se ha producido un verdadero “diálogo de sordos”, en el que los interlocutores se han referido a cosas distintas. De ahí la confusión.

III. PRINCIPALES TEORÍAS

Después de la polémica antes dicha la doctrina se ha movido por dos caminos distintos que muchas veces se han presentado como contrarios, cuando en realidad son complementarios:

A) La teoría concreta

Uno de ellos ha pretendido explicar las relaciones entre derecho material y proceso y, más en concreto, cómo se pasa del derecho material al proceso, a la actividad de los órganos dotados de jurisdicción.

a) Derecho a una sentencia favorable

Se advirtió que la tutela judicial del derecho privado no se explica simplemente con la referencia a un derecho subjetivo violado, del que se continúa pretendiendo su satisfacción por el obligado, aunque ahora por la vía jurisdiccional. Esta falta de explicación es la que lleva a la teoría concreta, iniciada sobre todo por Wach, con su pretensión de tutela jurídica, que se basa en que se tiene derecho, concurriendo determinadas circunstancias, a una sentencia de contenido determinado y favorable.

La concepción de Wach se basa en tres afirmaciones principales:

1ª) La pretensión de tutela jurídica es una entidad de naturaleza procesal diversa del derecho sustantivo, pues son distintos sus presupuestos y su objeto (correspondiéndose éste con las clases de tutela jurídica (declarativa, y dentro de ella mera declaración, constitución y condena, y luego ejecutiva y cautelar).

2ª) Esta pretensión de tutela jurídica es un derecho concreto, a obtener una sentencia favorable.

3ª) Se dirige frente al Estado, que tiene el deber de otorgar la tutela siempre que concurran los presupuestos.

b) La crítica y su confusión

A partir de Wach la teoría ha tenido diversos desarrollos, pero contra ellos se ha formulado siempre la misma crítica. Concebida así la acción --se ha repetido-- no sabemos si existe o no hasta el final del proceso, e incluso no sabemos si se ha ejercitado por su verdadero titular. La teoría concreta no puede admitirse --se dice-- porque si al final del proceso resulta que el demandante lo pierde, habrá que llegar a

la conclusión de que el proceso lo ha iniciado quien no tenía derecho de acción o, dicho de otra manera, si la actividad jurisdiccional la inicia quien tiene y quien no tiene razón (esto sólo se verá al final) no cabe admitir una concepción que afirma que la acción es el derecho a una sentencia de contenido concreto.

Esta crítica, que se ha oído infinidad de veces, presupone no advertir que la teoría concreta no pretende explicar la iniciación de la actividad jurisdiccional, no se refiere al derecho del ciudadano a poner en marcha la actividad jurisdiccional. Como advirtió Hellwig esta crítica carece de sentido porque la teoría concreta lo que pretende explicar es la posición jurídica favorable a la victoria en el proceso, la cual depende de que exista y se pruebe un determinado estado de hechos extraprocesal y una configuración jurídica que no es exclusivamente de derecho privado.

c) Últimas aportaciones: De la Oliva

Los derechos subjetivos privados suelen ser reconocidos fuera del proceso; aún más, así ocurre normalmente, pues el número de procesos respecto del número de relaciones jurídicas materiales es estadísticamente ínfimo. En cambio el derecho de acción no puede ser reconocido fuera del proceso, sino que ha de serlo por los órganos jurisdiccionales. Ahora bien, esto no quiere decir que el derecho de acción sólo exista si se vence en el proceso. Si se puede hablar de sentencias justas e injustas es porque el derecho de acción, a una sentencia favorable, existe aunque luego no se venza en el proceso.

Cuando se dice que “las cosas no son lo que son, sino lo que los jueces dicen que son” se está incurriendo en un positivismo judicialista, negador de los derechos de la persona. Frente a ello se sostiene modernamente, por De la Oliva por ejemplo, que “las cosas son lo que son y no lo que los jueces dicen que son”. Los derechos existen y se tienen, aunque los jueces por error los nieguen.

d) El reconocimiento de derechos

Lo verdaderamente importante es comprender, primero, que el derecho no existe sólo cuando llega a pronunciarse una decisión judicial respecto del mismo. En la mayoría de las ocasiones el derecho existe sin pronunciamiento judicial. El paso siguiente radica en percatarse que cuando una persona tiene un derecho subjetivo material que es desconocido o violado, tiene también el derecho a que el

órgano judicial competente dicte una sentencia de fondo en la que se declare aquel primer derecho.

Frente a esta concepción podrá alegarse que el juez que conozca del caso concreto puede incurrir en error y que el Ordenamiento jurídico, por razones de seguridad jurídica, hace que ese error se convierta en firme y en cosa juzgada material, pero esto no puede significar que sea el juez el que crea los derechos materiales subjetivos. El juez simplemente reconoce lo que ya existe, y hay que admitir que en esa actividad puede equivocarse. Sólo así se explica la posibilidad del error judicial y de su indemnización (art. 121 de la CE).

e) Límites de la acción concreta

La teoría concreta nació con dos condicionamientos que la limitan: 1) Político: Se basa en una concepción liberal en la que la justicia del Estado está a disposición del ciudadano, y 2) Jurídico: se pretendió explicar sólo como el orden jurídico privado era tutelado por la jurisdicción, sin cuestionarse la aplicación del Derecho público.

El supuesto más claro como ejemplo es el de la declaración de incapacidad de una persona. Nadie puede afirmar que tiene un verdadero derecho subjetivo a que otra persona sea declarada incapaz y, por lo mismo, el derecho de acción no puede tener contenido concreto. La ley puede decir que se confiere legitimación a determinadas personas (los más próximos parientes) para instar la declaración de incapacidad, pero ello no puede suponer que esas personas tengan un verdadero derecho subjetivo y, por tanto, un derecho de acción en sentido concreto. Y la situación se complica aún más cuando se tiene en cuenta que también se confiere legitimación al Ministerio fiscal.

En estos casos el ordenamiento jurídico acude a una técnica diferente. Dado que la actuación del derecho objetivo tiene que seguir realizándose por un juez imparcial, que no puede iniciar el proceso de oficio, lo que se hace es atribuir legitimación al Ministerio fiscal para pedir esa actuación, y es evidente que éste no puede tener derecho a una sentencia de contenido favorable. Se trata, pues, de que se condiciona la actuación del derecho objetivo por los órganos jurisdiccionales a que alguien pida esa actuación, pero esa petición no implica un derecho de acción en sentido concreto.

Naturalmente la teoría concreta no puede referirse a la actuación del Derecho penal. En éste hay que partir de que no existe relación jurídica material penal y de que ni el ofendido por el delito ni nadie tiene un derecho subjetivo a que se imponga una pena al autor de un delito, por lo que no puede existir el derecho de acción entendido como derecho a obtener una sentencia de contenido favorable.

B) La teoría abstracta

Esta segunda construcción pretende explicar por qué una persona, cumpliendo determinados requisitos, puede provocar la iniciación de un proceso y continuarlo hasta la sentencia. Se llama abstracta porque se limita a reconocer el derecho a la actividad jurisdiccional, independientemente del resultado favorable o adverso.

a) El derecho a una sentencia, sin más

La teoría abstracta de la acción se inicia con Degenkolb. Su tesis fue una reacción contra la concepción privatista de la acción. Si la acción se hace derivar del derecho subjetivo privado ¿cómo –se preguntaba este autor también de finales del siglo XIX- explicar su eficacia en el caso de derechos inexistentes? Si la existencia de ese derecho sólo se conoce con la sentencia y el sentido de ésta depende en gran parte de la actividad procesal ¿cómo explicar en dependencia de aquel derecho la sujeción del demandado al proceso, la validez de éste y la fuerza de cosa juzgada que se produce cualquiera que sea el sentido de la sentencia?

El único elemento indefectible en toda acción es el derecho a sujetar al demandado al proceso, a la actividad procesal respecto de él. Pero este derecho no se funda en el concreto y específico derecho subjetivo privado hecho valer mediante la acción, sino “en el derecho a que el derecho subsista y en el derecho al mantenimiento de la paz dentro de una comunidad fundada en el derecho y la paz de sus miembros”. Prohibida la autotutela es necesario reconocer un derecho al proceso sin exigir otro fundamento que la afirmación del propio derecho.

A partir de aquí la teoría fue desarrollada con matizaciones de gran interés, pero en lo que nos importa ahora se entiende que el derecho de acción se dirige contra el Estado y tiene por objeto la prestación por éste de la actividad jurisdiccional para la declaración del derecho incierto y para la realización forzosa de los intereses cuya tutela jurídica sea cierta. Su objeto no es la sentencia favorable, sino sólo la sentencia sobre el fondo del asunto.

Dentro de España la teoría ha tenido muchos seguidores, aunque las explicaciones de éstos deben encuadrarse en el momento histórico en que se producen; así Prieto-Castro, Fairén y Montero, que escribieron antes de la Constitución de 1978 y que pretendieron dar una cierta base constitucional al derecho frente al Estado.

b) Acción y pretensión

Por el camino de la abstracción se llegó por Guasp a distinguir entre acción y pretensión, de modo que la primera no debía tenerse en cuenta en una sistemática del Derecho procesal, que debía atender a la pretensión, entendida como acto jurídico del actor que valorado progresivamente por el Derecho procesal y por el material conduce a la producción de una serie de efectos, fundamentalmente la admisibilidad y la estimación de la misma, dependiendo cada una de la existencia de sus respectivos presupuestos.

La construcción de Guasp ha tenido el valor de destacar el concepto de pretensión, pero en la actualidad:

1º) El concepto de acción no sólo no se ha abandonado, sino que se ha convertido doctrinalmente en un de los “temas procesales de nuestro tiempo”, si bien con sentido y contenido muy diferentes de los iniciales.

2º) El concepto de pretensión dado por él ha evolucionado en la obra de Fairén y de Montero principalmente, hasta ser asumido por la doctrina y la jurisprudencia, adquiriendo trascendencia sobre todo con relación al objeto del proceso.

IV. CLASES DE ACCIONES

Producida la ruptura entre el derecho subjetivo y la acción, el criterio tradicional de clasificar las acciones, referido al derecho subjetivo que se trataba de proteger, dejó de tener sentido y utilidad. Lo importante no es ya el derecho subjetivo al que la acción hace referencia, sino la clase de tutela jurisdiccional que se pide. Para marcar la ruptura con el pasado hoy se está hablando más de clases de pretensiones que de clases de acciones, o de clases o tipos de tutela jurisdiccional a prestar por los órganos de esta naturaleza (y, por lo mismo, de clases de procesos).

La doctrina procesal española está hoy distinguiendo entre acción, siempre en singular, que se identifica con derecho a la jurisdicción o derecho al proceso o derecho a la tutela judicial efectiva, y pretensión como declaración de voluntad

petitoria que se dirige a un órgano jurisdiccional, respecto de las que habla de clases con referencia al tipo de tutela judicial que se pide. No faltan autores, con todo, que distinguen entre un concepto unitario de acción (el derecho a la tutela judicial efectiva) y después clases de acciones, pero desde luego no se clasifican ya con referencia al derecho material, sino atendiendo a la clase de tutela judicial.

En este orden de cosas es muy significativo el art. 5 de la LEC de 2000 en el que se habla de clases de tutela jurisdiccional, con referencia a las pretensiones declarativas, ejecutivas y cautelares, para luego distinguir dentro de las primeras que podrá pretenderse de los tribunales (es decir, tipos de pretensiones) la condena, la declaración y la constitución.

A) Pretensiones declarativas

Atienden al “juzgar” de los jueces y tribunales a que se refiere el art. 117.3 de la CE, a decir en el derecho en el caso concreto, a declararlo, pero subdistinguiendo:

a) Mero declarativas

La petición de la parte que interpone la pretensión se satisface con la mera declaración de la existencia (positiva) o de la inexistencia (negativa) de una relación jurídica; la sentencia agota su fuerza con la declaración sin más, no necesitándose de ejecución posterior, y por eso no es título ejecutivo.

En estos casos no bastará con que el demandante sea el titular del derecho subjetivo que afirma, sino que precisará además acreditar un interés jurídico en la declaración del órgano jurisdiccional, esto es, que esa declaración, y realizada precisamente frente a una determinada persona como demandado, le reporta un beneficio jurídico concreto.

b) Constitutivas

La petición de la pretensión se dirige a obtener la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, es decir, a lograr un cambio respecto de la situación existente, que produce la sentencia, la cual no es título ejecutivo.

c) De condena

Lo que se pide al órgano jurisdiccional es una declaración de la que arranque el derecho a obtener una prestación del demandado; la pretensión no se satisface

con la mera declaración, sino que será precisa una actividad posterior, bien de cumplimiento voluntario por el condenado, bien de ejecución por el órgano judicial.

B) Pretensiones ejecutivas

El haciendo ejecutar lo juzgado, a que también se refiere el art. 117.3 de la CE, se resuelve en la realización por el órgano jurisdiccional de una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior para acomodarlo a una sentencia de condena. Ante el incumplimiento voluntario de la sentencia por el condenado, es precisa esa actividad para llegar a la real satisfacción de la pretensión de la parte

C) Pretensiones cautelares

La satisfacción de la pretensión interpuesta ante el órgano jurisdiccional puede no alcanzarse de modo completo mediante los procesos de declaración y de ejecución, y para suplir esa posible ineficacia aparece el proceso y las pretensiones cautelares, cuya finalidad es garantizar la eficacia de los resultados de los otros procesos.

V. EL DERECHO FUNDAMENTAL A OBTENER UNA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA: PRINCIPALES ASPECTOS DEFINIDOS POR LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Posiblemente sin relación con el debate doctrinal en torno al derecho de acción, el constituyente español plasmó en el art. 24.1 de la CE un derecho fundamental de “todas las personas” “a obtener 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”, que se ha convertido en el derecho estrella, el que se alega con más reiteración y el que, sin duda, está dando lugar a mayor número de recursos de amparo.

1. Titulares del derecho

No es dudoso que el derecho es “predicable de todos los sujetos jurídicos” (STC 4/1982), sean españoles, extranjeros, personas físicas o jurídicas, incluidas las de derecho público (STC 137/1985), siempre que el ordenamiento les reconozca capacidad para ser parte en el proceso (STC 64/1988).

Lo discutible en este sentido sigue siendo la posibilidad de considerar al Estado como titular de este derecho fundamental. En la STC últimamente citada frente al voto de la mayoría un importante voto particular sostuvo que el Estado posee potestades y competencias, pero de ningún modo derechos fundamentales, salvo cuando actúa con sometimiento al derecho privado.

2. Contenido esencial del derecho en el ámbito civil

Aunque el art. 24.1 de la CE no distingue literalmente entre los distintos ámbitos en que el derecho puede actuarse por un tribunal es conveniente distinguir entre ellos. Aquí lo haremos con referencia a los ámbitos civil y penal (aunque algunos pronunciamientos tienen contenido general).

A) El acceso a la justicia

El primer contenido del derecho se refiere, obviamente, a la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales para que éstos se pronuncien sobre la pretensión que formule un titular del derecho. El derecho a la jurisdicción no es sólo esta posibilidad de acceso, pero ella es presupuesto lógico de todos los otros posibles contenidos del derecho.

A partir de lo anterior se han dictado cientos de sentencias por el Tribunal Constitucional relativas a la incompetencia de jurisdicción (STC 43/1984), a la falta de jurisdicción (STC 45/1990), a la comparecencia en juicio de las partes (STC 115/1984), a la personación en forma (STC 208/1994), a las consecuencias de la incomparecencia al juicio (STC 196/1994), a los requisitos de contenido de la demanda (STC 19/1994), a los trámites previos a la vía judicial (STC 119/1983), a las autorizaciones judiciales preceptivas (STC 100/1987), a la justicia gratuita (STC 42/1982), etc.

De una ya jurisprudencia desbordante interesa destacar por su trascendencia:

a) No existen conflictos jurídicos que puedan excluirse de la posibilidad de ser planteados por los ciudadanos y de resueltos por los órganos jurisdiccionales, lo que ha tenido especial trascendencia con relación a los llamados “actos políticos” (STC 45/1990).

b) La posibilidad de plantear una cuestión jurídica a los jueces y tribunales no puede hacerse depender de controles administrativos o de autorizaciones de otros poderes, con base en lo cual la STC 124/1984, obligó a modificar la regulación del “recurso” de revisión penal.

c) Las causas legales de inadmisión a trámite de la demanda deben interpretarse en el sentido más favorable a la efectividad del derecho de acceso (principio *pro actione*) (SSTC 201/1987 y 77/1994, por ejemplo).

No se trata de que el establecer requisitos previos para acceder a la jurisdicción sea imposible constitucionalmente (pues son posibles siempre que persigan servir a finalidades legítimas o de aliviar la carga de litigios, STC 217/1991), pero sí de que no puede excluirse el conocimiento judicial de la controversia (STC 355/1993). La regla general será, pues, que toda demanda civil es, en principio, admisible, y que la inadmisión funcionará como excepción que tiene que estar justificada.

B) La resolución de fondo

El contenido esencial del derecho se ha centrado, en buena medida, en la necesidad de que por el órgano jurisdiccional se dicte “una resolución fundada en derecho, resolución que habrá de ser de fondo, sea o no favorable a las pretensiones formuladas” (STC 9/1981, 121/1994).

a) No ha habido dudas en que el derecho no puede suponer el logro de una sentencia favorable (SSTC 19/1981, 146/1991), entre otras cosas porque ello supondría la constitucionalización de todos los derechos subjetivos, convirtiendo al Tribunal Constitucional en la última instancia de la legalidad ordinaria.

b) La existencia de la resolución sobre el fondo puede hacerse depender de la concurrencia de los presupuestos procesales o del cumplimiento de los requisitos procesales (SSTC 37/1982, 19/1986, 20/1993).

La apreciación de unos y otros sí puede ser controlada por el Tribunal Constitucional en cuanto supongan la negación del derecho, y debiendo interpretarse unos

y otros del modo que resulte más favorable a la efectividad del derecho (SSTC 15/1990, 154/1992).

c) La incongruencia puede adquirir relevancia constitucional, por ser contraria al art. 24.1 de la CE:

1º) La incongruencia por exceso, tanto por *extra* como por *ultra petitem* cuando suponga una completa modificación de los términos en que se entabló el debate procesal, por cuanto entonces no se respeta el principio de contradicción (SSTC 20/1982, 77/1986, 60/1990).

Si para que se estime la incongruencia por exceso tiene que haberse producido una vulneración del derecho de defensa (que es lo que dice el Tribunal Constitucional), posiblemente fuera esclarecedor desvincular la incongruencia en sentido estricto de la vulneración del derecho a la tutela judicial y centrar la argumentación en si en el caso concreto se ha producido o no indefensión.

2º) La incongruencia por defecto u omisiva supone también vulneración del art. 24.1 por que si el derecho lo es a obtener una resolución sobre el fondo, se incurre en falta de tutela cuando se deja sin resolver alguna cuestión de las suscitadas por las partes (SSTC 5/1986, 169/1988, 34/1992).

En este caso el problema es más complejo porque es dudoso que la omisión de pronunciamiento atienda a la congruencia en sentido estricto, dado que parece más referirse al requisito de la sentencia que es la exhaustividad. Si no hay pronunciamiento, no hay resolución (aunque sea parcial) y entonces falta uno de los elementos de la comparación, en la que se resuelve siempre la congruencia.

C) La motivación de la resolución

Desde sus inicios la jurisprudencia constitucional ha insistido en que está incluido en el art. 24.1, sobre todo cuando se pone en relación con el art. 120.3 de la CE, el derecho a que la sentencia sobre el fondo sea motivada. De aquí se han desprendido consecuencias claras y otras no tanto:

a) Parece claro que el derecho comprende la misma existencia de la motivación (SSTC 176/1985, 13/1987), la suficiencia de la misma (100/1987) y también el que no sea arbitraria pues equivale a inexistencia. En sentido negativo el

derecho no comprende el acierto o desacierto de los tribunales (STC 201/1994), lo que supone que la selección de la norma aplicable y su interpretación es una cuestión de legalidad ordinaria y, por tanto, sin relevancia constitucional (STC 50/1984, 24 y 26/1990)

b) Los problemas empiezan cuando el Tribunal Constitucional, apartándose de lo que ha sostenido con carácter general, pasa a estimar que es relevante constitucionalmente y, por tanto, que tiene soporte en el art. 24.1:

1º) La selección arbitraria o manifiestamente irrazonable de la norma aplicable en cuanto al fondo (STC 126/1994).

2º) Cuando se decide la cuestión litigiosa incurriendo el tribunal ordinario en un error patente (STC 55/1993).

3º) Cuando decide sobre el fondo del asunto desvinculándose del sistema de fuentes establecido (STC 23/1988, 151/1994)

Si se toman estas afirmaciones de modo aislado parecieran obvias, pero el caso es que hay que advertir que la determinación de cuándo una motivación es o no razonable, de cuándo es errónea y, especialmente, de cuándo el error es patente, y de cómo operan las fuentes en concreto, es algo que el Tribunal Constitucional decide imponiendo su criterio al tribunal ordinario, con lo que a la postre adquiere relevancia constitucional, y deja de ser cuestión de legalidad ordinaria, lo que el Tribunal Constitucional decide caso por caso, con lo que puede convertirse en una última instancia, suplantando la función de los tribunales ordinarios.

D) La prohibición de la indefensión

La tutela judicial efectiva se conecta a veces con la interdicción de la indefensión, a la que también se refiere el art. 24.1 de la CE, aunque parece faltar precisión pues el término se maneja con sentidos varios:

a) En ocasiones el Tribunal Constitucional entiende la indefensión como una cláusula genérica o “fórmula de cierre” en la que se abarcarían todas las vulneraciones de las garantías establecidas en el art. 24.2 y las infracciones procesales graves que no pudieran ampararse en ese párrafo 2 del art. 24 (STC 48/1984).

b) Otras veces el Tribunal pretende reducir el ámbito de la indefensión y distingue entre una indefensión jurídico-procesal y otra indefensión material o con relevancia constitucional (SSTC 35/1989, 106/1993, entre otras muchísimas).

Posiblemente habría que estimar que la única indefensión se produce cuando se impide a una parte ejercitar su derecho de defensa, tanto en el aspecto de alegar y demostrar, como en el de conocer y rebatir lo alegado y probado por la contraria, debiendo distinguirse entre:

1) Infracción de norma procedimental que hace relación a la forma en que el legislador ha regulado el proceso, pero que no afecta al derecho de defensa y que ni siquiera debe conducir a la estimación de un recurso, por cuanto la infracción no impide que el acto procesal produzca sus efectos normales (la sentencia se dicta fuera de plazo).

2) Infracción de norma procesal que, sin suponer indefensión, sí afecta a la eficacia del acto hasta el extremo de que el legislador estima que su concurrencia debe posibilitar la interposición de un recurso y su estimación, porque la infracción puede haber influido bien en el contenido de la sentencia bien en que ésta no produzca los efectos que le son propios (contradicción entre los hechos declarados probados en una sentencia).

3) Vulneración del derecho de defensa de las partes que, suponiendo siempre infracción de una norma o principio procesal, llega más allá pues produce indefensión.

c) Por último no faltan ocasiones en que el Tribunal Constitucional reconduce la indefensión a requisito necesario para entender vulnerada algunas de las garantías establecidas en el art. 24.2 (SSTC 199/1992, 64/1993).

La doctrina viene sosteniendo la necesidad de distinguir tres conceptos autónomos: 1) El de la tutela judicial efectiva, 2) El de no sufrir indefensión, y 3) Cada uno de los derechos fundamentales garantizados en el art. 24.2. Especialmente sobre estos últimos se está destacando que los mismos carecerán de sustantividad (tanto que podrían ser suprimidos de la Constitución) si para que se produzca su vulneración ha de haber existido indefensión, pues una vez producida ésta ya no hace falta referirse a la violación de otro derecho.

E) La firmeza y la cosa juzgada

Sin demasiada precisión viene diciendo el Tribunal Constitucional que la tutela efectiva incluye también la firmeza de las resoluciones judiciales, la invariabilidad de las mismas para el tribunal que las dicta y la cosa juzgada material (STC 159/1987), con lo que pudieran confundirse tres cosas:

1ª) La firmeza de las sentencias sí hace a la tutela judicial efectiva, pues en la misma tiene que incluirse el que la decisión judicial ponga fin a la discusión entre las partes.

2ª) La invariabilidad de las sentencias, después de firmadas, no es consecuencia ni de la firmeza ni de la cosa juzgada material, sino de la terminación del ejercicio de la potestad jurisdiccional, por lo que puede ponerse en relación con lo que es jurisdicción (art. 117.3) y con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE) (como hace la STC 12/1989).

3ª) Con la cosa juzgada material lo que está en juego es la esencia de la jurisdicción, por lo que el desconocimiento de la misma implicaría, no ya vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva, sino privar de contenido a la jurisdicción.

F) La ejecución de lo juzgado

El derecho comprende también el que el fallo se cumpla; “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” (SSTC 32/1982, 15/1986).

Lo cuestionable en este aspecto se refiere a la ejecución “en sus propios términos” (STC 120/1991), pues no faltan ocasiones en que se ha sostenido que la ejecución genérica o pecuniaria, como sustitutiva de la ejecución específica, es constitucional (STC 58/1983), sin que se haya precisado el alcance del art. 118 de la CE y el del art. 18.2 de la LOPJ con relación a las imposibilidades natural y jurídica.

G) El derecho a los recursos legales

El contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva no alcanza a que el legislador regule algún recurso contra la resolución que se pronuncia sobre el fondo del asunto, pero en el caso de que esté regulado el derecho sí lo comprende, habiéndose insistido en que:

1º) El legislador es libre a la hora de establecer o no recursos y también de determinar los requisitos de los mismos (SSTC 3/1983, 18/1983).

2º) Corresponde a los tribunales ordinarios aplicar los requisitos pronunciándose sobre la admisión del recurso, pero el derecho puede vulnerarse tanto cuando el legislador establece requisitos de difícil o imposible cumplimiento (STC 9/1983) como cuando el tribunal ordinario interpreta esos requisitos no en el sentido más favorable a la admisión del mismo (STC 65/1983, 104/1984).

Pueden señalarse dos líneas doctrinales en el Tribunal Constitucional que pueden denominarse expansiva y estricta; para la primera las normas deben interpretarse “en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental” (STC 69/1984), mientras que la segunda estima que sólo existe vulneración del derecho cuando la inadmisión del recurso se ha realizado de forma arbitraria (STC 104/1984). Aparte de que se prefiere la técnica de la subsanación a la de la inadmisión (STC 123/1983) y de que es frecuente la invocación de los “formalismos enervantes” (STC 57/1984).

2. Contenido esencial en el proceso penal

Sin perjuicio de que algo de lo dicho hasta aquí tiene carácter general, el derecho a la jurisdicción en el proceso penal tiene dos importantes especialidades:

A) El ius ut procedatur

El punto de partida radica en que el acusador, sea éste el que fuere, no es titular de una relación jurídica material penal ni de un derecho subjetivo material respecto del acusado, y de aquí se deriva que:

a) La acción penal no puede ser más que un simple *ius ut procedatur*, es decir, un derecho al proceso y a la sentencia en que se declare la existencia o inexistencia del derecho de penar del Estado, como ya dijo Gómez Orbaneja, y han recogido las SSTC 46/1982, 108/1983, 1/1985, que hasta utilizan la fórmula latina.

b) Ese derecho no es “incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso penal, sino sólo a un pronunciamiento motivado del juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merezcan los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación” (de la querella) (STC 148/1987), de modo que el proceso sólo empezará cuando el juez de instrucción estime que existen elementos para ello.

B) El derecho al recurso

En el proceso penal la tutela judicial efectiva comprende el derecho al recurso (SSTC 42/1982, 116/1988), no porque lo disponga literalmente la Constitución, sino porque el art. 10.2 de ésta conduce a la aplicación del art. 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, según el cual “toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo previsto en la ley”. Resulta así que:

1º) El legislador español está obligado a prever como mínimo un recurso (SSTC 145/1985, 7/1986).

2º) El derecho se refiere al condenado, pero si se articula en nuestro proceso penal y con la igualdad de las partes ha de reconocerse a todas ellas.

3º) El derecho no especifica la clase de recurso, si ordinario o extraordinario, por lo que el legislador español puede establecer cualquiera de ellos (STC 110/1985).

4º) Cuando se trata de personas que, por gozar de especial protección, están aforadas ante el Tribunal Supremo la contrapartida de esa protección es que no pueden tener derecho a un recurso (STC 51/1985).

TEMA 11º

DEFENSA Y REPRESENTACIÓN PROCESAL

(Esquema)

I. DEFENSA Y REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LOS SUJETOS...

Dilema: - las partes por sí mismas

- profesional: 3 razones a favor

Revolución francesa

II. EL ABOGADO: SU ESTATUTO Y FUNCIÓN PROCESAL

A) *Concepto*

Ejercicio de la abogacía. Liberal. Arrendamiento de servicios: - confianza
- libertad

B) *Ingreso*

Colegiación. En un solo Colegio: 1) Número no limitado

2) No pruebas de ingreso

C) *Derechos y deberes*

1) Secreto profesional; 2) Libertad de expresión; 3) Buena fe; 4) Honorarios libres

5) Asistencia jurídica gratuita (pero ahora retribuido)

D) *Función*

1) Asesoramiento jurídico

2) Defensa procesal; “fungible”

III. EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES: SU ESTATUTO Y FUNCIÓN

A) *Concepto*

Representación. Liberal. Mandato

B) *Ingreso*

a) Condiciones generales. Ministerio

b) Colegiación

B) *Derechos y deberes*

1) Secreto

2) Fianza

3) Arancel. Derechos

D) *Función*

Mandato expreso, remunerado, representativo y típico

a) El poder: - declaración de voluntad

- documento: 1) Notarial

2) Apud acta

3) De oficio

El bastanteo ha desaparecido en la LEC de 2000

b) Desarrollo y cese en la representación

“Aceptar el poder”. “Firmará”

Cese en la representación - Absolutas

- Relativas

IV. INTERVENCIÓN NECESARIA DE ABOGADO

Art. 31 LEC: regla general y excepciones, 6

Firma de abogado: Subsanación del defecto

V. INTERVENCIÓN NECESARIA DE PROCURADOR

Art. 23 LEC: regla general y excepciones, 8

a) Inexistencia de poder

b) Ilegalidad o insuficiencia del poder

VI. INTERVENCIÓN LIBRE DE ABOGADO Y DE PROCURADOR

a) Igualdad de las partes: art. 32

Actor, en la demanda; demandado en tres días

b) Condena en costas

VII. EL MINISTERIO FISCAL: SU FUNCIÓN...

1. En general

Poca intervención: 1) Autonomía de la voluntad

2) Art. 124 CE

2. Como parte

Interés general de la sociedad. Legalidad

a) Legitimaciones activa y pasiva: lista de 4

b) Legitimación sólo pasiva: lista de 4

3. Como representante legal

De menores, incapaces y ausentes

Diferencias en párs. 6 y 7 del art. 3 EOMF

4. Como dictaminador

a) Sobre derecho material

b) Sobre derecho procesal

VIII. DEFENSA Y REPRESENTACIÓN ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Ley 52/1997, de 27 de noviembre

A) Estado

Art. 447.1 LOPJ: - Una sola persona

- No colegiación

Enumeración de privilegios

Historia del Abogado del Estado

Entidades Gestoras y Tesorería General de la S. S.

B) Comunidades Autónomas

Sus servicios jurídicos.

Algunas con Ley propia

C) Corporaciones locales

Sus servicios jurídicos

DEFENSA Y REPRESENTACIÓN PROCESAL

Defensa y representación procesal de los sujetos jurídicos. El Abogado: su estatuto y función procesal. El Procurador de los tribunales: su estatuto y función. Intervención necesaria y libre de Abogado y Procurador. El Ministerio Fiscal: su función en los procesos civiles. Defensa y representación de las Administraciones públicas.

I. DEFENSA Y REPRESENTACIÓN PROCESAL DE LOS SUJETOS JURÍDICOS

En todos los Ordenamientos jurídicos se presenta el dilema de o bien dejar que las partes actúen por sí mismas ante los tribunales, asumiendo su propia defensa, o bien interponer entre las partes y el órgano judicial una persona técnica en Derecho que dé forma y contenido jurídicos a las peticiones de aquéllas. Ese dilema se ha resuelto en la mayoría de los países decantándose por la segunda solución, y para ello se han tenido en cuenta, según Calamandrei, tres tipos de razones:

1ª) Se atiende ante todo a los propios intereses de las partes dado que las mismas, normalmente legas en Derecho, no están en condiciones de realizar la actividad compleja que es el proceso. Por este camino se llega a reconocer el derecho fundamental de las partes a la asistencia y defensa de letrado (art. 24.2 CE y art. 441 LOPJ).

2ª) Se considera, después, que la defensa técnica es un instrumento para garantizar la igualdad de las partes en el proceso, uno de los principios esenciales de éste.

3ª) Se estima que el personal técnico constituye una manera de facilitar la actuación de los órganos judiciales, la cual se vería obstaculizada si tuvieran que relacionarse constantemente con personas legas. Se habla así de una función pública de los abogados y procuradores o de una función de colaboración con los tribunales (STC 110/1993, de 25 de marzo).

No han faltado supuestos de supresión de la profesión de abogado. Durante la Revolución francesa el Decreto de 3 de brumario del año 2 (24 de octubre de 1793) así lo hizo, aunque la experiencia duró poco. La Ley de 27 de ventoso del año 8 (18 de marzo de 1800), sobre organización de los tribunales, restableció la abogacía, aunque limitando el número de abogados que podrían actuar ante cada tribunal, pero sobre todo la Decisión de los Cónsules de 18 de fructidor del año 8 (5 de septiembre de 1800) supuso el restablecimiento de las Ordenanzas de Luis XIV de 1667 (la procesal civil) y de 1670 (la procesal penal), el llamado “Code Louis”, con derogación expresa del Decreto del año 2.

Establecida la regla general de la postulación técnica, lo que ya no es común a todos los países es que la misma se divida entre dos profesionales, los abogados (RD 2090/1982, de 24 de julio) y los procuradores (RD 2046/1982, de 30 de julio). En buena medida comunes a ambos son los arts. 436 a 442 de la LOPJ.

II. EL ABOGADO: SU ESTATUTO Y FUNCIÓN PROCESAL

A) Concepto

A pesar de la confusión popular no es lo mismo licenciado en derecho que abogado. La licenciatura es un título académico; abogado es quien ejerce una profesión, la abogacía, cumpliendo los requisitos legales (art. 8 EGA).

Por ello el art. 436 de la LOPJ dice que corresponde en exclusiva la denominación y función de abogado al licenciado en derecho que ejerza profesionalmente la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico, y el art. 10.1 del EGA completa diciendo que son abogados quienes, incorporados a un Colegio de Abogados en calidad de ejercientes, se dedican, con despacho profesional, a la defensa de intereses jurídicos ajenos.

Se trata, por tanto de una profesión liberal, basada en la relación de confianza con el cliente, lo que comporta que:

1º) La parte ha de poder designar al abogado que sea merecedor de su confianza (arts. 53 a 56 EGA).

2º) El abogado ha de poder actuar en la dirección del asunto de su cliente con la libertad precisa para decidir lo conveniente para la mejor defensa de los intereses de aquél.

B) Ingreso

El ejercicio de la abogacía requiere ineludiblemente la incorporación a un Colegio de Abogados, cumpliendo básicamente el requisito de la licenciatura en derecho y teniendo en cuenta el RD 607/1986, de 21 de marzo (sobre ejercicio de la abogacía en los países de la Unión Europea), y la Ley 7/1997, de 14 de abril (que con la colegiación en un sólo Colegio permite ejercer la profesión en toda España).

La colegiación obligatoria, como requisito exigido en la ley para el ejercicio de la profesión, no constituye una vulneración del principio y derecho de libertad asociativa, ni tampoco un obstáculo para la elección profesional (STC 89/1989, de 11 de mayo) y ni siquiera es un requisito incompatible con el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE (STC 168/1985, de 13 de diciembre).

La colegiación está, por ahora, determinada por dos reglas: 1ª) Número ilimitado: Los colegios no pueden limitar el número de sus componentes ni cerrar definitiva o temporalmente la admisión de nuevos miembros, y 2ª) No pruebas de admisión: En el Estatuto de la Abogacía no se establecen pruebas o exámenes de admisión.

C) Derechos y deberes

El Estatuto de 1982 regula un cuadro completo de derechos y de deberes, de los que conviene destacar:

1º) El deber y derecho de secreto profesional, al que alude específicamente el art. 437.2 de la LOPJ y se refuerza en el art. 41 del EGA; la revelación de secretos está sancionada penalmente (art. 467 CP).

2º) La libertad de expresión y defensa (art. 437.1 LOPJ).

3º) La actuación con arreglo al principio de buena fe (art. 437.1 LOPJ), con diversas sanciones penales (arts. 463.2, 465, 466 y 467 CP).

4º) El derecho a honorarios libremente fijados, prohibiéndose el pacto de cuota litis.

5º) El deber de asumir la defensa de los declarados con beneficio a ello, si bien este trabajo está retribuido desde 1972.

Si inicialmente el Tribunal Supremo había calificado la relación entre el abogado y el cliente de mandato, en la STS de 16 de febrero de 1935 optó ya definitivamente por el arrendamiento de servicios, aunque se trata de un arrendamientos de servicios típico, en el sentido de que los derechos y las obligaciones de cada uno están en su mayor parte determinadas por la ley.

D) Función

Según el art. 436 de la LOPJ corresponde a los abogados “la dirección y defensa de las partes en toda clase de procesos, o el asesoramiento y consejo jurídico”, y según el art. 10.1 del EGA son abogados los que, con despacho profesional, se dedican “a la defensa de intereses jurídicos ajenos”. Esto supone la existencia de dos campos de actuación:

1ª) El asesoramiento extraprocesal, que puede revestir las más diversas formas, y

2ª) La defensa en juicio, en la que el abogado no representa a la parte sino que la defiende.

El decir que el abogado defiende a la parte es manifiestamente insuficiente pero, por otro lado, no es fácil establecer en una fórmula general el contenido de la función realizada en el proceso, aunque pudiera decirse que el derecho de defensa de la parte se realiza precisamente por medio del abogado, de modo que en la mayoría de las ocasiones en que las leyes se refieren a derechos de las partes en el proceso, a actuaciones de las mismas, a que deben ser oídas, a que intervendrán en los actos orales o que se les dará traslado de los escritos, la palabra “parte” de la ley debe entenderse realmente como abogado de la parte.

Las relaciones entre abogado y cliente, basadas en el contrato de arrendamiento de servicios normalmente oral, son mucho menos formales que las relativas al procurador, y ello hasta el extremo de que para el juzgador el abogado de la parte es quien actúa por ella, sin necesidad de documento alguno que lo acredite, quien firma los escritos o quien realiza las actuaciones orales.

III. EL PROCURADOR DE LOS TRIBUNALES: SU ESTATUTO Y FUNCIÓN

A) Concepto

El art. 2 del EGPT nos da una verdadera una definición de los procuradores: Son aquéllos que, reuniendo las condiciones exigidas en el Estatuto, pueden encargarse mediante apoderamiento conferido adecuadamente de representar los derechos e intereses de su poderdante ante los tribunales de justicia. Mientras el abogado defiende, el procurador representa.

Se trata de otra profesión liberal e independiente, en la que la relación con el cliente se basa también en la confianza, y de ahí que éste pueda designar al procurador que se la merezca, celebrando con él un contrato de mandato típico.

B) Ingreso

Hay que distinguir entre:

1º) Condiciones generales de aptitud: Son las normales más la licenciatura en derecho y haber obtenido el título de procurador que expide el Ministerio de Justicia a quienes reuniendo las condiciones precisas lo soliciten.

2º) Requisitos para ejercer la profesión: Se centran en haberse incorporado a un Colegio de Procuradores, teniendo en cuenta que éstos no pueden establecer limitación de número ni pruebas o exámenes de ingreso.

C) Derechos y deberes

Se regulan en el Estatuto de 1982 en el que se fija todo un estatuto personal. Es conveniente destacar:

1º) Los deberes básicos van unidos a la representación y al secreto profesional.

2º) Antes iniciar el ejercicio profesional han de prestar fianza a disposición de la autoridad judicial para responder de los gastos judiciales.

3º) Su retribución se realiza por medio de arancel, estando también prohibido el pacto de cuota litis.

D) Función procesal

La representación procesal se atribuye en exclusiva a los procuradores de los tribunales, los cuales reciben de la parte un mandato expreso, remunerado, representativo y típico (arts. 4 del EGPT y 27 LEC). Los procuradores tienen el monopolio de esta representación, con lo que el mandato es voluntario sólo en el aspecto de que la parte puede elegir de entre los incorporados al Colegio correspondiente.

a) El poder

El mandato se confiere por medio del poder, palabra con la que se designa tanto la declaración de voluntad que hace el poderdante, como el documento en que aquélla consta. El documento puede ser:

1.º) Escritura pública (arts. 1.280, 5.º, CC, y 24 LEC).

El apoderamiento notarial puede realizarse en virtud de poder general para pleitos o de poder especial (art. 25 LEC). El primero faculta al procurador para realizar, en nombre del poderdante, todos los actos procesales comprendidos, de ordinario, en la tramitación de los procesos, de cualquier proceso, aunque en el mismo el poderdante puede excluir, de modo expreso e inequívoco, asuntos y actuaciones para los que no se exija poder especial. El segundo, el especial, es necesario para algunos actos: 1) Renuncia, transacción, desistimiento, allanamiento, sometimiento a arbitraje y las manifestaciones que pueden comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto, 2) Ejercitar las facultades excluidas del poder general, y 3) Todos los demás previstos en las leyes. La falta de poder especial puede ser suplida por la realización del acto por el procurador con el poder general y la ratificación posterior y personal de la parte.

2.º) *Apud acta* (arts. 281.3 LOPJ y 23 LEC).

La representación se confiere mediante comparecencia ante el secretario del juzgado o tribunal que haya de conocer del asunto, y el otorgamiento debe ser efectuado al mismo tiempo que la presentación del primer escrito o, en su caso, antes de la primera actuación. En este caso la representación se limita a un único proceso, aquél para el que se otorga y en el que queda acreditada.

3.º) Oficio del Colegio de Procuradores.

Cuando la parte pide que se le designe procurador por el turno de oficio, por estimar que debe gozar del beneficio de asistencia jurídica gratuita o porque ya se le ha reconocido, la designación del procurador, por el Colegio de Procuradores, supone sin más el otorgamiento de la representación (arts. 15 y 21 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita). Además, esta designación por el Colegio puede hacerse

también a los que no tengan derecho a la asistencia jurídica gratuita, cuando la intervención del procurador sea preceptiva (art. 33 LEC), sin perjuicio entonces de que habrán de retribuir la actuación.

Los requisitos básicos del poder son legalidad y suficiencia. El primero es un requisito absoluto y atiende a que haya sido otorgado conforme a la ley, por lo que puede examinarse sin referencia a un proceso o acto concreto. La suficiencia es requisito relativo y para determinar su concurrencia es preciso relacionar el poder con el proceso o acto determinado para el que se pretende usarse. La exigencia del bastanteo del poder ha desaparecido en la LEC de 2000.

Cuando la representación procesal se define como un mandato típico quiere decirse que el contenido del mismo viene determinado, en general, por las normas del mandato (arts. 1.709 a 1.739 CC a los que se remite supletoriamente el art. 27 LEC), y, especialmente, por lo dispuesto en la LEC (arts. 26, 28 y 29) y en el EGPT (art. 4). A las obligaciones que podemos considerar realmente procesales asumidas por el procurador se refiere el art. 26 LEC, al que nos remitimos. La obligación principal de la parte es pagar al procurador sus derechos que se fijan por medio de arancel.

b) Desarrollo y cese de la representación

El procurador asume la representación cuando «acepta el poder», lo que suele ocurrir de manera tácita por el hecho de usar del mismo (art. 26.1 LEC). A partir de ahí, y mientras subsista la representación, el procurador oirá y firmará los emplazamientos, citaciones, requerimientos y notificaciones de todas clases, incluso las de sentencias, que deban hacerse a su parte en el curso del pleito y hasta que quede ejecutada la sentencia, teniendo estas actuaciones la misma fuerza que si interviniera en ellas directamente el poderdante (art. 28.1 LEC).

Existen algunas excepciones de actos personalísimos que han de realizarse por la propia parte o que han de realizarse con ella (art. 28.4 LEC), pero la tendencia legal es a reforzar la actuación del procurador en los actos de comunicación. Ese reforzamiento se manifiesta en los párrafos 2 y 3 del art. 28 LEC.

Las causas de cese en la representación puede ser absolutas o relativas; conforme a las primeras el procurador cesará en todas las representaciones que tenga confiadas, mientras que las segundas atienden a una representación concreta.

Las causas absolutas se enumeran en el art. 30.1, 2.º y 3.º, LEC y en los arts. 35 y 66 EGPT (así cesar en su oficio el procurador o muerte del mismo). Las causas relativas están todas en el art. 30 LEC (revocación del poder, desistimiento voluntario del procurador, separarse el poderdante del pleito o haber finalizado éste, muerte del

poderdante, etc.). Debe tenerse en cuenta que los cambios en la representación necesaria de personas jurídicas o de administración en entes sin personalidad no extingue el poder a procuradores ni requiere nueva personación (art. 30.2 LEC).

IV. INTERVENCIÓN NECESARIA DE ABOGADO

La regla general es la de la obligatoriedad de la defensa técnica, conforme a la cual:

1º) Los litigantes serán dirigidos por abogado habilitado para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del proceso, y la habilitación hace referencia a la incorporación a un Colegio de Abogados, y

La incorporación a un colegio no es necesaria: 1) Para que un licenciado en derecho defienda asuntos propios o de parientes próximos (art. 20 EGA), pero entonces se exige habilitación expresa del decano del colegio, 2) Para el ejercicio en España de abogados de la Unión Europea, y 3) Para la actuación de los abogados de las Administraciones Públicas (arts. 447 y 439 LOPJ).

2º) Los tribunales no proveerán escritos que no lleven la firma de abogado (art. 31.1 LEC), lo que comprende también que no permitirán la realización de actos orales sin su presencia.

El mismo art. 31.2 LEC establece los casos exceptuados, aunque existen otros previstos fuera del mismo:

1.º) Los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 150.000 pesetas.

2.º) La petición inicial de los procedimientos monitorios.

3.º) Los escritos de personación en juicio.

4.º) Los escritos en que soliciten medidas urgentes con anterioridad al juicio, pudiendo repetirse aquí lo que antes hemos dicho para el procurador en el mismo supuesto.

5.º) Los escritos en que se pida la suspensión urgente de vistas o actuaciones, aunque si la suspensión se pide por causas que se refieren especialmente al abogado, éste también deberá firmar el escrito si es posible.

6.º) El procedimiento de jura de cuentas de los arts. 29 y 34 LEC, en los que debe entenderse que el procurador no precisa de letrado.

Al no regularse en la nueva LEC la jurisdicción voluntaria no hay en ella referencia a la intervención de abogado en dichos actos, pero debe tenerse en que, mantenida la regulación de la LEC/1881, el abogado no es necesario en los actos de jurisdicción voluntaria que: 1) Estén atribuidos a los Juzgados de Paz, y 2) De los atribuidos a los Juzgados de Primera Instancia, aquéllos que su cuantía no exceda de 400.000 ptas., tengan por objeto la adopción de medidas urgentes o deben instarse en plazo perentorio.

En estos casos exceptuados la parte puede defenderse a sí misma, pero teniendo en cuenta que también puede hacerlo por medio de abogado o con la representación de procurador, no por cualquier otra persona.

En principio, y según el art. 31.1 LEC, el juez no proveerá a ninguna solicitud que no lleve la firma de abogado, lo que debe entenderse en el sentido de que concederá plazo para que subsane el defecto, y si no se subsana el escrito no producirá el efecto que le sea propio.

Si se trata de la demanda, por ejemplo, y el defecto no se subsana, procederá a no admitirla, con lo que el proceso no se tramita; si se trata de la contestación a la demanda, y no se subsana, se declarará que el demandado no ha contestado. El presupuesto procesal es, por tanto, controlable de oficio, y en el mismo momento en que se produce el acto.

El Tribunal Constitucional, desde la sentencia 57/1984, de 8 de mayo, se ha pronunciado por la subsanabilidad del defecto, de modo que la subsanación produce efectos desde el momento de la presentación del escrito sin firma. Naturalmente la subsanación no consiste en que el abogado ponga la firma en el escrito que se había presentado sin ella, sino en presentar nuevo escrito en el que se diga que el abogado tiene por suyo el escrito anterior.

La LEC ni dice de modo general y expreso cuáles son los efectos de la inasistencia del abogado a los actos orales (principalmente, vistas), aunque sí existe norma para algún caso especial (art. 414.4 audiencia previa), no pudiendo generalizarse esta solución específica. El acto podrá o no celebrarse según el contenido del mismo.

V. INTERVENCIÓN NECESARIA DE PROCURADOR

El principio general, establecido en el art. 23.1 LEC, es el de que las partes comparecerán en el proceso civil preceptivamente por medio de procurador legalmente habilitado para actuar en el tribunal que conozca del juicio. A este

principio el art. 23.2 LEC añade los supuestos exceptuados, aquéllos en que las partes pueden no servirse de procurador, y a ellos hay que adicionar algunos que se contienen en leyes especiales:

1.º) Los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 150.000 pesetas.

2.º) La petición inicial en el procedimiento monitorio.

3.º) Los juicios universales, cuando se limite la comparecencia a la presentación de títulos de crédito o derechos, o para concurrir a Juntas.

4.º) El incidente relativo a impugnación de resoluciones en materia de asistencia jurídica gratuita.

5.º) Medidas urgentes con anterioridad al juicio.

Los requisitos de urgencia y preliminar se dan en: 1) Las diligencias del art. 256 LEC, pero no en todos los casos, sólo cuando existe urgencia; 2) En la anticipación de la prueba del art. 293 LEC, 3) En el aseguramiento de la prueba antes del inicio del proceso del art. 297 LEC, y 4) En todas las medidas cautelares que pueden solicitarse antes de la presentación de la demanda del proceso principal. En estas medidas cautelares hay que distinguir dos posibilidades, incluso con referencia al embargo preventivo: 1) Si la medida cautelar se pide junto con la demanda o iniciado ya el proceso principal, el procurador será necesario, y 2) Si se pide antes de la presentación de la demanda del proceso principal, el procurador no será necesario.

6.º) Los abogados del Estado, de las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales comparecen sin necesidad de procurador.

7.º) Cuando un procurador es parte no precisa ser representado por otro procurador (art. 20 del EGPT).

8.º) En el procedimiento de jura de cuenta del art. 35 LEC debe estimarse que el abogado no precisa de procurador para reclamar los honorarios al cliente.

Al no regularse en la LEC la jurisdicción voluntaria no hay en ella mención a la no necesidad de procurador en dichos actos, pero debe tenerse en cuenta que se han declarado vigentes, por un lado, todo el Libro III de la LEC/1881 y, por otro, la regulación del acto de conciliación (Libro II, Título I) y la de la declaración de herederos abintestato (Libro II, Título IX, Sección 2.ª). En el art. 980 LEC/1881 se dice expresamente que no es necesaria la intervención de procurador.

En todos estos casos exceptuados la comparecencia podrá hacerse: 1) Con procurador de manera voluntaria, pues la excepción no significa prohibición de

servirse del mismo, 2) Por medio de abogado, y 3) La parte por sí misma (no cabe personarse en juicio por persona distinta de procurador o abogado).

Teniendo en cuenta lo que disponen los arts. 24.2, 264, 1.º, 403.3 y 416.1, 1.ª, LEC, el poder debe acompañar al primer escrito que presenta cada una de las partes o constar al realizar la primera actuación. Partiendo de esa carga, el control de su cumplimiento puede hacerse desde dos perspectivas:

a) Inexistencia del poder

El juez de oficio inadmitirá el escrito de demanda o de contestación, o cualquier otro que sea el primero de las actuaciones, o no admitirá al procurador a la primera actuación.

Aunque no existe una norma que así lo diga de modo expreso es evidente que esa tiene que ser la solución, sin perjuicio de estimar que se trata de un defecto subsanable, para lo que se concederá el plazo oportuno (aunque no se suspenderá la actuación). Tratándose de subsanación los efectos del escrito se producen desde el momento de la presentación del mismo, no a partir de cuando se realice la subsanación. Naturalmente si el juez no advierte la falta del poder, el defecto podrá ser denunciado por la parte contraria como excepción procesal (art. 405.3 LEC), para debatirse en la comparecencia previa (en el juicio ordinario, arts. 416.1, 1.ª y 418 LEC) o en el inicio de la vista (en el juicio verbal, art. 443.3 LEC).

b) Legalidad o insuficiencia del poder

Partiendo de la existencia formal del poder, la alegación de estos otros defectos ha de ser posible, a pesar de que el art. 416.1, 1.ª LEC se refiere sólo a la “falta... de representación en sus diversas clases”, pues la palabra “falta” debe entenderse en sentido amplio. Estos defectos han de ser alegados por la parte contraria para ser debatidos en la audiencia previa (juicio ordinario) o en la vista (juicio verbal).

Si en la audiencia previa o en la vista se debate en torno a la existencia del poder o a su legalidad o suficiencia debe tenerse en cuenta que se tratará siempre de defecto subsanable, consistiendo la subsanación en la presentación del poder notarial que sea legal o suficiente (o en el otorgamiento de la representación *apud acta*).

VI. INTERVENCIÓN LIBRE DE ABOGADO Y DE PROCURADOR

Hemos visto antes los supuestos en los que no es necesaria la representación por procurador ni la defensa por abogado, y hemos dicho también que ello no impide que las partes puedan personarse con uno y/u otro. En el caso de que las partes, no siendo necesarias esas intervenciones, deseen comparecer con procurador o con abogado, el art. 32 establece dos importantes consecuencias:

a) Igualdad de las partes

El mantenimiento de la igualdad entre las partes lleva a que cuando una de ellas vaya a comparecer con abogado o con procurador tenga que ponerlo en conocimiento de la contraria, para que ésta pueda comparecer con el o los mismos profesionales. Esto supone que:

1.º) Si es el demandante el que va a comparecer con procurador o con abogado, o con los dos, debe hacerlo constar en la demanda.

Notificada la demanda, si el demandado pretendiera valerse también de abogado y procurador, lo comunicará al tribunal dentro de los tres días siguientes, pudiendo solicitar también, en su caso, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita. En este último caso, el tribunal podrá acordar la suspensión del proceso hasta que se produzca el reconocimiento o denegación de dicho derecho o la designación provisional de abogado y procurador.

2.º) Si es el demandado el que desea comparecer con procurador y/o con abogado (se entiende cuando no ha anunciado este propósito el actor), pondrá esta circunstancia en conocimiento del tribunal en el plazo de tres días desde que se le notifique la demanda, dándose cuenta al actor de tal circunstancia.

Notificado al demandante el propósito del demandado, si quisiera valerse también de abogado y procurador, lo comunicará al tribunal en los tres días siguientes a la recepción de la notificación, y si solicitare el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita, se podrá acordar la suspensión del proceso en los términos prevenidos para el supuesto anterior.

En los dos supuestos en que se notifique a una parte la intención de la contraria de servirse de abogado y procurador, se le informará del derecho que le corresponde conforme al art. 6.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Estas normas deben interpretarse en sentido favorecedor de la igualdad de las partes en el proceso. Por ello: 1) No puede referirse a los casos en que se trata de la simple presentación de un escrito, y 2) Comprende tanto al abogado como al procurador en los casos de actuación procesal contradictoria. Cuando se exceptúan de la necesidad de procurador y de abogado determinados juicios verbales, si la parte va a comparecer a la vista representada por procurador y sin la asistencia de abogado resulta que será un licenciado en derecho el que actúe en ella, y entonces la igualdad requiere el ofrecer a la parte contraria la posibilidad de acudir a dicha vista con licenciado en derecho. Por este camino se está admitiendo, ineludiblemente, que un procurador acaba asumiendo la defensa técnica.

b) Condena en costas

Cuando la intervención de abogado y procurador no sea preceptiva, los honorarios y derechos de uno y otro no se incluirán en la condena en costas de la parte contraria.

La condena en costas incluye normalmente los honorarios y derechos (arts. 394 y 241), pero no cuando la intervención de estos profesionales no es preceptiva, salvo que 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 aquél en que se haya tramitado el juicio, si bien entonces con las limitaciones del art. 394.

VII. EL MINISTERIO FISCAL: SU FUNCIÓN EN LOS PROCESOS CIVILES

1. En general

Si se tiene en cuenta, primero, que los intereses en juego en el proceso civil son privados, predominando en ellos la autonomía de la voluntad de los particulares, y de ahí los principios de oportunidad y dispositivo, y, segundo, que el Ministerio fiscal, según el art. 124 CE, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad con referencia principal al interés público tutelado por la ley y a la satisfacción ante los tribunales del interés social, se comprenderá que no es el proceso civil el campo normal de actuación del Ministerio fiscal. Tanto es así que no cabe hacer una referencia general a la presencia de éste en aquél, sino que es preciso aludir a los casos concretos en que la ley prevé, en sus diferentes aspectos, la actuación de este órgano administrativo.

La única referencia general que cabe hacer atiende a lo que puede denominarse publicización de parte del derecho civil, que tiene su reflejo en la existencia de un proceso civil no dispositivo. A ello hay que añadir que, en ocasiones y por motivos políticos, la ley

amplía la legitimación dando entrada en el proceso al Ministerio fiscal, con lo que está reflejando una cierta publicización de los derechos que no abandona al libre juego de los particulares. Consiguientemente el campo de actuación del Ministerio fiscal en el proceso civil no siempre es el mismo, sino que hay que atender a un momento determinado y a un país concreto para saber qué medidas tiene ese campo de actuación.

2. Como parte

Es aquí donde cabe referirse propiamente a la publicización de los derechos, por cuanto el Ministerio fiscal asume con plenitud la condición de parte, si bien se trata de una parte especial, dado que su interés no es privado, actuando en defensa del interés general. Así como el abogado del Estado es parte parcial, defendiendo los intereses concretos de la Administración, el Ministerio fiscal, en todo caso, defiende los intereses de la sociedad, atendido el hecho de que ésta ha reflejado cuál es su interés en la ley, y siguiendo los principios de unidad y dependencia.

En su actuación procesal el Ministerio fiscal ostenta la representación y la defensa conjuntamente, y no puede realizar actos de disposición del derecho material (renuncia, allanamiento), aunque sí del proceso (desistimiento). En todo caso podrá oponerse a la realización de actos dispositivos por las partes privadas (aunque éstos, normalmente, no pueden realizarse en los procesos en que él interviene, por ser de naturaleza no dispositiva).

La actuación del Ministerio fiscal depende de la existencia de una norma concreta que le confiera legitimación. La norma general es el art. 749.1 LEC, según la cual en los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación el Ministerio fiscal será siempre parte, y su legitimación puede ser:

a) Activa y pasiva

Puede pedir la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, y si no la pide él ha de ser necesariamente parte en el proceso. Esto ocurre:

1.º) En algunos procesos matrimoniales, específicamente los relativos a la nulidad matrimonial por las causas que especifica el art. 74 del CC.

2.º) En los juicios de incapacitación, según los arts. 757.2 LEC, y en el de reintegración de la capacidad, por el art. 761.2 LEC.

3.º) Para instar la remoción del tutor, según el art. 248 del CC.

4.º) En los procesos en que se pretenda la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen o se pida la tutela jurisdiccional civil de otro derecho fundamental (salvo el de rectificación), según el art. 249.1, 2.º, LEC.

Supuesto especial es el del recurso en interés de la ley, que puede ser interpuesto por el Ministerio fiscal, para lo que tiene por tanto legitimación activa (art. 491 LEC), pero en el que si no ha recurrido no es luego parte.

b) Sólo pasiva

Que es lo que sucede cuando la ley dice que el Ministerio fiscal será parte en algunos procesos, pero al mismo tiempo no le reconoce legitimación para demandar, y así:

1.º) En los procesos de nulidad matrimonial instados por causas diferentes de las enunciadas en el art. 74 del CC.

2.º) En los de determinación e impugnación de la filiación, según la regla general del art. 749.1 LEC.

2.º) En las suspensiones de pagos, según el art. 23 de la Ley de 1922, además de actuar específicamente en la pieza para la depuración de las responsabilidades, según el art. 20.

3.º) En los juicios sobre grandezas y títulos nobiliarios, según los arts. 2 y 3 de la RO de 13 de noviembre de 1922.

4.º) En los procesos que supongan modificación de los asientos del Registro Civil sobre filiación, según el art. 50 de la Ley del Registro Civil

En todos los casos en que el Ministerio fiscal no es demandante adoptará la posición formal de demandado, pero esto no quiere decir que tenga que oponerse necesariamente a la estimación de la pretensión del actor. Una cosa es su posición formal y otra que la defensa de la legalidad le lleve a sostener lo que estime más adecuado a esa legalidad, incluida la estimación de la demanda.

3. Como representante legal

En los casos en que la ley dice que el Ministerio fiscal asume la representación legal de los incapaces, menores y ausentes no se le está reconociendo

una legitimación propia para la defensa de los intereses de la sociedad, sino que la ley lo convierte en defensor de los intereses de esas personas.

La diferencia entre la actuación anterior y ésta puede comprobarse si se atiende al art. 3 del Estatuto del Ministerio fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre):

a) En el párrafo 6 se dice que corresponde al Fiscal “tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezcan las leyes”, con lo que se está haciendo alusión a los procesos a los que nos hemos referido inmediatamente antes.

b) En el párrafo 7 se dice que corresponde al Fiscal “asumir... la representación y defensa en juicio... de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos”, con lo que ya no se hace alusión a los intereses de la sociedad sino a la defensa de los intereses específicos de esas personas.

En este segundo supuesto se comprenden:

1.º) Los procesos de filiación, en los que el art. 765.1 LEC atribuye al Fiscal la representación del hijo menor de edad o incapacitado para demandar.

2.º) Los procesos de separación y divorcio, según el art. 749.2 LEC.

3.º) Con carácter provisional, y mientras se constituyen los organismos tutelares o se nombra defensor judicial, el Fiscal asumirá la representación legal en juicio de todos los menores, incapaces o ausentes (art. 8 LEC).

4. Como dictaminador

Si compleja es la actuación del Ministerio fiscal como parte y como representante legal, más difícil de explicar aún es su intervención como dictaminador, informante o, en terminología legal, la necesidad de ser oído, dada la variedad de supuestos a los que se refiere.

En ocasiones se ha hablado de que “asesora” al órgano jurisdiccional, pero esta pretendida explicación supone alterar todo el sistema de la actuación jurisdiccional basada en el conocimiento y aplicación del derecho objetivo por el juez. Posiblemente la explicación provenga de que estamos ante una situación intermedia; el interés público no llega al extremo de legitimar al Fiscal, pero la existencia de aquél hace conveniente que el juez tenga conocimiento de cuál es la opinión del Ministerio fiscal en el caso concreto.

El dictamen puede referirse tanto a la aplicación del derecho material como a la del procesal, y así por ejemplo.

a) Sobre derecho material

El dictamen o informe o la audiencia puede referirse a aspectos del fondo del asunto: 1.º) En la calificación del concurso o de la quiebra (arts. 1296 LEC/1881 y

895 Cdc), 2.º) La ejecución de sentencias extranjeras (art. 956 LEC/1881), y 3.º) La estimación de la revisión (art. 514.3 LEC).

b) Sobre derecho procesal

El Fiscal ha de ser oído, aunque a veces sea por escrito en: 1.º) Los conflictos de competencia (art. 45 LOPJ), 2.º) Las cuestiones de competencia (art. 52 LOPJ), 3.º) La declaración de incompetencia objetiva y territorial (arts. 48.3 y 58 LEC), 4.º) Suspensión por prejudicialidad penal en la ejecución (art. 569.1, II, LEC), y 5.º) El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (art. 35.2 de la LOTC).

VIII. DEFENSA Y REPRESENTACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES

PÚBLICAS

La actuación de las administraciones públicas (en su sentido más general, incluyendo a los órganos constitucionales) en el proceso civil requiere consideración específica porque esas Administraciones no asumen su condición de parte en el proceso en situación de igualdad con las partes privadas, sino que actúan con algunos privilegios procesales. Estos han quedado regulados, casi en su totalidad, en la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

La Ley tiene una primera parte (arts. 1 a 4) dedicada a la organización del Servicio Jurídico del Estado, que se centraliza en el Ministerio de Justicia, y de las Abogacías del Estado, aparte de mantener el Cuerpo Jurídico Militar en el Ministerio de Defensa, la Asesoría Jurídica Internacional en el Ministerio de Asuntos Interiores y el Cuerpo de Letrados de la Administración de la Seguridad Social. En esa parte orgánica se atiende también a los Abogados del Estado.

1. Estado

Según el art. 447.1 de la LOPJ la defensa y representación del Estado y de sus organismos autónomos así como la de los órganos constitucionales, corresponderá a los letrados integrados en los servicios jurídicos del Estado, sin perjuicio de que puedan ser encomendadas a abogados colegiados especialmente designados al efecto.

Realmente los privilegios del Estado, referidos a su representación y defensa, a los que aludimos a continuación, no se comprenden sino en el marco más general de los privilegios del Estado en el proceso civil. La Ley 52/1997 ha procurado sistematizar y dar base legal a los privilegios de las Administraciones Públicas en el proceso civil, aunque algunos de ellos siguen en sus normas de origen:

1.º) La competencia territorial para conocer de los procesos en que sea parte el Estado se atribuye a los juzgados y tribunales que tengan su sede en las capitales de provincial, en Ceuta y en Melilla, con preferencia a cualquier otra norma de competencia (salvo en los juicios universales y en los interdictos de obra ruinosa) (art. 15).

2.º) La necesidad de que la contraparte, antes de iniciar el proceso civil contra el Estado, interponga la reclamación administrativa previa que se regula en los arts. 120 a 124 de la Ley 30/1994, de 26 de noviembre.

3.º) Las peticiones para celebrar acto de conciliación con el Estado no se admitirán a trámite (art. 460, 1.º, LEC/1881).

4.º) Las notificaciones en general (esto es, los actos de comunicación a la parte que es la Administración) se entenderán directamente con el abogado del Estado y en la sede oficial de la respectiva Abogacía del Estado (art. 11).

5.º) El Abogado del Estado puede pedir, al recibir el primer acto de comunicación, la suspensión del proceso para recabar antecedentes y para elevar consulta al Servicio Jurídico, y el órgano judicial ha de acordarla, pero fijando plazo que no podrá exceder de un mes ni ser inferior a quince días. Ese plazo es inferior, entre seis y diez días, en determinados asuntos que se estiman especialmente urgentes. La suspensión no se concederá si excepcionalmente se estima que la misma produciría grave daño al interés general (art. 14).

6.º) El Estado está exento de la obligación de constituir los depósitos, cauciones, consignaciones o cualquier otro tipo de garantía previsto en las leyes procesales (art. 12).

7.º) Respecto de la condena en costas se distingue: 1) Si se condena a la parte que litiga contra el Estado, se estará a las normas generales de la condena en costas y de la tasación, ingresándose su importe en el presupuesto del Estado, y 2) Si es condenado éste, se procederá a su abono con cargo a los respectivos presupuestos, si bien “de acuerdo con lo establecido reglamentariamente” (art. 13).

8.º) En el proceso de ejecución los privilegios del Estado son extraordinarios, pues, primero, no existe una verdadera ejecución forzosa contra él, ni aún después de la LJCA 29/1998, de 13 de julio, y, segundo, no pueden despacharse mandamientos de embargo contra los bienes del Estado (art. 44 del RD-legislativo 1.091/1988, de 23 de septiembre, texto refundido de la Ley General Presupuestaria). Para completar el cuadro el art. 18.2 LOPJ permite la expropiación de los derechos reconocidos en sentencia firme contra la Administración.

Las cosas parece que han empezado a cambiar desde la STC 166/1998, de 15 de julio, confirmada por otras posteriores, pues aunque referidas a ayuntamientos, la primera declara la inconstitucionalidad del art. 154.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, en la parte del mismo que declara la inembargabilidad de “y bienes en general”, “en la medida en que no excluye la inembargabilidad los bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público”. Aunque queda excluido de modo expreso el embargo de dinero, se han abierto nuevas

perspectivas para el embargo de los bienes del Estado no afectados a la prestación de un servicio público.

El nuevo art. 154.2 de la Ley 39/1988, en la redacción dada por la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social dice: “Los Tribunales, Jueces y Autoridades administrativas no podrán despachar mandamientos de ejecución ni dictar providencias de embargo contra los derechos, fondos valores y bienes de la Hacienda Local, ni exigir fianzas, depósitos y cauciones a las Entidades Locales, excepto cuando se trate de bienes patrimoniales no afectados a un uso o servicio público”.

Para su actuación en juicio el Estado cuenta con dos privilegios

1º) La representación y defensa del Estado se atribuye a una única persona, el abogado del Estado, esto es, no es precisa la representación por procurador (arts. 439.2 y 337 LOPJ y art. 1 Ley 52/1997), y

2º) Cuando se trata de los abogados del Estado los mismos no precisan estar colegiados y, aún más, no es precisa en general la colegiación cuando el abogado actúe al servicio de la Administración pública por razón de dependencia funcional o laboral, dice el art. 439.2 de la LOPJ.

El otra vez llamado abogado del Estado se creó por RD de 10 de marzo de 1881, incardinándolo en la Dirección General de lo Contencioso del Estado, dependiente del Ministerio de Hacienda. Esto basta para comprender las razones de su creación: la representación y defensa del Estado fundamentalmente en el aspecto patrimonial. Sus normas reguladoras se encontraban en el Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y Cuerpo de Abogados del Estado, aprobado por RD de 21 de enero de 1925 y en el Reglamento Orgánico de 27 de julio de 1943.

Lo anterior se modificó sustancialmente en los últimos tiempos. El punto de partida fue la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública, que suprimió el cuerpo de abogados del Estado, creando el Cuerpo Superior de Letrados del Estado (Disp. Adic. 9ª), y a partir de ahí el RD 849/1985, de 5 de junio, reguló el ingreso, adscripción y provisión de puestos en dicho Cuerpo, que pasó a depender del Ministerio de Justicia.

En esa línea el RD 850/1985, también de 5 de junio, organizó los Servicios Jurídicos del Estado, suprimiendo la Dirección General de lo Contencioso del Estado y creando la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado dentro del Ministerio de Justicia. Atendido lo dispuesto en la STC 99/1987, de 11 de junio, la Ley 23/1988, de 28 de julio, hubo de volverse a la denominación tradicional de Cuerpo de Abogados del Estado.

Las Entidades Gestoras y la Tesorería General de la Seguridad Social son representadas y defendidas por los letrados de la Administración de la Seguridad Social, los cuales son funcionarios de esa Administración, integrados en un cuerpo especial (Disp. Adic. 16ª.2, 6 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto).

2. Comunidades Autónomas

En los estatutos de autonomía no existe una regulación uniforme de los privilegios con que actúan las Comunidades Autónomas. En algunos casos existe una disposición general relativa a que la Comunidad gozará de las potestades y privilegios propios de la Administración del Estado (como ocurre en los estatutos de Cantabria, Valencia, Castilla-La Mancha, Canarias, Extremadura, Madrid y Castilla y León), en otros casos se hace referencia a privilegios concretos, específicamente los de inembargabilidad de los bienes y la exención de garantías y cauciones ante los tribunales (caso de La Rioja y Andalucía) y, por último, en uno de ellos se dispone expresamente que para demandar civil o laboralmente a la Comunidad será necesaria la reclamación administrativa previa (en el de Andalucía).

Tenemos así un complejo maremagnum, al que hay que añadir el art. 447.2 de la LOPJ, según el cual las Comunidades Autónomas confían su representación y defensa en juicio a los letrados que sirvan en los servicios jurídicos, pero también pueden comparecer por medio de abogados colegiados (a lo que hay que añadir el art. 439.2 de la misma LOPJ).

Por si faltara algo ocho Comunidades Autónomas (Galicia, Valencia, Castilla-La Mancha, Murcia y Extremadura, País Vasco, La Rioja e Islas Baleares) han dictado leyes propias regulando su comparecencia en juicio, si bien debe tenerse en cuenta que, en virtud de lo dispuesto en el art. 149.1, 5.^a CE, las Comunidades no pueden dictar normas relativas a la competencia territorial de los tribunales.

Las últimas disposiciones dictadas han hecho referencia expresa a varios privilegios concretos:

1.º) La Disposición Adicional 4.^a de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, establece que los privilegios que antes hemos relacionado en los números 5.º (notificaciones), 6.º (suspensión), 7.º (depósitos) y 8.º (costas) se aplican también a las Comunidades Autónomas; respecto del fuero territorial especial también serán competentes los juzgados y tribunales que tengan su sede en la capital de la Comunidad Autónoma cuando no sea capital de provincia (Santiago de Compostela y Mérida).

2.º) Los arts. 120 a 124 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, regulan la reclamación previa respecto de todas las Administraciones Públicas.

3. Entidades Locales

En lo atinente a la representación y la defensa según el art. 447.2 LOPJ estas Entidades pueden comparecer en juicio representadas y defendidas por los letrados de sus servicios jurídicos o por letrado colegiado (lo que implica que los primeros no precisan de colegiación, art. 439.2 LOPJ).

En general en la regulación de estos Entes ha insistido en algunos privilegios, no en todos, similares a los del Estado. Hay que referirse a:

1.º) Antes de demandar a estas Entidades, ejercitando acciones fundadas en derecho privado, es necesaria la reclamación administrativa previa, que se tramitará por la legislación del Estado reguladora del procedimiento administrativo común (art. 120 de la Ley 30/1992, citada).

2.º) También es de aplicación el art. 460, 1.º, LEC/1881 sobre la no admisión a trámite de peticiones de conciliación.

3.º) Están exceptuadas de la presentación de cauciones, fianzas y depósitos ante los tribunales.

4.º) Respecto de la ejecución de sentencias debe recordarse que las sentencias del Tribunal Constitucional a que aludimos antes se dictaron precisamente con relación a ayuntamientos y que el art. 154.2 de la Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales, es inconstitucional en la parte en que declara inembargables todos los bienes de las mismas, pues los excluidos son sólo los que están afectados a un servicio público.

TEMA 12º

EL PROCESO CIVIL Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL

(Esquema)

I. EL PROCESO CIVIL Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL

Proceso y proceso civil. Actuación del Derecho privado

El D.P.C.= público: - normas materiales, según

- normas procesales, siempre públicas

II. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES: CONCEPTO Y RELE...

1. Origen y noción actual

Bülow: existencia del proceso; luego: se refirieron a la sentencia de fondo

Se refieren a todo el proceso

2. Presupuestos e impedimentos

Presupuestos: de oficio; Impedimentos: a instancia de parte

3. Presupuestos y requisitos

Presupuestos: todo el proceso y sentencia de fondo

Requisitos: cada acto procesal y eficacia del mismo.

4. Clases de presupuestos

A) *Subjetivos*: a) Del órgano judicial; b) De las partes

B) *Objetivos*: Litispendencia, cosa juzgada y arbitraje

C) *Procedimentales*: adecuación del procedimiento

III. LA JURISDICCIÓN COMO PRESUPUESTO DEL PROCESO

Del proceso a la jurisdicción. - única e - indivisible

Lo que puede repartirse es la competencia

IV. EXTENSIÓN Y LÍMITES

“Imperialismo jurisdiccional” (Miaja)

LOPJ: a) Para el interior: arts. 9.1 y 21.1 LOPJ y 36.1 LEC

b) Para el exterior: inmunidad jurisdiccional, art. 36.2 LEC

V. LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL

Art. 21.2 LOPJ: Derecho Internacional Público

La inmunidad de los Estados. De agentes diplomáticos

SSTC 107/1992, 292/1994 y 18/1997

Convenios de Viena de 1961 (Rel. Diplomáticas), 1963 (Consulares)

a) Titulares

b) Inmunidad de jurisdicción (civil): excepciones; testigo

b) Inmunidad de ejecución

¿Cómo se alega en el proceso? Abstención y declinatoria

VI. LA “COMPETENCIA INTERNACIONAL”: CONCEPTO

No es competencia; es jurisdicción

Las normas españolas no “reparten” jurisdicción

Unilateralidad de las normas

VII. NORMAS INTERNAS

Art. 22 LOPJ

A) *Criterio de exclusividad*: Caracteres: - no sumisión

- no ejecución sent. extranjeras

- no conocer de ellas

4 materias, + ejecución. Abstención de oficio

B) *Criterios generales*: sumisiones y domicilio en España

C) *Criterios especiales*: 14 reglas

VIII. TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE “COMPETENCIA...”

Art. 21.1: a) No bilaterales: sólo competencia “indirecta”

b) Multilaterales: - Bruselas de 1968 (con 4 reformas)

- Lugano de 1988

Prelación entre las fuentes

IX. TRATAMIENTO PROCESAL

a) Apreciación de oficio: 1) Inmunidad

2) Exclusividad en tratado

3) Incomparecencia en sumisión tácita

Art. 38 Abstención: demanda y cualquier momento posterior

b) Alegación de parte: Por el art. 39 LEC: declinatoria

X. CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE RECONOCIMIENTO Y...

a) Bilaterales: hay 15

b) Multilaterales: Bruselas de 1968 y Lugano de 1988

EL PROCESO CIVIL Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL

El proceso civil y el Derecho Procesal Civil. Los presupuestos procesales: concepto y relevancia jurídica. La jurisdicción como presupuesto del proceso; extensión y límites; la inmunidad internacional. La “competencia internacional”: concepto, normas internas y tratados internacionales sobre “competencia internacional”; su tratamiento procesal. Convenios internacionales sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.

I. EL PROCESO CIVIL Y EL DERECHO PROCESAL CIVIL

Si el Derecho Procesal se define, bien como el conjunto de normas reguladoras del proceso, bien como la parte de la ciencia jurídica que tiene por objeto el estudio del proceso, dicho está que el Derecho procesal civil añade a esos conceptos el elemento individualizador de que, en uno y otro caso, se trata del proceso civil.

De la misma manera cuando de la jurisdicción se dice que su función radica en la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, hay que añadir que en la manifestación de aquélla que se denomina civil el derecho actuado es el Derecho privado.

Así las cosas todo lo que se predica del carácter y de la naturaleza del Derecho procesal debe también referirse a su parte que es el Derecho procesal civil, si bien algún carácter de aquél puede estar necesitado de ser confirmado cuando se trata de éste; nos referimos concretamente a la condición de Derecho público.

Por medio del proceso civil los órganos jurisdiccionales actúan el Derecho privado en el caso concreto, pero eso no convierte a esta rama del Ordenamiento jurídico en Derecho privado, sino que permite que siga sosteniéndose que se trata de Derecho público, dado que hay que distinguir entre:

- 1) Normas que se actúan o aplican por los órganos jurisdiccionales en el proceso, que pueden ser privadas o públicas, y
- 2) Normas que regulan el proceso mismo, que son siempre públicas.

Frente al viejo Derecho civil, dividido sistemáticamente en personas, cosas y acciones (así en Celso o en la “Instituta” de Justiniano, pero también la doctrina de principios del siglo XIX), puso Bülow de manifiesto que el conjunto de derechos y obligaciones que el proceso hace surgir entre el juez y las partes constituyen una relación jurídica y que ésta es necesariamente pública. A partir de aquí ya no se ha discutido que, sea el proceso lo que fuere en cuanto a su naturaleza jurídica, las normas reguladoras del mismo son de Derecho público, y lo son porque el objeto de esas normas son las relaciones existentes entre los órganos judiciales revestidos de potestad jurisdiccional, esto es, situados en una posición de supremacía, y las personas que ante ellos comparecen. No se trata, pues, de regular situaciones de igualdad, sino de relaciones de subordinación. Estas situaciones se refieren, sí y principalmente al demandante y al demandado, pero también incluyen a cualesquiera personas que deben prestar su colaboración a los órganos jurisdiccionales.

II. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES: CONCEPTO Y RELEVANCIA

JURÍDICA

1. Origen y noción actual

La teoría de los presupuestos procesales tiene su origen en Oscar von Bülow que, partiendo de la consideración del proceso como relación jurídica, los concebía como “elementos constitutivos de la relación jurídica procesal”, esto es, como las prescripciones que deben fijar “la admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda relación procesal”. Un defecto en cualquiera de ellos impediría el surgir del proceso. Los presupuestos se refirieron así a todo el proceso y condicionaban la existencia del mismo.

El paso siguiente consistió en poner de manifiesto que la amplitud con que se entendían era excesiva. Los presupuestos se refieren sí a todo el proceso, pero no pueden ser condicionantes de la existencia del proceso mismo, pues si los presupuestos se examinan y se resuelve sobre su existencia en el proceso, es que ya ha existido éste. Por eso Goldschmidt y Rosenberg refirieron los presupuestos a la sentencia sobre el fondo.

Los presupuestos atienden a condiciones que, si bien referidas al proceso como conjunto y no a actos procesales determinados, lo que condicionan es que en el proceso pueda llegar a dictarse una resolución sobre el fondo del asunto. El órgano judicial puede haber tramitado todo el proceso para advertir, en el momento

de dictar sentencia, que en ésta no puede decidir sobre la pretensión planteada ante la falta de alguna de esas condiciones.

2. Presupuestos e impedimentos

Bülow, siempre concibiendo el proceso como relación de Derecho público, entendía que la validez de la relación procesal es una cuestión que no puede dejarse a la voluntad de las partes, al no ser una cuestión privada, sino que el control de la existencia de los presupuestos puede realizarse por el juez de oficio. No se trata de que los controle sólo el juez, sino que él puede hacerlo si las partes no oponen las oportunas excepciones procesales.

Advertido, con todo, que no ocurre así en todos los Ordenamientos jurídicos se distinguió por Rosenberg entre:

1) Presupuestos: Que son aquellos que un Ordenamiento jurídico permite que sean controlados de oficio por los órganos jurisdiccionales, e

2) Impedimentos: Los que han de ser alegados por alguna de las partes (lógicamente por el demandado) para que puedan ser tenidos en cuenta por el juez.

Las condiciones determinan, en todo caso, la posibilidad de que el juez pueda dictar una sentencia sobre el fondo del asunto, pero el que en un Ordenamiento jurídico existan más presupuestos que impedimentos, o viceversa, depende de como en ese Ordenamiento se han repartido las facultades entre el juez y las partes en general o respecto de cada proceso concreto.

Suele sostenerse que en un Ordenamiento procesal de raigambre liberal son pocos los presupuestos procesales y muchos los impedimentos procesales, pues en ese Ordenamiento son predominantes los poderes de las partes sobre los poderes del juez o tribunal. Esta afirmación general descansa en un grave error. Cuando se sostiene que el Derecho procesal se compone predominantemente de normas de Derecho público, la consecuencia inevitable es que la aplicación de esas normas no puede quedar dependiendo de la voluntad o instancia de las partes, y de ahí que deban existir presupuestos y no impedimentos procesales, aunque se trate de Ordenamiento liberal. Por el contrario, el aumento de los poderes del juez a costa de los poderes de las partes, no atiende a la naturaleza pública de las normas procesales, sino a la función del Estado y, por tanto, del juez.

3. Presupuestos y requisitos

Aunque no siempre se manejan con suficiente precisión los términos, no es lo mismo presupuesto procesal que requisito procesal. Si los primeros se refiere a todo el proceso, los segundos atienden a actos procesales en concreto. Ante la falta de un presupuesto (o impedimento) el juez no puede dictar sentencia de fondo; ante la falta de un requisito se producirá la ineficacia de un acto determinado.

La confusión proviene de que en ocasiones la determinación de la concurrencia de los presupuestos tiene que realizarse en momentos iniciales, bien del proceso bien de algún recurso, esto es, sin esperar a llegue el de dictar sentencia, y entonces puede llegarse a la inadmisión de ese acto inicial, no por la falta de un requisito sino por la de un presupuesto. El ejemplo más claro es el de la demanda, que puede ser inadmitida por el juez ante la falta del presupuesto de la competencia que, evidentemente, se refiere a todo el proceso, y que no consiste en que falta un requisito de la demanda misma como acto.

4. Clasificación de los presupuestos

A) Subjetivos

a) Del órgano judicial

Para que pueda entrar a conocer del asunto el órgano jurisdiccional, ha de tener jurisdicción y competencia, y ésta tanto genérica (entre órdenes jurisdiccionales), como objetiva, funcional y territorial. Normalmente esta última no será un verdadero presupuesto, sino sólo un impedimento procesal, dada la posibilidad de que la partes dispongan de ella.

b) De las partes

Las partes han de existir y estar determinadas y luego tener capacidad para ser parte, capacidad procesal, legitimación y postulación.

B) Objetivos

Se refieren al objeto del proceso y atienden a que: 1) No exista litispendencia ante otro tribunal, 2) No exista cosa juzgada y 3) No exista sometimiento a arbitraje.

C) Procedimentales

Atienden al procedimiento en sentido estricto y se centran en que éste sea el establecido legalmente. No es presupuesto el que en cada acto procesal se cumplan los requisitos específicos del mismo.

III. LA JURISDICCIÓN COMO PRESUPUESTO DEL PROCESO

Durante mucho tiempo el concepto sobre el que giraba toda esta rama de la ciencia jurídica fue el de proceso y respecto de él se estudiaba la jurisdicción únicamente como uno de sus presupuestos, en el sentido de que el tercero imparcial que conocía y decidía el proceso debía estar dotado de jurisdicción. Esta orientación es, por ejemplo, manifiesta en el manual de Guasp y no está ausente en las obras de otros procesalistas.

Con todo en los últimos tiempos la doctrina procesal ha ido centrando el estudio del Derecho procesal en el concepto de jurisdicción, estimando que es de ésta de donde debe partirse para explicar todo el conjunto, de modo que se centran buena parte de los esfuerzos en el estudio de lo que sea la potestad, la potestad jurisdiccional, sus órganos y la función que les atribuye la Constitución. Este nuevo enfoque no impide que, llegado el momento de atender a los presupuestos del proceso, pueda hacerse referencia a la jurisdicción como presupuesto, si bien ha de tenerse en cuenta que:

1º) La jurisdicción es única, en el sentido de que un Estado no federal no puede tener más una jurisdicción por cuanto no existe más que un pueblo titular de la soberanía.

2º) La potestad jurisdiccional no es divisible. No es repartible, de modo que o se tiene potestad, toda la potestad, o no se tiene. Cuando a un órgano del Estado se

le atribuye jurisdicción, se le confiere toda la jurisdicción. Lo que es fraccionable es la competencia.

Lo que se reparte entre los tribunales es la materia, el territorio o la actividad procesal, pero no la jurisdicción. Carece de sentido lógico decir que la jurisdicción es una potestad y que ésta consiste en poner a sus titulares en una situación de superioridad o de supremacía respecto de las personas que con ellos se relacionan (se entiende en el ejercicio de la función), para luego concluir que esa potestad es fraccionable.

IV. EXTENSIÓN Y LÍMITES

No existe en la Constitución española norma alguna que se refiera a la extensión y a los límites sobre los que se ejerce la jurisdicción que atribuye a los Juzgados y Tribunales. Antes de la misma la doctrina estimaba que el Tribunal Supremo había llegado a sostener la tesis de lo que se llamaba “imperialismo jurisdiccional” (Miaja de la Muela), conforme a la cual los tribunales españoles podrían asumir el conocimiento de cualquier asunto que le planteara cualquier persona y referido a cualquier materia (aunque se llegaron a excluir las pretensiones relativas a bienes inmuebles sitos en el extranjero).

Frente a la tesis del “imperialismo jurisdiccional” la LOPJ pareciera pretender establecer, por un lado, el ámbito de ejercicio de la jurisdicción y, por otro, los límites de ese ejercicio. Nos referimos a los arts. 4 y 21.1 que, si bien aluden a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio nacional, lo hacen con remisión la Constitución y a las leyes o a lo establecido en la misma LOPJ y en los convenios internacionales. También a la LOPJ y a los convenios internacionales en que España sea parte se remite el art. 36.1 de la LEC de 2000.

Cabe así referirse, por lo menos, a la existencia de dos grupos de límites:

a) Establecidos para el interior

Se comprenden aquí los límites que pueden entenderse establecidos por el propio Estado y para los titulares de su jurisdicción:

1º) El art. 9.1 de la LOPJ al decir que “los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por ésta o

otra Ley”, está marcando el primero de esos límites, aunque sea por remisión a lo dispuesto en ella y en otras leyes.

2º) El art. 21.1 también de la LOPJ se remite a los límites que vengan impuestos por la propia LOPJ y por los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, con lo que se está haciendo referencia a normas que, aun consistiendo en tratados internacionales, siguen siendo establecidas por el propio Estado.

b) Impuestos para el exterior

Se derivan no tanto del derecho español como del Derecho Internacional Público, de aquél al que queda sujeto el propio Estado y que no ha sido dictado por él, aunque a la postre tenga que efectuarse una declaración expresa de admisión. El ejemplo más claro es la de la inmunidad de jurisdicción y de ejecución a que se refieren el art. 21.2 de la LOPJ y el art. 36.2, 1.ª de la LEC, pero también debe entenderse aquí comprendido, desde el punto de vista negativo, el que el Estado no puede denegar la tutela judicial a los extranjeros por el mero hecho de serlo.

V. LA INMUNIDAD JURISDICCIONAL

Como hemos dicho la inmunidad jurisdiccional es un límite a la jurisdicción española que viene impuesto por el Derecho internacional. Así lo dice expresamente el art. 21.2 de la misma LOPJ: “Se exceptúan los supuestos de inmunidad de jurisdicción y de ejecución establecidos por las normas de Derecho Internacional Público”.

La inmunidad de jurisdicción se considera un principio, expresión de una costumbre internacional consolidada, según el cual los tribunales de un Estado carecen de jurisdicción para conocer de los conflictos en que sea parte otro Estado o alguno de sus órganos, y en este sentido la STC 107/1992, de 1 de julio, se refería a la regla de inmunidad de jurisdicción “fundada en la igual soberanía de los Estados que expresaba el adagio (sic) *par in parem imperium non habet*” (cabría referirse, además, a la STC 292/1994). En la actualidad, con todo, está adquiriendo mucha

más trascendencia la inmunidad jurisdiccional referida a los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares, para la que sí existen normas expresas.

En la STC 107/1992 se puso de manifiesto que realmente ya no cabe hablar de una inmunidad absoluta de los Estados extranjeros ante los tribunales españoles, sino sólo de una inmunidad relativa, distinción que se basa en la realización de actos con *imperium* o sin él. Así dice la Sentencia que la regla absoluta de la inmunidad “ha evolucionado a lo largo de este siglo hacia la cristalización de una regla relativa de inmunidad que habilita a los tribunales nacionales a ejercer jurisdicción respecto de aquellos actos del Estado extranjero que no hayan sido realizados en virtud de imperio, sino con sujeción a las reglas ordinarias del tráfico privado”

La STC 18/1997, de 10 de febrero, después de declarar que la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros no es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24,1 CE, advierte que “una indebida extensión o ampliación por parte de los Tribunales ordinarios del ámbito que es dable atribuir a la inmunidad de ejecución de los Estados extranjeros en el actual ordenamiento internacional acarrea una violación del derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante, porque supone restringir sin motivo las posibilidades del justiciable de conseguir la efectividad del fallo, sin que ninguna norma imponga una excepción a dicha efectividad”.

Afirma que: “1.- Son absolutamente inmunes a la ejecución los bienes de las misiones diplomáticas y consulares”, y “2.- Son inmunes a la ejecución los demás bienes de los Estados extranjeros que estén destinados a actividades *iure imperii*, pero no los destinados a actividades *iure gestionis*”. Además “no es necesario que los bienes objeto de la ejecución estén destinados a la misma actividad *iure gestionis* que provocó el litigio, pues otra cosa podría hacer ilusoria la ejecución”.

Para la determinación de esas normas hay que estar principalmente a dos tratados internacionales:

1º) Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, de 18 de abril de 1961 (BOE de 24 de enero de 1968), y

2º) Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 24 de abril de 1963 (BOE de 7 de marzo de 1970).

a) Titulares

En ellos se atribuye inmunidad de jurisdicción y/o de ejecución desde luego al jefe de la misión diplomática extranjera y a las personas incluidas en la que se llama “lista oficial del cuerpo diplomático”, además de a los miembros de la familia de cada uno de ellos, entendiéndose por tal los que “formen parte de su casa”. También se ha atribuido inmunidad a determinados miembros de las fuerzas de la OTAN (Estatuto de 19 de junio de 1951, BOE de 10 de septiembre de 1987) y a los

miembros de varios organismos como los del Tribunal de Derechos Humanos o del EUTELSAT.

b) Inmunidad de jurisdicción (civil)

La inmunidad de jurisdicción significa que el diplomático no puede estar sometido a ninguna forma de coerción en el Estado receptor, ni siquiera proveniente de una autoridad judicial de éste (Quel López). En el ámbito civil esto supone que el agente diplomático no puede ser demandado ante los tribunales del Estado en que está acreditado, aunque se establecen tres importantes excepciones en el mismo art. 31 de la Convención de Viena de 1961:

1ª) Cuando se trate del ejercicio de acciones reales sobre inmuebles particulares radicados en España.

La STC 140/1995, de 28 de septiembre, se refirió a un caso en que el Juzgado y la Audiencia Provincial había admitido la excepción de inmunidad de jurisdicción opuesta por un demandado, consejero diplomático de una embajada, en una demanda de resolución de contrato de arrendamiento urbano por falta de pago y, después de aclarar que en esa demanda se ejercitaba una acción personal y no real, por lo no podía estarse a esta excepción 1ª del art. 31 de la Convención de Viena, se cuestionó la constitucionalidad de la norma misma de la inmunidad con relación al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE. Partiendo de que ese derecho no es absoluto o ilimitado, el Tribunal Constitucional acaba justificando la constitucionalidad de la inmunidad jurisdiccional, por un lado en la igualdad soberana de los Estado, es decir, en el viejo aforismo de que no hay imperio entre iguales, y, por otro, en la cooperación pacífica entre los Estados.

2ª) De una acción sucesoria en la que el agente diplomático figure a título privado como ejecutor testamentario, administrador, heredero o legatario, y

3ª) De una acción referente a cualquier actividad profesional o comercial ejercida por el diplomático fuera de sus funciones oficiales.

Esta inmunidad comprende, no sólo el que no puede ser citado como parte, sino también el que no puede ser obligado a testificar. Con todo, siempre cabe la renuncia a la inmunidad de jurisdicción, aunque la misma debe ser expresa.

c) La inmunidad de ejecución

También el art. 31 de la Convención de 1961 establece que “el agente diplomático no podrá ser objeto de ninguna medida de ejecución, salvo en los casos

previstos como excepciones, pero incluso en ellos no puede sufrir menoscabo alguno la inviolabilidad de su persona o de su residencia.

No existe norma que establezca cómo se tiene que hacer valer en el proceso la inmunidad. No parece admisible la práctica de los países anglosajones en los que el Ministerio de Exteriores comunica al órgano judicial la inmunidad. En la Nota Verbal Circular núm. 6/7 de 1 de febrero de 1990, del Ministerio de Asuntos Exteriores de España a las misiones diplomáticas aquí acreditadas, se decía que lo oportuno era que el demandado se hiciera representar y defender por procurador y abogado, y que éstos alegaran en el juicio la inmunidad. Se trataría de oponer la falta de jurisdicción como excepción.

En la STC 140/1995 el Juzgado de Primera Instancia, para mejor proveer, consultó con el Ministerio de Asuntos Exteriores sobre el contenido y alcance de la inmunidad de jurisdicción respecto de los contratos de arrendamiento, pero lo que importa es que el demandado opuso la excepción correspondiente, esto es, que el Juzgado no estimó de oficio la inmunidad.

Hoy la inmunidad debe ser tenida en cuenta de oficio por el juez o tribunal, con la consecuencia de la abstención, pero también ha de ser alegable por la parte demandada, y por medio de la declinatoria, pues se trata de la falta de jurisdicción.

VI. LA “COMPETENCIA INTERNACIONAL”: CONCEPTO

Cuando se plantea cuál es el ámbito territorial y objetivo sobre el que pueden ejercer su jurisdicción los tribunales españoles no se está suscitando un problema de competencia, sino de verdadera jurisdicción, por cuanto de lo que se trata es de definir sobre qué territorio y sobre qué asuntos deben conocer los órganos jurisdiccionales españoles, esto es, se trata de deslindar el ámbito sobre el que se ejerce la jurisdicción que emana de la soberanía del pueblo español.

Tradicionalmente se ha venido hablando de “competencia judicial internacional”, pero parece mucho más adecuada la terminología utilizada por la LOPJ y la LEC de 2000 que hablan de “extensión y límites de la jurisdicción”, en efecto:

1º) No se trata de un problema de competencia, es decir, de atribución de un asunto concreto a un tribunal español determinado, sino de establecer si los tribunales españoles deben conocer o no de ese asunto.

2º) Las normas españolas sobre la materia no “reparten” los asuntos entre los tribunales españoles y los tribunales de cada uno de los países distintos a España, sino que se limitan a decir cuándo un asunto debe ser conocido por los tribunales españoles, pero no pueden llegar a decir cuándo un asunto corresponde a la jurisdicción de un país determinado. Dicho de otra manera, las normas españolas sólo regulan cuándo un asunto es o no es de la jurisdicción española, sin añadir nada más.

Se ha venido así diciendo que la nota que caracteriza a las normas que determinan la extensión de la jurisdicción de un Estado es su unilateralidad, es decir, provienen del mismo Estado y obligan a sus tribunales. Sin perjuicio de la existencia de tratados internacionales suscritos por un país, las normas de Derecho Internacional Privado que fijan el ámbito de la jurisdicción son normas internas, no internacionales, en el sentido de que su aprobación se deriva del poder legislativo de cada país.

VII. NORMAS INTERNAS

La atribución de jurisdicción a los Juzgados y Tribunales españoles se produce en el art. 22 de la LOPJ por primera vez en nuestra historia de modo relativamente claro y además asumiendo casi íntegramente lo dispuesto en el Convenio de Bruselas de 1968, incluso a pesar de que España en aquel momento no era todavía miembro de la primera Comunidad y luego Unión Europea.

El dicho art. 22 se basa en el establecimiento de tres criterios que se presentan jerarquizados:

A) Criterio de exclusividad

En primer lugar se establece la existencia de materias sobre las que los tribunales españoles ejercerán su jurisdicción con carácter exclusivo. La exclusividad significa:

1º) Los pactos de sumisión que pudiera celebrar las partes a favor de la jurisdicción de otro país determinado no tienen valor y no pueden hacer que los tribunales españoles pierdan la jurisdicción.

2º) Respecto de esas materias los tribunales españoles no podrán ni homologar ni ejecutar las sentencias dictadas en otro país, pues ello supondría desconocer su jurisdicción exclusiva sobre las mismas.

3º) En su vertiente negativa el criterio de la exclusividad supone que los tribunales españoles no podrán conocer de esas materias cuando, aplicando la norma, resulte la jurisdicción de otro país.

El art. 22, 1º al establecer las materias exclusivas se ha limitado a copiar el art. 16 del Convenio de Bruselas de 1968, y se declara así que la jurisdicción española conocerá con exclusividad de:

1º) Los procesos relativos a materias de derechos reales y arrendamientos de inmuebles que se hallen en España.

2º) Los procesos sobre 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.

3º) Los procesos sobre validez o nulidad de las inscripciones practicadas en un Registro español.

4º) Los procesos 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.

Se refiere también el art. 22, 1º al reconocimiento y ejecución en España de las resoluciones judiciales y decisiones arbitrales dictadas en el extranjero, pero esta no es una verdadera materia de exclusividad, sino que es algo connatural a la soberanía el que han de ser los tribunales españoles los que homologuen y ejecuten en España las sentencias y laudos dictados en el extranjero.

Debe tenerse en cuenta que el art. 19 del Convenio de Bruselas establece que el tribunal de un estado que conociere de un litigio del que el art. 16 atribuye con competencia exclusiva a otro Estado, debe declararse incompetente de oficio.

B) Criterios generales

Siempre que no se trate de una de las materias exclusivas, el art. 22, 2º establece tres criterios generales de atribución de la jurisdicción a los tribunales españoles: 1º) Sumisión expresa, 2º) Sumisión tácita y 3º) Domicilio del demandado en España.

C) Criterios especiales

En defecto de los criterios generales, el art. 22, 3º, 4º y 5º establece una larga lista de criterios especiales de atribución de la jurisdicción a los tribunales españoles, de los cuales puede deducirse que nos seguimos moviendo en un cierto “imperialismo”. Se asume así jurisdicción en las siguientes materias:

1ª) Declaración de ausencia o fallecimiento, cuando el desaparecido hubiere tenido su último domicilio en territorio español.

2ª) Incapacitación y medidas de protección de la persona o bienes de menores o incapacitados, cuando éstos hubieren tenido su residencia habitual en España.

3ª) Relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España, así como cuando ambos cónyuges tengan la nacionalidad española, cualquiera que sea su lugar de residencia, siempre que promuevan su petición de mutuo acuerdo o uno con el consentimiento del otro.

4ª) Filiación y relaciones paternofiliales, cuando el hijo tenga su residencia habitual en España al tiempo de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España.

5ª) Adopción, cuando el adoptante o el adoptado sea español o resida habitualmente en España.

6ª) Alimentos, cuando el acreedor de los mismos tenga su residencia habitual en territorio español.

7ª) Obligaciones contractuales, cuando éstas hayan nacido o deban cumplirse en España.

8ª) Obligaciones extracontractuales, cuando el hecho del que deriven haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España.

9ª) Acciones relativas a bienes muebles, si éstos se encuentran en territorio español al tiempo de la demanda.

10ª) Sucesiones, cuando el causante haya tenido su último domicilio en territorio español o posea bienes inmuebles en España.

11ª) Contratos de consumidores.

La norma va distinguiendo supuestos:

1ª) Venta a plazos de bienes muebles corporales o de prestamos destinados a su adquisición, cuando el comprador tenga su domicilio en España.

2ª) Cualquier otro contrato de prestación de servicio o relativo a bienes muebles, cuando la celebración del contrato hubiere sido precedida por oferta personal o de publicidad realizada en España o el consumidor hubiere llevado a cabo en territorio español los actos necesarios para la celebración del contrato.

3ª) Seguros, cuando el asegurado y el asegurador tengan su domicilio en España.

12ª) Litigios relativos a la explotación de una agencia, sucursal o establecimiento mercantil, cuando se encuentre en territorio español.

13ª) Materia concursal, se estará a lo dispuesto en su ley reguladora.

14ª) Medidas cautelares, en su sentido más amplio, cuando la persona o bienes se hallen en territorio español y deben cumplirse en España.

VIII. TRATADOS INTERNACIONALES SOBRE “COMPETENCIA INTERNACIONAL”

Como hemos dicho el art. 21.1 de la LOPJ contiene una remisión a lo establecido “en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte”. Esos tratados son realmente multilaterales, pues los varios convenios bilaterales suscritos por España no se refieren propiamente a la atribución de jurisdicción.

Luego tendremos que hacer mención de varios tratados bilaterales relativos al reconocimiento y ejecución de sentencias y hay que advertir que los mismos, aunque otra cosa pudiera parecer, no atribuyen sino lo que se ha llamado “competencia internacional indirecta”, en cuanto que se refieren a la determinación de la competencia del tribunal de origen que dicta la sentencia que luego se pretende ejecutar en el otro país. Esto es, no dicen cuando los tribunales españoles tienen jurisdicción, sino qué requisitos de competencia tienen que concurrir para que una sentencia dictada por tribunal de otro país sea reconocida o ejecutada en España (o viceversa).

a) Tratado de Bruselas

Como consecuencia del art. 220 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea se llegó a la aprobación del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 sobre “competencia judicial y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, entre los seis miembros originarios de la Comunidad.

Con posterioridad cada vez que se ha producido una ampliación de la ahora Unión Europea ha debido procederse a la renegociación del Convenio, de lo que han resultado nuevos convenios:

1) El de Luxemburgo de 1978, con la entrada de Gran Bretaña, Dinamarca e Irlanda.

2) El de Luxemburgo de 1982, con ocasión de la incorporación de Grecia, y

3) El de San Sebastián de 1989 debido a la entrada de España y Portugal.

4) El de Bruselas de 1997, por la entrada de Suecia, Finlandia y Austria.

A pesar de todo se sigue denominando Convenio de Bruselas y fue inicialmente ratificado por España el 29 de octubre de 1990, siendo publicado en el BOE de 28 de enero de 1991, para entrar en vigor el 1 de febrero de 1991.

Dado que el art. 22 de la LOPJ sigue fielmente el contenido de este Convenio, aunque con alguna diferencia importante, no es del caso pormenorizar el contenido del mismo, pero sí lo es la cita de dos Reglamentos del Consejo que contienen normas sobre competencia: 1) El 40/94, de 20 de diciembre de 1993, sobre la marca comunitaria, y 2) El 2100/94, de 27 de julio de 1994, sobre obtenciones vegetales.

b) Tratado de Lugano

España también ha suscrito el Convenio de Lugano de 16 de septiembre de 1988 (BOE de 20 de octubre de 1994) que atiende a la “competencia judicial internacional” entre los países de la AELE (Asociación Europea de Libre Cambio) y que, en general, no es sustancialmente diferente al de Bruselas

Atendidas las normas internas y los tratados debe tenerse en cuenta:

1º) El Convenio de Bruselas regula la extensión y límites de la jurisdicción española con relación a los países de la Unión Europea.

2º) El Convenio de Lugano hace lo propio respecto de los países de AELE.

3º) El art. 22 de la LOPJ se aplica con relación a cualquier otro país, lo que supone que sobre la LOPJ prevalecen los convenios.

IX. SU TRATAMIENTO PROCESAL

Cundo se pregunta sobre lo que suele denominarse tratamiento procesal se está haciendo referencia a cómo se cuestiona en el proceso el tema correspondiente; en nuestro caso a ¿cómo puede discutirse en el proceso el presupuesto de la jurisdicción? La dificultad de la respuesta provenía de que ni la LOPJ ni la LEC de 1881 contenían hasta ahora norma alguna al respecto. Por fin la LEC de 2000 atiende tanto a la apreciación de oficio como al control a instancia de parte.

a) Apreciación de oficio

La necesidad de que los tribunales civiles españoles se abstengan de oficio de conocer de un asunto, que se regula en el art. 36 de la LEC de 2000, tiene diferentes fundamentos.

1º) Cuando se haya formulado demanda o solicitado ejecución respecto de sujetos o bienes que gocen de inmunidad de jurisdicción o de ejecución conforme a las normas del Derecho Internacional Público.

En este caso se trata de la aplicación de normas que atienden a la fijación de límites desde el exterior, pues las normas de Derecho Internacional Público no han sido dictadas por España, sino que nuestro Estado simplemente las asume. La referencia que el art. 21.2 de la LOPJ hace a la inmunidad de jurisdicción y de ejecución es clara.

2º) 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.

Los tratados internacionales, en cuanto hayan sido ratificados por España, pasan a formar parte del derecho interno, con lo que ya estamos ante límites establecidos para el interior. Si esa norma establece un criterio de exclusividad, conforme al cual la jurisdicción para conocer de un asunto corresponde a un estado distinto del español, sería vulnerar el tratado que los tribunales españoles asumieran el conocimiento del mismo.

Si el art. 16 del Convenio de Bruselas dice que son exclusivamente competentes en materias de derechos reales inmobiliarios los tribunales del Estado donde el inmueble se hallare sito, es obvio que si se presenta en España una demanda relativa a la propiedad de un bien inmueble sito en Francia el tribunal español no podrá conocer del asunto y deberá abstenerse.

El art. 36 de la LEC se refiere al criterio de exclusividad, pero con referencia únicamente a los tratados o convenios internacionales, y sin aludir a las normas contenidas en la LOPJ. Con todo, tratándose de la exclusividad del art. 22, 1.º de esta LOPJ (pudiendo ponerse el mismo ejemplo de derecho real sobre inmueble) creemos que también debería el tribunal español abstenerse de conocer del asunto.

3º) 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.

La jurisdicción (mejor que la competencia) del tribunal español puede basarse sólo, con base en el art. 22, 2.º de la LOPJ, en la sumisión tácita de las partes y en este caso también es obvio que ante la falta de la misma el tribunal español debe abstenerse de seguir conociendo del asunto.

En principio, pues, puede sostenerse que el criterio de exclusividad al que antes nos hemos referido, tiene que suponer, por un lado, que las normas del art. 22, 1º de la LOPJ son de *ius cogens* y, por otro, que es controlable de oficio por el órgano jurisdiccional. Esto implica que los tribunales españoles deben abstenerse del conocimiento de los procesos que se refieran a las materias del criterio de exclusividad cuando el punto de conexión lleve a la jurisdicción de tribunales de país extranjero.

Tratándose de los otros dos criterios la situación es muy diferente dada la posibilidad de sumisión tácita. Esta posibilidad tiene que suponer que el tribunal español no puede *in limine litis* apreciar su falta de jurisdicción, sino que ha de esperar a ver si se produce esta sumisión. Sólo en el caso de que el demandado no comparezca podrá entrar en juego la apreciación de oficio del juzgador.

El Convenio de Bruselas contiene dos supuestos en que la declaración de falta de “competencia” debe declararse de oficio (cuando se trate de las competencias exclusivas, art. 19, y cuando el demandado esté domiciliado en otro Estado y la competencia no pudiese fundarse en disposición alguna del Convenio, art. 20), pero no contiene una norma general. Sobre la aplicación del art. 19 se pronunció la sentencia de 15 de noviembre de 1983 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, destacando que aquél impone al tribunal nacional la obligación de declararse incompetente de oficio, incluso aunque el asunto se encuentre pendiente de recurso de casación.

La apreciación por un tribunal español de su falta de jurisdicción debe suponer la aplicación del art. 38 de la LEC y consiguientemente:

1º) Si la apreciación se realiza en el momento de la admisión de la demanda, debe conceder audiencia al Ministerio fiscal y al demandante y dictar auto declarando la falta de jurisdicción, sin dar trámite a la demanda (arts. 404 y 440).

2º) Si la apreciación se realiza después de la personación del demandado, podrá realizarse, bien en la audiencia previa (art. 416.2 LEC), bien en cualquier otro momento, sin necesidad de esperar al momento de dictar sentencia, bien en la sentencia que será meramente procesal.

3º) En el caso que se trate del supuesto de la sumisión tácita la falta de personación del demandado llevará a la abstención sin más.

La resolución declarando la falta de jurisdicción ha de ser auto y en el mismo no se indicarán a las partes los tribunales del país que el juez español estime dotados de

jurisdicción para conocer del asunto. La indicación del órgano competente tiene sentido cuando se trata de la competencia dentro de los tribunales españoles, pero no cuando se refiere a la jurisdicción. La norma española regula la jurisdicción de los tribunales españoles, no la de los tribunales extranjeros.

b) Alegación de la parte

Todos los problemas existentes respecto de la declinatoria internacional han quedado resueltos por el art. 39 de la LEC de 2000, conforme al cual el demandado podrá denunciar mediante declinatoria la falta de competencia (en realidad, jurisdicción) internacional.

En la LEC, por un lado, se ha suprimido la inhibitoria y, por otro, se han reconducido a la declinatoria todas cuestiones que las partes pueden suscitar respecto de la jurisdicción y la competencia. La declinatoria, pues, es común, y se regula en los arts. 63 a 67. Lo más destacado de esa regulación, que se estudia en el Tema 13º, es que tiene que proponerse siempre antes de contestar a la demanda (o de la vista en el juicio verbal), suspendiendo los plazos y el procedimiento principal hasta que se decide sobre ella. No existe otra manera para las partes de cuestionar ni la jurisdicción ni la competencia.

X. CONVENIOS INTERNACIONALES SOBRE RECONOCIMIENTO Y

EJECUCIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES

Sin perjuicio de que el Tema 47 se refiere a la "ejecución de sentencias extranjeras" ha de hacerse aquí una enumeración de los convenios internacionales sobre la materia, distinguiendo entre:

a) Bilaterales

España ha suscrito y ratificado los siguientes tratados de esta naturaleza:

- 1) Suiza: de 19 de noviembre de 1896.
- 2) Colombia: de 30 de mayo de 1908.
- 3) Francia: de 28 de mayo de 1969.
- 4) Italia: de 22 de mayo de 1973.

- 5) Alemania: de 14 de noviembre de 1983.
- 6) Austria: de 17 de febrero de 1984.
- 7) Checoslovaquia: de 4 de mayo de 1987.
- 8) Israel: de 30 de mayo de 1989.
- 9) México: de 17 de abril de 1989.
- 10) China: de 2 de mayo de 1992.
- 11) Bulgaria: de 23 de mayo de 1993.
- 12) Marruecos: de 20 de mayo de 1997.
- 13) URSS: de 26 de octubre de 1990 (en vigor hoy con Rusia).
- 14) Uruguay: de 4 de noviembre de 1987.
- 15) Rumania: de 17 de noviembre de 1997.

b) Multilaterales

1) Convenio de Bruselas de 1968, que se realiza por los miembros de la Unión Europea, y que sustituye a los tratados con Francia, Italia, Alemania y Austria, salvo en las materias reguladas en éstos y no en aquél (por ejemplo, en la ejecución de las letras de cambio).

Este Convenio de Bruselas regula, entre otras cosas, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales dictas en países de la Unión Europea (además de los documentos públicos con fuerza ejecutiva y de las transacciones judiciales) de manera muy especial para su simplificación.

Para el reconocimiento se parte del principio de que no es preciso procedimiento alguno (art. 26) y para la ejecución no cabe hablar realmente de exequatur, pues la parte contra la que se solicita la ejecución no puede formular inicialmente observaciones (art. 34), aunque sí puede interponer recursos (art. 36). Tanto para la formación del título ejecutivo como para la ejecución propiamente dicha se concede competencia a los Juzgados de Primera Instancia (art. 32) y para el recurso a la Audiencia Provincial (arts. 37 y 40), admitiéndose incluso casación (arts. 37 y 41).

2) Convenio de Lugano de 1988, firmado por los miembros de la Unión Europea y los de la Asociación Europea de Libre Cambio, que sustituye a los bilaterales con Suiza, así mismo salvo en las materias reguladas por éstos y no por aquél.

TEMA 13º

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES CIVILES

(Esquema)

I. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES CIVILES

La atribución de jurisdicción no basta; arts. 9.1 LOPJ y 44 LEC

No es la parte de la jurisdicción; ésta no se reparte

Es ámbito material, de actividad y territorial sobre el que se ejerce jurisdicción

II. CLASES DE COMPETENCIA

1. Entre órdenes jurisdiccionales

Competencia genérica por órdenes. Penal y no penal (civil)

Art. 9.2 LOPJ: a) “Materias que le son propias”

b) Regla general y *vis atractiva*

2. Dentro del orden civil: Objetiva, funcional y territorial

III. COMPETENCIA OBJETIVA: CRITERIOS PARA DETERMINARLA

Art. 85, 1º LOPJ + 45 LEC: regla general, Juzgados Primera Instancia

1. La cuantía como criterio general

Paz, 15.000 ptas.

2. La materia como criterio especial

Tutelas judiciales privilegiadas. Siempre preferentes a cuantía

Juzgados de Primera Instancia, excepciones:

a) Sala de lo Civil del T. S.

b) Sala de lo Civil y Penal de T. S. J.

c) Otros casos

IV. COMPETENCIA FUNCIONAL

Wach: a) Ámbito de aplicación: recursos, efecto, ejecución, incidentes

b) Carácter automático

Las atribuciones concretas de competencia objetiva y funcional

Juzgados de Paz

Juzgados de Primera Instancia

Audiencias Provinciales

Tribunales Superiores de Justicia (Sala de lo Civil)

Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

V. TRATAMIENTO PROCESAL DE ESAS CLASES DE COMPETENCIA

A) Control de oficio

Objetiva: Art. 48 LEC. Momentos

Funcional: Art. 62

B) A instancia de parte

Sólo declinatoria: Art. 49

VI. COMPETENCIA TERRITORIAL

Normas dispositivas. Hoy está cambiando.

VII. SUMISIÓN: Art. 54 LEC

1. Expresa

Art. 55.1: - cláusula de sumisión expresa

- contrato autónomo

Requisitos: 1) Escrito

2) No adhesión

3) Designación

4) No reparto

2. Tácita

Art. 56: - Actor

- Demandado

Prohibiciones de sumisión

VIII. FUEROS LEGALES

A) Fueros especiales: Art. 52 LEC con 15 reglas, más procesos especiales

B) Fueros generales: a) Personas físicas

b) Personas jurídicas

c) Acumulación de pretensiones

d) Litisconsorcio pasivo

IX. DECLINATORIA

Normas imperativas: Control de oficio

Normas dispositivas: Sólo declinatoria: Medio único

A) Planteamiento: Art. 63. Escrito; Juez competente (salvo)

B) Tramitación: Traslado. Caso de la competencia territorial

C) Decisión: Auto. Art. 65: - Jurisdicción

- Comp. Genérica

- Territorial

D) Recursos: Arts. 66 y 67

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES CIVILES

Competencia de los tribunales civiles. Clases de competencia. Competencia objetiva: criterios para determinarla. Competencia funcional. Tratamiento procesal de esas clases de competencia. Competencia territorial; sumisión y fueros legales. Declinatoria.

I. COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES CIVILES

La atribución de jurisdicción a un órgano no es por sí sola bastante para que ese órgano conozca de una pretensión determinada y respecto de ella actúe el derecho objetivo. Es preciso, además, que una norma le atribuya el conocimiento de esa pretensión en concreto, que es lo que viene a decir el art. 9.1 de la LOPJ cuando establece que “los Juzgados y Tribunales ejercerán su jurisdicción exclusivamente en aquellos casos en que les venga atribuida por esta u otra Ley”, aunque la terminología no sea muy precisa. De la misma manera el art. 44 de la LEC de 2000, aparte de referirse al principio del juez predeterminado, dispone que sólo se tiene competencia cuando ha sido atribuida por la ley.

Surge así el concepto de competencia. Ésta no es la parte de la jurisdicción que se confiere a un órgano, ni la medida de la jurisdicción, en contra de lo que se ha sostenido tradicionalmente partiendo de un concepto no perfilado de jurisdicción. La competencia es el ámbito sobre el que un órgano ejerce su potestad jurisdiccional, y se refiere a las materias sobre las que un órgano jurisdiccional actúa el derecho objetivo en el caso concreto, esto es, ejerce la función jurisdiccional. La jurisdicción no se reparte, pero sí se reparten las materias, la actividad procesal y el territorio en el que se ejerce.

II. CLASES DE COMPETENCIA

1. Entre órdenes jurisdiccionales

El primer paso a la hora de atribuir competencia radica en la constatación de la existencia de órdenes jurisdiccionales, de los cuatro órdenes (civil, penal, contencioso-administrativo y social) a que se refiere la LOPJ, de modo que las posibles pretensiones se reparten, ante todo, entre ellos. Surgirá así la que podemos llamar competencia genérica o por órdenes, para la que debe estarse al art. 9 de la LOPJ. Naturalmente cuando el art. 37.2 de la LEC de 2000 incluye la competencia entre órdenes jurisdiccionales dentro de la regulación de la jurisdicción está cometiendo un error conceptual evidente.

Atendiendo a la competencia genérica la primera distribución entre los tribunales se refiere a que éstos conocerán de pretensiones penales o de no penales, dada la radical diferencia entre pena y no pena. Esa diferencia lleva a estimar difícilmente imaginable que pueda llegar a dudarse de si una pretensión corresponde o no al orden jurisdiccional penal. Por esto mismo:

1º) El orden jurisdiccional penal es siempre preferente.

2º) Los órganos de los otros órdenes no pueden plantear conflictos de competencia a los órganos del orden penal (art. 44 LOPJ).

Ya dentro de la competencia no penal, el art. 9.2 de la LOPJ sienta la regla base: “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”, y con ello está diciendo que:

1º) El orden civil conocerá de lo que “le es propio”, es decir de todas las pretensiones que se refieran a la actuación del Derecho privado.

2º) Su competencia se establece en virtud de una regla general con *vis atractiva*, de modo que el orden civil conocerá de todos los procesos no criminales, salvo que exista una norma expresa que atribuya el conocimiento de la pretensión a otro orden jurisdiccional.

Consecuencia de esto es que la determinación de la competencia genérica de los órdenes contencioso-administrativo y social ha de efectuarse, no en virtud de una regla general, sino estableciendo reglas especializadas o especiales, y este es el

sentido del art. 9 párrafos 4 y 5 de la LOPJ y luego de los arts. 1 a 3 de la LJCA y de los arts. 1 a 3 de la LPL.

2. Dentro del orden civil

Partiendo de la base de que un asunto ya corresponde al orden jurisdiccional civil, el paso siguiente consiste en la constatación de que en ese orden existen muchos órganos jurisdiccionales, por lo que es preciso atribuir a cada uno de ellos su competencia específica. Esta atribución se hace conforme a tres criterios:

a) **Objetivo:** Presupone la existencia de variedad de tribunales del mismo tipo y toma como base, bien la cuantía, bien la materia de la pretensión para determinar a cuál de esos tipos se atribuye la competencia para conocer de los procesos, se entiende en primera o única instancia.

En el orden civil nos resuelve si una pretensión es de la competencia de los Juzgados de Paz o de los Juzgados de Primera Instancia (y para casos muy determinados de las Audiencias Provinciales, de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo), partiendo de la regla general de los art. 85, 1.º, LOPJ y 45 LEC: los Juzgados de Primera Instancia conocerán de los juicios que no estén atribuidos por disposición legal expresa a otros Juzgados o Tribunales.

b) **Funcional:** Atiende a la existencia de etapas o fases en la actividad jurisdiccional, e incluso dentro de cada una de ellas de incidentes o secuencias y, correlativamente de tribunales de distinta naturaleza. Lo fundamental en este criterio es la existencia de instancia, recursos y ejecución (arts. 61 y 62 LEC). En el orden civil distribuye la competencia entre todos los tribunales dichos antes.

c) **Territorial:** Presupone que existen varios (o muchos) órganos del mismo tipo entre los que hay que distribuir la competencia con base en el territorio. Nos servirá para atribuir competencia a los Juzgados de Paz y a los Juzgados de Primera Instancia (y en casos especiales de las Audiencias Provinciales y de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia).

III. COMPETENCIA OBJETIVA: CRITERIOS PARA DETERMINARLA

La regla general es, como hemos dicho, la del art. 85, 1º de la LOPJ que reitera el art. 45 de la LEC: 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, y además de los asuntos, actos, cuestiones y recursos que se les atribuye en la LOPJ.

1. La cuantía como criterio general

La cuantía sirve en la actualidad únicamente, cuando se trata de la competencia objetiva (no del procedimiento adecuado), para especificar que los Juzgados de Paz tienen competencia sólo para conocer (de la primera instancia) de los asuntos civiles de cuantía no superior a 15.000 pesetas (y siempre que los mismos no estén comprendidos en ninguno de los casos a que, por razón de la materia, se refiere el art. 250.1).

La cuantía determina, además, otro aspecto de la tramitación de los procesos, como es el relativo al recurso de casación. Según el art. 477.2, 2.º, LEC se concede este recurso cuando la cuantía del asunto excediera de 25.000.000 de pesetas, lo que supone que sólo cabe en algunos juicios ordinarios.

Las reglas de determinación de la cuantía se especifican en la LEC con referencia a la fijación del proceso correspondiente (ordinario o verbal), aunque las mismas han de ser aplicables para la determinación de la competencia, si bien aquí su aplicación en la práctica será mínima, dada la poca competencia de los Juzgados de Paz.

El punto de partida es que el actor debe fijar en la demanda, y con precisión, la cuantía del pleito (art. 253 LEC). Esa fijación puede hacerse:

1.º) Cuando se ejercita una pretensión declarativa de condena y ésta se refiere a una cantidad de dinero, no hay problema alguno pues la cuantía de la demanda es dicha cantidad. En este caso ni el juez ni el demandado pueden poner en cuestión la cuantía, sin perjuicio de que el demandado alegue sobre el fondo y de que el juez resuelva dentro de la misma.

2.º) Para los demás casos el art. 251 LEC establece una larga lista de reglas, aplicando las cuales el actor debe fijar en la demanda el valor objeto del pleito; el art. 252 LEC establece otras reglas para los casos de acumulación de pretensiones; a unas y otras debe estarse por remisión.

3.º) Si ni aún con las reglas de esos artículos puede fijarse de modo concreto el valor de lo pedido se tratará de un asunto de cuantía inestimable, para los que los arts.

249.2 y 253.3 LEC disponen que se tramitarán por el juicio ordinario, con lo que la competencia queda atribuida a los Juzgados de Primera Instancia.

2. La materia como criterio especial

Si el criterio general para la determinación del proceso adecuado es el de la cuantía, el criterio especial es el de la materia, y por medio del mismo se articulan las tutelas privilegiadas. La regla especial es siempre de aplicación preferente a la general de la cuantía.

En nuestro actual Ordenamiento las normas de atribución de la competencia objetiva por razón de la materia son escasas:

a) Cuando el art. 47 LEC dice que el Juzgado de Paz sólo conoce de los asuntos civiles de cuantía no superior a 15.000 pesetas, salvo que estén comprendidos en los casos que se conocen por el juicio verbal por razón de la materia, está fijando una regla de competencia objetiva de esta naturaleza.

a) Por razón de la materia todos los asuntos son la competencia de los Juzgados de Primera Instancia, salvo que exista norma expresa que lo atribuya a otro tribunal. Esas normas expresas son únicamente las siguientes:

1ª) Según el art. 56, 2º y 3º de la LOPJ la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo conocerá de la exigencia de responsabilidad civil contra los más altos cargos políticos de la nación.

Se trata de:

2º) 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.

3º) 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.

2ª) Según el art. 61.1, 3º de la LOPJ una Sala especial del Tribunal Supremo conoce de otras demandas de responsabilidad.

Se trata de 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 que conoce 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.

3ª) Según el art. 73.2, a) y b) de la LOPJ la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocen también de las demandas de responsabilidad, pero ahora de los altos cargos políticos de la Comunidad Autónoma correspondiente.

Se trata de:

1º) 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.

2º) 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.

4ª) También por razón de la materia debe tenerse en cuenta que subsisten los arts. 460 (conciliación) y 955 (sentencias extranjeras) de la LEC de 1881 que atribuyen competencia, respectivamente, bien a los Juzgados de Paz y de Primera Instancia, bien a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y a los Juzgados de Primera Instancia.

El art. 46 de la LEC de 2000 ha reiterado lo dispuesto en el art. 98 de la LOPJ, de modo que el Consejo General del Poder Judicial puede acordar, en las circunscripciones donde exista más de un juzgado de Primera Instancia, que uno o más de ellos asuman con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos. Esta norma, que no parecía de competencia objetiva, sino sólo de reparto, se ha visto complicada en la LEC, por cuanto en el art. 46, les atribuye esa competencia de modo exclusivo y excluyente y, además, dice que si se plantea cuestión por esta causa, se sustanciará como las cuestiones de competencia.

IV. COMPETENCIA FUNCIONAL

La noción de competencia funcional se debe a Wach pero lo cierto es que, algo más de un siglo después se viene manejando todavía con cierta imprecisión, aunque ya ha sido recogida en la LEC. Un intento de aclaración pasa por atender a dos aspectos:

a) Ámbito de aplicación

Aunque en ocasiones se haya pretendido darle un ámbito desmesurado, con este criterio de atribución de la competencia se está haciendo referencia únicamente a cuatro aspectos:

1º) Recursos: Determinado por la competencia objetiva el órgano que conoce de la primera instancia de un asunto, este criterio funcional sirve para determinar quién debe conocer de los recursos devolutivos que la ley establezca, sean esos recursos ordinarios o extraordinarios (y en este sentido art. 62 LEC).

2.º) Llevar a efecto las resoluciones judiciales: Todas las resoluciones judiciales (salvo la sentencia a ejecutar) deben llevarse a efecto en el proceso en el que se dictan y a la competencia para ello se refiere la funcional (como se ve en el art. 61).

3º) Ejecución: Atiende a la fijación del órgano competente para proceder a la ejecución de los títulos judiciales, principalmente de las sentencias. Teniendo siempre presente que en la ejecución de los títulos extrajudiciales el criterio a aplicar es el objetivo (y así puede verse el art. 61).

4º) Incidentes: Utilizando esta palabra en su sentido más amplio el criterio sirve para determinar quién debe conocer de aquellas cuestiones que, no siendo la principal, se presentan conectadas a ella en las instancias, los recursos extraordinarios o en la ejecución (también art. 61).

b) Carácter automático

La determinación de esta competencia puede calificarse tanto de derivada como de automática, en el sentido de que, establecida por los otros criterios la competencia para conocer de un asunto de un órgano judicial determinado, la

fijación para conocer de los recursos devolutivos, de la ejecución y de los incidentes deviene ya como algo preconfigurado.

La atribución concreta de competencia objetiva y funcional

a) Juzgados de Paz

Conocen principalmente del juicio verbal de cuantía no superior a 15.000 pesetas, siempre que no se trate de juicio verbal por razón de la materia (art. 47).

b) Juzgados de Primera Instancia

Son el órgano básico de la justicia civil, a los que se atribuye competencia objetiva de modo general, conociendo de todos los asuntos no atribuidos a otro órgano judicial civil (arts. 85, 1.º, LOPJ y 45 LEC).

La regla anterior implica que los Juzgados de Primera Instancia conocen: 1) Del juicio ordinario, 2) Del juicio verbal (en todo caso por razón de la materia y por razón de la cuantía cuando excede de 15.000 pesetas, teniendo en cuenta que en las poblaciones donde estén radicados conocen de todos los juicios verbales, sea cual fuere la cuantía), y 3) De todos los juicios especiales.

A pesar de su denominación, conocen también funcionalmente de los recursos de apelación y queja contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Paz de su partido (arts. 85, 3.º, LOPJ y 455.2, 1.º, y 494 LEC), y de la rescisión de sentencias firmes a instancia del rebelde cuando esa sentencia la hubiere dictado el mismo Juzgado de Primera Instancia (art. 501).

c) Audiencias Provinciales

Sólo tienen competencia funcional para conocer de los recursos de apelación y queja contra las resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia de la provincia (arts. 82, 4.º, LOPJ y 455.2, 2.ª, y 494 LEC).

De importancia menor es la competencia para conocer de la rescisión de la sentencia firme a instancia del rebelde (art. 501 LEC) y del recurso de anulación contra los laudos arbitrales (art. 46 LA).

d) Salas de lo Civil y Penal

Estas Salas de los Tribunales Superiores de Justicia tienen tanto competencia objetiva como funcional, si bien su importante cuantitativa es reducida. El intento de la LEC de aumentar esa competencia se ha visto frustrado hasta que se apruebe una ley orgánica de reforma de la LOPJ.

Objetivamente conocen, en única instancia, de las demandas de responsabilidad civil, por hechos cometidos en el ejercicio de sus cargos, dirigidas contra: 1) El presidente y miembros del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma y contra los miembros de la Asamblea Legislativa, cuando tal atribución según el Estatuto de Autonomía no corresponda al Tribunal Supremo [art. 73.2, a) LOPJ]] y 2) Todos o la mayor parte de los magistrados de una Audiencia Provincial o de cualquiera de sus Secciones [art. 73.2, b) LOPJ].

Funcionalmente conocen del recurso de casación y del “recurso de revisión” contra las resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales de la Comunidad Autónoma, siempre que el Estatuto haya previsto esta competencia, y el recurso se funde en infracciones de normas de derecho civil, foral o especial, propio de la Comunidad [arts. 73.1, a) y b) LOPJ y 478 y 509 LEC].

e) Sala de lo Civil del Tribunal Supremo

Su competencia básica es funcional: recursos de casación, “recursos de revisión” y otros extraordinarios que establezca la ley (arts. 56, 1.º, LOPJ, 478, 509). Entre estos últimos, y mientras no se reforme la LOPJ, se cuenta el recurso por infracción procesal (Disp. Final 16.ª LEC). También del recurso en interés de la ley (art. 490 LEC).

Objetivamente conoce en instancia única de las demandas de responsabilidad civil, por hechos realizados en el ejercicio de su cargo, dirigidas contra los más altos cargos políticos de la Nación y los más altos cargos judiciales (art. 56, 2.º y 3.º, LOPJ). Debe recordarse la existencia de la Sala Especial del Tribunal Supremo (art. 61, 3.º, LOPJ) que conoce también de demandas de responsabilidad civil.

TRATAMIENTO PROCESAL DE ESAS CLASES DE COMPETENCIA

Las normas de competencia objetiva y funcional son de *ius cogens* o, si se prefiere, de orden público. Sobre ello no hay duda alguna, pero conviene distinguir:

A) Control de oficio

La falta de competencia objetiva se apreciará de oficio, tan pronto como se advierta, por el tribunal que esté conociendo del asunto (art. 48.1 LEC), lo que supone que esa declaración debe hacerse por cualquier tribunal y en cualquier fase del proceso, si bien para ello debe antes el tribunal oír a las partes y al Ministerio Fiscal (art. 48.3).

El momento lógico para efectuar esa declaración es el de la admisión de la demanda (arts. 404 y 440.1 LEC), pero también es posible en la audiencia previa (art. 416.2) y en la vista (art. 443.2) y en la sentencia, comportando la declaración de nulidad de lo actuado. Lo mismo sucede cuando se declare por el tribunal que conoce de un recurso devolutivo (art. 48.2).

Cuando se trata de la competencia funcional el art. 62 prevé el control de oficio por el tribunal con referencia a los recursos.

Las previsiones de este art. 62 no son claras:

1ª) Si el recurso se presenta ante tribunal que no es aquél que debe resolver (que es lo que pasará en todos los recurso devolutivos), se inadmitirá el recurso, aunque parece lógico conceder plazo para subsanar antes de no admitirlo a trámite. El auto de inadmisión debe ser recurrible en queja.

2ª) Si la falta de competencia funcional se aprecia de oficio por el tribunal al que el recurso va dirigido, dictará auto absteniéndose de conocer, previa audiencia de las partes personadas, por plazo común de diez días. Las partes disponen a continuación de cinco días para la correcta interposición o anuncio del recurso. Este auto de abstención no debe ser recurrible.

B) A instancia de parte

El demandado podrá denunciar la falta de competencia objetiva por medio de la declinatoria (art. 49 LEC) y esa es la única manera en que puede hacerlo (arts. 416.2 y 443.2 LEC).

Debe tenerse en cuenta que una cosa es impugnar la falta de competencia objetiva por razón de la cuantía, lo que debe hacerse por la declinatoria (sin perjuicio de que se hará rara vez, pues la competencia de los Juzgados de Paz sólo llega a las 15.000 pesetas) y otra distinta impugnar la cuantía y la clase de proceso (ordinario o verbal) o la adecuación del recuso de casación, para lo que debe estarse al art. 255 LEC).

Respecto de la competencia funcional no existe norma para el control a instancia de parte, si bien el art. 63.2 dice que la declinatoria es el medio para denunciar la falta de competencia de todo tipo.

A pesar de lo anterior es difícil imaginar como la competencia funcional puede cuestionarse por medio de la declinatoria, atendida la regulación de ésta y en especial la forma y el tiempo en que debe presentarse. Por ello parece más lógico que la parte que desee impugnar esta competencia lo haga: 1) Recurriendo en reposición la primera resolución que dicte el tribunal que estime incompetente, y 2) Pidiendo que se haga declaración de nulidad de lo actuado.

VI. LA COMPETENCIA TERRITORIAL

La entrada en juego de este criterio presupone la existencia de pluralidad de órganos judiciales del mismo tipo a los que se ha atribuido competencia objetiva para conocer de un asunto. Baste así recordar la existencia de unos 8.000 Juzgados de Paz y de 430 partidos judiciales, esto es, con Juzgados de Primera Instancia, para advertir la trascendencia práctica de la determinación de esta competencia.

Tradicionalmente se ha partido de la consideración de que la competencia territorial no estaba afectada por el interés público, y de ahí la existencia de una norma general que la consideraba prorrogable, es decir, disponible, de modo que, primero, se estaba a la voluntad concorde de las partes (fuero convencional) y, sólo ante la falta de ésta, a la aplicación de las reglas legales (fueros legales).

La situación está cambiando en los últimos tiempos, en los que van dictándose cada vez con más frecuencia normas en las que se imponen los fueros legales, unas veces suprimiendo la autonomía de la voluntad de las partes (se excluyen las sumisiones expresa y tácita), y otras limitándola (se prohíbe la sumisión expresa, pero se permite la tácita).

VII. SUMISIÓN

La LEC quiere que sea tribunal competente territorialmente, en primer lugar, aquél al que las partes se hayan sometido expresa o tácitamente (art. 54.1), bien entendido que para ser válida la sumisión ese tribunal debe ser competente objetivamente (art. 54.3) dado el carácter indisponible (improrrogable) de este criterio de atribución.

Obsérvese, pues, que el legislador parte de la autonomía de la voluntad, y si falta el fuero convencional, entonces entran en juego los fueros legales, especiales o generales, que consideraremos más adelante. Pero la autonomía de la voluntad no se admite en todos los casos, siguiendo las últimas tendencias legislativas de prohibir o limitar los fueros convencionales. Por ello, la competencia territorial es, como lo ha sido inveteradamente en nuestro Ordenamiento Jurídico, prorrogable, o, si se prefiere este término, disponible (art. 54 LEC). Y esta disposición puede hacerse expresa o tácitamente.

1. Sumisión expresa

La manifestación de voluntad que caracteriza al fuero convencional puede ser hecha en primer lugar expresamente, por medio de un pacto o contrato denominado de

sumisión expresa, realizado por las partes antes del proceso, generalmente incorporando una cláusula en este sentido al negocio jurídico material (éste se regirá obviamente por sus normas sustantivas). Por medio de este negocio jurídico, las partes acuerdan y declaran la competencia de los órganos judiciales de un territorio concreto, para el supuesto de que surja algún litigio sobre ese convenio, v.gr., en caso de incumplimiento de la obligación de pago reflejada en un contrato de compraventa.

La sumisión expresa no es a un "tribunal", ni a un "órgano", sino que se refiere a una circunscripción territorial, o sea, a los órganos judiciales que son competentes en ese territorio.

En aplicación del principio material de la autonomía de la voluntad y del principio procesal dispositivo, la LEC sienta éste como el primer criterio de fijación de la competencia territorial, con alguna excepción que veremos a continuación (art. 54.1), especificando además que "se entenderá por sumisión expresa la pactada por los interesados designando con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se sometieren" (art. 55).

Después de siglos de existencia de la sumisión expresa, la jurisprudencia tiene muy bien delimitados los requisitos que deben concurrir tanto en la cláusula como en el contrato independiente:

1.º) El pacto debe constar por escrito, pues sería muy difícil constatar la concurrencia de los requisitos en un pacto oral, aparte de las dificultades para probar su existencia.

2.º) La sumisión expresa no puede ser válida cuando se contenga en contratos de adhesión o en condiciones generales impuestas por una de las partes o que se hayan celebrado con consumidores o usuarios (art. 54.2). Con esta norma se trata de permitir la sumisión expresa cuando es realmente fruto de la libertad contractual de las partes, no cuando proviene de la imposición de la parte más fuerte sobre la más débil.

3.º) Hay que designar con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se someten las partes, dice el art. 55, con lo que se excluyen las designaciones vagas o imprecisas, las alternativas y las subsidiarias.

4.º) Naturalmente la sumisión expresa no puede afectar al reparto de los asuntos entre los tribunales del mismo tipo radicados en una misma localidad. Como dice el art. 57 las partes no pueden someterse a un determinado tribunal radicado en la localidad, sino a los tribunales de una circunscripción, entre los cuales se estará después al reparto.

2 Sumisión tácita

El art. 56 LEC dispone que la sumisión tácita se entiende hecha:

1.º) Desde el punto de vista del demandante, 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; y

2.º) Desde el punto de vista del demandado, por 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.

La Ley opera así con criterios ficticios o suposiciones para evitar que pueda surgir una cuestión de competencia, dado que el demandado no podrá plantearla con éxito después de personado y contestada la demanda, al haberse sometido tácitamente, y aunque el tribunal elegido por el actor hubiera sido territorialmente incompetente (art. 59 LEC). Es, por tanto, un instrumento legal preventivo de un posible incidente dilatorio del proceso.

La sumisión tácita requiere, efectivamente, una actividad determinada por parte del actor (demandar); y otra, en realidad dos, por parte del demandado (personarse y no impugnar). Pero la realidad obliga a prever más allá de esta posibilidad, pues el actor puede realizar otros actos previos a la demanda, como confirma el propio art. 56, 1.º, LEC, que signifiquen igualmente, si el demandado actúa correspondientemente, la sumisión tácita, como, por ejemplo, pedir unas diligencias preliminares del art. 256 LEC, etc. Pero no hay sumisión tácita por el intento de conciliación.

Por lo que hace referencia al demandado, no debe plantear problemas de interpretación la expresión "cualquier gestión" del art. 56, 2.º, LEC, a la vista de la explicación anterior. La LEC resuelve precisamente en este sentido que sólo la declinatoria impide la sumisión tácita, al presuponer, aunque no se diga en el texto legal, que el no personarse y no comparecer equivale a someterse.

La sumisión está cuestionada hoy en día. Prueba de ello son las numerosas prohibiciones de sumisión establecidas en el art. 54.1 LEC, en una clara evolución restrictiva de las ideas puramente liberales surgidas en torno a autonomía de la voluntad sustantiva y poder dispositivo procesal.

Se trata de las siguientes:

1.ª No cabe la sumisión, ni expresa ni tácita, cuando el procedimiento adecuado para un asunto sea el juicio verbal;

2.ª) No cabe en el mismo sentido ni la sumisión expresa, ni la tácita, rigiendo los fueros legales establecidos para los casos especiales recogidos en el art. 52.1 LEC, pero no en todos los supuestos, sino en la mayoría (núms. 1.º y 4.º a 15.º de ese apartado, además de los comprendidos en el art. 56.2 LEC); y

3.º) Tampoco cabe cuando la ley atribuya expresamente carácter imperativo a la competencia territorial fijada legalmente, lo que se hace, bien diciendo que no cabe sumisión (arts. 813 y 820), bien que el tribunal examinará de su oficio su competencia

territorial (art. 769.4). Naturalmente la existencia de una norma legal especial de esta competencia no equivale a prohibir sin más la sumisión.

VIII. FUEROS LEGALES

Cuando las partes no se hayan sometido expresamente, ni se haya producido la sumisión tácita, bien por faltar la voluntad de la parte, bien por existir prohibición legal, entran en juego las normas de atribución de la competencia territorial, denominadas "fueros legales".

Estos fueros están establecidos por la Ley, a su vez, con base en dos consideraciones distintas: Se fija la competencia territorial, en primer lugar, teniendo en cuenta la naturaleza de diversas pretensiones que podrían dar lugar a dificultades de interpretación, y, en segundo lugar, para el caso de que la pretensión no haya sido prevista en esas normas, se establecen otras reglas también supletorias. Las primeras se denominan "fueros legales especiales", y las segundas "fueros legales generales".

A) Especiales

El larguísimo art. 52 LEC determina especialmente en sus 15 reglas (en realidad son 16), fueros de competencia territorial tomando en consideración pretensiones y objetos procesales diferentes. Pero ténganse en cuenta igualmente los fueros legales especiales fijados para determinados procesos especiales, que tienen carácter imperativo en todo caso (procesos matrimoniales y de menores, art. 769.1 LEC; o proceso monitorio, art. 813 LEC).

B) Generales

No estando previsto especialmente un fuero territorial, los arts. 50, 51 y 53 LEC establecen cuatro reglas que sirven para determinar con carácter general qué tribunal va a ser el territorialmente competente.

a) Personas físicas

Corresponde la competencia al tribunal del domicilio del demandado (art. 50.1 LEC, teniendo en cuenta las normas específicas del CC, como los arts. 40 y 70).

Si el demandado no tuviere domicilio en España, será tribunal competente el de su residencia en España (art. 50.1 *in fine* LEC), y si no tiene ni domicilio ni residencia, el demandado podrá serlo en el lugar en que se encuentre dentro del territorio nacional, o en el de su última residencia, o, como última solución, en el lugar del domicilio del actor (art. 50.2 LEC).

Tratándose de empresarios y profesionales, en los litigios derivados de su actividad empresarial o profesional, podrán ser demandados también, es decir, sin perjuicio de los fueros anteriores a nuestro entender, en el lugar en donde se desarrolle su actividad y, si tuvieran establecimientos a su cargo en diferentes lugares, podrán ser demandados en cualquiera de ellos a elección del actor (art. 50.3 LEC).

Es evidente que la referencia a empresario es a persona individual comerciante, no a persona jurídica, pues en este caso entra en juego el art. 51, al que nos referimos inmediatamente.

b) *Personas jurídicas y entes sin personalidad*

Para las personas jurídicas, se entiende que en cualquier forma prevista por el Ordenamiento jurídico, rige el fuero de su domicilio legal en primer término. También podrán ser demandadas en el lugar en 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 comparecer en juicio en nombre de la entidad (art. 51.1 LEC).

Los entes sin personalidad serán demandados en el domicilio de sus gestores o en cualquier lugar en que desarrollen su actividad (art. 51.2 LEC).

c) *Acumulación de pretensiones*

En caso de acumulación de pretensiones ("acciones" en terminología legal) el art. 53.1 LEC dispone que será tribunal competente el del lugar correspondiente a la pretensión que sea fundamento de las demás, y, en su defecto, aquél que deba conocer del mayor número de pretensiones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la pretensión más importante cuantitativamente (lección 6.^a).

d) *Litisconsorcio pasivo*

El art. 53.2 LEC dispone que, cuando hubiere varios demandados, será tribunal competente el de cualquier lugar al que pudiera corresponder la competencia territorial conforme a las reglas generales, a elección del demandante.

IX. DECLINATORIA

El control de la aplicación de las normas de competencia territorial puede realizarse. : 1) Bien de oficio por el tribunal, cuando se está antes normas imperativas, y 2) Bien a instancia de parte, cuando se trata de la aplicación de normas dispositivas y de normas imperativas, y entonces sólo por medio de la declinatoria.

Cuando la competencia territorial viene determinada en virtud de normas imperativas la aplicación de las mismas se realiza de oficio por el tribunal, y ese control se efectuará normalmente después de presentada la demanda y antes de su admisión (arts. 58, 404 y 440 LEC), pero nada impide que el pronunciamiento sobre la misma se efectúe también en la audiencia previa (art. 416.2) o en la vista (art. 443.2, II).

El examen de la competencia territorial por el tribunal precisa la audiencia del Ministerio fiscal y de las partes personadas, pudiendo decirse: 1) Que es competente territorialmente, caso en el que continuará el proceso por trámites normales (auto de admisión de la demanda o continuación de la audiencia o de la vista), y 2) Que es incompetente, supuesto en el que lo declarará así por medio de auto, remitiendo las actuaciones al tribunal que considere competente, en su caso, es decir, cuando fueren aplicables fueros electivos, oyendo y estando a lo que manifieste el actor, tras ser requerido para ello (art. 58).

El tribunal ante el que se ha presentado la demanda debe decidir sobre la competencia territorial oyendo a las partes personadas, y ello condiciona la eficacia de su decisión en el caso de declararse incompetente. En efecto, según el art. 60:

1.º) Si las partes personadas han sido todas las partes, el tribunal al que se han remitido las actuaciones después de la inhibición del primero habrá de estar a lo decidido sin que pueda declarar de oficio su incompetencia territorial.

2.º) Si las partes personadas no han sido todas las partes, lo que implica que habrá sido sólo el actor, el tribunal al que se remitan las actuaciones podrá declarar de oficio su falta de competencia territorial, previa audiencia de las partes personadas ante él, y con ello se plantea una verdadera cuestión de competencia.

Para la decisión sobre esta cuestión se declara competente al tribunal inmediato superior común a los dos tribunales entre los que ha surgido la cuestión, al que deben remitirse todos los antecedentes. El tribunal superior, sin oír ya a las partes, pues fueron antes oídas, decidirá por auto irrecurrible, ordenando la remisión de las actuaciones al tribunal que estime competente y, en su caso, emplazando ante él a las partes, dentro de los diez días siguientes.

Cuando se trata de cualquier tipo de norma de competencia territorial, el demandado y quienes puedan ser parte legítima en el proceso pueden impugnar la competencia por medio de la declinatoria (art. 59).

La referencia a “quienes puedan ser parte legítima” debe entenderse con relación, bien a la intervención de sujetos inicialmente no demandados o a la intervención provocada (arts. 13 y 14), bien a la integración del litigio de los litisconsortes necesario no

demandados (art. 420). En los dos supuestos no puede privarse a los intervinientes ni a los litisconsortes de la posibilidad de oponerse a la competencia territorial por medio de la declinatoria.

La LEC concibe la declinatoria como el medio procesal único por el que el demandado cuestiona la jurisdicción del tribunal ante el que se ha interpuesto la demanda, por corresponder el conocimiento de ésta a tribunales extranjeros, la competencia genérica del mismo, por estar atribuida al conocimiento de órganos judiciales de otro orden jurisdiccional o a árbitros, y la competencia de todo tipo (art. 63.1).

Se había sostenido que el sistema tradicional español de poder oponerse a la competencia por dos medios, como eran la inhibitoria y la declinatoria, era un “lujo” que carecía de sentido útil, y la LEC procede a la supresión de la inhibitoria y además, generaliza la declinatoria. Esta es una reforma de gran trascendencia práctica por lo que supone de simplificación procedimental. Pero también lo es porque deja claro que la oposición por el demandado a la jurisdicción y a la competencia abre un incidente específico, de previo pronunciamiento, que debe ser resuelto antes de que se conteste a la demanda. La oposición a la jurisdicción y a la competencia no es una excepción a alegar en la contestación a la demanda y a decidir en la audiencia previa, sino una cuestión incidental de previo pronunciamiento.

A) Planteamiento

La declinatoria se plantea ante el mismo tribunal que esté conociendo del pleito y al que se considere carente de jurisdicción o de competencia (art. 63.2), por medio de escrito que ha de presentarse dentro de: 1) Los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda (juicio ordinario), ó 2) Los cinco primeros posteriores a la citación para la vista (juicio verbal), y surte siempre 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).

Se admite también que el escrito se presente ante el tribunal del domicilio del demandado, que lo hará llegar por el medio de comunicación más rápido al tribunal ante el que se hubiera presentado la demanda, sin perjuicio de remitírsela por oficio al día siguiente de su presentación (art. 63.2).

En general ese escrito de declinatoria habrá de acompañarse de los documentos o principios de prueba en que se funde (art. 65.1) y en especial cuando se trate de la competencia territorial habrá de indicarse el tribunal que se considera competente y al que habrían de remitirse la actuaciones (art. 63.1, II).

B) Tramitación

Del escrito de declinatoria se dará traslado a los restantes litigantes, los cuales, en el plazo de cinco días, podrán alegar y aportar lo que consideren conveniente para sostener (y lógicamente también para impugnar) la jurisdicción o la competencia del tribunal, el cual resolverá sin más trámite en el plazo de cinco días (art. 65.1).

En esta tramitación deben tenerse en cuenta algunas posibilidades:

1.ª) Tratándose de la competencia territorial, el actor al impugnar la declinatoria podrá alegar la falta de competencia territorial del tribunal a favor del cual se hubiese pedido declina el conocimiento del asunto (art. 65.1, II).

2.ª) La suspensión del procedimiento principal no obsta para que el tribunal acuerde, a instancia de parte, bien el aseguramiento de la prueba, bien la adopción de medidas cautelares, salvo que el demandado preste caución bastante para responder de los daños y perjuicios que se derivaran de la tramitación de una declinatoria desprovista de fundamento (art. 64.2).

C) Decisión

La declinatoria se decide por medio de auto, cuyo contenido depende de la decisión que en él se adopte. Naturalmente siempre que se desestime la declinatoria el proceso continúa por su tramitación normal. Lo diferente radica en que se estime la declinatoria pues entonces el art. 65 tiene que distinguir las diversas posibilidades.

Estas posibilidades son:

1.º) Falta de jurisdicción de los tribunales españoles y sometimiento de la cuestión a arbitraje: Se declarará la abstención de conocer sobreseyendo el proceso.

2.º) Falta de competencia genérica (a la que la LEC llama también jurisdicción, pero incorrectamente) y de competencia objetiva: Se abstendrá de conocer y señalará a las partes ante qué órganos han de usar su derecho.

3.º) Falta de competencia territorial: Se abstendrá de conocer y ordenará remitir las actuaciones al tribunal que estime competente, pero teniendo en cuenta que: 1) Si se trata de norma competencial imperativa, habrá de estar a lo dispuesto legalmente, y 2) Si la norma es dispositiva, habrá de considerar competente al tribunal señalado por el promotor de la declinatoria (salvo que el actor haya cuestionado esta atribución proponiendo otro tribunal).

D) Recursos

Los pronunciamientos sobre la jurisdicción y la competencia, que pueden producirse bien de oficio, bien por la declinatoria, son recurribles de modo limitado pues los arts. 66 y 67 distinguen entre:

1.º) Respecto de la jurisdicción, el sometimiento a arbitraje, la competencia genérica y la competencia objetiva: 1) Contra el auto de abstención cabe recurso de apelación, y 2) Contra el auto por el que se rechaza la declinatoria, sólo cabe reposición, sin perjuicio de alegar la falta del presupuesto procesal en la apelación contra la sentencia definitiva.

2.º) Respecto de la competencia territorial, los autos que se pronuncien sobre la misma son irrecurribles, si bien en los recursos de apelación y extraordinario por infracción procesal contra la sentencia definitiva se permitirá alegar su falta cuando se trate de la aplicación de normas imperativas (aunque el art. 469.1, 1.º, no alude a la competencia territorial).

TEMA 14º

EL OBJETO DEL PROCESO

(Esquema)

I. EL OBJETO DEL PROCESO CIVIL

No es un derecho, ni una relación jurídica

1. La pretensión: el objeto del proceso

Definición. Los elementos de la misma:

- a) Declaración de voluntad,
- b) Petición fundada,
- c) No es un trámite,
- d) No es un acto,
- e) No es un derecho,
- f) Se dirige al órgano jurisdiccional, y
- g) Contra otra persona.

2. La resistencia: el objeto del debate

Definición: a) No precisa fundamentación

- b) No determina el objeto del proceso
 - 1) Sí amplía el tema de debate
 - 2) Sí el de la congruencia

3. El tema de prueba

- a) Los hechos afirmados
- b) Los hechos controvertidos

II. RELEVANCIA TÉCNICO-JURÍDICA DEL O. DEL P.

Principalmente: a) Transformación de la demanda,

- b) Congruencia,
- c) Acumulación,
- d) Reconvención,
- e) Litispendencia, y
- f) Cosa juzgada

III. ELEMENTOS DELIMITADORES DEL OBJETO

- a) Subjetivos: partes: no sirven para el objeto
- b) Objetivos: petición y causa de pedir

IV. EL *PETITUM*

- a) Objeto inmediato: Una clase de tutela judicial: - condena
 - mera declaración
 - constitución
- b) Objeto mediato: Un bien jurídico
 - 1) Condena: prestación
 - 2) Mera declaración: interés
 - 3) Constitución: necesidad doble

V. LA CAUSA DE PEDIR

A) Insuficiencia de la petición

Ejemplo de cantidad de dinero

B) Irrelevancia de la fundamentación jurídica

No normas ni calificaciones jurídicas (normalmente)

C) Hechos con trascendencia jurídica

- a) Acontecimientos de la vida
- b) Hechos intrascendentes
- c) Hechos individualizadores; no hechos constitutivos

D) En cada clase de pretensión

- a) De condena: 1) Obligación: hechos
 - 2) Derecho real: el mismo derecho afirmado

Teorías poco útiles

- b) De mera declaración: 1) Positiva: igual

2) Negativa: Complejidad; art. 5 (nulidad matrimonio)

Arts. 400 y 408 LEC. Cambio importante

- c) De constitución: 1) Crear y modificar
 - 2) Extinguir

VI. PROCESO DE EJECUCIÓN

1. La petición

- a) Objeto inmediato: una conducta física
- b) Objeto mediato: una prestación

2. La causa de pedir

Siempre el título ejecutivo

EL OBJETO DEL PROCESO CIVIL

El objeto del proceso civil. Relevancia técnico-jurídica del objeto del proceso. Elementos delimitadores del objeto; el *petitum*; la causa de pedir.

I. EL OBJETO DEL PROCESO CIVIL

Aunque en ocasiones se haya sostenido que el objeto del proceso civil es un derecho subjetivo y una obligación o, incluso, una relación jurídica material o bien una situación jurídica material, parece claro que hay que desechar de entrada estas apreciaciones, atendido simplemente que un derecho o una relación o una situación jurídica pueden ser el marco de una gran variedad de pretensiones, es decir, de verdaderos objetos del proceso. Si un derecho subjetivo y una relación jurídica pueden dar origen a muchos objetos de otros tantos procesos, dicho está que ni aquél ni aquélla pueden servir para identificar el objeto de un proceso determinado.

Si la teoría del objeto del proceso cumple principalmente una función de identificación del proceso, esto es, de individualización del mismo, de distinción de los demás procesos posibles, la pretensión a la que se refirió Guasp, con las matizaciones introducidas posteriormente por Fairén y por Montero, sirve perfectamente a ese fin.

1. La pretensión: el objeto del proceso

En sentido estricto el objeto del proceso, es decir, aquello sobre lo que versa éste de modo que lo individualiza y lo distingue de todos los demás posibles procesos, es siempre una pretensión, entendida como petición fundada que se dirige a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de la vida.

Los elementos que caracterizan esta definición son los siguientes:

a) Es una declaración de voluntad: A lo largo del proceso se realizan muchas peticiones, pero sólo una es la pretensión. Existen muchas peticiones instrumentales (que se reciba el pleito a prueba, que se cite a un testigo, etc.), mientras que la

petición de la pretensión tiene siempre como objeto directo un bien de la vida y es la que sirve para constituir el objeto del proceso.

b) Es una petición fundada: Como dice Guasp por petición fundada se entiende petición individualizada, distinguida de las demás posibles, lo que supone la invocación de unos hechos.

Una persona puede pedir a un órgano judicial y frente a otra persona que ésta sea condenada a pagar una cantidad de dinero, pero esta petición, sin más, no está individualizada por cuanto la cantidad de dinero se puede deber por múltiples causas. Cuando se habla de petición fundada se hace referencia a petición distinguida de otras posibles, y lo que fundamenta es siempre un acontecimiento de la vida en el que basa la petición. Por ejemplo la cantidad de dinero se adeuda con relación al hecho de un préstamo; no de cualquier préstamo, sino de un concreto y bien determinado.

c) No es un trámite: La pretensión no es, desde luego, un trámite y, por tanto, tampoco el trámite con el que se inicia la serie constitutiva del proceso. El trámite, como decía Guasp, no es una actividad determinada, sino el marco formal (el continente) en que dicha actividad se desarrolla, la envoltura procedimental de la misma, y tanto es así que el procedimiento realmente no se compone de actos, sino de trámites, esto es, de estados ideales destinados a albergar dentro de sí una cierta actividad o conjunto de ellas.

d) No es un acto procesal: La petición no es tampoco un acto, es decir, una actividad que se realiza en un momento determinado en el tiempo. Es cierto que en ocasiones, atendida la concreta regulación procesal, la pretensión podrá interponerse en un acto, pero nada impide que, en otras ocasiones, la pretensión sea el contenido de varios actos. Lo que importa de ella no es, pues, su apariencia externa, sino su naturaleza de petición.

Guasp refería la noción de pretensión a un acto procesal, y de ahí que suscitara la crítica de que un acto del proceso no puede ser al mismo tiempo el objeto del proceso. Las matizaciones de Fairén y de Montero se refieren principalmente a este punto y tienden a poner de manifiesto que existen procesos en los que la pretensión, como declaración de voluntad petitoria, no se exterioriza en un acto único, sino en varios actos, por lo que lo importante es su naturaleza, no el cómo se exteriorice.

e) No es un derecho: El derecho de pretender no existe porque no es necesario, porque no añade nada al derecho de acción o a la jurisdicción. La pretensión no es algo que se tiene, sino algo que se hace.

f) Se dirige a un órgano jurisdiccional: El objeto inmediato de la petición, como veremos después, consiste en reclamar del órgano judicial una determinada actuación de éste, la cual determina la clase de pretensión.

g) Se interpone frente a otra persona: La petición ha de formularse necesariamente frente a persona distinta del que pide, precisándose también que la misma o está determinada o, por lo menos, ha de ser determinable. El que se trata de persona distinta no debe suscitar dudas; es imposible que una persona ejercite una pretensión ante un órgano jurisdiccional y frente a sí misma; en el supuesto de que se produzca la confusión de derechos (arts. 1192 a 1194 CC), la actividad jurisdiccional ya iniciada carece de sentido y el proceso ha de extinguirse (art. 22 LEC).

Sí puede despertar dudas que se trate de persona determinada. Desde luego contra personas absolutamente indeterminadas no puede formularse la pretensión, pero frente a personas relativamente indeterminadas, esto es, determinables, sí puede formularse, por lo menos inicialmente, aunque es imprescindible que a lo largo del proceso se concrete frente a quién se dirige.

2. La resistencia: el objeto del debate

Como par alternativo de la pretensión aparece la noción de resistencia o de oposición a la pretensión. La resistencia es la petición que el demandado dirige al órgano jurisdiccional como reacción a la pretensión formulada contra él por el demandante. Lo que hemos dicho sobre la naturaleza de la pretensión es aplicable a la resistencia. Esta no es un trámite, ni un acto procesal, sino que es también una petición, si bien es siempre la misma: no ser condenado.

Aunque pudiera pensarse que la petición del demandado debe ser la de ser absuelto, hay que tener en cuenta que no siempre es así, mientras que sí lo es

siempre la de no ser condenado. En efecto, si el demandado alega excepciones procesales su petición no puede ser la de su absolución, sino que ha de ser la de no condena, por cuanto la estimación de las excepciones procesales impide al juez entrar en el fondo del asunto y pronunciarse sobre la pretensión. Por eso decimos que, en todo caso, la petición en que consiste la resistencia ha de ser, por lo menos, la de no ser condenado.

Centrados en el objeto del proceso importará advertir que:

a) La fundamentación en la resistencia no es necesaria: El demandado puede, aparte de no dar ninguna respuesta, limitarse a negar los fundamentos de la pretensión y formular petición de no condena. Cabe que la resistencia se fundamente, y entonces tendrán que afirmarse hechos distintos de los afirmados por el actor, pero esta fundamentación no es necesaria.

b) La resistencia no sirve para delimitar el objeto del proceso: La oposición del demandado, esté o no fundamentada, no introduce un objeto del proceso nuevo y distinto del fijado en la pretensión (salvo en el caso de la reconvención, pero ésta no es mera resistencia, sino algo más), pero sí puede:

1º) Ampliar los términos del debate: Si el demandado fundamenta su resistencia, esto es, si alega hechos base de excepciones materiales, esos hechos, no sirviendo para delimitar el objeto del proceso, sí amplían la materia del debate procesal.

2º) Completar a lo que debe referirse la congruencia de la sentencia: Si el demandado opone excepciones la congruencia de la sentencia no ha de referirse sólo a la pretensión (petición y su fundamentación) sino que ha atender también a la fundamentación de la resistencia.

Con todo debe quedar claro que ni la petición de no condena ni su fundamentación sirven para determinar el objeto del proceso, como se demuestra teniendo en cuenta que la misma existencia de la resistencia expresa depende de la voluntad del demandado. El objeto de un proceso no es distinto dependiendo de que el demandado oponga o no resistencia. Lo distinto puede ser el ámbito sobre el que versará el debate y al que debe referirse la congruencia de la sentencia, pero esto es algo diferente.

3. El tema de la prueba

La distinción anterior entre objeto del proceso y objeto del debate precisa completarse atendiendo al tema (o necesidad) de prueba (no al objeto de prueba que es cosa diferente), esto es, a lo que debe probarse en un proceso concreto para que el juez declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. El tema de prueba son:

1º) Los hechos afirmados por una o por otra parte: En todo caso la prueba ha de referirse a los hechos afirmados por el actor, pero también a los afirmados por el demandado, cuando éste no se ha limitado a negar la fundamentación de la petición del actor.

2º) Los hechos controvertidos: Dentro de los hechos afirmados por la partes, la necesidad de prueba sólo puede referirse a los hechos que, después de las alegaciones, resulten controvertidos. Los hechos afirmados por las dos partes, o afirmados por una y admitidos por la otra, quedan existentes para el juez y excluidos de la necesidad de prueba (art. 281.3 LEC).

La prueba no se refiere ni a la pretensión ni a la resistencia, sino simplemente a la fundamentación de una y otra, es decir, a los hechos que se afirmen como causa de pedir de la petición que hace el actor y como causa de pedir de la resistencia que opone el demandado.

II. RELEVANCIA TÉCNICO-JURÍDICA DEL OBJETO DEL PROCESO

La discusión doctrinal en torno al objeto del proceso es cualquier cosa menos algo inútil o meramente teórico. Sin perjuicio de que al objeto del proceso ha de atenderse para considerar la extensión y límites de la jurisdicción española en el orden civil (art. 22 LOPJ), la competencia genérica o del orden civil en relación con los demás órdenes jurisdiccionales (art. 9 LOPJ), la competencia objetiva (tanto por la materia como por la cuantía, arts. 45 y 47 LEC) y la competencia territorial (arts. 50 y ss. LEC), la verdadera relevancia ha de referirse a:

a) Las prohibiciones de transformación de la demanda que se contienen en el Ordenamiento procesal, como las de los arts. 412 y 426 de la LEC: Es cierto que estas normas prohíben también la transformación de la contestación a la demanda,

pero el caso es que sólo podrá saberse si ha existido verdadera modificación (“alteración sustancial”) cuando antes se haya determinado el objeto del proceso.

b) La congruencia de la sentencia, en los términos del art. 218 LEC: También aquí es cierto que la congruencia no se refiere sólo al objeto del proceso, dado que comprende asimismo el objeto del debate (pues la congruencia ha de referirse también a la resistencia del demandado), pero es obvio que la exigencia de pronunciamiento sobre todo lo pedido por el actor y la prohibición de pronunciamiento sobre lo no pedido, ha de referirse al objeto del proceso.

c) La acumulación: La fijación del objeto del proceso condiciona, primero, si existen o no dos objetos diferentes (presupuesto de la acumulación misma) y, después, la conexión entre ellos.

d) La reconvención: Las dificultades existentes para la determinación de cuando existe verdadera reconvención, porque el demandado no se limita a oponerse a la pretensión del actor sino que introduce un objeto nuevo, sólo pueden resolverse cuando se ha perfilado el objeto del proceso introducido en la demanda.

e) La litispendencia: La excepción de litispendencia sólo puede estimarse cuando el objeto del segundo proceso es el mismo que el del primero, y para ello es imprescindible fijar uno y otro.

f) La cosa juzgada: Como dice el art. 222.2 la cosa juzgada alcanzará a las pretensiones de la demanda y de la reconvención, y en el párrafo 1 se alude al objeto del proceso.

ELEMENTOS DELIMITADORES DEL OBJETO

Los elementos identificadores de la pretensión son:

a) Subjetivos, que se refieren a las personas, es decir, a las partes y que, por consiguiente, no atienden ni a la petición ni a la fundamentación de la misma, no sirviendo para determinar el objeto del proceso, aunque sí quedan comprendidos en la congruencia y en la cosa juzgada.

b) Objetivos, que se refieren a la petición y a su causa de pedir o fundamentación, y que son los que sirven para delimitar el objeto del proceso.

Derogado el art. 1252 del CC por la LEC de 2000 no puede seguir planteándose el objeto del proceso con relación a las palabras “cosa”, pero sí respecto a “lo que se pida”, pues la expresión del art. 524 de la LEC de 1881 se ha mantenido en el art. 399.1 de la LEC de 2000.

IV. EL *PETITUM*

Tradicionalmente cuando la doctrina se refiere a la petición o *petitum* suele atender sólo a la del proceso de declaración, pero una visión más amplia de la misma exige atender también al proceso de ejecución. Veamos, de momento, el primero.

En la llamada petición que se dirige al órgano jurisdiccional hay que distinguir, realmente, dos peticiones:

a) Una *inmediata*, que atiende a la actuación jurisdiccional y que ha de referirse a un tipo o clase de tutela jurisdiccional, consistente en juzgar, en decir el derecho en el caso concreto. Clase de tutela jurisdiccional a las que atiende hoy el art. 5 de la LEC de 2000.

A su vez, dentro de este tipo de tutela judicial, hay que distinguir varias subclases:

1.ª) De condena: Lo que se pide al órgano jurisdiccional es que declare la existencia de una prestación a cargo del demandado y le imponga el cumplimiento de la misma. Lo específico de las sentencias de condena es que, además de producir cosa juzgada, constituyen título ejecutivo, con el que puede iniciarse después la ejecución forzosa.

2.ª) De mera declaración: Se pide al órgano jurisdiccional la mera declaración de la existencia (positiva) o de la inexistencia (negativa) de un derecho o situación jurídica, de modo que la sentencia estimatoria agota su fuerza en la producción de cosa juzgada, pero no llega a crearse un título ejecutivo. El art. 5 de la LEC alude de modo expreso sólo a la petición de existencia (positiva) de derechos, pero también han de ser admisibles las peticiones de declaración de inexistencia y así el art. 251, 5.ª se refiere a la declaración de existencia o de inexistencia de derechos reales de garantía.

3.ª) De constitución: La petición de la pretensión se dirige a obtener la creación, modificación o extinción de una relación o situación jurídica, es decir, a lograr un cambio respecto de lo existente y con fuerza de cosa juzgada, pero tampoco se produce la creación de un título ejecutivo.

b) Otra *mediata*, que atiende siempre a un bien jurídico al que se refiere la tutela judicial, dado que ésta no se pide ni puede prestarse sin referencia a un bien.

La tutela judicial, sea cual fuere su clase, no puede prestarse sola, en el vacío, sino que ha de atender a un bien. También aquí hay que subdistinguir:

1.º) De condena: El bien jurídico es siempre una prestación, tal y como se entiende en el Derecho privado y más concretamente en el art. 1088 del CC: dar (y la cosa puede ser genérica o específica), hacer o no hacer alguna cosa.

La cosa más genérica en las prestaciones de dar es siempre el dinero, y en nuestro Ordenamiento se tiende a limitar las peticiones ilíquidas o con reserva de liquidación, debiendo pedirse, al menos, las bases con las que se liquide en ejecución de sentencia (art. 219 LEC). Cuando se trata de cosas genéricas distintas del dinero (frutos, rentas, utilidades o productos) ha de establecerse en la petición por lo menos la calidad (el género) y la cantidad. Y cuando se trata de cosas específicas, sean muebles o inmuebles, ha de estar perfectamente identificada la cosa, de modo que no pueda confundirse con ninguna otra. La LEC de 2000 ha querido introducir una importante modificación en la práctica judicial relativa a las pretensiones de condena dineraria ilíquidas y a las sentencias de condena ilíquidas y con reserva de liquidación.

En las prestaciones de hacer y no hacer han de quedar perfectamente establecidas la conducta y las circunstancias de la misma (cualitativas y cuantitativas), bien que se pide se impongan al demandado, bien que se pide se le prohiban.

2.º) De mera declaración: El bien jurídico consiste aquí en la declaración de existencia (y conformación) o inexistencia de la relación o situación jurídica (o de algún elemento de ella), o de un negocio o acto jurídico (o de un elemento del mismo). Para el actor es, sin duda, un bien jurídico que se declare inexistente una servidumbre de paso o la nulidad de un matrimonio.

Tradicionalmente se ha sostenido que para que esta pretensión pueda triunfar no basta con que el demandante sea titular del derecho material alegado, es preciso además que acredite un interés jurídico suficiente en lograr la declaración del órgano judicial. Se dice así que los tribunales no pueden realizar declaraciones retóricas de derechos, y de ahí que el actor haya de encontrarse en una situación tal que, sin la declaración judicial, pudiera sufrir un daño, daño que puede ser evitado precisamente con la declaración judicial. Lógicamente se exige, además, que la declaración se pida frente a la persona con la que esa declaración crea una situación de certeza.

Esta teoría del interés (o de necesidad de tutela judicial) añadido a la pretensión meramente declarativa para que la misma pueda admitirse o, en todo caso, ser estimada, se está poniendo en cuestión por la moderna doctrina, pues no acaba de comprenderse por qué un tipo de pretensión necesita del mismo y los demás no, aparte de que cuando una persona se gasta el tiempo y el dinero en interponer una pretensión, dando lugar a un proceso, y dejando a un lado los casos patológicos, es difícil negar la existencia de interés.

3.º) De constitución: También el bien se refiere aquí a la creación, modificación o extinción de una relación o situación jurídica (o algún elemento de

ella) o de un negocio o acto jurídico (o un elemento de él). Bien jurídico es así la declaración de divorcio o la rescisión de un contrato por fraude de acreedores.

En las pretensiones constitutivas hay que distinguir dos supuestos:

1) Unas veces son necesarias en el sentido de que, teniendo la parte derecho al “cambio”, éste sólo puede producirse por la jurisdicción y por medio del proceso, de modo que si la parte quiere el “cambio” el ejercicio de la pretensión es para ella necesario; es el caso del divorcio o de la declaración de incapacidad y, en general, de los supuestos de Derecho privado en que se ha producido la influencia del Derecho público, estimándose que existe un interés público que debe ser tutelado.

2) Otras veces la pretensión constitutiva no es necesaria, en el sentido de que las partes de la relación jurídica material podrían lograr el “cambio” por sí mismas, si bien se precisaría la voluntad concorde de todas ellas; es el caso de la disolución de una sociedad, que puede realizarse por todos los socios, pero si uno de ellos se niega habrá de acudir a la jurisdicción y al proceso.

V. LA CAUSA DE PEDIR

También aquí hay que distinguir atendiendo a si estamos ante un proceso de declaración u otro de ejecución, pues la causa de pedir es muy distinta en uno y otro. Por ahora nos referimos sólo al primero.

A) Insuficiencia de la petición

La petición, tanto en su sentido mediato como en el inmediato, es insuficiente para determinar el objeto del proceso, y ello por la elemental razón de que un mismo bien puede pedirse con base en causas de pedir muy diversas, tanto que sin referencia a una causa precisa y determinada la pretensión no está individualizada, en el sentido de distinguida de las demás posibles.

El ejemplo que pusimos al principio respecto de una petición de cantidad de dinero puede repetirse aquí. Pero pueden añadirse otros. La petición de que se condene al demandado a que entregue la posesión de una casa determinada no es en sí misma suficiente para individualizar la pretensión, y no lo es porque esa posesión puede tener que entregarse por razones muy diversas, que van desde la afirmación de la propiedad hasta la existencia de un contrato de arrendamiento, pasando porque el demandante tiene el derecho de usufructo sobre la misma.

B) Irrelevancia de la fundamentación jurídica

La causa de pedir no puede consistir en normas ni en calificaciones jurídicas, pues ni unas ni otras pueden cumplir con la finalidad de individualizar un proceso con respecto a otros posibles. Las normas no añaden realmente nada a la identificación del proceso, a su distinción de otros posibles.

En primer lugar las normas jurídicas por ser abstractas y referirse a una plural diversidad de hechos de la vida social no son aptas para identificar la causa de pedir de una determinada petición, y lo mismo puede decirse de la calificación jurídica. Así decir que la causa de pedir de una petición de una cantidad de dinero es el art. 1500 del CC o que es la compraventa es manifiestamente insuficiente, pues la norma que establece que el comprador está obligado a pagar el precio no dice nada respecto de la existencia de unos hechos concretos que sean constitutivos de una compraventa determinada, y lo mismo cabe decir de la referencia general a la compraventa.

Pero además, y en segundo lugar, la función de los órganos jurisdiccionales consiste en la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, y el conocimiento de las normas jurídicas se presupone en aquéllos, los cuales están obligados a aplicarlas conforme al principio *iura novit curia*, por lo que la mera alegación de una norma no puede añadir nada identificador respecto de la petición (art. 218.1, II, LEC).

Cuando unos mismos hechos pueden calificarse jurídicamente de formas distintas, porque esos hechos son el supuesto fáctico de dos normas, la calificación jurídica alegada por la parte, en cuando condiciona la petición concreta, sí puede servir para delimitar el objeto del proceso, y a ese concreto objeto han de referirse la congruencia y la cosa juzgada.

C) Hechos con trascendencia jurídica

En principio la causa de pedir es un conjunto de hechos, aunque el mismo tiene que tener trascendencia jurídica. Esto supone que:

1.º) La causa de pedir tiene que ser hechos, acontecimientos de la vida que sucedieron en un momento en el tiempo, y que además tengan trascendencia jurídica, es decir, que sean el supuesto de una norma que les confiere consecuencias jurídicas. Con ello se está diciendo que no cualesquiera hechos integran la causa de pedir, sino precisamente sólo los hechos que tiene importancia jurídica, con lo que se excluyen los hechos intrascendentes desde el punto de vista jurídico.

2.º) Los hechos intrascendentes para la determinación de la causa de pedir pueden tener importancia desde el punto de vista de la prueba, pero se trata de dos aspectos muy diferentes.

La causa de pedir en una pretensión dineraria de condena puede ser el no pago del precio por una compraventa determinada y concreta y habrá que hacer referencia a los hechos determinadores de la existencia de esa relación jurídica. El que de los hechos fueran testigos unas personas no hace a la existencia de la causa de pedir, pero puede servir para utilizar a esas personas como medios de prueba.

3.º) No todos los hechos con trascendencia jurídica sirven como fundamento de la petición o, dicho de otra manera, no constituyen la causa de pedir; es preciso todavía distinguir entre hechos constitutivos y hechos identificadores de la pretensión:

1º) Los hechos constitutivos son aquellos que conforman el supuesto fáctico de la norma cuya alegación hace el actor como base de la consecuencia jurídica que pide, de modo que de su alegación y prueba depende la estimación de la pretensión,

2º) Mientras que los hechos que identifican la pretensión del actor, la causa de pedir, son sólo una parte de los anteriores y no se refieren a la estimación de la pretensión del actor por el juez, sino simplemente a su distinción de otras posibles pretensiones.

Por ejemplo y escalonadamente:

1) Si en la demanda se dice que se reclama una cantidad de dinero (que se fija) en concepto de comisión por el trabajo efectuado por un agente de la propiedad inmobiliaria, esa demanda no contendrá la causa de pedir de la pretensión.

2) Si en la misma demanda se añade que la operación concreta por la que se pide la comisión se refiere a la venta de una determinada vivienda, la pretensión tendrá fundamentación o causa de pedir, pero con sólo esos hechos no podrá llegarse a una sentencia estimatoria.

3) Si además de todo lo anterior se añade que la comisión se refiere a una venta determinada y concreta, la que se hizo en un momento determinado en el tiempo y habiendo puesto en relación el agente de la propiedad inmobiliaria al comprador y al vendedor, quedarán determinados los hechos constitutivos que, si son probados, darán lugar a la estimación de la pretensión.

D) En cada clase de pretensión

Partiendo del anterior esquema general de la causa de pedir hay que referirse ahora a cada una de las pretensiones declarativas:

a) De condena

La causa de pedir es muy distinta según se trate de una pretensión que se basa en un derecho de obligación o en un derecho real:

1.º) Derecho de obligación

La causa de pedir serán siempre los hechos concretos que dan lugar al nacimiento del derecho subjetivo. La pretensión habrá de referirse a unos hechos específicos de los que nazca el derecho de crédito alegado y lo distingan de los otros posibles derechos de crédito.

Si se está reclamando una cantidad de dinero por responsabilidad extracontractual tendrá que hacerse mención de la acción o de la omisión concreta en que intervino culpa o negligencia, lo que supone ubicar esa acción u omisión en el tiempo y en el espacio.

2.º) Derecho real

La titularidad del derecho real es la misma sea cual fuere el modo de su adquisición y todas las personas están obligadas a respetarlo en los mismos términos, por lo que el hecho determinante de la adquisición del derecho no hace a la causa de pedir sino que es simplemente un hecho constitutivo (art. 400 LEC).

En la pretensión reivindicatoria se ve muy claro lo que estamos diciendo. Esta es una pretensión de condena cuya petición ha de referirse a un bien concreto pero cuya causa de pedir es la afirmación de la propiedad sin más. Existiendo una demanda donde el actor pida que el demandado sea condenado a entregarle la posesión de una cosa cierta con base en que aquél es el propietario de la misma, la pretensión está individualizada por la petición y por la causa de pedir.

Naturalmente para que la pretensión sea estimada, el actor tendrá que alegar y probar un título de adquisición (una herencia concreta, una donación determinada, una compraventa, la usucapión), pero el título no hace a la identificación de la pretensión (al objeto del proceso), sino al hecho constitutivo que permitirá la estimación de la demanda.

La cosa juzgada que en el proceso se forme cubrirá todos los títulos posibles de adquisición, y por eso puede la jurisprudencia sostener que, reivindicada una

finca con base en el título de adquisición de un contrato de compraventa, y desestimada la pretensión, no puede luego el demandante ejercitar otra vez la pretensión reivindicatoria alegando la usucapión, por ejemplo, por cuanto la cosa juzgada formada en el primer proceso opera en el segundo, concurriendo entre los dos identidad objetiva.

Para explicar la causa de pedir suele atenderse a las teorías de la individualización y de la sustanciación, si bien la poca utilidad de las mismas se evidencia cuando se advierte que ninguna de ellas sirve para explicar todos los supuestos.

Muy en síntesis los partidarios de la individualización sostienen que la causa de pedir consiste en la exposición de la relación jurídica que sirve de base a la petición, con los elementos necesarios para distinguirla de otras relaciones jurídicas, pero sin que sea necesario hacer referencia a hechos concretos. Para los partidarios de la sustanciación, en cambio, la causa de pedir son siempre hechos, aquéllos de los que nace el derecho concreto alegado y que lo distinguen de todos los demás posibles derechos.

En España empezó diciéndose que nuestro Ordenamiento se atenía a la teoría de la sustanciación, pero hoy predomina una postura ecléctica, con base en la cual la causa de pedir es distinta según se trate de una pretensión referida a derechos de obligación, caso en el que se estima más ajustada la teoría de la sustanciación, o de una pretensión basada en un derecho real, en el que parece más adecuada la teoría de la individualización. Si esto es así, si ninguna teoría explica todos los supuestos, el inclinarse por una u otra carece de utilidad.

b) De mera declaración

Como hemos dicho esta pretensión puede ser positiva (cuando se pide la declaración de la existencia de la relación o de la situación jurídicas o que tiene un contenido determinado) o negativa (si se pide la declaración de inexistencia o nulidad de la relación jurídica) y la causa de pedir es distinta en uno y otro supuesto.

1”) En las pretensiones positivas puede repetirse lo que hemos dicho antes para las pretensiones de condena, con su distinción entre derechos de crédito (el conjunto de hechos del que nace) y derechos reales (la afirmación de la existencia del derecho mismo).

2”) En las pretensiones negativas la situación es mucho más compleja y lo es tanto que falta precisión doctrinal y la solución legal es dudosa, tanto que el art. 5 LEC parece no referirse a esta clase de tutela jurisdiccional, aunque ya hemos dicho

que a la inexistencia se refieren otras normas de la LEC, como el art. 251, 5.^a para la inexistencia de derechos reales de garantía (aparte de que han existido pretensiones declarativas puras negativas que pueden considerarse incluso tradicionales, como la negatoria de servidumbre).

Para comprender las dificultades puede ponerse un ejemplo, el de la declaración de nulidad del matrimonio.

A veces se ha sostenido que la petición de nulidad es por sí misma suficiente para identificar el objeto del proceso, sin necesidad de hacer referencia a conjunto alguno de hechos de los contemplados en el art. 73 del CC como causas de nulidad. De seguirse esta orientación se estaría, por un lado, diciendo que la alegación de una causa concreta sería necesaria como hecho constitutivo, pero no como elemento identificador de la pretensión, pero por otro se estaría también concluyendo que, dictada sentencia desestimando la pretensión, por no haberse probado la concurrencia de una causa de nulidad, todas las causas posibles quedarían cubiertas por la cosa juzgada, de modo que no podría intentarse otro proceso pidiendo la nulidad y alegando otra causa.

Otras veces se ha defendido que la petición de nulidad no es suficiente por sí sola para identificar el objeto del proceso, siendo preciso añadir una causa, esto es, el conjunto de hechos que es concebido en la norma como una causa de nulidad específica. La consecuencia más importante de esta concepción es la de que la cosa juzgada incluirá solamente esa causa, siendo entonces posible acudir a un proceso posterior en el que se pida la nulidad por una causa diferente.

Esta segunda postura parece la más correcta pero aún debe tenerse en cuenta que entonces la causa de pedir no sería propiamente el conjunto de hechos afirmado por el actor, sino la causa tal y como se enuncia en la ley. Es decir y por ejemplo, la causa de pedir no sería el hecho concreto afirmado por el actor del que se dedujera la falta de consentimiento matrimonial, sino que la causa sería la falta de este consentimiento, de modo que en un proceso posterior ya no podría volver a alegarse esta causa, aunque pretendiera basarse en otros hechos de los afirmados en el primero.

El art. 400.1 LEC parece inclinarse por la solución de que el objeto del proceso queda delimitado sólo por la petición de nulidad, quedando incluidas en ella todos los hechos y fundamentos o títulos jurídicos que pudieran invocarse al tiempo de la presentación de la demanda. En el mismo sentido el art. 408.2 se refiere a la oposición de nulidad absoluta del negocio jurídico. Con esta solución se quiere impedir la existencia de varios procesos consecutivos en los que se pide la nulidad de un matrimonio o de un negocio jurídico alegando causas distintas.

La LEC de 2000 introduce en los arts. 400 y 408 una norma de gran trascendencia teórica y práctica. En efecto, cuando una consecuencia jurídica (la nulidad del contrato, por ejemplo) pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos (causas de pedir), habrán de aducirse en la demanda todos los que puedan invocarse en ese momento, sin que quepa reservar alguno para un proceso posterior. Esto supone que en un proceso posterior no podrán alegarse hechos o fundamentos jurídicos que pudieron

alegarse en un proceso anterior, y ello porque esos hechos y fundamentos jurídicos han quedado cubiertos por la cosa juzgada, aunque no llegaran a aducirse en el proceso anterior.

c) De constitución

Esta pretensión puede referirse, bien a la creación o modificación de una situación o relación jurídica, bien a la extinción de la misma, y la causa de pedir requiere precisiones específicas en uno y otro caso.

1”) Si el actor pretende la creación o modificación, parece que la causa de pedir la conforma el conjunto de los hechos de los que la ley hace derivar el derecho a crear o modificar.

Esto supone, por ejemplo, que la causa de pedir en la pretensión de incapacitación de una persona es la enfermedad o deficiencia física o psíquica que impide a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 CC) y con relación a un momento determinado, con lo que la sentencia que se dicte desestimando la pretensión impedirá que se inicie un nuevo proceso si la situación de enfermedad o deficiencia se sitúa en un momento anterior al de haberse dictado esa sentencia. Por el contrario, la cosa juzgada no podrá alegarse (o deberá desestimarse) si la petición de incapacitación se basa en la enfermedad o deficiencia producida después de haberse dictado la anterior sentencia.

2”) Cuando el actor pretende la extinción de una relación o situación jurídica, debe estarse a lo que hemos dicho antes con relación al art. 400 LEC.

Por ejemplo, si el art. 1291 del CC establece las causas de rescisión de los contratos, la causa de pedir ya no es el conjunto de hechos que conforma cada una de esas causas, de modo que pueda pedirse en un proceso la rescisión por lesión por la causa 1ª del art. 1291 y luego, en otro proceso, la rescisión por fraude de acreedores; esto ya no es posible atendido el art. 400 LEC, pues en el segundo proceso podría alegarse cosa juzgada.

Los defensores de que en las pretensiones constitutivas extintivas el objeto del proceso quede individualizado sólo por la petición, pues con ello se evitaría la posibilidad de que sobre un mismo contrato se realicen varios procesos pidiendo su anulabilidad o rescisión por causas diferentes, han logrado que su posición sea recogida por la LEC, y a pesar de que esta solución no era la admitida por la jurisprudencia. El Tribunal Supremo ha admitido así, por ejemplo, que en un primer proceso podía impugnarse una donación por inoficiosidad y en un segundo por falta

de aceptación de la misma en vida del donante, pero esta doctrina jurisprudencial no puede ya mantenerse, pues la LEC ha asumido la posición contraria.

VI. EL OBJETO DE LA EJECUCION

Con la expresión objeto de la ejecución se está haciendo referencia a la pretensión, esto es, a la petición fundada que se hace a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de la vida. Nos importan ahora los elementos objetivos de esa definición.

Se ha sostenido en ocasiones que el objeto de la ejecución es el patrimonio del ejecutado, pero esta opinión no puede aceptarse porque: 1) Se están excluyendo, sin más, todos los casos de ejecución no patrimonial existentes en nuestro Derecho, y 2) Sobre todo, se está confundiendo lo que es objeto del embargo (los bienes del patrimonio del ejecutado) con lo que es objeto de la ejecución (la pretensión).

1. La petición

La distinción que ya hicimos para el proceso de declaración puede mantenerse aquí y así cabe referirse a:

a) Objeto inmediato: La petición de la pretensión tiene como objeto inmediato una cierta actuación jurisdiccional, que aquí no se refiere a declaración judicial alguna, sino que atiende siempre, primero, a que se despache la ejecución, y, luego, a una conducta física que debe producir un cambio en el mundo exterior para acomodar la realidad al título ejecutivo. El contenido de la actividad puede ser muy distinto.

b) Objeto mediato: El título ejecutivo de que se parte declara la existencia de una obligación cuyo objeto es naturalmente una prestación, entendida ésta como comportamiento del deudor; según el art. 1.088 CC ese comportamiento puede reducirse a hacer, no hacer y dar alguna cosa, precisándose después que ese dar puede referirse a cosas específicas, genéricas o dinero.

Por tanto el objeto de la pretensión será la consecuencia prevista en la ley, que debe ser actuada por el tribunal, y su naturaleza dependerá de la clase de

prestación que debía ser realizada por el deudor. Si el objeto de la obligación es un hacer, el tribunal debe emplear los medios necesarios al efecto de que el deudor haga; si el objeto era entregar una cosa específica, el tribunal procederá a poner al ejecutante en posesión de la misma; y si el objeto era una cantidad de dinero, el tribunal procederá al embargo y realización forzosa de bienes del ejecutado para obtener esa cantidad de dinero y entregarla al ejecutante.

La petición del ejecutante habrá de referirse, pues, a esa consecuencia jurídica. Pedirá el objeto inmediato (la realización de la actividad jurisdiccional), pero sobre todo la entrega de un bien concreto y determinado, de una cosa genérica, de una cantidad de dinero, la realización de una obra, la destrucción de otra, etc.

La petición del ejecutante no es libre, por cuanto el título determina los límites de su petición; cuando se trata de dinero o de cosa genérica siempre será posible pedir menos (el título se refiere a un millón y el ejecutante pide medio, o el título habla de mil toneladas de hierro y se piden quinientas), pero nunca más. En todo caso no podrá pedirse cosa distinta de la que establece el título o un hacer distinto. El título marca no sólo el objeto, sino también los confines. Por ello es por lo que en la mayoría de los casos no es precisa una petición expresa, sino que es suficiente decir, en la demanda ejecutiva, que se pide que se inicie la ejecución, estando ya implícito (con referencia al título) cuál es el objeto de ésta.

Hay que tener en cuenta, además, que el objeto de la petición no se logrará siempre. No nos referimos ahora a la oposición que puede interponer el ejecutado, sino a imposibilidad derivada de la naturaleza de la situación. El juez pondrá en marcha los medios necesarios para obtener la consecuencia jurídica prevista por la ley, pero su actividad puede no lograr éxito; en el caso más común de obligaciones dinerarias, el juez intentará el embargo de bienes del deudor, pero si éste no tiene bienes la ejecución termina aquí y sin éxito (si bien puede volver a intentarse el embargo cuando se descubran bienes o el deudor los adquiera; recuérdese el art. 1.911 CC).

Suele decirse que la consecuencia prevista en la ley es, en nuestro Derecho, siempre patrimonial, pero ello no es así. Teóricamente las consecuencias pueden ser personales y patrimoniales; en el segundo caso el objeto de la ejecución se reduce siempre, de una u otra manera, a los bienes del ejecutado, mientras que en el primero la ejecución puede recaer en la persona misma del ejecutado. En el proceso de ejecución civil español lo patrimonial es predominante, pero no exclusivo; existen manifestaciones evidentes de la ejecución personal (como es el caso del lanzamiento en el desahucio).

2. El fundamento o causa de pedir

En el proceso de ejecución el fundamento de la petición es siempre el título ejecutivo; éste por sí solo establece el hecho relevante para fundar la petición, individualizándola de las demás, no siendo necesario alegar nada distinto. Más aún, el ejecutante no precisará probar nada para que la ejecución se despache y se lleve hasta el final. Si el ejecutado alega algo, sea lo que fuere, a él corresponde la prueba. En el título se resumen todas las alegaciones y pruebas que el ejecutante precisa; cualquier otra cosa entrará por la vía del ejecutado.

TEMA 15º

LA ACUMULACIÓN

(Esquema)

I. LA ACUMULACIÓN EN GENERAL

1. Concepto y terminología

Dos o más objetos procesales (pretensiones) y un procedimiento

Conexión, dos o más pretensiones, un procedimiento, una sentencia

a) Acumulación de “acciones”, de pretensiones

b) Acumulación de “autos”, de procesos

Distinción: - procedimiento= forma

- proceso

2. Clases

a) Criterio temporal: Inicial o Sucesiva (por inserción, por reunión)

b) Criterio del contenido: sólo objetiva, y objetivo-subjetiva

II. PRESUPUESTOS

Conexión: - objetiva: petición o causa de pedir

- subjetiva: parte

Finalidades: - Sentencias contradictorias: objetiva

- Economía procesal: subjetiva

III. ACUMULACIÓN INICIAL (PRETENSIONES)

1. Concepto y clases

En una demanda varias pretensiones

Simple, alternativa (dudas) eventual (propia e impropia)

2. Acumulación exclusivamente objetiva

A) *Concepto*

B) *Presupuestos de admisibilidad:*

1) Iniciativa del demandante

2) Competencia objetiva: por la materia y por la cuantía (más sí; no menos)

3) Competencia territorial

4) Procedimiento adecuado

5) Conexión subjetiva

6) Compatibilidad entre las pretensiones

C) *Efectos*: 1) Procedimiento único

2) Sentencia única con varios pronunciamientos

D) *Control de la acumulabilidad*: a) De oficio

b) A instancia del demandado

3. Acumulación objetivo-subjetiva

Activa, pasiva y mixta: art. 72

Litisconsorcio voluntario (No): Art. 12.1

Se aplica lo dicho antes, menos: Competencia territorial y conexión objetiva

IV. ACUMULACIÓN PENDIENTE EL PROCESO

También llamada por inserción

A) *Ampliación de la demanda*: art. 401: Presupuestos y efectos

B) *Reconvención*

C) *Intervención principal*

V. ACUMULACIÓN EVENTUAL

1. Eventualidad propia e impropia

a) Propia o subsidiaria: sólo puede estimarse una pretensión

b) Impropia o accesoria

Ejemplos

2. Presupuestos de la propia: Art. 71.4

a) Competencia por cuantía: art. 252, 1º

b) Competencia territorial: art. 53.1

c) No compatibilidad: art. 71.4

VI. ACUMULACIÓN DE AUTOS (PROCESOS)

1. Concepto

Dos procesos independientes

Acumulaciones especiales: Procesos concursal, sucesorio y de ejecución

2. Presupuestos de admisibilidad

a) Iniciativa de parte: art. 75

b) Conexión: art. 76

En sentido negativo

a) Requisitos procesales: Art. 77

b) Competencia

3. Procedimiento

A) *Cuando los procesos penden ante el mismo Juzgado*

1) Petición

2) Traslado

3) Decisión

4) Efectos

B) Cuando los procesos penden ante distintos Juzgados

En la primera parte igual

Segunda parte: 1) Oficio requiriendo

2) Traslado

3) Decisión

4) Denegación

LA ACUMULACIÓN

Acumulación de acciones; presupuestos; acumulación inicial y acumulación pendiente el proceso; acumulación eventual. Acumulación de autos.

I. LA ACUMULACIÓN EN GENERAL

1. Concepto y terminología

Normalmente el procedimiento tendrá un único objeto procesal, entendido éste en el sentido que se explica en el tema anterior, pero no faltan ocasiones en que un procedimiento envuelve más de un objeto procesal. Cuando existe pluralidad de objetos procesales en un único procedimiento se habla de acumulación, consistiendo ésta en aquel fenómeno procesal, basado en la conexión y que sirve algunas veces para evitar sentencias contradictorias y siempre para obtener economía procesal, por el que dos o más pretensiones (es decir, dos o más procesos) son examinados en un mismo procedimiento judicial y decididas en una única sentencia (en sentido formal).

Este fenómeno de la acumulación se conocía en la práctica de los tribunales, pero fue en la LEC de 1881 cuando se reguló por primera vez. No cabe extrañarse, pues, de la terminología tradicionalmente utilizada y que la LEC de 2000 mantiene en parte:

1º) La formula “acumulación de acciones” responde a la concepción romana de lo que la acción sea, que es la asumida en el CC y en la LEC de 1881, pero si hoy se entiende por acción el derecho a la jurisdicción, a la tutela judicial efectiva, lo que puede acumularse no serán las “acciones” sino las pretensiones, es decir, los objetos de los procesos, y por eso extraña que la LEC de 2000 mantenga esta terminología.

2º) La expresión “acumulación de autos”, que era la utilizada en la LEC de 1881, tampoco parece aconsejable porque con la misma se está haciendo referencia a la unión puramente material o física de “expedientes”, cuando la unión que

importa es la de dos objetos procesales en un procedimiento único, el que dos o más procesos, que se iniciaron cada uno por su lado, se van a tramitar en un único procedimiento y se van a decidir en una sentencia (en sentido formal). Por esto es por lo que la LEC de 2000 habla ya, correctamente, de acumulación de procesos.

Posiblemente la manera correcta de entender el fenómeno pase por la distinción entre proceso y procedimiento. En este segundo lo que destaca es la forma, la sucesión de trámites como continentes de actividades que han de realizar el juez y las partes, mientras que en el proceso importa más su objeto (que es siempre una pretensión), los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las cargas que imponen y los derechos que otorgan.

La comprensión de la distinción puede verse muy clara si se atiende, por ejemplo, a los principios del proceso y a los principios del procedimiento. El principio dispositivo no dice nada respecto de la forma de los actos procesales, y así un proceso dispositivo (sobre relaciones económicas) y otro no dispositivo (de incapacitación de una persona) pueden tener un mismo procedimiento. El principio de oralidad atiende a la forma de realización de los actos procesales, pero no afecta a si en el mismo las partes tienen o no la plena disposición de la relación jurídica material.

Partiendo de esta distinción se afirma por la doctrina que:

- 1º) Toda pretensión da lugar a un proceso,
- 2º) Todo proceso se desarrolla formalmente por medio de un procedimiento,
- 3º) Un solo procedimiento puede ser la forma externa de dos o más pretensiones y, consiguientemente, de dos o más procesos.

La acumulación se refiere precisamente a esta última posibilidad. Lo característico de ella es que se interponen dos o más pretensiones, que dan lugar a dos o más procesos y, si embargo, existe un único procedimiento.

2. Clases

Dos son los criterios más usuales de clasificación de las acumulaciones:

- a) Atiende a un criterio temporal, al momento en que la acumulación se produce y distingue, con Guasp, entre:

1º) Acumulación inicial u originaria que se produce cuando en una única demanda se interponen varias pretensiones, bien contra un solo demandado bien contra varios, con lo que el fenómeno de la acumulación se inicia con el acto que da comienzo al procedimiento mismo.

2º) Acumulación sucesiva o sobrevenida que se produce cuando ya se ha iniciado un proceso, subdistinguiéndose, a su vez, entre acumulación sucesiva por inserción (existe un solo proceso en marcha y a él se acumula otra u otras pretensiones) y por reunión (dos o más pretensiones que ya han originado dos o más procesos independientes se reúnen en un único procedimiento).

b) Se centra en el carácter meramente objetivo u objetivo-subjetivo de la acumulación, de modo que distinga entre:

1º) Acumulación exclusivamente objetiva: Entre dos únicas personas se interponen dos o más pretensiones.

2º) Acumulación objetivo-subjetiva: Se ejercitan dos o más pretensiones pero como elemento caracterizador aparecen más de dos personas. A este fenómeno es al que tradicionalmente se viene denominando litisconsorcio voluntario o facultativo.

En este tema se atiende principalmente al criterio temporal, el del momento de producirse la acumulación, y es el que seguiremos.

II. PRESUPUESTOS

La posibilidad misma de la acumulación va unida a que entre las pretensiones ejercitadas exista conexión, esto es, a que alguno de los elementos de las varias pretensiones sea igual en todas ellas. Normalmente en otros Ordenamientos jurídicos se exige que ese elemento igual sea objetivo, esto es, que se refiera a la petición o a la causa de pedir, pero en nuestro Ordenamiento en algunas acumulaciones basta con que sea igual algún elemento subjetivo, esto es, alguna de las partes.

Partiendo de la conexión la acumulación puede servir a dos finalidades:

1ª) Unas veces se pretende con ella evitar sentencias contradictorias, y para que esto sea así tiene que existir entre las varias pretensiones conexión objetiva. Esta conexión puede llevar incluso a que una pretensión sea prejudicial con relación a otra (en el sentido de que la resolución de la primera sirve para determinar el contenido de la resolución de la segunda), pero no siempre se exige este alto grado de conexión siendo posible simplemente que el hecho determinante de la causa de pedir sea el mismo en las varias pretensiones.

2º) Otras veces se aspira sólo a la economía procesal, es decir, a que mediante un único procedimiento, en una sola serie concadenada de actos procesales, se debatan y se resuelvan varias pretensiones. Esto se produce muy claramente cuando se trata de la acumulación basada sólo en que las partes son las mismas, sin que exista conexión objetiva.

Si la conexión es el eje mismo de la acumulación, la determinación de los presupuestos concretos de cada una de las clases de acumulación exige referirse a ellas, pues se trata de precisar los requisitos que deben concurrir para su admisibilidad en cada caso.

III. ACUMULACIÓN INICIAL (O DE PRETENSIONES)

1. Concepto y clases

Este tipo de acumulación se produce cuando en una única demanda se interponen varias pretensiones, bien entre un demandante y un demandado (acumulación exclusivamente objetiva), bien entre varios demandantes y/o varios demandados (acumulación objetivo-subjetiva).

Con esta definición ya se advierte la existencia de dos clases de acumulaciones en atención al número de personas que han de participar en el procedimiento, y a ellas nos referiremos después, pero ahora es necesario atender a otro criterio, conforme al cual se distingue entre:

a) Acumulación simple: Cuando se solicita del juzgador que sean estimadas todas y cada una de las pretensiones ejercitadas, que es el supuesto normal en la acumulación.

b) Acumulación alternativa: Cuando se solicita la estimación por el juzgador de una de las dos o más pretensiones interpuestas, sin establecer preferencia entre ellas.

El anterior es el concepto tradicional de la acumulación alternativa, pero sin embargo convendría advertir que parece contrario a la determinación del objeto del proceso por el actor el que se deje al juez la elección de la pretensión a estimar. Cuando cabe optar por una u otra pretensión lo normal es que la elección corresponda al actor (y al

elegir éste ya no hay acumulación, caso por ejemplo del art. 1483 CC) o al demandado (arts. 1077 y 1132 CC) caso en el que la sentencia estimatoria debe referirse a las dos pretensiones, dejando esa elección para la ejecución de la sentencia.

c) Acumulación eventual, que puede ser propia o impropia como veremos después.

2. Acumulación exclusivamente objetiva

A) Concepto

Se produce cuando un demandante y frente a un solo demandado interpone en una única demanda dos o más pretensiones para que todas se conozcan en un único procedimiento y se resuelvan en una única sentencia (formal, aunque contendrá tantos pronunciamientos como pretensiones). Este es el supuesto del art. 71.2 LEC: “El actor podrá acumular en la demanda cuantas acciones le competan contra el demandado, aunque provengan de diferentes títulos, siempre que aquéllas no sean incompatibles entre sí”.

B) Presupuestos de admisibilidad

La misma existencia de la acumulación depende de la concurrencia de los siguientes presupuestos:

1.º) Iniciativa del demandante: La acumulación sólo se producirá cuando el demandante así lo decida, con lo que queda excluida cualquier posibilidad de acumulación de oficio.

En alguna ocasión la ley impone la acumulación. Es el caso del art. 38, II de la Ley Hipotecaria conforme al cual si el demandante ejercita una “acción” contradictoria del dominio de inmuebles o derechos reales inscritos a nombre de persona o entidad determinada, tendrá que pedir también la nulidad o cancelación de la inscripción correspondiente.

2.º) Competencia objetiva: Las pretensiones acumuladas tendrán que ser de la competencia genérica del orden jurisdiccional civil, pero además:

1”) Por la materia: El tribunal tendrá que ser competente para conocer de todas las pretensiones por razón de la materia (art. 73.1, 1.º, LEC).

2”) Por la cuantía: En principio se exige que el tribunal sea también competente por razón de la cuantía, pero el juez que tiene competencia para lo más también la tiene para lo menos (no al revés), de modo que cabe acumular pretensiones de diferente cuantía incluso cuando ello suponga la modificación de la competencia objetiva respecto de alguna de ellas (art. 73.1, 1.º, LEC).

En este caso la competencia objetiva y el procedimiento adecuado se determinará según lo dispuesto en el art. 252 LEC, que distingue según las “acciones” provengan (suma) o no (la de mayor valor) de un mismo título.

3.º) Competencia territorial: Según el art. 53.1 LEC la competencia se atribuye atendiendo a la “acción” que sea fundamento de las demás, al Juzgado que deba conocer del mayor número de “acciones” acumuladas y, en último término, al de la acción más importante cuantitativamente.

4.º) Procedimiento adecuado: La acumulación no será posible cuando, por razón de la materia, las pretensiones deban ventilarse y decidirse en juicios de diferente tipo (art. 73.1, 2.º, LEC), lo que supone que: 1) No pueden acumularse a un juicio ordinario pretensiones que deban conocerse en un proceso especial, y 2) No pueden acumularse pretensiones para las existan juicios especiales distintos.

Debe tenerse en cuenta, además, que la acumulación no será posible cuando la ley la prohíba expresamente en atención a que se ejerciten determinadas “acciones”, bien por razón de su materia, bien por razón del juicio que se haya de seguir (art. 73.1, 3.º, LEC).

5.º) Conexión subjetiva: En el Ordenamiento español esta acumulación inicial es posible incluso en el caso de que exista sólo conexión subjetiva, es decir, no es preciso que exista conexión objetiva entre las pretensiones. Un demandante puede ejercitar en una única demanda (formal) todas las pretensiones que estime conveniente contra un demandado.

6.º) Compatibilidad entre las pretensiones: Las pretensiones a acumular han de ser compatibles entre sí (art. 71.2 y 3), y existe incompatibilidad cuando las pretensiones se excluyen mutuamente o son contrarias entre sí, de suerte que la elección de la una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra. En otras palabras,

bien cuando la estimación de una excluya la estimación de la otra o la haga ineficaz, bien cuando para fundamentar una pretensión hayan de afirmarse como existentes unos hechos que se niegan para fundamentar la otra, no cabe la acumulación.

Esta regla de la incompatibilidad tiene sentido cuando se trata de la acumulación simple, pero no cuando se trata de la acumulación alternativa o de la acumulación eventual propia. Adviértase que en la acumulación alternativa las pretensiones ejercitadas tienen ser, por esencia, incompatibles.

C) Efectos

Aparte de las alteraciones que pueden producirse en la competencia objetiva y territorial, los efectos más importantes de esta acumulación (y en general de todas ellas) se refieren a:

1.º) Procedimiento único: Todas las “acciones” se discutirán en un mismo procedimiento, dice el art. 71.1 LEC. Debe tenerse en cuenta que esto no puede significar que las pretensiones acumuladas pierdan su individualidad, sino que se trata de la utilización de los trámites procesales con un doble contenido.

Por ejemplo, llegada la hora de contestar a la demanda el demandado tendrá que tener en cuenta que en realidad debe resistir a más de una pretensión por lo que, en el mismo escrito, deberá dejar claro que primero responde a una pretensión y después a otra. En este mismo orden de cosas es conveniente la distinción cuando se trata de proponer prueba o de concluir.

2.º) Sentencia única: Sigue diciendo el art. 71.1 que todas las “acciones” se resolverán en una sola sentencia, pero tiene que quedar claro que sentencia única no equivale a pronunciamiento único. La sentencia tendrá que contener tantos pronunciamientos como pretensiones, por lo que habrá que distinguir entre forma (una sentencia) y contenido (tantos pronunciamientos como pretensiones).

En el momento de la sentencia adquiere pleno sentido la finalidad de evitar sentencias contradictorias. Decisiones no contradictorias no equivale a decisiones iguales (todas las pretensiones se estiman o todas se desestiman), sino decisiones en las que una no niegue lo que se afirma para otra. Cada pronunciamiento tendrá que responder a sus presupuestos materiales, pero no cabrán apreciaciones distintas de los mismos hechos, ni interpretaciones jurídicas diversas de la misma norma.

D) Control de la acumulabilidad

El cumplimiento de los requisitos que permiten la acumulación debe controlarse oficio por el tribunal y puede controlarse a instancia de parte:

a) De oficio, el tribunal requerirá al actor, antes de proceder a admitir la demanda, para que subsane el defecto en el plazo de cinco días, manteniendo las “acciones” cuya acumulación fuere posible. Si no se realiza la subsanación, o si mantuviera la circunstancia de no acumulabilidad, acordará el archivo de la demanda, sin más trámite (art. 73.4 LEC).

2.º) A instancia del demandado, que en la contestación a la demanda puede oponerse a la acumulación (art. 402 LEC), sobre lo que se decidirá en la audiencia previa, continuándose la audiencia y el proceso respecto de la acción o acciones sí acumulables (art. 419 LEC).

3 Acumulación objetivo-subjetiva

Estamos ante esta acumulación cuando un actor ejercita varias pretensiones frente a varios demandados (acumulación pasiva), o bien varios demandantes ejercitan varias pretensiones frente a un único demandado (acumulación pasiva) o bien varios demandantes interponen varias pretensiones frente a varios demandados (acumulación mixta), iniciándose en todo caso tantos procesos como pretensiones que se sustanciarán en un único procedimiento y se resolverán en una única sentencia. A este tipo de acumulación se refiere el art. 72 cuando dice que “podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno tenga contra varios sujetos, o varios contra uno”.

Esta acumulación se conoce tradicionalmente con el nombre de litisconsorcio voluntario, simple o facultativo (y a él se refiere también el art. 12.1 LEC), pero nos parece clara la incorrección de esta denominación, dado que no existe ni litigio único (hay tantos procesos como pretensiones) ni comunidad de suertes entre los litisconsortes (pues al final se dictará una sentencia que contendrá tantos pronunciamientos como pretensiones y cada uno de ellos tendrá su contenido propio).

La denominación de litisconsorcio por la que ha venido conociéndose este fenómeno procesal no es correcta. La expresión proviene del latín, y la integran *lis* (*litis*), que puede ser traducida por litigio, y *consortio* (*consortionis*), de *cum* y *sors*, que significa comunidad de suerte, esto es, comunidad de suerte en el litigio. Sin embargo, en este pretendido litisconsorcio no existe ni litigio único ni comunidad de suerte para los distintos litigantes. No existe litigio único, sino tantas como pretensiones se han ejercitado, y no hay comunidad de suerte porque los pretendidos litisconsortes no precisan desarrollar una actividad procesal unitaria, ni a va a dictarse un único pronunciamiento, sino tantas como pretensiones, aunque todos ellos se contengan en una sentencia formalmente única. Estamos, pues, ante un puro fenómeno de acumulación, como se demuestra en la propia LEC que, aunque se refiere al litisconsorcio voluntario en el art. 12.1, tiene que regular el fenómeno en la acumulación, en el art. 72.

En principio todo lo dicho antes para la acumulación exclusivamente objetiva es aplicable a este otro tipo, salvo lo relativo a dos presupuestos de admisibilidad:

1.º) Competencia territorial: Existe norma expresa en el art. 53.2, que a lo dicho antes añade que si la competencia pudiera corresponder a los jueces de más de un lugar, la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del demandante.

2.º) Conexión objetiva: Para que esta acumulación sea posible lo determinante es la conexión objetiva o, como dice el art. 72, que entre las “acciones” exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las “acciones” se funden en los mismos hechos.

El art. 73.2 LEC se refiere a un supuesto de acumulación objetivo-subjetiva necesaria, atinente a la impugnación de acuerdos sociales, cuando varias demandas pretendan la declaración de nulidad o anulabilidad de los acuerdos adoptados en una misma junta o asamblea o en una misma sesión de órgano colegiado de administración.

IV. ACUMULACIÓN PENDIENTE EL PROCESO

Este tipo de acumulación, que se ha denominado por inserción, presupone que se ha ejercitado ya una pretensión, que ha dado lugar al correspondiente procedimiento, y a él se añade en el curso del mismo otra u otras pretensiones que hasta ese momento no se habían ejercitado. La acumulación puede provenir aquí del actor (ampliación de la demanda), del demandado (reconvención) y de un tercero (intervención principal).

A) Ampliación de la demanda

La acumulación procede del actor, el cual, después de haber iniciado el procedimiento con el ejercicio de una o más pretensiones, ejercita otra u otras pretensiones contra el mismo demandado (o la misma pretensión contra nuevos demandados) para que sean conocidas y decididas en el mismo procedimiento. A esta acumulación se refiere el art. 401 LEC conforme al cual, si no se permite la acumulación de acciones después de contestada la demanda, sí cabe que antes de la contestación el demandante acumule nuevas acciones (en realidad, pretensiones) a las ya ejercitadas contra el mismo demandado, o bien dirija la misma pretensión contra nuevas personas que se convierten así en demandados.

Se deduce, por tanto, respecto a los presupuestos de admisibilidad y a los efectos, que es aquí también aplicable lo dicho antes, pero concurren estas dos especialidades:

1.^a) Respecto de los presupuestos de admisibilidad, debe tenerse en cuenta que la ampliación de la demanda sólo es posible desde la presentación de la misma y hasta la contestación (o hasta que precluya el plazo para contestar) y además que la acumulación no podrá afectar ni a la competencia objetiva por la cuantía ni a la adecuación del procedimiento por la cuantía (si el procedimiento ya se ha iniciado es obvio que la ampliación de la demanda no puede significar una alteración de la competencia ni del procedimiento, atendido que aquélla se determinó por la demanda y que éste está ya en marcha).

2.^a) Respecto de los efectos debe tenerse en cuenta que la ampliación de la demanda ha de significar la concesión al demandado de un nuevo plazo para la contestación, que se contará desde el traslado del escrito de ampliación (art. 401, II). Por lo demás los efectos son los mismos dichos antes para la acumulación inicial.

B) Reconvención

Se trata del ejercicio por el demandado de una pretensión contra la persona que le hizo comparecer en juicio, entablada ante el mismo juez y en el mismo procedimiento en que la pretensión del actor se tramita. Esta figura ha de ser estudiada en el Tema 23.º, pero es necesario adelantar aquí que:

1.º) Según la tradición española no se exigía conexión objetiva entre las pretensiones, bastando con la conexión subjetiva, pero esto ha cambiado en la LEC de 2000, pues el art. 406.1 dice que sólo se admitirá la reconvención si existiere conexión entre su pretensión y la que sea objeto de la demanda principal.

2.º) El Tribunal Supremo venía entendiendo que no cabe la reconvención contra el demandante y contra otra persona (salvo en algún supuesto muy específico, como el de las tercerías), pero el art. 407.1 de la LEC de 2000 dice que la reconvención puede formularse contra el demandante y contra otros sujetos no demandante, siempre que puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesario del actor reconvenido por su relación con el objeto de la reconvención.

3º) A la reconvención no puede ser aplicable el presupuesto de la compatibilidad material de las pretensiones de los art. 71.3, porque siendo la reconvención una cierta contra-demanda lo normal será que las pretensiones ejercitadas se contradigan, esto es, que la estimación de una suponga la desestimación de la otra.

4º) Para que la reconvención sea admisible el juez tiene que ser competente por razón de la materia, mientras que por razón de la cuantía se sigue la regla de que quien puede lo más puede lo menos, pero no al revés (art. 406.2)

5º) La competencia territorial puede ser alterada, y así es juez competente para conocer de la reconvención el que está conociendo de la demanda inicial.

C) Intervención principal

Esta intervención supone que, iniciado un proceso entre dos personas, a él se acumula otro u otros como consecuencia del ejercicio por un hasta entonces tercero

de una o más pretensiones que son incompatibles con la ya ejercitada, con lo que se da lugar a una acumulación pendiente el procedimiento o por inserción objetivo-subjetiva. La intervención principal está admitida en otras legislaciones pero en España sigue siendo muy dudosa su admisibilidad.

V. ACUMULACIÓN EVENTUAL

1. Eventualidad propia e impropia

El primer problema a abordar cuando se trata de esta clase de acumulación es el de precisar su concepto, pues la doctrina refiere la eventualidad a dos tipos de acumulaciones que son distintas entre sí:

a) Propia (llamada también subsidiaria) que se da cuando el actor interpone varias pretensiones (contra el mismo o contra varios demandados), pero no pide la estimación de todas ellas, sino solo de una, si bien conforme a un orden de preferencia que especifica.

b) Impropia (denominada también accesorio) que concurre cuando el actor interpone una pretensión como principal y otra u otras como complementarias, debiendo ser estimadas éstas sólo en el caso de que lo sea la primera, pues dicha estimación se convierte en el fundamento de la estimación de la o las pretensiones accesorias.

Con unos ejemplos pueden verse las diferencias entre estos dos últimos tipos. Hay acumulación subsidiaria (o eventual propia) cuando el actor pide primero que un contrato se declare nulo por falta de causa, con base en el art. 1275 del CC, y sólo para el supuesto de que esta pretensión sea desestimada, pide después que el contrato se rescinda por haberse celebrado en fraude de acreedores, atendido el art. 1291, 3.º, CC. Por el contrario estamos ante una acumulación accesorio (o eventual impropia) cuando el actor ejercita una pretensión reivindicatoria y, para el caso de que sea estimada, pide a continuación que se condene al demandado al abono de los frutos percibidos y que se declare la nulidad, y subsiguiente cancelación, de la inscripción del bien inmueble en el Registro de la Propiedad procediéndose a inscribirlo a su favor.

2. Presupuestos de la propia

Independientemente del sentido que la palabra tenga en el Diccionario el llamar a estos dos últimos tipos de acumulaciones eventual, propicia la confusión terminológica, dado que entre las mismas existen profundas diferencias, tantas que no es conveniente denominarlas con una sola palabra. Por ello sería conveniente reservar el nombre de acumulación eventual para la propia, que es lo que hace el art. 71.4 LEC.

Con relación, pues, únicamente a ella, puede decirse:

1.º) La competencia objetiva por la cuantía no puede venir determinada por la suma del valor de las pretensiones, y en este sentido el art. 252, 1.º, LEC dice que en la acumulación eventual debe estarse a la cuantía de la acción de mayor valor. El mismo criterio tiene que servir para determinar el procedimiento adecuado.

2.º) Para determinar la competencia territorial habrá de entenderse que es siempre pretensión principal la que se ejercita en primer lugar de la preferencia del actor, la que es “fundamento de la demás”, como dice el art. 53.1 LEC.

3.º) La compatibilidad de las pretensiones no puede ser presupuesto de la acumulación eventual, pues en ésta lo normal será que esas pretensiones sean incompatibles, dado que en caso contrario carece de sentido la acumulación misma, y por eso el art. 71.4 excluye el requisito de la compatibilidad.

VI. LA ACUMULACIÓN DE AUTOS (PROCESOS)

1. Concepto

Se trata de dos o más procesos que han nacido independientes, cada uno con su procedimiento respectivo, pero que se reúnen en un procedimiento único para que sean resueltos en una única sentencia (formal) (art. 74 LEC).

Dejaremos sólo indicada la existencia de dos acumulaciones especiales:

1.ª) La acumulación de procesos singulares a procesos universales, para la que debe estarse al art. 98 LEC, en el que se distinguen dos supuestos: 1º) Cuando esté pendiente un proceso concursal al que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o formule cualquier demanda. En estos casos, se procederá conforme a lo previsto en la legislación concursal, es decir, a los arts. 1173, 3.º, 1186, 1187 y 1379 de la LEC de 1881, que siguen en vigor, y 2º) Cuando se esté siguiendo un proceso sucesorio al

que se halle sujeto el caudal contra el que se haya formulado o se formule una acción relativa a dicho caudal. La acumulación debe solicitarse ante el tribunal que conozca del proceso universal, y hacerse siempre, con independencia de cuáles sean más antiguos, al proceso universal.

En estos casos se exceptúan de la acumulación los procesos de ejecución en que sólo se persigan bienes hipotecados o pignorados, que en ningún caso se incorporarán al proceso concursal ni al sucesorio, cualquiera que sea la fecha de iniciación de la ejecución.

2.ª) La acumulación entre procesos de ejecución, que tiene norma propia en el art. 555 LEC.

2. Presupuestos de admisibilidad

Para que la acumulación sea posible han de concurrir los siguientes presupuestos:

a) Instancia de parte: Según el art. 75 LEC tienen legitimación para instar esta acumulación quienes sean parte en cualesquiera de los procesos cuya acumulación se pide.

b) Conexión: La acumulación sólo puede decretarse si concurre alguno de estos tipos de conexión (art. 76 LEC): 1) Cuando la sentencia que haya de recaer en uno de los procesos pueda producir efectos prejudiciales en el otro, y 2) Cuando, atendidos los objetos de los procesos, pudieran dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes.

En sentido negativo no procederá la acumulación, según el art. 78 LEC:

1.º) Cuando el riesgo de sentencia con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, o incompatibles o mutuamente excluyentes, pueda evitarse mediante la excepción de litispendencia.

2.º) Cuando no se justifique que, bien con la demanda, bien con la ampliación de la misma, bien con la reconvención, no pudo promoverse un proceso que comprendiese pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos distintos, cuya acumulación se pide. En el caso de que los procesos cuya acumulación se pretende fueren promovidos por el mismo demandante o demandado reconviniente, sólo o en litisconsorcio, se entenderá que pudo promoverse un único procedimiento.

Lo anterior no será de aplicación a los procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios cuando la diversidad de esos procesos no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el art. 14.

c) Requisitos procesales: Esta regulación de la acumulación se refiere a los procesos declarativos (art. 77 LEC) y procesalmente se requiere:

1.º) Ha de tratarse de procesos que se sustancien por los mismos trámites o cuya tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales.

2.º) Han de encontrarse en la primera instancia, y en ninguno de ellos ha de haber finalizado el juicio a que se refiere el art. 433 LEC.

3.º) La acumulación puede alterar la competencia objetiva (a favor del Juzgado que pueda lo más) y la territorial.

Como excepción no se admitirá la acumulación cuando de los procesos estén conociendo tribunales distintos, si ello supone que: 1) El tribunal del proceso más antiguo carece de competencia objetiva por razón de la materia o por razón de la cuantía para conocer del proceso que se quiera acumular, y 2) La competencia territorial del tribunal que conozca del proceso más moderno tenga carácter inderogable, es decir, cuando no quepa sumisión.

d) Competencia: La competencia para conocer de los procesos acumulados se atribuye al tribunal que estuviera conociendo del proceso más antiguo, al que se formulará la petición de acumulación (art. 75).

La antigüedad de los procesos se determinará por la fecha de la presentación de la demanda; y si se hubieren presentado el mismo día, el que se hubiere repartido primero. Cuando los procesos penden ante tribunales distintos, o no fuere posible determinar qué demanda se repartió primero, la solicitud podrá hacerse en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende, y esa petición determinará el tribunal competente.

Normas especiales existen cuando se trata de la acumulación de los juicios verbales (art. 80), tanto para cuando todos penden ante el mismo tribunal, como para cuando penden ante tribunales distintos.

3. Procedimiento

En la LEC se regulan dos procedimientos diferentes para realizar la acumulación, atendiendo a si de los dos procesos a acumular conoce el mismo o diferente órgano judicial.

A) Cuando los procesos penden ante el mismo tribunal

La tramitación de este incidente específico es, en este supuesto, muy simple, contando sólo de:

1º) Petición fundada, que puede ser rechazada por auto (arts. 81 y 82).

La acumulación se solicitará por escrito en el que se señalarán con claridad los procesos cuya acumulación se pide y el estado procesal en que se encuentran, exponiéndose asimismo las razones que justifican la acumulación. Esta solicitud de acumulación de procesos no suspenderá el curso de los que se pretenda acumular, aunque el tribunal deberá abstenerse de dictar sentencia en cualquiera de ellos hasta que decida sobre la procedencia de la acumulación.

El tribunal por medio de auto rechazará la solicitud de acumulación cuando no contenga los datos exigidos y que hemos dicho antes o cuando, según lo que consigne dicha solicitud, la acumulación no fuere procedente por razón de la clase y tipo de los procesos, de su estado procesal y demás requisitos procesales establecidos.

2º) Traslado a las partes personadas en todos los procesos cuya acumulación de pide, por plazo de diez días (art. 82).

Solicitada en forma la acumulación de procesos, se dará traslado a las demás partes personadas y a todos los que sean parte en cualquiera de los procesos cuya acumulación se pretende, aunque no lo sean en aquél en el que se ha solicitado, a fin de que, en el plazo común de diez días, formulen alegaciones acerca de la acumulación.

3º) Decisión por auto, en el plazo de cinco días, otorgando o denegando la acumulación, contra la que únicamente cabe reposición (art. 83).

Transcurrido dicho plazo, o recibidas las alegaciones, el tribunal resolverá la cuestión dentro de los cinco días siguientes. Si todas las partes del incidente estuvieren conformes con la acumulación, el tribunal la otorgará sin más trámites. Cuando entre las partes no exista acuerdo, o cuando ninguna de ellas formule alegaciones, el tribunal resolverá lo que estime procedente, otorgando o denegando la acumulación solicitada. Contra el auto que decida sobre la acumulación solicitada no cabrá otro recurso que el de reposición.

4.º) Los efectos de la resolución son naturalmente distintos (art. 84 y 85).

Aceptada la acumulación, el tribunal ordenará que los procesos más modernos se unan a los más antiguos, para que continúen sustanciándose en el mismo procedimiento o por los mismos trámites y se decidan en una misma sentencia. 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.

Denegada la acumulación, los juicios se sustanciarán separadamente. El auto que deniegue la acumulación condenará a la parte que la hubiera promovido al pago de las costas del incidente.

B) Cuando los procesos penden ante distintos tribunales

En este otro supuesto la tramitación del incidente tiene que ser más compleja, no en su primera parte, pero sí en la segunda. Las actuaciones ante el tribunal al que se pide la acumulación constan de petición no suspensiva (arts. 87 y 88), traslado (art. 88) y decisión (arts. 88 y 89) y son prácticamente iguales al supuesto anterior.

Se trata, pues, de que:

1º) Solicitud de acumulación de procesos: Además de lo previsto en el artículo 81, en el escrito en que se solicite la acumulación de procesos se deberá indicar el tribunal ante el que penden los otros procesos, cuya acumulación se pretende.

2º) No suspensión: La solicitud de acumulación de procesos no suspenderá el curso de los procesos afectados, salvo desde el momento en que alguno de ellos quede pendiente sólo de sentencia. En tal caso se suspenderá el plazo para dictarla.

3º) Noticia al otro tribunal: Tan pronto como se pida la acumulación se dará noticia de este hecho, por el medio más rápido, al otro tribunal a fin de que se abstenga en todo caso de dictar sentencia hasta tanto se decida definitivamente sobre la acumulación pretendida.

4º) Traslado: De la solicitud de acumulación se dará traslado a las demás partes personadas, para que, en el plazo común de diez días, formulen alegaciones sobre la procedencia de la acumulación.

5º) Decisión: El tribunal por medio de auto resolverá en el plazo de cinco días y cuando la acumulación se deniegue, se comunicará al otro tribunal, que podrá dictar sentencia.

Las diferencias atienden a la segunda parte:

1.º) Decretada la acumulación, se mandará dirigir oficio al otro tribunal, requiriéndole de acumulación y para que remita el o los procesos de que esté conociendo (art. 89).

Cuando el tribunal estime procedente la acumulación, mandará en el mismo auto dirigir oficio al que conozca del otro pleito, requiriendo la acumulación y la remisión de los correspondientes procesos. A este oficio acompañará testimonio de los antecedentes que el mismo tribunal determine y que sean bastantes para dar a conocer la causa por la que se pretende la acumulación y las alegaciones que, en su caso, hayan formulado las partes distintas del solicitante de la acumulación.

2.º) Recibido en el segundo tribunal el oficio, se dará traslado a las partes personadas, por plazo de cinco días (art. 90).

Recibidos el oficio y el testimonio por el tribunal requerido, se dará traslado de ellos a los litigantes que ante él hayan comparecido. Si alguno de los personados ante el tribunal requerido no lo estuviera en el proceso ante el tribunal requirente, dispondrá de un plazo de cinco días para instruirse del oficio y del testimonio en la Secretaría del tribunal y para presentar escrito manifestando lo que convenga a su derecho sobre la acumulación.

3.º) Decisión sobre el requerimiento de acumulación aceptándolo (art. 91) o denegándolo (art. 92).

Transcurrido, en su caso, el plazo de cinco días a que se refiere el artículo anterior, el tribunal dictará auto aceptando o denegando el requerimiento de acumulación.

Si ninguna de las partes personadas ante el tribunal requerido se opusiere a la acumulación o si no alegaren datos o argumentos distintos de los alegados ante el tribunal requirente, el tribunal requerido se abstendrá de impugnar los fundamentos del auto requiriendo la acumulación relativos a la concurrencia de los requisitos establecidos en los artículos 76 y 77, y sólo podrá fundar su negativa al requerimiento en que la acumulación debe hacerse a los procesos pendientes ante el tribunal requerido.

Aceptado el requerimiento de acumulación, se notificará de inmediato a quienes fueren partes en el proceso seguido ante el tribunal requerido, para que en el plazo de diez días puedan personarse ante el tribunal requirente, al que se remitirán los autos, para que, en su caso, sigan su curso ante él.

Acordada la acumulación de procesos, se suspenderá el curso del proceso más avanzado hasta que el otro llegue al mismo estado procesal, en que se efectuará la acumulación.

4.º) En el caso de denegación, ha surgido entre dos tribunales una discrepancia que debe resolver el superior inmediato común a requirente y requerido, al que se remitirán testimonios de lo necesario para decidirla (arts. 93 y 94), lo que hará, en el plazo de veinte días, con tramitación escrita (art. 95).

Cuando, conforme a lo previsto en el apartado segundo del artículo 91, el tribunal requerido no aceptare el requerimiento de acumulación por estimarla improcedente o por creer que la acumulación debe hacerse a los que pendan ante él, lo comunicará al tribunal requirente y ambos deferirán la decisión al tribunal competente para dirimir la discrepancia.

Será competente para dirimir las discrepancias en materia de acumulación de procesos el tribunal inmediato superior común a requirente y requerido.

A los efectos previstos en el artículo anterior, tanto el tribunal requirente como el requerido remitirán a la mayor brevedad posible al tribunal competente testimonio de lo que, para poder resolver la discrepancia sobre la acumulación, obre en sus respectivos tribunales.

El tribunal requirente y el requerido emplazarán a las partes para que puedan comparecer en el plazo improrrogable de cinco días ante el tribunal competente y alegar por escrito lo que consideren que conviene a su derecho.

El tribunal competente decidirá por medio de auto, en el plazo de veinte días, a la vista de los antecedentes que consten en los autos y de las alegaciones escritas de las partes, si se hubieran presentado. Contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno.

Si se acordare la acumulación de procesos, se ordenará lo establecido en el artículo 92 de esta Ley. Si se denegare, los procesos deberán seguir su curso por separado, alzándose, en su caso, la suspensión del plazo para dictar sentencia.

Caso especial es el atinente a la acumulación de más de dos procesos (art. 96), aparte de la prohibición de un segundo incidente de acumulación (art. 97).

TEMA 16º

LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

(Esquema)

I. LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

Parte material y parte procesal: - Noción positiva de parte
- Noción negativa de tercero

II. CAPACIDAD PARA SER PARTE

Aptitud para ser titular del proceso

1. Capacidad de las personas físicas

Art. 6.1 LEC: Nacimiento (arts. 29 y 30 CC), muerte (art. 32 CC)

Muerto y *nasciturus* (art. 6.1, 2º LEC)

2. Capacidad de las personas jurídicas

Art. 6.1, 3º LEC: Art. 38 CC y art. 35 CC y remisión

Clases: a) Públicas, y b) Privadas: civiles y mercantiles

III. CAPACIDAD PROCESAL

Art. 7 LEC: para comparecer en juicio

IV. REPRESENTACIÓN: SUS CLASES

1. La representación legal (y la asistencia)

Art. 7.2 LEC

A) *Edad*: a) Menores de edad no emancipados

b) Menores de edad emancipados

c) Mayores de edad sometidos a patria potestad

B) *Incapacidad*: Tutela y curatela

C) *Prodigalidad*

(No limitan la capacidad: estado religioso, matrimonio, extranjería, ausencia
quiebra o concurso)

2. La llamada representación necesaria

Art. 7.4 LEC. Actuación por órgano

3. La representación voluntaria

Teoría general

Supuestos especiales

A) *Uniones sin personalidad*

- B) Sociedades irregulares*
- C) Patrimonios autónomos*
- D) Grupos*

V. TRATAMIENTO PROCESAL

- A) Justificación*
 - a) Capacidad: No
 - b) Representación: Sí, art. 262.1 LEC
- B) Puesta de manifiesto*
 - a) De oficio por el juez: Art. 9 LEC: Momentos
 - b) A instancia de: 1) Demandado
 - 2) Actor
- C) Efectos de su falta*
 - a) Capacidad. No subsanable
 - b) Representación: Existencia y Acreditación

VI. LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

- a) De la Oliva, b) Ramos Méndez, y c) Montero

VII. CONCEPTO Y CLASES DE LEGITIMACIÓN

Confusión de legitimación y tema de fondo. Doctrina italiana:

- 1) Titularidad de la relación jurídica material
- 2) Posición habilitante. Varias: 1) Ordinaria: Art. 10, I LEC
 - 2) Extraordinaria: Art. 10, II LEC

1. Legitimación ordinaria

- A) Relaciones jurídicas*
 - Afirmación de titularidad; art. 24.1 CE: “sus”, no “los”
 - Legitimación originaria y legitimación derivada
- B) Situaciones jurídicas*
 - Destacar caso de la incapacidad: art. 757 LEC

2. Legitimación extraordinaria

- Sin afirmación de titularidad
- A) Interés privado:* Sustitución procesal
- B) Interés social:* a) Intereses individual y plural
 - b) Interés colectivo
 - c) Interés difuso
 - d) Grupos de afectados
- C) Interés público:* Ministerio fiscal

VIII. LA LEGITIMACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En nombre propio y por derechos ajenos

Art. 1111 CC: acción subrogatoria:

- a) Supuesto de hecho del art. 1111
- b) Existencia de la relación material

Otorga sólo un derecho procesal; no un derecho material

No son sustitución: - Acción directa del perjudicado

- Colegios profesionales

LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

Las partes en el proceso civil. Capacidad para ser parte. Capacidad procesal. Representación; sus clases. Tratamiento procesal. La legitimación en el proceso civil. Concepto y clases de legitimación. La legitimación por sustitución.

I. LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL

Desde el punto de vista del proceso lo que importa es quién lo hace, quién está en él. Parte procesal (en realidad parte, sin más) es la persona que interpone la pretensión ante el órgano jurisdiccional (demandante o actor) y la persona frente a la que se interpone (demandado) o, en otras palabras, la persona que pide la tutela judicial y la persona frente a la que se pide.

La distinción entre la parte material y la parte procesal sólo se logró cuando se produjo la distinción entre la relación jurídica material y la relación jurídica procesal, y se advirtió que esta segunda puede tener sujetos que no se han corresponder necesariamente con aquélla. Esta distinción se produjo cuando se constató que el juez, en el primer momento del proceso, no puede preguntarse sobre si el demandante y el demandado son los titulares de la relación jurídica material. Una cosa es la condición de parte en el proceso y otra muy distinta el que al final del proceso haya de estimarse o no la pretensión.

Desde esta concepción de parte, que es la asumida casi unánimemente por la doctrina actual, tercero procesal es quien no es parte. Si la noción de parte es positiva, el concepto de tercero sólo puede enunciarse negativamente; lo es quien no es parte, quien no está en el proceso. Se ha llegado así a sostener que entre parte y tercero no existen situaciones intermedias (cuasi parte o parte accesoria), de modo que se es o no se es parte, y en este segundo caso se es tercero procesal.

La exacta comprensión de esta moción de parte exige alguna precisión:

1ª) Normalmente las partes vendrán determinadas en la demanda, pues en ella habrá de decirse quién interpone la pretensión y frente a quién se interpone, pero no deben olvidarse algunos supuestos de sucesión en la condición de parte.

2ª) La condición de parte es una situación jurídica, de modo que cabe no realizar por sí actos procesales y sin embargo ser la verdadera parte; esto es lo que sucede en los casos de representación, en los que la verdadera parte es el representado, aunque sea el representante el que actúe en el proceso.

3ª) Quien sea parte en el proceso va a condicionar toda una serie de fenómenos posteriores, como los relativos a la competencia (puede determinarse por el domicilio del

demandado), al ámbito subjetivo de la cosa juzgada, a la abstención y a la recusación, a quién puede ser testigo, a la condena en costas, etc.

Establecida la noción de parte procesal hay que preguntarse inmediatamente por quién puede serlo en general, con lo que se está ante un tema de capacidad. Se trata de un tema correlativo al de la capacidad jurídica en el Derecho privado, y lo mismo que en éste hay que distinguir entre capacidad para ser parte y capacidad procesal.

En la LEC no se contiene una verdadera regulación de la capacidad, sino que existen simplemente unas normas incompletas de remisión, los arts. 6 y 7, y luego algunas referencias concretas a masas patrimoniales, patrimonios separados y entidades sin personalidad jurídica que han de ser completadas por las jurisprudencia. Ya antes de la LEC de 2000 esa jurisprudencia había ido reconociendo la condición de parte en el proceso a entes sin personalidad, y ahora no se trata ya de crear sino interpretar lo dispuesto en la ley.

II. CAPACIDAD PARA SER PARTE

El primer paso en el estudio de la capacidad se refiere a la aptitud para ser titular de los derechos, cargas y obligaciones que se derivan de la realidad jurídica que es el proceso. Estamos aquí ante el correlativo de la capacidad jurídica; no ante la aplicación al proceso de la capacidad jurídica civil, sino ante una aplicación del fenómeno más general de la capacidad.

Desde el principio hay que poner de manifiesto la distinta actitud del Derecho respecto de las personas físicas y jurídicas. El Derecho no atribuye capacidad a los hombres sino que se limita a reconocerla; la personalidad va unida a la condición de hombre, el cual por el mero hecho de serlo es ya titular de derechos y obligaciones. En cambio la persona jurídica sí es reconocida por el Derecho, el cual puede fijar los requisitos para otorgar a aquella capacidad. Partiendo de esta diferencia radical podemos contemplar los dos casos.

1. Capacidad de las personas físicas

El art. 6.1, 1.º, LEC reconoce la capacidad para ser parte a las personas físicas, partiendo de que todo hombre es persona y, por tanto, puede ser parte en el proceso desde su nacimiento hasta su muerte. Para la determinación del momento en que surge la capacidad hay que estar al CC, en concreto a sus arts. 29 y 30; para cuando se termina con la muerte al art. 32.

Un muerto no puede pedir la tutela judicial y frente a él tampoco puede pedirse. Ahora bien, la muerte de una parte, es decir, la producida durante el curso de un proceso, no tiene porqué suponer la terminación de éste; lo normal es que entonces se abra la denominada sucesión procesal, pues los herederos suceden al difunto en «sus derechos y obligaciones» (art. 661 CC) y, por tanto, también en su situación procesal.

El *nasciturus*, es decir, el concebido pero no nacido, también puede ser parte en el proceso, como dice el art. 6.1, 2.º, LEC, para todos los efectos que le sean favorables.

2. Capacidad de las personas jurídicas

La capacidad para ser parte de estas entidades sociales, a las que el Estado reconoce como individualidades a las que imputar derechos y obligaciones, tampoco ofrece dudas, primero, atendido el art. 6.1, 3.º LEC y, después, con base en el art. 38 CC, en donde se les reconocía ya la posibilidad de «ejercitar acciones civiles o criminales».

Si las personas jurídicas tienen capacidad en tanto se la otorga el Estado, quiere ello decir que su creación y extinción no vendrán representadas por hechos naturales, sino por actos jurídicos, y que éstos están sujetos a los requisitos que determine la ley. Así puede decir el art. 35 CC que la personalidad de las corporaciones, asociaciones y fundaciones empieza desde el instante en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas. En realidad lo que el CC está haciendo aquí es remitirnos a una multitud de normas que determinan, caso por caso, cómo surgen a la vida jurídica estas «personas» y cómo adquieren capacidad. Para la capacidad de las personas jurídicas extranjeras hay que estar a su ley personal (art. 9.11 CC).

Los criterios para la sistematización de las personas jurídicas son muchos, pero posiblemente el más fructífero, desde el punto de vista procesal, es el que distingue entre personas de derecho público y personas de derecho privado.

a) Las personas jurídicas de derecho público son hoy muy variadas y van desde la Administración del Estado (art. 2.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado) hasta las asociaciones profesionales de jueces y magistrados. En la Constitución hay referencias a muchas de ellas: partidos políticos (Ley 54/1978, de 4 de diciembre), sindicatos de trabajadores (LO 11/1985, de 2 de agosto), asociaciones empresariales (Ley de 1 de abril de 1977), asociaciones (Ley 161/1964, de 24 de diciembre), colegios profesionales (Ley 2/1974, de

13 de febrero, modificada por la Ley 74/1978, de 26 de diciembre), etc. Las de mayor trascendencia son naturalmente la Unión Europea, las Comunidades Autónomas, las provincias y los municipios (RD-legislativo 781/1986, de 18 de abril).

b) Las personas jurídicas de derecho privado pueden ser mercantiles y civiles. Las primeras precisan normalmente para su existencia escritura pública e inscripción en el Registro Mercantil (arts. 119 y 116, II, Cdc; art. 7 del RD-legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, de Sociedades Anónimas; art. 11 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada). Por el contrario las sociedades civiles pueden constituirse de cualquier forma (siempre que no se mantengan los pactos en secreto), salvo cuando se aportan bienes inmuebles o derechos reales en que se precisa escritura pública (art. 1.668 CC).

Las personas jurídico privadas pueden también disolverse. Generalmente las leyes suelen prever lo necesario sobre la capacidad en los momentos iniciales y finales. Así los arts. 18 y 32 de la LSA se refieren a la responsabilidad de los fundadores y promotores y el art. 264 mantiene la personalidad jurídica de la sociedad anónima en fase de liquidación. También hay regulación para otras sociedades y así art. 109.2 de la LRL y arts. 227 y ss. del Cdc.

Mención especial merecen las Asociaciones de Consumidores y Usuarios (Ley 26/1984, de 19 de julio, para la defensa de los consumidores y usuarios) que se constituyen conforme a la Ley de Asociaciones (art. 20), aunque con algunos requisitos especiales.

III. CAPACIDAD PROCESAL

Esta capacidad (que también se denomina de obrar procesal o de actuación procesal) alude a la aptitud para realizar válidamente los actos procesales o, en términos del art. 7 LEC, para comparecer en juicio. En un sentido más moderno puede referirse a la capacidad para impetrar válidamente la tutela judicial.

De la misma forma como en el Derecho civil el titular de derechos y obligaciones (el capaz jurídicamente) no siempre tiene capacidad para adquirir por sí los derechos, para ejercitarlos o para asumir obligaciones (capacidad de obrar), en el Derecho procesal no todos los que tienen capacidad para ser parte tienen capacidad procesal.

En el derecho procesal las cosas se complican más cuando se advierte que en la mayor parte de los casos es necesaria la actuación por medio de procurador, esto es, por medio de un representante procesal necesario, de modo que el capaz procesalmente aún precisa de la llamada postulación procesal.

El punto de partida es el art. 7.1 LEC, conforme al que pueden comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles. Se está haciendo así una remisión al CC, que es donde se determina quiénes están en esa situación de pleno ejercicio y quiénes no. En general puede afirmarse que tienen esta capacidad los mayores de edad en los que no concurra alguna causa de incapacidad declarada

judicialmente. Las personas jurídicas no pueden presentar problemas de incapacidad, pero sí de quién actúa por ellas.

IV. REPRESENTACIÓN: SUS CLASES

El art. 7 de la LEC se refiere en realidad, en su norma general, sólo a las personas físicas, de modo que en sus párrafos siguientes alude, primero, al supuesto de la falta de capacidad de las personas físicas, regulando la representación y la asistencia de éstas, y, luego, a la que llama representación de las personas jurídicas. Se está así determinando dos clases de representación.

1. La representación legal

Según el art. 7.2 LEC: “Las personas físicas que no se hallen en el caso del apartado anterior habrán de comparecer mediante representación o con la asistencia, la autorización, la habilitación o el defensor exigido por la ley”.

Aun antes de ello hay que recordar que concedida capacidad para ser parte a los concebidos no nacidos, el art. 7.3. LEC dispone que por los mismos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido, con lo que se está generalizando la norma especial contenida en el art. 627 CC para las donaciones.

A) Edad

El pleno ejercicio de los derechos civiles se atribuye, en principio, a los mayores de edad (art. 322 CC) y esta condición empieza a los 18 años (art. 12 CE y art. 315 CC). La representación legal del menor de edad puede ser asumida, primero, por los padres que ostentan la patria potestad (art. 162 CC), bien conjuntamente bien por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro (arts. 154 y 156 CC), y, después, por el tutor (art. 222 CC).

En realidad los casos posibles son mucho más complejos y así cabe distinguir tres supuestos:

1.º) Menores de edad no emancipados: Es de aplicación lo dicho respecto de los arts. 162, 154 y 156 CC, pero hay que tener en cuenta la posibilidad de desacuerdo entre los padres titulares de la patria potestad (art. 156 CC) y los casos de conflicto de intereses

entre los padres y el hijo, con el nombramiento de un defensor judicial (arts. 163 y 299 a 302 CC y art. 8.1 LEC) o entre un progenitor y el hijo, asumiendo el otro en exclusiva la representación (art. 136, II, CC); vid. los arts. 1.994 a 2.001 LEC/1881, con la reforma de la Ley 15/1989, de 29 de mayo.

Cuando se extingue la patria potestad y subsiste la minoría de edad aparece la tutela (art. 222, 1.º, CC), confiándose la representación legal al tutor (art. 267 CC), o tutores (art. 236 CC). Importa aquí que, según el art. 271, 6.º, CC, el tutor necesita autorización judicial «para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela, salvo en los asuntos urgentes o de escasa cuantía». De este precepto pueden deducirse tres conclusiones: 1) Que el tutor no necesita autorización judicial para actuar por el menor cuando sea demandado, 2) Que por urgente habrán de entenderse aquellos casos en que existe plazo de caducidad de la acción, pero no siempre que se trate de prescripción, y 3) Que la escasa cuantía no se refiere ya a la clase de juicio (antes se decía juicio verbal), sino que los comprende todos (arrendamientos, trabajo, etc.) con el único límite de la cuantía, que si ha de ser «escasa» no parece que pueda superar el límite cuantitativo fijado para el juicio verbal.

La LO 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, asumiendo que el menor comparece en juicio representado, les ha reconocido una cierta participación en los procesos en que esté directamente implicado, principalmente el derecho a ser oído, aunque parece que se trata más bien de su esfera personal, familiar y social, que la estrictamente económica (art. 9), y no cuando se trate de parte.

2.º) Menores de edad emancipados: En los diversos supuestos de emancipación de menores (art. 314 CC), el nuevo régimen legal derivado de la Ley de 13 de mayo de 1981 ha supuesto la atribución a aquéllos de capacidad procesal (art. 323, II, CC), aunque subsistan actos materiales para los que se precisa el consentimiento de los padres o tutor.

3.º) Mayores de edad sometidos a patria potestad: Se admite ahora la declaración de incapacidad de menores de edad para prorrogar la patria potestad después de la mayoría (arts. 201 y 171 CC). Existen así mayores de edad sometidos a patria potestad, con la representación legal que ello supone, que será sustituida por la tutela y el tutor cuando cese aquélla.

B) Incapacidad

Respecto de los mayores de edad la capacidad se presume y la incapacidad ha de declararse por sentencia (art. 199 CC). Esta determinará la extensión y límites de la incapacidad, así como el régimen de tutela o de guarda a que quedará sometido el incapacitado (arts. 760 LEC, y 222 y 287 CC).

En la tutela el tutor o tutores asumen la representación legal del incapacitado, con lo que sustituyen la voluntad de éste, si bien precisan de autorización judicial para demandar. En la curatela no se está ante la representación legal sino ante la asistencia, con lo que la voluntad del curador no sustituye a la voluntad del incapacitado, precisándose la concurrencia de las dos voluntades para iniciar un proceso.

C) Prodigalidad

Los declarados judicialmente pródigos están sujetos a curatela (art. 286, 3.º, CC), debiendo establecer la sentencia los actos que el pródigo no puede realizar sin el consentimiento del curador (art. 298 CC), entre los cuales pueden estar los procesales, totalmente o de modo parcial (por ejemplo, allanamiento, renuncia, desistimiento, transacción).

En todos estos supuestos de minoría de edad, incapacidad y prodigalidad la ley presume que existe la persona que representa o asiste a quien no se halla en el pleno ejercicio de sus derechos civiles, pero si no ocurre así puede aparecer dos situaciones provisionales a las que se refiere el art. 8 LEC:

1.ª) La representación y la defensa la asumirá el Ministerio fiscal, mientras se procede al nombramiento de defensor judicial (es esta una de las funciones del Fiscal conforme al art. 3.7 de su Estatuto, Ley 50/1981, de 30 de diciembre). El proceso quedará en suspenso mientras no conste la intervención del Fiscal.

2.ª) La representación y la defensa la asumirá un defensor judicial, que debe nombrársele (arts. 299 a 302 CC), mientras se le designa, por el tribunal y por simple providencia, la persona que debe representarlo o asistirlo.

Ni la extranjería, ni el matrimonio ni el estado religioso son causas que limiten la capacidad procesal. Tampoco son incapaces los:

1) Ausentes: La ausencia (en el sentido de los arts. 181 y ss. CC) no priva de la capacidad, pero dado que el ausente no puede defenderse la ley le fija, primero, un defensor judicial y, después, una representación legítima y dativa.

2) Concursados y quebrados: A pesar de lo que dice la ley (arts. 1.914 CC, 1.161 LEC/1881 y 878 Cdc) ni el concurso ni la quiebra son causa de incapacidad, pero sí de la privación de legitimación para los actos de disposición de los bienes. Dice el art. 6.1, 4.º, LEC que tienen capacidad para ser parte las masas patrimoniales o los patrimonios autónomos cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración, y con ello no se está diciendo que el quebrado o concursado pierda la capacidad para ser parte ni la capacidad procesal, pues lo que pierde es la legitimación; las masas patrimoniales en este supuesto adquieren capacidad para ser parte y por ellas actuará quienes las representen conforme a la ley, sin perjuicio de que el concursado o quebrado sigue teniendo capacidad y legitimación para actuar en los procesos no económicos (podrá, por ejemplo, ser parte plenamente en un proceso de divorcio).

2. La llamada representación necesaria

Las personas jurídicas no pueden plantear problemas de incapacidad; la capacidad procesal la tienen desde su constitución. Ahora bien, advertido que se trata de entes ideales suele sostenerse que precisan para actuar de una

representación que se denomina necesaria, y en este sentido el art. 7.4 LEC dice: “Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen”.

Con todo, hay que advertir que no existen aquí dos voluntades, una la de la representada y otra la del representante, sino una sola, la del órgano que conforma la voluntad única del ente, con lo que puede concluirse que no existe representación alguna, sino actuación de la persona jurídica por medio de sus órganos.

Cuando se acude a las leyes reguladoras de cualquiera de estas personas se comprueba que, para los distintos actos jurídicos, se atribuye competencia a varios órganos. Así en la Ley de Sociedades Anónimas de 1989 el art. 93 se refiere a la Junta General, que decidirá por mayoría en los asuntos propios de su competencia (y sobre ésta vid. arts. 48, 144, 148, etc.), el art. 136 se refiere al Consejo de Administración y el art. 128 le atribuye la representación de la sociedad en juicio y fuera de él, el art. 141 habla del presidente, de la comisión ejecutiva, de los consejeros delegados e incluso de los apoderados. Surge así una cadena de órganos, con competencias determinadas, que configuran la voluntad de la sociedad dentro de cada uno de ese marco de competencias. No cabe hablar, pues, de representación, sino de actuación por órganos.

Partiendo de esta realidad lo que hay que preguntarse ahora es a qué órgano se atribuye la representación en juicio respecto de todas y cada una de las clases de personas jurídicas. Esta pregunta no puede tener aquí una respuesta concreta porque ella exigiría aludir a infinidad de disposiciones legales, las cuales en buena parte de los casos se limitan a remitirnos a los estatutos de cada ente. Lo único que puede decirse es que hay que estar a cada caso para determinar el órgano que asume la competencia para formar la voluntad del ente.

3. La representación voluntaria

La representación voluntaria no guarda relación alguna con la capacidad, ni con los medios para suplir o integrar la incapacidad. Siempre será posible que una persona capaz confíe su representación para comparecer en juicio a otra persona, y que sea ésta la que luego otorgue el poder a procurador y la que realice los actos procesales, pero entonces se tratará de un supuesto más de aplicación de la teoría general de la representación derivada de la autonomía de la voluntad, que se rige por las normas comunes del mandato de los arts. 1709 y ss. del CC.

Supuestos especiales

Hasta aquí hemos partido de la dualidad persona física y persona jurídica, pero la misma no comprende toda una serie de supuestos intermedios en los que se sobrepasa la

existencia de una persona física y no se llega a la configuración de una persona jurídica. Son los casos de:

A) Uniones sin personalidad

En la realidad ocurre con frecuencia que varias personas se organizan transitoriamente para la obtención de una finalidad común, realizando para conseguirla actos jurídicos internos y externos. Es este el caso de la «comisión del paso del ecuador», de la «junta por homenaje a X» de la «comisión organizadora del congreso Y» y de tantas otras comisiones, juntas o comités. No se trata aquí de entidades que no han cumplido los requisitos legales para constituirse como personas jurídicas, sino de entes transitorios sobre los que ni siquiera está dispuesto legalmente que deban constituirse como personas jurídicas.

El art. 6.1, 5.º, LEC, en lugar de reconocerles sin más capacidad para ser parte, hace una remisión genérica a la ley, de modo que no acaba de entenderse cómo una ley distinta de la LEC puede reconocerles capacidad para ser parte, siendo aquélla la norma adecuada para el otorgamiento de ese tipo de capacidad. De la misma manera el art. 7.6 LEC dice que esas entidades sin personalidad comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades, y otra vez no se entiende esa remisión genérica a la ley.

B) Sociedades irregulares

Se refiere a toda una serie de hipótesis caracterizadas porque los diversos entes no han adquirido personalidad jurídica al no haber cumplido todos los requisitos establecidos en la ley, aunque existe una cierta aspiración de estabilidad, y no de provisionalidad; es este el caso de la sociedad civil oculta (art. 1.669 CC, comunidad de bienes), de la sociedad civil irregular (art. 1.667 CC) y de la sociedad mercantil irregular (art. 119 Cdc). Ha sido también la jurisprudencia la que les ha reconocido capacidad para ser parte y procesal, porque muchas veces la solución de demandar todos los socios o de demandar a todos los socios no es práctica.

La LEC les reconoce capacidad para ser parte (en concepto de demandadas) en el art. 6.2 LEC, cuando habla de 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 (sin perjuicio de la responsabilidad que pueda corresponder a los gestores y a los partícipes), y luego el art. 7.7 LEC dice que por esos entes comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros.

El que el art. 7 LEC, en sus párrafos 6 y 7, hable de entidades sin personalidad, tanto respecto de las que tradicionalmente se han llamado así, como de las sociedades irregulares, introduce un elemento de confusión.

Supuesto distinto es el de la sociedad en formación o en disolución en el que no existe irregularidad sino una situación transitoria que las leyes prevén; así para la sociedad anónima arts. 16, 18, 32 y 264 del RD-legislativo 1.564/1989.

C) Patrimonios autónomos

Aun partiendo de la base de que no existen bienes sin que haya un titular de los mismos, se dan situaciones interinas respecto de conjuntos de bienes en los que o bien ha cesado la titularidad originaria, y no se ha producido aún su adquisición concreta (caso de

la herencia yacente), o bien existe una pérdida por su titular de la facultad de disposición (caso de las masas activas del concurso y quiebra).

En estos casos la ley sí regula quien actúa por esos patrimonios, debiendo resaltarse que la condición de parte se atribuye al patrimonio en sí mismo considerado, no al representante, como dice expresamente el art. 6.1, 4.º, LEC, y para la representación el art. 7.5 LEC efectúa una remisión a las leyes correspondientes:

1.º) Masas concursales: Por ellas actuarán el depositario-administrador (art. 1.044 Cdc y art. 1.181 LEC/1881) y los síndicos (arts. 1.218. 1.º, y 1.319 LEC/1881).

2.º) Herencia yacente: Los supuestos aquí son muy numerosos y la defensa activa o pasiva de la masa hereditaria puede corresponder a: administrador (art. 798 LEC), herederos o albaceas (art. 901 CC).

D) Grupos

El art. 7.3 LOPJ atribuye legitimación a los «grupos» para la defensa de los intereses colectivos (en realidad, colectivos y difusos), lo que tiene que suponer el reconocimiento de su capacidad, aunque no son personas jurídicas, y el que por el «grupo» comparecerá en juicio su órgano de dirección.

El art. 6.1,7.º LEC reconoce de modo expreso capacidad para ser parte a los grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables, exigiendo que para demandar en juicio el grupo se constituya con la mayoría de los afectados, y luego el art. 7.7 LEC dispone que por el grupo comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la “entidad”, actúen en su nombre frente a terceros.

V. TRATAMIENTO PROCESAL

La determinación de cómo puede suscitarse en el proceso la concurrencia o no del presupuesto procesal que es la capacidad, depende de la concepción que el legislador tenga del reparto de las facultades entre el juez y las partes.

A) Justificación

Partiendo de la amplitud con que la capacidad para ser parte se reconoce a las personas físicas, no existe norma alguna que exija acreditar su concurrencia; y lo mismo cabe decir de la capacidad procesal cuando la persona física litiga por sí misma. Por ello con la demanda o con la contestación no hay que acompañar documento alguno relativo a estos extremos.

Cuando existe representación legal (personas físicas) o actúa el órgano de una persona jurídica el art. 262.1, 2.º, LEC, exige que, junto con la demanda o la

contestación (o al comparecer a la vista del juicio verbal), se acompañe el documento o documentos que acrediten la representación que el “litigante” se atribuye y por la que se presenta en juicio, con lo que se está comprendiendo: la representación legal y voluntaria de las personas físicas y respecto de las personas jurídicas su existencia, la condición de órgano con la facultad de comparecer en juicio y, en su caso, la representación voluntaria.

B) Puesta de manifiesto

a) De oficio por el juez

El art. 9 de la LEC impone al tribunal la apreciación de oficio de la falta de cualquiera de las capacidades (y debe entenderse también la acreditación de la representación).

El ejercicio de esta facultad y deber podrá hacerse en varios momentos:

1º) En el momento de la admisión de la demanda: Al decidir sobre la admisión o inadmisión de la demanda el tribunal debe: 1) Inadmitirla si falta la capacidad para ser parte o la capacidad procesal, para lo que se cuenta con base suficiente en los arts. 9 y 403.1 LEC, teniendo en cuenta que la falta de estas capacidades no es subsanable, y 2) Inadmitirla por falta de la acreditación de la representación, pues hemos dicho que junto con la demanda y con la contestación se deben presentar los documentos que acrediten la representación por parte de quien se la atribuya, y correlativamente debe concluirse que el juez no debe admitir la demanda o la contestación si esos documentos no se presentan con ella; el art. 403.3 LEC permite llegar a esta conclusión. Naturalmente la falta de acreditación de la representación es subsanable, por lo que deberá estarse a conceder plazo para ello.

2º) En la audiencia previa del juicio ordinario y en la vista del juicio verbal: Los arts. 414.1, II, y 415.1, III, LEC, permiten también concluir que el juez en la audiencia previa del juicio ordinario tiene que controlar de oficio la capacidad y representación, con los efectos que luego diremos. En el juicio verbal el art. 443.3 permite sostener lo mismo para la vista.

3º) En cualquier otro momento, incluido el de la sentencia: El art. 9 LEC permite y obliga al tribunal a apreciar de oficio la falta de las capacidades en cualquier momento, lo que tiene especial trascendencia cuando se trata de la sentencia.

b) A instancia de parte, debiendo distinguirse según se trate de una u otra:

1º) El demandado deberá alegar la falta de algún presupuesto procesal en la contestación de la demanda (art. 405.3 LEC: excepciones procesales).

2º) El demandante hará la alegación en la misma audiencia previa (o vista).

En cualquiera de estos supuestos la cuestión procesal relativa a la capacidad de los litigantes o a la representación en sus diversas clases es uno de los objetos de la audiencia previa (art. 416.1, 1.ª, LEC) y de la vista (art. 443.2 y 3 LEC), sobre la que debe resolverse de modo previo, siendo además la primera cuestión a decidir.

c) Efectos de su falta?

En general, esto es, sin atender al momento en que se produce la decisión relativa a la falta de las capacidades, de la representación y de la acreditación de esta última, debe tenerse en cuenta que:

1º) La falta de capacidad para ser parte y de la capacidad procesal son insubsanables, y ello por la evidente razón de que se es o no capaz, de modo que, bien se inadmitirá la demanda, bien se dictará auto poniendo fin al proceso, bien se dictará sentencia meramente procesal.

2.º) La falta de representación también es insubsanable, pues que se tiene o no se tiene, lo que debe llevar a las mismas consecuencias dichas antes.

3.º) La falta de acreditación de la representación es subsanable, y la subsanación, que consiste en presentar el documento correspondiente, puede hacerse en cualquier momento del proceso.

Regulación expresa existe cuando esa falta se ha advertido en la audiencia previa al juicio (art. 418 LEC), de modo que la subsanación podrá hacerse, bien en el acto, bien dentro del plazo no superior a diez que debe conceder el juez a este efecto, con suspensión, entre tanto, de la audiencia. Si dentro de ese plazo se procede a la subsanación el proceso continuará; si no se subsana, debe distinguirse:

1”) Si falta la acreditación de la representación del demandante, realmente lo que sucede es que no existe la representación, por lo que el proceso no puede continuar, debiendo dictarse auto poniendo fin al proceso.

2”) Si falta la acreditación de la representación del demandado, atendido que éste ha debido velar por aquélla, el proceso ha de seguir pero entonces declarando rebelde y excluyendo sus actuaciones de los autos.

VI. LA LEGITIMACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

Con el estudio de la capacidad de las partes se resuelve la cuestión de quién puede ser parte en el proceso en general, sin referirse a un proceso determinado. A la cuestión de quién puede y/o debe ser parte en un proceso concreto atiende la legitimación. Así como respecto de la capacidad no existen graves problemas

doctrinales, la legitimación ha dado lugar a diferencias sustanciales entre los tratadistas, los cuales reconocen, con Gómez Orbaneja, que estamos ante uno de los conceptos más debatidos y más confusos del Derecho procesal.

Sustancialmente son tres las concepciones que hoy suelen manejarse en torno a la legitimación:

a) Para unos (principalmente De la Oliva) se trata de la cualidad de un sujeto jurídico consistente en hallarse, dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita (legitimación activa) o la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (legitimación pasiva). Las posiciones jurídicas activa y pasiva consisten en ser titular de un derecho subjetivo privado y de un deber u obligación, respectivamente.

Los derechos subjetivos privados no se pueden hacer valer si no por sus titulares activos y precisamente contra los titulares de las obligaciones correlativas, y por ello la legitimación no es un presupuesto del proceso, sino un presupuesto de la estimación o desestimación de la demanda o, si se prefiere, no es tema de forma, sino de fondo. Si falta un presupuesto procesal, como es la capacidad, no se dicta una sentencia de fondo sino meramente procesal; si falta la legitimación sí se dicta sentencia sobre el fondo y precisamente denegatoria de la tutela judicial pedida.

b) Para otros (caso de Ramos Méndez) la teoría de la legitimación representa algo superfluo y vano de lo que podría prescindirse en el Derecho procesal, porque en los procesos en concreto están legitimadas las partes por el mero hecho de asumir esa condición. Basta la afirmación de una relación jurídica como propia por el actor para fundar suficientemente su legitimación.

El que una persona sea o no titular del derecho o de la obligación es algo que sólo resultará de la sentencia que ponga fin al proceso, pero no puede saberse inicialmente. Es más, tras la sentencia las supuestas relaciones previas existentes entre las partes quedarán conformadas en los términos de la propia sentencia. Poco importa que una persona afirmase antes ser titular de un derecho, pues en adelante lo que valdrá es el pronunciamiento de la sentencia; ésta crea el derecho entre las partes.

En lo que las dos concepciones están de acuerdo es en que la legitimación es tema de fondo que debe resolverse en la sentencia, no pudiendo tratarse *in limine litis* como un presupuesto procesal.

c) Frente a esas dos concepciones, a las que pueden hoy reconducirse todas las demás, se sitúa una tercera que considera el carácter procesal de la legitimación (y de la que es defensor principalmente Montero), para el que su falta en el actor o en el demandado, o en los dos, debe conducir a una sentencia meramente procesal, no a una sentencia de fondo absolutoria, siendo posible en algunas ocasiones su toma en consideración *in limine litis*.

VII. CONCEPTO Y CLASES DE LEGITIMACIÓN

Hasta ahora el problema más importante que ha planteado la definición de la legitimación se ha referido a su confusión con la cuestión de fondo que se discute en el proceso, y de ahí que se haya acabado por considerar a la legitimación tema de fondo. Con todo, hoy se está poniendo de manifiesto (y así Allorio y Mandrioli, por ejemplo) que es preciso distinguir entre:

1º) Titularidad activa y pasiva de la relación jurídica material deducida en el proceso, que se regula por normas de derecho sustantivo, y

2º) Posición habilitante para formular la pretensión (legitimación activa) o para que contra una persona se formule (legitimación pasiva) en condiciones de ser examinada por el juez en cuanto al fondo y pueda procederse a la estimación o desestimación de la pretensión misma, que se regula por normas procesales.

En el proceso civil esas posiciones habilitantes no son únicas sino que han de referirse a varios supuestos, y de ahí las varias clases de legitimación:

a) Ordinaria: En los casos normales de Derecho privado la función jurisdiccional se actúa con sujeción al principio de oportunidad; la autonomía de la voluntad y la existencia de verdaderos derechos subjetivos privados suponen que la tutela jurisdiccional de los mismos sólo puede realizarse cuando quien comparece ante el órgano judicial afirma su titularidad del derecho subjetivo e imputa al demandado la titularidad de la obligación; la legitimación se resuelve así en esas afirmaciones. La tutela judicial que el particular puede pedir no cabe referirla a cualquier derecho, sino que ha de atender precisamente a los derechos que afirme

como propios; el artículo 24.1 de la CE alude a *sus* derechos e intereses legítimos, no a *los* derechos, y el art. 10, I, LEC dice que es parte legítima quien comparezca y actúe en juicio como titular de la relación jurídica (material) u objeto litigioso.

b) Extraordinarias: En los que la posición habilitante para formular la pretensión, en condiciones de que sea examinada por el juez en cuanto al fondo y pueda procederse a la actuación del derecho objetivo, se confiere en virtud de una expresa atribución por la ley, que es lo que hace el art. 10, II, LEC por remisión.

En los supuestos de legitimación extraordinaria normalmente se produce una ampliación de la legitimación, por cuanto se permite a quien no afirma su titularidad de una relación jurídica material que pida la actuación de la ley en el caso concreto. Y es aquí donde estamos asistiendo a una evolución que está desbordando los cauces originales. Las normas procesales que atribuyen esta legitimación extraordinaria van arrastradas, no tanto por las normas materiales, las que reconocen derechos subjetivos, cuanto por el nuevo marco socioeconómico en el que se está descubriendo que muchas veces sólo es eficaz la tutela jurisdiccional cuando la legitimación es colectiva.

1. Legitimación ordinaria

Aún dentro de ésta es preciso advertir la diferencia entre:

A) Relaciones jurídicas

Como hemos dicho en los casos normales de derecho privado la tutela judicial sólo puede realizarse cuando quien comparece ante el órgano judicial afirma su titularidad del derecho subjetivo material e imputa al demandado la titularidad de la obligación, con lo que hay que distinguir entre legitimación y tema de fondo. Tiene legitimación quien comparece en el juicio como titular de la relación jurídica y, se entiende, imputando esa titularidad, desde su aspecto pasivo, al demandado (art. 10, I, LEC).

La tutela judicial que el particular puede pedir no cabe referirla a cualquier derecho, sino que ha de atender precisamente a los derechos que afirme como propios. Recordemos que el art. 24.1 CE alude a *sus* derechos e intereses legítimos, no a *los* derechos.

A estos efectos es indiferente que se trate de las llamadas legitimación originaria o derivada. En la primera las partes comparecen en el proceso afirmando el demandante que él y el demandado son los sujetos originarios del derecho subjetivo y de la obligación,

aquéllos respecto de los cuales nació inicialmente la relación jurídica. En la segunda, en la derivada, el demandante afirmará que una de las partes (o las dos) comparece en el proceso siendo titular de un derecho subjetivo o de una obligación que originariamente pertenecía a otra persona, habiéndosele transmitido de modo singular o universal.

B) Situaciones jurídicas

Existen otros casos en los que la legitimación ordinaria no puede referirse a la afirmación de titularidad de un derecho subjetivo o a la imputación de una obligación, simplemente porque no existe ni uno ni otra. Se trata de las situaciones jurídicas en las que es la ley directamente la que determina qué posición debe ocupar una persona para que esté legitimada; esto es lo que ocurre, por ejemplo, con la pretensión de nulidad del matrimonio (arts. 74 a 76 CC), de separación (art. 81 CC), de divorcio (arts. 86 y 88 CC), de filiación (arts. 131 a 133, 136 y 137, y 139 y 140 CC) o de incapacitación (art. 759 LEC).

El art. 757.1 LEC determina quién puede promover la declaración de incapacidad de una persona, y dice que el cónyuge (o asimilado), los descendientes, los ascendientes y los hermanos del presunto incapaz (y el Ministerio fiscal), con lo que está determinado *ex lege* quienes están legitimados para formular la pretensión. En este supuesto, que estamos resaltando como ejemplo, se evidencia que:

1.º) La legitimación aparece claramente diferenciada del tema de fondo; una cosa es quién puede pretender (legitimación) y otra si la pretensión debe estimarse o no (tema de fondo).

2.º) La atribución de la legitimación se realiza en una norma de naturaleza claramente procesal; independientemente de que el sujeto demandado sea capaz o no, el legislador puede aumentar o disminuir las personas legitimadas para pretender la incapacitación.

3.º) Si pretende la incapacitación una persona no legitimada, la resolución a dictar no podrá entrar en el tema de fondo, sino que deberá limitarse a decir que el demandante no tiene legitimación.

2. Legitimaciones extraordinarias

Si la legitimación ordinaria se basa normalmente en las afirmaciones de la titularidad del derecho subjetivo y en la imputación de la obligación, existen otros casos en los que las normas procesales permiten expresamente interponer la pretensión a quien no puede afirmar su titularidad del derecho subjetivo. La posición habilitante para formular la pretensión, en condiciones de que sea

examinada por el tribunal en cuanto al fondo y pueda procederse a la actuación del derecho objetivo, radica en una expresa atribución de legitimación por la ley y teniendo la norma correspondiente naturaleza procesal. Se habla entonces de legitimación extraordinaria, que aparece permitida, en general, por el art. 10, II, LEC: la ley puede atribuir legitimación a persona distinta del titular del derecho subjetivo.

A) Interés privado

Unas veces, las más comunes en las leyes, por medio de la concesión de esta legitimación se trata de proteger derechos subjetivos particulares frente a otros derechos particulares, que es lo que sucede en la llama legitimación por sustitución procesal, que es estudiada después con epígrafe propio,

B) Interés social

Otras veces el reconocimiento legal de la legitimación extraordinaria atiende a mejor proteger situaciones en las que se ven implicados grupos más o menos numerosos de personas, como consecuencia de que las relaciones jurídicas no son siempre individuales. En los últimos tiempos se habla de intereses colectivos, difusos, de categoría, de grupo, sociales, supraindividuales, sin que siempre exista la necesaria claridad. A ese conjunto heterogéneo se refiere el art. 11 LEC aludiendo a las asociaciones de consumidores y usuarios y otras entidades legalmente constituidas para la defensa de los derechos e intereses de aquéllos.

Esa referencia general precisa matizarse con referencia a los siguientes supuestos:

1.º) Intereses individual y plural: La existencia de negocios jurídicos idénticos, con la única diferencia de que una de las partes es distinta en todos ellos, ha aumentado de modo extraordinario, dando lugar a lo que se llama conflicto plural. Este se resuelve en la suma de los intereses individuales, y procesalmente puede dar lugar a una simple acumulación de pretensiones, que es un fenómeno sobradamente conocido (todos los compradores de pisos de una urbanización contra la entidad promotora) (art. 72).

2.º) Interés colectivo: Corresponde a una serie de personas, más o menos numerosa, que están o pueden estar determinadas, entre las cuales existe un vínculo jurídico (pertenecen a un colegio profesional, trabajadores del metal), existiendo una entidad que es persona jurídica a la cual se atribuye por la ley la “representación institucional” para la

defensa de ese interés. Esa persona jurídica cuando actúa en juicio no tiene la representación individual de cada una de las personas físicas implicadas, pero sí tiene confiada la “representación institucional” del conjunto y por ello habrá de afirmar la titularidad del interés colectivo (el sindicato cuando actúa para la defensa del interés colectivo de los trabajadores del metal).

3.º) Interés difusos: Se caracterizan porque corresponden a un número indeterminado de personas, radicando su afección conjunta en razones de hecho contingentes, como ser consumidores de un mismo producto o destinatarios de una misma campaña publicitaria. Cada uno de los afectados podría, por medio de su legitimación ordinaria, pretender el cese de la publicidad engañosa, por ejemplo, pero dado que ello no sería práctico la ley concede legitimación extraordinaria a las asociaciones de consumidores y usuarios, las cuales no pueden ni afirmar que representan a todos los consumidores ni afirmar su titularidad de derecho subjetivo material alguno.

Esta legitimación se ha otorgado en el art. 20.1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios, en el art. 25 de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, general de publicidad, en el art. 19.2,b) de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal, y en el art. 16 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación.

4.º) Grupos de afectados: Todavía el art. 11 LEC, siguiendo lo dispuesto en el art. 7.3 LOPJ, atribuye legitimación a los grupos de afectados para pretender la tutela de intereses colectivos.

C) Interés público

Por último cuando en una parcela del derecho el legislador entiende que existe un interés público concede legitimación al Ministerio fiscal; esa legitimación puede ser activa y pasiva (por ejemplo, arts. 74, 75 CC, y arts. 757.2 y 761.2 LEC) o sólo pasiva (art. 50 de la Ley de Registro Civil, por ejemplo).

En los dos últimos casos la ampliación o la reducción de la legitimación de las asociaciones o del Ministerio fiscal responde a motivos políticos. Son criterios de esta índole los que llevan a que el legislador conceda la legitimación extraordinaria, por cuanto considera que los intereses sociales y públicos se defienden mejor mediante la actuación como parte en el proceso de una asociación o del Fiscal.

VIII. LA LEGITIMACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El caso más frecuente y conocido de la legitimación extraordinaria es el de la sustitución procesal, expresión con la que se hace referencia al supuesto de que una persona en nombre propio (es decir, sin que exista representación) puede hacer en valer en juicio derechos subjetivos que afirma que son de otra persona.

Supuestos de sustitución procesal se encuentran en el CC en los arts. 507 (el usufructuario puede reclamar los créditos que forman parte del usufructo), 1111 (la acción subrogatoria), 1552 (el arrendador puede reclamar del subarrendatario el importe de la renta convenida en el subarriendo), 1597 (los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzado por el contratista tienen acción directa contra el dueño de ella hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación), 1772 (el mandante puede dirigir acción contra el sustituto nombrado por el mandatario) y 1869 (el acreedor pignoraticio puede ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra terceros).

El caso más frecuente de sustitución procesal es el de la acción subrogatoria del art. 1.111 CC, y para entenderla hay que tener en cuenta la existencia de dos relaciones jurídico materiales; una la que existe entre acreedor y deudor y otra la que se estima existente entre el deudor anterior y el deudor del mismo. Respecto de esas dos relaciones lo que hace el art. 1.111 es simplemente decir que el acreedor queda legitimado para ejercitar las “acciones” de su deudor, esto es, no le concede derecho material alguno sino sólo el poder ejercitar derechos que ha de afirmar que son ajenos.

Resulta de lo anterior que el acreedor en la demanda tendrá que afirmar dos cosas:

1.^a) Que concurre el supuesto del art. 1.111 CC, conforme al cual él está legitimado, esto es, que ha perseguido los bienes de su deudor de modo inútil por no haber encontrado los suficientes con que cobrar su crédito.

2.^a) Que su deudor es, a su vez, acreedor de un tercero, es decir, en nombre propio afirmará un derecho subjetivo ajeno e imputará la obligación al demandado.

La acción subrogatoria no confiere al acreedor derecho material alguno, y sí un derecho procesal; las dos relaciones jurídico materiales a que nos venimos refiriendo no se ven alteradas por la legitimación que se confiere al acreedor; a éste no se le da nada que materialmente no tuviera antes. Por eso el acreedor en la demanda no debe pedir para sí; deberá pedir para su deudor, para integrar el patrimonio de éste y luego sobre el mismo posibilitar la efectividad de su derecho material.

Atendido que sí concede derechos materiales al perjudicado o a sus herederos no son casos de sustitución procesal, ni aún de legitimación extraordinaria, los de las acciones directas de los dichos contra el asegurador, tanto cuando se trata de accidentes de vehículos de motor (art. 4 del RD 632/1988, de 21 de marzo), como cuando se trata del seguro de responsabilidad civil (art. 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de contrato de seguro).

Asimismo no es un supuesto de sustitución procesal el caso de los colegios profesionales y el cobro de los honorarios de sus miembros (art. 5, p, de la Ley 2/1974, de 13 de febrero) y especialmente el de los arquitectos (art. 3, g, del D. de 13 de junio de

1931). Se trata aquí de una representación institucional, similar a la del art. 20 del RD-legislativo 2/1995, de 7 de abril, de Procedimiento Laboral.

TEMA 17º

PLURALIDAD DE PARTES

(Esquema)

I. PLURALIDAD DE PARTES

1. Concepto y distinción de figuras afines

Más de una parte, puede deberse a:

- a) Acumulación de procesos: objetos procesales
- b) Proceso único con pluralidad de partes: legitimación

2. Clasificación

A) Necesaria; B) Eventual; C) Intervención provocada

II. EL LITISCONSORCIO

- a) El voluntario no es litisconsorcio, sino acumulación
 - b) Sí el necesario y el cuasi-necesario
- lis (litis), cum, sors (sortis)*

III. CLASES DE LITISCONSORCIO

1. Litisconsorcio necesario

A) *Concepto*

Legitimación plural

B) *Fundamento*

- a) Impuesto por la ley (pocas veces)
- b) Naturaleza de la relación material

Ejemplos

Inescindibilidad de ciertas relaciones materiales

C) *El proceso litisconsorcial*

Actitudes materiales y procesales diferentes

D) *Tratamiento procesal*

- a) Parte: excepción; audiencia previa o vista
- b) Juez: de oficio

2. Litisconsorcio cuasi-necesario

Eventual, depende de la voluntad del demandante

- a) Similitudes
- b) Diferencias

IV. LA INTERVENCIÓN PROCESAL

Lo único en común: la forma

Contenidos distintos. - Principal: acumulación

- Otras: pluralidad de partes. Art. 13.1 LEC

1. La intervención litisconsorcial

Afirmación de cotitularidad de la relación material

Casos: - acreedor y deudor solidarios

- consumidor y usuario

2. La intervención adhesiva simple

Titularidad de otra relación Eficacia refleja

Interferencia de relaciones jurídicas; dependencia; prejudicialidad

Jurisprudencia: subarrendatario y notario. Defenderse a sí mismo

Hoy está admitido que es parte procesal

3. Forma de la intervención

a) Modo

b) Incidencia en el proceso: principios

V. LITISDENUNCIACIÓN

Intervenciones provocadas por la parte;

No por el juez, pero: - Art. 420 LEC

- Sobre todo art. 15.1

A instancia de parte: art. 14. Del demandado. Plazo, sustanciación y extromisión

A) *Llamada por causa común*: art. 1084 CC: coherederos

B) *Llamada en garantía*

a) Formal: garantía

b) Simple: coobligación

Art. 14 LEC y 1482 CC

C) *Nominatio auctoris*: arts. 511 y 1559 CC

D) *Llamada al tercero pretendiente*

a) Litigio entre pretendientes

b) Llamada al tercero pretendiente

VI. LA SUCESIÓN PROCESAL: EL CAMBIO DE PARTES

Lite pendente nihil innovetur

A) *Cambios en la capacidad procesal*

a) Capacidad

b) Representación legal

B) Sucesión procesal

- a) Muerte de la persona física: art. 16 LEC
- b) Fusión o absorción de personas jurídicas
- c) Transmisión inter vivos de la cosa litigiosa: art. 17 LEC

PLURALIDAD DE PARTES

Pluralidad de partes. El litisconsorcio; clases de litisconsorcio. La intervención procesal. Litisdenunciación. La sucesión procesal: el cambio de partes.

I. PLURALIDAD DE PARTES

1. Concepto y distinción de figuras afines

Las leyes y la doctrina suelen regular y estudiar el proceso partiendo del supuesto --más común en la práctica pero no el único-- de que cada una de las posiciones procesales está ocupada por una parte, esto es, de que la pretensión es ejercitada por una única persona y frente a una única persona. Con todo, este supuesto, si es ciertamente el más común, no puede llevar a desconocer la existencia de casos en los que se ejercita una pretensión por varias personas y/o frente a varias personas.

En un procedimiento judicial pueden aparecer varias personas en la posición de demandante y/o de demandado y ello deberse a dos fenómenos procesales muy diferentes: Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes. Al primero se refiere el Tema 15º y aquí hemos de atender al segundo, aunque es imprescindible sentar las bases de la distinción entre uno y otro.

a) Acumulación de procesos

El fenómeno de la acumulación de procesos parte de que un procedimiento judicial puede ser la envoltura externa de más de un proceso. Si toda pretensión da origen a un proceso, la acumulación atiende a la conexión entre pretensiones, se fundamenta, bien en la economía procesal, bien en la conveniencia de evitar sentencias contradictorias y supone que dos o más pretensiones (originadoras de dos o más procesos) son examinadas en un mismo procedimiento judicial y resueltas en una única sentencia, aunque en ella habrán de contenerse tantos pronunciamientos como pretensiones se ejercitaron.

La acumulación no guarda relación con la legitimación plural, sino con la conexión entre dos o más pretensiones, y manifestaciones de ella son la “acumulación de acciones” (de los arts. 71 a 73 LEC), que es más comúnmente conocida como acumulación de pretensiones, y la acumulación de procesos (de los arts. 74 a 98 LEC). El lugar sistemático del estudio de las dos manifestaciones de la acumulación es el del objeto del proceso, por cuanto una y otra suponen la existencia de objetos procesales diferentes y varios que se conocen y resuelven en un solo procedimiento. Por lo mismo fueron estudiadas en el Tema 15º, esto es, a continuación del relativo al objeto del proceso.

b) Proceso único con pluralidad de partes

Estamos ante este otro fenómeno cuando dos o más personas se constituyen en un proceso, en la posición de actor y/o demandado, estando legitimadas para ejercitar o para que frente a ellas se ejercite una única pretensión (originadora de un único proceso), de modo que el juez ha de dictar una única sentencia, en la que se contendrá un solo pronunciamiento, la cual tiene como propiedad inherente a la misma el afectar por igual a todas las personas que fueron parte.

La pluralidad de partes es un fenómeno consecuencia de la legitimación plural. La legitimación, tanto la activa como la pasiva, puede corresponde a una única persona, pero también puede corresponder a varias personas, sin que ello signifique que esas personas legitimadas tengan que actuar coordinadas entre sí ni subordinadas las unas a las otras, pudiendo cada una de ellas adoptar actitudes procesales diferentes.

No se trata de afirmar que en el proceso civil pueda haber una tercera posición diferente de la de actor y demandado. Todas las personas que actúan en el proceso lo han de hacer ocupando una de esas dos posiciones. De lo que se trata es de que dentro de una de esas posiciones (o de las dos) puede haber más de una persona y tratarse de un único proceso. De tal forma que tiene plena vigencia el principio de dualidad de posiciones procesales, pero hay pluralidad de partes en alguna de esas posiciones, debiendo resaltarse, además, que cada una de las personas es parte por sí y puede mantener su propia actitud frente a la pretensión.

Pueden presentarse multitud de supuestos en los que más de una persona tienen legitimación, activa o pasiva, y ha de oírse a todas para dar una decisión única. Si una tercera persona interesada pretende obtener la anulación de un matrimonio contraído entre dos personas (art. 74 CC), ha de interponer una única pretensión frente a marido y mujer,

los cuales podrán adoptar posturas distintas, tanto en lo que se refiere a la anulación en sí misma como en los medios de defensa procesal que van a usar. Si un socio pretende que se declare nulo el contrato de constitución de la sociedad, ha de demandar a todos los socios restantes, que serán independientes en su defensa. En ambas hipótesis, como en todas en las que la legitimación para una pretensión corresponda a más de una persona, el pronunciamiento del órgano jurisdiccional ha de ser único y afectará a todas las partes, del mismo modo que el matrimonio existe o no para todos y que la sociedad lo es o no.

2. Clasificación

La falta de claridad en la distinción entre acumulación y pluralidad de partes ha provenido de una confusión terminológica. Las palabras han arrastrado a los conceptos y así ha ocurrido que todos los fenómenos que se han llamado *litisconsorcio* se han venido estudiando juntos, cuando es evidente que el llamado voluntario es un supuesto de acumulación (planteando problemas de objeto del proceso), mientras que el necesario lo es de pluralidad de partes (y sus problemas son de legitimación). Ha ocurrido lo mismo con la palabra *intervención*, a pesar de que la llamada principal y la denominada adhesiva simple no tienen parecido alguno en el fondo.

Atendiendo al modo de regularse la legitimación y al momento en que se produce la pluralidad de partes en el proceso, puede establecerse la siguiente clasificación:

- A) Necesaria: Litisconsorcio necesario.
 - 1) Originaria: Litisconsorcio cuasi-necesario
 - a) Legitimación ordinaria
- B) Eventual
 - 2) Sobrevenida: Intervención litisconsorcial
 - b) Legitimación extraordinaria: Intervención adhesiva simple.
- C) Casos de intervención provocada (Litisdenuciación).

II. EL LITISCONSORCIO

En la doctrina española el litisconsorcio ha venido definiéndose con relación únicamente a la presencia de varias personas bien como actores (activo), bien como demandados (pasivo), bien como actores y como demandados (mixto), sin atender a

la existencia de una o más pretensiones. Con esta base de partida se ha hablado de tres clases de litisconsorcio.

El llamado voluntario o facultativo, se caracteriza porque o varias personas voluntariamente ejercitan dos o más pretensiones contra una sola persona o porque una persona ejercita varias pretensiones contra una persona o porque varias personas ejercitan varias pretensiones contra varias personas. Con todo, y a pesar de la denominación tradicional no estamos en este caso ante un verdadero litisconsorcio, sino ante supuestos de acumulación, de modo que al final el juez debe dictar, sí una única sentencia, pero ésta ha de contener tantos pronunciamientos como pretensiones se ejercitaron.

La palabra litisconsorcio proviene de la unión de varias palabras latinas: *Lis (litis)*, *cum* y *sors (sortis)*, que significan comunidad de suerte en el litigio, y es evidente que en el llamado litisconsorcio voluntario no se produce esa comunidad de suerte pues cada pretensión ha de tener su propio pronunciamiento, sin que todos ellos tengan de alcanzar el mismo contenido. En este pretendido litisconsorcio lo que se produce realmente es siempre una acumulación de pretensiones que conduce a una acumulación de procesos en un procedimiento único. No hay aquí verdadera pluralidad de partes en un proceso, sino existencia de varios objetos procesales y, por lo mismo, de verdaderos procesos, cada uno de ellos con un demandante y con un demandado.

Por el contrario en los denominados litisconsorcio necesario y cuasi-necesario sí que se está ante comunidad de suerte en el litigio y, por lo mismo, sí se que se produce un verdadero litisconsorcio, esto es, un fenómeno de pluralidad de partes en el proceso, no de acumulación de varios objetos procesales. La pluralidad de partes ha de significar que para un solo objeto procesal (para una única pretensión) están legitimadas dos o más personas de modo activo o pasivo, con lo que lo esencial es la existencia de un solo objeto y de más de un demandante o de más de un demandado.

III. CLASES DE LITISCONSORCIO

1. Litisconsorcio necesario

A) Concepto

El proceso único con pluralidad de partes es necesario cuando las normas jurídicas conceden legitimación para pretender y/o para resistir, activa y/o pasiva, a varias personas conjunta, no separadamente; en estos casos todas esas personas han de ser demandantes y/o demandadas, pues se trata del ejercicio de una única pretensión que alcanzará satisfacción con un único pronunciamiento.

En la legitimación ordinaria basta para que exista que el actor afirme que él es titular del derecho subjetivo material (activa) y que el demandado es titular de la obligación (pasiva). Ahora bien, existen casos en que esto no es suficiente, siendo necesario para que exista legitimación que la afirmación activa la hagan todos los titulares del derecho y/o que la imputación pasiva se haga frente a todos los titulares de la obligación. Estamos ante un supuesto de legitimación conjunta de dos o más personas en una u otra posición, o en las dos, que viene denominándose tradicionalmente litisconsorcio necesario.

B) Fundamento

La existencia de este litisconsorcio responde a dos supuestos muy claramente diferenciados.

a) El más sencillo de ellos, pero el menos común, es aquél en el que la propia ley lo impone expresamente.

Este es el caso del art. 1.139 CC, respecto de las obligaciones indivisibles, en que la deuda sólo puede hacerse efectiva «procediendo contra todos los deudores», y del art. 600 LEC que en las tercerías de dominio ordena que la demanda se dirija contra el ejecutante y el ejecutado cuando el bien a que se refiera haya sido designado por él (a pesar de la terminología legal no se trata de un litisconsorcio voluntario). Con todo, normas de esta naturaleza no es fácil encontrarlas en las leyes.

b) El supuesto normal de litisconsorcio no precisa de norma expresa, porque su necesidad viene impuesta por la naturaleza de la relación jurídico material respecto de la que se hacen las afirmaciones legitimadoras. Es esa relación la que impone que, en ocasiones, la afirmación de titularidad de una persona sola o la imputación de la obligación a una única persona, no sea suficiente para que el juez pueda entrar a decidir sobre el fondo del asunto. Por eso el art. 12.2 LEC dice que cuando por razón del objeto del proceso la tutela jurisdiccional sólo pueda hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados como litisconsortes.

Veamos algunos ejemplos en los que la existencia de esta clase de litisconsorcio aparece de modo indudable:

1.º) Cuando un tercero intenta pretender la declaración de nulidad de un matrimonio, ha de demandar a los dos cónyuges (art. 74 CC).

2.º) Si se pretende la nulidad de un negocio jurídico, debe demandarse a todos los que sean parte (material) del mismo; así si se cuestiona la validez de un testamento hay que demandar a todos los herederos, si se quiere declarar nulo un contrato de sociedad hay que demandar a todos los socios, si se demanda la revocación de un contrato en fraude de acreedores hay que traer al proceso al deudor y al tercero adquirente, etc.

3.º) En los casos de cotitularidad de varias personas sobre un mismo bien, como es la pretensión reivindicatoria sobre un bien propiedad indivisa de varias personas, cuando la reivindicación se refiere a toda la cosa.

Si el fundamento del litisconsorcio necesario ha de encontrarse en lo que tienen en común los ejemplos dichos, parece claro que no lo hallaremos, a pesar de lo que dice la jurisprudencia, ni en la supuesta extensión de la cosa juzgada a quien no fue parte, ni en el principio de contradicción, ni en el evitar sentencias contradictorias, ni en la imposibilidad de ejecución de la sentencia y ni siquiera en la más antigua teoría de la sentencia *inutiliter data*.

El fundamento hay que buscarlo en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídico materiales respecto de las cuales, independientemente de cual haya de ser el contenido de la sentencia estimando o desestimando la pretensión, aparece de modo previo la exigencia de que las afirmaciones en que se resuelve la legitimación han de hacerla varias personas o han de hacerse frente a varias personas.

Esa inescindibilidad es la que lleva a que los casos de litisconsorcio activo sean excepcionales en la práctica, en la que lo común es que sean pasivos; y tanto es así que el art. 12.2 LEC se refiere sólo a éstos, sin tomar en cuenta la activos. En lo que sigue nos centraremos en los pasivos.

C) El proceso litisconsorcial

El que exista una legitimación conjunta no tiene porque significar actuación procesal coordinada. Las partes que integran la posición litisconsorcial pasiva pueden actuar con un mismo abogado y procurador, pero también es posible que cada una de ellas adopte actitudes materiales y procesales distintas por lo que cada parte comparecerá con abogado y procurador propios.

Cada litisconsorte pasivo puede formular sus propios escritos de alegaciones y proponer los medios de prueba correspondientes, manteniendo actitudes materiales distintas (las razones de la oposición pueden ser diferentes) y haciéndolas valer procesalmente de manera autónoma. Por lo mismo los medios de impugnación pueden ser interpuestos por uno solo de ellos, si bien su éxito beneficiará a los demás. Lo único que tienen que hacer conjuntamente son los actos de disposición; la disposición del objeto del proceso sólo valdrá si es realizada por todos.

Con lo dicho hasta aquí tiene que haberse advertido que teóricamente el litisconsorcio puede ser activo o pasivo, pero que el primero difícilmente podía tener realidad. Es por ello por lo que el art. 1233 de la LEC se refiere sólo al litisconsorcio pasivo.

D) Tratamiento procesal

El no haber sido demandado alguno de los legitimados puede ponerse de manifiesto por los sí demandados y por el juez. Los primeros lo harán por medio de la excepción procesal de falta de litisconsorcio pasivo necesario, de la que se conocerá en la audiencia previa o en la vista (arts. 416.1, 3.ª, y 420 LEC, para el juicio ordinario, y 443, para el juicio verbal), pero el juez también debe, de oficio, poner de manifiesto el defecto procesal.

El defecto procesal de no haber demandado a todos los legitimados, con la inexistencia de litisconsorcio pasivo necesario, bien haya sido denunciado por las partes, bien lo haya tomado en consideración el juez de oficio, conduce a la posible integración de la litis y, en su caso, a una resolución meramente procesal, sin entrar en el fondo del asunto (art. 420).

Si a pesar de todo el juez entra en el fondo del asunto y condena a los litisconsortes sí demandados, su sentencia no es nula pero es ineficaz e inoponible frente a quien no ha sido parte procesal debiendo serlo. Incluso debe ser ineficaz frente a los que sí fueron parte, pues normalmente será imposible ejecutarla también contra ellos sin que se cause un perjuicio irreparable a los ausentes.

2. Litisconsorcio cuasi-necesario

La pluralidad de partes es eventual y originaria en el caso del denominado litisconsorcio cuasi-necesario, es decir, cuando la legitimación activa y/o pasiva corresponde a varias personas, pero no de manera necesariamente conjunta; en estos casos se permite la existencia del proceso entre dos únicas personas, limitándose a exigir la norma que, en el supuesto de que más de una persona demanden o sean demandadas han de hacerlo conjuntamente, tratándose de una única pretensión y de un único proceso que finalizará también con un único pronunciamiento. La existencia del litisconsorcio queda a la voluntad del o de los demandantes.

El caso que la doctrina suele destacar es el de las obligaciones solidarias. Entre él y el del litisconsorcio necesario hay similitudes y diferencias:

1) Similitudes: Siempre se ejercitará una única pretensión, también cuando se demanda a varios deudores solidarios, originadora de un único proceso, dictándose un único pronunciamiento, pues la obligación existe o no frente a todos los deudores.

2) Diferencias: En este litisconsorcio cuasi-necesario la existencia de la pluralidad de partes no viene impuesta por la naturaleza de la relación jurídico material, siendo posible que se demande a un único deudor solidario; la ley impone sólo que si se quiere demandar a varios deudores simultáneamente ha de hacerse en un único proceso.

Naturalmente en este caso no podrá oponerse excepción de falta de litisconsorcio si se demanda a un solo deudor. Si el litisconsorcio se constituye, porque el actor demanda a varios, el proceso litisconsorcial tendrá un desarrollo similar al que antes hemos visto para el necesario, pudiendo mantener las partes posturas materiales y procesales diferentes.

IV. LA INTERVENCIÓN PROCESAL

La intervención de terceros en el proceso ha venido estudiándose como un fenómeno que responde a un fundamento único, aunque luego se ha procedido a distinguir varias figuras, pero últimamente se ha destacado que esta consideración única no era admisible. Es cierto que la intervención supone siempre la injerencia de alguien que, hasta entonces era tercero, en un proceso ya en marcha entre otras

personas para convertirse en parte en él, pero si la forma es común no lo es el contenido.

Las distintas especies de lo que formalmente es intervención responden a fundamentos variados y tienen tratamientos procesales diversos. La más importante de esas diferencias radica en que en un caso la intervención produce una acumulación de procesos (la llamada principal), mientras que otras veces conduce a un proceso único con pluralidad de partes (las intervenciones litisconsorcial y adhesiva simple). Esta radical diferencia hace que la intervención principal haya de estudiarse en el Tema 15º, el de las acumulaciones, mientras que en éste deba atenderse a las otras dos intervenciones.

El art. 13.1 LEC contiene una norma general sobre la intervención voluntaria, en virtud de la cual se permite, a quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito, pedir y ser admitido como parte mientras se encuentre pendiente un proceso. Ahora bien, a pesar de la generalidad de la norma, deben distinguirse dos supuestos.

A esos dos supuestos se aplican presupuestos mínimos y comunes de la intervención:

1º) Existencia de un proceso pendiente entre otras personas: Mientras el proceso esté pendiente la intervención es posible, y por ello puede intervenir en los recurso y para interponer éstos.

2º) Cualidad de tercero frente a ese proceso: La condición de tercero se enuncia negativamente; es tercero quien no es parte, quien no está en el proceso.

3º) Interés: La legitimación del tercero se basa en su afirmación, bien de cotitularidad de la relación material (litisconsorcial), bien de prejudicialidad o de dependencia respecto de la misma (adhesiva simple).

1. Intervención litisconsorcial

Existen terceros que pueden afirmar su cotitularidad de la relación jurídico material deducida en el proceso por las partes iniciales. Cuando un tercero hubiera podido figurar desde el comienzo en el proceso como parte, y si no sucedió así fue porque su presencia no era imprescindible, estamos ante la posición habilitante del tercero para intervenir litisconsorcialmente. Su legitimación se basará en la

afirmación de la cotitularidad. El tercero al intervenir tratará de defender derechos propios, no ajenos, pero no ejercitará una pretensión distinta de la ya ejercitada por el demandante.

El ejemplo más claro de intervención litisconsorcial es la que puede realizar el acreedor solidario que no demandó y el deudor solidario que no fue inicialmente demandado, pero existen otros casos como el del coheredero en el supuesto del art. 1.084 CC, o el del accionista que interviene en el proceso de impugnación de acuerdos de sociedades anónimas para mantener la validez de los mismos (art. 117.4 del RD-legislativo 1.564/ 1989, de 22 de diciembre, de sociedades anónimas).

Un caso muy especial es el de la intervención de cualquier consumidor o usuario en el proceso instado por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de intereses de aquéllos, o del afectado en el proceso instado por el grupo, a los cuales el art. 13.1, II, LEC les legitima para intervenir, lo que reitera el art. 15.2 LEC.

2. Intervención adhesiva simple

La pluralidad de partes eventual puede producirse también con base en una legitimación que no consiste en afirmar la cotitularidad de la relación jurídico material deducida en el proceso por las partes iniciales, sino en afirmar la titularidad de otra relación jurídica que es dependiente de la primera, de modo que la decisión que en el proceso se adopte será hecho constitutivo, modificativo o extintivo de la relación segunda. Es el supuesto de la intervención adhesiva simple que presupone la llamada eficacia refleja de la cosa juzgada.

La eficacia refleja de la cosa juzgada tiene su origen en Ihering, aunque referida al derecho material, el cual observó que, así como en el mundo biológico existen reacciones involuntarias o automáticas, en el mundo jurídicos los actos tienen efectos directos, limitados a los destinatarios del acto mismo, pero también producen afectos no queridos por las partes, los cuales, por los nexos de dependencia existentes entre las relaciones, pueden afectar a terceras personas. La aplicación de esta doctrina general al Derecho procesal fue realizada por Wach, que distinguió tres categorías de posibles efectos para los terceros: eficacia directa (que legitima para la intervención litisconsorcial), eficacia refleja (que lo hace para esta intervención adhesiva simple) y una tercera en la que al ser el tercero titular de una relación jurídica independiente de la que constituye el objeto del proceso puede legitimar para la intervención principal.

La eficacia refleja se basa, pues, en las interferencias entre la relación jurídico material deducida en el proceso por las partes iniciales y la relación jurídica de la que afirma ser titular el tercero con una de las partes. Esas interferencias consisten en un vínculo de dependencia que se resuelve en la prejudicialidad, de

modo que la sentencia que se dicte en el proceso determinará el nacimiento, modificación o extinción de la relación jurídica del tercero con una de las partes.

Por intervención adhesiva simple hay que entender, pues, la injerencia de un tercero en un proceso pendiente entre otras personas, con el fin de evitar el perjuicio jurídico que pueda ocasionarle, como consecuencia de los efectos reflejos de la cosa juzgada, la derrota procesal de una de las partes.

El tercero al intervenir persigue, pues, evitar unos perjuicios. En algunos casos su actuación puede limitarse a coadyuvar a la victoria de una de las partes, apoyándola con alegaciones y medios de prueba, pero en otros tendrá que suplir la inactividad de la parte originaria e incluso es posible que tenga que enfrentarse a ella cuando se trate de un proceso fraudulento o simulado. Al intervenir el tercero lo hace para defenderse a sí mismo. Si la finalidad de la intervención se redujera —como pretende la mayoría de la doctrina— apoyar, colaborar, coadyuvar a la victoria de una de las partes originarias, en buena parte de los casos la intervención no sería útil ni económica. De ahí que la única solución práctica consista en reconocer al interviniente la condición de parte.

En la jurisprudencia casi todos los casos de esta intervención partían de la base de la existencia de confabulación entre las partes; así cuando el subarrendatario interviene en el proceso entre arrendador y arrendatario o cuando el notario interviene en el proceso en que se impugna un testamento por defectos de forma. Si al interviniente no se le concede la cualidad de parte, con todos los poderes procesales inherentes a tal condición (salvo los de disposición), estaremos ante una institución inútil. Además de que en el proceso se es o no se es parte, no pudiendo darse situaciones intermedias.

En todo caso esta intervención tampoco supone el ejercicio de una nueva pretensión. Si el interviniente se coloca en la situación de actor, mantendrá la misma pretensión que ya interpuso el originario demandante. Si se coloca en la situación de demandado podrá formular resistencia. La intervención no supone acumulación sino proceso único con pluralidad de partes.

3. Forma de la intervención

Los problemas procesales sobre la actuación del interviniente dependerán de si se le considera o no parte en el proceso en que interviene. El art. 13 LEC le concede la condición de parte y por ello:

a) Modo de realizar la intervención: Esta se solicitará por escrito al juzgador, justificando el interés; habrá de oírse a las partes ya personadas, por plazo de diez días, y se decidirá por auto.

b) Incidencia de la intervención sobre el proceso: Puede enunciarse en tres principios: 1º) La intervención no puede hacer retrotraer las actuaciones; 2º) A pesar de lo anterior el interviniente puede hacer las alegaciones necesarias para su defensa que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso, alegaciones de las que se dará traslado a las demás partes por plazo de cinco días, y 3º) Podrá interponer recursos de modo autónomo, esto es, aunque su litisconsorte no recurra.

Lo anterior esta presuponiendo que el interviniente se convierte en parte en el proceso, con todos los poderes procesales inherentes a esa condición. El interviniente litisconsorcial, al ser titular de la relación jurídico material deducida en el proceso, puede realizar los actos de disposición material; el interviniente adhesivo simple no, pero puede oponerse a los realizados por las otras partes.

V. LITISDENUNCIACIÓN

En los casos vistos hasta aquí la intervención depende de una decisión que debe tomar el tercero sin incitación alguna, y por lo mismo se suelen denominar de intervención voluntaria. Existen otros, que se denominan de intervención provocada, en los que la iniciativa para la intervención proviene de una de las partes que está en el proceso.

En el derecho español no existe, en general, la intervención por orden del juez, porque la misma sería contraria a los principios que informan nuestro proceso civil; en éste no es imaginable, ante la falta de norma expresa, que el juez imponga a un tercero la carga de intervenir. Lo más parecido a ello es la integración de la litis en caso de litisconsorcio necesario, pero adviértase que el art. 420 LEC dispone que esa integración es voluntaria.

El art. 15.1 atiende a un caso especial que, más que una llamada por orden del juez, es dar publicidad a la existencia de un proceso cuando se trata de intereses difusos y en atención a que les afectará la cosa juzgada (art. 222.3 LEC). Se trata de que, en los procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios (o por los grupos de afectados), se llame al proceso a quienes tengan la condición de perjudicados, por medio de la difusión de la admisión de la demanda en medios de comunicación social.

El art. 14 LEC regula dos supuestos de intervención provocada, uno a instancia del demandante y otro a petición del demandado, y en los dos casos existe una remisión a lo que disponga la ley, que debe entenderse que es la ley material.

Lo cierto es que los posibles casos de intervención provocada por el demandante están por determinar, mientras que los de intervención por llamada del demandado sí tienen alguna previsión legal expresa.

Para los casos de intervención provocada por el demandado se regula la forma de la intervención, de modo que:

1.º) El demandado, dentro del plazo para contestar a la demanda (o si se trata del juicio verbal antes del día señalado para la vista), pedirá al tribunal que sea notificada al tercero la pendencia del proceso.

Esta petición suspenderá el plazo para contestar a la demanda, que se reanudará, bien con la notificación del auto desestimando la petición, bien, si la petición es estimada, con el traslado del escrito de contestación a la demanda presentado por el tercero o con la expiración del plazo que se le haya concedido para ello.

2.º) El tribunal oirá al demandante, por plazo de diez días, y resolverá lo procedente. En el caso de que estime la petición de llamada al tercero, lo emplazará para contestar a la demanda (en la forma del emplazamiento del demandado). Si se trata de juicio verbal, se hará nuevo señalamiento para la vista, con citación también del tercero.

3.º) Cabe la extromisión del demandado, pues éste puede pedir, si ha comparecido el tercero, que su lugar sea ocupado por dicho tercero (art. 14.2, 4.ª). Oídas las partes, por plazo de cinco días, el juez puede decidir la extromisión del demandado, que hace el art. 18 regula como forma de sucesión procesal.

A) Llamada por causa común

En otros ordenamientos se regula en general la posibilidad de que una de las partes pueda llamar al proceso a un tercero respecto del que considera que la causa es común. De esta posibilidad en el derecho español se conoce únicamente el caso específico del art. 1.084 CC. Los acreedores pueden exigir el pago de sus créditos por entero de cualquiera de los herederos que no hubieren aceptado la herencia a beneficio de inventario, pero al mismo tiempo el artículo faculta al heredero

demandado para hacer citar o emplazar a los coherederos (siempre que no hubiera quedado él solo obligado al pago de la deuda).

B) *Llamada en garantía*

Mediante esta llamada una parte (normalmente el demandado) provoca la intervención en el proceso de un hasta entonces tercero, que debe garantizar al llamante de los resultados del mismo. La llamada puede ser formal o simple.

En la llamada formal el tercero está obligado a garantizar al llamante en virtud de una transmisión onerosa de derechos efectuada con anterioridad, como es el caso de los arts. 638 (evicción en la donación onerosa), 1475 a 1482 (saneamiento en caso de evicción en la compraventa), 1.529 (cesión de créditos), 1.540 (permuta), 1.557 (arrendamiento) y 1.681 (evicción por lo aportado a la sociedad) del CC.

En la llamada simple la obligación de garantizar procede de un vínculo de coobligación que da lugar, entre los obligados, a pretensiones de regreso total o parcial, después de satisfacer al acreedor común, como ocurre en los arts. 1.145 (obligaciones solidarias), 1.830 y 1.839 (fiador demandado) y 1.837 (cofiadores) del CC.

Debe entenderse que el art. 14 LEC ha abrogado el art. 1482 CC en lo relativo a la forma de la llamada al tercero, pero sigue tratándose de una simple denuncia del litigio, no del ejercicio de la acción de garantía.

De las normas dichas se desprende:

1.º) Que la llamada es una simple denuncia del litigio por la que se invita al tercero a intervenir, de modo que si no lo hace no podrá después alegar que la sentencia es *res inter alios iudicata*, y si interviene hay que considerarlo interviniente adhesivo, aunque conteste a la demanda antes que el demandado.

2.º) Que no existe en nuestro ordenamiento unión entre la denuncia del litigio y la acción de garantía; estamos ante la denuncia del litigio sin más, pues el comprador demandado no formula la pretensión de garantía contra el tercero vendedor.

C) *Nominatio auctoris*

Se trata aquí de que alguien que detenta una cosa como poseedor inmediato, es demandado por el que afirma ser su dueño, ejercitando una *actio in rem o in rem scripta*; el poseedor inmediato afirma poseer en nombre de otro, que es el poseedor mediano. Lo aconsejable en esta situación es que el demandado ponga en conocimiento del verdadero poseedor la perturbación que sufre en la posesión, para

que éste lo defienda y se defienda. Esta llamada se conoce también en la doctrina como llamada al poseedor mediato.

La legislación española es muy deficiente. En el CC habría que referirse al usufructuario (art. 511) o al arrendatario (art. 1.559) y a su obligación de poner en conocimiento del propietario cualquier acto de tercero que sea capaz de lesionar el derecho de propiedad. Este «acto» puede ser un proceso y la puesta en conocimiento una *nominatio auctoris*. El propietario, si interviene, se convertirá en parte de un proceso único.

D) Llamada al tercero pretendiente

Puede ocurrir que una persona reconozca su condición de obligado en una relación jurídico material pero desconozca quien es el titular del derecho subjetivo, y partiendo de esta situación pueden presentarse dos posibilidades procesales:

1.^a) Que ese sujeto pasivo haya sido demandado ya en dos o más procesos por otras tantas personas que afirman su titularidad del derecho subjetivo; la solución aquí radica en que el demandado en los varios procesos pida la acumulación de los mismos, y luego utilizando el art. 1.176, II, CC deposite en el juzgado el importe de la deuda, con lo que estaríamos ante un litigio entre pretendientes.

2.^a) Que ese sujeto pasivo haya sido demandado ya en un proceso por uno solo de los pretendientes, y entonces puede llamar al procedimiento a los otros pretendientes, los cuales si intervienen darán lugar a una intervención principal, aunque cabe la extromisión del demandado, el cual deberá depositar previamente lo reclamado.

VI. L SUCESIÓN PROCESAL: EL CAMBIO DE PARTES

La tramitación de todo proceso precisa de un tiempo, más o menos largo, durante el cual la situación inicial de las partes puede cambiar. Aunque cabe registrar una cierta aspiración a que esa situación inicial se mantenga sin modificaciones (*lite pendente nihil innovetur*), la realidad se impone a los deseos y es preciso solucionar los problemas que aquélla inevitablemente plantea. Se trata ahora de determinar los cambios que pueden producirse en las partes desde la

iniciación del proceso (es decir, desde el momento de producción de la litispendencia, y mientras éste esté pendiente.

A) Cambios en la capacidad procesal

Los verdaderos supuestos de sucesión procesal son aquéllos en los que se produce el cambio de una parte por otra en la misma posición procesal, pero existen otras modificaciones que también tienen interés; nos referimos a los cambios en la capacidad procesal de las personas físicas que pueden afectar a:

1.º) La capacidad: A lo largo del proceso puede producirse la adquisición de la mayoría de edad o la pérdida de la capacidad por sentencia de incapacitación; en el primer caso el representante legal deja de serlo y en el segundo tendrá que comparecer el tutor o curador, si bien en ninguno se produce un verdadero cambio de parte.

2.º) La representación legal: El titular de la patria potestad puede morir y hay que nombrar tutor, o éste ser removido, y en los dos casos habrá de comparecer el nuevo representante legal.

En la LEC no existe una previsión directa de estos casos sino sólo indirecta, en el art. 30.1, 3.º, y 2, relativas al cese del procurador en su representación técnica cuando se produce el fallecimiento del poderdante, y a que los cambios en la representación necesaria (personas jurídicas) o en la administración (masa patrimonial, patrimonios autónomos, entes sin personalidad) no extinguen el poder del procurador ni darán lugar a una nueva personación.

B) Sucesión procesal

La verdadera sucesión procesal atiende al cambio en el proceso de una parte por otra, en la misma posición procesal, por haberse convertido la segunda en titular de la posición habilitante para formular la pretensión o para que frente a ella se formule.

a) Muerte de la persona física

Se trata de una aplicación particular del supuesto general de la sucesión, por el cual el heredero sucede al difunto en todos sus derechos y obligaciones (art. 661 CC), pero pueden ocurrir circunstancias en alguna medida especiales, y así el sucesor procesal puede ser la persona determinada en el art. 16 de la LAU cuando el litigio verse sobre un arrendamiento urbano. En algunos casos la muerte de la parte extingue el proceso (por ejemplo, en el juicio de divorcio).

El art. 16 LEC prevé el supuesto de la muerte de la parte y la transmisión *mortis causa* de lo que sea objeto del juicio, y lo hace distinguiendo varias posibilidades:

1.^a) El sucesor puede comunicar al tribunal la defunción de alguno de los litigantes, caso en el que aquél suspenderá el proceso y, previo traslado a las demás partes, acreditados la defunción y el título sucesorio y cumplidos los trámites pertinentes, tendrá por personado al sucesor, especialmente a efectos de la sentencia que dicte.

2.^a) Si la defunción de un litigante consta al tribunal y el sucesor no se persona en el plazo de los cinco días siguientes, se permitirá a las demás partes pedir, con identificación de los sucesores y del domicilio, que se les notifique la existencia del proceso, emplazándolos para que comparezcan en el plazo de diez días, con suspensión también del proceso.

3.^a) En especial, si el fallecido es el demandado puede ocurrir que: 1) Las demás partes no conozcan a los sucesores, 2) Estos no puedan ser localizados, y 3) Conocidos y emplazados no quieran comparecer, pero en los tres casos seguirá adelante, con declaración de rebeldía de la parte demandada.

4.^a) También en especial, si el fallecido es el demandante y sus sucesores no se personan por: 1) Las demás partes no los conocen, y 2) No pueden ser localizados, en los dos casos se entenderá que ha habido desistimiento (salvo que el demandado se opusiera a esta declaración, aplicándose entonces el art. 20.3).

5.^a) Por último, si el fallecido es el demandante y sus sucesores no quieren comparecer, se entenderá que existe renuncia a la acción ejercitada.

b) Fusión o absorción de las personas jurídicas

Normalmente la extinción de la persona jurídica no producirá el cambio de parte, porque la ley prevé mantener su personalidad a los efectos de concluir las operaciones pendientes (así art. 264 del RD legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, de Sociedades Anónimas). Sí hay cambio de parte en los casos de absorción o fusión; en el primero se extingue una sociedad y en el segundo las dos, y en ambos deberá acreditarse el cambio en el proceso.

c) Transmisión inter vivos de la cosa litigiosa

La pendencia procesal de los derechos relativos a una cosa no convierten a ésta en intransmisible. En el CC hay base suficiente para referirse a la transmisión negocial de cosas litigiosas (art. 1.291, 4.º), o a la cesión de créditos litigiosos (art. 1.535), y aún cabría referirse a las transmisiones forzosas. El art. 17 LEC regula la sucesión procesal en este supuesto.

El adquirente de lo que sea objeto del juicio podrá solicitar, acreditando la transmisión, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba al transmitente, y el tribunal, con suspensión de las actuaciones, dará traslado a la otra parte por diez días. La parte contraria puede:

1.º) No oponerse a la sucesión: El tribunal, por medio de auto, acordará la sucesión en la posición procesal y alzará la suspensión.

2.º) Oponerse a la sucesión: El tribunal tendrá que decidir, por medio de auto, y lo hará:

1”) Denegando la sucesión: Procederá la denegación cuando la parte contraria 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 que el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa. En este caso continuará el juicio

asumiendo la condición de parte el transmitente, y sin perjuicio de las relaciones jurídico privadas que existan entre ambos.

2”) Admitiendo la sucesión: Si no concurren los casos anteriores.

TEMA 18º

ACTOS PREVIOS AL PROCESO

(Esquema)

I. ACTOS PREVIOS AL PROCESO

- 1) Necesario: Reclamación administrativa previa
- 2) Facultativos: Dilig. preliminares y conciliación

II. DILIGENCIAS PRELIMINARES

1. Concepto y generalidades

Arts. 256 a 263: Naturaleza discutible

Finalidades (2) y generalidades:

- 1) Previstas en la ley
- 2) Competencia
- 3) Postulación
- 4) Costas

2. Enumeración de las medidas

- a) Determinación de capacidad, representación y legitimación
Forma. Terminación de tres maneras
- b) Exhibición de cosa mueble
Para la adopción de medida cautelar
- c) Exhibición de documentos sucesorios
- d) Exhibición de documentos entre socios y comuneros
- e) Exhibición de contrato de seguro
Acción directa
- f) Determinación de los integrantes del grupo

3. Procedimiento

- a) Petición
- b) Decisión: Accede o deniega
- c) Citación y requerimiento
- d) Oposición

III. RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA

No LEC; Ley 30/1992

- a) Procedimiento: Dos supuestos, pero igual
- b) Efectos de la no presentación

¿Presupuesto procesal?. Mero privilegio. No de oficio

Defecto subsanable

- c) Efectos de la presentación: Plazos; suspensión, interrupción
- d) Efectos de la estimación: Total o parcial
- e) Efectos de la desestimación
- f) La correlación

IV. CONCILIACIÓN PREPROCESAL

Arts. 460 a 480 LEC de 1881

A) Concepto, clases y naturaleza

Definición; judiciales hay dos. Pero aquí preventiva

B) Carácter voluntario y supuestos excluidos

Historia obligatoria; desde 1984 voluntaria, pero

- Lista de 4 prohibiciones:
- 1) Administraciones públicas
 - 2) Menores, incapacitados
 - 3) Responsabilidad jueces
 - 4) No disponibles

C) Competencia

- a) Objetiva: paz y primera Instancia
- b) Territorial: domicilio demandado

D) Procedimiento

- a) Solicitud o papeleta
- b) Admisión
- c) Citación
- d) Incomparecencia de las partes
- e) Comparecencia y resultados
- f) Documentación

E) Efectos

- a) De la existencia del acto
- b) De lo convenido: 1) Como título para ejecución
2) Documento público y solemne

F) Impugnación de lo convenido

- a) Motivos materiales
- b) Motivos procedimentales

ACTOS PREVIOS AL PROCESO

Actos previos al proceso. Diligencias preliminares. La reclamación administrativa previa. La conciliación.

I. ACTOS PREVIOS AL PROCESO

El proceso civil empieza siempre por medio de la demanda, pero la ley regula toda una serie de actividades que son previas al mismo y que tienen naturalezas jurídicas muy distintas. Las que nos importan en este Tema son las no jurisdiccionales, y dentro de ellas hay que distinguir entre:

1º) Actividad necesaria, de la que resta sólo la reclamación administrativa previa, que no se refiere a todos los procesos sino sólo a aquellos en que aparece como demandada alguna Administración pública, y

2º) Actividades facultativas, que son la conciliación previa y las diligencias preliminares, que pueden preceder a todo proceso de declaración pero que dependen de la voluntad del futuro demandante.

II. DILIGENCIAS PRELIMINARES

1. Concepto y generalidades

El Capítulo II del Título I del Libro II de la LEC (arts. 256 a 263) recoge un conjunto heterogéneo de las llamadas diligencias preliminares, cuya naturaleza jurídica es discutible.

En la regulación de la LEC/1881 podía afirmarse que estas diligencias no eran procesos porque el juez no actuaba jurisdiccionalmente en ellas, debiendo ser consideradas actos de jurisdicción voluntaria, y las razones para ello eran dos: 1) El juez no dictaba una resolución judicial que decidía una controversia entre las partes, y 2) El resultado de la diligencia no surtía efecto alguno en el proceso posterior, en el que el demandado no quedaba vinculado por aquél.

En la LEC vigente las cosas se han complicado. Se mantiene, como no podía ser menos, que el juez no dicta una resolución que decide una controversia, pero ya existe algún supuesto en el que el resultado de la diligencia, incluso implícito, sí surte efectos en

el proceso posterior (caso de la diligencia relativa a documentos contables, art. 261, 4.^a). A pesar de ello debe seguirse sosteniendo que estamos ante actos de jurisdicción voluntaria.

La realización de las diligencias depende de la voluntad del futuro demandante, de que las considere convenientes, y su finalidad puede ser doble: 1) Despejar dudas sobre la afirmación de titularidad, normalmente pasiva, pero en algún caso también activa, a hacer en un futuro proceso, pretendiendo evitar la realización de actividad jurisdiccional inútil, que acabaría en una sentencia meramente procesal, y 2) Preparar el futuro proceso aclarando algún elemento desconocido del tema de fondo.

La mezcla producida entre diligencias con una larga tradición (algunas provienen del Derecho romano, como la *interrogatio in iure* y la *actio ad exhibendum*) y otras nuevas (como la relativa a los intereses colectivos), es de difícil reducción a la unidad, pero con carácter general puede afirmarse:

a) Sólo pueden pedirse y decretarse las diligencias previstas expresamente en alguna ley.

Se trata de que las diligencias preliminares han de estar previstas en norma con rango de ley, permitiéndose que la previsión se contenga en leyes especiales; por ello el art. 256.1, 7.º, LEC contiene una remisión genérica a las diligencias previstas en leyes especiales, remisión que debe completarse con lo dispuesto en el art. 363, según el cual lo dispuesto en la LEC se aplicará de modo supletorio, esto es, en tanto no se oponga a lo dispuesto en la legislación especial.

b) La competencia para acordarlas se atribuye al Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la persona que, en su caso, hubiere de declarar, exhibir o intervenir en las actuaciones que se acordaren como diligencia preliminar (art. 257).

Norma especial de competencia es la referida al caso de que se trate del supuesto del art. 256.1, 6.º, es decir, de preparar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, en que la competencia se atribuye al tribunal ante el que haya de presentarse la demanda determinada.

La concurrencia de la competencia debe controlarse de oficio por el tribunal, y si éste entiende que no es competente se abstendrá de conocer, indicando al solicitante el Juzgado al que debe acudir. Si este segundo Juzgado se inhibiere, a su vez, decidirá el conflicto negativo el tribunal inmediato superior común, conforme a lo dispuesto en el art. 57. No puede plantearse la declinatoria.

c) Para la postulación los arts. 23 (procurador) y 31 (abogado) excluyen la necesidad de la misma cuando se trata de medidas urgentes con anterioridad al

juicio, por lo que todo depende de que la diligencia concreta pueda considerarse urgente.

d) Los gastos que se ocasionen a las personas que hubieren de intervenir en las diligencias serán a cargo del solicitante de las mismas (art. 256.3).

Para garantizar el pago de estos gastos, y de los daños y perjuicios que puedan irrogarse, el solicitante ofrecerá caución y la fijará el tribunal, pudiendo ser de cualquiera de las clases previstas en el art. 64.2, II. La caución puede tener un doble destino:

1.º) Practicada la diligencia, o denegada la misma por la estimación de la oposición, el tribunal resolverá, por medio de auto y en el plazo de cinco días, sobre la aplicación de la caución, a la vista de la petición de indemnización y de la justificación de gastos que se presente, oído el solicitante (art. 262).

2.º) El remanente se devolverá al solicitante, si presenta la demanda del proceso posterior en el plazo de un mes desde la terminación de la diligencia, pero si no lo hace así, dicho remanente se perderá a favor de la o las personas que hayan intervenido en la diligencia (art. 262.3).

2. Enumeración de las medidas

Sin perjuicio de la remisión a lo previsto en leyes especiales, el art. 256.1 LEC, enumera las diligencias que pueden acordarse:

a) Determinación de la capacidad, la representación y la legitimación

La diligencia puede consistir en que el futuro demandado declare, 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.

La Ley no dice cómo ha de prestarse esa declaración, pero creemos que debe estarse a la forma prevista para el interrogatorio de la parte como medio de prueba. La diligencia puede concluir de tres maneras:

1.ª) Que el sujeto pasivo admita el hecho relativo a su capacidad, representación o legitimación: Ese sujeto, luego demandado, en el proceso no podrá negar el hecho antes admitido, pero ello no puede suponer que la capacidad, representación o legitimación existan, pues la capacidad se tiene o no se tiene y lo mismo ocurre con la legitimación. No acabamos de comprender la diligencia relativa a la representación, pues en el proceso posterior no se demandará al representante, sino al representado, aunque pudiera tratarse de si ha existido representación en un negocio jurídico sobre el que versará el proceso.

2.ª) Que dicho sujeto pasivo niegue el hecho: No se producirá efecto vinculante para el posterior proceso, en el que podrá ser demandado, resolviéndose entonces lo pertinente sobre la capacidad y representación.

3.ª) Que el sujeto pasivo no compareciera, no conteste o conteste de modo evasivo: Según el art. 261, 1.ª, el tribunal podrá tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formular y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del proceso posterior, pero esto no puede suponer que existan la capacidad, la representación o la legitimación, sino sólo que el demandado no podrá negar los hechos.

No queda claro qué tribunal es el que puede tener por respondidas afirmativamente las preguntas, si el que practica la diligencia preliminar o el que conoce del proceso posterior, aunque debe entenderse que este segundo, pues el efecto ha de producirse en ese proceso.

b) *Exhibición de cosa mueble*

Para 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.

No se dice en el art. 256.1, 2.º, que la cosa haya de ser mueble, pero así se desprende del art. 261, 3.ª, aparte de que sólo se exhiben las cosas muebles, que son las únicas que se “presentan” y se “depositan”. Tampoco se dice que el futuro proceso ha de versar sobre la entrega de la cosa, pero así debe ser. Frente a la solicitud, y además de oponerse a la misma, el sujeto pasivo puede:

1.º) Exhibir la cosa: Si el solicitante manifiesta que es la que pretende demandar, aparte de quedar determinada la legitimación pasiva del poseedor de la misma, aquél podrá pedir el depósito de la misma (que es la medida cautelar del art. 727, 3.ª; LEC) o la medida de garantía más adecuada a la conservación de la cosa.

2.º) Negarse de modo expreso o tácito a exhibir: Si se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra, se procederá a ordenar la entrada y registro en dicho lugar, presentándose la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o la medida cautelar adecuada a la conservación (art. 261, 3.ª).

c) *Exhibición de documentos sucesorios*

El que se considere heredero, coheredero o legatario puede pedir, de quien lo tenga en su poder, la exhibición del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado.

Esta exhibición de documentos puede servir tanto para determinar la legitimación activa como la pasiva y el único requisito exigible para acordar la exhibición tendrá que ser la acreditación de la muerte del supuesto causante, pues sólo a partir de entonces una persona puede considerarse heredero o legatario y sólo entonces pueden exhibirse las disposiciones testamentarias. La complejidad nace

aquí de que el acto de última voluntad puede estar en poder de notario, el cual podrá negarse a la exhibición con justa causa si el que se cree heredero o legatario no lo es en realidad (art. 226 del reglamento notarial de 1944).

Suponiendo que la petición de exhibición se haga a quien no sea notario, puede ocurrir, aparte de que surja oposición, que requerido:

1.º) Exhiba: Debe distinguirse si el requerido es o no el futuro demandado en el proceso posterior. Si lo es la exhibición requerirá que presente el documento en el Juzgado. Si no lo es, la exhibición no puede comportar la necesidad de que presente el documento en el Juzgado, pudiendo pedir que el secretario judicial pase por su domicilio para que levante testimonio.

2.º) No exhiba: Si existen indicios suficientes que el o los documentos pueden encontrarse en un lugar determinado, el tribunal ordenará la entrada y registro en dicho lugar, procediéndose, si se encontrasen, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, pero en la sede del tribunal (art. 261, 2.ª).

d) *Exhibición de documentos entre socios y comuneros*

Un socio o comunero puede pedir que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, dirigiendo la petición al consocio o condueño que los tenga en su poder.

La petición puede atender a documentos sin más, con lo debe estarse a lo que antes dijimos, especialmente la entrada y registro, o a documentos contables, para estos segundos el art. 261, 4.ª, prevé que si se desatiende el requerimiento se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante.

e) *Exhibición de contrato de seguro*

El que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, podrá pedir que se le exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder.

Existiendo acción directa del perjudicado contra el asegurador, se tratará de determinar quién tiene la legitimación pasiva, por lo que la petición podrá dirigirse tanto frente al asegurado como frente al supuesto asegurador. A esta exhibición es también aplicable lo dispuesto en el art. 261, 2.ª, sobre la entrada y registro.

f) *Determinación de los integrantes del grupo*

Tratándose de un proceso futuro para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios, quien pretenda iniciarlo puede pretender concretar el grupo de afectados cuando, siendo fácilmente determinables, no estén determinados. A este efecto el tribunal puede acordar las medidas oportunas para la

averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo con las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al futuro demandado para que colabore en la determinación.

Ante la negativa del requerido, o de cualquier otra persona que pudiere colaborar en la determinación de los integrantes del grupo, el tribunal ordenará las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro, para encontrar los documentos o datos precisos, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que se pudiera incurrir por desobediencia a la autoridad judicial (art. 261, 5.ª).

3. Procedimiento

El procedimiento para acordar o denegar las medidas es único, aunque no podrá ser única la ejecución de la medida acordada, pues habrá de estarse al contenido de la misma. En lo que es único el procedimiento consta de los siguientes trámites:

a) Petición: El solicitante de la medida tendrá que presentar escrito expresando, primero, el objeto del juicio que se quiera preparar y el o los futuros demandados, y, después, los fundamentos (adecuación, justa causa e interés legítimo) de la medida que pretenda. Ofrecerá también la caución correspondiente (art. 256.2).

b) Decisión: Sin oír a la persona frente a la que pide la diligencia, el tribunal decidirá, dentro de los cinco días siguientes, acceder o denegar la petición, para lo que habrá de tener en cuenta la finalidad que el solicitante persigue y la concurrencia de justa causa e interés legítimo, de modo que si:

1º) Accede a la petición: Fijará la caución que deba prestarse, y contra el auto no cabe recurso alguno. La caución habrá de prestarse en el plazo de tres días, y si no se hace así se acordará el archivo de las actuaciones.

2º) Deniega la petición: Cabe recurso de apelación (art. 258).

c) Citación y requerimiento: En el mismo auto en que se acceda a la petición, se citará y requerirá al interesado para que, en la sede del tribunal o en el lugar y en el modo que se considere oportunos, y dentro de los diez días siguientes, se lleve a cabo la diligencia acordada (art. 259.1 LEC).

d) Oposición: Dentro de los cinco días siguientes a aquél en que se reciba la citación, la persona requerida para la práctica de la diligencia podrá oponerse a ella, formulando el escrito correspondiente, caso en el que el tribunal citará a las partes para una vista, en la forma establecida para los juicios verbales, resolviendo por medio de auto, en el que decidirá si la oposición es o no fundada. Si la oposición es desestimada no cabe recurso alguno, condenándose al requerido al pago de las costas de este incidente de oposición; si la oposición es estimada cabe recurso de apelación (art. 260 LEC).

El modo de realizarse la diligencia no está previsto legalmente, por lo que debe estarse a cada caso; lo único que dice el art. 259.2 es que solicitante, cuando se trate del examen de documentos y títulos, podrá auxiliarse de un experto en la materia, se entiende a su costa.

III. RECLAMACION ADMINISTRATIVA PREVIA

No se refiere a ella la LEC, pero la necesidad general de la reclamación previa en todo tipo de procesos civiles contra las Administraciones públicas viene establecida en el art. 120.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (no modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero).

Su origen se remonta a mediados del siglo XIX (RO de 9 de junio de 1847), pretendiendo presentarse como un sustituto del acto de conciliación, al no ser posible ésta para la Administración. Si inicialmente se refería a la Hacienda Pública, hoy se refiere a todas las Administraciones públicas, y si inicialmente reflejó un antagonismo entre los poderes del Estado, hoy es un privilegio de esas Administraciones difícilmente justificable.

El art. 120.1 de la Ley 30/1992 refiere el privilegio a todas las “acciones” fundadas en derecho privado y a todas las Administraciones públicas; con esta última referencia subjetiva se está remitiendo al art. 2 de la misma Ley, en el que se establece las que se entienden por Administraciones públicas.

Las Administraciones públicas lo son en todo caso la Administración General del Estado, la Administración de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local. Las Entidades de Derecho Público quedan sujetas a la Ley 30/1992 sólo cuando ejerzan potestades administrativas, con lo que si la reclamación previa se refiere a “acciones” civiles en esta actividad no tienen el privilegio.

a) Procedimiento

La reclamación puede partir de dos supuestos de hecho inicialmente distintos, pero que no van a conducir ni a procedimientos ni a efectos diferentes. Puede así la reclamación producirse *ex novo*, sin que exista resolución administrativa anterior, o bien partiendo de la existencia de ésta. En los dos casos debe estarse al procedimiento regulado en los arts. 122 a 124, de modo que:

1.º) La reclamación deberá formularse por escrito dirigido al órgano competente de la Administración pública de que se trate. Siendo el caso de la Administración del Estado se dirigirá al ministro del Departamento competente por razón de la materia.

2.º) El escrito podrá presentarse en cualquiera de los lugares indicados en el art. 38.4, pudiendo exigirse el recibo acreditativo de la fecha de presentación (art. 70.3).

3.º) El escrito deberá contener los requisitos generales a que se refiere el art. 70.1, siendo siempre posible su subsanación, conforme al art. 71.

4.º) En la Ley 30/1992 no se exige expresamente, pero parece obvio que en el escrito deberá decirse que se está formulando reclamación previa a la vía judicial civil.

5.º) El órgano ante el que se haya presentado la reclamación la remitirá, en el plazo de cinco días y junto con los antecedentes del asunto, al órgano competente, es decir, en la Administración del Estado al ministro del ramo.

6.º) Respecto de la tramitación interna el art. 123.2 se limita a decir que el órgano competente para resolver podrá ordenar que se complete el expediente con los antecedentes, informes, documentos y datos que resulten necesarios.

7.º) La resolución debe dictarse en el plazo de tres meses, y si dentro del mismo no se ha notificado al interesado, éste puede considerar desestimada su reclamación al efecto de formular la demanda ante el juez civil competente.

b) Efectos de la no presentación de la reclamación

Como indudable aparece el de que si la Administración demandada alega en el proceso civil la falta de reclamación previa, el juzgador no podrá dictar sentencia

entrando en el fondo del asunto, pero el sentido de los posibles efectos viene condicionado por la naturaleza jurídica que se atribuya a la reclamación previa, de modo que si se la considera presupuesto procesal será controlable de oficio por el juzgador, pero si se la estima simple impedimento procesal habrá de existir alegación de la demandada.

El art. 120.1 dice que es “requisito previo,” y el art. 121.1 que “no podrá deducirse la misma pretensión”, pero de estas expresiones no creemos que pueda concluirse que se trata de un presupuesto procesal, porque no afecta en la esencia a la correcta constitución de la relación jurídico procesal. La reclamación es un privilegio de una de las partes procesales, y si ésta no la alega expresamente en su beneficio el juez no debería tomarla en cuenta de oficio.

La doctrina administrativista tiende a considerar la reclamación previa como un verdadero presupuesto procesal, aunque lo hace sin advertir lo es que realmente un presupuesto. Este impide que la relación jurídica procesal se entienda bien constituida, y parece claro que la falta de reclamación no afecta a esa relación procesal. Si la reclamación previa es realmente un privilegio debería concluirse que:

1.º) Aunque el juez advierta en el momento de admisión de la demanda que falta la reclamación, es dudoso que deba de oficio inadmitir la demanda. La duda proviene de la redacción del art. 403 LEC.

El caso especial podría ser el del art. 6 del RD de 21 de enero de 1925, que aprueba el Estatuto de la Dirección general de lo Contencioso del Estado y del cuerpo de abogados del Estado, pero un RD no puede regular la admisión de la demanda en contra de lo dispuesto en la LEC. El art. 403 de ésta se refiere a la inadmisión de la demanda y en su párrafo 1 dispone que ello sólo puede ocurrir en los casos y por las causas expresamente previstas en las leyes, y el párrafo 3 añade que no se admitirán las demandas cuando no se hayan efectuado reclamaciones que se exijan en casos especiales.

2.º) La falta de la reclamación no puede ser estimada de oficio por el juez en momento procesal alguno. La duda proviene ahora de la falta de delimitación de las facultades del juez en la audiencia previa.

3.º) La falta de la reclamación habrá de ser alegada por la Administración en la contestación de la demanda, para debatirse en la audiencia previa al juicio. Entre las cuestiones procesales a debatir y resolver en la audiencia previa al juicio no se hace mención de la reclamación administrativa previa, pero debe entenderse incluida en las genéricas “circunstancias procesales análogas” del art. 425 LEC.

4.º) La falta de reclamación es un defecto subsanable. La reclamación previa se ha venido configurando, tanto en los textos legales como por la jurisprudencia, como un sustituto para el Estado de la conciliación, cuando ésta era obligatoria, y dicha equiparación permitió considerar la falta de aquélla como un defecto subsanable en cualquier momento. Hoy la consecuencia práctica debe mantenerse, aunque no se admite la confusión entre conciliación y reclamación previa.

Establecido que la falta de reclamación es un defecto subsanable, ante su alegación por la Administración demandada y debate en la audiencia previa al juicio, el juez debe conceder a la parte demandante un plazo no superior a diez días para que acredite la interposición de la reclamación, suspendiendo a continuación la tramitación del proceso, bien hasta que la parte acredite la contestación de la Administración, bien hasta que transcurran los tres meses necesarios para entenderla denegada por silencio administrativo.

c) Efectos de la presentación de la reclamación

Al tener la reclamación administrativa carácter necesario se ha de deducir que suspenderá los plazos de caducidad e interrumpirá los de prescripción para el ejercicio de acciones de cualquier clase. Lo segundo es evidente, pero lo primero también debe serlo. El día inicial de la suspensión será el de la presentación de la reclamación y el día final el siguiente al de la notificación de la resolución, si ésta existe, o el siguiente a los tres meses previstos para estimar desestimada la reclamación por silencio administrativo (art. 121.2 de la Ley 30/1992).

d) Efectos de la estimación de la reclamación

Si la reclamación es estimada en la resolución expresa, el proceso posterior pierde su razón de ser por carecer ya de objeto. La estimación, con todo, puede ser simplemente parcial y entonces puede acudir al proceso para la parte no estimada.

e) Efectos de la desestimación

Mientras que la estimación ha de producirse siempre de modo expreso, esto es, en virtud de resolución, la desestimación puede producirse tanto de modo expreso como tácito, es decir, por resolución denegatoria o por el transcurso de tres meses sin que al reclamante se la haga notificación alguna.

A partir de dichos momentos puede presentarse la demanda. Ha desaparecido en la Ley 30/1992 la necesidad de que la demanda se presente en el plazo de dos meses, a contar desde la notificación de la resolución o en el de cuatro, desde la producción del silencio negativo, de modo que ahora la reclamación abre la vía judicial sin límite temporal (y sin perjuicio de la caducidad o de la prescripción). De la misma manera han desaparecido los casos especiales de las tercerías y de las obligaciones de pago periódico.

f) La correlación entre reclamación-pretensión y entre resolución-resistencia

Llama la atención que la Ley 30/1992 no se haya referido a estas dos correlaciones, con base en las que:

1.^a) La pretensión ejercitada en el posterior proceso civil no puede suponer peticiones distintas de las hechas en la reclamación, por cuanto ello supondría que la reclamación no se ha formulado.

2.^a) En la resistencia formulada por la Administración en el proceso civil no pueden introducirse variaciones sustanciales respecto de las razones aducidas en la resolución para desestimar la reclamación previa, por cuanto ello supondría, primero, negar la misma razón de ser de la reclamación y, segundo, avocar al demandante a la indefensión.

Por lo mismo si la Administración no hubiera dictado resolución expresa para denegar la reclamación, no podrá fundar su resistencia en el proceso alegando hechos que no consten en el expediente administrativo y respecto de los cuales no hubiere tenido conocimiento previo el demandante (la posición procesal de la Administración no puede verse mejorada en el caso de que no hubiere contestado a la reclamación previa).

IV. CONCILIACION PREPROCESAL

La Disposición Derogatoria 1, 2.^a de la LEC DE 2000 mantiene vigente, hasta que se dicte una ley sobre jurisdicción voluntaria, el Título I del Libro II de la LEC/1881, es decir, los arts. 460 a 480, que regulan la conciliación preventiva.

A) Concepto, clases y naturaleza

Por conciliación entendemos, en general, la actividad desplegada ante un tercero por las partes de un conflicto de intereses, dirigida a lograr una composición justa del mismo. En este sentido el nombre no hace referencia al resultado que se obtenga, sino al camino para lograrlo; no al *status termini*, sino al conjunto de esfuerzos que se realizan para lograr la composición, aunque no se alcance ésta.

La actividad puede desarrollarse ante un órgano público o ante un particular, pero la ley sólo puede regular la primera. La existencia de actuaciones conciliadoras en el ámbito familiar o basadas en la amistad o incluso ante entidades privadas, tiene que quedar fuera de nuestro estudio.

En sentido estricto la conciliación se define como la comparecencia necesaria o facultativa de las partes en un conflicto de intereses, ante una autoridad designada por el Estado, para que en su presencia traten de solucionar el conflicto que las

separa, regulada por el ordenamiento jurídico que atribuye determinados efectos, asimismo jurídicos, a lo en ella convenido.

Atendiendo únicamente a las conciliaciones civiles y a las judiciales distinguir dos clases de ellas:

1.^a) Preventiva o pre-procesal: regulada en los arts. 460 a 480 de la LEC/1881.

2.^a) Intra-procesal: regulada en los arts. 415 y 428.2 LEC para el juicio ordinario, por más que en él se hable de intento de arreglo, acuerdo o transacción y no conciliación.

La distinción se basa en el tiempo en relación con la litispendencia, de modo que si la conciliación se realiza antes de la litispendencia será preventiva, tendiendo a evitar el proceso, y si se realiza después, tendiendo a terminar el proceso ya comenzado, será intra-procesal. Aquí nos ocupamos sólo de la primera, que es la que tiene carácter general.

Esta conciliación judicial preventiva es un medio de autocomposición ofrecido a las partes de un conflicto. Si logra su objetivo, si se logra la avenencia, se resuelve en desistimiento, allanamiento o transacción materiales. Si no se logra la avenencia es simplemente una actividad que tiende a la autocomposición sin alcanzarla.

En cualquier caso la conciliación no es un proceso y ello fundamentalmente porque el juez no interviene en ella para imponer una solución al conflicto; el juez no actúa en ella jurisdiccionalmente, no juzga o ejecuta lo juzgado. La avenencia, si se logra, es obra de las partes, no existiendo decisión judicial. El juez se limita a aproximar a las partes, pero no resuelve. Excluido que se trate de un proceso, la conciliación judicial preventiva sólo puede ser un acto de jurisdicción voluntaria.

En la LEC/1881 se usa, respecto de la conciliación, una terminología muy equívoca. Se habla incorrectamente de demanda, de demandante y de demandado. Si el acto de conciliación no es un proceso no pueden mantenerse esos términos; nosotros hablaremos de solicitud o petición de conciliación y de papeleta; y también de solicitante y de pretendido.

B) Carácter voluntario y supuestos excluidos

El intento de conciliación es voluntario, se entiende para el futuro demandante. Frente al “*deberá intentarse la conciliación*”, que era la fórmula

tradicional, el art. 460 LEC/1981 dice: “Antes de promover un juicio, *podrá* intentarse la conciliación”.

La conciliación pueda proceder a cualquier clase de juicio, no sólo a los declarativos, sino además a los de ejecución. Es cierto que en la práctica no es usual que el ejecutante haga preceder la conciliación al proceso de ejecución, pero legalmente no hay obstáculo para ello. Con todo, la conciliación no será posible antes de dos actividades judiciales:

1.ª) No puede preceder a los procesos cautelares, que son no sólo actividad judicial sino jurisdiccional. Dado el fundamento y caracteres del proceso cautelar, no es posible en él la conciliación; ésta puede referirse al proceso principal, pero no al embargo preventivo o a la anotación preventiva de la demanda. La función del proceso cautelar no puede cumplirse extraprocesalmente, mediante el acuerdo de las partes.

2.ª) La conciliación no es posible con relación a los actos de jurisdicción voluntaria, que es judicial (en parte) pero no jurisdiccional. Ahora bien, importa precisar que si la conciliación es inimaginable en los supuestos en que la intervención judicial es necesaria, como sucede en la mayoría de los actos regulados en el Libro III de la LEC/1981 (y así ¿cómo puede haber conciliación para la venta bienes de menores?), sí es posible, en cambio, en aquellos supuestos en los que la ley utiliza incorrectamente la jurisdicción voluntaria, como podría ser el caso de los arts. 1.320 y 1.377 CC, relativos a la autorización judicial para los actos de disposición sobre la vivienda familiar y sobre los bienes gananciales.

En art. 460 LEC/1981 establece excepciones, que lo son a la posibilidad del acto, es decir, son supuestos en los que se prohíbe la conciliación, y de ahí que se diga que “no se admitirán a trámite las peticiones de conciliación que se soliciten en relación con”:

1.º) Los juicios en que estén interesados el Estado, las Comunidades Autónomas y las demás Administraciones públicas, Corporaciones o Instituciones de igual naturaleza (art. 460, 1.º).

La razón de esta exclusión suele buscarse en que estos entes, se dice, no pueden transigir, pero ello no es cierto, como se comprueba con la mera lectura del art. 88 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del art. 39 del RD-Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, Ley General Presupuestaria, para el Estado, y del art. 7 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de asistencia jurídica al Estado e Instituciones Públicas. Con carácter general el art. 1812 CC admite la transacción para las corporaciones. Tampoco debe buscarse la razón en la equiparación entre conciliación y reclamación administrativa previa, pues la primera se prohíbe incluso cuando la Administración va a ser la demandante, es decir, cuando no es necesaria la reclamación.

La prohibición se basa en la complejidad del procedimiento administrativo necesario para que la Administración transija, complejidad que tienen su origen en la desconfianza legal frente a los administradores; esa desconfianza ha ido acumulando obstáculos hasta el extremo de que si la transacción es teóricamente posible, en la práctica

es muy difícil. En los últimos años se está asistiendo a la deslegalización de los actos de los administradores y de ahí las facilidades nuevas para transigir.

2.º) Los juicios en que estén interesados los menores y los incapacitados para la libre administración de sus bienes (art. 460, 2.º).

Las razones de esta excepción son las mismas que en el caso anterior, las dificultades para la transacción, pues aquí se exige autorización judicial (arts. 1.810 y 1.811 CC que se remiten a: 1) Para menores: art. 166 CC y arts. 2.025 a 2.029 LEC/1881, y 2) Para incapacitados: arts. 271, 3.ª y 273, 290 y 298 CC, más los mismos artículos de la LEC/1881.

3.º) Los juicios de responsabilidad civil contra jueces y magistrados (art. 460, 3.º).

Se trata de la responsabilidad regulada en los arts. 411 a 413 LOPJ. La exclusión obedece a que no puede haber transacción alguna sobre el ejercicio de la jurisdicción, de la potestad estatal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

4.º) En general, los que promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso (art. 460, 4.º).

No se trata sólo de los casos indicados en el art. 1.814 CC (estado civil de las personas, cuestiones matrimoniales y alimentos futuros), sino de todos los supuestos en los que las partes no tiene libre disposición. Debe tenerse en cuenta que en los procesos matrimoniales si se admite la separación por acuerdo entre los cónyuges, la conciliación tiene que ser posible para llegar a ese acuerdo, aunque luego la separación precise de resolución judicial.

En estas excepciones el juez no admitirá a trámite la petición de conciliación, lo que supone la declaración de nulidad de lo actuado si se admitió indebidamente. Si a pesar de todo llegó a realizarse la conciliación con avenencia, aún será posible la impugnación de lo convenido por la vía del art. 477 LEC/1881.

C) Competencia

a) *Objetiva*: Viene atribuida a los Juzgados de Primera Instancia y a los de Paz (art. 460, I), sin establecer diferencias por razón de la cuantía del asunto. Es controlable de oficio.

b) *Territorial*: La regla general es que será Juzgado competente el del domicilio del “demandado” y, en su caso, el de residencia (arts. 463, I).

En la interpretación de esta regla debe precisarse:

1.º) Sumisión: El pacto de sumisión expresa para el proceso posterior no altera la competencia territorial de la conciliación, pero es perfectamente posible la sumisión tácita a juez objetivamente competente. El juez no puede examinar de oficio la competencia territorial, y el planteamiento por el pretendido de cuestión de competencia equivale a tener por intentada la comparecencia sin más trámite (art. 464 LEC/1881).

2.º) Sucursales de personas jurídicas: Si el “demandado” fuera persona jurídica es también competente el Juzgado del lugar del domicilio del “demandante”, siempre que en éste radique delegación, sucursal u oficina abierta al público del primero, y sin perjuicio de la competencia correspondiente para el proceso posterior (art. 463, I, LEC/1881).

3.º) Reparto: No tiene especialidades, aun advirtiéndose que no hay localidad alguna en la que exista más de un Juzgado de Paz.

D) Procedimiento

El legislador ha pretendido, y en alguna medida logrado, establecer un procedimiento simple; éste consta de las siguientes fases o actos:

a) Solicitud o papeleta: El que intente el acto de conciliación acudirá al Juzgado de Primera Instancia o de Paz, presentando tantas papeletas firmadas por él, o por un testigo a su ruego si no pudiere (o supiere) firmar, cuantos fueren los “demandados” y una más, en cuyas papeletas se expresará: los nombres, profesión y domicilio del “demandante” y del “demandado”; la pretensión que se deduzca y la fecha (art. 465).

Aparte de los problemas terminológicos ya aludidos, parece claro que la papeleta no puede contener una pretensión en sentido técnico. La LEC/1881 alude aquí a que al pretendido ha de decirse sobre qué quiere el solicitante que verse el acto de conciliación y, en su caso, la avenencia. Lo que no se requiere es que exista fundamentación en el sentido de justificación.

b) Admisión de la papeleta: El juez habrá de pronunciarse, primero, sobre su admisibilidad y, admitida que sea, determinará el día, hora y lugar de la comparecencia y ordenará citar a las partes. El control de oficio habrá de atender a: 1) Si la petición de conciliación se refiere a alguno de los supuestos exceptuados en el art. 460; 2) Su competencia objetiva, y 3) Si en la papeleta concurren los requisitos del art. 465. En los dos primeros casos dictará auto inadmitiendo la petición; en el tercero ofrecerá plazo al interesado para la subsanación del defecto.

c) Citación de las partes: Si concurren los presupuestos y requisitos el juez, en el día en que se presente la papeleta o en el siguiente hábil, mandará citar a las

partes, señalando día y hora en que haya de tener lugar la comparecencia, procurando que se verifique a la mayor brevedad posible. Entre la citación y la comparecencia deberá mediar al menos veinticuatro horas, cuyo plazo podrá, sin embargo, reducir el juez si hubiese causas justas para ello. En ningún caso podrá dilatarse por más de ocho días desde el en que se hayan presentado las papeletas (art. 466).

El secretario del Juzgado, o la persona en que éste delegue, notificará la providencia de citación al “demandado” o “demandados”, pero en lugar de la copia de la providencia, le entregará una de las papeletas que haya presentado el solicitante, en la que pondrá una nota el secretario, expresiva del juez que mandare citar, y del día, hora y lugar de la comparecencia. En la papeleta original, que se archivará después, firmará el citado recibo de la copia, o un testigo a su ruego si no supiere o no pudiere firmar (art. 467).

Los ausentes del pueblo en que se solicite la conciliación, serán llamados por medio de oficio dirigido al juez del lugar en que residan. Al oficio se acompañará la papeleta presentada por el solicitante. El juez del pueblo de la residencia de los “demandados” cuidará, bajo su responsabilidad, de que la citación se haga en la forma prevenida, el primer día hábil después del que se haya recibido el oficio, y devolverá éste diligenciado en el mismo día de la citación, o lo más tarde en el siguiente. Este oficio se archivará con la papeleta, en los términos antes dichos (art. 468).

d) Incomparecencia de las partes: A pesar de que el art. 469 comienza diciendo que las partes están obligadas a comparecer el día y hora señalados, lo cierto es que aquí no puede hablarse de una verdadera obligación, sino de una carga, cuyo cumplimiento no puede ser exigido coactivamente. En realidad el art. 469 lo que prevé son las consecuencias de la incomparecencia que en cualquier caso, sea quien fuere el que no comparezca, suponen dar el acto por intentado sin efecto, con imposición de costas al incomparecido y si no comparece ninguno al solicitante.

e) Comparecencia al acto y resultados: El acto de conciliación se celebrará en la forma siguiente: Comenzará el solicitante exponiendo su reclamación y manifestando los fundamentos en que la apoye. Contestará el pretendido lo que crea conveniente, y podrá también exhibir cualquier documento en que funde su oposición. Después de la contestación podrán los interesados replicar y contrarreplicar, si quisieren. Si no hubiera avenencia entre ellos, el juez procurará avenirlos. Si no pudiere conseguirlo se dará el acto por terminado (art. 471).

El acto puede acabar con avenencia o sin ella. En el primer caso termina con el conflicto existente entre las partes; en el segundo se ha realizado el acto sin

alcanzar el resultado deseado, aunque sí pueden producirse consecuencias sobre la prescripción, como luego veremos.

f) Documentación: Se extenderá sucintamente el acta de conciliación en un libro que llevará el secretario. Esta acta será firmada por todos los concurrentes, y por los que no supieren o no pudieren firmar, lo hará un testigo a su ruego (art. 472).

En el libro anterior se hará constar por diligencia, que suscribirán el juez y los concurrentes, haberse dado por intentado el acto de conciliación a que no hayan concurrido los “demandados”. Si siendo varios concurriese alguno de ellos, se celebrará con él el acto, y se tendrá por intentado sin efecto respecto a los demás (art. 473).

Se dará certificación al interesado o interesados que la pidieren del acta de conciliación, o de no haber tenido efecto y dándose por intentado, en el caso de no comparecer los “demandados”, o alguno de ellos (art. 474).

E) Efectos

Debemos distinguir dos clases de efectos que se refieren a aspectos distintos del acto de conciliación:

a) Efectos de la existencia del acto: La mera presentación y admisión de la papeleta interrumpe la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva, en los términos y con los efectos previstos en las leyes y desde el momento de la presentación (art. 479 LEC/1881). Prácticamente lo que hace aquí la LEC es remitirse a otras normas, básicamente a los arts. 1.947 y 1.973 CC y al art. 944 Cdc.

Más en concreto hay que distinguir tres supuestos: 1.º) Prescripción adquisitiva: art. 1.947 CC, 2.º) Prescripción extintiva mercantil: art. 944 Cdc, y 3.º) Prescripción extintiva civil: art. 1.973 CC; normas a las que hay que estar también en lo que se refiere al momento del inicio de la interrupción.

La jurisprudencia había venido admitiendo que el acto de conciliación suspendía los plazos de caducidad. Desaparecida la necesidad de la conciliación (y superado el requisito de los dos meses en la prescripción extintiva), habrá de concluirse que los plazos de caducidad ya no se suspenden por el acto de conciliación.

b) Efectos de lo convenido: Cuando el acto de conciliación termina con avenencia lo normal es que las partes cumplan voluntariamente lo acordado. Con todo puede no ocurrir así y entonces se cuestiona el valor de lo convenido, para lo que hay que estar a lo dispuesto en el art. 476 que distingue dos supuestos:

1.º) Como ejecución de sentencia: Conforme al párrafo I “lo convenido por las partes en el acto de conciliación se llevará a efecto por el mismo juez ante el que

se celebró, por los trámites establecidos para la ejecución de las sentencias dictadas en juicio verbal, cuando se trate de asuntos de la competencia del propio juez”. Estamos entonces ante un título ejecutivo de los admitidos por la remisión que hace el art. 517.2, 9.º LEC.

Dado que son dos los Juzgados competentes se hace necesario distinguir:

1") Lo convenido ante el juez de Paz será ejecutado por éste, cuando no se superen las 15.000 ptas.

2") Lo convenido en el Juzgado de Primera Instancia, será ejecutado por este Juzgado.

3") Si lo convenido ante el juez de Paz supera las 15.000 ptas., estamos ya ante el supuesto del párrafo II. Un juez no procede a la ejecución de lo convenido ante otro.

4") La referencia a la ejecución de sentencias dictadas en juicio verbal es inútil, pues todas las sentencias se ejecutan por los mismos trámites.

También conviene precisar lo siguiente:

+) La remisión a los trámites de ejecución de sentencias no supone que lo convenido se equipare a la sentencia, ni mucho menos que produzca cosa juzgada. El art. 477 LEC/1881 lo demuestra sin lugar a dudas al referirse a la impugnación de lo convenido.

+) Cuando se hace referencia a la cuantía se trata de la cuantía de lo convenido, no de la cuantía de lo pedido en la papeleta.

+) Si lo convenido no tiene cuantía pero es de la competencia por la materia del propio juez ante el que se celebró la conciliación, puede procederse a la ejecución por los trámites correspondientes (si lo convenido ante el juez de Primera Instancia es que el arrendatario de vivienda se compromete a desalojarla por falta de pago de la renta, puede en su caso acudir a los trámites de la ejecución de sentencias de desahucio).

2.º) *Documento público y solemne*: Según el párrafo II del art. 476 “en los demás casos tendrán el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne”. Esta última expresión significa indudablemente dos cosas:

1") Cuando lo convenido no queda incluido entre los asuntos competencia del juez conciliador, no tiene fuerza ejecutiva.

2") La certificación correspondiente es, sin duda, un documento público, al que hay que atribuir el valor de prueba legal, con lo que ello significa a la hora de presentarla como medio de prueba en el proceso civil posterior.

De las dos se deduce que ante el incumplimiento de lo convenido es necesario acudir a un proceso posterior para pedir su cumplimiento, proceso que será el declarativo que corresponda a la cuantía.

F) Impugnación de lo convenido

El art. 477 viene a demostrar, por si había alguna duda, que el acuerdo logrado en el acto de conciliación con avenencia no es más que un contrato. Sólo así se explica la posibilidad de impugnación de lo convenido y de la “acción de nulidad”. Inmediatamente después de la entrada en vigor de la LEC/1881 el Tribunal Supremo procedió a realizar una distinción, que no tiene un claro apoyo legal, pero que está indudablemente consagrada.

a) Impugnación por motivos materiales: Dada la terminología legal la llamada “acción de nulidad” comprende en realidad los casos de nulidad, anulabilidad y rescisión y para ello ha de estarse a las normas generales del CC.

1) La acción de nulidad no tiene plazo de prescripción y además no es de necesario ejercicio, aunque si una de las partes quiere obtener una consecuencia que se derive de la conciliación, la otra debe instar la pretensión declarativa pura de nulidad. Las causas básicas de nulidad son la falta de los requisitos del art. 1.261 CC, pero además debe estarse a los arts. 1.255, 6.3, 1.275 y 1.271 CC. Las prohibiciones del art. 460 LEC/1881 constituyen vicio material incluible dentro de esta acción de nulidad, no tratándose de motivo procedimental.

2) Para la acción de anulabilidad hay que tener en cuenta el art. 1.300 CC y, en lo que ahora nos importa, el plazo de caducidad de cuatro años del art. 1.301 CC.

3) Las causas de rescisión son las del art. 1.291 CC, y el plazo, también de caducidad, es de cuatro años, según el art. 1.299 CC.

En los tres casos desde el punto de vista procesal no hay especialidad alguna. Debe estarse a las normas generales sobre competencia y sobre proceso adecuado.

b) Impugnación por motivos procedimentales: Si la acción de nulidad se basa en infracción de norma procedimental reguladora de la conciliación, esto es, en un vicio de forma, la demanda debe interponerse en el plazo (de caducidad) de quince días, ante el juez competente y se sustanciará por el juicio ordinario correspondiente a la cuantía.

TEMA 19º

LAS MEDIDAS CAUTELARES, I.

(Esquema)

I. CONCEPTO

Función jurisdiccional: Art. 117.3 CE

1. La función cautelar o de aseguramiento

A) *Proceso cautelar*

Tercer género. Debate doctrinal. Art. 721.1 LEC

B) *Aseguramiento también del proceso de ejecución*

El dicho art. 721.1 y el art. 700:

- Dos partes: 1) Hacer, no hacer y dar no dinero: específica
2) Eventuales indemnizaciones: genérica

C) *Principios*

- a) Tribunal
- b) Partes
- c) Proceso
- d) Procedimiento

2. Elementos personales

A) *Tribunal*

- a) Extensión y límites jurisdicción española
Art. 24 Convenios; art. 22.5 LOPJ y art. 722, II LEC
- b) Competencia genérica
- c) Criterios de atribución de la competencia
 - 1) Antes de la demanda
 - 2) Con la demanda o pendiente la primera instancia
 - 3) En algún recurso
 - 4) En la ejecución

B) *Las partes*

No especialidades: Capacidad, legitimación y postulación

3. Naturaleza jurídica

A) *Del aseguramiento a la efectividad*

- a) Aseguramiento
- b) Conservación

c) Anticipación

B) Distinción de figuras afines

a) Función exclusiva (no medidas provisionales)

b) Asegurar el proceso (prueba)

c) Justicia sumaria

II. PRESUPUESTOS

1) De la adopción

2) De la ejecución de la medida

1. Apariencia de buen derecho

Fumus boni iuris. – No probar

- No sólo afirmar

Situación jurídica cautelable

Juicio de verosimilitud. Principio de prueba

2. Peligro por la mora procesal

No genérica (incumplimiento); específica (proceso)

1) Concreto

2) General: Art. 728.1: - Afirmar

- Justificar

3. Proporcionalidad

1) A la finalidad

2) No sustituible por otra menos gravosa

4. Caución

1) General, para todas

2) Daños y perjuicios

3) Suficiente: - Petición, 2) Cantidad, 3) Calidad

III. CARACTERÍSTICAS

a) Instrumentalidad

b) Provisionalidad

c) Temporalidad

d) Variabilidad

e) Sostituible por caución

Arts. 746 y 747

1) Petición del demandado

2) Requisitos

3) Forma de prestarla

4) Procedimiento

LAS MEDIDAS CAUTELARES, I.

Concepto. Presupuestos (Apariencia de buen derecho, peligro por la mora procesal, proporcionalidad, prestación de caución). Características.

I. CONCEPTO

La Constitución configura la función jurisdiccional como aquella que consiste en juzgar y en hacer ejecutar lo juzgado (art. 117.3 CE), y lo hace asumiendo una fórmula tradicional que proviene, por lo menos, de la Constitución de 1869 y de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, razón por la que no se refiere a una tercera subfunción, la de aseguramiento o cautelar. Las dos subfunciones previstas constitucionalmente se cumplen por medio de dos tipos procesales: el proceso de declaración y el proceso de ejecución, pero en ocasiones la realización de esos dos procesos no basta para alcanzar la satisfacción de las pretensiones en ellos ejercitadas, para lograr una tutela judicial verdaderamente efectiva, por cuanto la necesaria duración de los mismos se convierte en una rémora para su eficacia, e incluso puede ser aprovechada por el sujeto pasivo para hacer inútil la resolución que, en su día, se dicte.

En principio, mientras se está realizando el proceso de declaración, no deberían adoptarse medidas que afectaran a la situación jurídica de las partes; hasta que en ese proceso se logre la certidumbre sobre los derechos y obligaciones de las partes, por medio de una sentencia firme, no pareciera que existan elementos que justifiquen la alteración de la situación de las partes. Sin embargo, junto a este principio teórico, no pueden dejarse de tener en cuenta consideraciones prácticas; estas consideraciones se refieren a que la jurisdicción no cumple su función de modo instantáneo a la interposición de la pretensión, siendo necesario un periodo de tiempo, durante el cual los actos realizados extraprocesalmente por el demandado pueden convertir en ineficaz la resolución final, y es evidente que la jurisdicción no puede permanecer impasible ante esa posible actividad del demandado, pues la misma puede desvirtuar su propia razón de ser.

La afirmación de que la necesidad del proceso para obtener la razón no puede convertirse en un daño para quien tiene la razón, que tiene su origen en Chiovenda, es decir, hace casi un siglo, se ha redescubierto en los últimos tiempos y ha dado lugar a una nueva manera de entender la efectividad de la tutela judicial.

1. La función cautelar o de aseguramiento

Hoy está plenamente reconocida la subfunción cautelar o de aseguramiento como aquella que sirve para garantizar el cumplimiento de las otras, de la declarativa y de la de ejecución; como decía Guasp esta subfunción persigue garantizar la efectividad de la resolución obtenida en otro proceso (al que por eso se llama principal). Significativo al respecto es el art. 5 LEC, en el que se configura a la tutela cautelar como una de las clases de tutela jurisdiccional, juntamente con la declarativa y la ejecutiva, pese al intento del legislador de 2000 de seguir eludiendo, como lo hace en los arts. 721 a 747 de la LEC, la expresión “proceso cautelar” en todo momento.

A) *Proceso cautelar*

Hoy puede ya sostenerse que el proceso cautelar es un *tertium genus* entre el proceso de conocimiento y el proceso de ejecución, no pudiendo ya ser considerado como un mero incidente dentro de otro proceso. El que las medidas que en él se adoptan sean instrumentales, en el sentido de que no constituyan una finalidad en sí mismas, al estar necesariamente vinculadas a la resolución que pueda dictarse en el proceso principal, no obstaculiza la naturaleza autónoma del proceso cautelar.

La doctrina se mostraba dividida al respecto. Frente a quienes mantenían la expresión “medidas cautelares”, nunca proceso cautelar, con un común nexo de unión entre aquéllas: la instrumentalidad en relación con el proceso principal, siendo incidente del proceso de declaración o medio de aseguramiento del de ejecución, otro sector doctrinal postulaba que la actividad jurisdiccional cautelar es un verdadero proceso cautelar, autónomo, pese a que se mantenga la instrumentalidad respecto de los procesos de declaración y de ejecución. La razón de ser de esta última posición obedece a que la pretensión procesal, objeto del proceso cautelar, es distinta de la del proceso principal, lo que, entre otras razones, provoca y exige un tratamiento específico en relación con su regulación. Tanto es

así que en la LEC se delimitan reglas especiales de competencia, de actuaciones en el proceso, como la referida a la necesidad de audiencia con carácter previo como regla general, al desarrollo de la vista, al régimen de recursos, etc. Todo ello supone la implícita asunción del concepto “proceso cautelar” y su configuración como modalidad de tutela jurisdiccional (art. 5), con un tratamiento procesal específico de los elementos objetivos, subjetivos y de la actividad.

Consecuencia de la correlación e interdependencia que se mantiene entre la jurisdicción y el proceso, debe, por ello, estructurarse la función y la pretensión cautelar sobre un proceso, al que se denomina proceso cautelar. Este tiene un objeto bien definido: garantizar otro proceso principal asegurando la efectividad de su resultado (o, en expresión del art. 721.1 LEC, “asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse”), permitiendo, como afirmaba Calamandrei, que, frente a hacer las cosas pronto, pero mal, y hacerlas bien, pero tarde, se adopten medidas cautelares que permiten conjugar las ventajas de la rapidez con la ponderación y la reflexión en la solución de los litigios.

B) Aseguramiento también del proceso de ejecución

La función de aseguramiento que cumplen las medidas cautelares se ha referido normalmente a un proceso de declaración, pero no puede desconocerse que el proceso cautelar también puede ser instrumento respecto del proceso de ejecución. El art. 721.1 LEC alude a “asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la estimatoria que se dictare”, se entiende en el proceso de declaración, pues no se dictan sentencias en la actividad ejecutiva, pero no puede olvidarse que el art. 700 prevé, con relación a la ejecución no dineraria un embargo en garantía, de naturaleza claramente preventiva y, por lo mismo, cautelar, que puede ser sustituido por caución prestada por el ejecutado.

En este artículo deben distinguirse dos partes:

1ª) Para asegurar la efectividad de la condena ya efectuada a prestación de hacer, no hacer o entregar cosa distinta del dinero, y cuando la misma no pueda tener inmediato cumplimiento, a instancia del ejecutante, el tribunal podrá acordar las medidas de garantía que resulten adecuadas.

No se dice en la norma qué son esas “medidas de garantía” pero la respuesta lógica es que ha de tratarse de medidas cautelares. Incluso antes de la LEC de 2000 la doctrina había admitido ya que el art. 923 de la LEC de 1881 se refería a ,medidas cautelares en el proceso de ejecución.

2ª) Para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones, es decir, para asegurar la ejecución genérica cuando deba sustituir a la ejecución específica, y las costas de la ejecución, a instancia del ejecutante puede el tribunal adoptar el embargo de bienes del ejecutado, embargo que no es ejecutivo sino preventivo. Ese embargo puede ser alzado y sustituido por caución prestada por el ejecutado.

C) Principios informadores

Este proceso cautelar se asienta sobre cuatro grupos de principios:

a) Relativos al tribunal: La adopción de medidas cautelares es función jurisdiccional en sentido estricto, por lo que sólo puede ser ejercida por un órgano judicial y no por cualquier otra clase de órganos.

La jurisdiccionalidad de las medidas cautelares se manifiesta en que en el procedimiento arbitral no pueden ser acordadas por el o los árbitros, sino que han de pedirse al tribunal competente. Por eso dice el art. 722.1 que podrá pedir al tribunal medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso arbitral pendiente en España; o, en su caso, haber pedido la formalización judicial a que se refiere el artículo 38 de la Ley de Arbitraje; o en el supuesto de un arbitraje institucional, haber presentado la debida solicitud o encargo a la institución correspondiente según su Reglamento.

b) Relativos a las partes: La dualidad supone la existencia de dos partes contrapuestas, el demandante cautelar (actor principal o reconvenido, art. 721) y el demandado (art. 733), con sus correspondientes posiciones. La contradicción como principio fundamental de este proceso queda consagrada en el desarrollo de los arts. 733 y 734 LEC. Finalmente la igualdad se cumple en cuanto legalmente a ambos sujetos se les atribuyen los mismos derechos, cargas y obligaciones.

c) Relativos al proceso: El proceso cautelar se rige por los principios de oportunidad y dispositivo, con la consecuencia de la congruencia, de modo que el tribunal no puede acordar una medida cautelar más gravosa que la solicitada, aunque sí menos gravosa. Se exige instancia de parte para su incoación (art. 721.1), con lo que quedan excluidas todas las posibilidades de que el tribunal acuerde de oficio medidas cautelares, destacando también el principio de aportación de parte, que se extiende incluso a la proposición de medios de prueba (arts. 732 y 734).

d) *Relativos al procedimiento*: La actividad procedimental cautelar será fundamentalmente oral, excepto el inicio que será escrito, con un trámite característico --vista (art. 734)--, en el que podrá exponerse verbalmente lo que a las partes convenga según su derecho, practicar pruebas, efectuar alegaciones sobre el tipo y cuantía de la caución.

2. Elementos personales

La delimitación subjetiva de la tutela cautelar se efectúa atendiendo al tribunal y a los sujetos demandante y demandado de las mismas.

A) Tribunal

Asumido que la función cautelar es función jurisdiccional, deben delimitarse las normas que configuran la atribución competencial a los tribunales.

a) Extensión y límites de la jurisdicción española

La presencia de un elemento de extranjería suscita, como primera cuestión, el ejercicio de la potestad jurisdiccional española en materia cautelar, debiendo distinguir entre las situaciones cubiertas por los distintos convenios internacionales en la materia, especialmente los de Bruselas de 1968 y de Lugano de 1988, y aquellas otras cubiertas por la legislación nacional (art. 22.5 LOPJ, y art. 722, II, LEC).

El art. 24 de los Convenios de Bruselas y de Lugano dice: “Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso sí, en virtud del presente Convenio, un Tribunal de otro Estado contratante fuera competente para conocer sobre el fondo”, lo que ha dado lugar a varias interpretaciones, pues si para unos es una norma de remisión a los derechos nacionales, para otros es una norma de competencia directa.

Si no existe norma convencional, se estará al art. 22.5 LOPJ, el cual atribuye a los órganos del orden jurisdiccional civil español la adopción de medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España. Además, el art. 722, II, LEC determina la competencia de los tribunales españoles para adoptar medidas cautelares cuando éstas se solicitan por quien acredita ser parte de un proceso seguido fuera de España, siempre y cuando para conocer del asunto principal no fuere exclusivamente competente el tribunal español, esto es, no se trate de alguno de los supuestos del art. 22.1 LOPJ, dado que en ese caso no jugaría esta norma.

Junto a la extensión y límites de la jurisdicción, deben delimitarse las normas para el reconocimiento y ejecución de las resoluciones cautelares. Mayoritariamente la doctrina apoya el sometimiento de las decisiones que adoptan estas medidas al régimen general del Convenio de Bruselas y, en su caso, al de Lugano, si bien el Tribunal de Justicia de las Comunidades ha matizado este punto, precisando que no cabe tal posibilidad en aquellos supuestos en los que la medida ha sido adoptada sin conceder audiencia al demandado. En el ámbito estatal, las medidas cautelares extranjeras podrán ser objeto de reconocimiento en España, a pesar de carecer de firmeza, al amparo de diversos textos convencionales bilaterales. Fuera del ámbito convencional, el reconocimiento de las medidas cautelares a través del *exequatur* plantea problemas en cuanto éste está pensado para decisiones firmes.

b) Competencia genérica

Atendido lo dispuesto en el art. 22.5 LOPJ, el orden jurisdiccional al que se atribuye la competencia para adoptar medidas cautelares en el proceso civil es el orden jurisdiccional civil.

Se excepcionan las medidas cautelares civiles que se adoptan en el proceso penal para garantizar la efectividad de una resolución que verse sobre una pretensión de responsabilidad civil derivada de un hecho delictivo, quebrándose la competencia genérica, siendo competente en el proceso civil acumulado al penal, el órgano jurisdiccional penal.

c) Criterios de atribución de competencia

Para la fijación de los mismos debe tenerse en cuenta el momento procesal de adopción de las medidas cautelares:

1.º) Si la medida se solicita antes de la iniciación del proceso principal, será competente el Juzgado de Primera Instancia (art. 85.1 LOPJ, competencia objetiva) que deba conocer del futuro proceso principal (art. 723.1, competencia territorial).

Cuando las medidas cautelares se soliciten con anterioridad a la demanda, no se admitirá declinatoria fundada en falta de competencia territorial, pero el tribunal examinará

de oficio su jurisdicción, su competencia objetiva y la territorial. Si considerara que carece de jurisdicción o de competencia objetiva, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante de las medidas cautelares, dictará auto absteniéndose de conocer y remitiendo a las partes a que usen de su derecho ante quien corresponda si la abstención no se fundara en la falta de jurisdicción de los tribunales españoles. Lo mismo se acordará cuando la competencia territorial del tribunal no pueda fundarse en ninguno de los fueros legales, imperativos o no, que resulten aplicables en atención a lo que el solicitante pretenda reclamar en el juicio principal. No obstante, cuando el fuero legal aplicable sea dispositivo, el tribunal no declinará su competencia si las partes se hubieran sometido expresamente a su jurisdicción para el asunto principal (art. 725.1).

En los casos a que se refiere el apartado anterior, si el tribunal se considerara territorialmente incompetente, podrá, no obstante, cuando las circunstancias del caso lo aconsejaren, ordenar en prevención aquellas medidas cautelares que resulten más urgentes, remitiendo posteriormente los autos al tribunal que resulte competente (art. 725.2).

2.º) Si la medida se solicita con la demanda o con posterioridad, pero antes de la finalización del proceso, será competente el mismo órgano que conoce del asunto en la primera instancia (art. 723.1, competencia funcional).

El tratamiento procesal de la competencia seguirá las normas generales del proceso principal, a saber los arts. 37, 38, 39, 48, 49, 58, 59, y 62, LEC.

3.º) Si la medida se solicita durante la sustanciación de la segunda instancia o de un recurso extraordinario por infracción procesal o de casación, será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos (art. 723.2., competencia funcional).

4.º) Si las medidas se piden en el proceso de ejecución al amparo del art. 700, será competente para adoptar estas medidas, el mismo órgano que conoció de la instancia, en aplicación del art. 60.

Cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, 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. Lo mismo se observará cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, salvo lo que prevean los Tratados (art. 724).

B) Partes

Sólo es posible adoptar la tutela cautelar a instancia de parte; el tribunal no podrá hacerlo de oficio.

a) No existe especialidad respecto de la capacidad de las partes para solicitar las medidas respecto del proceso declarativo, de manera que quien tenga capacidad para acceder a éste, la tendrá también para solicitar la tutela cautelar.

b) Tampoco existe especialidad en materia de legitimación, debiendo considerar como legitimados activos al demandante, o futuro demandante del proceso declarativo o al demandante reconvencional (art. 721.1), y como legitimado pasivo a quien lo es o lo será en el proceso de declaración que garantiza.

c) La necesidad de integrar la postulación dependerá del momento en que se solicitan las medidas cautelares.

Cuando la medida se solicita antes de la demanda, se exime de la obligatoriedad de la representación procesal por Procurador (art. 23.2, 3.º, LEC) y de la obligatoriedad de la defensa técnica por medio del Abogado (art. 31.2, 2.º, LEC). Esta exención no implica imposibilidad de acudir con abogado y procurador, si bien en este supuesto se excluirán estos conceptos en la imposición de costas. Deberá, en todo caso, ponerse en conocimiento anticipado del tribunal, quien deberá notificarlo a las demás partes con antelación suficiente para que puedan proveerse de la misma asistencia y representación (art. 32).

Cuando la medida se solicita con la demanda o con posterioridad, no habrá especialidad en relación con la postulación, estándose a las reglas generales del proceso principal –obligatoriedad salvo excepciones– (arts. 23 y 31). Esta obligatoriedad se predica tanto mientras se tramita el proceso principal como en fase de recursos y de ejecución.

3. Naturaleza jurídica

A) Del aseguramiento a la efectividad

La naturaleza de proceso cautelar, distinto del declarativo y del de ejecución, se pone cada vez con mayor claridad de manifiesto, pues en los últimos tiempos la finalidad de aseguramiento de las medidas cautelares ha dejado de ser la única, de modo que cabe hablar de medidas cautelares de contenidos relativos a:

a) *Aseguramiento*: Se trata de constituir una situación adecuada para que cuando se dicte la sentencia en el proceso principal pueda procederse a la ejecución de la misma (el ejemplo más claro es el del embargo preventivo).

Esta finalidad de mero aseguramiento de la ejecución de la sentencia condenatoria que en su día llegara a dictarse, es lo que condujo a estimar que las medidas cautelares tenían que ser homogéneas con las medidas de ejecución pero

que no podían llegar a ser idénticas a éstas, pretendiendo mantener separadas las medidas cautelares y las medidas ejecutivas. El error de partida radicó en estimar que las medidas cautelares tenían como única finalidad la de asegurar la ejecución forzosa, mientras que en las leyes se ha hablado normalmente de asegurar la efectividad de la sentencia. Cuando ahora el art. 24.1 se refiere a la efectividad de la tutela judicial ha quedado claramente superada la vieja concepción. Pueda hablarse, pues, de conservar y de anticipar.

b) *Conservación*: Se pretende que mientras dure el proceso principal el demandado no pueda obtener los resultados que se derivan normalmente del acto que se estima ilícito por el actor (por ejemplo, la suspensión del acuerdo de una persona jurídica cuando un socio pretende en juicio la nulidad del mismo).

c) *Innovación o anticipación*: Se trata de anticipar provisionalmente el resultado de la pretensión interpuesta por el actor, como medio más idóneo para que las partes realicen el proceso en igualdad de condiciones, con lo que se produce una innovación sobre la situación jurídica preexistente al proceso principal (por ejemplo, el percibir pensión provisional mientras se discute en juicio un accidente de tráfico).

B) *Distinción de figuras afines*

La delimitación de la naturaleza jurídica de las medidas cautelares exige distinguir las de otras instituciones afines. Así:

a) La función exclusiva de ser conducentes a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria (art. 726.1, 1.º), impide configurar como tales a medidas de aseguramiento de las personas, especialmente las que se refieren a menores o incapaces, que pueden no guardar relación alguna con el proceso principal.

Debe especialmente tenerse en cuenta que algunas de las llamadas medidas provisionales que se adoptan en los procesos de nulidad, separación y divorcio no guardan relación con las medidas cautelares, pues no se trata con ellas de garantizar la efectividad de la sentencia que en su día se dicte, sino de atender a la situación provisional de

pendencia del proceso. Por ejemplo, las medidas relativas a la guarda de los hijos menores son provisionales, pero no cautelares.

b) Tampoco son cautelares las que aseguran el proceso mismo o alguna de sus fases, como la anticipación o el aseguramiento de la prueba, que proporciona a las partes una posición necesaria o jurídicamente conveniente para el proceso futuro o ya incoado.

La LEC regula, en los arts. 293 a 298 dos fenómenos distintos:

1º) Anticipación de la prueba: Consiste en la práctica de cualquier medio de prueba en momento anterior al del juicio (ordinario) o de la vista (verbal), ante el temor de que la fuente propia del mismo se pierda, haciendo imposible su aportación al proceso. Se trata, no de asegurar la fuente, sino de practicar el medio.

2º) Aseguramiento de la prueba: Se trata de asegurar una fuente de prueba, pero sin llegar a practicar el medio.

c) No debe confundirse con la tutela cautelar la llamada justicia provisional o sumaria, dado que en esta segunda queda abierta la posibilidad de acudir a un proceso plenario posterior.

La justicia provisional o sumaria se basa en la necesidad de que determinados conflictos sea resueltos con gran rapidez lo que lleva a que prevean procesos específicos que se caracterizan por las limitaciones de las alegaciones de las partes, del objeto de la prueba (y a veces de los medios de prueba) y de la cognición judicial, de modo que la sentencia que se dicte no producirá los normales efectos de cosa juzgada material, quedando abierta la posibilidad de que cualquiera de las partes acuda a un proceso plenario posterior en el que no cabrá aducir la excepción de cosa juzgada.

Evidentemente esta tutela sumaria no guarda relación con los procesos cautelares. Es cierto que puede entenderse que una y otros son opciones de una alternativa que se le ofrece al legislador para hacer frente a situaciones de urgencia, pero precisamente por tratarse de dos opciones no puede confundirse la una con la otra.

II. PRESUPUESTOS

Para la adopción de las medidas cautelares se hace necesario que concurren una serie de elementos fundamentales que la doctrina denomina “presupuestos”. En la LEC se delimitan estos fundamentos, debiendo, sin embargo, distinguir entre:

1º) Presupuestos para la adopción de las medidas cautelares: De ellos depende la posibilidad misma de que el juez decreta alguna medida; del art. 728 se desprenden dos, la apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro por la mora procesal (*periculum in mora*); y

2º) Presupuesto de ejecución de la medida (no de adopción de la misma): decretada la medida, para que se lleve a la práctica se exige la necesidad de prestar caución con carácter general.

La proporcionalidad no es realmente un presupuesto, sino una característica, como se desprende incluso del art. 726, pero debe estarse a lo que se desprende del programa.

1. Apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*)

La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris* supone que la adopción de las medidas cautelares no puede depender de que el actor pruebe la existencia del derecho subjetivo por él alegado en el proceso principal, ya que esa existencia es la que se debate en éste, pero tampoco puede adoptarse la medida cautelar sólo porque lo pida el actor. Entre uno y otro extremo la adopción precisa que se acrediten unos indicios de probabilidad, de verosimilitud, de “aparencia de buen derecho”.

La apariencia de buen derecho es fundamento de adopción de las medidas cautelares conducentes a hacer posible la ejecución o la efectividad de la eventual (por ende, futura) sentencia estimatoria, si bien es posible, aunque no es lo común, que la medida se adopte para garantizar el proceso de ejecución –art. 700--. En este caso no existe *fumus boni iuris* como fundamento de las medidas, sino que éstas se asientan en un título ejecutivo, y, por tanto, en la certeza del derecho alegado por el ejecutante-demandante cautelar.

La apariencia de buen derecho tiene que referirse a una concreta situación jurídica cautelable, que no puede delimitarse de modo general, sino de manera específica, que es lo que hace el art. 727, al enumerar las medidas cautelares. Esa situación jurídica cautelable se ha de poner en relación con el tipo de pretensión que se ejercita en el proceso principal, pudiendo extenderse, por ello, a los tres tipos de tutela: la mero declarativa, la constitutiva y la de condena.

La comprensión de lo implica la situación jurídica cautelable puede comprenderse mejor con un ejemplo. La adopción del embargo preventivo como medida cautelar exige que por el actor se afirme la existencia de un derecho de crédito a una prestación dineraria, y mediante el embargo se trata de evitar el riesgo de que el demandado se coloque en situación de insolvencia. La situación cautelable es la pretensión de condena dineraria, y la apariencia de buen derecho ha de referirse a de atender a la verosimilitud de ese derecho de crédito.

En general, de este presupuesto debe tenerse en cuenta:

1.º) Es el *fumus boni iuris* un presupuesto legalmente configurado en el art. 728.2 LEC, y al que el legislador denomina como “apariencia de buen derecho”; “juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión”, es decir, relativo a su petición y a los hechos que ha afirmado como causa de pedir de la misma.

2.º) Este presupuesto comporta la existencia de un juicio de verosimilitud o de probabilidad, provisional e indiciario, a favor del demandante de la medida cautelar sobre el derecho que viene afirmando en el proceso principal. Este fundamento responde así al justo término medio entre la certeza que comporta la sentencia que se dicta al finalizar el proceso y la incertidumbre base de la iniciación de ese proceso. A ese término medio es a lo que se denomina verosimilitud.

3.º) Este presupuesto debe ser, primero, alegado y, después, justificado o acreditado (no probado), lo que podrá hacerse, como dice el art. 728.2:

1”) Bien los datos, argumentos y justificaciones documentales, sin excluirse otros medios no documentales, esto es mediante documento.

2”) Bien, en defecto de justificación documental, por otros medios, en lógica coherencia con aquellos supuestos en los que la presentación del principio de prueba por escrito (baste pensar en los supuestos de responsabilidades extracontractuales) impediría el acceso a la tutela cautelar. Esos otros medios pueden ser cualesquiera medios de prueba de los admitidos en Derecho.

Aparece así una importante diferencia entre probar y acreditar, o entre prueba y principio de prueba (por escrito o no). La fijación de los hechos constitutivos en el proceso principal, como base de la estimación o desestimación de la pretensión de fondo, exige que los mismos hayan sido probados, pero cuando se habla de acreditar o de principio de prueba se está atendiendo a algo distinto que no guarda relación con la sentencia de fondo, sino con la concurrencia de presupuestos para la realización de un acto o para la adopción de una medida que no atribuye ni quita derechos de modo definitivo. Para la adopción de la medida cautelar no requiere

probar; basta con la apariencia de buen derecho, es decir, con acreditar, con un principio de prueba.

2. Peligro por la mora procesal (*periculum in mora*)

El retraso que se tiene en cuenta para la adopción de las medidas cautelares, no es el genérico derivado del incumplimiento por el deudor de su obligación, sino el concreto que se refiere a la duración del proceso, e implica la necesidad de conjugar el riesgo que se deriva de la duración del proceso principal, pues existe peligro de inejecución o de ineffectividad de la sentencia estimatoria. Esta ineffectividad puede derivarse de la concurrencia de dos tipos de peligro: el retraso y el daño que se puede producir por la demora.

Para su configuración legal dos son los sistemas que pueden acogerse:

1º) Concreto, conforme al cual debe determinarse caso por caso en qué consiste el riesgo y cuál es la medida adecuado a la evitación de ese riesgo; por ejemplo Así, por ejemplo, el riesgo de insolvencia o de no disposición de medios económicos suficientes, en los supuestos en que se ejercitan pretensiones pecuniarias, que llevan a la medida de embargo preventivo; los riesgos derivados de la imposibilidad jurídica de entregar de una cosa inmueble porque se ha dispuesto de ella de modo irreivindicable, que se pretenden contrarrestar a través de una anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad.

2º) General o abstracto, para el que la ley fija el riesgo de modo indeterminado, debiendo luego el tribunal estar al caso por caso, aplicando una norma general y no una norma especial.

La LEC ha optado con carácter general por la configuración *in abstracto* de este presupuesto, y así dice en el art. 728.1 que sólo podrán acordarse medidas cautelares si se justifica (por el actor, obviamente) que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

Quien pretenda una determinada medida cautelar tiene que:

1º) Afirmar un determinado peligro por la mora procesal (por ejemplo, el demandado está realizando actos que pueden colocarle en situación de insolvencia).

2º) Justificar o acreditar la concurrencia de ese peligro afirmado.

Porque el peligro no existe, dispone el art. 728.1, II, que no se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces; en efecto, si el ahora demandante ha consentido una situación de hecho, no puede pretender luego que la continuación de la misma configura un peligro por la mora procesal.

3. Proporcionalidad

Dado que la adopción de la medida cautelar supone una alteración de la situación jurídica de las partes, antes de que sea definida de modo irrevocable en el proceso, y atendidos los demás presupuestos, puede sostenerse que tanto en la adopción de las medidas cautelares como en la determinación concreta de la medida a adoptar debe atenderse a que:

1º) La medida cautelar debe ser proporcionalmente adecuada a la finalidad pretendida; el asegurar la efectividad de la tutela judicial tiene hacerse atendiendo, tanto a la pretensión ejercitada (y especialmente a la petición de la misma), como al medio suficiente.

2º) La medida a adoptar será aquélla que no sea susceptible de “sustitución por otra medida igualmente eficaz y menos gravosa o perjudicial para el demandado” (art. 726.1, 2.º, LEC).

4. Caución

La caución sirve para responder, en su caso, de los posibles daños y perjuicios que puedan ocasionarse al demandado si, con posterioridad, se pone de manifiesto que la medida carecía de fundamento y es por ello revocada. No es, sin embargo, elemento que fundamente la adopción de la medida, si bien la prestación de la misma deberá ser siempre previa a cualquier acto de cumplimiento de la medida cautelar acordada (art. 737.1). Las notas que la caracterizan son:

1.º) A diferencia de otros momentos históricos, el art. 728 consagra de manera general la exigencia de caución, si bien cabe excepcionarla cuando el propio legislador (no el juzgador) lo pueda considerar oportuno.

2.º) A través de la caución se pretende obtener la cantidad suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, de los posibles daños y perjuicios que la adopción de la medida hayan podido ocasionar al patrimonio del demandado, se entiende en el supuesto de revocación de la misma.

3.º) La LEC hace referencia al término “caución suficiente”, si bien debe configurarse ésta cuantitativa y cualitativamente:

1”) En los dos casos la configuración corresponde al juez, pero sobre el fundamento de la solicitud de la medida, esto es, atendida la petición hecha por la parte.

2”) Desde el punto de vista cuantitativo se establecen unas bases para su cuantificación: “naturaleza y contenido de la pretensión” y valoración que realice sobre el fundamento de la pretensión (art. 728.3).

4.º) La caución podrá otorgarse en cualquiera de las formas previstas en el art. 529.3, II: dinero efectivo, aval solidario o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate.

5.º) Finalmente, el derecho a la justicia gratuita no exime de la prestación de la caución, dado que la exención supondría una importante lesión en el interés privado del sujeto pasivo de la medida, como ha venido consagrando el TC.

III. CARACTERÍSTICAS

Desarrolladas en el art. 726 LEC, se confunden en ocasiones con elementos delimitadores de su naturaleza. Centrándonos en las características, éstas son:

a) *Instrumentalidad*

Las medidas cautelares son exclusivamente conducentes a hacer posible “la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria” (art. 726.1, 1ª), siendo instrumentales del proceso de declaración y del de ejecución. Es por ello que se les configura como *instrumentos del instrumento* (Calamandrei).

b) *Provisionalidad*

Las medidas cautelares no pretenden convertirse en definitivas, por lo que deben alzarse cuando en el proceso principal se haya llegado a una situación que haga inútil el aseguramiento, bien por cumplimiento de la sentencia, bien por actuaciones en el proceso de ejecución que despojan de motivación el mantenimiento de las medidas.

Esta provisionalidad es también característica de otras instituciones, como por ejemplo la ejecución provisional de la sentencia (arts. 524 a 537 LEC), en la que la provisionalidad tiende a convertirse en definitiva, dado que sólo desaparecerán sus efectos si la sentencia es revocada, mientras que las medidas cautelares desaparecerán en todo caso; o, por ejemplo, en los supuestos de justicia provisional o sumaria.

c) *Temporalidad*

Tienen una duración limitada, sin que sea la misma determinable *a priori*, si bien por su propia naturaleza nacen para extinguirse. Se adoptan por tiempo limitado, que depende de la duración del proceso principal.

d) *Variabilidad*

Del art. 726.2 se desprende que las medidas cautelares son “susceptibles de modificación y alzamiento”, tienen un carácter variable, pudiendo ser modificadas e incluso suprimidas, según el principio *rebus sic stantibus*, cuando se modifica la situación de hecho que dio lugar a su adopción. La variabilidad puede ser positiva (para adoptarlas o modificarlas) o negativa (para alzarlas).

Desde la variabilidad se ha estudiado si la resolución judicial que decreta una medida cautelar produce o no efectos de cosa juzgada material. Generalmente se responde negando la producción de este efecto, pero debe tenerse en cuenta que la variabilidad no impide que si las circunstancias existentes en el momento de adoptar la medida permanecen, la resolución es inalterable. Si los hechos permanecen, a la pretensión de modificación, supresión o adopción de medidas cautelares ejercitada, puede oponerse la excepción de cosa juzgada; si los hechos no son los mismos, por haber cambiado el *periculum in mora*, base del proceso cautelar, no podrá alegarse o, mejor, no podrá estimarse la excepción porque la pretensión no es la misma al haber cambiado su *causa petendi*

e) Sustituibles por caución

Tras la solicitud de la medida cautelar, bien en la tramitación procedimental de concesión, bien tras su adopción, es posible que el demandado solicite, por ser menos gravosa, la sustitución de la medida cautelar por una caución. Esta posibilidad, que existía para algunos supuestos específicos de tutela cautelar, se acoge con carácter general en la LEC, arts. 746 y 747 LEC, si bien sometida a la concurrencia de unos presupuestos y condiciones, que son:

1ª) Se exige petición de parte –aquel frente a quien se hubiere solicitado o acordado medidas cautelares-, no siendo posible que el tribunal de oficio acuerde la sustitución.

Sin embargo, podría el tribunal, al amparo del art. 726.1, 2.ª, considerar que la caución es medida eficaz y conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, siendo menos gravosa o perjudicial para el demandado. Se trataría de una decisión del tribunal, si bien deberían concurrir los presupuestos para su adopción, en especial que el demandado estuviere conforme con asumir tal gravamen económico.

2ª) La decisión de la conversión no procede automáticamente sino que deben concurrir:

1”) El fundamento de las medidas cautelares, en cuanto aseguren la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.

2”) La naturaleza y el contenido de la pretensión de condena.

No se limita el legislador a la regla general, la condena genérica, sino que deja abierta la posibilidad de caución sustitutoria cuando se ejercitan pretensiones de condena de carácter específico, lo que exige el análisis en concreto de cada una de las pretensiones que tutelan cautelarmente las medidas para determinar la justificación ó no de la caución sustitutoria, y ello por cuanto allá donde coexistan derechos de contenido no económico o

al menos no reconvertibles a dinero, se estaría desnaturalizando la medida adoptada, porque garantizaría el cumplimiento de la sentencia de condena a prestación económica, empero no a la obligación u obligaciones específicas objeto de la condena.

3”) La apariencia jurídica favorable que pueda presentar la posición del demandando.

La necesidad de fundamentar la sustitución de la medida cautelar por una caución en un *fumus* resulta redundante, dado que es en todo caso la pervivencia de esta apariencia la que va a jugar como fundamento de la medida cautelar específica. Si bien quizás aquí se concreta en el hecho de que debe la caución asegurar un derecho de contenido económico.

4”) La proporcionalidad considerada por el tribunal, analizándose dos elementos: 1) El valor de aseguramiento que la medida cautelar comporta para el solicitante, sin que en ningún caso implique la desaparición o desvanecimiento de la fuerza garantizadora que se pretende con la medida originaria; y 2) La restricción que la misma supone a la actividad patrimonial o económica del demandado, de manera que ésta debe significar una injerencia lo menos grave y desproporcionada posible.

3ª) La sustitución por caución puede solicitarse bien antes de que se hubiere adoptado la cautela o tras su adopción. De ahí que el art. 747.1 señale que podrá solicitarse en el trámite de la vista, art. 734 LEC, o en el trámite de oposición o mediante escrito motivado, si la medida ya se hubiere adoptado.

Esta petición deberá acompañarse de los documentos que se estimen convenientes sobre su solvencia, dada la calidad patrimonial de la medida, las consecuencias de su adopción, mediante la conjugación de la proporcionalidad de su mantenimiento con la función de aseguramiento que comporta su sustitución por la caución, y la valoración del peligro de moral procesal, contrarrestado por la solvencia del demandado. Tras la solicitud de sustitución, se traslada al demandante, desarrollándose una vista (según el art. 734 LEC), resolviéndose mediante auto, en el plazo de cinco días, que es irrecurrible (art. 747.2).

4ª) Aceptada la sustitución de la medida por caución, debe determinarse las formas de otorgarla (dinero efectivo, aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad de que se trate, lo que no cierra otras posibles vías de prestación de la caución).

TEMA 20º

LAS MEDIDAS CAUTELARES, II.

(Esquema)

I. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

- a) Por finalidad: aseguramiento, conservación, innovación
- b) Por carácter específico o genérico

II. MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS

- 1) Embargo preventivo de bienes
- 2) Intervención y administración judicial
- 3) Depósito de cosa mueble
- 4) Inventario de bienes
- 5) Anotación preventiva de demanda
- 6) Otras anotaciones registrales
- 7) Cesación, abstención, prohibición temporales
- 8) Propiedad intelectual
- 9) Depósito de ejemplares (obras, objetos, material)
- 10) Suspensión de acuerdo social
- 11) Otras: - previstas en leyes
- generales

III. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN...

1. Solicitud (demanda) cautelar

A) Antes de la demanda principal

Requisitos del escrito, más urgencia

No postulación

B) Con la demanda principal

C) Con posterioridad a la demanda principal

En general. Requisitos: - claridad, precisión, justificación

- ofrecer caución

2. Tramitación

La necesidad constitucional de contradicción

A) Con contradicción previa

Se pretende que sea lo normal

B) Con contradicción diferida

La oposición a la medida ya acordada

3. La resolución cautelar

A) Contenido

La necesidad de motivación

B) Ejecución

4. Impugnación de la resolución cautelar

A) Por medio de los recursos

Apelación; no casación; sí infracción procesal

B) Por oposición

1) Plazo

2) Forma

3) Traslado y vista

4) Auto: – desestimatorio de la oposición

- estimatorio de la oposición

- daños y perjuicios

IV. MODIFICACIÓN Y ALZAMIENTO DE...

1. Modificación

Art. 743. Mantenimiento de los presupuestos. Variabilidad

Demanda de modificación: hechos y circunstancias nuevos

Para la tramitación, arts. 734 y ss.

¿Cosa juzgada?

2. Alzamiento

A) Necesidad del proceso principal: 20 días

B) Suspensión del proceso principal: 6 meses

C) Terminación del proceso principal

a) Finalización del proceso sin contradicción

Formas anormales

b) Finalización del proceso con contradicción

1) Sentencia estimatoria

2) Sentencia desestimatoria

D) Alzamiento tras la sentencia absolutoria firme

LAS MEDIDAS CAUTELARES, II.

Clases de medidas cautelares. Medidas cautelares específicas. Procedimiento para la adopción de la tutela cautelar. Modificación y alzamiento de las medidas cautelares.

I. CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares pueden sistematizarse desde dos puntos de vista:

a) El primer criterio atiende a distinguir entre medidas en atención a la finalidad perseguida, y se habla así de:

1) Medidas de aseguramiento, que constituyen la situación adecuada para que, una vez dictada la sentencia en el proceso principal, pueda procederse a la ejecución de la misma (el ejemplo más significativo es el embargo preventivo);

2) Medidas de carácter conservativo, que tienden a evitar que el demandado, durante la pendencia del proceso, pueda aprovecharse de los resultados de los actos que se consideran ilícitos por el actor (tal es la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo);

3) Medidas innovativas o anticipatorias del resultado de la estimación de la pretensión, como mecanismo más idóneo para que las partes participen en el proceso en igualdad de condiciones, produciéndose una innovación sobre la situación jurídica preexistente al proceso principal (tal es la pensión provisional).

b) El segundo criterio se refiere al carácter específico o genérico de la medida misma, y cabe así advertir que:

1) El art. 727 de la LEC enumera toda una serie de medidas específicas, esto es, preordenadas a situaciones jurídicas cautelables determinadas, y teniendo en cuenta que esa enumeración no es cerrada, sino “entre otras”.

2) Pero en la propia LEC se encuentran alusiones a la potestad cautelar genérica, y así se dice en el art. 726.2 que el tribunal podrá acordar como medidas

cautelares las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, y el art. 727, 11.^a que también se pueden acordar las medidas que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial.

II. MEDIDAS CAUTELARES ESPECÍFICAS

Hemos dicho que el art. 727 de la LEC procede a una enumeración de las medidas cautelares que considera específicas. Se trata de:

1.º) *El embargo preventivo de bienes*

La adopción de esta medida de aseguramiento depende de que la situación jurídica cautelable se refiera a pretensiones de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables en metálico por aplicación de precios ciertos, y se trata de evitar el peligro de que el demandado se convierta en insolvente mientras se realiza el proceso principal, y por eso este embargo afecta uno o más bienes de aquél a la posible futura ejecución.

Con ello se excluye la posibilidad de adoptar el embargo preventivo para asegurar la sentencia meramente declarativa o constitutiva, planteándose dudas acerca de si tan sólo sirve para garantizar obligaciones pecuniarias o si podría, por el contrario, asegurar obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa específica en aquellos supuestos previstos de conversión de éstas en subsidiaria condena pecuniaria. A esta segunda interpretación podría llegarse a través del art. 727, 1.^a, II, quedando como posible ésta aún cuando, no dándose la situación jurídica cautelable, es medida menos gravosa para el sujeto que la debe padecer y sirve con eficacia a los fines pretendidos.

2.º) *La intervención y la administración judicial*

Cuando se pretende la entrega de bienes cuyo valor principal reside en la productividad (por ejemplo, establecimientos industriales o comerciales o fincas rústicas), la medida tiende a garantizar el mantenimiento de esa productividad, y para ello puede pedirse, bien la intervención judicial (controlándose los actos de administración que realice el demandado), bien la administración judicial (se nombra un administrador que sustituye al demandado en la administración del bien).

Es posible también pedir esta medida cuando en el proceso principal no se pida la entrega del bien, pero la productividad del mismo garantice la efectividad de la sentencia

que recaiga (por ejemplo, si se ha decretado el embargo preventivo de los frutos y rentas que produce el bien).

3.º) *El depósito de cosa mueble*

Si se demanda en juicio la entrega de una cosa mueble, que está en posesión del demandado, la medida cautelar de depósito tiende a evitar que la sentencia futura de condena a entregarla sea imposible, bien porque el demandado transmite la cosa de modo irrevindicable, bien porque la haga desaparecer (recuérdese la diligencia preliminar de los arts. 256.1, 2ª y 261.3ª).

4.º) *La formación de inventarios de bienes*

La generalidad de la norma deja a la apreciación judicial la determinación de la situación jurídica cautelable, aunque ésta tiene que referirse a supuestos en los que el conocimiento de los bienes que integran un patrimonio sea determinante para la efectividad de la sentencia que llegue a dictarse (por ejemplo, extinción de comunidades de bienes).

5.º) *La anotación preventiva de demanda*

Las reglas 5.ª y 6.ª del art. 727 realizan una distinción dentro de las anotaciones preventivas: las que se refieren a la anotación preventiva de la interposición de una demanda y las demás anotaciones. La regla 5ª se refiere a la “anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción de Registros públicos” (equivale a lo dispuesto en el art. 42, 1.º LH). Se parte, pues, de una concreta situación, motivada por la presencia de un bien o derecho registrado o registrable, quedando fuera hechos o situaciones jurídicas (como podría suceder en los supuestos de demanda de impugnación de acuerdos sociales o demandas de incapacitación) que podrían requerir de la debida cobertura registral de manera cautelar, y que ninguno de ambos apartados la permiten. Quedaría la posibilidad de acudir a la regla 11.ª, como cláusula de cierre, siempre que no se trate de materia expresamente derogada.

El *periculum in mora* como fundamento de esta medida se halla en el riesgo de transmisiones de esos bienes o derechos sobre los que versa el proceso, efectuadas por el demandado, y que impidieren la efectividad de la sentencia.

6.º) *Otras anotaciones registrales*

La opción legislativa de deslindar como categoría cautelar independiente la anotación preventiva de demanda de otras anotaciones registrales, sólo tiene sentido si se da cabida aquí a situaciones jurídicas que carecen de trascendencia registral inmediata, de modo que frente a la situación de derechos registrados o registrables a cuya tutela se dirigía la anotación preventiva de demanda, aquí la anotación no es de la demanda, sino de otro tipo de actos, siendo que en estos supuestos la publicidad es un elemento útil para llevar a cabo la ejecución. Así, asumida regulación anterior existente en la Ley Hipotecaria, podría distinguirse entre la anotación preventiva de demanda (art. 42, 1.º LH), y los otros supuestos a que se refiere el art. 42, de quedarían cubiertos por este apartado 6.º del art. 727 LEC.

7.º) *Cesación provisional, o abstención temporal, o prohibición temporal de actividades, conductas o realización de prestaciones*

Bajo este número 7.º del art. 727 se da cobertura a algunas medidas cautelares que durante mucho tiempo no se regulaban en la LEC, sino que eran leyes como la de patentes, marcas, competencia desleal, publicidad, entre otras, que ofrecían un tratamiento procesal privilegiado, si bien incompleto, lo que provocaba remisiones fundamentalmente al antiguo art. 1428, generando algunas contradicciones.

1”) Se asegura a través de estas medidas la tutela de condena a obligaciones de hacer y de no hacer, si bien la pluralidad de medidas que aquí se acogen van a fundamentarse en diversas situaciones jurídicas. Así, la cesación provisional de una determinada actividad se despliega como garantía de una situación jurídica que consiste en la tutela de una condena a un *facere*, una abstención de una actividad real y presente (por ejemplo, en el supuesto de una cesación de la publicidad ilícita se garantiza una acción de omisión de una actividad publicitaria considerada por el demandante como ilícita). La abstención temporal supone la tutela de un *non facere*, no llevar a cabo una conducta que previsiblemente es inminente (abstenerse de lanzar a la audiencia una campaña publicitaria sobre determinado producto).

A través de ambas medidas –la cesación provisional de una actividad o la abstención temporal de la misma- se está en cierta medida anticipando los efectos de la sentencia eventual que se pudiera dictar en el proceso principal estimando la pretensión del actor, máxime si se tiene en cuenta que ambas son instrumento para garantizar la efectividad de la sentencia dictada en un proceso en el que se estima las pretensiones de cesación de una actividad o de abstención (prohibición de realización de la misma de forma inminente).

2”) El legislador se refiere además a un supuesto novedoso: la medida cautelar de prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo. Se cautela con esta medida una obligación de hacer, consistente en continuar realizando lo que se estaba haciendo (por ejemplo un contrato de suministro, en el que la interrupción de la cadena de suministro implicaría la imposibilidad de realización de un determinado producto; la medida cautelar consistiría en prohibir temporalmente la interrupción o la cesación del contrato de suministro). Con esta medida se consigue que, durante la tramitación del proceso, continúe la actividad o conducta, dado que la cesación o interrupción de la misma causaría un daño probablemente irreparable para el actor. A diferencia de las medidas anteriores, en las que la conducta es ilícita, en esta medida la actividad es lícita; lo ilícito sería interrumpir o cesar el procedimiento de producción, el de suministro, la actividad empresarial, entre otras.

Esta medida tiene un carácter conservativo, en cuanto pretende mantener el *statu quo ante bellum* durante la litispendencia, de ahí que algún sector de la doctrina ha venido denominando a este tipo de medida como no innovativa, en cuanto se pretende que no cambie la situación jurídica existente.

8.º) *Intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante actividad ilícita, o consignación o depósito de las cantidades reclamadas en concepto de remuneración de la propiedad intelectual*

A través de estas medidas se pretende cautelar pretensiones patrimoniales ejercitadas ante la explotación ilícita de un derecho de propiedad intelectual o afines o conexos. Aquí se hace referencia, por un lado a dos medidas cautelares autónomas e independientes –la intervención y el depósito de ingreso- que pueden decretarse conjunta o independientemente, dado el tenor literal del precepto, que utiliza la conjunción “y”.

Por ejemplo, si se está representando una obra teatral sin la debida autorización, al titular de los derechos de autor puede interesarle que la obra continúe representándose, solicitando cautelarmente la intervención de los ingresos que se obtienen en la taquilla. La intervención puede tener como garantía del cobro, el depósito de dichas cantidades en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones en la entidad bancaria correspondiente. No olvidemos que si de una entidad pública se tratase, este depósito carecería de razón de ser, dado que la solvencia estaría garantizada; sin embargo, la intervención seguiría cumpliendo su finalidad y, por tanto, cautelarmente serviría a los fines antes citados.

Junto a las dos medidas anteriores, también es posible decretar la consignación o depósito de las cantidades reclamadas en concepto de remuneración de propiedad intelectual. En este caso, la conjunción “o” refleja que nos hallamos ante la misma medida cautelar. Con ellas se pretende también garantizar la efectividad y ejecución de una eventual sentencia estimatoria de una pretensión económica –la obligación de remuneración en los casos en que un contrato o la misma ley establezcan una obligación de este carácter-.

9.º) *Depósito de ejemplares de obras, objetos y material*

Si bien en algunas leyes se regulaba la medida del “secuestro” en lugar de “depósito”, se está garantizando la tutela judicial que puede otorgarse con una sentencia estimatoria de una pretensión de cesación o de prohibición, de una pretensión de remoción de efectos, o incluso de una pretensión indemnizatoria.

Los objetos sobre los que recae esta medida cautelar son:

1”) Obras, entendiendo por tales los ejemplares producidos o utilizados en materia de propiedad intelectual. Al solicitante le interesa que dejen de producir estos ejemplares o que se sigan produciendo para sufragar una condena posterior a prestación patrimonial.

2”) Objetos creados a través de la explotación de una patente o de una marca, existiendo un interés de no continuidad de la explotación de las mismas y, por tanto, de expansión en el mercado de los productos u objetos que se consideran producidos con quebranto de las normas de LM y LP;

c) Material, entendiéndolo en sentido amplio, esto es, tintes, papeles, tampones, grabados, planchas, ordenadores, diskettes, cintas, videos, entre otros.

10.º) *Suspensión de acuerdos sociales*

Si la pretensión ejercitada en el proceso principal es la impugnación de un acuerdo societario, la medida cautelar más efectiva será la de suspender su ejecución durante la pendencia del proceso. Sin embargo, no toda pretensión de nulidad en el proceso principal podrá presuponer, como situación jurídica objeto de esta cautela, la suspensión, sino que el legislador, para evitar posibles abusos que

podrían incidir en el orden común o general societario, ha fijado un supuesto de legitimación cualificada, exigiéndose que el demandante o demandantes “representen, al menos, el uno o el cinco por ciento del capital social, según que la sociedad demandada hubiere o no emitido valores que, en el momento de la impugnación, estuvieren admitidos a negociación en mercado secundario oficial”.

11.º) *Otras previstas legalmente*

Durante mucho tiempo la sistematización legal de las medidas cautelares en España era caótica. Por un lado, la LEC concretaba las denominadas medidas cautelares generales, estableciéndose un tratamiento diferenciado en cada una de ellas, debiéndose acudir a los diferentes cuerpos legales para determinar las específicas medidas de protección procesal de la materia, provocándose con ello lo que venía denominándose por la doctrina como tutela cautelar “privilegiada”, en cuanto suponía un tratamiento especial (presupuestos específicos, especialidades procedimentales, fueros específicos competenciales, entre otros), pero provocándose en la mayoría de los casos una remisión al cajón de sastre del antiguo art. 1428 LEC, que regulaba las medidas cautelares innominadas. La LEC ha optado por enumerar en el art. 727 las medidas que pueden comúnmente adoptarse, si bien no cierra las posibilidades de necesidades que *ex novo* requieran de diferente cobertura cautelar. Es por ello que en el apartado 11ª del art. 727 se establezca la posibilidad abierta de adoptar otras medidas, bajo el tratamiento común que enmarca la LEC, siempre que se trate de medidas que “para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”.

III. PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR

La LEC simplifica el régimen procedimental para la adopción de las medidas cautelares, fundamentalmente porque, frente a situaciones anteriores en las que había que acudir a la regulación específica de cada una de las medidas para determinar su tramitación procedimental o incluso a las leyes especiales para la determinación de las normas de procedimiento, que, en todo caso, había que integrar con la regulación común, supone la unificación del procedimiento, y con ella, la desaparición de la dispersión de las normas reguladoras del mismo.

1. La solicitud (demanda) cautelar

Para la adopción de una medida se requiere instancia de parte (art. 721 LEC), de manera que no es posible en ningún caso la adopción de oficio de la tutela cautelar. Los momentos en que esta solicitud puede formularse son antes, con y después de la demanda del proceso principal.

A) Antes de la demanda principal

La solicitud de medidas cautelares antes de la demanda del proceso principal debe formularse mediante escrito en el que habrá que: 1) Determinar el tribunal al que se dirige el escrito; 2) Identificar a los sujetos activo y pasivo; 3) Fundamentar la medida; y 4) Expresar qué medida concreta se pide. Los problemas se refieren a la fundamentación, por cuanto ésta debe ser doble: por un lado, general, referida a los presupuestos; y, por otro, especial, en cuanto deberá razonarse la urgencia o necesidad de la adopción *ante causam*. A todo ello habrá que añadir la acreditación de los presupuestos (art. 732.2).

Para la formulación de esta solicitud *ante causam* de las medidas debe tenerse en cuenta que se trata de un supuesto de exención de la obligatoriedad de integrar la postulación mediante procurador y abogado (arts. 23.2, 3.º, y 31.2, 2.º).

La adopción de las medidas antes de la interposición de la demanda del proceso principal va a condicionar la incoación del mismo, de modo que la demanda en el proceso principal deberá interponerse dentro de los veinte días siguientes a la adopción de las medidas, computándose desde el día siguiente de la notificación del auto de concesión. De este modo, si en el plazo de veinte días no se interpusiese la demanda, el tribunal, de oficio, acordará el alzamiento o la revocación de los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados, condenando al solicitante cautelar al pago de las costas y declarándole responsable de los posibles daños y perjuicios que se hubieren podido ocasionar al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas.

B) Con la demanda principal

La solicitud de la medida se efectuará de ordinario junto a la demanda del proceso principal. Formalmente en un mismo escrito se formularán, pues, dos demandas: una, la del proceso principal, y la otra, la del cautelar, debiendo distinguirse claramente entre una y otra demanda.

C) Con posterioridad a la presentación de la demanda principal

La LEC (art. 730.4) posibilita la petición de tutela cautelar con posterioridad a la presentación de la demanda, incluso pendiente un recurso, si bien esta posibilidad se establece con carácter restrictivo, esto es, sólo cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en estos momentos.

Cualquiera que fuere el momento en que se ejercita la pretensión cautelar, la solicitud de las medidas deberá formularse atendiendo a tres requisitos concretos (art. 732.1 LEC): 1) Claridad; 2) Precisión; y 3) Justificación de los presupuestos para su adopción. Los dos primeros requisitos –claridad y precisión– se refieren a la petición como elemento compositivo de la demanda cautelar, y suponen la necesidad de que en la solicitud se establezca la petición de manera tal que quede delimitado el ámbito dentro del cual debe moverse el órgano competente en la decisión cautelar, no pudiendo dar cosa distinta, ni más de lo pedido, por aplicación del principio dispositivo. El tercer requisito comporta la necesidad de justificar la concurrencia de los presupuestos exigidos legalmente para la adopción de la medida, para lo cual se acompañarán los medios necesarios para su acreditamiento, tanto los de carácter documental como aquellos que, no siéndolo, puedan servir a los mismos fines.

En el mismo escrito de petición de la medida o medidas cautelares deberá ofrecerse la prestación de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituirla y con justificación del importe que se propone (art. 732.3).

En la LEC se establece un supuesto específico: Cuando las medidas se soliciten en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas, podrá proponerse al tribunal que, con carácter urgente y sin dar traslado del escrito de solicitud, requiera los informes u ordene las investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver sobre la solicitud (art. 732. 2, II).

2. Tramitación

Presentada la solicitud de tutela cautelar, hay que cumplir con el principio de contradicción, pudiendo cubrirse a través de dos fórmulas: la contradicción previa o la llamada contradicción diferida. Las dos han sido admitidas en la LEC, pues si

bien se proclama como regla general la exigencia de la contradicción previa, también se asume la posibilidad de excepcionar la misma, cuando concurren circunstancias que permitan, e incluso exijan, acordar la medida sin oír previamente al demandado, pero atribuyéndole la posibilidad diferida de ser oído, mediante la interposición de una oposición, regulada en los arts. 739 a 742 LEC.

A) Con contradicción previa

El art. 733.1 dispone que, como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado, lo que se hará por medio de una vista, regulada en el art. 734, cuyas notas fundamentales son :

1.^a) En el plazo de cinco días, desde el traslado de la solicitud de tutela cautelar, el tribunal convocará a las partes a la vista, que se celebrará dentro de los diez días siguientes sin necesidad de seguir el orden de los asuntos pendientes cuando así lo exija la efectividad de la medida cautelar.

2.^a) El contenido de la vista consistirá en:

1”) Las alegaciones del demandante y demandado, exponiendo cada uno lo que les convenga a su derecho, sin exclusión.

2”) La práctica de las pruebas, que se admitirán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos cautelares, haciéndose especial referencia a la práctica del reconocimiento judicial, que, de no poder practicarse en el acto de la vista, se deberá practicar en el plazo de cinco días.

Se tratará de aquellos medios de prueba que puedan practicarse en el acto de la vista, dado que, de lo contrario, podría producirse el efecto absurdo de dilatar el procedimiento de adopción de las medidas. Sin embargo, el legislador condiciona la pertinencia de la prueba a su relación con los presupuestos, siendo que éstos pueden acreditarse fundamentalmente por justificación documental (entendiendo por documento no sólo el escrito sino también las cintas de vídeo, fotografías, diskettes, etc.), o por cualquier otro medio, planteando mayores dificultades medios como la testifical, la pericial o incluso el reconocimiento judicial, al que expresamente se refiere el legislador, dado que en estos casos no se permite la utilización de maniobras dilatorias de la decisión cautelar, quedando condicionada la imposible práctica inmediata de la prueba en el acto de la vista, al plazo de cinco días, pudiendo tan sólo suspenderse la vista por este plazo.

3”) También se podrá hacer referencia en la vista a las cauciones. Por un lado, servirá la vista para formular alegaciones relativas al tipo y a la cuantía de la caución que debe prestarse para responder de los posibles daños y perjuicios que la adopción de la medida pudiera causar al patrimonio del demandado; y por otro, podrá solicitarse en este trámite la sustitución de la posible medida cautelar que se acuerde por la caución sustitutoria, conforme a lo que prevé el art. 747 LEC.

B) Con contradicción diferida

La adopción de las medidas sin contradicción previa viene condicionada al cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 733.2, que son:

1.º) Solicitud expresa de la parte demandante.

2.º) Acreditación de la concurrencia de razones de urgencia o que la realización de audiencia previa pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar.

3.º) La resolución que adopta la medida sin audiencia previa deberá motivar, por un lado, la presencia de los requisitos para la adopción de la medida y, por otro, las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado.

3. La resolución cautelar

La decisión del tribunal sobre la solicitud de las medidas cautelares reviste la forma de auto, en el que se podrá estimar o desestimar la pretensión cautelar.

El plazo para dictar la resolución cautelar varía en función de que nos hallemos ante el régimen general de la contradicción previa o, por el contrario, ante la excepcional situación que comporta dictar auto sin contradicción. Así, finalizada la vista previa, el plazo es de cinco días, a contar desde el día siguiente de la finalización de la misma (art. 735.1); si se adopta sin audiencia previa, el plazo de cinco días cuenta desde el momento en que se presentó la solicitud de tutela cautelar, sin otro trámite (art. 733.2).

A) Contenido

1.º) Si el auto es estimatorio, debe fijarse por el tribunal con toda precisión, por un lado, la medida o medidas cautelares que se acuerdan, precisando el régimen a que han de estar sometidas, y a este respecto el art. 721.2 está condicionando el límite de gravosidad que afecta a la congruencia, en cuanto el tribunal no va a poder acordar medidas más gravosas que las que se hubieren solicitado por el actor (aunque sí menos). Por otro lado, deberá determinarse la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse la caución por el solicitante (art. 735.2).

2.º) Si el auto es desestimatorio, el tribunal debe motivar las razones por las que se desestima la pretensión, denegándose la medida solicitada.

La denegación no comporta, una imposibilidad de acceso a la tutela cautelar, dado que, aún denegada la misma, el actor puede reproducir su solicitud siempre y cuando hubieren cambiado las circunstancias existentes en el momento de la petición (art. 736.2).

b) Ejecución

Acordada la medida, deberá procederse a su ejecución, siendo competente el tribunal que dictó la resolución. Las reglas para concretar el régimen de ejecución de las mismas pueden sintetizarse del modo siguiente:

1.º) La ejecución se practicará de oficio por el órgano jurisdiccional.

2.º) Los medios para la ejecución, salvo las excepciones determinadas por ley, no pueden ser otros que los que, con carácter general, se entiendan como necesarios para llevar a cabo la ejecución, incluso remitiéndose para ello a los instrumentos que prevé el legislador con carácter general para la ejecución de las sentencias.

3.º) Aparte de la anterior previsión general, el art. 738 se refiere a previsiones especiales respecto de medidas concretas (caso del embargo preventivo, la administración judicial, la anotación preventiva de demanda)

Incluso se dispone que los depositarios, administradores judiciales o responsables de los bienes o derechos sobre los que ha recaído una medida cautelar sólo podrán enajenarlos, previa autorización por medio de providencia del tribunal y si concurren circunstancias tan excepcionales que resulte más gravosa para el patrimonio del demandado la conservación que la enajenación.

4. Impugnación de la resolución cautelar

Dictado el auto cautelar, cabe dos posibles vías para atacar el mismo, que responden a las dos vías de tramitación del procedimiento de adopción de la tutela cautelar.

A) Por medio de recurso

El auto dictado con contradicción previa es recurrible en apelación (arts. 735.2, II y 736.1), siendo su tramitación preferente en el supuesto de que se tratare de recurso planteado contra un auto denegatorio de la medida. Contra la decisión de la apelación no cabrá recurso de casación, pero sí podrá ser posible recurso de infracción procesal, pues las infracciones en la regularidad del procedimiento, las vulneraciones del art. 24 causantes de indefensión, etc., sí pueden producirse en el proceso de obtención de la tutela cautelar.

B) Oposición en el supuesto de resolución sin contradicción previa

El auto de adopción de medida cautelar que se dicta sin contradicción previa es irrecurrible, pues contra él lo que se regula es la contradicción diferida, que puede tramitarse mediante la interposición por el demandado de la demanda de oposición (arts. 739 y ss). En esta oposición debe tenerse en cuenta:

1.º) El plazo para formular la oposición es de veinte días, a contar desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares.

2.º) La forma que debe revestir la formulación de esta oposición es la de demanda, lo que comporta la naturaleza procesal de la misma, pues cabe alegar “cuantos hechos y razones se opongan a la procedencia, requisitos, alcance, tipo y demás circunstancias de la medida o medidas efectivamente acordadas, sin limitación alguna”.

3.º) Se dará traslado al solicitante y, en el plazo de cinco días desde ese traslado, se convocará a las partes a una vista, que se celebrará dentro de los diez días siguientes (el art. 741.1 remite para el desarrollo de la vista al art. 734).

4.º) Celebrada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, decidirá en forma de auto.

Esta decisión, además de pronunciarse sobre la estimación o desestimación de la demanda de oposición, tendrá otros contenidos:

1º) Si el auto desestima la oposición, se mantendrá la medida acordada y se impondrán las costas al opositor, aplicándose con ello el principio del vencimiento (art. 741.2, II).

2º) Si el auto estima la pretensión de oposición, alzará las medidas o las modificará o las sustituirá por caución sustitutoria.

Mientras en el primer caso se está resolviendo a favor de la innecesariedad de la tutela cautelar, en los demás, se está sosteniendo la conveniencia de la misma, si bien considerando las medidas adoptadas como impertinentes, inadecuadas y quizás desproporcionadas a los fines pretendidos, y ello puede repercutir en los pronunciamientos complementarios que puedan derivarse de este auto estimatorio de la pretensión opositora.

3º) En el caso de auto estimatorio de la oposición, alzando la medida acordada, se condenará al actor a las costas y al pago de los daños y perjuicios producidos.

La decisión que pone fin a este procedimiento reviste la forma de auto, que podrá ser impugnado mediante la interposición del recurso de apelación, si bien tendrá eficacia inmediata, en cuanto se entiende que el recurso de apelación solo tendrá un efecto, el devolutivo, sin que pueda suspenderse, a estos efectos, la eficacia de la resolución cautelar, como dispone expresamente el art. 741.3.

Dado que el auto que pone fin al procedimiento de oposición estimatorio de la pretensión se pronuncia también sobre la condena a indemnizar los daños y perjuicios, habrá que esperar a alcanzar firmeza para proceder a la determinación de los mismos. Del art. 742 se desprende:

1.º) La determinación concreta de los daños y perjuicios se llevará a cabo previa petición de parte, nunca de oficio.

2.º) Se seguirá los trámites señalados en los arts. 712 y siguientes de la LEC, referidos a la liquidación de daños y perjuicios.

3.º) Elemento fundamental es que los daños y perjuicios se hayan causado como consecuencia de la medida revocada; lo que implica tanto como justificar el nexo causal entre la medida y los daños y perjuicios ocasionados por aquélla.

4.º) Declarada la responsabilidad del solicitante, éste deberá pagar de manera inmediata. De lo contrario deberá procederse a la exacción forzosa de los mismos (art. 742 *in fine*).

IV. MODIFICACIÓN Y ALZAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares se caracterizan, como se dice en el Tema anterior por ser instrumentales, provisionales y variables, siempre con referencia a un proceso principal. De estos caracteres se deduce la posibilidad de que las medidas sean modificadas o alzadas.

1. Modificación

La modificabilidad de las medidas cautelares acordadas se prevé de modo expreso en el art. 743 de la LEC, conforme al cual la variabilidad depende de la subsistencia de los presupuestos que determinaron la adopción de la medida. Una cosa es oponerse a la adopción de la medida, lo que puede hacerse en la contradicción previa o en la diferida (supuesto en el que se tratará de alegar que no existen los presupuestos que permiten la adopción), y otra distinta pedir la modificación de la medida ya acordada. Esta modificación depende de la nota de variabilidad de las medidas cautelares y atiende al cambio producido en los presupuestos.

Asumida la posible variabilidad de las medidas cautelares, la permanencia o modificación de las mismas dependerá del mantenimiento de sus presupuestos. Este carácter de provisionalidad y de posible modificabilidad es la consecuencia de la instrumentalidad en relación con el proceso declarativo y el de ejecución.

La demanda de modificación de las medidas cautelares debe fundarse en la alegación y prueba de hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión (por desconocidos o por variación de las circunstancias que concurrían en el momento de su adopción, por ejemplo, por solvencia del

demandado que pudiera desvirtuar la concurrencia de uno de los presupuestos necesarios para adoptar el embargo preventivo) o bien que no pudieron tenerse en cuenta dentro del plazo previsto por ley para oponerse a la concesión de las medidas (art. 743).

El legislador ha admitido esta posible modificación de las medidas cautelares, fijando unos límites y requisitos a la misma, que son:

1.º) La modificación de la medida se fundamenta en la característica de la variabilidad o susceptibilidad de modificación, a que se refiere el art. 726.2: Los hechos y circunstancias que motivaron su adopción pueden variar, y con ellas la modificación de las medidas adoptadas.

2.º) La modificación de las medidas cautelares debe provenir de petición de parte, no siendo posible la modificación de oficio.

3.º) La solicitud de modificación será sustanciada y resuelta conforme a lo que prevén los arts. 734 y siguientes (art. 743, II).

Presentada la solicitud de modificación, en el plazo de cinco días desde el traslado de la misma, se convocará a las partes a una vista, que se celebrará dentro de los diez días siguientes. En la citada vista se expondrán lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas se consideren pertinentes. Terminada la vista, el tribunal, en el plazo de cinco días, decidirá mediante auto sobre la viabilidad de la modificación. Si se accede, se fijará con toda precisión el contenido de las medidas modificadas, así como el régimen a que han de estar sometidas, pudiendo interponerse contra el auto, recurso de apelación sin efectos suspensivos. Si se deniega la modificación, sólo es posible interponer apelación.

4.º) La modificación de las medidas no supone que la resolución cautelar no produce efectos de cosa juzgada, dado que la modificación sólo es posible cuando se produce una variación en la *causa petendi*, y si se modifica la situación de hecho con base en la que se adoptaron, no se mantiene la identidad objetiva que comportaría el efecto de cosa juzgada.

Así, si las circunstancias de hecho no se han alterado, a la petición de modificación de las medidas puede oponerse la excepción de cosa juzgada; si los hechos no son los mismos, por modificarse la causa de pedir, no puede alegarse la excepción de cosa juzgada.

2. Alzamiento

Consecuencia del carácter instrumental del proceso cautelar respecto del proceso principal, existe una dependencia del mantenimiento de las medidas respecto de la suerte del proceso principal, lo que supone que las medidas sólo pueden perdurar en tanto en cuanto exista proceso del que penden. Así:

A) Necesidad de proceso principal

Cuando las medidas se hubieran adoptado antes de la demanda, por razones de urgencia o necesidad, la dependencia respecto del proceso principal se halla en la necesidad de existencia de éste, de modo que las medidas quedarán sin efecto si la demanda no se presenta en el plazo previsto legalmente. Esa necesaria instrumentalidad implica, atendido el art. 730.2:

1.º) La necesidad de presentar la demanda del proceso principal en el plazo de veinte días a contar desde el siguiente de su adopción.

2.º) La no presentación de la demanda principal supone el alzamiento o la revocación de los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados a los efectos de la ejecución de las mismas.

3.º) El alzamiento o revocación de las medidas comportará la condena en costas al solicitante, así como la declaración de responsabilidad por los daños y perjuicios producidos al sujeto pasivo que ha debido soportar la adopción de las medidas.

B) Suspensión del proceso principal

Según el art. 731.1, II, no podrá mantenerse “una medida cautelar si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida”, lo que supone:

1.º) Que se produzca una suspensión de más de seis meses para que pueda producirse el alzamiento de las medidas cautelares. Ello excluye el alzamiento de

las medidas cuando se trate de suspensiones, incluso debidas al solicitante de las medidas cautelares, por tiempo inferior a seis meses.

2.º) Que la causa de la suspensión sea imputable al solicitante de la medida cautelar.

C) Terminación del proceso principal

Según el art. 731.1 no se mantendrán las medidas cautelares cuando el proceso principal haya terminado, si bien esta afirmación queda matizada en los supuestos en que el proceso finaliza por sentencia condenatoria o por auto equivalente, que permitirán el posible mantenimiento de la medida. Habrá, por tanto, que establecer las diversas formas de finalización del proceso.

a) Finalización del proceso sin contradicción

Cuando el proceso principal finaliza de forma anormal, sin sentencia o con sentencia no contradictoria (por desistimiento, sobreseimiento, renuncia, allanamiento, transacción o por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto), la suerte de las medidas cautelares quedará condicionada al resultado que cada uno de estas actuaciones pueda suponer en el proceso. Si ya no hay proceso, difícilmente puede mantenerse cautelarmente lo que ha quedado sin contenido, si bien las situaciones específicas de cada uno de estos actos comportan soluciones diversas.

Cuando se produce el *desistimiento del demandante*, se abandona el proceso iniciado por éste, sin resolución de fondo, provocándose el alzamiento de las medidas cautelares adoptadas a instancia del actor. Cuestión distinta es la producida por un desistimiento en la segunda instancia o estando pendiente casación, dado que en este caso el destino y la suerte de las medidas cautelares dependerá del contenido de la resolución judicial dictada, dado que se genera tal situación que deviene firme la resolución recurrida (arts. 744 y 745).

A la misma solución habrá que llegarse cuando se dicta el auto de *sobreseimiento*, poniéndose fin al proceso y provocándose con ello la innecesariedad de la tutela cautelar.

Si hubiere *caducidad* en la instancia, habría que entender inmediato alzamiento de las medidas, dado que al desaparecer el proceso principal, no tendría razón de ser alguna el mantenimiento de las medidas. Cuestión diferente sería si la caducidad se produjere en fase de recursos, puesto que produciría el efecto directo de la confirmación de la sentencia dictada en la instancia, condicionándose la suerte de las medidas cautelares al contenido de

la resolución dictada en el proceso principal, es decir, a que en la misma se hubiere producido la estimación o desestimación de la pretensión.

En caso de *renuncia* del actor, con dejación de la pretensión interpuesta, la suerte que van a correr las medidas cautelares es la de su alzamiento, al perder sentido su mantenimiento, ante la dejación de la pretensión en el proceso principal.

En el supuesto de *allanamiento*, conformándose el demandado con la pretensión interpuesta por el actor, la solución producida es la misma que la que se alcanza cuando finaliza el proceso con contradicción, es decir, estimando la pretensión del actor.

Si se llegare a una *transacción entre las partes*, no existirían vencedores ni vencidos, pudiéndose distinguir dos situaciones: 1) Una transacción judicial: se produce el alzamiento de las medidas cuando en la transacción no se asume la pretensión garantizada cautelarmente, si bien podría mantenerse la cautela cuando no mediare renuncia expresa a las medidas cautelares adoptadas; y 2) Si la transacción es extrajudicial, lo normal será el alzamiento de las medidas cautelares.

En el supuesto de que se alcanzase la satisfacción extraprocésal de las pretensiones o la carencia sobrevenida del objeto del proceso, también debería producirse el alzamiento de las medidas cautelares, al carecer de objeto el proceso-instrumento del proceso principal. La eficacia del auto equiparable a la sentencia absolutoria, lleva a argumentar también la innecesariedad de las medidas cautelares que se hubieren adoptado en el proceso principal.

b) Finalización del proceso con contradicción. Situación en la segunda instancia

Manteniéndose la contradicción hasta el final, la suerte de las medidas cautelares dependerá de que se trate de una sentencia estimatoria o desestimatoria de la pretensión:

1.º) Si la *sentencia es estimatoria* de la pretensión principal, puede serlo total o parcialmente. Si la estimación es parcial “el tribunal, con audiencia de la parte contraria, decidirá mediante auto sobre el mantenimiento, alzamiento o modificación de las medidas acordadas” (art. 744.2). Si la estimación es total, debe tenerse en cuenta el art. 731.1, II, que da soporte al mantenimiento de las medidas cautelares hasta que devenga firme y transcurra el plazo de espera de la ejecución de dicha resolución (veinte días posteriores a la notificación, art. 548), y si transcurrido dicho plazo, no se solicitare la ejecución, se alzarán las medidas cautelares que estuvieren adoptadas.

2.º) Si la *sentencia es desestimatoria* de la pretensión, el art. 744.1 LEC establece que 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 y el tribunal, oída la parte contraria, atendidas

las circunstancias del caso y previo aumento del importe de la caución, considere procedente acceder a la solicitud, mediante auto”.

D) Alzamiento tras la sentencia firme absolutoria

Cuando la sentencia hubiere sido absolutoria, sea en el fondo o en la instancia y se convierta en firme, se producirá el alzamiento de oficio de todas las medidas cautelares (art. 745.I LEC). Se trata de una situación que afecta tanto a la terminación del proceso con sentencia contradictoria como sin la citada contradicción, a través de aquellas fórmulas que pueden convertir la decisión en firme, impidiéndose con ello el posterior conocimiento por parte del juez de la misma pretensión en un proceso posterior. Pero no se limita a estas situaciones sino que el legislador ha extendido también este efecto inmediato de alzamiento a supuestos en los que el proceso termina sin sentencia, como en el caso del desistimiento de la instancia, en los que el art. 745, II, LEC entiende que deberá seguirse las mismas consecuencias que aquí analizamos. Los requisitos para que pueda procederse a este alzamiento son:

1.º) El contenido de la resolución que pone fin al proceso debe comportar la absolución del demandado, sobre el que pesan las medidas cautelares adoptadas, aunque esa absolución puede ser sólo en la instancia, es decir, la sentencia puede ser meramente procesal. Si la resolución hubiere acogido la pretensión del actor, estas medidas se convertirían en medidas ejecutivas, dejando de ser también medidas cautelares.

2º) El alzamiento de las medidas cautelares se lleva a cabo de oficio, lo que debe significar la necesidad de resolución judicial.

3.º) Efecto directo de este alzamiento por alcanzar firmeza la resolución dictada en el proceso principal es el de abrirse el cauce procesal que permite estimar por el tribunal la petición interpuesta por el demandado de la exigencia de la responsabilidad que deriva en la exacción de los daños y perjuicios que se hubieren producido al demandado como consecuencia de haber sufrido la adopción y el

mantenimiento de las correspondientes medidas cautelares. Se seguirá a estos efectos lo que dispone el art. 745.I en relación con los arts. 742 y 712 y siguientes de la LEC.

TEMA 21º

TIPOS DE PROCESOS DECLARATIVOS

(Esquema)

I. ORDINARIOS Y ESPECIALES

El proceso declarativo, decir, complejidad

1. Tutela ordinaria

A) *Juicio plenario ordinario*

Solemnis ordo iudiciarius. 1) Ordinario, y 2) Plenario

Mayor cuantía en LEC 1881. Desaparece en LEC 2000

B) *Juicios plenarios rápidos ordinarios*

Residual en LEC 1881; triunfa en LEC 2000: - Ordinario y - Verbal

2. Tutelas privilegiadas

A) *Juicios plenarios especiales*

Art. 248.1: - Libro IV

- llevar a verbal

B) *Juicios sumarios especiales*

Limitaciones (no urgente); arts. 250 y 447

II. CUESTIONES INCIDENTALES

1. Concepto

a) Cuestiones previas

b) Cuestiones incidentales: 2 conceptos

1) Amplio, 2) Estricto: - Conexión con objeto o proceso

- Procedimiento y resolución propia

- Competencia del juez

c) Cuestiones prejudiciales

2. Clases y procedimiento

A) *Noción de incidente*

B) *Clases de incidentes*

a) Especiales o común

b) Suspensivos y no suspensivos

1) Pronunciamiento previo y tramitación suspensiva

2) Especial pronunciamiento y no suspensión

C) *Procedimiento*

- 1) Demanda; 2) Momento preclusivo; 3) Admisión; 4) Contestación;
- 5) Vista y prueba; 6) Resolución; 7) Recursos

III. DETERMINACIÓN DEL PROCESO...

1. La cuantía como criterio general

Cuantía del asunto: 1) Verbal: 500.000; 2) Ordinario: + 500.000

A) *La determinación de la cuantía*

En la demanda: - pretensión dineraria

- Arts. 251 y 252 (ojo)

- Cuantía inestimable (relativa, absoluta)

B) *El control de la cuantía*

a) De oficio: tramitación legal

b) Demandado: 1) Ordinario: Contestación + audiencia

2) Verbal: Vista

2. La materia como criterio especial

Aplicación preferente. 2 escalones: 1) Libro IV; 2) Ordinario o verbal

Art. 249: Ordinario: 8; Art. 250: verbal: 11

Control: - De oficio

- Demandado: - ordinario: Contestación + audiencia

- verbal: Vista

IV. ESPECIAL CONS. DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES

Concepto: 1) Conexión por objeto; no por proceso

2) No siempre pronunciamiento propio

3) Competencia de otro orden jurisdiccional

A) *La llamada prejudicialidad civil*

Art. 43: 1) Presupuesto lógico

2) Objeto de proceso pendiente: Acumulación

3) Suspensión

B) *Prejudicialidad laboral y administrativa*

Arts. 10.1 LOPJ y 42.1 LEC: Efectos prejudiciales

C) *Prejudicialidad penal*

Art. 40.1. No cuestión prejudicial

1) General: hecho, art. 40.2. Suspensión en sentencia

2) Documental. Falsedad, art. 40.4 y 5

3) Disp. Comunes

4) Vinculación del tribunal civil: Hechos, falsedad

D) Prejudicialidad constitucional

Arts. 163 CE y 35 a 37 LOTC

E) Prejudicialidad comunitaria

Tribunal de Justicia de la UE

TIPOS DE PROCESOS DECLARATIVOS

Tipos de procesos declarativos: Ordinarios y especiales. Cuestiones incidentales. Concepto. Clases. Procedimiento. Determinación del proceso que corresponda. Especial consideración de las cuestiones prejudiciales y sus clases.

I. ORDINARIOS Y ESPECIALES

El proceso declarativo, esto es, aquél por medio del que los tribunales *dicen* el derecho en el caso concreto (por el que se conocen las pretensiones declarativas puras, las constitutivas y las declarativas de condena), se enfrenta en nuestro Ordenamiento a un sistema algo complicado en su regulación que obliga a clasificar y explicar antes de entrar en el desarrollo específico de sus variados tipos. El punto de partida es aquí la distinción entre tutela judicial ordinaria y tutelas judiciales privilegiadas.

1. Tutela ordinaria

La tutela judicial ordinaria a la que atendemos aquí es la declarativa, no la ejecutiva ni la cautelar.

A) Juicio plenario ordinario

Históricamente el inicio de la evolución se encuentra en el *solemnis ordo iudiciarius* que dio lugar al proceso declarativo ordinario, que se asumió en Las Partidas y en torno al cual se construyó todo el Ordenamiento procesal. Para la regulación del mismo se partió de considerar que las partes tenían que disponer de toda la amplitud posible en el uso de los medios de ataque y defensa, planteando sin limitaciones el litigio que las separaba; en ese contexto de falta de limitaciones se reguló un proceso lento, complicado, formalista y caro. Ese juicio era ordinario y plenario.

Ordinario con referencia a un proceso, supone que por medio de él los órganos jurisdiccionales pueden conocer objetos de toda clase sin limitación alguna, habiéndose establecido con carácter general. Lo contrario a ordinario es especial.

Plenario significa que no existe limitación de las alegaciones de las partes, que pueden someter al órgano jurisdiccional con toda amplitud el conflicto que las separa, por lo que no hay limitaciones del objeto de la prueba, que puede referirse a todas las alegaciones, ni de los medios de prueba que pueden usar las partes; todo ello conduce a que el órgano jurisdiccional no tenga su cognición limitada a un aspecto parcial del litigio, por lo que la sentencia que dicte desplegará todos los efectos propios de la cosa juzgada material, no siendo posible otro proceso posterior entre las mismas partes y sobre el mismo objeto. Lo contrario a plenario es sumario.

Este tipo de juicio fue el antecedente inmediato del llamado de mayor cuantía de la LEC de 1881. Toda ésta se centró en él y durante un siglo determinó la manera normal de proceder en los procesos civiles. En la LEC de 2000 puede considerarse desaparecido.

B) Juicios plenarios rápidos ordinarios

La ineficacia de un juicio como el anterior llevó a crear un nuevo tipo procesal que, sin dejar de ser ordinario y plenario, significará reducir el tiempo y el coste. Se trató entonces de suprimir formalidades superfluas, de aumentar las facultades del juez, de suavizar la preclusión en aras de la elasticidad, de limitar los recursos contra las resoluciones interlocutorias, de acortar los plazos y, sobre todo, de hacer predominar la oralidad en contra de la escritura. Aparecieron así los juicios ordinarios plenarios rápidos.

Estos juicios fueron asumidos de modo residual en la LEC de 1881 y en la legislación posterior, y eran el de menor cuantía, el verbal y el de cognición. En la LEC de 2000 se ha dado un paso trascendente; ha desaparecido el juicio de mayor cuantía, el heredero del viejo juicio ordinario plenario, y se ha emprendido el camino de los juicios plenarios rápidos, procediéndose a la regulación, por un lado, del llamado juicio ordinario, que es claramente un juicio plenario rápido, y, por otro, del juicio verbal, que es el continuador del antiguo juicio verbal.

De lo expuesto resulta que tenemos dos juicios declarativos ordinarios: el juicio ordinario y el juicio verbal. Su condición de ordinarios se deduce claramente del art. 248.1 LEC: «Toda contienda judicial entre partes que no tenga señalada por la Ley otra tramitación, será ventilada y decidida en el proceso declarativo que corresponda», y el párrafo siguiente se refiere al juicio ordinario y al juicio verbal, que son los ordinarios. Por estos juicios puede conocerse de cualquier materia que no tenga señalada legalmente tramitación especial. Lo que importa destacar es que la LEC de 2000 ha supuesto la ruptura de centrar la regulación del proceso en el tradicional *solemnis ordo iudiciarius*, para pasar a la vía de los juicios plenarios rápidos.

2. Tutelas privilegiadas

A) Juicios plenarios especiales

Frente a juicio ordinario su par alternativo es juicio especial. El art. 248.1 LEC antes citado ya indica que existen contiendas judiciales que tienen tramitación especial y con ello hace referencia a este tipo de juicios, que son aquéllos que se establecen para conocer de pretensiones que tienen objetos específicos y determinados, quedando su uso limitado al concreto objeto que marca la ley. Si los juicios ordinarios sirven para conocer de cualquier objeto procesal, los especiales tienen cada uno de ellos objeto determinado. Aparecen así las tutelas privilegiadas.

Los procesos especiales han desaparecido en su mayor parte en la LEC de 2000, pero subsisten algunos y por dos razones; en algún caso se ha suprimido aparentemente el proceso especial, pero subsiste la norma procesal propia para los aspectos en que así lo impone el derecho material (en el ejemplo del retracto pueden verse el art. 266, 3.º, LEC), y en otros la especialidad aparece de modo más sutil, pues ahora lo que se ha hecho es reconducir al juicio verbal materias que en principio debían tramitarse por el llamado juicio ordinario (por ejemplo, cuando se trata de recuperar la posesión en el arrendamiento, art. 250.1, 1.º, o de la acción de rectificación de hechos inexactos y perjudiciales, art. 250.1, 9.º, LEC). Por fin,

téngase en cuenta que siguen existiendo juicios declarativos especiales en sentido estricto, que son los regulados en el Libro IV.

Los juicios especiales son así el par alternativo de juicios ordinarios, pero siguen siendo plenarios. Su denominación completa sería juicios declarativos plenarios rápidos especiales.

B) Juicios sumarios especiales

Lo contrario de juicio plenario es juicio sumario. Si plenario es juicio sin limitaciones, sumario es igual a juicio con limitaciones de las alegaciones de las partes, del objeto de la prueba, y en ocasiones incluso de los medios de prueba, y de la cognición judicial, por lo que al centrarse el juicio en un aspecto parcial del conflicto existente entre las partes, cabe la posibilidad de acudir a un juicio plenario posterior en el que se plantee con toda amplitud el conflicto. El privilegio alcanza aquí cotas aún mayores.

En la práctica existe la tendencia a hacer sinónimas las palabras sumario y urgente o rápido, pero técnicamente ello es incorrecto. De esta tendencia se hace eco, por ejemplo, el art. 53.2 CE cuando habla de la tutela de las libertades y derechos fundamentales por medio de un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Es cierto que un juicio sumario para ser eficaz ha de tener una tramitación rápida o urgente, pero ello es una consecuencia de esencia, no la esencia misma; ésta se basa en las limitaciones dichas.

La razón de ser de los juicios sumarios se explica dando un paso más en la evolución que llevó a los juicios especiales. El legislador puede estimar que en determinadas materias ni siquiera el juicio especial es suficiente para hacer frente con eficacia a una necesidad social y, para simplificar la tramitación, limita el contenido de la contienda a un aspecto concreto del litigio existente entre las partes, acudiendo a lo que puede denominarse una tutela judicial provisional. Terminado el juicio sumario las partes pueden, si lo estiman conveniente, acudir a un proceso plenario para contender sobre la totalidad del conflicto que las enfrenta.

A estos juicios sumarios se refiere la LEC cuando habla de “tutela sumaria” (art. 250.1, 4.º, LEC) o de que el tribunal resuelva “con carácter sumario” (art. 250.1, 5.º, 6.º, 10.º y 11.º, LEC). Más en general, el art. 447 LEC dice que no

surtirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a determinados juicios verbales.

La especialidad procesal ha consistido en que en todos estos casos la tramitación se ha remitido al juicio verbal sin atender a la cuantía, y en ocasiones en que esa tramitación tiene alguna especialidad procedimental (por ejemplo, art. 438.1, LEC, no admiten reconvencción; 439.1 LEC, sobre inadmisión de la demanda; y 444 LEC, sobre el contenido de la vista y la limitación de las alegaciones del demandado).

II. CUESTIONES INCIDENTALES

En la doctrina, y durante siglos, se han manejado las expresiones “cuestiones previas”, “cuestiones incidentales” y “cuestiones prejudiciales” sin demasiada precisión y con sentidos a veces muy diferentes según el autor que las emplea, por lo que parece conveniente realizar de entrada algunas precisiones conceptuales que atiendan, sobre todo, a marcar las diferencias entre unas y otras

1. Concepto

a) Las *cuestiones previas* han sido definidas por el Tribunal Supremo como “aquellas que exijan un particular pronunciamiento que, por afectar a la litis debe ser emitido antes de entrar en materia, de las que dichas cuestiones resultan valladar”, mientras que no lo son “aquellas otras que constituyen aspectos o facetas del fondo” (STS de 5 de diciembre de 1986).

Resulta así que se ha producido una identificación entre cuestión previa y cuestión procesal, de modo que las cuestiones previas tienen naturaleza procesal, se refieren a los presupuestos y a los requisitos procesales (no al fondo del asunto) y han de ser resueltas de modo “previo”, es decir, antes de entrar en ese fondo, condicionando incluso la posibilidad de poder resolver sobre el mismo.

b) Respecto de las *cuestiones incidentales* se han sostenido teóricamente dos conceptos: Uno amplio y otro estricto. Según el primero son aquellas que surgen en un proceso como mero antecedente lógico de su objeto para ser resueltas por el juzgador en una única sentencia, mientras el concepto estricto incluye solamente

aquellas cuestiones que, estando en conexión con el objeto del proceso o con el proceso mismo, y siendo en todo caso competencia del juez que conoce de lo principal, dan lugar a un nuevo procedimiento y a una resolución propia.

Ante estos dos conceptos, que suelen encontrarse en la doctrina y en la jurisprudencia, parece necesario advertir que el primero de ellos, el amplio, conduce a un verdadero desbordamiento de la noción que la lleva a la inutilidad, al igualarla a antecedente lógico, pues es evidente que en todo juicio existen necesariamente concatenaciones de elementos lógicos, de modo que en toda sentencia existirían multitud de cuestiones incidentales, de las cuales ni las partes ni el mismo juez serían conscientes.

Tanto para determinar la existencia de los hechos como para elegir la norma aplicable y para interpretarla se ha de partir de antecedentes lógicos, y todos ellos no pueden ser cuestiones incidentales, a riesgo de que, al ser todo incidental, las cuestiones incidentales acaban por no ser nada (por lo menos en cuanto a su utilidad conceptual).

Limitándonos, por tanto, al concepto estricto, los elementos que identifican a las cuestiones incidentales son:

1.º) Han de estar en conexión, bien con el objeto del proceso, esto es, con la pretensión que ha sido deducida en el mismo (con la relación jurídica material), bien con el proceso mismo (con la relación jurídica procesal), y así se deduce claramente de la LEC, la cual en el art. 387 dice que han de tener “relación inmediata” con el objeto principal del pleito o con los presupuestos y requisitos procesales. Cuando la cuestión se refiere al objeto del pleito, la dificultad se referirá a su distinción de las cuestiones prejudiciales.

2.º) Han de dar lugar a un nuevo procedimiento y a una resolución propia, y con ello basta por ahora, aunque después habremos de referirnos a cómo ha de ser ese procedimiento, dadas las varias posibilidades contempladas en la ley. De momento adelantemos la distinción entre incidente, que es el procedimiento, y cuestión incidental, que es el objeto del mismo.

3.º) Han de pertenecer a la competencia del juez que conoce de lo principal, pues en otro caso estaremos ante cuestiones prejudiciales. En general debe partirse de la base de que el juez competente de un asunto lo es también para resolver sobre

sus “incidencias” (art. 61 LEC), con lo que no se trata más que de aplicar una regla elemental de la llamada competencia funcional.

Los problemas respecto del elemento de la competencia se refieren a la distinción de las cuestiones incidentales de las cuestiones prejudiciales cuando la cuestión tiene conexión con el objeto del proceso, esto es, cuando atiende a la relación jurídica material en él deducida, pues es entonces cuando puede plantearse si las cuestiones prejudiciales han de ser sólo heterogéneas o si pueden ser también homogéneas.

c) También de las *cuestiones prejudiciales* se han dado dos conceptos (y adelantamos algo de lo que diremos después): uno amplio y otro estricto. Según el primero se trata de cuestiones conexas con la cuestión de fondo planteada en el proceso que por su naturaleza pueden estar atribuidas a la competencia de un juzgado o tribunal del mismo orden jurisdiccional (prejudicialidad homogénea) o a la competencia de juzgados y tribunales de distinto orden jurisdiccional (prejudicialidad heterogénea), si bien en cualquier caso podrían dar lugar a un procedimiento y resolución independiente. En sentido estricto, por el contrario, las cuestiones prejudiciales sólo son las segundas, las de la competencia de órganos judiciales de distinto orden jurisdiccional. Como puede comprobarse existe aquí un grave elemento de confusión entre las cuestiones incidentales y las cuestiones prejudiciales, por cuanto un sector de la doctrina las mezcla, por lo menos en parte, aunque ese sector sea el más antiguo.

En síntesis, pues: 1) Las cuestiones previas tienen siempre naturaleza procesal y versan sobre los presupuestos y requisitos procesales, 2) Las cuestiones incidentales puede referirse tanto al objeto del proceso como al proceso mismo, dan lugar a procedimiento y resolución propia y se resuelven siempre por el juez que conoce del proceso principal, y 3) Las cuestiones prejudiciales son siempre conexas con el objeto del proceso y su competencia corresponde, en principio, a un orden jurisdiccional distinto del que conoce del proceso en el que surgen, sin perjuicio de la decisión del legislador de que se resuelven o no por el órgano judicial que conoce del proceso en el que surgen, pero entonces siempre *incidenter tantum*.

2. Clases y procedimiento

Establecidos los anteriores conceptos hay que seguir aclarando entre incidente y clases de los mismos.

A) Noción de incidente

Partiendo de que ya sabemos lo que es una cuestión incidental, el paso siguiente atiende a definir lo que es incidente, que no es más que el procedimiento por el que se conoce de la cuestión incidental o, si se prefiere, el conjunto de normas que regulan el modo de plantear, de tramitar y de resolver la cuestión incidental.

Una primera precisión debe hacerse. Si toda cuestión incidental surge partiendo de la existencia de un proceso, todo procedimiento incidental lo es siempre con relación a un proceso, de modo que ese procedimiento no tiene sustantividad propia, esto es, no puede existir de modo independiente.

B) Clases de incidentes

A pesar de que en la LEC parece distinguirse entre clases de cuestiones incidentales por el procedimiento (art. 388 LEC), parece más lógico distinguir entre incidentes, que pueden ser:

a) Especiales o común

Algunas cuestiones incidentales, de las que se refieren siempre al proceso mismo, esto es, que afectan a la relación jurídico procesal, tienen señalada en la ley tramitación procedimental específica, de modo que la ley identifica de modo autónomo tanto la cuestión incidental como el procedimiento por el que se tramita.

Ocurre esto, por ejemplo, con la declinatoria (arts. 63 y ss. LEC), con la acumulación de procesos (arts. 74 y ss. LEC), con la recusación (arts. 107 y ss. LEC). Para el estudio de estas cuestiones incidentales e incidentes debe estarse a lo dispuesto en los lugares citados (y en las lecciones correspondientes).

Las cuestiones incidentales que no tengan señalado por la ley incidente especial se tramitarán y resolverán por el procedimiento común de los incidentes, regulado en los arts. 392 y 393 LEC. El art. 388 LEC dispone que las cuestiones

incidentales que no tengan señalada en esta Ley otra tramitación, se ventilarán en la forma establecida en los artículos siguientes.

b) Suspensivos y no suspensivos

Dentro del incidente común, la LEC procede a distinguir dos tipos o clases de incidentes, que se diferencian por su efecto respecto del proceso principal. La diferencia no se refiere, pues, al objeto de la cuestión incidental, pudiendo ser ésta tanto relativa al objeto del proceso como al proceso mismo, sino que atiende a la influencia de la misma respecto de la continuación del juicio.

Todos los incidentes requieren pronunciamiento específico, pero en su tramitación unos suspenden la tramitación del proceso principal y otros no.

1.º) De pronunciamiento previo y de tramitación suspensiva con relación al proceso principal: Cuando el pronunciamiento que deba dictarse en el incidente sobre la cuestión incidental suponga un obstáculo a la continuación del proceso por sus trámites ordinarios, el incidente se sustanciará en la misma pieza de autos y dará lugar a la suspensión de aquel proceso (art. 390 LEC). El incidente por eso se llama de previo pronunciamiento y suspensivo.

Las cuestiones incidentales que dan lugar a este incidente previo y suspensivo son, además de las previstas expresamente por la ley, las enumeradas en el art. 391 LEC, es decir:

1º. A la capacidad y representación de cualquiera de los litigantes, por hechos ocurridos después de la audiencia regulada en los artículos 414 y siguientes.

2º. Al defecto de algún otro presupuesto procesal o a la aparición de un óbice de la misma naturaleza, siempre que hayan sobrevenido después de la audiencia prevista en los artículos citados en el número anterior.

3º. A cualquier otra 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.

2.º) De especial pronunciamiento y no suspensivo: Cuando la cuestión incidental exija que el tribunal decida sobre ella de modo específico en la sentencia y antes de entrar a resolver sobre lo que sea objeto principal del pleito, el incidente se sustanciará en pieza separada, sin suspensión del proceso principal (art. 389 LEC).

La reserva del legislador frente a los incidentes se manifiesta en el art. 392.2 LEC: el tribunal repelerá de oficio, mediante auto, el planteamiento de toda cuestión que no se halle en ninguno de los casos anteriores, siendo aplicable la regla general sobre recursos.

C) Procedimiento

Todos los incidentes, sean suspensivos o no, tienen una misma tramitación, en la que lo único distinto puede ser la formación de pieza separada.

1.º) Demanda: El incidente se inicia con lo que la doctrina llama tradicionalmente “demanda incidental” y LEC simplemente “escrito” al que se acompañarán los documentos pertinentes, con proposición de la prueba necesaria, e indicando si se ha de suspender o no el curso del proceso (art. 392.1 LEC).

2.º) Momento preclusivo: El incidente no puede suscitarse por las partes, en el juicio ordinario una vez iniciado el juicio, y en el juicio verbal una vez admitida la prueba propuesta (art. 393.1).

3.º) Admisión: El juez, sin oír a la parte contraria, decidirá sobre la admisión o no de la cuestión incidental y, consiguientemente, sobre la tramitación o no del incidente. Si la resolución da lugar al incidente, al mismo tiempo tendrá que decidir sobre la clase del mismo (art. 393.2).

Si el incidente se admite como no suspensivo tendrá que ordenarse la formación de pieza separada, aunque la LEC no se refiere a ella. Si se admite como suspensivo tendrá que ordenarse la suspensión del curso de las actuaciones.

4.º) Contestación: A continuación, bien en los autos principales bien en la pieza separada se dará traslado de la “demanda incidental” a la parte contraria, por cinco días, para que conteste concretamente sobre la cuestión incidental (art. 393.2 LEC).

5.º) Vista y prueba: Transcurrido el anterior plazo de cinco días, el juez convocará a las partes a una comparecencia, que se celebrará como la vista de los juicios verbales, y en la que deberá practicarse toda la prueba.

6.º) Resolución: Si el incidente fue suspensivo debe dictarse auto, en el plazo de diez días, resolviendo la cuestión y disponiendo lo procedente respecto de la

continuación del proceso. Si el incidente fue no suspensivo, la cuestión se decidirá en la sentencia, si bien con la debida separación (art. 393.4 LEC).

7.º) Recursos: Si la cuestión se resuelve por auto y éste pusiere fin al proceso, cabrá recurso de apelación; si decidiere la continuación del proceso, no cabrá recurso alguno de modo independiente, sin perjuicio de impugnar la resolución cuando se apele de la sentencia.

III. DETERMINACION DEL PROCESO QUE CORRESPONDE

Ante la existencia de varios tipos procesales se hace necesario, cuando un ciudadano desea acudir a los tribunales para impetrar su tutela, determinar en primer lugar por cuál de esos tipos debe conocerse su pretensión. Tiene que existir así unas reglas legales; en nuestro Derecho las mismas se basan en dos criterios.

1. La cuantía como criterio general

El sistema elegido en la LEC para determinar de modo general el proceso adecuado atiende al valor de la pretensión o, en la terminología legal, a la cuantía del asunto o de la demanda. En principio, toda contienda judicial entre partes, que no tenga señalada tramitación especial, será conocida y decidida por alguno de los dos juicios ordinarios, es decir:

1.º) Verbal: Cuando el valor económico de la contienda no exceda de 500.000 de ptas. (art. 250.2 LEC).

2.º) Ordinario: Para los asuntos en que la cuantía de la demanda exceda de 500.000 pesetas y aquéllas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo (art. 249.2 LEC).

La cuantía determina, además de la competencia de los Juzgados de Paz (hasta 15.000 ptas.), otro aspecto de la tramitación de los procesos, como es el relativo al recurso de casación. Según el art. 477.2, 2.º, LEC se concede este recurso cuando la cuantía del asunto excediera de 25.000.000 de pesetas, lo que supone que sólo cabe en algunos juicios ordinarios.

A) La determinación de la cuantía

Si la cuantía es el criterio general es necesario que, a continuación, se diga cómo se determina la misma y quién debe hacerlo. El punto de partida es que el actor debe fijar en la demanda, y con precisión, la cuantía del pleito (art. 253 LEC). Esa fijación puede hacerse:

1.º) Cuando se ejercita una pretensión declarativa de condena y ésta se refiere a una cantidad de dinero, no hay problema alguno pues la cuantía de la demanda es dicha cantidad. En este caso ni el juez ni el demandado pueden poner en cuestión la cuantía, sin perjuicio de que el demandado alegue sobre el fondo y de que el juez resuelva dentro de la misma.

2.º) Para los demás casos el art. 251 LEC establece una larga lista de reglas, aplicando las cuales el actor debe fijar en la demanda el valor objeto del pleito; el art. 252 LEC establece otras reglas para los casos de acumulación de pretensiones; a unas y otras debe estarse por remisión.

3.º) Si ni aún con las reglas de esos artículos puede fijarse de modo concreto el valor de lo pedido se tratará de un asunto de cuantía inestimable, para los que los arts. 249.2 y 253.3 LEC disponen que se tramitarán por el juicio ordinario.

En realidad la inestimabilidad puede ser relativa o absoluta. En ocasiones el actor no podrá fijar la cantidad exacta importe de su pretensión, pero sí podrá hacerlo dentro de ciertos límites (no sabe cuánto importan los daños, pero sí que no superan los 500.000 ptas.), y entonces debe estarse al juicio adecuado por esta determinación relativa. Otras veces la indeterminación de la cuantía será absoluta y entonces siempre deberá estarse al juicio ordinario, como hemos dicho.

La determinación de la cuantía recae, por tanto, sobre el actor, el cual debe indicarla en la demanda. Esa determinación comporta también dos reglas importantes:

1.ª) La referencia a la cuantía en la demanda es siempre necesaria, aunque sea de modo relativo; el actor no puede en su demanda dejar de aludir a ella y sustituirla por una alusión a la clase juicio a seguir, ni pretender hacer recaer sobre el demanda la carga de determinar la cuantía (art. 253.2 LEC).

2.^a) La alteración del valor de los bienes objeto del litigio que sobrevenga después de interpuesta la demanda, no implica modificación de la cuantía ni de la clase de juicio (art. 253.1, II, LEC), lo que es una consecuencia de la litispendencia incluida en la *perpetuatio iurisdictionis*.

B) El control de la cuantía

El control de la cuantía del asunto puede confiarlo la ley exclusivamente a la parte contraria o puede atribuirlo, además, al órgano jurisdiccional ante el que la demanda se presenta . En la LEC se han establecido los dos sistemas de control.

a) De oficio

La cuantía debe ser controlada de oficio cuando afecte al procedimiento por el que debe tramitarse el asunto, no cuando el error en la cuantía no produzca consecuencia procesal alguna. La regla general es, pues, que el tribunal dará al juicio la tramitación que haya indicado el actor en su demanda, salvo que de la misma demanda se advierta que el juicio elegido por el actor no es el que corresponde al valor señalado, caso en el que dará al asunto la tramitación que corresponda, sin estar vinculado por lo pedido en la demanda (art. 254.1 LEC).

Junto a la regla general anterior deben indicarse otras reglas especiales:

1.^a) Si, en contra de lo señalado por el actor, el tribunal considera que la demanda es de cuantía inestimable o no determinable, ni aun en forma relativa, dará de oficio al juicio la tramitación del ordinario, siempre que conste la designación de procurador y la firma de abogado.

2.^a) El tribunal de oficio puede corregir, bien los errores aritméticos del actor en la determinación de la cuantía, bien la selección defectuosa de la regla de cálculo, siempre que en la demanda existan elementos fácticos suficientes, dando al juicio la tramitación que corresponda.

Lo que el tribunal no puede hacer es inadmitir la demanda porque entienda inadecuado el procedimiento por razón de la cuantía, pues en último caso concederá al actor un plazo de diez días para que subsane el defecto. Sólo si no se subsana se procederá al archivo de la demanda (art. 254.4 LEC).

b) Impugnación por el demandado

Independientemente del control de oficio de la cuantía, el demandado ha de poder impugnar la cuantía cuando entienda que se ha fijado de modo incorrecto, siempre que ello comporte consecuencias atinentes, bien a la clase de juicio, bien respecto del recurso de casación (art. 255 LEC), no cuando no comporte consecuencia procesal alguna, y para ello debe estarse al tipo de juicio, de modo que:

1.º) En el juicio ordinario, la impugnación se efectuará en la contestación a la demanda y se resolverá en la audiencia previa (art. 422 LEC).

2.º) En el juicio verbal, la impugnación de la cuantía o de la clase de juicio se hará en la vista y el tribunal la resolverá en el acto.

2. La materia como criterio especial

Si el criterio general para la determinación del proceso adecuado es el de la cuantía, el criterio especial es el de la materia, y por medio del mismo se articulan las tutelas privilegiadas. La regla especial es siempre de aplicación preferente a la general de la cuantía. El criterio del valor sólo es aplicable cuando no existe norma expresa que disponga lo contrario. Lo dice así claramente el art. 248.3 LEC.

Las reglas especiales de determinación del procedimiento adecuado, en atención a la materia, deben examinarse en dos escalones:

a) El primer escalón, el del verdadero juicio especial del Libro IV, es el menos complejo, pues exige sólo atender a si la demanda que quiere interponer el actor tiene como objeto una pretensión propia de los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio o sobre división judicial de patrimonios. Los procesos monitorio y cambiario se basan en la existencia de documentos determinados. A falta de juicio especial debe estar al ordinario o al verbal.

b) El segundo atiende a qué asuntos se conocerán por el juicio ordinario o por el juicio verbal, se realiza en los arts. 249 y 250 LEC.

El art. 249.1 enumera las materias de las que se conocerá por el juicio ordinario independientemente de la cuantía:

1°. Derechos honoríficos de la persona.

2°. Tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y las que pidan la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental, salvo las que se refieran al derecho de rectificación.

3°. Impugnación de acuerdos sociales en entidades mercantiles.

4°. Competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad.

5°. Acciones relativas a condiciones generales de la contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia.

6°. Arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia.

7°. Acción de retracto de cualquier tipo.

8°. Acciones que otorga a las Juntas de Propietarios y a éstos la Ley de Propiedad Horizontal, siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad.

El art. 250.1 hace la misma enumeración para el juicio verbal:

1°. Las que, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractualmente, pretendan que el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer una finca rústica o urbana, dada en arrendamiento, ordinario o financiero, o en aparcería, recuperen la posesión de dicha finca.

2°. Recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario.

3°. Las que pretendan que el tribunal ponga en posesión de bienes a quien los hubiere adquirido por herencia si no estuvieren siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario.

4°. Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute.

5°. Suspensión de una obra nueva.

6°. Demolición o derribo de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto análogo en estado de ruina y que amenace causar daños a quien demande.

7°. Efectividad de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad frente a quienes se oponga a ellos o perturben su ejercicio.

8°. Alimentos debidos por disposición legal o por otro título.

9°. Acción de rectificación de hechos inexactos y perjudiciales.

10°. Sobre el incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de los contratos inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial establecido al efecto, al objeto de obtener una sentencia condenatoria que permita dirigir la ejecución exclusivamente sobre el bien o bienes adquiridos o financiados a plazos.

11°. Sobre el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero o contrato de venta a plazos con reserva de dominio, siempre que en ambos casos estén inscritos en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial

establecido al efecto, mediante el ejercicio de una acción exclusivamente encaminada a obtener la inmediata entrega del bien al arrendador financiero o al vendedor o financiador en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de resolución de éste, en su caso.

Aunque no hay alusión a las reclamaciones derivadas de los daños y perjuicios originados con ocasión de la circulación de vehículos de motor, debe tenerse en cuenta que no se ha derogado la Disposición Adicional 1.ª.1 de la LO 3/1989, de actualización del CP, por lo que todas esas reclamaciones han de conocerse por el juicio verbal, por lo menos hasta que se dicte la ley orgánica que efectúa la derogación dicha.

c) Naturalmente si el proceso adecuado se determina por la materia, el control del mismo ha de efectuarse de oficio por el juez, el cual debe dar al proceso la tramitación que corresponda conforme a la ley, aun en contra de la petición del actor (art. 254.1, II, LEC). El demandado también podrá impugnar la tramitación que se está dando al proceso:

1.º) En el juicio ordinario, alegando en la contestación a la demanda la excepción procesal de inadecuación del procedimiento (art. 416.1, 4.ª, LEC), que se resolverá en la audiencia previa (art. 423 LEC).

2.º) En el juicio verbal, se alegará y resolverá en el acto de la vista (art. 443 LEC).

IV. ESPECIAL CONSIDERACIÓN DE LAS CUESTIONES PREJUDICIALES Y SUS CLASES

Estas cuestiones son aquellas conexas con la cuestión de fondo planteada en el proceso civil que por su naturaleza están atribuidas al conocimiento de juzgados y tribunales de distinto orden jurisdiccional, en el que pueden dar lugar a un proceso y resolución propia.

La doctrina más reciente entiende que los elementos caracterizadores de las cuestiones prejudiciales son:

1.º) Han de estar en conexión con el objeto del proceso, con la *res in iudicio deducta*, no con el proceso mismo, esto es, no atienden a la relación jurídica procesal.

Estar en conexión no significa que la cuestión prejudicial, en sí misma considerada, sea algo accesorio, pues lo es sólo accidentalmente; la cuestión que en un proceso se

presenta como prejudicial puede ser objeto principal de un proceso autónomo, y tanto es así que pudo haberlo haber ya sido o que podrá serlo en el futuro, si bien en el proceso en el que se presenta como prejudicial sí tiene carácter accesorio.

2.º) El que la cuestión prejudicial vaya o no a dar lugar a un procedimiento específico y a una resolución propia, no es algo que sirva para caracterizar a una cuestión como prejudicial, pues las soluciones legales son muy variadas, y en realidad este elemento es algo que se refiere a si la cuestión se considera o no por el legislador como devolutiva; es decir, la existencia o no de este procedimiento y resolución propia va unida a una decisión del legislador que se refiere a quién va a decidir la cuestión.

3.º) Han de pertenecer a la competencia de los juzgados y tribunales de orden jurisdiccional distinto del que está conociendo del proceso en el que surge la cuestión, y este sí es elemento caracterizador de lo que es una cuestión prejudicial, tanto que sirve para distinguirla nítidamente de las cuestiones incidentales.

Debe tenerse en cuenta que sí existe un supuesto de cuestión prejudicial civil en el proceso civil, que es la contemplada en el art. 43 LEC. Cuando la cuestión civil surge en un proceso civil se tratará normalmente de una cuestión incidental, que será resuelta por el tribunal que está conociendo del mismo; ahora bien, cuando la cuestión civil está siendo ya objeto de otro proceso civil pendiente, ante el mismo o distinto tribunal, son posibles dos soluciones: 1) Acumulación de procesos, para lo que debe estarse a las reglas propias de esta acumulación, o 2) Decretar la suspensión de las actuaciones hasta que finalice el proceso que tiene por objeto la cuestión prejudicial civil.

Las cuestiones prejudiciales han dado siempre lugar a graves problemas de aplicación en la práctica, que han pretendido ser solucionados, primero, por el art. 10.1 y 2 de la LOPJ y, después, por los arts. 40 a 43 de la LEC, y lo han hecho a base de distinguir clases de estas cuestiones.

A) La llamada prejudicialidad civil

En un proceso civil no debe surgir una verdadera cuestión prejudicial civil, pues cuando para decidir sobre una pretensión debe decidirse antes de modo lógico sobre otra cuestión civil ello no ofrecerá problemas, dado que el tribunal civil tendrá competencia. En este caso estaremos ante cuestión incidental relativa al objeto del proceso que dará lugar a un incidente (arts. 387 y ss. LEC). A pesar de lo anterior,

el art. 43 LEC se refiere a la que llama prejudicialidad civil, si bien debe tenerse en cuenta que no existe realmente tal.

En el art. 43 se distinguen tres supuestos: 1.º) Cuando en un proceso civil surge una cuestión civil que es presupuesto lógico de la decisión sobre aquél, y sobre ella no existe otro proceso civil ya en marcha, la decidirá el mismo tribunal sin más, 2.º) Cuando para resolver sobre el fondo de un proceso civil sea necesario decidir sobre una cuestión que es, a su vez, objeto principal de otro proceso civil ya pendiente, ante el mismo o ante distinto tribunal, puede acudir a la acumulación de procesos de los arts. 74 y ss., y 3.º) Cuando en el caso anterior no sea posible la acumulación de procesos, el tribunal, a petición de ambas partes o de una de ellas y oída la contraria, podrá decretar la suspensión del curso de las actuaciones hasta que finalice el proceso en el que tenga por objeto esa cuestión.

B) Prejudicialidad laboral y administrativa

La regla general consiste en que el tribunal civil que está conociendo de un proceso de esta naturaleza en el que surge una cuestión prejudicial laboral o contencioso-administrativa, se pronunciará sobre ella como elemento lógico para decidir el objeto del proceso civil, si bien a los solos efectos prejudiciales (arts. 10.1 LOPJ y 42.1 LEC).

La decisión a los solos efectos prejudiciales supone que lo decidido por el tribunal civil no produce efectos de cosa juzgada, de modo que puede surgir después un proceso laboral o contencioso-administrativo en el que lo que fue cuestión prejudicial en el proceso civil se convierta en objeto principal de ese proceso posterior. Esto es lo que viene a decir el art. 42.2 LEC.

Lo anterior no impide que excepcionalmente el proceso civil pueda suspenderse mientras en un proceso laboral o contencioso-administrativo se decide la cuestión prejudicial, siempre que así lo prevea la Ley expresamente o lo decide el tribunal civil ante el acuerdo de las partes. En este caso lo decidido por el tribunal laboral o por el tribunal contencioso-administrativo vinculará al tribunal civil (art. 42.3 LEC).

C) Prejudicialidad penal

El que en la tramitación de un proceso civil aparezca la existencia de un hecho aparentemente constitutivo de delito o falta perseguible de oficio, no implica existencia de cuestión prejudicial penal. En este supuesto, el tribunal se limitará a poner el hecho en conocimiento del Ministerio fiscal por si hubiere lugar al ejercicio de la acción penal (art. 40.1 LEC).

Las verdaderas cuestiones prejudiciales penales que afectan al desarrollo del proceso civil son de dos tipos:

1.º) *General*: En el caso de que un mismo hecho aparezca, por un lado, como elemento que fundamenta la pretensión o la resistencia de las partes en un proceso civil y, por otro, como hecho investigado en un proceso penal ante su apariencia delictiva, la consecuencia debe ser la de suspender el proceso civil hasta que se decide el proceso penal (art. 40.2), aunque esa suspensión sólo se acordará una vez que el proceso civil esté ya pendiente de dictar sentencia (art. 40.3).

Ahora bien, para que ello sea necesario deben concurrir estos requisitos: 1) Que se acredite la existencia del proceso penal relativo al mismo hecho, y 2) Que la decisión del tribunal penal relativa al hecho pueda tener influencia decisiva en la resolución a dictar en el proceso civil.

2.º) *Documental*: Supuesto especial es el relativo a la posible falsedad de un documento aportado al proceso civil, pues entonces la suspensión de éste podrá acordarse tan pronto como se acredite que se sigue proceso penal sobre ese hecho (art. 40.4 y 5).

En este supuesto los requisitos son: 1) Que se acredite ante el tribunal civil la existencia de proceso penal sobre el delito de falsedad relativo precisamente un documento determinado, y 2) Que ese documento pueda ser decisivo para resolver la cuestión de fondo planteada en el proceso civil.

La posibilidad de que suscitando esta cuestión prejudicial se pretenda retrasar la tramitación del proceso civil es lo que lleva a dos normas: 1.ª) Si la parte a la que favorece el documento en el proceso civil renuncia a él, y es separado de los autos, no se acordará la suspensión o se levantará la ya acordada, y 2.ª) Si el proceso penal, incoado por denuncia o querrela, de una de las partes finaliza declarándose auténtico el documento o no haberse probado su falsedad, la parte perjudicada por la suspensión del proceso civil (que será normalmente el actor) podrá pedir en éste indemnización de daños y perjuicios, que se liquidarán conforme a lo previsto en los arts. 712 y siguientes.

3.º) *Disposiciones comunes*: La prejudicialidad penal puede llevar a la suspensión del proceso civil, lo que supone la existencia de decisión del tribunal acordándola o denegándola.

Esa resolución es necesariamente un auto y:

1º) Si se deniega la suspensión contra el auto cabe sólo reposición, sin perjuicio de la petición de suspensión pueda reproducirse durante la segunda instancia y pendientes los recursos extraordinarios de infracción procesal y de casación (art. 41.1).

2º) Si se acuerda la suspensión, debe distinguirse: +) Contra el auto que la acuerda cabe apelación, y contra el auto dictando en apelación acordando o confirmando la

suspensión se dará, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal (art. 41.2), y +) La suspensión durará hasta que se acredite en el proceso civil que el proceso penal, bien ha terminado, bien se encuentra paralizado por motivo que haya impedido su normal continuación (art. 40.6).

4.º) *Vinculación del tribunal civil*: La existencia de un delito declarado en sentencia penal no produce consecuencias civiles, pues el delito es la calificación jurídica de un hecho. A lo que puede o quedar vinculado el tribunal civil a los hechos declarados o no probados en la sentencia penal, que es cosa muy diferente.

La mera existencia de una sentencia penal puede ser el supuesto de hecho de una norma civil que le atribuya consecuencias de esta naturaleza. Por ejemplo, el art. 756, 2.º, CC convierte en incapaz para suceder por indignidad al que fuere condenado en juicio por haber atentado contra la vida del testador, su cónyuge, descendientes o ascendientes.

La vinculación del tribunal civil a lo declarado en los hechos de la sentencia penal es, en ocasiones, obvia. En el supuesto de la prejudicialidad documental si el tribunal penal declara el documento falso, ese documento no puede ser tenido en cuenta por el tribunal civil para fundamentar su decisión sobre el fondo del asunto. Otras veces las cosas se presentan mucho más complicadas y la norma básica a tener en cuenta es el art. 116 LECRIM, conforme al cual la sentencia penal firme declarando que no existió el hecho vincula al tribunal civil, que no podrá declararlo existente.

La norma es manifiestamente insuficiente para resolver todas las cuestiones posibles, pero debe tenerse en cuenta: 1) Declarado existente un hecho en la sentencia penal, el tribunal civil no podrá declararlo inexistente, y 2) Estimado por el tribunal penal que un hecho no ha sido probado (no que no existe objetivamente, sino que no ha sido probado), es posible que el tribunal civil en su proceso declare probado ese hecho, lo que supone que puede existir absolución penal y condena civil.

D) Prejudicialidad constitucional

Los tribunales ordinarios no pueden proceder a declarar la inconstitucionalidad de las leyes promulgadas después de la promulgación de la Constitución, pues el sistema español es de jurisdicción concentrada, quedando atribuida esa función en exclusiva al Tribunal Constitucional. Aparece así la cuestión prejudicial constitucional que los tribunales ordinarios deben plantear conforme a lo previsto en los arts. 163 CE y 35 a 37 LOTC.

Debe tenerse en cuenta dos consideraciones: 1.^a) El TC tiene el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes promulgadas después de 1978, pero no es el único que aplica la CE, pues ésta es de aplicación directa por todos los tribunales, como recuerda el art. 5.1 LOPJ, y 2.^a) Los tribunales ordinarios sí pueden y deben declarar que la CE ha derogado las leyes anteriores a la misma, en aplicación de la Disposición Derogatoria 3.^a.

E) Prejudicialidad comunitaria

De acuerdo con el art. 234 del Tratado CEE de 1957 (y normas similares de los demás Tratados), reformado por el Tratado de la Unión Europea de Maastricht, de 7 de febrero de 1992, y el Tratado de Amsterdam, de 2 de octubre de 1997, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, es competente para pronunciarse con carácter prejudicial acerca de las cuestiones enumeradas en él, a saber: 1.^a) Sobre la interpretación del Tratado; 2.^a) Sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la UE; y 3.^a) Sobre la interpretación de los estatutos de los organismos creados por un acto del Consejo, cuando dichos estatutos así lo prevean.

El planteamiento de la cuestión por un órgano jurisdiccional español es obligatorio si no hay posibilidad ya de recurso; mientras que en otro caso puede plantearla si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo (art. 234, II y III Tratado CEE).

(las dos últimas cuestiones han de ser estudiadas en “Teoría general del Derecho y Derecho Constitucional”).

TEMA 22º

LA DEMANDA

(Esquema)

I. CONCEPTO

Principios de oportunidad y dispositivo: art. 399.1. Acción + pretensión

II. REQUISITOS

1. Subjetivos

A) *Determinación el órgano jurisdiccional*: Genérica

B) *Designación de las partes*: a) Demandante (procurador y abogado)

b) Demandado: datos necesarios; domicilio

2. Fundamentación

A) *Hechos*

1) Narración de hechos

2) Documentos, medios e instrumentos

3) Valoraciones y razonamientos

Los hechos constitutivos; no sólo el objeto del proceso

Trascendencia del art. 400.1.

B) *Fundamentos de derecho*: a) Procesales, y b) De fondo

3. Petición

Clase de tutela + bien de la vida

4. Otros requisitos

a) Determinación del tipo de proceso

b) Peticiones y declaraciones accesorias

c) Fecha y firmas

III. EFECTOS

1. Litispendencia: Chiovenda

A) *El tiempo de la litispendencia*

Art. 410: Interposición de la demanda si es admitida

B) *Los efectos de la misma*

a) Deber del órgano judicial

b) Partes: cargas y obligaciones

c) Excepción: No otro proceso

d) *Perpetuatio iurisdictionis*: cambios de hecho y de norma

e) *Perpetuatio legitimatationis*

2. La prohibición de transformación de la demanda

Art. 412: Prohibición de *mutatio libelli*; salvo excepciones:

- a) Ampliación de la demanda: art. 401.2
- b) Ampliación de hechos: art. 286
- c) Presentación de documentos: art. 270
- d) Sentencias y resoluciones: art. 271.2
- e) Audiencia previa: art. 426, delimitar
- f) Apelación: art. 460

3. Consecuencias jurídico-privadas

- a) Mera existencia de la demanda: prescripción civil, bienes litigiosos, deuda solidaria.
- b) Estimación de la pretensión pero retroactivamente: Mora, intereses legales, frutos.
- c) Intermedios: usucapión, prescripción extintiva mercantil.

IV. TIPOS DE DEMANDA

1. Sucinta

+ de 150.000 ptas.; 1) Subjetivos, y 2) Petición. Falta fundamentación

2. En impreso normalizado

Hasta 150.000 ptas. Sólo en pretensiones dinerarias

3. Demandas especiales: Juicio verbal

- a) Desahucio finca urbana por falta de pago: enervación
- b) Retener o recobrar posesión: 1 año
- c) Derecho inscrito: Contenido y documentos
- d) Venta de bienes muebles a plazos
- e) Arrendamiento financiero

V. ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y CITACIÓN PARA LA VISTA

1. Presentación

No en Juzgado de Guardia

2. Admisión o inadmisión

A) *Por razones de fondo*: Admisión, salvo supuestos muy excepcionales

B) *Por falta de presupuestos procesales*: Art. 403: 1) Insubsanables

2) Subsanables

Responsabilidad civil jueces

3. Citación para la vista

- a) A las dos partes: Medios de prueba; citaciones; admisión de hechos

- b) Al demandante: Inasistencia
- c) Al demandado: Inasistencia
 - 1) Derecho real inscrito
 - 2) Desahucio de finca urbana

Abogado y procurador

LA DEMANDA

La demanda. Concepto. Requisitos. Efectos. Tipos de demanda (sucinta, en impreso normalizado, demandas especiales). Admisión de la demanda y citación para la vista.

I. CONCEPTO

Atendidos los principios (oportunidad y dispositivo) que conforman la actuación de la jurisdicción en el orden civil, ésta se inicia necesariamente por un acto de parte; el juez no puede nunca incoar de oficio el proceso; el acto de parte iniciador del proceso se denomina demanda. Por ello el art. 399.1 LEC dice que «el juicio principiará por demanda», y lo dispuesto en él para el juicio ordinario puede extenderse a todos los procesos declarativos, sean ordinarios o especiales.

Tenemos así un primer concepto parcial de la demanda como acto iniciador del proceso, que está en íntima relación con el concepto de acción o derecho a la jurisdicción o, en terminología más actual, con el derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva. La acción supone, entre otras cosas, el derecho del particular a poner en marcha la actividad jurisdiccional del Estado y ese derecho se ejercita en el acto de la demanda. Desde esta perspectiva cabe ya llegar a dos conclusiones:

1.^a) El derecho de acción de la parte ejercitado en la demanda se dirige frente al tribunal (o al Estado actuando jurisdiccionalmente), y se corresponde con el deber de aquél de incoar el proceso.

Este derecho puede ejercitarse en la demanda de modo expreso o implícito. La mera presentación de la demanda supone ya ejercicio del derecho de acción, pero en ella puede además hacerse mención expresa del mismo. De hecho en la práctica suele iniciarse el suplico pidiendo al tribunal que admita la demanda y que le dé el curso del juicio que fuere. El tribunal tiene el deber de abrir el proceso, aunque no se encuentra vinculado por la petición de la parte en lo que se refiere al juicio concreto (art. 254 LEC).

2.^a) En sentido muy amplio demanda puede ser sinónimo de petición o solicitud, pero en sentido técnico demanda es acto iniciador del proceso.

Ahora bien, este concepto de demanda, como simple acto iniciador del proceso, es incompleto. Dado que no existen actos de iniciación procesal de carácter abstracto, esos actos han de referirse, de una u otra manera, a la pretensión; en el juicio ordinario esa manera consiste en que la demanda ha de contener completamente la pretensión (por lo menos en la demanda del juicio ordinario, aunque veremos a continuación como esto no sucede en las demandas del juicio verbal).

Añadimos así otro aspecto al concepto de demanda, el relativo a la pretensión, y aunando los dos puede definirse la demanda en el juicio ordinario como el acto procesal de parte por el que se ejercita el derecho de acción y se interpone completamente la pretensión.

La demanda, en todo caso, como acto es un continente; por medio de ella se ejercita el derecho de acción y por medio de ella se interpone la pretensión o las pretensiones. Ello da lugar, en ocasiones, a equívocos terminológicos; por ejemplo, admisión de la demanda, admisión de la pretensión, requisitos de una y otra, que deben ser solucionados atendiendo a la diferencia entre continente y contenido.

II. REQUISITOS

En contra de lo que pudiera parecer, con relación a la demanda no importan tanto los requisitos de forma como los de contenido. En ningún artículo se establece una forma determinada para la demanda. Basta leer el art. 399 LEC. Otra cosa es que en la práctica la demanda se estructure según unas pautas tradicionales, pero esa estructura no es obligatoria ni condiciona la admisibilidad de la demanda.

1. Subjetivos

A) Determinación del órgano jurisdiccional

La determinación es genérica y hoy, cuando la competencia para la primera instancia corresponde siempre a Juzgados (salvo los casos de responsabilidad civil de personas aforadas), esa invocación puede consistir simplemente en la expresión: «Al Juzgado», determinándose el órgano concreto mediante la presentación de la demanda.

B) Designación de las partes

Los requisitos no son iguales según se trate del mismo demandante o del demandado:

1.º) Respecto del demandante debe identificarse, en primer lugar, al procurador que asume la representación técnica, diciendo cómo ha sido conferida ésta (por escritura de poder, *apud acta* o por turno de oficio) y, después, a la propia parte. También deberá quedar identificado el abogado con su nombre y apellidos.

En este caso no surgirá problema práctico alguno de identificación de la parte, por lo que hay que hacer referencia a todos los datos identificadores: nombre, apellidos, profesión y domicilio o residencia en que puede ser citado o emplazado, y, en su caso, los del representante legal o voluntario. Si se trata de persona jurídica los datos oportunos deben referirse a ésta, no al órgano persona física que por ella actúa, aunque al otorgarse la representación al procurador debieron quedar justificadas las facultades de ese órgano persona física.

2.º) Respecto del demandado lo importante es fijar los datos necesarios, primero, para que la demanda no se dirija contra persona indeterminada y, después, para que no existan confusiones con otras personas.

Algunas precisiones debemos hacer: 1) Se indicarán cuantos datos se conozcan del demandado que sirvan para su identificación, 2) Sobre su domicilio pueden indicarse uno o más lugares, señalando el orden para efectuar la notificación, y cualquier otra circunstancia como números de teléfono, fax o similares (art. 155 LEC), 3) Puede indicarse como domicilio el que aparezca en el padrón municipal, en registros oficiales o en publicaciones de colegios profesionales, e incluso el del trabajo no ocasional (art. 155 LEC), 4) Si se desconoce totalmente el dato del domicilio puede pedirse la notificación por edictos (art. 156 LEC), 5) La demanda no se dirige, ni siquiera formalmente, contra procurador alguno del demandado, sino contra la propia parte y ésta debe ser emplazada o citada (art. 155 LEC), y 6) No es necesario, ni se debe hacer constar, el nombre del representante legal de una persona física o el del órgano de una persona jurídica, pues el comparecer debidamente representado es carga del demandado.

La designación de las partes sirve para delimitar subjetivamente la pretensión, fijando entre quienes nace el proceso y, en su momento, quienes se verán afectados por la cosa juzgada; de ahí la importancia de una designación completa y correcta.

2. Fundamentación

El art. 399.1 LEC se refiere a que se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de derecho y con ello está refiriéndose a las dos partes bien diferenciadas de la demanda.

A) Hechos

El art. 399.3 LEC determina cómo se hará la exposición de los hechos, aportación de los documentos y razonamientos, distinguiendo tres apartados con el fin de dar claridad a la fundamentación fáctica:

1.º) Se narrarán los hechos de forma ordenada y clara, con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar.

2.º) Con igual orden y claridad se expresarán los documentos, medios o instrumentos que se aporten en relación con los hechos que fundamenten las pretensiones, y

3.º) Se formularán las valoraciones o razonamientos sobre los hechos, si parecen convenientes para el derecho del litigante.

Es obvio que de estos requisitos de la demanda el que importa es el que se refiere a la narración de hechos. En el Tema 14º estudiamos la causa de pedir, *causa petendi* o fundamento de la pretensión, pero allí lo hicimos desde el punto de vista de la determinación del objeto del proceso, y ahora debemos hacerlo con referencia a los requisitos de la demanda, tanto para la admisibilidad de ésta como para la estimación de la pretensión en ella interpuesta o preparada. La distinción entre objeto del proceso, por un lado y, por otro, admisión de la demanda y estimación de la pretensión es necesaria porque existe la posibilidad de que un hecho no sea elemento identificador del objeto del proceso, pero sí determinante de la estimación de la pretensión.

Hay que partir, por tanto, de lo dicho en torno al objeto del proceso y añadir que la demanda, como continente de la pretensión completa en un procedimiento escrito, tiene que referirse a los hechos que son el supuesto de la norma cuya alegación hace el demandante como base de la consecuencia jurídica que pide. A

esos hechos se llama constitutivos, porque «constituyen» el derecho del actor, y se refieren a las condiciones específicas de la existencia de las relaciones jurídicas.

Si el demandante pide que se declare su dominio sobre un bien inmueble, tendrá que alegar el título adquisitivo como hecho constitutivo, pero si ese título fue una compraventa su alegación se referirá a las condiciones específicas de ese tipo de contrato, las del art. 1.445 CC, no siendo necesario que alegue las condiciones generales, que son propias de todos los contratos, las del art. 1.261 CC. Como puede verse la fundamentación de la pretensión en la demanda completa añade algo a la determinación del objeto del proceso.

Además, el art. 400.1 LEC dispone que cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrá de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso posterior. Esta disposición adquiere especial virtualidad respecto de los límites objetivos de la cosa juzgada.

La comprensión de la misma requiere, con todo, poner dos ejemplos:

1.º) Si la demanda se pide que se declare el dominio sobre un bien inmueble tendrán que alegarse todos los posibles títulos adquisitivos de la propiedad (compraventa, herencia, donación), sin que pueda existir un proceso primero en el que se alegue la adquisición por compraventa y otro proceso posterior con la alegación de la adquisición por herencia.

2.º) Si en la demanda se pide la declaración de nulidad de un negocio jurídico, habrán de alegarse en la misma todas las causas de nulidad, es decir, todos los conjuntos fácticos que se regulan en la ley como determinantes de la nulidad, sin que pueda existir un proceso en el que se pida la nulidad, por ejemplo, del matrimonio con base en la causa 1.ª del art. 73 del CC y otro con base en la causa 4.ª del mismo artículo.

B) Fundamentos de derecho

El art. 399.4 LEC distingue entre los fundamentos de contenido procesal y los relativos a la cuestión de fondo, de modo que:

1.º) Procesales. Se aducirán primeramente los fundamentos relativos a la capacidad de las partes, legitimación, representación, jurisdicción, competencia, clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda y a cualesquiera otros hechos de los que pueda depender la validez del juicio o el que en él pueda llegarse a dictar una sentencia sobre el fondo del asunto. Como puede comprobarse se trata de alegar en derecho en torno a la concurrencia de los presupuestos procesales.

2.º) De fondo: Los que se refieran a la cuestión de fondo o de derecho material planteado. Se trata de aquellos que influyen en la estimación de la pretensión, en que se dicte una sentencia conforme a lo pedido por el actor.

Por último hay que precisar respecto de la fundamentación, entre admisión de la demanda y estimación de la pretensión. La fundamentación opera de dos modos distintos: por un lado la falta o los defectos en la misma pueden llevar a la inadmisión de la demanda, con base en el art. 416.1, 5.ª, LEC (defecto legal en el modo de proponer la demanda), pero, por otro, la fundamentación, en cuanto falte por ejemplo un hecho determinante de la constitución del derecho subjetivo, puede suponer la desestimación de la pretensión en la sentencia.

3. Petición

El art. 399.1 LEC hace referencia a ella con la expresión «lo que se pida» y dice que debe fijarse «con claridad y precisión». La petición es, sin duda, el requisito más importante de la demanda y de la pretensión (continente y contenido), por las consecuencias que produce sobre todo con relación a la congruencia. Cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pidan, se expresarán con la debida separación, haciendo constar por su orden y separadamente las peticiones formuladas subsidiariamente para el caso de que las principales sean desestimadas (art. 399.5 LEC)

Antes de formular la petición de una demanda el actor tiene que tener claro: 1) Qué tutela pide: declaración pura, condena, constitución, y 2) Con relación a qué bien. De conjugar estos dos elementos resultará, por ejemplo, que se ejercita una pretensión de condena con relación a un bien consistente en un hacer, y entonces será preciso determinar de qué bien se trata, quién tiene que realizarlo, en qué circunstancias de cantidad, tiempo, lugar, etc.; o, por ejemplo, si se trata de una pretensión de constitución habrá de fijarse el cambio de situación jurídica que se solicita.

4. Otros requisitos

Los anteriores son los requisitos básicos pero no los únicos; cabe aún referirse a algunos otros.

a) *Determinación del tipo de proceso*

En la demanda el actor debe fijar la clase de proceso por la que ha de tramitarse el asunto que inicia con la demanda misma, y ello puede hacerse de dos maneras: 1) Con referencia a la materia: Atendida ésta la ley puede haber dispuesto que la misma se conozca a través del juicio ordinario o del juicio verbal (arts. 249 y 250 LEC), y a él se referirá el actor en la demanda, y 2) Con referencia a la cuantía: La clase de proceso puede determinarse conforme a la cuantía y de ahí la exigencia, en el art. 253.1 LEC, de que en la demanda se fije la cuantía objeto del pleito.

b) *Peticiones y declaraciones accesorias*

De modo contingente, esto es, no en todas las demandas, puede ser conveniente e incluso necesario atendidas las circunstancias del caso, realizar algunas peticiones accesorias o meras declaraciones. Se trata, por ejemplo, de pedir que se libre el exhorto correspondiente para emplazar o citar al demandado cuando ha de acudir al auxilio judicial, y que se entregue a la propia parte para su gestión (en realidad a su procurador) (art. 172.2 LEC). Para ello se acude a la fórmula centenaria del «otrosí digo» a continuación del suplico.

c) *Fecha y firmas*

La demanda, naturalmente, ha de ir fechada, aunque la fecha determinante de todos los efectos será la de la presentación. Respecto de las firmas casi no hace falta decir que si la postulación de procurador y abogado es necesaria (arts. 23 y 31 LEC), la demanda debe ir firmada por ellos. Lógicamente si la parte puede comparecer por sí misma y lo hace, la demanda será firmada por el propio actor.

d) *Documentos*

Uno de los requisitos importantes de la demanda es el de los documentos que deben acompañarla, pero este requisito debe estudiarse en el Tema 26º, aunque aquí debe recordarse la distinción entre documentos procesales (relativos a presupuestos) y documentos materiales (fuentes de prueba).

III. EFECTOS

1. Litispendencia

La existencia de la demanda supone una ruptura; se pasa de una relación jurídico material privada en conflicto, mantenida sólo entre particulares, al planteamiento de un litigio ante un órgano jurisdiccional. Esa ruptura se define hoy con la palabra litispendencia, que identifica a la «existencia de una litis en la plenitud de sus efectos» (Chiovenda). Naturalmente esos efectos son procesales y se derivan de la constitución de un proceso. En la terminología hoy usual en los tribunales se habla de la constitución de la relación jurídico procesal.

A) El tiempo de la litispendencia

La determinación del momento final, del *dies ad quem*, no es problemática en sí misma, pues está referido a la terminación del proceso. Lo problemático ha sido el momento inicial, el *dies a quo*, aunque ahora debe estarse al art. 410 LEC: Se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida.

B) Los efectos de la misma

Como hemos anunciado los efectos a que hay que referirse son exclusivamente los procesales, y fundamentalmente éstos son:

a) Desde el momento de producción de la litispendencia surge para el órgano jurisdiccional el deber de continuar el proceso hasta el final y de dictar la sentencia de fondo (esto último condicionado a la concurrencia de los presupuestos procesales).

b) Respecto de las partes se produce la asunción de las expectativas, cargas y obligaciones que están legalmente vinculadas a la existencia del proceso.

c) La existencia de un proceso con la plenitud de sus efectos impide la existencia de otro en el que se den las identidades propias de la cosa juzgada, esto es, subjetivas y objetivas. Para que este efecto se produzca se concede a las partes la excepción de litispendencia (art. 416.1, 2.ª, LEC).

d) La litispendencia produce la denominada *perpetuatio iurisdictionis*, esto es, el juez competente en el momento de producirse la misma lo sigue siendo a pesar de los cambios que a lo largo del proceso puedan producirse (art. 411 LEC), y además conocerá del asunto por el tipo procedimental establecido en aquel momento.

Los cambios a que hacemos referencia pueden ser de dos tipos:

1.º) Cambios en los hechos: A lo largo del proceso puede modificarse el hecho determinante de la competencia territorial (el domicilio del demandado) o el hecho base de la competencia objetiva por la cuantía (las acciones reclamadas bajan en la bolsa y pierden la mayor parte de su valor), pero ello no va a alterar la competencia del órgano que conocía del proceso en el momento de la litispendencia.

2.º) Cambios en la norma: Puede producirse también un cambio en la norma determinante de la competencia y del procedimiento correspondiente, y ello tampoco debe suponer que lo que se inició como juicio ordinario pase a tramitarse como un juicio verbal. Con todo, en estos casos debe estarse a lo dispuesto en la nueva ley, en sus normas transitorias.

e) También se produce la *perpetuatio legitimationis*, en virtud de la cual quienes estaban legitimados en el momento de la litispendencia mantienen esa legitimación, sin perjuicio de los cambios que puedan producirse en el tiempo de duración del proceso.

Esto no puede llevarse a sus últimas consecuencias en contra de la misma realidad, y así no sólo se admiten cambios de parte derivados de hechos naturales (como la muerte de uno de los litigantes), sino también de actos jurídicos (la transmisión inter vivos de la cosa litigiosa), aunque en este segundo caso con requisitos distintos a los del primero.

2. La prohibición de transformación de la demanda

Efecto también de la litispendencia, pero necesitado de tratamiento específico, es el relativo a la prohibición de la transformación de la demanda, también denominado prohibición de *mutatio libelli*, al que se refiere el art. 412.1 LEC al decir que, establecido lo que sea objeto del proceso en la demanda (o en la reconvención), no podrá alterarse posteriormente.

Consecuencia de ello es lo dispuesto en el art. 413.1: En la sentencia no podrán tenerse en cuenta las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que

hubieran dado origen a la demanda (salvo que se trate de que la innovación prive de interés legítimo a la pretensión, con lo que el proceso mismo debe terminar, art. 22 LEC).

A pesar de lo anterior, los arts. 412 y 400.1 LEC imponen proceder al examen de toda una serie de supuestos en los que la ley permite modificaciones, en muy diverso grado, que van desde una verdadera excepción a la prohibición de transformación de la demanda, a matizaciones y acomodaciones del principio general a la realidad. Estos supuestos se contienen en las disposiciones siguientes:

a) Ampliación de la demanda

El art. 401.2 LEC permite que, antes de la contestación a la demanda, el actor la amplíe acumulando nuevas pretensiones a las ya ejercitadas (acumulación objetiva) o que la ejercitada la dirija contra nuevos demandados, con el efecto de volver a reanudar el plazo para la contestación. Se trata de una verdadera excepción a la prohibición general, que se resuelve en una acumulación.

b) Ampliación de hechos

El art. 286 LEC se refiere a un llamado escrito de ampliación de hechos, que puede presentarse por cualquiera de las partes, precluidos los actos de alegación y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, salvo que la alegación pudiera hacerse en el acto de juicio (ordinario) o vista (verbal), y relativos tanto a hechos nuevos como de nuevo conocimiento o noticia, de relevancia para la decisión del pleito.

Los hechos pueden ser: 1) Nuevos, es decir, ocurridos con posterioridad a los actos de alegación, caso en el que el tribunal rechazará la alegación si la novedad no se acredita cumplidamente al tiempo de formular la alegación, y 2) De nuevo conocimiento o noticia, esto es, ocurrido antes de los actos de alegación, supuesto en el que el tribunal podrá acordar la improcedencia de tomarlo en consideración si, a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las partes, no apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos, pudiendo incluso, si aprecia ánimo dilatorio o mala fe procesal, imponer al responsable una multa de 20.000 a 100.000 ptas.

Del escrito de ampliación de hechos se dará traslado a la parte contraria, para que, dentro de quinto día, manifieste, primero, lo que estime oportuno respecto de la existencia misma de la nueva alegación y su admisibilidad y, después, si reconoce como cierto el hecho alegado o lo niega, pudiendo aducir cuanto aclare o desvirtúe el hecho alegado.

Negado el hecho, bien se propondrá y practicará la prueba pertinente y útil, si fuere posible por el estado de las actuaciones, bien se estará a lo dispuesto para las diligencias finales.

c) Presentación de documentos:

El momento de la presentación de los documentos medio de prueba es el de la demanda, pero el art. 270 LEC permite la presentación de esta clase de documentos (y de medios e instrumentos) relativos al fondo del asunto, incluso hasta el juicio (ordinario) o vista (verbal), cuando concurra alguna de las circunstancias que enumera.

d) Sentencias o resoluciones

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, que según el art. 271.2 LEC pueden presentarse incluso dentro del plazo previsto para dictar sentencia.

e) En la audiencia previa

Entre las finalidades de la audiencia previa en el juicio ordinario se cuenta, según el art. 426 LEC, la de delimitar los términos del debate, por medio de alegaciones complementarias, aclaración de las alegaciones, formulación de peticiones accesorias o complementarias, de alegación de hechos nuevos o de nueva noticia, todo ello con la posibilidad de aportar documentos o dictámenes, y hasta el tribunal puede requerir a las partes para que realicen las aclaraciones o precisiones necesarias.

f) En recurso de apelación

Todavía existe una doble posibilidad en el recurso de apelación, atendido el art. 460 LEC. En primer lugar pueden acompañarse al escrito de interposición del recurso los documentos que se encuentren en alguno de los casos del art. 270 LEC y que no hayan podido presentarse en primera instancia. También puede pedirse la práctica de pruebas, si bien en los casos excepcionales que se enumeran, alguno de los cuales se refiere, bien a hechos nuevos, bien a hechos de nuevo conocimiento.

Existe, pues, una excepción a la prohibición de transformar la demanda y toda una serie de matizaciones que no llegan a ser excepción. Como regla general, con todo, cabe seguir afirmando que la litispendencia produce la aspiración de la «congelación» del objeto del proceso y la consiguiente prohibición de transformación de la demanda, aunque no cabe desconocer la adecuación del proceso a la realidad.

3. Consecuencias jurídico-privadas

Si la litispendencia se refiere a los efectos procesales de la demanda, existe también otra serie de efectos, que suelen denominarse materiales, y que se producen en el campo del derecho material privado. No son efectos que se deriven directamente de la litispendencia, sino que se trata, simplemente, de que el ordenamiento procede a establecer como supuesto de hecho de alguna consecuencia jurídica la existencia de la demanda. Esta es, pues, el hecho originador de consecuencias jurídicas privadas.

a) Efectos que se derivan de la mera existencia de la demanda:

1.º) La interrupción de la prescripción civil extintiva (art. 1973 CC).

2.º) Los bienes se convierten en litigiosos. Se trata tanto de las cosas (art. 1.291, 4.º, CC) como de los créditos (art. 1.535 CC).

3.º) La deuda solidaria sólo puede pagarse al acreedor demandante.

b) Otros efectos se derivan no sólo de la demanda, sino de la estimación de la pretensión, aunque con retroacción a aquélla; dicho de otra manera, desde el punto de vista de la sentencia los efectos se producen *ex tunc*. Estos son:

1.º) La constitución en mora del deudor (arts. 1.100 y 1.101 CC).

2.º) La obligación del mismo de pagar intereses legales cuando no se hubiesen pactado otros (art. 1.109 CC), y

3.º) La restitución de frutos por el deudor de mala fe (arts. 451 y 1.945 CC).

c) Existen todavía otros efectos que podemos considerar intermedios, pues no puede afirmarse con rotundidad que se originen exclusivamente en la demanda o en la sentencia. Es el caso de:

1.º) La interrupción de la prescripción adquisitiva o usucapión (art. 1945 CC).

2.º) La interrupción de la prescripción mercantil extintiva.

IV. TIPOS DE DEMANDA

La demanda que hemos visto hasta aquí es la regulada en la LEC para el juicio llamado ordinario. No es la única, pues normas propias se contienen en la regulación del juicio verbal.

1. Sucinta

Cuando se trata de pretensiones dinerarias de cuantía igual o superior a 150.000 pesetas (sin que se superen las 500.000) y siempre que el juicio verbal sea el procedente por razón de la materia, habrá de presentarse demanda sucinta, en la que sus requisitos de contenido son:

1.º) Subjetivos: Se determinará el tribunal que se estima competente y se designarán las partes, y especialmente el domicilio o domicilios en que pueden ser citadas.

2.º Petición: Se fijará con claridad y precisión lo que se pida.

El art. 437.1, al establecer los requisitos de contenido de la demanda sucinta, no alude a la fundamentación, no menciona los hechos y los fundamentos de derecho, con lo que no es requisito de la demanda sucinta la fundamentación o determinación de la causa de pedir. Esta importante diferencia lleva a entender que la demanda sucinta, que tradicionalmente se llamó “papeleta”, supone el ejercicio del derecho de acción, pero en ella no se interpone completamente la pretensión;

ésta sólo se prepara o se interpone parcialmente, siendo completada después en el inicio de la vista, en la que el actor expondrá la fundamentación de lo que pide.

La pretensión no es un acto procesal; es una declaración de voluntad que consiste en una petición fundada, pudiendo manifestarse al exterior en uno o en varios actos. En el juicio ordinario la demanda es completa, porque incorpora plenamente la pretensión, pero en el juicio verbal la demanda es simple o sucinta, porque contiene sólo la petición, dejando para un momento posterior la expresión de la fundamentación, momento que es el inicio de la vista, con lo que la pretensión se interpone en dos actos.

El que el juicio verbal pueda iniciarse mediante demanda sucinta, no supone que se prohíba al actor presentar una demanda completa, la que contiene toda la pretensión. Esto es siempre posible, pues el art. 437.1 atiende a los requisitos mínimos, pero no impide que el actor opte por presentar una demanda no sucinta. En este caso en el inicio de la vista, no se tratará de exponer la fundamentación, sino de ratificarse en la demanda que se presentó.

La demanda expresará también la clase de proceso por el que ha de tramitarse el asunto, bien con referencia a la materia, bien en atención a la cuantía, que deberá especificarse (art. 253). Debe estarse también a la presentación de los documentos.

2. En impreso normalizado

Según el art. 437.2 en los juicios verbales en los que se reclame una cantidad inferior a 150.000 pesetas, el actor podrá formular su demanda completando un impreso normalizado que, a tal efecto, se hallará en el juzgado correspondiente.

La demanda en impreso normalizado es una posibilidad que se le ofrece al actor, y que podrá o no utilizar según lo estime oportuno, pues nada impide que presente una demanda sucinta o, incluso, que presente la demanda completa. Este tipo de demanda debe ponerse en relación con la no necesidad de procurador (art. 23.1, 1.º) ni de abogado (art. 31.2, 1.º) en los juicios verbales cuya cuantía no exceda de 150.000 pesetas, recordando que el art. 32.1 dispone que, no siendo preceptiva la intervención de abogado y de procurador, si el actor pretende comparecer en juicio con asistencia y representación, lo hará constar en la demanda.

Esta demanda no es posible cuando el juicio verbal sea procedente por la materia, pero la duda interpretativa es si esta demanda normalizada cabe en todos los juicios verbales en los que su procedencia se determine por la cuantía o si es posible sólo en los juicios verbales en los que la pretensión sea dineraria. La procedencia por la cuantía puede referirse a bienes de muy distinta naturaleza (basta

ver las reglas de determinación de la cuantía del art. 251 para comprobarlo), mientras que el art. 437.2 se refiere a reclamación de cantidad, por lo que puede estimarse que se trata sólo de la demanda que contiene una pretensión dineraria, es decir, en la que se reclama una cantidad de dinero.

Los requisitos de contenido de esta demanda en impreso normalizado no son distintos de los requisitos de la demanda sucinta, También a ella habrán de acompañarse los documentos procesales y los materiales.

3. Demandas especiales

La especialidad de la demanda proviene algunas veces de los documentos que deben acompañarse a la misma, en los casos previstos en el art. 266, pero de verdaderas demandas especiales se habla en el juicio verbal y cuando se le utiliza como proceso especial por razón de la materia, pues entonces existen reglas específicas para algunas demandas, cuyo incumplimiento supondrá la inadmisión. Esas reglas se refieren, bien al contenido, bien a los documentos a acompañar. Se trata de:

a) En la demanda de desahucio de finca urbana por falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario, el arrendador debe indicar las circunstancias concurrentes que pueden permitir o no, en el caso concreto, la enervación del desahucio (art. 439.3).

La enervación del desahucio se regula en el art. 22.4, como un medio de terminación del proceso por satisfacción extraprocésal, sólo respecto de los arrendamientos de finca urbana, cuando se trate de la falta de pago de las rentas o cantidades debidas por el arrendatario, pero, dado que la enervación no siempre es posible, en la demanda deberán contenerse las circunstancias relativas a su posibilidad, y su falta determinará inadmisión.

b) La demanda en la que se pretenda retener o recobrar la posesión no se admitirá si se interpone transcurrido el plazo de un año desde el acto de perturbación o despojo (art. 439.1).

Se trata de un plazo de caducidad, derivado del art. 460, 4.º, del CC, que debe ser controlado de oficio. Lo que la norma procesal está diciendo realmente es que el actor en la demanda debe indicar cuándo se produjo la perturbación o despojo, y que el tribunal no la admitirá si ese momento es anterior en un año al de la presentación de la demanda.

c) La demanda presentada por el titular de derecho inscrito en el Registro de la Propiedad pretendiendo la efectividad de ese derecho frente a quien se oponga o perturbe su ejercicio, sin disponer de título inscrito que legitime la oposición o la perturbación, tiene requisitos especiales de contenido y atinentes a los documentos a presentar con ella (art. 439.2).

En uno y otro caso el incumplimiento de los requisitos determina la inadmisión de la demanda. Los de contenido son: 1) Expresión de las medidas que se consideren necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que recayere, y 2) Indicación de la caución que ha de prestar el demandado, en caso de comparecer y contestar, para responder de los frutos que haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado y de las costas del juicio, salvo que el actor renunciare expresamente en la demanda a esta caución. El documento a presentar es la certificación literal del Registro de la Propiedad que acredite la vigencia, sin contradicción alguna, del asiento que legitima al demandante.

d) Las demandas sobre incumplimiento de contratos de venta a plazos de bienes muebles y de arrendamiento financiero que deban tramitarse por el juicio verbal (según el art. 250.1, 10.º y 11.º), deben acompañarse de documentos específicos, sin los cuales no se admitirán (art. 439.4).

Se trata de dos supuestos parecidos pero distintos:

1.º) Las demandas en las que se pretenda que el tribunal resuelva, de modo sumario, sobre el incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de los contratos inscritos en el Registro de Ventas a Plazos de Bienes Muebles y formalizados en el modelo oficial: 1) Para obtener una sentencia que permita dirigir la ejecución exclusivamente sobre el bien o bienes adquiridos o financiados a plazos, y 2) Para obtener una sentencia en la que se condene al comprador a la entrega inmediata del bien o bienes vendidos o financiados, en el lugar indicado en el contrato, previa declaración de resolución de éste, en su caso, al haberse pactado la reserva de dominio, deberán presentarse acompañadas de dos documentos: 1) Acreditación del requerimiento de pago, con diligencia expresiva del impago y de la no entrega del bien, en los términos previstos en el art. 16 de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles, y 2) Certificación de la inscripción del o de los bienes en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, si se tratase de bienes susceptibles de inscripción en el mismo (art. 439.4 con remisión al art. 250.1, 10.º y 11.º).

2.º) La demanda en la que se pretenda que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el incumplimiento de un contrato de arrendamiento financiero, siempre que el mismo esté inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizado en el modelo oficial, para obtener una sentencia en la que se condene al demandado a la inmediata entrega del bien al arrendador financiero, en el lugar indicado en el contrato, previa resolución de éste, en su caso, deberá acompañarse de la acreditación del requerimiento de pago al deudor, con diligencia expresiva del impago y de la no entrega del bien, en los términos previstos en la Disp. Adicional 1.ª de la Ley 28/1998, de 13 de julio.

e) Por último, el art. 439.5 abre una cláusula general para la inadmisión de las demandas en las que no se cumplan los requisitos especiales de admisibilidad que prevean las leyes.

V. ADMISIÓN DE LA DEMANDA Y CITACIÓN PARA LA VISTA

1. Presentación de la demanda

La demanda debe presentarse en día y hora hábiles en el registro (secretaría) del juzgado que se estime competente. En las localidades donde exista más de un juzgado se presentará en el registro del Decanato, procediéndose por éste al reparto; en alguna población deberá presentarse en el registro general de entrada de documentos judiciales.

El art. 135.2 LEC ha suprimido la posibilidad de presentación de escritos relativos a procesos civiles en el Juzgado de Instrucción de Guardia y, a cambio de ello, permite que, cuando la presentación del escrito esté sujeta a plazo, pueda efectuarse la misma hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo y en la secretaría del tribunal o en el registro central.

2. Admisión inadmisión

La primera actuación del juzgado, aparte de la meramente administrativa de registro, va a consistir en decidir sobre la admisibilidad de la demanda. Sobre la misma se cuenta con la regla general del art. 403.1 LEC: Las demandas sólo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en la LEC.

El tema de la admisibilidad de la demanda va unido al de las facultades del juez en el proceso civil. Para comprender los supuestos de inadmisibilidad es preciso distinguir entre razones de fondo y razones procesales (aún dentro de éstas por falta de presupuestos procesales o de requisitos de la demanda). Por último habrá que atender en cada caso a la posibilidad de subsanación del defecto.

A) *Por razones de fondo*

No existe, desde luego, una norma general expresa que diga cuando una demanda es admisible y cuando no por razones relativas al fondo del asunto. Desde el art. 24.1 CE hay que llegar a la conclusión de que el derecho a la jurisdicción supone, en primer lugar, la admisión de la demanda, por ser su rechazo *in limine litis* la forma más clara de negación del derecho a la tutela judicial. Los riesgos evidentes de autorizar al tribunal a rechazar demandas por infundadas, llevan a la conclusión de que aquél debe admitirlas todas, aunque le parezca que se trata de demandas sin posibilidades de éxito.

Lo anterior, con todo, no puede ser absoluto y existen casos de inadmisibilidad de la demanda que se refieren a la no concesión de tutela jurídica por el ordenamiento y en general. Naturalmente estos casos han de ser muy limitados, pues se trata nada menos de que el ordenamiento niega el derecho de acción.

Con norma expresa cabe así referirse al art. 42 CC, conforme al cual la demanda en que se pida el cumplimiento de la promesa de matrimonio no se admitirá a trámite, porque dicha promesa no produce obligación de contraerlo (ni de cumplir lo que se hubiese estipulado para el supuesto de su no celebración). En este caso el ordenamiento dice, de modo expreso y general, que el interés del actor no está protegido y, por tanto, que el proceso es inútil pues nunca se podrá llegar a una sentencia estimatoria de la pretensión.

Conforme al art. 1.798 CC la ley no concede acción para reclamar lo que se gana en un juego de suerte, envite o azar, y de ahí podría deducirse que estamos ante un caso similar al anterior. Sin embargo, las cosas no son tan sencillas, de modo que hoy pudiera sostenerse que hay que distinguir entre juegos prohibidos y permitidos y referir la prohibición sólo a los primeros, o bien cabe seguir sosteniendo que la norma deniega la acción en todos los casos, porque la misma se basa en la intención de impedir el juego a crédito.

Sin norma expresa cabe también sostener que no debe admitirse la demanda cuando es evidente que el ordenamiento no protege el interés alegado por el demandante. Sería este el caso de ciertas demandas absurdas en que se pide que se condene al presidente del Gobierno a cumplir su programa electoral, o a que un particular o un concejal diga a quien ha votado en las elecciones municipales o en la de alcalde, etc.

B) Por falta de presupuestos procesales

Partiendo de la regla general antes dicha del art. 403.1 LEC deben examinarse los casos previstos expresamente en que la ley dice que el tribunal no admitirá la demanda. Esos casos se refieren al incumplimiento de requisitos y a la falta de presupuestos procesales.

Respecto de los requisitos de contenido de la demanda no existe norma alguna que permita al tribunal ese control de oficio. Parece claro que si en la demanda falta algún requisito que hace imposible la incoación del proceso (por ejemplo no dice contra quien se presenta), el tribunal habrá de conceder plazo al actor para subsanación, y en su caso, no admitir la demanda. Curiosamente el único caso previsto es el de la falta de copias de la demanda (art. 275 LEC).

Respecto de los presupuestos procesales en la LEC se advierte claramente que al Proyecto de la misma se han añadido normas que contradicen el sistema inicial. El art. 403.1 dice que la demanda sólo se inadmitirá en los casos y por las causas expresamente previstas en esta Ley y el art. 404 dice qué debe examinar el tribunal de oficio en este momento de la admisión de la demanda, pero luego en normas dispersas se encuentran referencias al control de oficio de las capacidades de las partes (art. 9), a la firma de abogado (art. 31) o al control de la acumulación de acciones (art. 73.4), por ejemplo.

El control de oficio por el tribunal puede recaer sobre requisitos y presupuestos procesales, y hay que distinguir entre defectos insubsanables y defectos subsanables:

1.º) Insubsanales: Existen supuestos que han de llevar a la inadmisión de la demanda sin posibilidad de subsanación, como es el caso de la falta de capacidad de las partes (art. 9), de jurisdicción (arts. 404 y 36.2, 37.2 y 38 LEC), de competencia genérica (art. 37.2 y 38 LEC), objetiva (arts. 404 y 48 LEC) y funcional (art. 62 LEC). En algún caso especial se refiere también a la competencia territorial (arts. 404 y 58 LEC), pero ésta es generalmente prorrogable y está sujeta a sumisión.

2.º) Subsanales: La falta de poder (art. 24 LEC) o, más en general, la falta de representación procesal y la falta de firma de abogado (art. 312 LEC), se refieren al presupuesto procesal de la postulación procesal en sus dos facetas de representación y defensa.

Más complejos son los casos en que con referencia a determinados documentos la ley dice que el tribunal no admitirá la demanda que no vaya acompañada de uno de ellos, o que a la demanda se acompañará necesariamente un

documento, expresiones con las que se está diciendo prácticamente lo mismo. También en general se dice en el art. 403.3 LEC que no se admitirán las demandas cuando no se acompañen a ellas los documentos que la ley expresamente exija para la admisión de aquéllas.

Estos casos se refieren a supuestos muy distintos aunque, con todo, cabe decir que no se trata realmente de requisitos de la demanda en sentido estricto, sino de la necesidad de acreditar la legitimación, entendida ésta como presupuesto procesal, de modo que no basta con las afirmaciones de titularidad que realice el demandante. Los supuestos más claros son los del art. 266 LEC y también ver art. 269.2 LEC, pero también pueden citarse los arts. 595.3 (principio de prueba por escrito en la tercería de dominio), 614 (principio de prueba por escrito en la tercería de mejor derecho) y 767.1 LEC (para los procesos de filiación).

También en alguna ocasión la ley dispone que no se admitirá una demanda sin que se haya constituido legalmente un presupuesto. Así el art. 403.2 LEC atiende al caso especial de las demandas de responsabilidad civil contra jueces y magistrados exigiendo, primero, la firmeza de la resolución judicial que ponga fin al proceso en que se suponga causado el agraviado y, segundo, que se haya recurrido o reclamado contra el acto u omisión causante de los daños y perjuicios. El art. 403.3 LEC se refiere a la necesidad de que se hayan intentado conciliaciones o efectuado requerimientos, reclamaciones o consignaciones que se exijan en casos especiales.

Si después de realizado el control de inadmisibilidad no concurre ninguna de las causas de inadmisión, se procederá a la admisión de la demanda sin condicionamientos. La resolución a dictar es un auto (art. 206.2, 2.ª, LEC).

3. Citación para la vista

La admisión de la demanda lleva en el juicio ordinario al emplazamiento del demandado, lo que debe realizar el Juzgado conforme a las reglas generales de este tipo de notificación y para el caso de que el demandado no esté aún personado (arts. 155 y ss. LEC).

Ahora bien, lo verdaderamente especial se refiere a la citación del demandado cuando se trata del juicio verbal, pues ésta es una citación especial. Admitida la demanda, con o sin previa subsanación de defectos, en el mismo auto

ordenará el juez el traslado de la demanda al demandado y la citación de las partes para el acto de la vista, con indicación de su día y hora, debiendo mediar diez días, al menos, desde el siguiente a la citación y sin que pueda exceder de veinte días (art. 440.1).

a) A las dos partes

Tanto al demandante como al demandado en la citación se les advertirá que:

1.º) Han de concurrir a la vista con los medios de prueba de que intenten valerse.

La consecuencia procesal más importante de la concentración de las actuaciones en un acto único, con forma oral y concentrada, es la realización en el mismo de todas las pruebas, y para que ello sea posible a las partes debe advertirse que concurren con todas las fuentes de prueba que pretende introducir en el proceso a través de los medios de prueba que han de proponer y practicar en ese acto.

2.º) Deben indicar, en el plazo de los tres días siguientes a la recepción de la citación, las personas que, por no poder presentarlas las partes mismas, han de ser citadas por el tribunal a la vista para que declaren en ella en calidad de parte o de testigo, facilitando todos los datos y circunstancias precisos para llevar a cabo la citación.

3.º) Podrán considerarse admitidos los hechos del interrogatorio de la parte, conforme a lo dispuesto en el art. 304, si no asistieren personalmente a la vista y se propusiere y admitiere dicho interrogatorio como medio de prueba.

b) Al demandante

Se le prevendrá de que su inasistencia a la vista se considerará desistimiento de la demanda, a no ser que el demandado alegue interés legítimo en la continuación del proceso para que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto, y de que se le impondrán las costas causadas, condenándole a que indemnice al demandado comparecido, si éste lo solicitare, a los daños y perjuicios sufridos que acredite.

c) Al demandado

La advertencia general a éste consiste en que su incomparecencia a la vista no determinará su suspensión, continuándose las actuaciones en su ausencia.

Existen dos advertencias especiales referidas a juicios verbales por razón de la materia:

1.ª) Tratándose de demanda presentada por titular de derecho real inscrito en el Registro de la Propiedad para la efectividad de tal derecho, se apercibirá al demandado de que se dictará sentencia acordando las actuaciones que, para la efectividad del derecho inscrito, hubiere solicitado el actor si: 1) No compareciere a la vista, y 2) No presta la caución en la cuantía que, tras oírle, el tribunal determine, dentro de la solicitada por el actor.

2.ª) En los juicios de desahucio de finca urbana por falta de pago de rentas o cantidades debida, se le indicará, en su caso, la posibilidad de enervar el desahucio conforme a lo establecido en el art. 22, y que de no comparecer a la vista se declarará el desahucio sin más trámites.

Debe recordarse que, no siendo preceptiva la intervención de abogado y de procurador, y habiendo manifestado el actor en la demanda que comparecerá con su asistencia y representación, la citación, con el traslado de la demanda, supone la notificación al demandado de esta circunstancia. Además según el art. 32.4 LEC debe informársele del derecho que le reconoce el art. 6.3 de la Ley 1/1996, de 10 de enero.

TEMA 23º

ACTITUDES DEL DEMANDADO

(Esquema)

I. ACTITUDES DEL DEMANDADO

- a) No hacer nada: rebeldía
- b) Comparecer y con contestar (raro) salvo declinatoria
- c) Contestar a la demanda
- d) Reconvenir

II. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

1. Concepto

Acto procesal de parte, resistencia del demandado; no condena

Art. 405: todas las excepciones: procesales y materiales

2. Contenido

No condena. Actitudes muy distintas:

A) Negativas

No aporta hechos. sobre hechos de la demanda:

- 1) Negarlos: controvertidos
- 2) Admitirlos: Expresa o tácita

B) Positivas

- a) Alegar excepciones procesales
- b) Alegar excepciones materiales

3. La prohibición de transformación

Como en la demanda: arts. 412 y 413 (menos ampliación de la demanda)

III. EXCEPCIONES Y SUS CLASES

Sentido de la palabra “excepción”. Dos líneas escalonadas

1. Procesales

- a) Presupuestos procesales
- b) Requisitos procesales de la demanda

Lista y remisiones: a) Subjetivas (tribunal, partes)

b) Objetivas;

c) Procedimentales

2. Materiales

Fondo. Hechos nuevos

- a) Impeditivos
- b) Extintivos
- c) Excluyentes

Tratamiento especial: a) Compensación
b) Nulidad absoluta

IV. RECONVENCIÓN

1. Concepto

Nuevo objeto procesal. Acumulación de pretensiones

Conexión objetiva (lo nuevo)

- 1) Incompatibilidad de pretensiones
- 2) Distinción entre contestación y reconvención

2. Requisitos

- a) Momento
- b) Forma
- c) Competencia: objetiva, territorial
- d) Procedimientos homogéneos
- e) Legitimación pasiva
- f) Efectos

V. REBELDÍA

1. Concepto

Derecho romano y germánico. Contradicción, posibilidad.

- 1) Inicial y total
- 2) Indiferente la voluntad
- 3) No el actor
- 4) Declaración expresa

2. Efectos

- 1) Preclusión (sólo) no efecto positivo (salvo excepciones)
- 2) Notificación por correo o edictos

3. El proceso en rebeldía

- 1) Notificación de la pendencia del proceso
- 2) La comparecencia del rebelde
- 3) Notificación de la sentencia

La audiencia al rebelde

ACTITUDES DEL DEMANDADO

La contestación a la demanda y otras actitudes del demandado. Excepciones y sus clases. Reconvención. Rebeldía.

I. ACTITUDES POSIBLES DEL DEMANDADO

La admisión de la demanda lleva al trámite siguiente del emplazamiento del demandado, que debe realizar el Juzgado conforme a las normas generales de este tipo de notificación y para el caso concreto de que la parte no esté aún personada (arts. 155 y ss. LEC). Frente a la demanda el demandado puede allanarse o resistir.

Si el demandado se allana el tribunal debe proceder a dictar sentencia de conformidad con el allanamiento (art. 21), pues no puede existir un proceso sin resistencia. Con todo, debe tenerse en cuenta que el allanamiento no es un acto específico de este momento procedimental, es decir, no es algo que sólo pueda hacerse ahora, sino que puede hacerse en cualquier momento de la instancia. Cuando se dice que el allanamiento es uno de los posibles contenidos de la contestación de la demanda, se está afirmando algo esencialmente incorrecto.

La resistencia que puede oponer el demandado, es decir, su petición de no ser condenado, está implícita en cualquier actividad que el mismo realice, e incluso lo está en su falta de actividad, pues en nuestro derecho positivo la rebeldía supone resistencia. Ahora bien, decir que la resistencia se resuelve en que el demandado pide su no condena, es decir muy poco, siendo necesario aclarar las actitudes concretas dentro de la resistencia.

De modo escalonado esas actitudes concretas pueden ser:

a) No hacer nada o, dicho en términos más técnicos, no comparecer: La consecuencia será que el tribunal le declarará en rebeldía.

b) Comparecer pero no contestar a la demanda: Esta actitud puede responder a dos situaciones procedimentales:

1.^a) Personación y no contestación sin más: Principalmente para evitar ser declarado rebelde, el demandado puede limitarse a comparecer sin formular la contestación a la demanda (aunque esto ocurre raramente en la práctica).

2.^a) Personación y oposición de declinatoria: La ley permite al demandado plantear de modo previo, esto es, antes de la contestación a la demanda, la no concurrencia de los presupuestos procesales relativos a la jurisdicción y a la competencia de todo tipo, por medio de la declinatoria (art. 63 LEC).

c) Contestar a la demanda: Este es el acto en el que el demandado opone expresamente la verdadera resistencia; luego veremos sus posibles contenidos.

d) Reconvénir: En el escrito de contestación a la demanda, el demandado puede, además de formular la resistencia, interponer contra el demandante otra pretensión; con esta actitud se sale de la mera resistencia, por lo que se incoa un nuevo proceso que se resolverá en el mismo procedimiento.

II. CONTESTACION A LA DEMANDA

1. Concepto

Si la demanda se define por su contenido (acción más pretensión), la contestación también debe definirse atendiendo al mismo criterio: Es el acto procesal de parte en el que se opone expresamente la resistencia por el demandado, esto es, por medio del cual el demandado pide que no se dicte contra él sentencia condenatoria. La contestación como acto es un continente; el contenido es la resistencia y ésta es una declaración petitoria de no condena.

Adviértase que estamos diciendo que la resistencia consiste en la petición de no ser condenado, que es más general, no en que se dicte sentencia absolutoria respecto del fondo, que es ya específica. Si el demandado puede alegar excepciones procesales es porque ha de pedir que no sea condenado, no que sea absuelto.

El art. 405 LEC dispone una contestación a la demanda en la que han alegarse todas las defensas que el demandado tenga contra la pretensión del actor, tanto las excepciones procesales como las materiales.

En la contestación, pues, el demandado pide que no se dicte contra él sentencia condenatoria, es decir, formula la resistencia y en ella no existe variedad. Esta aparece cuando se trata de justificar esa petición; entonces, sí, entonces el demandado puede: 1) Alegar en cuanto a la forma, pidiendo que la no condena se produzca porque el juzgador no puede entrar en el fondo del asunto, y/o 2) Alegar en cuanto al fondo negativa y/o positivamente, pidiendo que la no condena se produzca porque se desestime la pretensión

del actor. En cualquier caso se trata de modos de lograr que no sea condenado, pero manteniéndose la misma resistencia.

Es cierto también que cabe resistencia sin contestación a la demanda, pero ésta es el único acto en que la resistencia es expresa. Cuando no se comparece, y surge la rebeldía, y cuando se comparece y no se contesta, nuestro ordenamiento supone que existe una resistencia implícita, esto es, de petición de no condena, y por ello el demandante debe probar los hechos constitutivos. Con todo la resistencia expresa se formula en la contestación y por ello estimamos conveniente definir ésta atendiendo a su contenido.

Esto no supone asimilar la naturaleza de la contestación a la de la demanda. Como acto iniciador del proceso la demanda es imprescindible para que exista la actividad jurisdiccional, mientras que la contestación no es un acto necesario. Su necesidad proviene de que la resistencia puede ser también implícita. Lo necesario es la resistencia, no la contestación, pero si ésta es realizada por el demandado es para contener la resistencia.

2. Contenido

Prescindiendo del allanamiento y de la reconvenición, lo esencial de la contestación a la demanda es la resistencia, la declaración de voluntad formulada por el demandado de que no sea condenado en la pretensión interpuesta por el actor. Esta petición puede ampararse en actitudes muy distintas.

A) Negativas

El demandado puede pedir que no sea condenado sin que por su parte alegue hechos nuevos sobre los alegados por el actor. Su oposición se centra en los hechos ya aportados al proceso y respecto de ellos puede:

a) *Negarlos*: El efecto base de la negación es que convierte a los hechos en controvertidos y, por tanto, en necesitados de prueba (art. 281.3 LEC).

Cuando existe contestación a la demanda el demandado tiene la carga de pronunciarse sobre los hechos constitutivos, negándolos expresamente o admitiéndolos, con lo que añade algo a la negación implícita que el ordenamiento atribuye a la rebeldía y a la no contestación a la demanda. En estos casos el juez no puede dar como existentes los hechos de la demanda, que han de ser probados por el actor, pero cuando el demandado contesta a la demanda la no negación expresa de los hechos puede ser considerada por el

juez como admisión implícita y, aún más, las respuestas evasivas pueden ser estimadas por el tribunal en la sentencia como admisión (art. 405.2 LEC).

b) *Admitirlos*: El demandado puede admitir los hechos constitutivos de la demanda, bien de modo expreso o tácito, bien total o parcialmente.

1º) La admisión expresa supone que el hecho queda fijado independientemente de la convicción judicial, imponiéndose al tribunal a la hora de la sentencia.

Esta admisión puede ser incluso total y no supone allanamiento, pues el demandado continúa pidiendo que no sea condenado con base en los fundamentos de derecho. Cuando hay admisión expresa total de los hechos, la contienda se ha reducido a una pura cuestión jurídica, con lo que desaparece la necesidad de prueba (art. 429.1 LEC).

2) La admisión tácita se produce por no pronunciarse, negándolos, sobre los hechos alegados por el actor, pero ésta no se impone al juez, sino que es él quien debe decidir si da o no como existentes esos hechos.

Sin alegar hechos nuevos y admitiendo los alegados por el actor, el demandado deja reducida la cuestión a una controversia jurídica. Ello no es común, pero sí posible. La negación de los hechos y la negación de los fundamentos de derecho implican consecuencias distintas; los hechos pueden fijarlos las partes, el Derecho lo aplica el juzgador independientemente de las alegaciones de las partes; el principio *iura novit curia* supone siempre la no vinculación y el conocimiento por el juez.

B) Positivas

La petición por el demandado de no ser condenado puede atender, no ya a las alegaciones del actor, que se niegan o admiten, sino a alegaciones propias del demandado. Entramos así en el terreno de lo positivo y en este campo (aparte de la reconvencción que no es contestación) el demandado puede adoptar dos actitudes:

a) *Alegar excepciones procesales*: Las veremos después pero mediante ellas se trata de poner de manifiesto la no concurrencia de algún presupuesto y/o requisito procesal, lo que conduciría, en su caso, a una resolución meramente procesal. Estas excepciones son también resistencia y petición de no ser condenado, si bien aquí la absolución no se refiere al fondo del asunto, sino sólo a la instancia (resolución procesal).

La terminología tradicional puede parecer confusa, pero hay que distinguir entre: 1) Absolución en la instancia, que equivale a resolución meramente procesal, que no entra en el fondo del asunto, y 2) Absolución sobre el fondo, que se pronuncia sobre ese fondo, desestimando la pretensión del demandante.

b) *Alegar excepciones materiales*: Se trata ahora, respecto del fondo del asunto, de pedir la absolución con base en hechos nuevos alegados por el demandado que tienden a desvirtuar los hechos alegados por el actor. Entran así en juego los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. Para que existan verdaderas excepciones sobre el fondo el demandado no debe limitarse a negar o admitir, sino que ha de afirmar hechos propios sobre los cuales asumirá la carga de la prueba.

Cuando estudiábamos la demanda nos referíamos a sus requisitos de contenido; ahora con relación a la contestación, al establecer su contenido, no hemos hablado de requisitos; hemos establecido su contenido posible, partiendo de la base de que contestar a la demanda supone necesariamente pedir no ser condenado.

Ese contenido posible implica que en la contestación pueden mezclarse las actitudes negativas y positivas o que pueden articularse sólo algunas de ellas. En la contestación el demandado puede simplemente negar todos los hechos constitutivos, citar los fundamentos de derecho oportunos y pedir la absolución; puede también negar unos hechos, admitir otros, alegar hechos nuevos, citar las normas jurídicas correspondientes y pedir la absolución; de la misma manera puede alegar excepciones procesales y después entrar en los hechos de fondo para acabar pidiendo una resolución procesal y subsidiariamente una resolución de fondo absolutoria. El principio de eventualidad puede hacer que las alegaciones sean incluso contradictorias pero que, sin embargo, deban oponerse al mismo tiempo.

La presentación de documentos, junto con la demanda y con la contestación debe estudiarse en el Tema 26, al que nos remitimos.

3. La prohibición de transformación

Las prohibiciones de transformación de la demanda que se contienen en las leyes son trasladables *mutatis mutandis* a la contestación. Los arts. 412 y 413 LEC se refieren también a la contestación, y respecto de ésta son también aplicables las posibilidades de alegaciones complementarias previstas en la Ley.

La prohibición de transformación se ha referido siempre a la demanda, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, pero las mismas razones constitucionales y técnicas que existen respecto de aquélla pueden referirse a la contestación, y aquí también puede colocarse al demandante en situación de indefensión y es preciso mantener un orden en las alegaciones del demandado.

Respecto de las alegaciones complementarias debe tenerse en cuenta que si una es específica del demandante (la ampliación de la demanda del art. 401 LEC), las demás son posibles a las partes, esto es, también al demandado, como se desprende de los arts. 286, 270, 271.2, 426 y 460 LEC.

III. EXCEPCIONES Y SUS CLASES

La palabra excepción fue adquiriendo en nuestro Derecho tantos sentidos que al final acabó por no significar nada, al haber pretendido significarlo todo. Después de una larga evolución histórica se había llegado a la conclusión de que por excepción debía entenderse todo lo que el demandado pudiera alegar con el fin de no ser condenado, tanto se refiriera a defectos en la relación jurídico procesal por falta de presupuestos o requisitos procesales, como al tema de fondo. De esta manera cuando, estudiando las actitudes del demandado frente a la demanda, se decía que aquél ha excepcionado, las posibilidades de contenido de esta respuesta eran tantas que en realidad era inútil, por carecer de toda precisión.

Con ánimo de no romper con la tradición pero, al mismo tiempo, de dar sentido técnico a las palabras, la doctrina distinguió entre excepciones procesales y excepciones materiales, de modo que cuando el demandado alega excepciones procesales centra su oposición en la falta de presupuestos y/o requisitos procesales, en lo que nuestros tribunales suelen llamar defectuosa constitución de la relación jurídico procesal, y tiende a conseguir una resolución meramente procesal en la que no se entre en el fondo del asunto. Con las excepciones materiales el demandado tiende a la desestimación de la pretensión, refiriendo la oposición a su falta de justificación, de correspondencia con el derecho material, en cuanto éste no protege el interés del demandante, aspirando el demandado a un sentencia de fondo absolutoria.

La importancia de esta distinción se basa, no en las palabras, sino en reconocer que el demandado puede articular dos líneas de oposición escalonadas; puede primero referirse al proceso, alegando en torno a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales y, después o al mismo tiempo, según los

distintos procedimientos, puede referirse al fondo del asunto, alegando en torno al derecho subjetivo alegado por el actor.

Naturalmente la vieja distinción entre excepciones dilatorias y excepciones perentorias, que proviene del Derecho romano y que, dándole sentido diferente a las palabras, se asumió en la LEC de 1881 exclusivamente para el juicio de mayor cuantía, ha desaparecido.

1. Excepciones procesales

La excepción procesal tiene como contenido la falta de presupuestos o el incumplimiento de requisitos procesales, lo que supone que el demandado puede referirse a:

a) En primer lugar esta excepción puede referirse a la falta de *presupuestos procesales*. Estos son las condiciones que atienden a la posibilidad de que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto; el tribunal sólo podrá resolver el fondo del litigio planteado en la pretensión cuando concurran los elementos que determinan la correcta constitución de la relación jurídico procesal. Ello significa, obviamente, que los presupuestos se refieren al proceso como conjunto, no a un acto concreto del mismo; la existencia válida de los actos especialmente considerados depende de que en ellos concurran los requisitos legales, que son algo muy distinto.

Desde la posición en que ahora nos encontramos, desde las actitudes del demandado, lo que importa resaltar es que, sea o no estimable de oficio la falta de presupuestos, éstos pueden en todo caso ser alegados por el demandado, y que esa alegación se realizará por medio de las excepciones procesales. En ocasiones el tribunal apreciará de oficio su falta, en otras no, pero siempre cabe la alegación del demandado.

b) Desde esa misma posición el demandado también puede excepcionar la falta de *requisitos de un acto procesal*, el básico, el de la demanda; estos requisitos se refieren al contenido, no a la forma. Es preciso distinguir aquí entre admisibilidad de la demanda y estimación de la pretensión, y advertir que la falta de requisitos alegables por el demandado como excepción procesal se refieren al primer supuesto, no al segundo.

El demandado puede alegar que en la demanda no se contiene una petición, o que ésta es oscura, o que se contienen peticiones contradictorias, pero no podrá excepcionar procesalmente que faltan hechos constitutivos, pues esto es tema de fondo que surgirá en las excepciones materiales. A estos requisitos se refiere la LEC cuando habla de «defecto legal en el modo de proponer la demanda» (art. 416.1, 5.ª, LEC).

De lo dicho debe desprenderse que a la hora de fijar el contenido de las excepciones procesales podemos ofrecer una lista y una serie de remisiones, pues a los distintos presupuestos o impedimentos nos hemos referido ya o hemos de referirnos in extenso, y lo mismo hay que decir de los requisitos de la demanda.

En consecuencia las excepciones procesales pueden referirse a:

a) *Subjetivas*: Atiende a los sujetos del proceso, es decir:

1.º) Al tribunal: Respecto del presupuesto procesal de la competencia la LEC ha preferido darle a ésta un tratamiento distinto del propio de las excepciones; la falta de competencia, en su sentido más amplio, pues comprende todo lo relativo a la jurisdicción, a la competencia e, incluso, el sometimiento de la cuestión a arbitraje, se alega en la forma de declinatoria (arts. 39, 63, 64 y 416.2 LEC).

2.º) A las partes: Las alegaciones del demandado pueden referirse a una gran variedad de presupuestos: 1) Las partes han de existir y estar determinadas, 2) Capacidad para ser parte, 3) Capacidad procesal (incluyendo la representación de las personas físicas y el órgano de las jurídicas), 4) Legitimación, comprendiendo el litisconsorcio necesario, y 5) Postulación, tanto lo relativo al procurador como al abogado.

b) *Objetivas*: Se refieren al objeto del proceso y posibilitan al demandado alegar: 1) La existencia de litispendencia, 2) De cosa juzgada, y 3) Falta de reclamación administrativa previa.

c) *Procedimentales*: Se refieren a: 1) La determinación del proceso adecuado, tanto por la materia como por la cuantía (y en ésta también a la determinación de la misma si de ella depende la existencia de recurso de casación), 2) Falta de requisitos de la demanda, y 3) A la indebida acumulación de pretensiones en la demanda.

2. Excepciones materiales

Si las excepciones procesales se refieren a la válida constitución de la relación jurídico procesal, las materiales se refieren al fondo. En este aspecto material el demandado aspira a que la pretensión sea desestimada.

El actor, al formular su pretensión de modo completo, ha expuesto una serie de hechos constitutivos, es decir, de hechos que son el supuesto fáctico de una norma jurídica de la que se desprende la existencia de su derecho subjetivo; esos hechos se refieren a las condiciones específicas de la existencia de la relación jurídica. Acudiendo a un ejemplo similar al que antes pusimos, si el actor pide que se condene al demandado al pago del precio resultante de una compraventa, sus hechos constitutivos serán las condiciones específicas de este tipo de contrato, las del art. 1.445 CC.

Frente a esos hechos el demandado puede oponerse a la pretensión sin llegar a alegar verdaderas excepciones materiales. La oposición entonces se basará, bien en la negación de la existencia de los hechos constitutivos, con lo que los convierte en controvertidos y, por tanto, en necesitados de prueba, bien en la admisión de la existencia de los hechos, pero alegando al mismo tiempo en torno al derecho aplicable, con lo que la discusión se transforma en jurídica. En todo caso no estamos aquí ante verdaderas excepciones materiales; el demandado pide la desestimación de la pretensión, pero lo hace negativamente, no en virtud de una actitud positiva de alegación de hechos distintos.

Las verdaderas excepciones materiales son hechos nuevos, distintos a los alegados por el actor y supuestos fácticos de normas también diferentes. Estamos ante excepciones materiales, sin más, cuando esos hechos no constituyen la *causa petendi* de otra pretensión; en caso contrario, el demandado no se limita a defenderse, sino que formula una nueva pretensión, con lo que surge la reconvencción. Las excepciones materiales se mantienen dentro de la misma relación deducida por el demandante y además no suscitan un objeto procesal nuevo; con base en ellas el demandado se limita a pedir su absolución, no pidiendo nada positivo frente al actor.

Así como respecto a las excepciones procesales puede hacerse una enumeración, respecto de las materiales a lo más que puede llegarse es a establecer una clasificación de los hechos que puede alegar el demandado. De la misma forma que los hechos constitutivos dependen de la relación jurídica material, y éstas son innumerables, los hechos a alegar por el demandado dependen también de esa relación y si pretendiera ofrecerse una enumeración exhaustiva habría que hacer mención de todas y cada una de las relaciones jurídicas imaginables.

Los hechos a alegar por el demandado pueden ser:

a) *Impeditivos*: Son aquéllos que, recogidos por la norma correspondiente, impiden desde el principio que los hechos constitutivos desplieguen su eficacia normal y, por tanto, que se produzca el efecto jurídico pedido por el demandante.

Siguiendo con el ejemplo de la compraventa, el demandado puede admitir que el contrato se realizó formalmente, pero que en él no concurrió alguna de las condiciones generales de los contratos, por lo que éste es nulo; con base en el art. 1.261 CC el demandado puede alegar falta de causa, siendo el contrato simulado.

b) *Extintivos*: En otros casos los hechos constitutivos han existido y han desplegado su eficacia normal, pero posteriormente se ha producido otro hecho que ha suprimido esos efectos.

En el ejemplo de la compraventa el demandado reconoce que el contrato existió y que en un momento pasado debió el precio; el hecho nuevo que alega es alguno de los modos de extinción de las obligaciones del art. 1.156 CC, como que procedió ya a su pago.

Con los hechos impeditivos lo que el demandado dice es que el derecho subjetivo alegado por el demandante no llegó a nacer, aunque existieran los hechos constitutivos; con los extintivos la alegación se refiere al tiempo; el derecho subjetivo del actor existió en el pasado, pero no existe en el momento del proceso.

c) *Excluyentes*: También aquí se han producido los efectos de los hechos constitutivos, pero el demandado alega otros hechos, supuesto de la aplicación de una norma que le permite excluir dichos efectos. Frente al existente derecho del actor, existe otro contraderecho del demandado que puede excluir los efectos de aquél. El ejemplo típico es el de la prescripción, pero también cabe aludir al beneficio de excusión del fiador, al pacto de no pedir en plazo determinado, etc.

La diferencia fundamental de este caso, frente a los dos anteriores, radica en su sistema de aplicación; mientras los hechos impeditivos y extintivos pueden ser tenidos en cuenta por el tribunal, aunque no los alegara el demandado, siempre que hayan sido regularmente aportados al proceso y probados en él, los excluyentes sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador si existe alegación expresa del demandado y si han sido probados por éste.

El demandante ha de alegar los hechos constitutivos, y ello puede entenderse como manifestación concreta del principio dispositivo. Con base en la misma consideración el demandado ha de alegar los hechos excluyentes, que sólo pueden ser válidamente aportados al proceso a través de su alegación. Por el contrario, los hechos impeditivos y extintivos, en cuanto no conforman la pretensión ni la excluyen, han de ser, sí, alegados por las partes, pero para que el tribunal los tenga en cuenta no es preciso distinguir cuál de ellas los ha alegado.

De la misma demanda puede desprenderse que el contrato de compraventa, cuyo precio reclama el actor, carecía de causa, pues se simuló a efectos fiscales, por ejemplo, y también puede desprenderse que han transcurrido con exceso quince años sin que el demandante ejercitara su derecho. La diferencia de tratamiento consiste en que el primer hecho puede ser tenido en cuenta por el juez, si resulta probado e independientemente de quien lo alegara y probara, aunque el demandado no lo alegue expresamente, pues el contrato nació nulo por falta de causa (arts. 1.261, 3.º, 1.275 y 1.276 CC), mientras que la prescripción del art. 1.964 CC requiere alegación expresa del demandado, y el juez no puede tenerla en cuenta sin esa alegación.

Todas las excepciones pueden articularse en una misma contestación a la demanda. Para expresarlo gráficamente se tratará de trincheras escalonadas en la oposición. La primera línea la constituyen las excepciones procesales, que tienden a que el tribunal no entre en el fondo del asunto; superada esa línea, las materiales

tienden a la desestimación de la pretensión, una vez que se ha entrado en el fondo del asunto, lo que se hará necesariamente en la sentencia.

Existen dos excepciones materiales que tienen tratamiento específico en la LEC. Se trata de:

1.ª) Compensación: La naturaleza jurídica de la alegación por el demandado de compensación ha sido tradicionalmente debatida por la doctrina, sin haber alcanzado un resultado claro (hecho extintivo como el pago, hecho excluyente, reconvención). Generalmente se ha distinguido: 1) Si el demandado opone la compensación y pide que el demandante sea condenado por el exceso entre la cantidad pedida por éste y el importe del crédito sobre el que se pide la compensación, suele considerarse que se trata de una reconvención o, por lo menos, que ha de tener el tratamiento de ésta, 2) Si el demandado lo único que pide es que no sea condenado, aduciendo la compensación, suele considerarse que se trata de una excepción.

El art. 408.1 LEC, si entrar a decidir sobre ese debate, ha igualado el tratamiento procesal de la compensación, de modo que, en todo caso, es decir, incluso cuando el demandado sólo pretende su absolución, y no la condena al saldo que a su favor pudiera resultar, el demandante podrá controvertir la excepción en la forma prevenida para la contestación a la reconvención. Más aún, la sentencia que se dicte sobre la compensación producirá cosa juzgada.

2.ª) Nulidad absoluta del negocio jurídico: Cuando el demandado adujere en su defensa hechos determinantes de la nulidad del negocio en que se funda la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio, el actor podrá pedir al tribunal, que así lo acordará, mediante providencia, contestar a la referida alegación de nulidad en el mismo plazo establecido para la contestación a la reconvención, y además la sentencia decidirá con efectos de cosa juzgada (art. 408.2 LEC).

IV. RECONVENCION

1. Concepto

Además de todo lo dicho anteriormente sobre las actitudes negativas y positivas del demandado frente a la demanda, cabe la formulación de reconvención. Se trata entonces de la interposición por el demandado de una pretensión contra la persona que le hizo comparecer en juicio, entablada ante el mismo juez y en el mismo procedimiento en que la pretensión del actor se tramita, para que sea resuelta en la misma sentencia, la cual habrá de contener dos pronunciamientos.

La reconvención supone salir del objeto del proceso fijado en la demanda, y de las actitudes del demandado frente a la misma, para fijar un nuevo objeto procesal, esto es, una nueva pretensión y, consiguientemente, un nuevo proceso.

Frente a la demanda puede el demandado adoptar una serie muy variada de actitudes que van desde la incomparecencia a la oposición de excepciones materiales. Si prescindimos de la primera, de la incomparecencia, todas las demás actitudes son compatibles con la formulación de reconvención, y lo son porque ésta no es en realidad una actitud del demandado frente a la demanda, sino el aprovechamiento de la existencia de un procedimiento iniciado por el actor para interponer frente al mismo otra pretensión.

La tradición española en materia de reconvención no exigía conexión objetiva alguna entre las pretensiones acumuladas, por lo que era posible que el actor pretendiera el precio de una compraventa y el demandado reconviniera pidiendo la devolución de un préstamo. Esta situación ha cambiado con la LEC, pues el art. 406.1 dice que sólo se admitirá la reconvención si existiere conexión entre su pretensión y la que sea objeto de la demanda principal.

Establecida la necesidad de la conexión objetiva pueden surgir dos problemas:

1.º) Incompatibilidad de pretensiones: El art. 71.3 LEC prohíbe la acumulación de pretensiones cuando sean incompatibles entre sí, esto es, cuando se excluyan mutuamente o sean contrarias entre sí, de suerte que la elección de una impida o haga ineficaz el ejercicio de la otra, pero esta prohibición no puede aplicarse a la acumulación por reconvención, pues ello iría contra la naturaleza misma de ésta. Si el actor pidió el precio convenido en un contrato de construcción de obra, el demandado puede reconvenir por la indemnización de daños y perjuicios acordada para el caso de incumplimiento del constructor.

2.º) Distinción entre contestación y reconvención: La reconvención se efectúa en el escrito de contestación a la demanda pero no es actuación de respuesta ni de oposición a la demanda. Con la reconvención se sale del objeto del proceso fijado por el actor y se entra en otro objeto, en otra pretensión. Con todo las diferencias entre contestación y reconvención no siempre están claras.

Los elementos básicos para la distinción son: 1) La súplica de la contestación a la demanda: si el demandado pide algo más que la mera absolución, y siempre que ese algo más no esté implícito en la absolución, estaremos ante una reconvención, y 2) La extensión de la cosa juzgada: si lo que el demandado alega y pide en la contestación quedaría cubierto por la cosa juzgada, aunque no hiciera petición expresa, no existe reconvención y en caso contrario sí.

La distinción tiene especial importancia cuando se trata de peticiones positivas y negativas. Si el demandante pide una declaración positiva y el demandado pide su absolución y la declaración negativa contraria, normalmente no existirá reconvención porque la segunda petición con la absolución quedaba cubierta por la cosa juzgada. Al revés la solución no es tan clara. Si el actor interpone una pretensión negatoria de servidumbre de paso, no existirá reconvención si el demandado pide que se declare,

además de su absolución, la existencia de la servidumbre, pero sí existirá reconvencción si lo que pide es la constitución de la servidumbre.

2. Requisitos

a) Momento

La reconvencción se interpone en el juicio ordinario siempre y exclusivamente en el escrito de contestación a la demanda (art. 406 LEC). Después de ese momento no podrá reconvenirse, quedando a salvo el derecho del demandado para interponer su pretensión en el juicio correspondiente.

b) Forma

Si la reconvencción tiene que proponerse en el escrito de contestación a la demanda, la ley pretende que se distinga claramente entre uno y otro contenido del escrito. Por eso dice el art. 406.3 LEC que se propondrá a continuación de la contestación, acomodándose al contenido de la demanda según el art. 399 LEC.

El problema era el de la reconvencción llamada implícita, esto es, aquélla cuya existencia ha de deducirse del escrito de contestación a la demanda, con base en que el demandado pide algo más que su absolución y ese algo más supone la interposición de una pretensión. Frente a reconvencción implícita el art. 406.3 LEC reacciona disponiendo: 1) Habrá de expresarse con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener, respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos, y 2) En ningún caso se considerará formulada reconvencción si el escrito de contestación a la demanda del demandando finaliza con petición de simple absolución respecto de la pretensión formulada en la demanda.

De la demanda reconvenccional debe darse traslado a los reconvenidos, para que contesten a la reconvencción en el plazo de veinte días, contestación que se ajustará a lo dispuesto para la contestación a la demanda (art. 407.2 LEC).

c) Competencia

Para que la reconvencción sea admisible el tribunal que está conociendo de la pretensión inicial debe ser también competente para conocer de la pretensión acumulada. Este es el principio general a matizar:

1.º) La competencia objetiva del tribunal por la materia no puede ser alterada por la reconvencción (art. 406.2 LEC)

2.º) La competencia objetiva por la cuantía puede ser alterada, pero sólo a favor del tribunal más competente (art. 406.2, II, LEC).

Suele decirse que, atendiendo a la cuantía, el tribunal que puede lo más puede lo menos, pero no al revés. Si la pretensión inicial ha dado lugar a un juicio ordinario, atendida la cuantía, puede formularse reconvención por cuantía de juicio verbal, pero no a la inversa.

3.º) La competencia territorial sí puede ser alterada: Para conocer de la reconvención es competente el tribunal que está conociendo de la pretensión inicial.

d) Procedimientos homogéneos

La reconvención no será admisible cuando la pretensión que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza. Así cabe reconvención entre pretensiones que puedan ventilarse por los juicios ordinarios (con la limitación antes dicha de la competencia), pero no cabe cuando una pretensión se tramita por un juicio ordinario y la otra tiene señalado cauce procedimental especial.

e) Legitimación pasiva

En nuestra tradición jurídica la reconvención podía formularse sólo contra el que era demandante en la demanda principal, no contra otras personas (salvo en algún caso especial, como el de la tercerías). Ahora el art. 407.1 LEC dispone que la reconvención puede formularse contra el demandante y contra otros sujetos no demandantes, siempre que puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido por su relación con el objeto de la demanda reconvencional.

Mientras está claro el supuesto del litisconsorcio necesario (en el que existe un único proceso con pluralidad de partes, por lo que es obvia la posibilidad de demandar al actor y a otra u otras personas), no ocurre lo mismo con el llamado litisconsorcio voluntario que no es un supuesto de litisconsorcio, sino de acumulación de pretensiones. Admitido ahora que la reconvención se dirija contra el demandante y otra persona en el caso de este pretendido litisconsorcio voluntario, lo que se está admitiendo en realidad es que el demandado reconvenga formulados dos pretensiones: Una contra el actor y otra contra persona distinta, si bien esas dos pretensiones tienen que se conexas entre sí y respecto de la pretensión formulada en la demanda inicial.

f) Efectos

La reconvención produce los efectos típicos de la acumulación de pretensiones que ya vimos en su momento: 1) Las dos pretensiones, la inicial y la

reconvenida, se discutirán en un mismo procedimiento, y 2) Las dos se resolverán en una sola sentencia, la cual contendrá dos pronunciamientos, que no pueden ser contradictorios.

V. REBELDIA

Frente a la demanda la primera actitud que puede adoptar el demandado es la de no comparecer; a esta actitud, entendida como inactividad inicial y total, se denomina un tanto incorrectamente rebeldía.

1. Concepto

Los derechos romano y germánico se basaban inicialmente en la idea del juicio como sometimiento voluntario de las partes a un juez y, por tanto, no podían concebir el proceso en ausencia del demandado. El lógico paso siguiente fue configurar la presencia de éste en el proceso como una obligación y de ahí el establecimiento de sanciones para impulsarlo coactivamente a personarse; surge así la *missio in bona* y la proscripción. Hoy la concepción es, naturalmente, distinta y descansa, por un lado, en el principio de contradicción y, por otro, en la noción de carga.

El principio de contradicción, entendido como derecho fundamental de audiencia o defensa, supone que nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio, pero no puede jugar de la misma manera en todos los procesos. En el civil el principio se respeta cuando se ofrece al demandado la posibilidad real de ser oído, sin que sea necesario que éste haga uso de esa posibilidad. La demanda, pues, no impone al demandado la obligación de comparecer, sino simplemente la carga de hacerlo, es decir, un imperativo de su propio interés, que puede o no «levantar» según le parezca más conveniente.

La noción de rebeldía como inactividad precisa de algunas matizaciones para que sea rectamente entendida:

1.^a) La rebeldía es inicial y total, debiendo distinguirse de la inactividad parcial con relación a un acto determinado.

Si el demandado ha comparecido en el proceso, el no realizar después un acto procesal concreto en el plazo concedido para ello, incluida la propia contestación a la demanda, supone simplemente la pérdida de esa oportunidad, con la preclusión correspondiente, pero no es algo comparable a la rebeldía, pues ésta implica ausencia del proceso de modo total e inicial.

2.^a) Para llegar a la situación de rebeldía es indiferente la voluntad del demandado.

Este puede no haber comparecido por muy diferentes razones, las cuales se tendrán en cuenta a la hora de reconocerle el derecho de defensa o de concederle la denominada audiencia al rebelde, pero aquéllas no afectan a la situación de rebeldía que es algo objetivo.

3.^o) El actor no puede incurrir en rebeldía.

Esta es una situación exclusiva del demandado. La presentación de la demanda supone que el demandante ha comparecido, por lo que ya no puede existir respecto de él inactividad inicial y total. La inactividad posterior del actor puede ser parcial o total. Si el actor no realiza un acto concreto, estaremos ante la pérdida del mismo por preclusión, que ya hemos dicho que es algo distinto de la rebeldía. La inactividad total posterior a la presentación de la demanda teóricamente ha de recibir tratamientos procesales muy distintos, según se trate de procedimientos escritos u orales, y la distinción atiende a la interposición completa o no de la pretensión en la demanda, aunque luego las regulaciones concretas pueden acabar negando esta distinción teórica,.

4.^a) La rebeldía precisa de declaración expresa, que se hace de oficio por el juez, sin necesidad de que se acuse por el actor.

A esa declaración se refiere el art. 496.1 LEC que la exige en todos los juicios. Realmente en el juicio verbal la incomparecencia del demandado al acto de la vista implica su rebeldía sin necesidad de declaración expresa (y así el art. 83.3 de la LPL).

En el juicio ordinario la declaración de rebeldía va unida al hecho de que el demandado no se persone en las actuaciones dentro del plazo para contestar a la demanda (art. 496.1 LEC). Normalmente ello irá unido al hecho de que no conteste a la demanda, pero es posible que el demandado se persone y que no conteste.

2. Efectos

La rebeldía del demandado no impide la continuación del proceso hasta su final. Cuando hablamos de efectos lo que tratamos es de precisar qué consecuencias produce esta situación sobre el proceso que continúa su curso regular.

1.^a) La preclusión, propia de la inactividad, lleva a que el demandado pierda la posibilidad de realizar los actos procesales correspondientes, y en especial la contestación a la demanda, pero ello no implica consecuencia positiva alguna. En otros ordenamientos la rebeldía supone que el demandado admite los hechos alegados por el demandante y aun que se allana a la pretensión, pero esto no ocurre en el nuestro, en el que el art. 496.2 LEC dice claramente que la declaración de rebeldía no equivale ni a allanamiento ni a admisión de los hechos alegados en la demanda. La rebeldía se hace equivaler a que el demandado niega los hechos alegados por el actor y se opone a la petición de éste. El actor, para que sea estimada su pretensión, tendrá que realizar todo lo que tendría que hacer si el demandado hubiera contestado negando. La rebeldía supone así una resistencia implícita.

Esta es la regla general en nuestro Derecho, pero el propio art. 496.2 LEC admite que la ley puede disponer lo contrario, por lo existen algunas excepciones.

1.^a) En el juicio verbal el art. 440. 2 LEC hace equivaler la incomparecencia del demandado a la vista a allanamiento, cuando se trata de dar efectividad a derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad.

2.^a) En el mismo juicio, pero en general, el art. 440.1, II, LEC dispone que la inasistencia de las partes puede suponer admisión de los hechos en el interrogatorio de la parte (que evidentemente no se hará).

3.^a) Según el art. 602 LEC la no contestación a la demanda en la tercería de dominio se entiende como admisión de los hechos alegados por el tercerista en la demanda, y, según el art. 618 LEC, lo mismo ocurre en la tercería de mejor derecho.

2.^a) La resolución que declara la rebeldía se notificará al demandado por correo si su domicilio fuera conocido y, si no lo fuere, por medio de edictos. Hecho lo anterior ya no se le notificará resolución alguna, salvo la resolución que ponga fin al proceso (art. 497.1 LEC).

En el juicio verbal la notificación al demandado de la resolución que declara la rebeldía no debe hacerse. Esa resolución es oral, documentándose en el acta, y carece de sentido la notificación de la misma, primero porque en general las resoluciones orales no se notifican por escrito y, segundo, porque si la sentencia debe dictarse en el plazo de los diez días siguientes a la vista (art. 448 LEC), lo necesario será notificar ésta.

3. El proceso en rebeldía

En el desarrollo del proceso en rebeldía no existen trámites específicos. El actor tendrá que proceder a la realización normal del mismo, probando los hechos constitutivos que alegara si quiere que su pretensión sea estimada. Tres aspectos, sin embargo, deben resaltarse:

a) Cuando por desconocerse el domicilio del demandado, o por hallarse en ignorado paradero, fue emplazado para personarse por medio de edictos, debe procederse a comunicarle la pendencia del proceso, de oficio o a instancia de parte, en cuanto se tenga noticia del lugar en que pueda llevarse a cabo la comunicación (art. 498 LEC).

b) La comparecencia del rebelde: Este es, naturalmente, parte en el proceso, aunque permanezca inactivo y, por tanto, puede ser sujeto pasivo de determinadas actuaciones que frente a él pida el demandante; el caso más claro es el de la prueba de interrogatorio de la parte. Pero lo que importa es destacar que el rebelde puede personarse en el momento que lo estime oportuno y sea cual fuere el estado del pleito; a partir de esa personación el demandado asume las expectativas y cargas, pero el procedimiento no retrocederá en su tramitación (art. 499 LEC). Esto supone que el demandado que deja de estar en rebeldía asume el proceso en el estado en que se encuentre, *in terminis* (STC 184/1989, de 6 de noviembre).

Una única matización requiere la afirmación anterior y se refiere a la prueba. Si el demandado comparece en el proceso después del momento establecido para la proposición de prueba en la primera instancia y su incomparecencia se produjo por causa que no le sea imputable, puede pedir en la segunda instancia que se practique toda la prueba que convenga a su derecho (art. 460.3 LEC).

c) Frente a la no notificación de las resoluciones de ordenación del proceso, la sentencia (sea de primera instancia o de cualquier recurso) o la resolución que ponga fin al mismo, se notificará al demandado personalmente, en la forma prevista en el art. 161 de la misma LEC, aunque si se encuentra en paradero desconocido la notificación se hará por medio de edicto, que se publicará en el B. O. de la Comunidad Autónoma o del Estado (art. 497.2 LEC).

Cuando la sentencia le haya sido notificada al demandado rebelde de modo personal, sólo podrá utilizar contra ella el recurso de apelación o los recursos extraordinarios por infracción procesal o de casación, y dentro de los plazos legales. Si la notificación se ha hecho por medio de edicto, el demandado puede utilizar los mismos recursos, pero el plazo para ello se inicia desde el día siguiente al de la publicación del edicto de notificación de la sentencia en alguno de los boletines oficiales (art. 500 LEC).

Tema distinto es el de la posibilidad de que el demandado rebelde inste, bien la nulidad de actuaciones, con base en el art. 225, 3.º, LEC, cuando se le haya colocado en situación de indefensión porque no se hizo correctamente el emplazamiento, bien la llamada audiencia al rebelde, en los supuestos del art. 501 LEC.

TEMA 24º

LA AUDIENCIA PREVIA

(Esquema)

I. LA AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO

Art. 414.1

A) *El sistema del proceso común y las excepciones dilatorias*

- a) Escritura
- b) Preclusión, Eventualidad

B) *El sistema de la audiencia previa*

- Klein, Austria, 1895:
- a) Cuestiones procesales
 - b) Ámbito del proceso

II. MOMENTO

Después a la contestación a la demanda: art. 414

Además: 1) Es necesaria

2) Oralidad e intermediación

III. SUJETOS

A) *Los sujetos necesarios*

- a) Partes
- b) Procuradores
- c) Abogados

B) *Los supuestos de incomparecencia*

- a) El demandante (o abogado):
 - 1) Demandado no pide
 - 2) Demandado sí pide
- b) El demandado (o abogado)
- c) Ninguna de las partes

IV. FINALIDADES

1. Función de evitar el proceso

A) *Acuerdo previo*

- 1) Desistimiento del actor
- 2) Homologación judicial de la transacción

B) *Conciliación*

- 1) Capacidad y disposición
- 2) No regula la forma

- 3) Homologación judicial: art. 517
- 4) Es transacción judicial: arts. 1816-1819 CC

2. Función saneadora del proceso

“Sanear”; cuestiones procesales; procesos inútiles

A) *Jurisdicción y competencia*: Sólo de oficio

La duda es competencia territorial

B) *Capacidad y representación*: a) subsanable

b) Insubsanable

C) *Acumulación inicial de pretensiones*

D) *Litisconsorcio necesario*: a) lo admite el actor

b) lo niega el actor

E) *Litispendencia o cosa juzgada*

F) *Inadecuación del procedimiento*: a) Por la cuantía

b) Por la materia

G) *Demanda defectuosa*

H) *Cuestiones procesales análogas*: a) Reclamación previa

b) ¿legitimación?

Auto de sobreseimiento. Definitivo. Apelación

Continuación: 1) Audiencia: protesta

2) proceso: reposición

3. Función delimitadora de los términos del debate

A) *Aclaración y complementación*

a) Aclaración de alegaciones: 1) Iniciativa (hechos, derecho)

2) Petición tribunal (pronunciarse)

b) Peticiones complementarias

B) *Hechos nuevos o de nueva noticia*

C) *Aportación de documentos y dictámenes*

D) *Posición sobre documentos, dictámenes e informes*

4. Función delimitadora de la prueba

Determinación de los hechos controvertidos

Proposición y admisión de los medios de prueba

Aumento de los poderes del tribunal

Señalar fecha y hora del juicio

V. EL JUICIO Y SU DESARROLLO

A) *Señalamiento y citación*: Una sesión

B) Incomparecencia de las partes: procurador y abogado

C) Desarrollo del juicio

- a) Práctica de la prueba (remisión)
- b) Conclusiones

LA AUDIENCIA PREVIA

La audiencia previa al juicio. Momento. Sujetos. Finalidades. El juicio y su desarrollo.

I. LA AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO

Dice el art. 414.1 LEC que, una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción (o transcurridos los plazos correspondientes), el tribunal, dentro del tercer día, convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria. Se establece de este modo la llamada legalmente audiencia previa al juicio, con la que pretenden cumplirse varias finalidades.

Dado que la audiencia previa supone un cambio de orientación muy importante es necesario explicar una evolución histórica.

A) El sistema del proceso común y las excepciones dilatorias

El proceso común, el que se asumió en Las Partidas y el que ha permanecido hasta la LEC de 1881, se basaba principalmente en:

1.º) La escritura: El procedimiento era casi exclusivamente escrito; en él la sentencia tenía que basarse únicamente en lo que constara por escrito en las actuaciones (*quod non est in actis non est in mundo*).

2.º) La preclusión: El procedimiento se dividía en fases rígidas (los tiempos de los pleitos), en cada una de las cuales tenía que realizarse una actividad determinada, bajo la amenaza de que la parte perdiera la posibilidad de realizar esa actividad.

3.º) La eventualidad: Dividido el procedimiento en fases rígidas y habida cuenta de la preclusión, aparecía necesario que las partes “acumularan” todos los

medios de defensa de que dispusieran en la fase correspondiente, pues si no lo hacían así ya no podrían alegar posteriormente.

La escritura, la preclusión y la eventualidad llevaron a un procedimiento complejo, en el que, además y al final, podía resultar que *todos* los actos habían resultado inútiles, por cuanto el juez no podía pronunciarse sobre el fondo del asunto, o que *algunos* de los actos habían sido innecesarios, pues sin ellos se habría dictado igual sentencia sobre el objeto del proceso.

Todos los actos habían sido inútiles cuando al final del proceso se descubría que razones procesales impedían entrar a resolverse sobre el fondo del asunto, debiendo el juez dictar una sentencia meramente procesal o de absolución de la instancia. Algunos actos habían sido innecesarios cuando, dictándose sentencia sobre el fondo del asunto, se constataba que se habían debatido cuestiones o se habían probado hechos no determinantes de la condena o de la absolución del demandado.

Para evitar la realización de actos inútiles o innecesarios se acudió al sistema de las excepciones dilatorias, que eran aquéllas que podían alegarse por el demandado antes de contestar a la demanda, que tenían tramitación propia y que debían ser resueltas por el juez de manera previa. Sólo cuando y si se desestimaban esas excepciones, proseguía el proceso con la contestación a la demanda; si se estimaban, el proceso finalizaba.

El sistema de las excepciones dilatorias no sirvió para evitar la realización de actos procesales inútiles, ni en lo atinente a la inutilidad total, ni respecto de la inutilidad parcial. Constatado el fracaso se buscó un camino diferente.

B) El sistema de la audiencia preliminar

La búsqueda de ese camino distinto se inició con la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895, obra de Klein. El juez, después de admitir la demanda, citaba a las partes a una audiencia que, por realizarse antes de la contestación a la demanda, se llamó preliminar. El sistema para evitar procesos inútiles y actos innecesarios consistió (dejando a un lado el intento de conciliación, que pretendía poner fin al proceso) en:

1.º) Plantear y resolver inicialmente todas las cuestiones procesales, con lo que la audiencia sirve, bien para terminar el proceso, si los defectos procesales son insubsanables, bien para que el proceso continúe habiendo quedado “sanados” los defectos subsanables.

2.º) Delimitar el ámbito del proceso, es decir, en dejar determinado cuál es el objeto del proceso fijado por el actor, cuál es el objeto del debate suscitado por el demandado y sobre qué debe versar la prueba, y con ello se evitan actos procesales innecesarios.

Este sistema ha dado lugar a regulaciones concretas con matizaciones muy importantes de distinción entre ellas. En España la Ley 34/1984, de 6 de agosto, fracasó en la práctica porque no se crearon las condiciones personales y materiales imprescindibles para que el sistema pudiera aplicarse. Ahora en la LEC de 2000 se vuelve a intentar la introducción del sistema, con el que se persigue evitar la realización de procesos inútiles o de actos innecesarios, y lo hace regulando, para el juicio ordinario, una audiencia previa al juicio.

II. MOMENTO

Las posibilidades concretas de regulación de la audiencia previa, con el objetivo indicado, son muy variadas. De entre todas ellas se ha elegido un sistema que se caracteriza por varias notas. De entre ellas puede destacarse la relativa al momento de celebración de la audiencia, pero no es la única. Respecto de ese momento en la LEC se ha optado por que la audiencia se realice después de la contestación a la demanda.

En las regulaciones de la audiencia preliminar o previa en los varios Ordenamientos procesales debe optarse por situarla antes o después de la contestación a la demanda, dependiendo la opción en la alternativa por el contenido que se atribuya a la audiencia misma. Cuando se trata, además de dejar resueltos todos los problemas procesales, de determinar el objeto del proceso y el objeto del debate y de fijar el objeto de la prueba, parece aconsejable la solución adoptada por la LEC.

Según el art. 414 una vez contestada la demanda y, en su caso, la reconvencción, o transcurridos los plazos correspondientes, el tribunal, dentro del

tercer día, convocará a las partes a una audiencia, que habrá de celebrarse en el plazo de veinte días desde la convocatoria.

Pero no es éste el único carácter que identifica la audiencia regulada en la LEC. Además:

1.º) Es necesaria, debiendo el tribunal convocarla en todo caso.

También sobre este extremo existen varias soluciones posibles. En algunos países, atendiendo el caso concreto, el tribunal puede convocar o no la audiencia, mientras que en otros la convocatoria es necesaria en todo caso. Atendido el contenido de la misma puede considerarse que la necesidad es la solución adecuada, pues no se trata sólo de “limpiar” el proceso de obstáculos procesales.

2.º) Es un acto oral y con inmediación.

Las funciones que se cumplen en la audiencia pueden lograrse acudiendo a un procedimiento escrito (por ejemplo el *despacho saneador* del Derecho portugués) o estableciendo un acto oral y concentrado, en el que es determinante la inmediación. En la LEC, no sólo de la regulación de los arts. 414 y siguientes, sino también del art. 137, se desprende la vigencia de la oralidad y de la inmediación, de modo que la infracción de estos principios supone la nulidad absoluta.

III. SUJETOS

De entre los caracteres de la audiencia el relativo a los sujetos de ella se destaca especialmente en el Programa. Respecto del mismo debe distinguirse:

A) Los sujetos necesarios

a) Partes: No es necesaria la presencia personal de las partes.

b) Procurador: La LEC admite que a la audiencia comparezca el procurador de la parte, si bien entonces éste tiene que tener poder para renunciar, allanarse o transigir (art. 414.2), esto es, para realizar los actos de disposición del objeto del proceso, pues en caso contrario se tiene a la parte por incomparecida, con las graves consecuencias que ello acarrea.

c) Abogado: Es preceptiva su intervención.

Con esos caracteres generales se ha regulado una audiencia para la que se “convocará a las partes” (art. 414.1), con lo que en realidad lo que se está diciendo

es que se citará a los procuradores de las partes, pues se ha renunciado a la necesidad de la presencia personal de éstas.

Atendida la regulación general, la citación debe hacerse a los procuradores de las partes cuando éstas estén personadas (art. 152.1, 1.ª). Si el demandado no se ha personado, habiendo sido declarado rebelde (art. 496), no será preciso notificarle la resolución por la que se acuerda convocar a las partes (art. 497.1). La convocatoria de la audiencia no se hace depender de que al menos un demandado se haya personado.

B) Los supuestos de incomparecencia

a) No comparece el demandante, o el abogado del mismo, puesto que la inasistencia del abogado se equipara a la inasistencia de la parte (o, mejor, de su procurador): Las soluciones posibles son dos, dependiendo de la voluntad del demandado:

1.ª) Si el demandado no pide la continuación del procedimiento, el tribunal dictará auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo de las actuaciones.

Este auto de sobreseimiento es una resolución meramente procesal que, una vez firme será irrevocable, pero que, desde luego, no produce efectos de cosa juzgada material, por lo que el actor podrá instar un proceso posterior con el mismo objeto. El auto de sobreseimiento debe notificarse al procurador del actor, y por tratarse de una resolución definitiva, por cuanto pone fin a la instancia (art. 207.1 LEC), procede contra él recurso de apelación, sin reposición previa (arts. 451 y 455.1 LEC).

2.ª) Si el demandado pide que continúe el procedimiento, alegando interés legítimo en que llegue a dictarse sentencia sobre el fondo del asunto, el proceso continuará y lo hará con la celebración de la audiencia misma, aunque sólo con la presencia del demandado, lo que implica limitación de sus finalidades.

Dado que el auto de sobreseimiento no impide que el actor inste un proceso posterior con el mismo objeto, el demandado puede tener interés legítimo en que el proceso continúe hasta su final, dictándose sentencia sobre el fondo del asunto. Si el demandado afirma ese interés, el tribunal tendrá que ordenar la continuación del proceso.

b) No comparece el demandado (mejor, su procurador) o el abogado del mismo, pues legalmente se equiparan estas dos inasistencias: El proceso continua, celebrándose la audiencia sólo con el actor en lo que resulte procedente.

La falta de asistencia del demandado (mejor, de su procurador) o de su abogado supone sólo preclusión de su posibilidad de realizar la audiencia, pero no implica ni allanamiento, ni admisión de los hechos. La consecuencia principal será que no podrá

proponer prueba, con los perjuicios que ello puede ocasionarle, pero la incomparecencia no produce otros efectos.

c) No comparece ninguna de las partes: El tribunal sin más trámites dictará auto de sobreseimiento del proceso.

La LEC parece partir de que en el proceso existe un único actor y un solo demandado, y no atiende a la posibilidad de que existan más de una persona en cada una de las posiciones procesales. Debe tenerse en cuenta que la pluralidad de personas puede atender a dos supuestos muy diferentes:

1) Acumulación de pretensiones o de procesos, caso en el que cada proceso debe considerarse de modo autónomo (si el actor ha formulado una acumulación objetivo-subjetiva, demandando a dos personas, la inasistencia de uno de los demandados no impedirá la audiencia respecto del otro, pero sólo atendiendo al proceso en que éste es parte, no al otro), y

2) Proceso único con pluralidad de partes, que debe regirse por sus normas propias, de modo que si son varios los demandados unidos en litisconsorcio necesario la inasistencia de uno no impedirá la realización de la audiencia previa, aunque algunas de las finalidades de la misma no podrán cumplirse (no podrá llegarse a una transacción, pues el acto de disposición material del derecho exige la voluntad de todos los litisconsortes).

IV. FINALIDADES

Comparecidas las partes, dice el art. 415.1 LEC, el tribunal declarará abierto el acto, procediéndose al desarrollo del mismo, precisamente en el orden de finalidades que prevé la LEC.

1. Función de evitar el proceso

Abierto, pues, el acto, debe atenderse a la primera finalidad de la audiencia previa, que es la de evitar la continuación del proceso por medio de acuerdo entre las partes que lo deje sin objeto (art. 415). Esa finalidad puede lograrse de dos maneras:

A) Acuerdo previo

Comprobando si el litigio subsiste en el inicio de la audiencia, pues es posible que las partes hayan llegado a un acuerdo extrajudicial, con lo que el proceso carece de sentido al haber perdido su objeto.

Constatándose que existe el acuerdo extrajudicial, el proceso puede terminar de dos formas:

1.ª) Por el desistimiento del actor que es admitido por el demandado, con lo que el proceso termina por medio de la disposición del proceso mismo; se trata del desistimiento del art. 20 LEC, aunque tanto la voluntad del actor como la del demandado se manifiestan de modo oral, debiendo el tribunal dictar también resolución oral, que se documentará en el acta; esta resolución oral equivaldrá al auto de sobreseimiento a la que se refiere el art. 20.3, II.

2.ª) Por la homologación judicial del acuerdo, tratándose de una transacción, inicialmente extrajudicial que, a pesar de no haberse realizado a presencia judicial, puede ser homologada. En el acta habrá de constar que las partes han llegado a una transacción, con los términos de la misma, antes de la audiencia previa y la resolución oral poniendo fin a ésta, y el tribunal deberá dictar a continuación auto homologando la transacción.

B) Conciliación

Intentando que las partes lleguen a un acuerdo en la audiencia misma, tratándose de una conciliación intra-procesal que puede acabar o no en avenencia, es decir, en transacción judicial que será homologada por el tribunal.

Lo específico de esta conciliación intra-procesal es que:

1.º) Antes de intentar la conciliación el tribunal debe examinar la concurrencia de los requisitos de capacidad jurídica y de poder de disposición de las partes o de sus representantes.

Como la conciliación puede terminar con avenencia, que es realmente un contrato de transacción, el tribunal debe comprobar antes de intentar la que: 1) El objeto del proceso es disponible, pues si no lo es no puede intentar la conciliación, y 2) Las partes o sus representantes tienen capacidad y poder de disposición, debiendo recordarse que si el procurador de una parte (que no ha comparecido personalmente) no tiene poder para transigir se entenderá que se ha producido la incomparecencia.

2.º) La ley no regula la forma en que debe realizarse el intento de conciliación, y realmente no precisaba hacerlo, pues se trata de una parte de un acto oral que no requiere desarrollo formal.

Al tratarse de una conciliación en sentido estricto, no de una mediación, el tribunal debe limitarse a facilitar el acuerdo entre las partes, pero son éstas las que han de poner fin al litigio, sin que aquél pueda formular propuestas de arreglo para que las partes la acepten o las rechacen. Dado que es el mismo tribunal el que está conociendo del proceso y el que intenta la conciliación, al no poder hacer propuestas de arreglo no existe el riesgo de que el tribunal prejuzgue la cuestión y de que fuerce la voluntad de las partes.

3.º) Si las partes llegan a un acuerdo, el tribunal procederá a la homologación del mismo. La homologación debe realizarse por una resolución judicial que debe ser auto dictado al terminar la audiencia. Esta acabará por resolución oral, que se documentará en el acta, pero la homologación requiere auto, el cual es título ejecutivo.

El art. 415.2 dice que lo que se llevará a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias o convenios judicialmente aprobados es el acuerdo homologado judicialmente, pero el art. 517.1, 3.ª, otorga fuerza ejecutiva a las resoluciones judiciales que aprueban u homologan transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso, con lo que es dudoso qué tipo de resolución debe dictar el tribunal para efectuar la homologación, pues podría ser una resolución oral, documentada en el acta, o un auto.

Lo más correcto es distinguir entre: 1) Acuerdo: Los términos del mismo se documentan en el acta de la audiencia previa, y ésta acaba por medio de una resolución oral que se limita a hacer constar la existencia del acuerdo, y 2) Auto: El tribunal, a continuación, dicta un auto de homologación del acuerdo. El título ejecutivo es así el auto de homologación.

4.º) El acuerdo homologado es una transacción judicial, que surtirá los efectos de ésta, y por ello ha de admitirse la impugnación de la misma por las causas y en la forma previstas para la transacción judicial, lo que supone una remisión a los arts. 1816 a 1819 CC.

Si las partes no se mostraron dispuestas para el intento de conciliación o si intentado ésta no se llegó a un acuerdo, la audiencia previa continuará con la siguiente finalidad. Nada impide que se logre una avenencia parcial, continuando la audiencia y el proceso para aquello en lo que no hay acuerdo.

2. Función saneadora del proceso

No habiéndose logrado el acuerdo, el tribunal pasará a cumplir con la función saneadora del proceso. Por medio de ella se pretende evitar que se realice todo el proceso para que al final del mismo se descubra que el esfuerzo y el tiempo empleados han sido inútiles pues, por razones procesales, no puede el tribunal entrar a decidir el tema de fondo suscitado por las partes, debiendo limitarse a dictar una sentencia meramente procesal. Como dice el art. 416.1 el tribunal habrá de resolver

sobre cualquier circunstancia que pueda impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo.

“Sanear” el proceso puede entenderse en un doble sentido: 1) Unas veces se tratará de terminar el proceso, impidiendo su entera tramitación, cuando se sabe que no puede conducir a una sentencia de fondo, y 2) Otras veces se tratará de resolver las cuestiones procesales para que, tramitado después el proceso, no exista ya la posibilidad de una sentencia meramente procesal o de absolución en la instancia. Estamos, pues, ante los presupuestos y requisitos procesales, y el control de la concurrencia de los mismos ha de efectuarse precisamente por el orden previsto en la ley (art. 417.1).

El propósito de la ley es el de que todas las cuestiones procesales queden resueltas en la misma audiencia previa, dictándose al efecto las resoluciones orales procedentes, pero el art. 417.2 admite la posibilidad de que, debatiéndose más de una cuestión procesal, el tribunal las decida por auto, que debe dictarse en el plazo de cinco días desde la terminación de la audiencia. Asimismo, con carácter especial alguna norma posterior (art. 420.2) permite decidir una cuestión procesal por auto y después de terminada la audiencia.

A) Jurisdicción y competencia

Todas las cuestiones relativas a la jurisdicción y a la competencia han de ser planteadas por el demandado por medio de la declinatoria (arts. 39, 49, 59 y 63 a 65), no pudiendo hacerlo como excepción procesal en la contestación a la demanda. Por ello en la audiencia previa no puede el demandado pretender que se cuestione ni la jurisdicción ni la competencia.

Con el control de oficio por el tribunal sucede de modo distinto. Este control puede realizarse por el tribunal en el momento de la admisión de la demanda: 1) Jurisdicción, art. 38, 2) Competencia objetiva, art. 48, y 3) Competencia territorial, art. 58, pero también puede hacerlo en cualquier otro momento en que advierta su falta de jurisdicción (art. 38) o de competencia objetiva (art. 48) (no para la territorial), lo que supone que en la audiencia previa sí puede el tribunal, oyendo a las partes, declarar su falta de jurisdicción o de competencia (art. 416.2).

No está claro si en este momento el tribunal puede de oficio volver a cuestionar la competencia territorial, se entiende aquélla que viene impuesta por reglas imperativas, es

decir, la competencia no prorrogable por sumisión de las partes. La duda proviene de que pudiera estimarse que el único momento en que el tribunal puede controlar esta competencia es el de la admisión de la demanda: las dos soluciones se han mantenido en la doctrina.

B) Capacidad y representación

Según el art. 418 respecto de estos presupuestos procesales debe distinguirse entre:

a) Defectos subsanables: Si el tribunal estima la concurrencia del defecto y que el mismo es subsanable, permitirá la subsanación del mismo en el acto y, si ello no fuera posible, concederá a la parte un plazo no superior a diez días para que subsane, con suspensión de la audiencia. Subsano el defecto, la audiencia continuará. Si no se subsana debe distinguirse: 1º) Los defectos relativos al actor supondrán la necesidad de dictar auto poniendo fin al proceso, y 2º) Los atinentes al demandado implicarán la declaración de su rebeldía, sin que de sus actuaciones quede constancia en los autos, continuando el proceso.

b) Defectos insubsanables: Estimada la concurrencia del defecto y su naturaleza de insubsanable, el tribunal dará por concluida la audiencia y dictará auto poniendo fin al proceso.

C) Acumulación inicial de pretensiones

Cuando en la demanda se hubiera realizado una acumulación inicial de pretensiones (arts. 71 a 73) y el demandado opuesto a la misma en la contestación a la demanda (art. 402), el tribunal, oyendo a las partes, resolverá oralmente sobre la procedencia y admisibilidad de la acumulación, continuando la audiencia y el proceso respecto de la pretensión o pretensiones que puedan constituir el o los objetos procesales (art. 419). El control de la acumulación puede realizarse de oficio, bien en el momento de la admisión de la demanda (art. 73.4), bien en el de la audiencia previa.

D) Litisconsorcio necesario

El momento para debatir sobre la concurrencia de este litisconsorcio es el de la audiencia previa (art. 420), lo que puede hacerse ante dos situaciones:

1.^a) Si el demandado opuso en la contestación a la demanda la excepción procesal de falta de litisconsorcio necesario y el actor admite la existencia del mismo, puede presentar escrito dirigiendo la demanda contra los sujetos que el demandado consideró en la contestación que eran litisconsortes: El tribunal, si estima procedente el litisconsorcio, lo declarará así en resolución oral y ordenará emplazar a los nuevos demandados para que contesten a la demanda, con suspensión de la audiencia.

El dirigir la demanda contra otras personas no puede suponer modificar el objeto del proceso, ni en la petición, ni en la causa de pedir, aunque sí será posible añadir las alegaciones que sean imprescindibles para justificar que la pretensión se dirige también contra los nuevos demandados. Dado traslado de la demanda a éstos y contestada por ellos o transcurrido el plazo, se volverá a citar para la audiencia previa, debiéndose entender, no que se inicia de nuevo, sino que se continua.

2.^a) Alegada la excepción por el demandado en la contestación a la demanda, o suscitada la cuestión de oficio por el tribunal, si el actor se opone a la existencia del litisconsorcio necesario: El tribunal oír a las partes y decidirá, bien en el acto y en resolución oral, bien por auto y en el plazo de cinco días, sobre la concurrencia del mismo, sin perjuicio de que la audiencia previa continúe para las demás finalidades. Si la decisión es contraria a la concurrencia del litisconsorcio necesario por proceso seguirá por sus trámites normales. Si se decide que existe el litisconsorcio necesario, el tribunal concederá al actor un plazo no inferior a diez días para que dirija también la demanda contra los litisconsortes inicialmente no demandados.

En este segundo caso puede suceder que:

1^º) El actor presente, dentro del plazo, escrito dirigiendo la demanda contra los litisconsortes: Se dará traslado de la misma a los nuevos demandados para que la contesten, conforme a lo dispuesto en el art. 405, quedando entre tanto en suspenso, para el actor y los demandados iniciales, el curso de las actuaciones. Presentada la contestación a la demanda o transcurrido el plazo para ello, el proceso continuará convocándose otra vez la audiencia previa.

2”) El actor deje transcurrir el plazo sin presentar el escrito dirigiendo la demanda contra los litisconsortes (con sus copias y documentos): El tribunal dictará auto poniendo fin al proceso, con archivo definitivo de las actuaciones.

E) Litispendencia o cosa juzgada

La litispendencia o la cosa juzgada pueden haber sido opuestas como excepción procesal por el demandado al contestar la demanda o pueden ser suscitadas de oficio por el tribunal (art. 421), y sobre ellas debe resolverse, bien por resolución oral en la audiencia misma, bien por auto dictado dentro de los cinco días siguientes a la audiencia, y en este segundo caso: 1) La audiencia seguirá para las restantes finalidades, y 2) Si fuere necesario resolver sobre alguna cuestión de hecho, las actuaciones oportunas se practicarán en ese plazo. La decisión puede consistir en que:

1.º) Estimar que existe litispendencia o cosa juzgada: Se dará por finalizada la audiencia, dictándose auto de sobreseimiento, en el plazo de los cinco días siguientes. Si se resuelve por auto, en el mismo se realizará la declaración de sobreseimiento.

La cosa juzgada opera en este supuesto en su efecto negativo o excluyente, puesto que si se tratara de su efecto positivo o prejudicial, no cabría sobreseer sino ordenar la continuación de la audiencia o del proceso (art. 421.1, II).

2.º) Desestimar la concurrencia de litispendencia o de cosa juzgada: Si se resuelve en la audiencia, se ordenará la continuación de la misma para las restantes finalidades; y si se declara en el auto posterior, se ordenará la continuación del proceso por sus trámites ordinarios.

F) Inadecuación del procedimiento

La cuantía y la materia sirven para determinar el procedimiento adecuado y, sobre todo, para distinguir entre juicio ordinario y juicio verbal (arts. 249 y 250). El control de la adecuación del procedimiento puede realizarse de oficio (art. 254) y puede efectuarse a instancia del demandado (art. 255), el cual opondrá la excepción

oportuna en la contestación a la demanda (art. 416.1, 4.ª) y en este caso se debatirá en la audiencia previa, lo que se hará oyendo a las partes (arts. 422 y 423).

a) Por la cuantía

La decisión judicial sobre el procedimiento adecuado por razón de la cuantía se efectúa siempre de modo oral en la audiencia y para ello se atenderá: 1) Al posible acuerdo de las partes sobre el valor de la cosa litigiosa, y 2) A falta de ese acuerdo, a los documentos, informes y cualesquiera otros elementos útiles para calcular el valor que las partes hayan aportado. La decisión puede consistir en: 1) Estimar adecuado el juicio ordinario: Continuará la audiencia y el proceso, y 2) Ordenar que se sigan los trámites del juicio verbal: Se pondrá fin a la audiencia y se citará a las partes para la vista del juicio verbal, salvo que la demanda aparezca interpuesta fuera del plazo de caducidad que, por razón de la materia, establezca la ley, caso en el que se declarará sobreseimiento el proceso.

b) Por la materia

La decisión judicial puede producirse, bien en la audiencia misma y por resolución oral, bien dentro de los cinco días siguientes a la audiencia y por auto (aunque entonces la audiencia debió proseguir para las restantes finalidades). La decisión puede consistir en que: 1) Estimar adecuado el juicio ordinario: Continuará, bien la audiencia, bien el proceso, y 2) Ordenar que se siga el juicio verbal: Se pondrá fin, bien a la audiencia, bien al juicio ordinario, y se procederá a citar a las partes para la vista del juicio verbal, salvo que deba decretarse el sobreseimiento porque la demanda aparezca interpuesta fuera del plazo de caducidad que establezca la ley.

Puede ocurrir también que, iniciada la vista del juicio verbal, no aparezcan cumplidos los requisitos especiales que la ley exige, por razón de la materia, para la admisión de la demanda, caso en el que se decretará entonces el sobreseimiento. Sobre estos requisitos puede verse el art. 439.2, 3 y 4, teniendo en cuenta que:

1) En la tramitación normal del juicio verbal la falta de requisitos especiales de la demanda lleva a la inadmisión de la misma, sin que se cite para la vista (art. 439), pero en este caso la inadmisión con el sobreseimiento se produce ya en la vista.

2) El tiempo que transcurre entre que se cita para la vista y se inicia ésta, el actor ha de poder presentar escrito por medio del que se cumplan los requisitos especiales, supuesto en el que puede que tenga que realizarse nueva citación, pues debe respetarse en todo caso

el plazo mínimo de diez días, del art. 440.1 entre el traslado de la demanda y documentos y el día de la celebración de la vista.

G) Demanda defectuosa

La demanda y la reconvención, esto es, los escritos en los que se interpone una pretensión, tienen unos requisitos de contenido, de los que algunos se refieren a la admisibilidad de la misma y otros atienden a su estimación. En la audiencia previa sólo puede atenderse a los requisitos que pueden condicionar la admisibilidad: determinación de las partes y de la petición.

En general puede decirse que los requisitos de contenido propios de la fundamentación o causa de pedir (hechos y fundamentos de derecho) se refieren a la estimación de la pretensión, y no pueden determinar la inadmisión de la demanda o de la reconvención. Por ello el art. 416.1, 5.^a refiere la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda (y la reconvención) a la falta de claridad y precisión o precisión en la determinación de las partes o de la petición, y por lo mismo el art. 424 ciñe la función saneadora de la audiencia previa a esos dos extremos.

En la audiencia, bien porque el demandado ha opuesto esta excepción en la contestación a la demanda (art. 407), bien porque el actor la ha opuesto respecto de la reconvención al contestar a ella (art. 409), bien porque el tribunal suscita de oficio el posible defecto respecto de la demanda o de la reconvención, puede procederse a debatir sobre: 1) Falta de claridad o precisión en la determinación de las partes, y 2) Lo mismo sobre la petición deducida, y ello con la finalidad de que el actor o el reconviniente formulen las aclaraciones o precisiones oportunas.

Con esas aclaraciones o precisiones, que nunca podrán llegar a suponer que la demanda o la reconvención se dirijan contra personas distintas de las citadas a la audiencia, ni que se altere la petición de modo sustancial, deberá quedar subsanado el defecto. Los problemas aparecen si el actor o el reconviniente no formulan esas aclaraciones o precisiones, pues en este caso el tribunal decretará, en el acto y por resolución oral, el sobreseimiento del proceso inicial o del proceso acumulado por el reconviniente, si bien sólo en el caso de que fuera imposible determinar en qué consiste la petición del actor o del reconviniente, o frente a qué sujetos jurídicos se entiende formulada la pretensión, ordenando la continuación de la audiencia y del proceso en caso contrario.

El art. 424 parece aludir a la falta de claridad o precisión en la contestación a la demanda y en la contestación a la reconvención, pero esta falta debe aclararse por la vía del art. 426.

H) Circunstancias procesales análogas

El art. 425 dispone, en general, que cualquier otra cuestión procesal, alegada por las partes o puesta de manifiesto de oficio por el tribunal, debe quedar resuelta en la audiencia previa, acomodándola a las reglas establecidas para la análoga. Se persigue así la función saneadora respecto de todas las circunstancias que puedan obstar a que se dicte una sentencia sobre el fondo del asunto. En la audiencia previa debe resolverse todo lo procesal, todo lo que pudiera hacer que el proceso se tramite inútilmente, pues a su final debería dictarse una sentencia meramente procesal.

El art. 405 dice que en la contestación a la demanda el demandado aducirá las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cualquier obstáculo a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia de fondo del asunto y el art. 416 no hace una lista tasada de las circunstancias procesales, sino una lista abierta (“en especial”), por lo que queda abierta la posibilidad de cuestionar y de resolver otras cuestiones además de las previstas expresamente. Por ejemplo la falta de reclamación administrativa previa.

Una de esas cuestiones puede ser la legitimación de las partes. En algunos casos la posibilidad de debatir y de resolver sobre la legitimación de modo previo, es decir, en la audiencia, es evidente, como sucede con los supuestos de legitimación extraordinaria, de legitimación ordinaria respecto de situaciones jurídicas y de legitimación ordinaria de la que se exige legalmente su acreditamiento inicial. Siendo esto así, no existe obstáculo alguno para que sobre la legitimación, en general, se debata y se resuelva en la audiencia previa, pudiendo llegar a dictarse auto de sobreseimiento.

En todos los casos examinados relativos a la función saneadora del proceso el auto de sobreseimiento es siempre un auto definitivo, que pone fin al proceso, por lo que contra el mismo cabe recurso de apelación, no de reposición (arts. 207, 451 y 455). Contra las resoluciones orales que decidan las cuestiones procesales ordenando la continuación de la audiencia no cabe recurso alguno, aunque puede hacerse constar en el acta la protesta, a los efectos de que sea admisible después el recurso de apelación contra la sentencia (art. 459). Contra el auto que decide la continuación del proceso, cabe recurso de reposición (art. 451), y contra el que decida éste no cabe apelación directa, sin perjuicio de poder reproducir la cuestión el recurrir contra la sentencia (art. 455).

3. Función delimitadora de los términos del debate

Resueltas las cuestiones procesales ordenándose la continuación de la audiencia, en ésta se pasa a la función delimitadora de los términos del debate. La

misma se compone de una serie de actividades que, si conceptualmente pueden distinguirse, es difícil que en la práctica se presenten de modo aislado y es contrario a la lógica que se realicen de modo escrito. Su concentración en la audiencia, con sujeción a los principios de oralidad e inmediación, es la solución lógica y por la que ha optado la LEC.

A) Aclaración y complementación

El punto de partida es la regla general de la prohibición de la transformación de la demanda y de la contestación a la demanda, de modo que en la audiencia previa no cabe alterar lo que el actor fijó como objeto del proceso, ni lo que el demandado determinó como objeto del debate. Sí son posibles modificaciones no sustanciales, que pueden referirse a:

a) *Aclaración de alegaciones*: A instancia de las propias partes, éstas podrán aclarar, rectificar o hacer alegaciones complementarias respecto de los hechos aducidos en sus escritos iniciales y de los fundamentos de derecho. A requerimiento del tribunal deberán las partes pronunciarse, admitiéndolos o negándolos, sobre los hechos afirmados por la parte contraria.

Se trata realmente de dos cosas diferentes:

1º) Por su propia iniciativa las partes podrán aclarar, rectificar o hacer alegaciones complementarias, con lo que se está diciendo que:

+) Respecto de los hechos cabe la aclaración de los ya alegados en los escritos, la rectificación sobre extremos secundarios y la complementación atendida las alegaciones que haya efectuado la parte contraria. Esta posibilidad adquiere especial sentido cuando se trata de contestar por el actor a los hechos afirmados por el demandado en la contestación a la demanda, y cuando se trata de que el reconviniente conteste a los hechos afirmados por el actor al contestar a la reconvención, pues este momento de la audiencia es el único de que disponen para ello.

+) Sobre los fundamentos de derecho no existen problemas de transformación, dada la regla *iura novit curia*, pero no cabrá aducir argumentos nuevos que supongan en realidad la alegación de una nueva causa de pedir o de contradecir.

2º) Por requerimiento del tribunal se tratará de imponer a las partes que se pronuncien sobre los hechos afirmados por la contraria, negándolos o admitiéndolos de modo expreso. A esa carga se refieren ya el art. 407 para la contestación a la demanda y el art. 407 para la contestación a la reconvención. El no levantar la carga debe llevar a que el tribunal advierta a la parte que puede tener por existentes los hechos afirmados por la parte contraria y sobre los que no exista pronunciamiento claro y expreso (art. 426.6).

b) *Peticiones complementarias*: La petición que determina el objeto del proceso no puede ser modificada después de la contestación a la demanda y lo mismo ocurre con la petición de la reconvencción, pero sí cabe que en la audiencia previa el actor o el reconviniente formulen peticiones accesorias o complementarias, dependientes de la primera o principal. Si la parte contraria está conforme se admitirá tal petición, y sobre ella habrá de resolverse en la sentencia. Si la parte contraria se opone, el tribunal decidirá sobre su admisibilidad, debiendo admitirla sólo cuando entienda que su planteamiento en la audiencia no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad (art. 246.3).

B) Hechos nuevos o de nueva noticia

El art. 286 regula el escrito de ampliación de hechos que puede presentar cualquiera de las partes antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, pero si los hechos nuevos ocurren antes de la audiencia previa o si de los hechos se tiene noticia antes de la misma, no deberá presentarse el dicho escrito de ampliación de hechos, sino que unos y otros se alegarán en la audiencia. Por lo demás es aplicable lo dispuesto en el citado art. 286, salvo en lo relativo al procedimiento. Así la parte contraria en la audiencia deberá pronunciarse sobre si admite el hecho o lo niega, pudiendo aducir cuanto lo aclare o desvirtúe.

C) Aportación de documentos y dictámenes

En todos los casos en que se produzcan aclaraciones, rectificaciones, alegaciones complementarias, hechos nuevos o de nueva noticia y peticiones accesorias o complementarias, siendo admitidas por el tribunal, las partes podrán aportar documentos (siendo aplicables los arts. 267, públicos, y 268, privados) o dictámenes que las justifiquen (art. 426.5).

Norma especial se contiene en el art. 427.3 y 4, que está de modo claro mal ubicada. En efecto, con referencia a las aclaraciones, a las rectificaciones de extremos secundarios, a las alegaciones complementarias y a las peticiones accesorias o complementarias, esto es, a los tres primeros números del art. 426, se permite que las partes expresen su necesidad de aportar al proceso algún dictamen pericial, lo que harán

dentro del plazo establecido en el art. 338.2, es decir, con cinco días al menos de antelación al juicio.

También en los mismos casos anteriores, las partes podrán manifestar, en la audiencia, que, en vez de aportar dictamen realizado por perito de su libre designación, piden la designación por el tribunal de un perito que dictamine, resolviéndose sobre esta petición conforme a lo establecido en los arts. 338 y siguientes.

D) Posición sobre documentos, dictámenes e informes

En la audiencia, cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados de contrario hasta ese momento, manifestando si los admite o reconoce o impugna, proponiendo prueba, en su caso, sobre su autenticidad. De la misma manera expresará lo que convenga a su derecho sobre los dictámenes periciales y los informes presentados hasta ese momento; respecto de los dictámenes los admitirá, los contradirá o propondrá que sean ampliados en los extremos que determine (art. 427.1 y 2).

4. Función delimitadora de la prueba

Fijados los términos del debate, debe abordarse en la audiencia la delimitación del tema de prueba. Se trata, fundamentalmente, de que las partes o sus defensores, con el tribunal, fijen los hechos sobre los que existe conformidad, que no precisan ser probados, y los hechos controvertidos, los necesitados de prueba (art. 428.1).

La delimitación de los hechos que necesitan ser probados parte de la consideración de que los hechos admitidos por las dos partes (los no controvertidos) y los hechos notorios, no sólo no precisan ser probados, sino que los mismos están excluidos de la prueba. La evitación de actos procesales inútiles exige que en la audiencia queden delimitados los hechos necesitados de prueba, de modo que la actividad probatoria se limite a ellos, lo que ha tener especial incidencia en los hechos notorios.

La delimitación de los hechos controvertidos cumple, además, otros dos objetivos. Puede suceder, en primer lugar, que no existan estos hechos, por lo que la discrepancia entre las partes ha quedado reducida a una cuestión exclusivamente jurídica, no siendo

necesaria la actividad probatoria. En este caso, finalizada la audiencia previa, el tribunal dictará sentencia dentro de los veinte días siguientes (art. 428.3).

De la misma manera cuando la única prueba admitida sea la de documentos, no impugnados, o la de dictámenes periciales ya presentados, sobre la que no se solicite la presencia de los peritos en el juicio, el tribunal podrá proceder a dictar sentencia, sin celebración de juicio, dentro de los veinte días siguientes (art. 429.8).

Determinado que sí existen hechos controvertidos y cuáles son, puede el tribunal exhortar a las partes o a sus representantes y abogados para que lleguen a un acuerdo que ponga fin al litigio. Se trata de un segundo intento de conciliación, que puede llevar a una transacción, con los efectos propios de ésta (art. 428.2 y su remisión al art. 415).

Fijados los hechos controvertidos, la audiencia proseguirá con la proposición y admisión de los medios de prueba. Este es el momento en el que las partes implícitamente piden que el proceso se reciba a prueba y en que el tribunal también implícitamente lo recibe a prueba, para que, a continuación, expresamente cada parte proponga los medios concretos de prueba de que intenta valerse y el tribunal expresamente se pronuncie admitiendo o denegando cada uno de ellos (art. 429.1). Estamos ya ante el procedimiento probatorio que debe examinarse en general y en especial con cada medio de prueba.

Lo específico de la determinación de la prueba en la audiencia se refiere a las facultades del tribunal, no para acordar de oficio la práctica de medios concretos de prueba, pero sí para: 1) Poner de manifiesto a las partes que las pruebas por ellas propuestas pueden ser insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, 2) Indicar el hecho o hechos que podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria, y 3) señalar (si bien ciñéndose a las fuentes de prueba cuya existencia resulte de los autos) el o los medios de prueba cuya práctica considere conveniente. Ejercida esta facultad, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba (art. 430.1, II y III).

Admitidas las prueba, el tribunal procederá a señalar la fecha y hora del juicio.

V. EL JUICIO Y SU DESARROLLO

En la regulación del llamado juicio ordinario se han distinguido, aparte de los actos iniciales escritos de demanda y de contestación, dos actos orales y concentrados, que son la audiencia previa y el juicio. El segundo de ellos, el juicio, tiene como finalidades, según el art. 431: 1) Practicar las pruebas (las que exigen inmediación, no la documental), y 2) Realizar las conclusiones.

A) Señalamiento y citación

Como hemos visto la última actividad de la audiencia previa consiste en señalar la fecha y hora del juicio. Esa fecha puede ser: 1) En general, dentro del plazo de un mes a contar desde la conclusión de la audiencia (art. 429.2), y 2) En especial, dentro del plazo de dos meses, cuando toda la prueba o gran parte de ella tenga que practicarse fuera del lugar de la sede del Juzgado que está conociendo del proceso, existiendo petición de parte (art. 429.3).

La audiencia previa termina, pues, con señalamiento para el juicio, pero cabe que el mismo se deje sin efecto y se efectúe un segundo señalamiento. Se trata de que cualquiera de los que han asistir al juicio no pudiese asistir a éste por causa de fuerza mayor u otro motivo de análoga entidad, caso en el que pedirá nuevo señalamiento, petición a la que se dará el trámite del art. 183 (art. 430).

El señalamiento lo será para una sesión, pero si, en atención a las pruebas admitidas, fuera de prever que el juicio no podrá finalizar en una sola sesión dentro del día señalado, la citación lo expresará así, indicando si la sesión o las sesiones ulteriores se llevarán a cabo en el día o días sucesivos o en otros, que habrán de señalarse, con expresión de la hora (art. 429.7).

Hecho el señalamiento o, en otras palabras, determinada la fecha y hora del juicio, deberá citarse a las partes. Las que hayan comparecido a la audiencia quedan citadas sin más (art. 429.6); las otras (y los testigos y peritos que la parte indique que no se compromete a presentar) serán citados en las formas ordinarias.

B) Incomparecencia de las partes

Las partes comparecerán en el juicio representadas por su procurador y defendidas por su abogado. La intervención personal de las partes sólo es necesaria para la práctica de la prueba de interrogatorio de la parte, se ha admitido este medio de prueba y a este único efecto (art. 432.1). Cuando se habla de incomparecencia de las partes al juicio se está aludiendo, pues, a la de su abogado y procurador, y se trata del actor o del demandado los efectos son los mismos. Si faltan las dos partes, sin más trámites el tribunal declarará visto el pleito para sentencia. Si falta una de ellas, se procede a la celebración del juicio con la comparecida (art. 432.2).

C) Desarrollo del juicio

El juicio comenzará con la práctica de los medios de prueba admitidos, para lo que debe estarse a la regulación de cada uno de ellos; la práctica se efectuará precisamente en el orden fijado en el art. 300.

Son posibles dos actividades previas a la práctica de la prueba:

1.^a) Ilicitud: En el caso de que hubiera suscitado o de que se suscite la vulneración de derechos fundamentales en la obtención de una fuente de prueba, se resolverá primero sobre esta cuestión (art. 433.1).

2.^a) Hechos nuevos o de nueva noticia: También de modo previo pueden alegarse hechos acaecidos o conocidos después de la audiencia previa, decidiéndose sobre su admisión y prueba conforme a lo dispuesto en el art. 286.

Practicadas las pruebas se pasará a las conclusiones, que son actos de parte con doble finalidad: 1) Exposición del resultado probatorio con relación a los hechos controvertidos, y 2) Informe sobre la fundamentación jurídica. Las conclusiones no son actos de alegación, pues en ellos no se aportan hechos al proceso, y, desde luego, no pueden ser modificadas ni la pretensión del actor ni la resistencia del demandado. Terminadas las conclusiones, el tribunal declarará visto el juicio para sentencia.

Respecto de los hechos se trata básicamente de que cada parte: 1) Exponga cuáles son los hechos fundamentales del proceso, distinguiendo entre controvertidos y no controvertidos y entre los afirmados por ella y la contraria, 2) Critique el resultado de cada medio de prueba respecto de los hechos controvertidos, afirmativamente si se trata de la prueba propia y negativamente respecto de la contraria, 3) Señale la aplicación de la presunción que lleva a tener un hecho como cierto, y 4) Indique el resultado de la aplicación de las reglas sobre carga de la prueba. No se trata, pues, de alegar hechos, sino estar al resultado de la prueba sobre los hechos alegados oportunamente.

Sobre la fundamentación jurídica, y atendida la regla *iura novit curia*, cabe mantenerla, ampliarla y modificarla, pues con ello no se cambia ni el objeto del proceso fijado por el actor, ni el contenido de la resistencia opuesta por el demandado.

Si el tribunal no se considera suficientemente ilustrado, podrá conceder a las partes la palabra cuantas veces estime necesario para que informen sobre las cuestiones que indique (art. 433.4).

TEMA 25º

LA PRUEBA, I.

(Esquema)

I. CONCEPTO DE PRUEBA

Norma material: art. 1500 CC. Actividad

1) En el proceso

2) Valoración

Normas procesales. Derogación del CC

II. LAS AFIRMACIONES FÁCTICAS COMO OBJETO DE LA PRUEBA

Art. 281: a) Objeto de la prueba

b) Tema o necesidad de prueba

Hechos: Art. 281.1, pero afirmaciones

III. AFIRMACIONES FÁCTICAS EXENTAS DE PRUEBA: ...

1. Afirmaciones admitidas (no controvertidas)

Principio dispositivo: art. 281.3

Las partes han de pronunciarse: arts. 405 y 407

2. Afirmaciones notorias

Calamandrei: hecho notorio: art. 281.4

La parte contraria: - la notoriedad

- el hecho

IV. LA PRUEBA DEL DERECHO

Iura novit curia; art. 218

A) *Normas que deben probarse*

Costumbre, derecho extranjero, derechos histórico y estatutario

B) *Diferencias entre hecho y Derecho*

a) Valor de la admisión

b) Ciencia privada del juez

c) Deber del tribunal

V. CARGA DE LA PRUEBA

1. El hecho dudoso y el *non liquet*

Para el juez un hecho: Existe, no existe, dudoso

2. Reglas legales de distribución de la carga

Brocardos, Reglas especiales.

Regla general: Art. 217: - Actor

- Demandado

Criterio de la disponibilidad y facilidad. Normas de *ius cogens*.

VI. PROPOSICIÓN Y ADMISIÓN DE LA PRUEBA

Acto de las partes, pero juez: - General: art. 429.1, II

- Especial: art. 282

Acto del juez

VII. LICITUD DE LA PRUEBA

Art. 11. 1 LOPJ

A) *Derecho protegidos frente a la investigación*

1) Derechos fundamentales absolutos

2) Derechos fundamentales relativos

B) *Consecuencias procesales de la vulneración*

¿Cómo se hace efectiva la inadmisibilidad?: Art. 287 LEC

Juicio (ordinario) o vista (verbal). Pero y ¿sentencia?

VIII. PERTINENCIA Y UTILIDAD

Art. 24.2 CE: derecho a la prueba

1. Pertinencia

Art. 283.1: Hechos objeto del proceso

2. Utilidad

Art. 283.2: Adecuado y superfluo

IX. ANTICIPACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA

1. Anticipación

Arts. 293-296. Práctica de medios

A) *Antes de la iniciación del proceso*

Demandante, juez competente, futuro demandado, 2 meses

B) *Durante el curso del proceso*

Las dos partes, antes de juicio o vista

C) *Normas comunes*

2. Aseguramiento

Arts. 297 y 297: a) Finalidad

b) Medidas

c) Procedimiento

X. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Valoración y máximas de la experiencia

A) Prueba legal

Ordalías, prueba apriorística. Hoy seguridad

B) Prueba libre

Íntima convicción; experiencia individual; sana crítica

C) El sistema mixto

a) Reglas legales de valoración: 1) Doc. Público

2) Doc. Privado

3) Interrogatorio de la parte

4) Testigos: 52 Cdc

b) Todas las demás sana crítica

LA PRUEBA, I.

Concepto de prueba. Las afirmaciones fácticas como objeto de la prueba; afirmaciones fácticas exentas de prueba: admitidas y notorias. La prueba del Derecho. Carga de la prueba. Proposición y admisión de la prueba: ilicitud de la prueba; pertinencia y utilidad. Anticipación y aseguramiento de la prueba. Valoración de la prueba.

I. CONCEPTO DE PRUEBA

Las normas materiales establecen consecuencias jurídicas partiendo de supuestos de hecho que contemplan de modo abstracto y general. Cuando, por ejemplo, el art. 1500 CC dice que el comprador está obligado a pagar el precio de la cosa comprada, está estableciendo un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica; la aplicación de ésta por un tribunal y en un proceso concreto exige que en el mismo se haya probado un hecho que pueda integrarse en el supuesto de la norma.

De ahí proviene la importancia de la prueba. Se puede tener razón, pero, si no se demuestra, no se alcanzará procesalmente un resultado favorable. Las alegaciones que las partes realizan no suelen ser suficientes para convencer al juzgador, o para fijar los hechos, de la existencia del supuesto fáctico contemplado en la norma cuya aplicación se pide. Es precisa una actividad posterior para confirmar las afirmaciones de hecho realizadas por las partes en sus alegaciones. A esa actividad llamamos prueba.

Los elementos determinantes a la hora de dar un concepto de la prueba son dos:

1.º) La prueba se produce en el proceso: Es evidente que fuera del proceso puede hablarse de prueba, pero eso es algo que aquí no importa.

2.º) El sistema de valoración de la prueba o, si se prefiere, su función: Cuando un derecho positivo concreto establece el sistema de libre valoración, la prueba puede definirse como la actividad procesal por la que se tiende a alcanzar el

convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos que han sido aportados al proceso; pero cuando estamos ante un ordenamiento jurídico en el que rige el sistema legal de valoración, la prueba será la actividad procesal que tiende a fijar como ciertos los datos aportados al proceso, independientemente de la convicción del juzgador. En un derecho positivo como el español civil, en el que conviven los sistemas libre y legal de valoración, el concepto tiene que comprender los dos.

Respecto del proceso civil español la prueba puede definirse como la actividad procesal por la que se tiende, bien a alcanzar el convencimiento psicológico del juzgador sobre la existencia o inexistencia de los datos que han sido aportados al proceso, bien a fijarlos conforme a una norma legal.

Dada la naturaleza procesal de todas esas normas la LEC ha derogado la mayor parte de los arts. 1214 a 1253 CC (los no derogados se refieren al valor de los documentos en el tráfico jurídico) y el art. 12.6, II, todos del CC, llevando sus disposiciones a la LEC.

Los procedimentalistas y los civilistas franceses de principios del siglo XIX, los que realizaron el *Code Civile* de 1804 y el *Code de procédure civile* de 1806, partían de distinguir dentro de la prueba normas materiales y normas procedimentales. Esta orientación llevó también en España a dividir la materia probatoria entre la LEC/1881 (arts. 550 a 666) y el CC (arts. 1214 a 1253). La idea básica era que había que atribuir naturaleza material a las normas relativas a la admisibilidad de los medios probatorios y a su valoración, mientras que el procedimiento probatorio era “procesal”. Y adviértase que no se trataba de una división teórica, pues afectaba nada menos que a la determinación de la norma aplicable cuando intervienen elementos extranjeros en el proceso o cuando hay problemas de derecho intemporal. Así lo relativo a la admisión y a la valoración de la prueba debía regirse por la ley personal de las partes, o lo relativo al valor de un acto jurídico debía regirse por la ley derogada, mientras que el procedimiento probatorio quedaba siempre bajo la ley del proceso, esto es, por la ley del foro, por la ley nacional y vigente del juez [arts. 8.2 (ahora derogado) y 10 CC].

II. LAS AFIRMACIONES FÁCTICAS COMO OBJETO DE LA PRUEBA

La pregunta de sobre qué recae la prueba requiere distinguir, como hace el art. 281 LEC, entre:

a) *Objeto de la prueba*: Son las realidades que en general pueden ser probadas, con lo que se incluye todo lo que las normas jurídicas pueden establecer

como supuesto fáctico del que se deriva una consecuencia también jurídica. En este sentido el planteamiento correcto de la pregunta es: ¿qué puede probarse? Y la respuesta tiene que ser siempre general y abstracta, sin poder referirla a un proceso concreto.

b) *Tema o necesidad de prueba*: Con esta expresión se hace referencia a lo que debe probarse en un proceso concreto para que el tribunal declare la consecuencia jurídica pedida por la parte. La pregunta adecuada es: ¿qué debe probarse? Y la respuesta debe ser concreta, pues debe atenderse a un proceso determinado.

Es evidente que no podemos aquí referirnos al tema de prueba, pues ello implicaría examinar infinidad de supuestos (qué se debe probar en un proceso con pretensión reivindicatoria, qué en una pretensión de responsabilidad extracontractual, etc.). Hemos de referirnos necesariamente al objeto de la prueba.

Generalmente suele decirse que objeto de la prueba son los hechos y el art. 281.1 LEC parece entenderlo así: “La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso”, pero aun en esta línea posiblemente sea más correcto decir que lo que debe probarse son las afirmaciones efectuadas por las partes sobre los hechos, aunque puede admitirse, para simplificar, que normalmente el objeto de la prueba serán hechos, si bien existe alguna excepción referida al Derecho (art. 281.2).

III. AFIRMACIONES FÁCTICAS EXENTAS DE PRUEBA: ADMITIDAS Y NOTORIAS

Ahora bien, no todas las afirmación fácticas han de ser probadas, pues existen algunos hechos que están exentos de la necesidad de ser probados. Las excepciones se refieren a:

1. Afirmaciones admitidas (o no controvertidas)

En el proceso regido por el principio dispositivo los hechos admitidos por todas las partes no precisan ser probados y, aún más, ni siquiera debe ser intentada la prueba sobre los mismos. O, desde otro punto de vista, la prueba ha de versar sólo sobre los hechos controvertidos. Por eso el art. 281.3 LEC dice que están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, y esa conformidad puede provenir de que las dos partes han afirmado un mismo hecho o de que el hecho afirmado por una parte ha sido admitido por la contraria.

La ley exige que las partes en sus escritos de alegación se manifiesten expresamente sobre los hechos alegados por la contraria; el art. 405.2 LEC dice que en la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor, y lo mismo dispone el art. 407.2 LEC para la contestación de la reconvencción.

Respecto de los hechos no controvertidos debe entenderse que no cabe realización de la actividad probatoria; la prueba referida a hechos no controvertidos es siempre inútil (art. 283.2 LEC). En la misma situación debe entenderse que se encuentran los hechos admitidos de modo tácito. Si a pesar de lo dispuesto en los arts. 405.2 y 407.2 LEC, la parte guarda silencio o da respuestas evasivas sobre los hechos que le sean perjudiciales, afirmados por la contraria, el mismo art. 405.2 LEC dispone que el tribunal puede estimar esas actitudes como admisión tácita.

2. Afirmaciones notorias

Son hechos notorios aquellos “cuyo conocimiento forma parte de la cultura normal propia de un determinado grupo social en el tiempo en que se produce la decisión” judicial, incluyendo naturalmente al juez. La notoriedad es esencialmente un concepto relativo, pues en términos absolutos no existen hechos notorios sin limitación de tiempo y espacio. La notoriedad de un hecho no supone que todos los pertenecientes al grupo tengan un efectivo conocimiento del mismo, sino que lo normal es que lo conozca el hombre dotado de una cultura de grado medio, entre los cuales tiene que estar necesariamente el juez (Calamandrei).

El principio general es que *notoria non egent probatione* y aún cabe discutir que hayan de ser alegados. En el Derecho alemán, por ejemplo, se entiende que no hay necesidad de alegarlos, pero en nuestro Derecho puede llegarse a solución contraria porque el art. 281.4 LEC excluye los hechos notorios de la prueba, pero no de la alegación.

La referencia de esta norma a la notoriedad absoluta y general se considera por la doctrina “notoriamente” incorrecta, pues no existe hecho alguno que pueda ser notorio de modo absoluto y general. Todos los hechos notorios lo son con relación a un tiempo y a un espacio determinados, por lo que habrá de entenderse que lo que quiere decir el art. 281.4 es que la notoriedad no debe confundirse con: 1.º) Los hechos conocidos privadamente por el juez, y 2.º) La fama pública o el rumor.

Hay que dejar siempre abierta la posibilidad de que la parte contraria a la beneficiada por el hecho notorio impugne una de estas dos cosas: la notoriedad en sí misma o la realidad de lo tenido por notorio. En el primer caso no bastará la mera negación, pues la notoriedad existe o no, independientemente de que la contraparte la reconozca, sino que tendrá que probar algo negativo, el que el hecho no es notorio; en el segundo caso estaremos ante la contraprueba.

Hay algún caso en que la notoriedad no es una circunstancia accesoria de un hecho, sino el supuesto fáctico de una consecuencia jurídica. Por ejemplo, si el art. 767.3 LEC se refiere a “la posesión de estado”, en los juicios de filiación, esa expresión equivale a notoriedad de que se le ha considerado hijo, y entonces la notoriedad es el hecho mismo que ha de ser probado.

IV. LA PRUEBA DEL DERECHO

El conocimiento de la norma jurídica es una de las obligaciones del juzgador; el brocardo dice gráficamente *iura novit curia* y ello se corresponde perfectamente con la función jurisdiccional de aplicar el derecho objetivo. Correctamente dice el art. 218.1, II, LEC que el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes.

A) Normas que deben probarse

Ahora bien, la no necesidad de prueba del Derecho se refiere a las normas jurídicas que forman el *derecho escrito, interno y general*, lo que significa que sí habrá de probarse:

a) *Costumbre*: El art. 1.3 CC, al reconocer la costumbre como fuente del derecho, precisa que se aplicará cuando “resulte probada”. Es imposible exigir a los jueces el conocimiento de todas las costumbres de todos los lugares de España. El art. 281.2 LEC, añade, primero, que también puede ser objeto de la prueba la costumbre y, después, que la prueba de la misma no será necesaria si las partes están conformes en su existencia y contenido (siempre que las normas no afecten al orden público).

b) *Derecho extranjero*: En los casos en que debe aplicarse una norma material extranjera (recordemos que los tribunales españoles sólo aplicarán normas procesales españolas), las partes han de probar su contenido y vigencia; lo expresa correctamente el art. 281.2 LEC: “El derecho extranjero deberá ser probado en lo que respecta a su contenido y vigencia”. Lo contrario significaría obligar a los jueces españoles a conocer el Derecho de todo el mundo.

c) *Derecho histórico o no vigente*: El deber del juez de conocer el derecho de su país se limita al vigente, no al histórico, a riesgo de convertirlo en historiador.

d) *Derecho estatutario*: Del derecho vigente del país debe excluirse también el no general, las normas específicas de las entidades locales (ordenanzas municipales, por ejemplo), por lo que deben ser alegadas y probadas. La jurisprudencia ha establecido un criterio claro en este sentido: deben ser probadas las normas no publicadas en el Boletín Oficial del Estado, criterio que sirve para solucionar el problema de las normas dictadas por las Comunidades Autónomas.

En realidad sobre las normas de las Comunidades Autónomas debe distinguirse: 1) Las publicadas en el B.O.E. deben ser conocidas por todos los jueces y en todo el territorio nacional, 2) Las publicadas en el boletín oficial de cada Comunidad deben ser conocidas por los jueces titulares de órganos judiciales radicados en el territorio de esa Comunidad, y 3) Las normas publicadas en boletín oficial de distinta Comunidad deben serle probadas al tribunal radicado en otro territorio.

B) Diferencias entre hecho y Derecho

Parece claro, con todo, que existen profundas diferencias entre los hechos y el Derecho cuando se les contempla desde la perspectiva del objeto de la prueba. Las diferencias pueden referirse a:

1.º) El distinto valor de la admisión por la otra parte de los hechos y del derecho: Los hechos admitidos por todas las partes se imponen al tribunal, pero sería absurdo que, si una norma extranjera no existe, la admisión por la otra parte pudiera imponerse a un juez que es sabedor de esa inexistencia.

Se hace así difícil de entender que la prueba de la costumbre no sea necesaria si las partes estuvieren conformes sobre su existencia y contenido, que es lo que dispone el art. 281.2 LEC, lo que debe entenderse en el sentido de la innecesariedad de la prueba, pero no en el de que esa pretendida costumbre se entienda existente si el juez sabe que la misma no existe o que su contenido es distinto.

2.º) El distinto juego de la ciencia privada del juez: Este no puede dar como existente un hecho, que él conoce como ciudadano particular, si no ha sido probado, pero el juez sí puede aplicar una norma no comprendida en el *iura novit curia si* tiene conocimiento de la misma por sus estudios privados.

3.º) El deber del tribunal, dentro de lo posible, de investigar de oficio el Derecho: El art. 281.2 LEC dice, con referencia al derecho extranjero, que el tribunal podrá valerse de cuantos medios de averiguación estime necesarios para su aplicación, precepto que puede hacerse extensivo a todos los supuestos a que nos venimos refiriendo.

V. CARGA DE LA PRUEBA

1. El hecho dudoso y el “non liquet”

Al final del proceso, cuando llega la hora de dictar sentencia, el tribunal puede considerar que los hechos para él se encuentran en alguna de estas tres posibilidades:

1.^a) El hecho alegado por alguna de las partes existió: Debe extraer la consecuencia jurídica prevista en la norma (se alegó la celebración de un contrato y se ha probado por el demandante su existencia: debe condenar al demandado a pagar).

2.^a) El hecho alegado no existió: No habrá lugar a aplicar la norma en la que la parte pretendía ampararse (se alegó el contrato y se ha probado por el demandado que no existió: debe dictar sentencia absolutoria).

3.^a) El hecho no ha llegado a ser probado, colocando al tribunal en la situación de duda: Esta situación de incertidumbre no le permite dictar una sentencia de *non liquet*, es decir, no puede dejar de resolver.

La doctrina de la carga de la prueba adquiere su verdadero sentido cuando se la contempla desde este punto de vista final del proceso. No trata tanto y directamente de determinar a priori qué hechos deben ser probados por cada parte, cuando de establecer las consecuencias de la falta de prueba de los hechos. La jurisprudencia española lo ha entendido correctamente al estimar que la doctrina del *onus probandi* tiene el alcance principal de señalar las consecuencias de la falta de la prueba. Pero incluso desde esta perspectiva, la pregunta que debe hacerse el tribunal, partiendo de que un hecho no ha sido probado, es a quién perjudicará esta circunstancia y, consiguientemente, quién debió probarlo.

Por este camino, indirecto para nosotros en este momento, la carga de la prueba se resuelve en quién debió probar.

2. Reglas legales de distribución de la carga de la prueba

Los antiguos brocardos, que todavía suelen citarse con reiteración en la práctica, son radicalmente insuficientes: *Necessitas probandi incumbit ei qui agit*, *reus in excipiendo fit actor*, *onus probandi incumbit actori*, y en algún caso erróneo: *in dubiis reus est absolvendus*, por lo que no podemos seguir este camino tradicional.

En ocasiones la propia ley material establece de modo concreto a quién incumbe la prueba. Ocurre así, por ejemplo, en los siguientes artículos del CC: 33, 686, II, 850, 861, II, 1.277 y 1.900. También algunos del Cdc: 361, III, y 731. O en leyes especiales, como la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, que en su art. 38, II, establece que incumbe al asegurado la prueba de la preexistencia de los objetos en el seguro contra daños, etc. Las disposiciones de esta clase son más numerosas de lo que parece, y a ellas se remite de modo expreso el art. 217.5 LEC.

Pero lo importante ahora para nosotros no son ni los brocardos ni las reglas especiales. Lo importante es encontrar la regla general y establecer su interpretación. Esa regla general se contiene en el art. 217. 2 y 3 LEC, que distingue con relación a las clases de hechos:

1.º) Hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a la pretensión de la demanda: Corresponde probarlos al actor (y en su caso al reconviniente).

2.º) Hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos anteriores: Corresponde probarlos al demandado (o en su caso al reconvenido).

Esta es la regla general de nuestro Ordenamiento jurídico y se coloca, con acierto, no entre las reguladoras de la prueba, sino entre las relativas a las sentencias. Como regla general que es deja abierta la posibilidad de la existencia de normas especiales.

Dado que las reglas legales sobre carga de la prueba tienen naturaleza procesal, pues se dirigen al tribunal como destinatario y sólo se aplican en el proceso, las normas correspondientes son de *ius cogens*, no estando sujetas a la disposición de las partes, por lo que no caben reglas convencionales sobre carga de la prueba. Por ello el art. 10.1, c), 8.º, de la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios, en cuanto prohíbe la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor y usuario, puede ser una norma bien intencionada pero inútil, pues el pacto de inversión no está permitido en general.

Pero hay que hacer referencia a lo que viene denominándose *criterio de la disponibilidad y facilidad probatoria* (art. 217.6 LEC). Mediante él se pone de manifiesto que es necesario distribuir la carga de la prueba atendiendo, no tanto a una serie de principios teóricos o a la posición que se ocupa en el proceso, cuanto a criterios prácticos y en concreto a la proximidad real de las partes a las fuentes de prueba. Los criterios examinados antes responden ya en buena medida a la facilidad

del acceso a las fuentes de prueba; cuando se dice que enfrentáramos al demandante a una auténtica *probatio diabolica* si hubiera de probar la concurrencia de las condiciones generales del art. 1.261 CC o que no ha concurrido ninguna causa de extinción de la deuda, se está ya caminando en el sentido que decíamos, y se trata ahora de profundizar en esa dirección para llegar a la consecuencia de que, en ocasiones, debe invertirse la carga de la prueba, esto es, las consecuencias de la falta de prueba, no como regla sino en los casos concretos.

VI. PROPOSICIÓN Y ADMISIÓN DE LA PRUEBA

La proposición es un acto de la parte (de cada una de ellas) por el que precisa que medios de prueba desea practicar en el proceso. Este acto se realiza de modo oral al final de la audiencia previa (art. 429.1 LEC) y en él deberá expresarse con separación cada uno de los medios de prueba (art. 284 LEC) y el cómo debe practicarse (art. 429.5, II). En principio la ley atribuye a las partes la determinación de los medios de prueba que han de practicarse, con lo que establece que el principio de aportación de parte se refiere también a la prueba; es lo que el art. 282 llama iniciativa de la actividad probatoria.

Lo anterior no impide concede al tribunal dos tipos de facultades:

1.ª) General: Según el art. 429.1, II, LEC cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes 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, pudiendo indicar también las pruebas cuya práctica considere conveniente, pero ciñéndose a los elementos probatorios que resultan de los autos. Hecho lo anterior, las partes podrán modificar o completar sus proposiciones de prueba.

2.ª) Especial: Según el art. 282 LEC el tribunal podrá acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas cuando así lo establezca la ley.

En el reparto de facultades entre el juez y las partes la LEC no ha llegado a disponer que el juez puede acordar de oficio la práctica de medios de prueba (salvo cuando lo establezca de modo expreso y para casos particulares), habiéndose limitado a una facultad de “advertencia”, de difícil justificación doctrinal, pues está claramente determinada por la concepción publicista del proceso civil que responde a una concepción autoritaria de las funciones del tribunal en este proceso.

La admisión es un acto del tribunal por el que, previo examen de los requisitos necesarios, determina los medios de prueba que, de entre los propuestos

por las partes, deben practicarse en el proceso. Este acto se realiza de modo oral, en la audiencia previa, y se documenta en el acta. Aquí es donde aparecen más claramente las facultades del juez y las mismas deben ponerse en relación con el derecho a la prueba de las partes, lo que supone referirse a la admisibilidad de los medios de prueba.

VII. LICITUD DE LA PRUEBA

El tema genérico de la ilicitud de la prueba se ha desarrollado especialmente respecto del proceso penal, pero no debería distinguirse entre las diversas clases de procesos a la hora de establecer las normas generales, aunque sí, inevitablemente, en las consecuencias prácticas. Nosotros nos ceñiremos al proceso civil y partiremos del art. 11.1 LOPJ según el cual «no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Para su interpretación hay que referirse a las sentencias del Tribunal Constitucional 114/1984, de 29 de noviembre, 64/1986, 21 de mayo de 1986.

A) Derechos protegidos frente a la investigación de fuentes de prueba

La LOPJ no se ha querido proteger, frente a la investigación de fuentes de prueba, a todos los derechos subjetivos, sino sólo a aquellos que la Constitución considera fundamentales, con lo que quedan fuera todos los demás derechos que no alcanzan ese rango. Respecto de los primeros debe distinguirse:

1.º) Derechos fundamentales absolutos, los que no tienen limitación alguna: Cualquier vulneración de los mismos conduce a la no admisión de la prueba. Nos referimos a los derechos a la vida y a la integridad física y a sus violaciones consistentes en la violencia física o psíquica o en la amenaza de utilizarlas.

Los problemas prácticos aquí son los de las intervenciones corporales (exámenes judicial o pericial del cuerpo humano, análisis sanguíneos, pruebas biológicas) que habrán de requerir el consentimiento de la persona afectada. En el sistema procesal civil no se admite una intervención corporal en contra de la voluntad de la persona interesada, ni aún

con resolución judicial, y manifestación de ello es el art. 767.4 LEC para los procesos de filiación y con relación a las llamadas pruebas biológicas.

2.º) Derechos fundamentales relativos, que son limitados: En principio las fuentes de prueba obtenidas vulnerándolos no son admisibles, pero hay que tener en cuenta que la ley ha de compatibilizar estos derechos con otros, también fundamentales, e incluso con intereses prevalentes. Tomemos el caso de la inviolabilidad del domicilio, que no puede oponerse a la efectividad del proceso y que no impedirá la prueba de reconocimiento judicial; lo importante aquí será el respecto de las garantías constitucionales en la actividad probatoria, en cuanto éstas sirven de garantía.

El carácter relativo supone también disponibilidad de todo o de parte del derecho por su titular, que puede renunciar al secreto de sus comunicaciones, permitiendo que una carta íntima sea presentada como prueba en el proceso entre otras personas, e incluso hay que tener en cuenta frente a quién se opone ese derecho, pues es evidente que frente a quien tomó parte en la comunicación no existe secreto. Así la STC 114/1984 dice que la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar la impenetrabilidad para terceros ajenos a la comunicación misma, pero que no hay secreto frente a aquél a quien la comunicación se dirige.

B) Consecuencias procesales de la vulneración

Doctrinalmente se había venido discutiendo en torno a la admisibilidad o no en el proceso de las fuentes de prueba obtenidas ilícitamente, y existen partidarios tanto de la inadmisibilidad absoluta como de considerar irrelevante el modo como se ha obtenido la fuente, no faltando aquéllos que consideraban que debían ponderarse los intereses en conflicto, para determinar cuál de ellos debía prevalecer. Hoy el art. 11.1 LOPJ obliga a distinguir:

1.º) Cuando las fuentes de prueba se han obtenido ilícitamente, infringiendo derechos no fundamentales, deben ser admitidas en el proceso, sin perjuicio de la responsabilidad que pueda surgir de la ilicitud.

2.º) Cuando se trate de fuentes de prueba obtenidas vulnerando derechos fundamentales, la consecuencia obligada es que existe una prohibición positiva que las hace inadmisibles, bien de modo absoluto, bien de modo relativo, si se han incumplido las garantías constitucionales para su obtención.

3.º) La inadmisibilidad se refiere tanto a las fuentes de prueba obtenidas directamente con vulneración de un derecho fundamental, como a las obtenidas indirectamente, pues la ilicitud se extiende a todo lo que se deriva del acto que ha vulnerado el derecho.

El problema es cómo se hace efectiva la inadmisibilidad, pues la LOPJ no lo dice, al aludir sólo a que no surtirán efecto. Para la regulación de la inadmisibilidad del medio de prueba a través del que pretenda introducirse la fuente de prueba en el proceso debe estarse al art. 287 LEC, conforme al cual:

1.º) Cuando alguna parte entendiera que en la obtención (directa) u origen (indirecta) de alguna prueba admitida se han vulnerado los derechos fundamentales, habrá de alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes.

Esta norma está partiendo de que el tribunal, en el momento de la admisión de los medios de prueba, carece de elementos de juicio para inadmitir uno de ellos por ilicitud en la obtención de la fuente; se trata, por tanto, de que el medio de prueba se ha propuesto y admitido (arts. 283 y 285 LEC) y de que después la parte contraria debe, no recurrir en reposición contra admisión (art. 285.3 LEC), sino suscitar la cuestión de la ilicitud.

2.º) El momento adecuado para el debate entre las partes es el del acto del juicio (en el proceso ordinario) o el comienzo de la vista (en el juicio verbal), antes de que de comienzo la práctica de la prueba (arts. 433.1 y 446 LEC).

3.º) El debate consistirá en oír a las partes y, en su caso, en practicarse las pruebas pertinentes y útiles que se propongan en el acto sobre el extremo de la ilicitud.

4.º) La ilicitud puede cuestionarse también de oficio por el juez, en el mismo momento y con la misma tramitación.

5.º) La resolución a dictar será auto, pero en forma oral, que decidirá sobre la ilicitud, de modo que en caso de ilicitud el medio de prueba no se practicará, y sí cuando se declare lícito. Contra esta resolución, sea cual fuere su contenido, cabe reposición que se sustanciará y decidirá en el mismo acto, quedando a salvo el derecho de las partes para reproducir la impugnación de la prueba ilícita en la apelación contra la sentencia.

Estamos aquí ante una extraña reposición que se sustancia de modo oral (en contra de lo dispuesto en los art. 451 a 454 LEC), cuando lo procedente hubiera sido decir que contra la resolución oral queda únicamente la protesta a hacer constar en el acta. Por otro lado, ese quedar a salvo el derecho para el recurso de apelación contra la sentencia tiene que comprender todos los contenidos de la resolución, no sólo la impugnación de la prueba ilícita; esto es, cabe reproducir en el recurso tanto la proposición de prueba (si se declaró ilícita y no se practicó), como la impugnación de su licitud (si se declaró lícita y se practicó).

Extremo diferente y no resuelto en la LEC es el relativo a si el tribunal, de oficio y en el momento de dictar sentencia puede cuestionarse la licitud de una fuente de prueba con relación a un medio determinado. Nuestra respuesta es afirmativa porque la cuestión de la licitud puede suscitarse de oficio (art. 287.1, II, LEC), aunque no se olvidan los problemas prácticos.

Esos problemas prácticos se refieren a: +) La posible indefensión de la parte que ha propuesto y practicado la prueba y que, sin posibilidad de discusión sobre su licitud, se encuentra con una declaración judicial, en la sentencia, en la que se dice que un medio de prueba no surte efecto, y +) Aunque el tribunal diga en la sentencia que no toma en consideración la prueba ilícita, lo cierto es que la ha conocido y que, aun inconscientemente, puede haber formado en ella su convicción.

VIII. PERTINENCIA Y UTILIDAD

En el art. 24.2 de la CE se reconoce el derecho de las partes en cualquier proceso a “utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa”, pero ese derecho no puede ser absoluto sino que está condicionado a dos requisitos que suelen denominarse pertinencia y utilidad (art. 283 LEC). La STC 22/1990, de 15 de febrero, parte precisamente de que ese derecho no se configura en la Constitución de modo absoluto e incondicionado, ni supone desapoderar al juez de su función de enjuiciar la admisibilidad de los medios de prueba propuestos por las partes.

En realidad el primer requisito de la admisibilidad de los medios de prueba es el de legalidad, en el sentido de que cada medio de prueba tiene que proponerse y practicarse precisamente en la forma establecida por la ley, y no de cualquier otra manera. Además debe tenerse en cuenta que la ley no permite, a veces, la utilización de todos los medios de prueba, con lo que si se propone un medio no permitido no será admisible.

1. Pertinencia

Viene referida, no tanto al medio de prueba en sí mismo considerado y entendido como actividad, cuanto al hecho que pretende probarse con el medio de prueba concreto, y exige que ese hecho tenga relación con el objeto del proceso o, por lo menos, con el objeto del debate, que es lo que dice el art. 283.1 LEC. La pertinencia, pues, atiende al hecho que se fija como objeto de la prueba en relación con las afirmaciones que se hicieron por las partes en su momento, y puede llevar a la no admisión de los medios de prueba que se propongan. Serán inadmisibles por impertinentes:

1º) Los medios de prueba que se dirijan a probar hechos que no fueron afirmados por las partes en los actos de alegación.

La prueba que se proponga ha de concretarse a los hechos fijados definitivamente en los escritos de alegación, con lo que en realidad dispone dos cosas complementarias: 1) Los hechos a probar han de haber sido afirmados por las partes, y 2) Esas afirmaciones tienen que haberse realizado en momento procesal oportuno.

2º) Son también inadmisibles por impertinentes los medios de prueba que se propongan con el fin de probar hechos que no afectan al posible contenido del fallo de la sentencia, lo que la jurisprudencia suele expresar diciendo que los hechos objeto de la prueba han de ser fundamentales, esenciales, relevantes, influyentes.

3º) Por último, la pertinencia de los medios de prueba ha de ponerse en relación con los hechos cuya verificación no está permitida por la ley. Los supuestos de exclusión de hechos de la prueba no son numerosos, pero sí son complejos.

2. Utilidad

Atiende al medio de prueba en sí mismo considerado y se entiende por prueba inútil aquella que, según reglas y criterios razonables y seguros, en ningún caso pueda contribuir a esclarecer los hechos controvertidos, dice el art. 283.2.

La jurisprudencia emplea, en ocasiones, las palabras utilidad y pertinencia como sinónimas, si bien la inutilidad de un medio de prueba en sentido estricto puede atender a dos tipos de razones:

1º) Cuando el medio probatorio no es adecuado para verificar con él las afirmaciones de hecho que pretenden ser probadas por la parte, esto es, cuando el medio es inadecuado respecto del fin que se persigue.

La inutilidad se manifiesta cuando se propone el reconocimiento judicial para probar la calidad de los materiales utilizados en la construcción de un edificio y su correspondencia con el proyecto y memoria de la obra, pues para ello se precisa de conocimientos científicos especializados para llegar a una conclusión, los cuales el juez no poseerá.

2º) Cuando el medio de prueba propuesto es superfluo, bien porque se han propuesto dos pruebas periciales con el mismo fin, bien porque el medio de prueba ya se había practicado antes.

Inútiles son también los medios de prueba que se propongan por las partes para probar hechos no controvertidos. El art. 281 dice que están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes (salvo que se trate de materia fuera del poder de disposición de los litigante) y que no será necesario probar los hechos notorios.

IX. ANTICIPACIÓN Y ASEGURAMIENTO DE LA PRUEBA

1. Anticipación

El procedimiento probatorio sufre una importante excepción, referida al tiempo, en lo que se conoce como anticipación de la prueba, que se regula en los arts. 293 a 296 LEC. La anticipación consiste en la práctica de cualquier medio de prueba en momento anterior al del juicio (ordinario) o de la vista (verbal), ante el temor de que la fuente propia del mismo se pierda, haciendo imposible su aportación al proceso. Se trata, no de asegurar la fuente, sino de practicar el medio. Para ello se prevén dos supuestos:

A) Antes de la iniciación del proceso

Quien pretenda incoar un proceso declarativo puede pedir la práctica anticipada de algún acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal previsto de modo general. En este supuestos destaca.

1.º) Puede pedir la práctica anticipada sólo el futuro demandante (el que pretenda incoarlo), no el posible demandado (el que crea que puede ser demandado).

2.º) La petición se dirigirá al órgano judicial que se considere competente para conocer del futuro proceso, el cual vigilará de oficio su jurisdicción, competencia genérica, objetiva y territorial (esta última sólo cuando no quepa sumisión), sin que sea admisible la declinatoria.

3.º) El futuro actor deberá indicar la persona o personas a las que se proponga demandar para que sean citadas, al menos con cinco días de antelación, para la práctica de la prueba.

4.º) El proceso posterior ha de incoarse en el plazo de dos meses, desde la práctica anticipada de la prueba, y si no se hace así la actuación perderá su valor probatorio (salvo que se acredite que, por fuerza mayor u otra causa de análoga entidad, no pudo iniciarse el proceso dentro de ese plazo).

5.º) Si del proceso posterior hubiere de conocer, en definitiva, un tribunal distinto del que acordó o practicó la prueba anticipada, reclamará de éste, a instancia de parte, la remisión, por conducto oficial, de las actas, documentos y demás materiales de las actuaciones.

B) Durante el curso del proceso

Cualquiera de las partes puede solicitar del tribunal la práctica anticipada de un acto de prueba, cuando exista el temor fundado de que, por causa de las personas o por el estado de las cosas, dichos actos no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto. En este otro supuesto: 1.º) La prueba anticipada puede pedirla cualquiera de las partes, 2.º) El órgano judicial competente es el mismo que ya está conociendo del proceso, y 3.º) La prueba ha de practicarse siempre antes de la celebración del juicio (ordinario) o vista (verbal).

C) Normas comunes

La especialidad probatoria se refiere al tiempo, no a cómo se realiza la práctica del medio de prueba correspondiente, destacando que las partes tendrán en ella la intervención propia de cada medio. Lo único específico se refiere a la petición y admisión:

1.º) La parte que pida la prueba anticipada expondrá las razones en que apoye su petición, es decir, los motivos de la necesidad de esa práctica anticipada.

2.º) Si el tribunal admite la petición lo hará por medio de providencia (contra la que no debe caber recurso alguno).

3.º) No dice la ley qué deberá hacerse si el tribunal deniega la petición, sobre todo respecto de los recursos. En principio la denegación debe hacerse por auto, contra el que cabrá reposición y apelación, aunque sea muy dudosa la utilidad de estos recursos.

4.º) La documentación del acto de prueba quedará bajo la custodia del secretario hasta que llegue el momento de unirla a las actuaciones.

2. Aseguramiento

Si en el caso anterior se trataba de practicar un medio de prueba, ante el peligro de que se perdiera la fuente de prueba, haciendo imposible su aportación al proceso, ahora se trata de asegurar una fuente de prueba, pero sin llegar a practicar el medio. En la regulación de los arts. 297 298 LEC hay que distinguir:

a) Finalidad

Partiendo del riesgo de que, por conductas humanas o por acontecimientos naturales, puedan destruirse o alterarse objetos materiales o estados de cosas, haciendo imposible que en su momento procesal ordinario se practique un medio de prueba, el aseguramiento pretende que se mantenga el estado presente de un objeto o de una situación, esto es, que no se modifique una fuente de prueba.

Se trata, pues, de mantener o de no innovar fuentes de prueba que no tengan naturaleza personal, con lo que se excluyen las fuentes de prueba que son las partes mismas y los testigos, refiriéndose únicamente, bien a las cosas, muebles o inmuebles, individualmente consideradas, bien a las situaciones en que se encuentran esas cosas.

b) Medidas

No se especifican en la ley las medidas de aseguramiento que pueden adoptarse, pues ésta se limita a facultar a las partes para pedir y al tribunal para acordar las medidas genéricas consistentes en: 1) La conservación de cosas o situaciones, 2) El mandato de hacer o de no hacer, con apercibimiento de proceder por desobediencia a la autoridad, y 3) Dejar constancia fehaciente de la realidad de la cosa o de la situación con sus características.

Las dos primeras medidas son claramente de aseguramiento, pues se trata de “congelar” una fuente de prueba para que, llegado el momento procesal de la práctica del medio, aquélla pueda introducirse en el proceso por medio de éste. La tercera, la de dejar constancia fehaciente, parece más una anticipación de la prueba que un aseguramiento de la misma.

La parte que inste el aseguramiento habrá de pedir medida determinada, pero el tribunal podrá adoptar otra distinta, siempre que cumpla la misma finalidad y cause menores perjuicios a las partes o a terceros.

c) Procedimiento

La medida de aseguramiento puede pedirse por el futuro demandante antes de la iniciación del proceso o por cualquiera de los litigantes durante el curso del mismo, y deberá hacerlo al tribunal competente en los términos antes vistos para la anticipación de la prueba. Concurriendo los requisitos antes dichos, el tribunal adoptará la medida, bien la pedida, bien la que estime igualmente adecuada, pudiendo tomar en consideración y aceptar la garantía ofrecida por el solicitante de los daños y perjuicios que la medida pueda irrogar.

X. VALORACIÓN DE LA PRUEBA

La valoración de la prueba se resuelve siempre en una operación mental que consiste en un silogismo en el que: 1) La premisa menor es cada uno de los medios de prueba practicados, 2) La premisa mayor es una máxima de la experiencia, y 3) La conclusión es la afirmación de la existencia o de la inexistencia del hecho que se pretendía probar.

A partir de ahí debe comprenderse que los sistemas de valoración de la prueba se basan en quién fija la máxima de la experiencia que es la premisa mayor, si el juez de modo individualizado (prueba libre) o si el legislador (prueba legal).

A) Prueba legal

En contra de lo que se ha sostenido en ocasiones, el sistema de la prueba legal no tiene en la actualidad nada que ver ni con la prueba ordálica ni con la prueba apriorística, sino que hoy se atiende a la existencia de máximas de la experiencia legales que pretenden proporcionar seguridad a las relaciones jurídicas materiales.

Desde luego no ha sido siempre así, pues la fundamentación ha ido cambiando:

a) La prueba ordálica se basaba en la creencia de la intervención divina en todos los acontecimientos humanos, de modo que el juez debía simplemente constatar a cual de las partes favorecía la divinidad después de invocarla y de realizar los actos regulados en la ley para conocer la manifestación de Dios en el caso que estaba juzgando. Este primer fundamento se había abandonado ya en Las Partidas.

b) En la época del proceso común (siglo XIII en adelante) el fundamento cambia y la prueba apriorística se basó en la limitación de las facultades del juez (que, en contra de lo que pudiera parecer, es propio del llamado sistema inquisitivo) y en una concepción filosófica que prefería las abstracciones apriorísticas al examen del caso concreto por el razonamiento personal de cada juez.

Estos dos fundamentos no tienen hoy virtualidad alguna. Hoy el sistema de prueba legal se basa en que la máxima de la experiencia, que es la premisa mayor del silogismo de la valoración de la prueba, viene establecida por el legislador, el cual ordena al juez que proceda a aplicar esa máxima en el caso concreto, de modo que las reglas legales no son más que máximas de la experiencia que el legislador objetiva, con lo que no es el juez el que determina la máxima de la experiencia que debe aplicarse en el caso concreto. Es decir, las reglas legales de valoración de la prueba son máximas de la experiencia legales. El legislador parte de que su valoración es un criterio de uniformidad o de normalidad, derivado del *id quod plerumque accidit*.

B) Prueba libre

También contra de lo que en ocasiones se ha sostenido, el sistema de la llamada prueba libre no puede ser la consagración de la íntima convicción o de la valoración en conciencia, sino que en la actualidad se basa en las máximas de la experiencia judiciales, esto es, en una valoración razonada, motivada y responsable.

Tampoco ha sido siempre así. En su origen, esto es, en el *Code d'instruction criminelle* francés de 1808, se partía del juicio por jurado y de la soberanía de éste, que no podía estar vinculado por regla alguna para determinar los hechos que estimaba probados. La íntima convicción se resolvía así en dos postulados: 1) La valoración de la prueba no consiste en un ejercicio de la razón, sino en una declaración de voluntad, y 2) Esa declaración no tiene que ser motivada. El paso siguiente fue reconocer que la valoración según la conciencia también debían realizarla los jueces técnicos y profesionales y en cualquier clase de proceso, y así se acabó hablando de la soberanía del juzgador de instancia y de la no necesidad de motivar su valoración de las pruebas.

Hoy el sistema de la libre valoración de la prueba se tiene que hacer equivaler a prueba razonada personalmente por el juez. Lo característico de este sistema es que, del silogismo en que se resuelve la valoración, la premisa mayor, que es una máxima de la experiencia, es determinada por el juez, de modo que valoración libre equivale a valoración razonada, motivada y responsable. Se descubre así el acierto de la tradición española que no ha hablado en la LEC de prueba libre sino de valoración conforme a la sana crítica.

C) El sistema mixto

Si el juego diferente de las máximas de la experiencia es lo que determina que estemos ante un sistema legal o ante otro libre de valoración de la prueba, lo que caracteriza al sistema español de valoración en el proceso civil es que no se ha asumido ninguno de los dos en su estado puro, sino que se ha plasmado en la LEC un sistema mixto, conforme al cual el juez se encuentra con que en unos casos debe aplicar “sus” máximas de la experiencia (con base en las cuales se convencerá o no de la realidad de una afirmación de hecho efectuada por una parte), mientras que en otros casos su labor consistirá en comprobar si el hecho ha quedado o no fijado conforme a lo que la ley dispone.

a) Reglas legales de valoración:

1º) Sobre documentos públicos: arts. 319, 320, 321, 322 y 323 de la LEC, y 1218, I y II; 1.219; 1.220, I y II; 1.221, I, 1.º, 2.º y 3.º, y II, del CC.

2º) Sobre documentos privados: arts. 326 de la LEC, y 1.225, 1.227, 1.228, 1.229 y 1.230 del CC.

3º) Sobre interrogatorio de la parte: arts. 316.1 de la LEC (limitadamente).

4º) Sobre testigos: art. 51 Cdc.

b) Respecto de los demás medios de prueba su valoración es libre, aunque la LEC no emplea la palabra «libre» como hacen otros códigos (ZPO alemana, párrafo 453: «el tribunal apreciará libremente...»), sino que utiliza la fórmula «reglas de la sana crítica» que ha sido destacada como uno de los aciertos de la terminología jurídica hispana, pero que no constituye un tercer sistema de valoración. El acierto consiste en poner de manifiesto que prueba libre no equivale a prueba discrecional, sino razonada.

En los últimos tiempos se había pretendido que todos los medios de prueba se valoraran de modo libre, habiéndose presentado esta opción como algo inherente a la prueba misma, aunque en el fondo se trataba de una opción ideológica basada en el aumento de los poderes del tribunal. La LEC se ha hecho eco de esta opción, por ejemplo en el art. 316, pero correctamente ha seguido manteniendo la especial fuerza probatoria de los documentos públicos (con la seguridad jurídica que otorga la fe pública) y de los documentos privados reconocidos por la parte a la que perjudican.

TEMA 26º

LA PRUEBA, II

(Esquema)

I. LOS MEDIOS DE PRUEBA

1. Concepto

A) La actividad probatoria y la forma de la prueba

- Doctrina tradicional (instrumentos)
- Doctrina moderna (clase o tipo; actividad)

B) Fuentes y medios de prueba

2. Enumeración de la LEC

A) La lista del art. 299.1

- Los párrafos 2 y 3 del art. 299: - medios de reproducción
- medios de archivo
 - otros no expresamente previstos.

B) Superación de la discusión sobre el numerus clausus

- Nuevas fuentes y nuevos medios
- Determinación judicial del medio probatorio

C) Las presunciones

II. DOCUMENTOS

1. La prueba documental

- Noción y fuentes legales

2. Los documentos

A) Concepto: - Clásico

- Amplio
- Reducción en la nueva LEC

B) Elementos: - Soporte

- Contenido
- Forma
- Autor
- Fecha

III. CLASES

1. Públicos

A) Documentos públicos: - Concepto art. 1216 CC

- Enumeración del art. 317 LEC

Clasificación: - notariales,

- administrativos,

- judiciales

- intervenidos por Corredor (unificación cuerpos)

B) Documentos públicos extranjeros

2. Privados

IV. APORTACIÓN AL PROCESO

- Proposición y práctica de los medios de prueba en general y procedimiento probatorio de la prueba documental.

1. Presentación de documentos

A) Momento: - Demanda y contestación: Todos los documentos

- Aportación en la audiencia previa

- Consecuencias de su no aportación

B) Excepciones: - Fondo del asunto

- Alegaciones complementarias o a hechos nuevos

C) Preclusión definitiva

D) Supuestos especiales

E) Forma: - Públicos

- Privados

- Excepciones a la inmediación

2. Reconocimiento o impugnación; verificación de su autenticidad:

A) Públicos: cotejo por el Secretario

B) Privados:

- Cotejo pericial u otras pruebas

- Copias reprográficas, fotografías, planos, etc: cotejo por el Secretario o pericial

3. Exhibición

A) De la otra parte

B) De terceros

C) Entidades de Derecho público

V. VALOR PROBATORIO

A) Documentos públicos

- 1) Del art. 317
- 2) Otros documentos administrativos
- 3) Documentos no susceptibles de cotejo: regla del art. 1221 CC
- 4) Demás casos
- 5) Documentos públicos extranjeros

B) Documentos privados

- 1) Reglas generales de la LEC
- 2) Reglas específicas del CC

LA PRUEBA, II

Los medios de prueba (1). Documentos: Aportación al proceso. Clases. Valor probatorio.

I. LOS MEDIOS DE PRUEBA

1. Concepto

A) La actividad probatoria y la forma de realizarla

El proceso es el instrumento que el ordenamiento jurídico pone a disposición de las partes para que las mismas puedan impetrar de los tribunales la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos. Pero para el logro de dicha finalidad, es decir, para obtener un pronunciamiento judicial que aplique la consecuencia jurídica establecida en la norma que por aquéllas se invoque en apoyo de la tutela que reclamen, se requiere la acreditación, en el caso concreto, del supuesto de hecho que en dicha norma se contempla de modo abstracto y general, esto es, la demostración de la realidad de los hechos expuestos por el actor y, en su caso, por el demandado como componente fáctico de su pretensión y de su resistencia.

La mera alegación no permite obtener un pronunciamiento favorable a quien la realiza, siendo necesario, siempre que exista controversia, desarrollar una actividad procesal tendente a la verificación de las afirmaciones de hecho efectuadas por las partes en sus respectivas alegaciones. Esa actividad está sometida, lógicamente, a las normas que rigen el proceso, de manera que la acreditación de los hechos controvertidos por las partes, que son los que integran el objeto del proceso y del debate, no puede realizarse de cualquier modo, ni mediante cualquier instrumento, sino sólo a través de los medios de prueba establecidos en la Ley.

Por medios de prueba entendía la doctrina tradicional aquellos *instrumentos* que la ley considera idóneos para incorporar al proceso la realidad del hecho que se trata de demostrar y cuya apreciación sensible por el órgano jurisdiccional le permite formar su

convicción sobre la certeza o no del mismo. Se consideraba, así, medio de prueba el objeto material, el elemento físico o la persona de cuya percepción o de cuyo examen obtenía el juez dicho convencimiento. Según esta concepción, medio de prueba era la cosa inspeccionada, el documento examinado, el testigo interrogado, etc.

La moderna doctrina se refiere con la expresión medios de prueba a lo siguiente:

a) De un lado a la *clase o tipo* de instrumento probatorio que se utiliza. En este sentido se entiende que si se propone la declaración de varios testigos o se aportan varios documentos, se habrá ofrecido, en cada caso, un medio de prueba: la testifical o la documental, y no tantos medios cuantos testigos o documentos.

b) Pero especialmente se reserva aquella denominación para los distintos *tipos de actividad procesal* que desarrollan las partes con el juez para llevar a este último la necesaria convicción sobre la realidad de las afirmaciones fácticas que se han de fijar a los efectos del proceso. Esa actividad se realiza, ciertamente, con objetos materiales, elementos físicos o personas, pero lo que verdaderamente importa, desde el punto de vista del ordenamiento procesal, no es tanto el instrumento en sí cuanto la actividad misma que con él se realiza en el proceso. Según esta concepción, el medio de prueba no es el testigo, sino la declaración que éste realiza en el proceso, ni el documento, sino su aportación, verificación y examen en el mismo. Se distingue, así, entre fuentes de prueba y medios de prueba.

B) Fuentes y medios de prueba

Fuentes de prueba son los elementos que existen en la realidad extraprocesal y cuya búsqueda por las partes o sus abogados se realiza, por lo general, con anterioridad al inicio del proceso. Se trata de un concepto extrajurídico, referido a una realidad preexistente e independiente del proceso que puede ofrecer una gran variedad de formas. Mientras que los medios de prueba hacen referencia a la actividad que es preciso desplegar dentro del proceso para incorporar al mismo aquellas fuentes, haciéndolo del modo y con las garantías establecidos en la Ley.

2. Enumeración de la LEC

A) *La lista art. 299.1*

Con este significado al que acaba de hacerse referencia la LEC establece en su art. 299.1 que 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. Dictamen de peritos
- 5º. Reconocimiento judicial
- 6º. Interrogatorio de testigos

En esta enumeración se contienen los medios tradicionales de prueba, los mismos que se mencionaban en la LEC de 1881, aunque en la nueva LEC se aprecian notables diferencias respecto de alguno de ellos, tanto en su concepción como en la forma de practicarse.

La catalogación de los medios de prueba no podía suponer un impedimento para la admisión de otros modos o maneras de inducir una certeza fáctica a través de los modernos sistemas que el progreso técnico ofrece, y aunque la actividad tendente a fijar los hechos, merced a tales procedimientos novedosos, no se correspondiera exactamente con las formas legalmente previstas en la anterior LEC, terminó por admitirse la procedencia de los denominados "modernos medios de prueba", consistentes, por lo general, en la reproducción de grabaciones de palabras, imágenes, datos o cifras, efectuadas por medios técnicos diversos en gran variedad de soportes, subsumiéndose su práctica en el ámbito normativo de la prueba documental o de reconocimiento judicial.

La nueva LEC alude a estos modernos medios técnicos de reproducción y archivo, y a cualesquiera otros que se descubrieren en el futuro, en los párrafos 2 y 3 de este mismo artículo 299.

En el número 2 de este artículo se dice que "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 e otra clase, relevantes para el proceso". Y el número 3 añade que "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".

Con ello se da cabida en el proceso civil a instrumentos probatorios tales como las películas, cintas de vídeo y audio, casetes de grabación, discos duros de ordenador, disquetes flexibles, cd-roms, vd-roms, correo electrónico, ficheros informáticos y

cualesquiera otros medios de reproducción y archivo de imágenes, palabras o datos que puedan inventarse en el futuro. Pero estos instrumentos no son, verdaderamente, medios de prueba, según el concepto que anteriormente se ha dado de los mismos, sino fuentes de prueba. El medio de prueba, en estos casos, está constituido por la actividad relativa a su aportación y reproducción en el proceso.

B) Superación de la discusión sobre numerus clausus

La inclusión que en este precepto se hace de todos los avances técnicos en el repertorio de medios de prueba legalmente posibles, viene a suponer, en definitiva, la superación de la antigua discusión acerca de si los mismos debían considerarse un "numerus clausus" o "apertus". No cabe duda de que todas las fuentes de prueba, las hasta ahora conocidas y las que en un futuro se descubran, podrán utilizarse procesalmente con finalidad probatoria; los problemas surgirán a la hora de determinar por qué medio de prueba entrará la nueva fuente en el proceso. En tales casos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 399.3 LEC, cualquier fuente de prueba no expresamente prevista, de la que pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes del proceso, se admitirá como prueba "adoptando (el tribunal) las medidas que en cada caso resulten necesarias", es decir, confiando al órgano jurisdiccional la determinación del medio de prueba por el que aquella fuente haya de aportarse al proceso, es decir, atribuyéndole la facultad de determinar la actividad regulada en la ley por la que las nuevas fuentes entrarán en el proceso.

No se tratará de que el tribunal pueda "crear" actividad no prevista en la ley, sino sólo de que alguna de las actividades ya previstas en la ley, es decir, alguno de los medios de prueba (que son siempre actividad, se insiste) se utilicen para hacer entrar en el proceso fuentes desconocidas en el momento de dictarse la ley.

C) Las presunciones

Entre los medios de prueba solía incluirse tradicionalmente a las presunciones. Ello obedecía a que el Código Civil, al ocuparse de la prueba de las obligaciones, mencionaba las presunciones como uno más de dichos medios en el artículo 1225 (precepto derogado por la LEC/2000), pero ni el artículo 578 de la LEC de 1881 las incluía entre los medios que

enumeraba, ni la doctrina más autorizada consideraba que se tratara de un verdadero medio de prueba, sino más bien de un método, sistema o procedimiento lógico para la fijación de hechos a partir de otros hechos que habían quedado acreditados en el proceso a través de propios medios de prueba. En el art. 299 de la nueva LEC tampoco se mencionan entre los medios de prueba, y en la propia redacción del epígrafe correspondiente al capítulo VI del Título I del Libro II de dicha Ley, se destaca su diversidad conceptual al contraponer "los medios de prueba y las presunciones".

II. DOCUMENTOS

1. La prueba documental

De entre los medios de prueba, el de mayor importancia en consideración a la frecuencia y magnitud de su uso en el proceso civil, es el relativo a los documentos. Ello obedece a que en el tráfico jurídico se siente la necesidad de fijar, normalmente por escrito, los términos precisos del negocio jurídico celebrado, con objeto de dejar constancia de su existencia y de asegurar su exacto cumplimiento. Por eso decía Carnelutti que el proceso civil es el reino del documento, mientras que el proceso penal lo es del testigo.

La prueba documental está constituida por las actividades procesales de aportación de los documentos al proceso, de reconocimiento o verificación de su autenticidad y de interpretación y valoración de su contenido. Se regulación se encuentra en la LEC (arts. 265 a 272 y 317 a 334), en el CC (arts. 1216 a 1225 y 1227 a 1230), en el Cdc (arts. 25 a 33) y en la Ley y el Reglamento Notarial. Pero antes de ocuparnos del estudio del medio probatorio, importa analizar el significado del objeto material que lo integra.

2. Los documentos

A) Concepto

Documento, en su sentido clásico, es el objeto material que incorpora la expresión escrita de un pensamiento humano.

La necesidad de incorporar al proceso otras formas de representación de la realidad distintas de la que proporcionaba la escritura (fotografías, radiografías, planos, cintas y otros medios de plasmación y reproducción de datos, de imágenes y de sonido),

dio lugar a una ampliación de su concepto, de modo que durante la vigencia de la LEC de 1881 se mantuvieron algunos como los siguientes:

a) Documento es todo objeto que, por su índole, puede ser llevado físicamente a la presencia el juez con finalidad y utilidad probatoria (Guasp), o bien

b) Documento es todo objeto material representativo de un hecho de interés para el proceso, cuya plasmación pueda obtenerse mediante la escritura o por cualquier otro medio (Serra), siendo, en definitiva, lo importante, no la grafía, sino la posibilidad representación del hecho (ya fuera por fotografía, fonografía, etc.).

El reconocimiento en la nueva LEC, como específicos medios de prueba distintos de los documentos, de otros medios de reproducción de la palabra, el sonido o la imagen, o de archivo y reproducción de datos, cifras y operaciones matemáticas, hace innecesario aquel intento de ampliación, e impone la vuelta a la concepción estricta que surge del tenor literal de la ley, en la que se viene a concretar el concepto de documento al basado en la escritura.

En la actualidad puede definirse el documento como el objeto material susceptible de ser aportado a un proceso, en el que consta por escrito una declaración de voluntad o de conocimiento, o la expresión de una idea o pensamiento, o la exposición de una experiencia, efectuadas por una o varias personas.

B) Elementos

En opinión de MONTERO, lo que caracteriza la noción de documento son los siguientes elementos que permiten considerarlo como tal:

1) Soporte: El soporte del documento ha de ser una cosa corporal mueble, algo que se pueda llevar donde haga falta.

2) Contenido: El aspecto esencial del documento es su contenido y no la cosa o soporte en el que se representa. Dicho contenido ha de ser un hecho o acto jurídico que puede consistir en una declaración de voluntad constitutiva (documentos dispositivos), en una declaración de conocimiento o en la plasmación de un acontecimiento que puede tener consecuencias jurídicas (documentos testimoniales).

3) Forma: En la LEC 1/2000 se parte de que la forma de representación ha de ser

la escritura. Bajo la vigencia de la LEC de 1881 se entendió que el documento podía plasmar el hecho o acto que integraba su contenido mediante cualquier forma de representación, pero en la actualidad estos medios de reproducción que ofrecen los avances tecnológicos tiene su propio cauce procesal al margen de la prueba documental (arts. 382 a 384).

4) Autor: El hecho o acto jurídico que se representa ha de tener un autor, es decir, la declaración de voluntad o de conocimiento, o el relato del acontecimiento de consecuencias jurídicas que se plasma en el documento, han de estar hechos por una persona.

5) Fecha: Puesto que los hechos y actos ocurren en el tiempo, resulta de singular trascendencia la fecha del documento que los representa, y aunque sin fecha puede existir documento, su eficacia probatoria puede quedar muy mermada.

III. CLASES

La doctrina ha seguido diversos criterios de clasificación para abordar el estudio de los documentos, pero el de mayor trascendencia y utilidad es el que distingue, por razón de su forma y del sujeto que lo autoriza, entre públicos y privados. La propia LEC atiende a este mismo criterio al establecer el procedimiento probatorio de estos medios de prueba, fijando por separado el régimen que corresponde a cada uno de ellos.

1. Públicos

A) Concepto según el CC y enumeración de la LEC

Dice el art. 1216 CC que "son documentos públicos los autorizados por un Notario o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley", es decir, los que cumplan estos tres requisitos: 1) Estar autorizados o expedidos por funcionario público; 2) Haberlo sido dentro del ámbito de su competencia o en el ejercicio de sus funciones; y 3) Con observancia de las formas o solemnidades establecidas por la ley. Esta noción del documento público parte de la distinción entre quien realiza el acto que se documenta y quien da fe del mismo. El Estado, en un determinado momento de la historia, asumió en exclusiva la función de dar fe de la

existencia de los hechos y actos jurídicos y se la atribuyó a determinadas personas, apareciendo así los documentos heterógrafos, es decir, aquellos en que un tercero ajeno al hecho o acto realiza la representación del mismo.

La LEC, al igual que la LEC de 1881, opta por un criterio de enumeración y en el art. 317 establece que "a efectos de prueba en el proceso, se consideran documentos públicos:

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 legalmente 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.

Por razón del funcionario que los autoriza, estos documentos suelen clasificarse del siguiente modo:

a) Notariales: Se rigen por la legislación Notarial (art. 1217 CC) y pueden ser de dos clases: 1) Escrituras, que contienen declaraciones de voluntad, actos jurídicos que implican prestación de consentimiento o contratos de todas clases; y 2) Actas, que contienen hechos que no son declaraciones de voluntad. El documento original o matriz se guarda en el protocolo del Notario y lo que puede aportarse al proceso son las copias de aquél. Copias auténticas son las autorizadas por el Notario, dando fe de que son transcripción fiel del original; copia simple es la que carece de esa autorización.

b) Administrativos: Son los autorizados por funcionario público de cualquier Administración en el ámbito de su competencia y con las solemnidades legales. Aquí hay que distinguir entre el original, que forma parte de un expediente y se incorpora a un archivo, y la certificación, que es lo que se expide y entrega al interesado.

c) Judiciales: Comprende las actuaciones judiciales de toda especie, que se autorizan por el Secretario Judicial (que es quien tiene la fe pública) y forman parte de un proceso. El

documento original forma parte del mismo (salvo las sentencias, que tienen libro propio) y el Secretario puede expedir copias autorizadas que se denominan testimonios.

d) Mención especial merecen los documentos *intervenidos por Corredor Colegiado de Comercio*, ya que el documento original es la póliza misma en que se refleja la operación mercantil intervenida y que queda en poder de las partes. En el Libro Registro no queda el documento, sino que se deja constancia de la operación realizada, y las certificaciones que de él expidan hacen referencia a dicha anotaciones. Con todo debe advertirse que la Ley OJO establece la integración de notarios y de corredores colegiados de comercio en el cuerpo único de notarios (con entrada en vigor el 1 de octubre de 2000), debiendo dictarse las normas reglamentarias sobre forma de documentación y funciones.

B) Los documentos públicos extranjeros

Dispone el art. 323 LEC que a efectos procesales, se considerarán documentos públicos 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 art. 319 de esta Ley. Cuando no exista tratado, convenio ni ley especial, se considerarán documentos públicos los que reúnan los siguientes requisitos: 1) Que en su otorgamiento o confección se hayan observado los requisitos que se exijan en el país donde se hayan otorgado para que hagan prueba plena en juicio; y 2) Que contenga la legalización o apostilla y los demás requisitos necesarios para su autenticidad en España.

2. Privados

Los documentos privados se definen en el art. 324 LEC de un modo negativo: "se consideran documentos privados, a efectos de prueba en el proceso, aquellos que no se hallen en ninguno de los casos del art. 317, debiendo incluirse en este apartado las escrituras públicas defectuosas, si estuvieren firmadas por los otorgantes (art. 1223 CC).

Aunque por su gran variedad son de muy difícil clasificación, pueden agruparse del siguiente modo (MONTERO):

a) Documentos suscritos por las dos partes que han intervenido en el mismo y que contienen un acto o negocio jurídico, siendo dispositivos (art. 1225 CC).

b) Documentos realizados por una parte que, aunque en ocasiones contienen actos dispositivos (p.ej., testamento ológrafo), la mayoría de las veces son documentos testimoniales que ni siquiera precisan estar firmados (arts. 1228 y 1229 CC).

c) Libros de los comerciantes, a los que se refieren los arts. 25 a 33 Cdc.

IV. APORTACIÓN AL PROCESO

El procedimiento probatorio de los medios de prueba en general suele articularse en dos diferentes fases o momentos: uno de proposición, seguida del pronunciamiento sobre su admisión, y otro de práctica, que se realiza de forma contradictoria en el juicio o vista y de la que se deja constancia en los autos mediante su documentación por el Secretario. La prueba documental no está sometida, en cambio, a esta ordenación, y la actividad probatoria puede quedar reducida a la presentación del documento por la parte con su demanda o contestación. Sólo si el documento se impugna por la parte contraria, habrá de procederse a la verificación de su autenticidad en la fase probatoria; y cuando la parte no disponga del documento que le interese utilizar, podrá solicitar que se proceda a su exhibición en dicha fase por la persona que lo tenga en su poder.

1. Presentación de documentos

A) Momento

Cuando la parte disponga o pueda disponer de los documentos que sean de su interés para acreditar la realidad de los hechos por ella afirmados, deberá acompañarlos necesariamente a su demanda o a la contestación. Esta exigencia está referida en la ley a todos los "documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial" que pretendan, y "a las certificaciones y notas sobre cualesquiera asientos registrales o sobre el contenido de libros registro, actuaciones o expedientes de cualquier clase" (art. 265.1.1º y 3º LEC).

La expresión que la ley utiliza -"documentos en que las partes funden su derecho a la tutela judicial que pretenden"- denota una mayor amplitud que la de "documento en que la parte *funde su derecho*", a la que se refería el art. 504 de la LEC de 1881, por lo que parece que con la demanda o contestación deberán presentarse todos los documentos que sean fuentes de prueba respecto del fondo del asunto, entendiéndose por la doctrina (MONTERO) que con esta exigencia ha podido desaparecer la distinción que la antigua LEC propiciaba entre documentos fundamentales (aquellos en los que la parte funde su

derecho), que debían presentarse con la demanda, y documentos complementarios (los que coadyuvaban a la demostración del derecho alegado), que podían presentarse con la proposición de prueba.

Sólo cuando las partes, al presentar su demanda o contestación, no puedan disponer de los documentos antes expresados, podrán designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentren, o el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación. Pero si lo que pretenda aportarse al proceso se encontrara en archivo, protocolo, expediente o registro del que se puedan pedir y obtener copias fehacientes, se entenderá que la parte dispone de ello y deberá acompañarlo a aquellos escritos, sin que pueda limitarse a efectuar la designación a que antes se ha hecho referencia (art. 265.2).

No obstante lo anterior, el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio los documentos relativos al fondo del asunto, cuyo 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)

La consecuencia de la no aportación con la demanda, la contestación o, en su caso, en la audiencia previa, de dichos documentos, es que ya no podrán presentarse ni solicitar que se traigan a los autos en un momento posterior (art. 269.1).

B) Excepciones

a) Como excepción serán admisibles con posterioridad a la demanda, la contestación o la audiencia previa, los documentos relativos al fondo del asunto que se hallen en alguno de los casos siguientes (art. 270.1):

1) Los que sean de fecha posterior a dichos momentos procesales, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener con anterioridad a esos momentos.

2) Los anteriores respecto de los que la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia.

3) Los que no hubiere sido posible obtener con anterioridad por causas no imputables a la parte, siempre que se haya hecho oportunamente la designación a que se refiere el art. 265.2.

b) En la audiencia previa las partes podrán también aportar los documentos que se justifiquen en razón de las alegaciones complementarias, rectificaciones, peticiones, adiciones o alusiones a hechos nuevos o de nuevo conocimiento que efectúen en dicho acto de conformidad con lo previsto en el art. 426 LEC.

C) Preclusión definitiva

No se admitirá a las partes ningún documento que se presente después de la vista o juicio, salvo:

1) Lo previsto en el art. 435.1.3ª, sobre diligencias finales referentes a hechos nuevos o de nueva noticia; y

2) Las sentencias o resoluciones judiciales o administrativas dictadas o notificadas en fecha no anterior al momento de formular conclusiones, siempre que resulten decisivas para resolver la cuestión en primera instancia o en cualquier recurso (art. 271). Estas resoluciones se podrán presentar incluso dentro del plazo para dictar sentencia, dándose traslado a las demás partes por cinco días para que puedan alegar y pedir lo que estimen conveniente con suspensión del plazo para dictar sentencia, y el tribunal resolverá sobre la admisión y alcance del documento en la misma sentencia.

D) Supuestos especiales

Necesariamente se deberán acompañar a la demanda:

1) Las certificaciones y testimonios que acrediten haber terminado el proceso y haberse en él reclamado o recurrido cuando se interponga demanda de responsabilidad civil contra Jueces y Magistrados por daños y perjuicios causados en el ejercicio de sus funciones.

2) Los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se piden alimentos.

3) Los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto, así como el que acredite haber consignado o constituido la caución del precio de la cosa objeto de retracto.

4) El documento en que conste fehacientemente la sucesión "mortis causa"

cuando se pretenda que el tribunal ponga al demandante en posesión de unos bienes adquiridos en virtud de dicha sucesión.

En estos casos y en aquellos otros en los que la Ley así lo exija expresamente, no se admitirán a trámite las demandas a las que no se acompañen dichos documentos (arts. 266 y 269.2).

E) Forma de la aportación

Los documentos públicos se aportarán por medio de copia auténtica (notariales), certificación (administrativos) o testimonio (judiciales), quedando el original en el protocolo o archivo correspondiente, y sólo en casos excepcionales (pólizas de contratos mercantiles) se presenta el original. De tales documentos puede también presentarse copia simple, que surtirá efectos probatorios si no se impugna su autenticidad (art. 267).

Los documentos privados se presentarán en original, aunque también se permite aportar copia autenticada por fedatario público (art. 268.1), e incluso copia simple, que producirá efecto probatorio si la parte contraria no la impugna (art. 268.2).

En lo relativo a la forma de practicarse las pruebas en general, rige el principio de inmediación. Sin embargo, en la práctica de la prueba documental se produce una lógica excepción que, como singular novedad, destaca el art. 289.9 de la LEC/2000. Con arreglo a este precepto, fuera de los casos en que la aportación de los documentos se realice con la demanda o la contestación, o en el acto de la audiencia previa o de la vista, los actos consistentes en la mera presentación de documentos originales o copias auténticas, así como el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado o la formación de cuerpos de escritura para el cotejo e letras, se llevaran a cabo ante el Secretario judicial.

Distinto de la aportación de documentos para que surtan sus efectos en el proceso, es la presentación de sus copias para dar traslado de ellas a las demás partes (art. 273). Como singular novedad en esta materia, la LEC/2000 establece que cuando todas las partes estuvieren representadas por procurador, cada uno de éstos deberá trasladar con carácter previo a los procuradores de las restantes partes las copias de los escritos y documentos que vaya a presentar al tribunal, salvo los que se acompañen a la demanda (art. 276).

2. Reconocimiento o impugnación y verificación de su autenticidad

Como consecuencia de la función delimitadora de los términos del debate y de la prueba que en la LEC se atribuye a la audiencia previa, en dicho acto los abogados de las partes (o éstas, en los juicios en que no es preceptiva la asistencia letrada) deben pronunciarse sobre los documentos aportados de contrario hasta ese momento, manifestando si los admiten o reconocen o impugnan, proponiendo prueba, en este último caso, sobre su autenticidad (art. 427.1). Sólo entonces se produce una verdadera actividad probatoria distinta de la mera aportación del documento.

La impugnación puede referirse a aspectos muy distintos, como la correlación de la copia con su original, el verdadero sentido de la parte a la que se refiera la copia en relación con el resto del documento no aportado, la autenticidad misma del documento, su falsedad penal (debiendo plantearse, en su caso, una cuestión prejudicial). La falsedad ideológica deberá demostrarse en el mismo proceso y por los demás medios de prueba.

Para la verificación de la autenticidad del documento, la LEC establece el siguiente procedimiento, según se trate de documentos públicos o privados:

A) Públicos

Si se impugnase la autenticidad de un documento público se procederá de la forma siguiente: las copias, certificaciones o testimonios se cotejarán o comprobarán con sus originales, y las pólizas intervenidas por corredor de comercio colegiado se comprobarán con los asientos de su Libro Registro. El cotejo o la comprobación se practicará por el Secretario Judicial, que se constituirá al efecto en el archivo o local donde se halle el original matriz junto con las partes y sus defensores, si concurrieren, para lo que se les citará (art. 320).

Si el testimonio o la certificación lo fueren de una parte del documento, se deberá completar con las adiciones que solicite el litigante a quien pudiera perjudicar (art. 321).

No será posible el cotejo respecto de las escrituras y documentos que carezcan de protocolo, matriz, original o registro, o cuyo protocolo o matriz hubiera desaparecido, siendo, en tales casos, su fuerza probatoria la que determina el art. 1221 CC (art. 322 LEC).

B) Privados

Cuando se impugnare la autenticidad de un documento privado, el que lo haya presentado podrá pedir el cotejo pericial de letras (es decir, una propia prueba pericial que se regula de manera específica en los arts. 349 a 351 LEC) o proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente al efecto (art. 326.2).

Respecto de las copias reprográficas, dibujos, fotografías, pinturas, croquis, planos, mapas y documentos semejantes, si se impugnare su autenticidad, se procederá a su cotejo con el original, lo que se llevará a cabo por el Secretario Judicial, sin perjuicio de poder proponer las partes prueba pericial sobre dicho extremo (art. 334).

3. Exhibición

La aportación de los documentos debe hacerse respecto de aquellos que la parte posea o tenga a su disposición en un protocolo, archivo o registro. De aquellos otros de los que no pueda disponer, puede solicitar su exhibición del siguiente modo:

A) De la otra parte

Cada parte podrá solicitar de las demás la exhibición de documentos que no se hallen a su disposición y que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba. A la solicitud de exhibición (que se hará en la audiencia previa o en el acto de la vista) se acompañará copia simple del documento o, en su defecto, se indicará su contenido en los términos más exactos posibles (art. 328).

El requerimiento a su exhibición se practicará en el propio acto (audiencia previa o vista) o en la forma prevenida en el art. 161 LEC, y el requerido puede:

1) Acceder a exhibir el documento, en cuyo caso se testimoniará por el Secretario,
o

2) Negarse a exhibirlo. En tal caso, si la negativa es injustificada, el tribunal podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada por el solicitante o a la versión que de su contenido hubiese dado; aunque también podrá formular nuevo requerimiento para su aportación al proceso (art. 329).

Cuando hayan de utilizarse como medio de prueba los libros de los comerciantes se estará a lo dispuesto en las leyes mercantiles (arts. 32 y 33 Cdc), pudiendo, cuando así proceda, reclamar el tribunal de manera motivada y con carácter excepcional que se presenten ante él los libros o su soporte informático, siempre que se especifiquen los asientos que deben ser examinados (art. 327 LEC).

B) De terceros

Puede solicitarse de terceros no litigantes la exhibición de documentos de su propiedad cuando su conocimiento resulte trascendente a los fines de dictar sentencia, no considerándose terceros, a estos efectos, los titulares de la relación jurídica controvertida o de las que sean causa de ella, aunque no figuren como partes en el juicio.

Formulada la solicitud el tribunal ordenará la comparecencia del tercero y tras oírle resolverá lo procedente, sin ulterior recurso. Si el requerido no estuviere dispuesto a desprenderse del documento para su incorporación a los autos, será testimoniado por el Secretario en la sede del tribunal (arts. 330 y 331).

C) Entidades de Derecho público

Las dependencias del Estado, Comunidades Autónomas, provincias, Entidades locales y demás entidades de Derecho público y todas las entidades y empresas que realicen servicios públicos o estén encargadas de actividades de cualquier Administración, no podrán negarse a expedir las certificaciones o testimonios que sean solicitados por los tribunales ni oponerse a exhibir los documentos que obren en sus dependencias y archivos, excepto cuando se trate de documentación legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto (art. 332).

Cuando se trate de dibujos, fotografías, croquis, planos, mapas y otros documentos que no incorporen 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 exacta reproducción de su original (art. 333).

V. VALOR PROBATORIO

Para establecer la eficacia probatoria de los documentos se ha de partir de su autenticidad. Si ésta se ha admitido o no se ha discutido por las partes en el proceso, o ha quedado fijada en él por la actividad de verificación, el ordenamiento jurídico establece normas de valoración legal o tasada respecto de dicho medio de prueba.

A) Documentos públicos

1) Según dispone el art. 319.1 LEC, todos los documentos públicos enumerados en el art. 317 de la misma que se hayan aportado al proceso del modo establecido en el art. 318, es decir, en original, o por copia o certificación fehaciente, o por copia simple no impugnada, o impugnada sin éxito (y se hayan completado, en su caso, del modo prevenido en el art. 321), 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 intervengan en ella. Sin embargo, en materia de usura, los tribunales formarán libremente su convicción, sin quedar vinculados a lo establecido en este apartado (art. 319.3).

2) La fuerza probatoria de los documentos administrativos no comprendidos en los números 5º y 6º del art. 317 a los que las leyes otorguen el carácter de públicos, será la que establezcan dichas leyes. En defecto de disposición expresa, 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 de medio desvirtúen la certeza de lo documentado (art. 319.2).

3) Respecto de los documentos no susceptibles de cotejo, por haber desaparecido el protocolo, matriz u original, dispone el art. 1221 CC (al que se remite el 322.2 LEC), que harán prueba: 1º) Las primeras copias sacadas por el funcionario público que las autorizara; 2º) Las copias ulteriores libradas por mandato judicial con citación de los interesados; 3º) Las que sin mandato judicial se hubiesen sacado en presencia de los interesados y con su conformidad. A falta de las copias mencionadas, harán prueba cualesquiera otras que tengan la antigüedad de treinta o más años, siempre que hubieren sido tomadas del original por el funcionario que los autorizó u otro encargado de su custodia. Las demás copias sólo servirán como un principio de prueba por escrito, y las

copias de copia serán valoradas por los tribunales según las circunstancias.

4) Para todos los demás casos regirá el principio de libre valoración de la prueba.

5) En cuanto a los documentos públicos extranjeros, los que cumplan los requisitos del art. 323, antes mencionados, tendrán la fuerza probatoria prevista en el art. 319. En ellos, la existencia de las declaraciones de voluntad que contengan se tendrá por probada, pero su eficacia será la que determinen las normas españolas y extranjeras aplicables en materia de capacidad, objeto y forma de los negocios jurídicos (323.3).

B) Documentos privados

1) Reglas generales de la LEC: Acreditada su autenticidad, bien por admisión, bien por verificación, el documento privado tendrá pleno valor probatorio, en los mismos términos que para el público se establece en el art. 319. Cuando no se pudiese deducir su autenticidad o no se hubiere propuesto prueba alguna, el tribunal lo valorará conforme a las reglas de la sana crítica (art. 326).

2) Reglas específicas del CC (arts. 1225 y 1227 a 1230):

1ª) El documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubieren suscrito y sus causahabientes.

2ª) La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio.

3ª) Los asientos, registros y papeles privados únicamente hacen prueba contra el que los ha escrito en todo aquello que conste con claridad; pero el que quiera aprovecharse de ellos habrá de aceptarlos en la parte que le perjudiquen.

4ª) La nota escrita o firmada por el acreedor a continuación, al margen o al dorso de una escritura que obre en su poder, hace prueba en todo lo que sea favorable al deudor. Lo mismo se entenderá de la nota escrita o firmada por el acreedor al dorso, al margen o a continuación del duplicado de un documento o recibo que se halle en poder del deudor. En ambos casos, el deudor que quiera aprovecharse de lo que le favorezca, tendrá que pasar por lo que le perjudique.

5ª) Los documentos privados hechos para alterar lo pactado en escritura pública, no producen efecto contra tercero.

TEMA 27º

LA PRUEBA, III

(Esquema)

I. EL INTERROGATORIO DE LAS PARTES

1. Concepto y antecedentes

2. Elementos subjetivos

A) Personas físicas

- 1) Interrogatorio de parte contraria
- 2) Interrogatorio de parte colitigante
- 3) Declaración de tercero:
 - Legitimado no titular de la relación
 - Hechos no personales

B) Personas jurídicas: 1) Privadas

2) Públicas

C) Cargas de la parte declarante: - Comparecer

- Contestar
- Respuestas categóricas

3. Requisitos objetivos

A) Las preguntas

B) Los hechos

4. Procedimiento probatorio

a) Proposición

b) Tiempo y lugar

c) Prevenciones

d) Interrogatorio

e) Documentación

5. Valoración

- Reglas legales
- Valoración libre

II. RECONOCIMIENTO JUDICIAL

1. Concepto

- Concepto legal
- Características y diferencias con los demás medios de prueba: percepción directa

2. Admisibilidad

- Criterios legales: utilidad y pertinencia

3. Objeto del reconocimiento

- a) Lugares
- b) Objetos
- c) Personas

4. Procedimiento probatorio

a) Proposición

b) Admisión

c) Práctica

- En general: lugar, momento, sujetos, personas prácticas o entendidas
- Reconocimiento de personas

d) Práctica conjunta con otros medios de prueba

- Con la prueba pericial
- Con la prueba testifical
- Con el interrogatorio de las partes

e) Documentación

- Acta: autor del acto y autor del acta:
 - Datos objetivos
 - Datos subjetivos
- Medios de grabación

5. Valoración

- Por el mismo juez
- Por juez distinto: datos objetivos y subjetivos

III. LAS PRESUNCIONES

1. Concepto y naturaleza

No son medio de prueba

Concepto y elementos: - Hecho base

- Hecho presumido
- Nexo lógico

2. Clases

a) Legales:

- Concepto
- *Iuris et de iure*
- *Iuris tantum* o verdaderas presunciones

b) Judiciales

3. Efectos en materia de prueba

- Dispensa de la prueba del hecho presunto
- Cambio del objeto de la prueba: prueba del hecho indiciario

LA PRUEBA, III

Los medios de prueba (2). El interrogatorio de las partes. Reconocimiento judicial. Las presunciones: Concepto, naturaleza y clases de presunciones.

I. EL INTERROGATORIO DE LAS PARTES

1. Concepto y antecedentes

A la actividad probatoria consistente en la declaración de las partes en el proceso, contestando a las preguntas que la otra le formule, con el fin de conseguir certeza sobre los hechos controvertidos en el mismo, se le denomina en la LEC interrogatorio de las partes. Este medio de prueba tiene sus antecedentes en la prueba de "confesión" de la LEC de 1881, pero no supone un simple cambio de nombre respecto de ésta. La propia LEC se cuida de advertir en su Exposición de Motivos la diferencia cualitativa entre ambas, al decir que la confesión, en exceso tributaria de sus orígenes históricos y, por añadidura, mezclada con el juramento, *"es sustituida"* por una declaración de las partes que se aleja extraordinariamente de la rigidez de la "absolución de posiciones". Esta declaración ha de versar sobre las preguntas formuladas en un *"interrogatorio libre"*, lo que garantiza la espontaneidad de las respuestas, la flexibilidad en la realización de las preguntas y, en definitiva, la integridad de una declaración no preparada.

Partiendo de lo dispuesto en los arts. 301 y 302 LEC puede decirse que este medio de prueba denominado interrogatorio consiste en la declaración que prestan las partes, y excepcionalmente terceros, en respuesta a las preguntas que oralmente se les formulen por las demás partes sobre hechos y circunstancias de los que tengan noticia y que guarden relación con el objeto del juicio.

2. Elementos subjetivos

Es esencial a este medio de prueba que los sujetos del interrogatorio tengan la

condición de parte, debiendo realizarse personalmente por ellas, no por su procurador ni su abogado, si bien, excepcionalmente, el sujeto interrogado puede solicitar en determinados casos, a los que luego se hará referencia, que sea un tercero quien responda a las preguntas.

No es necesario que la parte interrogada se haya personado debidamente en el proceso (la situación de rebeldía de una parte no es obstáculo para la procedencia de este medio de prueba respecto de ella), pero es imprescindible que se haya personado en forma quien la proponga. La capacidad para responder a las preguntas no requiere de mayores exigencias que las propias de la capacidad de actuación procesal. Consecuentemente, por los menores e incapacitados, que carecen de capacidad procesal, comparecerá en el proceso y responderá al interrogatorio su representante legal.

A) Personas físicas

Si las partes son personas físicas, la LEC distingue las siguientes posibilidades de interrogatorio:

1) Interrogatorio de la parte contraria: Cada parte puede solicitar del tribunal el interrogatorio de las demás partes contrarias (art. 301.1). Tanto los que ocupen la posición de actores, como la de demandados, podrán, recíprocamente, interrogar y ser interrogados sobre los hechos de que tengan noticia que guarden relación con el objeto del proceso

2) Interrogatorio de la parte colitigante: La jurisprudencia mayoritariamente negaba la posibilidad de que un demandado pudiera pedir la confesión de otro codemandado, aunque en supuestos excepcionales, como por ejemplo en las tercerías, se admitía que el ejecutante, demandado en ella, pidiera la confesión del ejecutado, también demandado por el tercerista, lo que obedecía a que sus intereses eran contrapuestos. La LEC recoge este criterio y sienta el principio de que un colitigante podrá solicitar el interrogatorio de otro colitigante sólo cuando exista en el proceso oposición o conflicto de intereses entre ambos (art. 301.1).

3) Declaración de tercero: La posibilidad de deferir a un tercero la respuesta al interrogatorio se contempla en los dos siguientes supuestos:

a) Cuando la parte legitimada, actuante en el juicio, no sea el sujeto de la relación jurídica controvertida o el titular del derecho en cuya virtud se acciona (p. ej. en casos de cesión de derechos, sustitución procesal o de legitimación extraordinaria), podrá solicitar el interrogatorio de dicho sujeto o titular (art. 301.2). Sin embargo, no procederá el interrogatorio de las partes o personas a las que se refiere este artículo sobre los mismos hechos que ya hayan sido objeto de declaración por esas partes o personas (art. 314).

b) Cuando alguna pregunta se refiera a hechos que no son personales del declarante, éste podrá proponer que la conteste un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos por sus relaciones con el asunto, aceptando las consecuencias de la declaración. Pero para que se admita esta sustitución deberá ser aceptada por la parte que hubiese propuesto la prueba. En caso de no aceptarla, el declarante podrá solicitar que dicho tercero sea interrogado en calidad de testigo, decidiendo el tribunal lo que estime procedente (art. 308).

B) Personas jurídicas

Si la parte que ha de declarar es una persona jurídica, la LEC distingue los supuestos siguientes:

1) Tratándose de personas jurídicas privadas o entes sin personalidad, suele ocurrir que no siempre la persona física que intervino en el acto o negocio jurídico material que da lugar al proceso, es quien la representa en él, con lo cual la declaración de esta última, como representante de la entidad, podría resultar inútil, al desconocer las circunstancias singulares de los hechos controvertidos por los que se le preguntara. Para evitarlo, el art. 309.1 establece que, en tales casos, quien represente en juicio a la entidad deberá alegar dicha circunstancia en la audiencia previa al juicio, facilitando la identidad de la persona que intervino en los hechos para que sea citada e interrogada en el juicio. Si dicha persona ya no formara parte de la entidad, su representante podrá solicitar que se le

cite en calidad de testigo.

En los demás casos, cuando alguna concreta pregunta se refiera a hechos en que no hubiere intervenido el representante de la entidad, éste habrá de contestarla, ello no obstante, según sus conocimientos, dando razón de su origen e identificando a la persona que intervino en ellos, a fin de que pueda ser citada por el tribunal para ser interrogada fuera del juicio como diligencia final (art. 309.2 y 435.1.2ª).

2) Cuando sea parte en el proceso cualquier Administración (central, autonómica, local, institucional o corporativa) u organismo público, se le atribuye el privilegio de contestar por escrito a las preguntas que se le formulen. A tal fin, la parte a quien interese acompañará con la proposición de prueba una lista de preguntas que, previa declaración de pertinencia, se remitirán, sin esperar al juicio o a la vista, a la parte que deba responderlas. Esta lo hará por escrito y entregará su respuesta antes de la fecha señalada para aquellos actos, en los que se procederá a su lectura. Tras ella, las demás partes podrán formular preguntas complementarias que responderá, de ser posible, la representación procesal del ente público, y si no pudiere hacerlo, se remitirá nuevo interrogatorio por escrito como diligencia final (art. 315).

C) Cargas de la parte declarante

La LEC impone tres cargas procesales a la parte propuesta para ser interrogada:

1) La primera es la de comparecer: La parte debe comparecer personalmente ante el órgano jurisdiccional para responder a las preguntas que se le formulen. En caso de incomparecencia injustificada, además de imponerle la multa prevista en la ley, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiere intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial, a cuyo efecto se le apercibirá convenientemente en la citación (art. 304).

2) La segunda es la de contestar: Salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, la parte llamada a declarar debe responder las preguntas pertinentes que se le formulen, y si se negare a hacerlo se le apercibirá en el acto de que el tribunal puede

considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte (art. 307.1).

3) Y la tercera la de dar respuestas categóricas: Las respuestas han de ser precisas y concretas. Si, por el contrario, fueren evasivas o inconcluyentes, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, hará ese mismo apercibimiento de poder considerar reconocidos como ciertos los hechos personales y perjudiciales a los que las preguntas se refieran (art. 307.2).

3. Requisitos objetivos

A) Las preguntas

Las preguntas del interrogatorio están sometidas al siguiente régimen:

1) Han de formularse oralmente, en el acto mismo de practicarse la prueba. Por excepción, se harán por escrito en el caso, ya examinado, de que la parte a interrogar sea un ente público, así como en los casos especiales de interrogatorio domiciliario (art. 311.2) y por vía de auxilio judicial (art. 313), a los que luego se hará referencia.

2) Han de ser enunciadas en sentido afirmativo, con claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaren, se tendrán por no realizadas (art. 302.1). Esa formulación afirmativa de las preguntas encuentra en la ley dos excepciones: a) la petición de aclaraciones que puede realizar el tribunal (art. 306.1.2), y b) las observaciones que pueden hacerse directamente las partes, cuando no sea preceptiva la intervención de abogado, para la determinación de los hechos relevantes en el proceso (art. 306.2).

3) Deben hacer referencia a los hechos controvertidos en el proceso (art. 302.2).

4) Una vez formuladas, el juez debe decidir sobre su admisibilidad con arreglo a las reglas anteriormente expuestas, de modo que impedirá que se dé respuesta por el interrogado a las que no cumplan dichos requisitos (art.302.2) y resultaren, por tanto,

inadecuadas, por no formularse en sentido afirmativo, o improcedentes, por ser, según la tradicional denominación forense, capciosas, sugestivas, impertinentes o inútiles para la averiguación o aclaración de la controversia.

El control de la admisibilidad no se reserva en exclusiva al órgano jurisdiccional, sino que la parte que haya de responder al interrogatorio, así como su abogado, en su caso, podrán impugnar en el acto la admisibilidad de las preguntas y hacer notar las valoraciones y calificaciones contenidas en ellas que sean, en su criterio, improcedentes y deban tenerse por no realizadas (art. 303), resolviendo seguidamente el juez lo que proceda.

B) Los hechos

A diferencia de lo establecido en el derogado art. 1231 CC a propósito de la prueba de confesión, en la LEC no se requiere que el interrogatorio tenga por objeto hechos personales de la parte que deba declarar, sino que podrá recaer sobre cualesquiera "hechos y circunstancias de los que -las partes- tengan noticia" (art. 301.1). Se reconoce, así, que este medio de prueba consiste en una declaración de conocimiento y no una declaración de voluntad.

La distinción entre hechos personales y hechos de simple conocimiento se mantiene, sin embargo, a los efectos de la valoración legal de la prueba (art. 316.1), de modo que sólo las preguntas sobre los primeros darán lugar a que el tribunal pueda considerar como ciertos los hechos a los que las mismas se refieran, ya sea en el caso de respuesta afirmativa (art. 316.1), ya en el de que la parte citada no comparezca, o se niegue a responder, o conteste con preguntas evasivas o inconcluyentes (arts. 304 y 397).

También se tiene en cuenta esta distinción a los efectos, antes mencionados, de provocar la declaración de la persona que intervino en la relación jurídica controvertida (arts. 308 y 309.1 y 2).

4. Procedimiento probatorio

a) Proposición: La prueba de interrogatorio se propondrá por la parte a quien interese en la audiencia previa del juicio ordinario, o en el acto de la vista en el juicio verbal (arts. 429.1 y 443.4).

b) Tiempo y lugar: Una vez admitida (art. 285), se procederá a su práctica en el día señalado para el acto del juicio o en el de la vista (arts. 429.2 y 443.4), conforme a las reglas generales establecidas en los arts. 289 y 290, en la sede del órgano jurisdiccional (art. 169.4).

Si la persona que haya de contestar a las preguntas no pudiera comparecer en dicha sede, por causa de enfermedad o de otras circunstancias especiales, la declaración se podrá prestar en su domicilio, en el que se constituirán el juez o miembro del tribunal que corresponda, el Secretario Judicial y las partes y sus abogados. Pero si, a juicio del tribunal, la concurrencia de estas y estos últimos no fuere procedente teniendo en cuenta las circunstancias de las personas y del lugar, se celebrará el interrogatorio a presencia del juez y secretario, pudiendo presentar, en tal caso, la parte proponente un pliego de preguntas que, previa declaración de pertinencia, serán formuladas por el juez o miembro del tribunal a quien deba responderlas (art. 311).

Cuando la parte o persona que hubiese de responder al interrogatorio resida fuera de la demarcación del órgano judicial y, ya por sus circunstancias personales, ya por razón de la distancia, la dificultad del desplazamiento u otra causa de análogas características, resultare imposible o muy gravosa su comparecencia en la sede del juzgado o tribunal, podrá practicarse el interrogatorio por auxilio judicial. En tales casos, si la parte proponente no pudiere concurrir al acto del interrogatorio, se acompañará al despacho la relación de preguntas formuladas por ella que haya declarado pertinentes el juzgado o tribunal que conozca del asunto, para que la parte o persona que haya de declarar sea examinada a tenor de las mismas (arts. 313 y 169.4.2).

Es obvio que en estos casos no existe verdadera intermediación, aunque la prueba haya de practicarse en presencia judicial.

c) Prevenciones: A fin de garantizar la espontaneidad y veracidad en las respuestas, dispone la ley que cuando sobre unos mismos hechos controvertidos hayan de declarar dos o más partes, o personas asimiladas a ellas, o varios litisconsortes, se adoptarán las medidas necesarias para evitar que puedan comunicarse y conocer previamente el contenido de las preguntas que se les vayan a formular y de las respuestas

que otros hubieren dado (art. 310).

d) Interrogatorio: El interrogatorio se practicará de forma directa, por el abogado de la parte que solicitó la prueba, y una vez contestadas sus preguntas, los abogados de las demás partes y el de aquella que declare podrán, por este orden, formular al declarante nuevas preguntas que reputen conducentes para la determinación de los hechos, lo que se hará en todo caso bajo el control del órgano jurisdiccional, que deberá repeler las que sean impertinentes o inútiles (art. 306.1).

La parte interrogada responderá por sí misma, sin valerse de ningún borrador de respuestas, pero se le permitirá consultar en el acto documentos y notas o apuntes, cuando a juicio del tribunal sean convenientes para auxiliar a la memoria. Las respuestas habrán de 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 para el esclarecimiento del hecho, siempre que guarden relación con las cuestiones planteadas (art. 305).

Cuando no sea preceptiva la intervención de abogado, las partes podrán hacerse recíprocamente las preguntas y observaciones que estimen convenientes, cuidando el tribunal de que no se atraviesen la palabra ni se interrumpen (art. 306.2).

Durante el curso del interrogatorio, el juez que presida la práctica de la prueba podrá solicitar al declarante aclaraciones a las respuestas dadas por el mismo a las preguntas formuladas por las otras partes, y concluido el interrogatorio cruzado de éstas, podrá también el juez interrogar por sí a la parte llamada a declarar acerca de los hechos que sean objeto de la controversia (art. 306).

e) Documentación: La práctica del interrogatorio se documentará por el Secretario del modo establecido para la documentación de las vistas en el art. 187 LEC, registrándose en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido. En caso de interrogatorio domiciliario se documentará por escrito, extendiéndose acta suficientemente circunstanciada de las preguntas y las respuestas (art. 312).

5. Valoración

En orden a su valoración, este medio de prueba está sometido a las reglas siguientes:

1ª) La primera es que si no lo contradice el resultado de las demás pruebas, en la sentencia se considerarán ciertos los hechos que la parte haya reconocido como tales si en ellos intervino personalmente y su fijación como ciertos le es enteramente perjudicial (art. 316.1). Esta regla legal de valoración no implica, sin embargo, que la respuesta afirmativa constituya una prueba absolutamente tasada, por cuanto la propia norma subordina su eficacia a la valoración que el juez realice, conforme a la sana crítica, de los demás medios de prueba: sólo tendrá el valor legal que se le atribuye si no resulta contradicha por el resultado de las demás pruebas. Ello significa que cuando sobre un mismo hecho existen dos medios de prueba con valor legal (p. ej. documento público y reconocimiento del hecho en interrogatorio), y su resultado es diferente, ninguno de ellos puede tener valor legal, debiendo el juez valorarlos conforme a los dictados de la sana crítica.

Las otras reglas legales no se refieren a la valoración del resultado de la prueba, sino a la que pueda merecer la conducta procesal de la parte llamada a declarar. Y tampoco son de aplicación imperativa, sino que se someten en cada caso al razonable criterio del juzgador. Son estas:

2ª) Si la parte citada para el interrogatorio no compareciere al juicio, el tribunal podrá considerar reconocidos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente y cuya fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial (art. 304.1)

3ª) Si la parte llamada a declarar se negare a hacerlo o sus repuestas fueren evasivas o inconcluyentes, el tribunal la apercibirá en el acto de que, salvo que concurra una obligación legal de guardar secreto, podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos a que se refieran las preguntas, siempre que el interrogado hubiese intervenido en ellos personalmente y su fijación como ciertos le resultare perjudicial en todo o en parte (art. 307).

En todo lo demás, los tribunales valorarán las declaraciones de las partes (o de las personas que lo hagan por ellas en los casos a los que se refiere el art. 301.2) según las reglas de la sana crítica (art. 316.2). En la valoración de este medio de prueba conforme a los dictados del discernimiento y la razón se habrá de tener en cuenta, como pauta orientativa, el tradicional criterio de la indivisibilidad de la declaración, conforme al cual las respuestas relativas a un hecho deberán entenderse en su conjunto, sin que sea posible desarticular ese conjunto para estar sólo a aspectos parciales del mismo, no siendo, por tanto, admisible aceptar la declaración en lo que perjudica al declarante y rechazarla en lo que le favorece.

II. RECONOCIMIENTO JUDICIAL

1. Concepto

Dice el art. 353 LEC 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.

Por regla general las afirmaciones de hecho que realizan las partes en el proceso suelen estar referidas al pasado, y la prueba que en él se practica tiende a verificar si esas afirmaciones se corresponden con los hechos tal y como ocurrieron. Nada impide, sin embargo, que los hechos afirmados por las partes sean presentes, esto es, que permanezcan en el momento de su afirmación (en los actos de alegación) y en el de su verificación (de su prueba), siendo esta circunstancia, como explica MONTERO, la que sirve para caracterizar al reconocimiento judicial, que consiste en la actividad procesal por la que el juez percibe directamente por sus sentidos los hechos objeto de la prueba o las huellas o vestigios dejados por esos hechos.

La diferencia con los demás medios de prueba radica en que en éstos el juez percibe los hechos de manera indirecta, a través del documento, el testigo o el perito, mientras que en el reconocimiento la percepción es directa: nada se interpone entre el juzgador y el hecho, pues lo percibe "por sí mismo", esto es, directamente con sus

sentidos (todos los sentidos, y no sólo con la vista, como erróneamente podría desprenderse de la denominación de inspección ocular que aún persiste en el ámbito del proceso penal).

Prieto Castro proponía como curioso ejemplo de percepción gustativa el del proceso en que un comerciante demandara a un fabricante de caramelos por haberle vendido una partida de mala calidad, preguntándose si no podría el juez probar uno de ellos realizando con ello un verdadero reconocimiento.

2. Admisibilidad

En la antigua práctica judicial se solía entender que este medio de prueba sólo debía acordarse cuando con el mismo se pudiera obtener un resultado decisivo, cuando el reconocimiento fuera absolutamente necesario, o cuando ese resultado probatorio del hecho controvertido no pudiera conseguirse por los demás medios de prueba propuestos por las partes. Se solía decir, en este sentido, que se trataba de un medio de prueba subsidiario.

Modernamente se interpretó por la doctrina y la jurisprudencia que la procedencia de este medio de prueba no podía depender de motivos circunstanciales, sino exclusivamente de los criterios legales determinantes de la admisibilidad de cualquier medio de prueba (legalidad, pertinencia y utilidad), y en este mismo sentido se manifiesta expresamente la LEC al disponer que se acordará el reconocimiento judicial que se proponga por las partes tanto cuando sea necesario, como cuando sea conveniente, es decir, útil y pertinente, para el esclarecimiento y apreciación de los hechos controvertidos.

3. Objeto del reconocimiento

El reconocimiento judicial puede tener por objeto la misma cosa litigiosa o cualquier otro elemento material susceptible de percepción sensible que resulte idóneo y provechoso para acreditar la realidad controvertida en el proceso. Según dispone el art. 353 LEC, podrá llevarse a cabo sobre cualquier "lugar, objeto o persona".

a) El reconocimiento de lugares se refiere, fundamentalmente, al de los bienes inmuebles en general, aunque también puede afectar a sitios, zonas o parajes, y constituye el objeto de más frecuente examen en la práctica tradicional de este medio de prueba, estando referido, por lo común, al aspecto estático de dichos bienes, aunque puede comprender otros dinámicos o mutables (p. ej., comprobación de corrientes de viento o aparición de humedades).

b) En el reconocimiento de objetos se comprende el de las cosas muebles en el sentido del art. 335 CC, tanto si se pueden trasladar a la sede del juzgado como si no, y el de los semovientes; pero también se debe incluir en él, el de todo aquello que no sea documento escrito o medio de reproducción o archivo, cuyo tratamiento como específico medio de prueba se regula, respectivamente, en las secciones 2ª y 3ª y 8ª del Capítulo VI del Título I, Libro II LEC.

c) El reconocimiento de personas puede atender tanto a las exterioridades del cuerpo, es decir a sus circunstancias físicas, como a las condiciones o aptitudes anímicas, psicológicas o mentales, de modo que el examen puede ser corporal o psíquico, pero en todo caso se deberá garantizar el respeto a la dignidad e intimidad (art. 355.2). Todas las razones que el TC y el TS han dado para posibilitar las pruebas biológicas, en las que la inferencia consiste en la extracción de unos pocos c.c de sangre (SSTC. 37/1989, 7/1994 y 95/1999, y SSTS. 18-mayo-94, 8-marzo-95, 28-mayo-99), son aplicables para posibilitar el examen corporal de una persona por el juez, sin que ello conlleve vulneración de los derechos a la integridad física o moral (art. 15 CE) o al honor y la intimidad (art. 18.1 CE).

4. Procedimiento probatorio

a) *Proposición*: La proposición se efectuará en la audiencia preliminar, o en el acto de la vista en los juicios verbales, expresándose por la parte que lo solicite los extremos principales a que quiere que se refiera el reconocimiento, indicando, además, si pretende concurrir al acto con alguna persona técnica o práctica en la materia. Las demás

partes podrán proponer otros extremos que sean de su interés, manifestando, asimismo, si asistirán con alguna de dichas personas (art. 353.1 y 2).

b) Admisión: El juez o tribunal se pronunciará en el acto sobre la admisión del medio de prueba, determinando la amplitud que haya de tener el reconocimiento y señalando con cinco días de antelación, por lo menos, el día y hora en que haya de practicarse (art. 353.2 y 3).

c) Práctica: El reconocimiento se practicará en la sede del órgano jurisdiccional o en el lugar en el que se encuentre lo que constituya su objeto, si no fuere posible transportarlo hasta ella. Si el objeto a reconocer se hallare fuera de la circunscripción del tribunal que conozca del asunto, y éste no considere posible o conveniente hacer uso de la facultad que la LEC le concede para desplazarse fuera de ella, podrá practicarse mediante auxilio judicial (art. 169.2).

El día, hora y en el lugar señalados se procederá a practicar el reconocimiento de lo que constituya su objeto, pudiendo acordar el tribunal cualquier medida que considere necesaria para su efectividad, incluida la entrada en el lugar que deba reconocerse o en el que se halle el objeto o persona que deba reconocer (art. 354.1).

El reconocimiento se practicará por el juez o miembro del tribunal de que se trate, asistido del Secretario judicial, pudiendo concurrir al acto las partes, sus procuradores y abogados, acompañados, en su caso, de las personas técnicas o prácticas en la materia que hubieren designado al tiempo de la proposición o de la ampliación del medio de prueba, a cuyo fin deberán ser aquéllas oportunamente citadas. Las partes, o sus abogados, podrán formular de palabra las observaciones que estimen oportunas, y el juez, de oficio o a instancia de parte, procederá a oír, si lo considerase conveniente, las observaciones o declaraciones de dichas personas entendidas, recibiendoles previamente juramento o promesa de decir verdad (art. 354).

La intervención de estas personas entendidas o prácticas no supone una propia prueba pericial (cuya práctica conjunta con el reconocimiento judicial se regula expresamente en el art. 356 LEC), sino un supuesto especial de mera colaboración o

auxilio para facilitar la labor del juez en el examen que ha de realizar.

Tratándose de personas, si su reconocimiento no tuviere por objeto a aspectos puramente físicos, se practicará a través de un interrogatorio realizado por el tribunal que se adaptará a las necesidades de cada caso concreto. Dicho interrogatorio podrá practicarse, si las circunstancias lo aconsejaren, a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal, pudiendo intervenir las partes siempre que el tribunal no lo considere perturbador para el buen fin de la diligencia (art. 355.1).

d) Práctica conjunta con otros medios de prueba: Con la finalidad de lograr el más completo esclarecimiento de los hechos, la LEC prevé la práctica conjunta del reconocimiento judicial con los siguientes medios de prueba:

1) Con la prueba pericial: Dado el carácter instrumental de la prueba pericial, se contempla en la LEC la posibilidad de que la misma se practique conjuntamente con el reconocimiento, en un solo acto, sobre el mismo lugar, objeto o persona, lo que podrá acordarse de oficio o a instancia de parte (art. 356). En este supuesto tiene lugar, con el reconocimiento, una verdadera prueba pericial, no una simple asistencia de personas entendidas.

2) Con la prueba testifical: A instancia de parte, y a su costa, el tribunal podrá acordar que los testigos sean examinados a continuación del reconocimiento, cuando la vista del lugar o de las cosas o personas pueda contribuir a la claridad de su testimonio (art. 357.1).

3) Con el interrogatorio de las partes: También a instancia de parte podrá acordarse, si se dan iguales circunstancias que las antes mencionadas, que el interrogatorio de la parte contraria se practique a continuación del reconocimiento judicial (art. 357.2).

e) Documentación: Dice el art. 358 LEC que del reconocimiento practicado se levantará por el Secretario judicial acta detallada, en la que se consignarán con claridad las percepciones y apreciaciones del juez, así como las observaciones hechas por las partes y, en su caso, por las personas entendidas que les asistan. En el caso de que se

hubiese practicado el reconocimiento conjuntamente con otra prueba, se recogerá también en el acta su resultado.

Este instrumento, que es un acta de las denominadas de constancia en el art. 280.1 LOPJ, ofrece la particularidad de que son sujetos distintos el autor del acto que se documenta (el juez o miembro del tribunal), que es el que debe expresar las percepciones y apreciaciones que obtenga del examen que realice, y el autor del acta (el secretario), que es el que debe dejar constancia fidedigna de la actividad procesal realizada. La LEC no ofrece solución al problema que pudiera surgir como consecuencia de una diversa apreciación del resultado de dicho acto, por lo que, en tales casos, se debería distinguir entre estas dos clases de datos:

1) Los datos objetivos, esto es, aquellos sobre los que no se realiza una apreciación, sino una simple constatación de existencia y circunstancias (p. ej., la distancia entre dos puntos, si desde un punto se divisa otro, etc). En estos casos es difícil que exista una divergencia entre el autor del acto y el autor del acta, pero si se produjere, se habría de procurar repetir el examen (la medición o la observación), con objeto de hacer coincidir el dato observado por el juez con el observado por el poseedor de la fe pública.

2) Los datos subjetivos, esto es, los que supongan percepciones, deducciones o conclusiones que se realizan a partir de otros datos objetivos. Estos pueden ser apreciados de modo diferente por el juez y el secretario, pero esta posible divergencia halla su solución en las funciones que a uno y otro competen en el proceso: el secretario no debe describir esas percepciones o deducciones como él las aprecie, sino que debe limitarse a dejar constancia de cómo dice el juez que él, que es a quien compete, aprecia la cosa examinada.

Además del acta, la LEC contempla la posibilidad de utilizar, como complemento de la misma, medios de grabación de imagen y sonido, u otros instrumentos semejantes, para dejar constancia de lo que haya sido objeto del reconocimiento realizado (art. 359).

5. Valoración

En la LEC no existe ninguna norma sobre valoración de esta prueba, lo que resulta lógico si se tiene en cuenta que, por regla general, el propio juez que ha practicado el reconocimiento y apreciado por sí mismo su resultado, será el que dicte la sentencia, para lo que atenderá a la convicción personal que con dicho reconocimiento se haya formado. Sin embargo no siempre ocurre así, por lo que conviene distinguir:

1) Cuando el juez que realiza el reconocimiento es el mismo que dicta la sentencia, carece de sentido distinguir entre prueba legal y prueba libre, pues ineludiblemente aquél estará a lo que ha percibido por sus sentidos y no podrá sustraerse a lo que ha constatado.

2) Cuando el juez que dicte la sentencia sea distinto del que practicó el reconocimiento, se habrá de distinguir entre los datos objetivos del acta (mera constatación del objeto y sus circunstancias) y los datos subjetivos (apreciaciones o percepciones). Los primeros no pueden ser desconocidos en la sentencia, habiendo declarado la jurisprudencia que se vulneran las reglas de la sana crítica si se niegan datos irrefutables reflejados en el acta; mientras que los segundos no vinculan al juez sentenciador.

III. LAS PRESUNCIONES

1. Concepto y naturaleza

Entre los medios de prueba solía incluirse tradicionalmente a las presunciones. Ello obedecía a que el Código Civil, al ocuparse de la prueba de las obligaciones, mencionaba las presunciones como uno más de dichos medios en el artículo 1225 (precepto derogado por la LEC/2000), pero ni el artículo 578 de la LEC de 1881 las incluía entre los medios que enumeraba, ni la doctrina más autorizada consideraba que se tratara de un verdadero medio de prueba, sino más bien de un método, sistema o procedimiento lógico para la fijación de hechos a partir de otros hechos que habían quedado acreditados en el proceso a través de propios medios de prueba. En el art. 299 de

la nueva LEC tampoco se mencionan entre los medios de prueba, y en la propia redacción del epígrafe correspondiente al capítulo VI del Título I del Libro II de dicha Ley, se destaca su diversidad conceptual al contraponer "los medios de prueba y las presunciones".

En sentido jurídico la presunción consiste en un razonamiento lógico en virtud del cual, partiendo de una hecho que está probado o admitido por las dos partes, se llega a la consecuencia de la existencia de otro hecho, que es el supuesto fáctico de una norma, atendido el nexo lógico existente entre los dos hechos (MONTERO). En toda presunción existe, pues:

a) Un hecho base o indicio, que ha de ser afirmado por una parte en el proceso y ha de quedar después probado por ella mediante cualquier medio de prueba, o admitido por la contraria.

b) Un hecho presumido, que ha de ser afirmado también por la parte y que constituye el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación pretende.

c) Un nexo lógico entre los dos hechos, que es precisamente la presunción y que puede estar establecido directamente por el legislador (ordenando al juez que a partir de un hecho indiciario probado dé por existente el hecho presumido), o puede dejarse su establecimiento al juez en cada caso concreto.

2. Clases

De lo dicho se desprende que existen dos clases de presunciones: legales y judiciales.

a) Presunciones legales

En las presunciones legales el nexo lógico entre el hecho indiciario y el hecho presumido viene establecido por el propio legislador en una norma procesal que ha de referirse a un efecto probatorio y en la que han de preverse aquellos dos hechos. Por tal razón, como pone de manifiesto MONTERO, no son presunciones legales las reglas de

interpretación o disposiciones supletorias (arts. 393, 1127, 1138, 1453, 1562, 1711 CC), ni las normas que establecen verdades interinas, las llamadas presunciones de buena fe o las presunciones de culpa (arts. 79, 434, 1183. 1769 CC). Sí lo son, en cambio, las de los arts. 193 y 194 CC, sobre fallecimiento, 436, 448 y 459 CC, sobre posesión, o 572, 573 y 574 CC, sobre medianería, entre otras (pueden también citarse los arts. 135, 359, 449, 1189, 1191, 1361, 1442, 1491, 1592 y 1638 CC).

Dentro de las presunciones legales se distingue entre presunciones *iuris et de iure* o absolutas, que no admiten prueba en contrario, y presunciones *iuris tantum* o relativas, que sí la admiten. Pero las primeras, en realidad, no son verdaderas presunciones, sino un modo especial en que el legislador establece una norma integrada, como todas, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica: una manera especial de establecer que de un determinado supuesto de hecho se deriva directamente una consecuencia jurídica.

Las verdaderas presunciones legales son las *iuris tantum*. En ellas, el legislador plasma lo que puede llamarse principio de normalidad en la producción de los hechos o, si se prefiere, máximas de la experiencia, conforme a las cuales se reconoce que lo normal es que, establecido un hecho, se ha de llegar a la consecuencia de la existencia de otro, lo cual no puede impedir, naturalmente, la práctica de la prueba sobre la inexistencia del hecho consecuencia o hecho presumido, admitiéndose, por tanto, la prueba en contrario.

A las presunciones legales se refiere el art. 385 LEC en los siguientes términos:

1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecido mediante admisión o prueba.

2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamente la presunción.

3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba.

b) Presunciones judiciales

En las presunciones judiciales, a diferencia de las legales, el nexo lógico o enlace entre el hecho base indicio y el hecho presumido no lo establece la ley, sino que lo efectúa el juez conforme a las reglas de la lógica. A ellas se refiere el art. 386 LEC en los términos siguientes:

1. 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.

La sentencia en que se aplique la presunción deberá incluir en su motivación el razonamiento en virtud del cual el tribunal la haya establecido.

2. 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 2 del art. 385.

3. Efectos en materia de prueba

La presunción, sea legal o judicial, no dispensa por completo de la prueba. Como señala MONTERO, la parte que pretenda estar favorecida por la presunción legal, o que aspire a que el juez realice el razonamiento en que consiste la presunción judicial, habrá de afirmar y probar el hecho base o indicio. La presunción sólo dispensa de probar el hecho presumido (así se recoge en los arts. 385.1 y 386.1 LEC), por lo que se ha dicho que en lugar de dispensar de la prueba, el efecto que produce es referirla a un hecho distinto del que es el supuesto fáctico de la norma cuya aplicación se pide.

TEMA 28

LA PRUEBA, IV

(Esquema)

I. INTERROGATORIO DE TESTIGOS

1. Concepto

- Notas caracterizadoras del testigo: persona física, tercero, hechos de conocimiento propio, declaración en el proceso
- Significado del informe por escrito y del testigo-perito

2. Requisitos subjetivos

- a) *Idoneidad*: - Inidoneidad: exclusión
- b) *Garantía de imparcialidad*: - Tachas. Efectos: valoración prueba
- c) *Deberes y derechos*
 - Deberes: comparecer, prestar juramento o promesa, declarar, decir verdad
 - Derechos: indemnización

3. Requisitos objetivos

- a) *Los hechos objeto del interrogatorio*
- b) *Las preguntas*: a') Generales de la ley
b') Sobre el hecho controvertido

4. Procedimiento probatorio

- a) *Proposición*: - En el juicio ordinario
 - En el juicio verbal
 - Número
 - Admisión
- b) *Tiempo y lugar*: - Día señalado
 - Sede del tribunal
 - Domicilio
 - Auxilio judicial
- c) *Práctica de la declaración*: - Orden y prevenciones
 - Juramento, generales
 - Preguntas
 - Más de tres testigos
 - Careo

d) Documentación

5. Valoración

II. DICTAMEN DE PERITOS

1. Concepto

- Notas caracterizadoras de los peritos: persona física o jurídica, conocimientos especiales, máximas de la experiencia

2. Requisitos subjetivos

- a) Idoneidad:* - Titulados, no titulados, Academias, personas jurídicas
- b) Garantías de imparcialidad:* a') Recusación: Causas. Efectos: sustitución
b') Tachas: Causas. Efectos: valoración prueba
- c) Deberes y derechos*

3. Objeto de la pericia

- a) En general*
- b) Cotejo de letras*

4. Procedimiento probatorio

Novedad del sistema

A) Aportación de dictámenes elaborados por peritos designados por las partes

Momentos preclusivos: Con la demanda o la contestación; antes de la audiencia previa o de la vista; antes del juicio.

B) Dictamen de perito designado por el tribunal

- a) Casos en que procede: 1) Asistencia jurídica gratuita
2) A propuesta de las partes: momento para solicitarlo
3) De oficio en procesos sobre filiación, paternidad y maternidad, capacidad y matrimoniales
- b) Nombramiento y aceptación: - Nombramiento
- Número
- Aceptación o renuncia
- Juramento o promesa
- c) Elaboración del dictamen: - Reconocimiento del objeto
- Intervención de las partes
- Emisión y remisión del dictamen

C) Posible actuación de los peritos en el juicio o vista

- Contenido del acto
- Documentación

5. Valoración

III. MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DEL SONIDO O LA IMAGEN E INSTRUMENTOS DE ARCHIVO

1. Concepto y naturaleza

2. Procedimiento probatorio

a) Aportación

b) Verificación: - Instrumentos de reproducción

- Instrumentos de archivo

- Otros instrumentos

3. Valoración

IV. DILIGENCIAS FINALES

1. Concepto y naturaleza

2. Procedencia y objeto

3. Procedimiento

LA PRUEBA, IV

Los medios de prueba (3). Testigos. Peritos. Medios de reproducción del sonido o la imagen e instrumentos de archivo. Diligencias finales.

I. INTERROGATORIO DE TESTIGOS

1. Concepto y notas caracterizadoras

La prueba de interrogatorio de testigos consiste en la declaración que una persona ajena al proceso realiza dentro del mismo, respondiendo a las preguntas que se le formulen por las partes y por el tribunal sobre hechos relevantes para lo que sea objeto del juicio, de los que haya tenido conocimiento previo, bien por haberlos presenciado, bien por saberlos de referencia, dando la razón de ciencia de sus dichos.

Se trata, pues, de un medio probatorio de naturaleza personal en el que la fuente de prueba está constituida por el testigo y su conocimiento de los hechos. Las notas que caracterizan a este sujeto deponente son las siguientes:

1ª) Ha de ser una persona física, pues sólo éstas tienen aptitud para formar su conocimiento mediante la percepción por sus sentidos de los hechos sobre los que han de declarar. A ello no se opone lo que la LEC autoriza en el art. 381 a propósito de la declaración por escrito que puede solicitarse de personas jurídicas y entidades públicas sobre hechos relevantes para el proceso, pues se trata, en realidad, de informes relativos a su propia actividad.

La persona jurídica, por esencia, no puede adquirir conocimiento de hechos y los informes que emita no pueden tener otro origen que el que conste documentado o registrado en sus archivos. El contenido de este mismo precepto evidencia que no se trata de una verdadera prueba testifical, al establecer que a la vista e las respuestas escritas se podrá citar al juicio a la persona o personas físicas cuyo testimonio pueda resultar pertinente y útil para aclarar o completar aquel informe (art. 381.3).

2ª) Ha de tener la condición de tercero. Quien actúa como parte en el proceso o es

el titular de la relación jurídica controvertida o del derecho en cuya virtud de acciona por otra persona legitimada para ello, no puede declarar como testigo (por afectarle de modo absoluto la parcialidad), sino en la forma establecida para el interrogatorio de las partes.

3ª) Ha de declarar sobre hechos de conocimiento propio, lo que le diferencia del perito. Su declaración no tiene por objeto transmitir reglas generales o máximas de la experiencia, sino detalles históricos concretos que haya visto u oído.

La LEC permite al testigo que completar su testimonio con los conocimientos científicos, técnicos, artísticos o prácticos que posea (art. 370.4), pero ello no es excluyente de aquella característica. El denominado en la ley "testigo-perito" es, en realidad, sólo testigo: puede agregar a sus respuestas los datos que se deriven de los conocimientos específicos que posea, pero el objeto de su declaración son los hechos concretos que conozca por propia percepción, ya sea directa, ya indirecta o referencial. Ni por la forma de ser traído al proceso, ni por el conocimiento que tiene del objeto sobre el que declara, ni por el modo de emitir sus respuestas, puede ser considerada la actividad de dicho sujeto como un dictamen pericial.

4ª) Debe prestar su declaración dentro del proceso y en la forma prevista en la ley.

Las manifestaciones efectuadas ante un Notario de las que luego se aporta al juicio el acta en que se contienen, no es verdadera prueba testifical.

2. Requisitos subjetivos

a) Idoneidad

Para declarar como testigo no se requiere que el sujeto posea capacidad de obrar, sino que la LEC considera suficiente la aptitud necesaria para percibir los hechos y para dar razón de su percepción. Consecuentemente, pueden ser testigos todas las personas, cualquiera que sea su edad, salvo que se encuentren en alguno de estos dos casos: 1) Que se hallen permanentemente privadas de razón; 2) Que estén privadas del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento as través de los mismos.

Los menores de catorce años podrán declarar como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente, lo que habrá de determinarse antes del inicio de su declaración (art. 361).

La falta de idoneidad excluye de declarar como testigo.

b) Garantía de imparcialidad. Tachas

Distinta de la idoneidad es la mínima exigencia de imparcialidad para declarar en un proceso determinado, lo que no está referido a la aptitud del sujeto, sino a las singulares circunstancias que por poder afectar a la veracidad de su testimonio en el caso concreto le hagan sospechoso de parcialidad. Como no resulta posible determinar siempre de un modo directo si el testigo será o no parcial en sus respuestas, la ley establece apriorísticamente una sospecha con base en ciertos hechos objetivos que permiten tacharle por tal motivo.

En este sentido establece el art. 377 LEC que cada parte podrá tachar los testigos propuestos por la contraria en quienes concurren algunas de las causas siguientes:

1ª) Ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuatro grado civil de la parte que lo haya presentado o de su abogado o procurador o hallarse relacionado con ellos por vínculo de adopción, tutela o análogo.

2ª) Ser, al prestar declaración, dependiente del que lo hubiere propuesto o de su procurador o abogado o estar a su servicio o hallarse ligado con alguno de ellos por cualquier relación de sociedad o intereses.

3ª) Tener interés directo o indirecto en el asunto de que se trate.

4ª) Ser amigo íntimo o enemigo de una de las partes o de su abogado o procurador.

5ª) Haber sido condenado por falso testimonio.

La concurrencia de una de estas causas no excluye la declaración del testigo, pero deberá tenderse en cuenta por el juez en la valoración que de la misma se haga.

Procedimiento para formular la tacha: La parte a quien interese (que también podrá ser la misma que propuso al testigo si luego de hacerlo llegare a su conocimiento la existencia de alguna de las causas establecidas en la ley) podrá formular la tacha desde que se admita la prueba testifical hasta que comience el juicio o vista, alegando la causa de que se trate y proponiendo la prueba que la justifique, excepto la testifical. Si, formulada la tacha, las demás partes no se oponen dentro del tercer día, se entenderá que reconocen su fundamento. Si se

opusieren, alegarán lo que les parezca conveniente, pudiendo aportar documentos (art. 378 y 379). Concluido el incidente, el tribunal no debe dictar resolución alguna, sino sólo tener en cuenta su resultado al valorar la prueba.

c) Deberes y derechos

Conforme establece el art. 118 CE todas las personas tienen el deber de prestar su colaboración a los tribunales en el curso del proceso, siendo manifestación de ello el deber de declarar como testigo cuanto a tal fin se les llame. Ese deber se concreta en:

1) Comparecer: Salvo casos de enfermedad u otro motivo justo, en que puede declarar en su propio domicilio, el testigo tiene el deber de comparecer ante el órgano jurisdiccional de la demarcación en que tenga su domicilio (art. 364.1), bajo sanción de multa y apercibimiento de proceder contra él por desobediencia a la autoridad (art. 292).

2) Prestar juramento o promesa de decir verdad, salvo que el testigo fuere menor de edad penal, con la conminación de poder incurrir en delito de falso testimonio, de lo que será instruido (art. 365). La negativa a prestar juramento o promesa debe equipararse a la negativa a declarar.

3) Declarar: Salvo que se tenga el deber de guardar secreto (art. 371), el testigo debe responder a las preguntas que se le haga, estando tipificada la negativa a declarar en el art. 556 CP.

Cuando el testigo, por su estado o profesión, tenga el deber de guardar secreto respecto de hechos por los que se le interroga, lo manifestará razonadamente y el tribunal resolverá lo que proceda. Si se alegare por el testigo que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, el tribunal, si lo considera necesario, pedirá de oficio al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter, y comprobado el fundamento de la alegación lo mandará unir a los autos, dejando constancia de las preguntas afectadas por el secreto oficial.

4) Decir verdad: El incumplimiento del deber de decir verdad, ya sea faltando a ella, ya alterando con reticencias, inexactitudes o silencios los hechos relevantes, se tipifica como delito en los arts. 458 y 460 CP.

En cuanto a los derechos, los testigos que declaren tendrán derecho a obtener de la parte o partes que les hayan propuesto una indemnización por los gastos y perjuicios que

su comparecencia les haya originado, sin perjuicio de lo que se acuerde en materia de costas.

Su importe lo fijará el tribunal por auto teniendo en cuenta los datos y circunstancias que se hubiesen aportado, y una vez firme, si no se le abonaren por la parte o partes obligadas a ello, podrá acudir directamente el testigo a la vía de apremio (art. 375).

3. Requisitos objetivos

a) Los hechos objeto del interrogatorio

Ya se ha dicho que el objeto del interrogatorio está constituido por hechos concretos o circunstancias fácticas, particularidades o detalles de los mismos, de conocimiento propio del testigo, históricos, es decir, no presentes en el momento del proceso, y relevantes para la resolución del mismo.

b) Las preguntas

a') Generales: Las primeras preguntas que se formulan al testigo, denominadas "generales de la ley", tienden a su identificación y a dejar constancia de sus circunstancias personales y de aquéllas que pudieren afectar a su imparcialidad. A tal fin, tras prestar juramento, se les preguntará:

- 1) Por su nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio.
- 2) Si ha sido o es cónyuge, pariente por consanguinidad o afinidad, y en qué grado, de alguno de los litigantes, sus abogados o procuradores o se halla ligado a éstos por vínculos de adopción, tutela o análogos.
- 3) Si es o ha sido dependiente o está o ha estado al servicio de la parte que lo haya propuesto o de su procurador o abogado o ha tenido o tiene con ellos alguna relación susceptible de provocar intereses comunes o contrapuestos.
- 4) Si tiene interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.
- 5) Si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes o de sus procuradores o abogados.

b') Sobre el hecho controvertido: Las preguntas relativas a los hechos están sometidas al siguiente régimen:

1) Han de formularse oralmente, en el acto mismo de practicarse la prueba. Por excepción, se harán por escrito en el caso de que se pretenda el informe de personas jurídicas o entidades públicas sobre hechos relativos a su actividad (art. 381), así como en los casos especiales de interrogatorio domiciliario y por vía de auxilio judicial (art. 364), a los que luego se hará referencia.

2) Han de ser enunciadas en sentido afirmativo, con claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones, y si éstas se incorporaren, se tendrán por no realizadas (art. 368.1). 3) Deben hacer referencia a los hechos controvertidos relativos a los que sea objeto del juicio (art. 360).

4) Una vez formuladas, el juez debe decidir sobre su admisibilidad con arreglo a las reglas anteriormente expuestas, admitiendo las que puedan resultar conducentes a la averiguación de los hechos y repeliendo las que no cumplan aquellos requisitos y las que no se refieran a los conocimientos propios de un testigo (art.368.2).

El control de la admisibilidad no se reserva en exclusiva al órgano jurisdiccional, sino que las demás partes podrán impugnar en el acto su admisión y hacer notar las valoraciones y calificaciones contenidas en ellas que sean, en su criterio, improcedentes y deban tenerse por no realizadas (art. 369).

4. Procedimiento probatorio

a) Proposición y admisión

En el juicio ordinario la prueba testifical se propone en la audiencia previa, debiendo expresarse la identidad y domicilio de los testigos o los datos o circunstancias que permitan su identificación y citación (arts. 284 y 362), y especificarse cuáles de ellos serán presentados por la parte y cuáles deberán ser citados por el tribunal o ser examinados, en su caso, mediante auxilio judicial (art. 429.5).

En el juicio verbal las partes han de concurrir a la vista con los testigos de que intenten valerse, proponiendo en dicho acto su testimonio, pero si no pudieren

presentarlos ellas mismas, deberán indicar en el plazo de los tres días siguientes al de la citación para la vista, qué testigos deberán ser citados por el tribunal, facilitando los datos precisos para ello (art. 440.1).

Las partes podrán proponer cuantos testigos estimen 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).

Una vez propuesta se pronunciará el tribunal sobre la admisión de la prueba (art. 285), disponiendo lo necesario para la citación de los testigos o expedición de los exhortos oportunos.

b) Tiempo y lugar

La prueba se practicará el día señalado para el acto del juicio o de la vista (arts. 429.2 y 443.4), conforme a las reglas generales establecidas en los arts. 289 y 290, y en la sede del órgano jurisdiccional (art. 169.4).

Si por causa de enfermedad o de otras circunstancias especiales, el testigo no pudiera comparecer en dicha sede, podrá tomársele declaración en su domicilio, en el que se constituirán el juez o miembro del tribunal que corresponda, el Secretario Judicial y las partes y sus abogados. Si éstas no pudieren comparecer, se les autorizará a que presenten por escrito las preguntas que deseen formular al testigo interrogado. Cuando, atendidas las circunstancias, el tribunal considere prudente no permitir que las partes y sus abogados concurran a la declaración domiciliaria, se les dará vista de las respuestas para que puedan solicitar nuevas preguntas complementarias o aclaraciones (art. 364).

Cuando el testigo resida fuera de la demarcación del órgano judicial y, ya por sus circunstancias personales, ya por razón de la distancia, la dificultad del desplazamiento u otra causa de análogas características, resultare imposible o muy gravosa su comparecencia en la sede del juzgado o tribunal, podrá practicarse la declaración por auxilio judicial. En tales casos, si la parte proponente no pudiere concurrir al acto del interrogatorio, se acompañará al despacho la relación de preguntas formuladas por ella que haya declarado pertinentes el juzgado o tribunal que conozca del asunto, para que el

testigo sea examinado a tenor de las mismas (arts. 364.1 y 169.4.2).

c) Práctica de la declaración

Los testigos declararán separada y sucesivamente, por el orden en que vinieren propuestos, salvo que el tribunal encuentre motivo para alterarlo. No se comunicarán entre sí ni podrán unos asistir a las declaraciones de los otros, a cuyo fin se adoptarán las medidas que sean necesarias (art. 366).

Después de prestar juramento o promesa se le formularán al testigo las preguntas generales de la ley, y seguidamente será interrogado por el abogado de la parte que lo hubiere propuesto, y si lo hubieren propuesto varias, por la demandante.

El testigo responderá por sí mismo, de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuestas, aunque se le permitirá que consulte cuentas, libros o documentos, cuando la pregunta se refiera a ellos, y en todo caso deberá expresar en cada una de sus respuestas la razón de ciencia de lo que diga (art. 370).

Una vez contestadas las preguntas formuladas por el abogado de la parte que lo hubiere propuesto, los abogados de las demás podrán plantearle otras nuevas que reputen conducentes para el esclarecimiento de los hechos. El tribunal deberá repeler, en todo caso, las preguntas que considere impertinentes o inútiles, y podrá interrogar al testigo con la finalidad de obtener aclaraciones o adiciones a las respuestas que hubieren dado (art. 372).

Cuando el tribunal hubiere 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. 363.2).

Cuando los testigos incurran en graves contradicciones, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, podrá acordar que se sometan a un careo, pudiendo también acordar que se practique entre las partes y alguno de los testigos (art. 373)

d) Documentación

Las declaraciones testificales se documentarán en acta conforme a las reglas generales contenidas en el art. 146, pudiendo registrarse en soporte apto para la grabación y reproducción (art. 374)

5. 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).

II. DICTAMEN DE PERITOS

1. Concepto y notas caracterizadoras

La prueba pericial consiste en aquella actividad que una o varias personas ajenas al proceso y expertas en determinadas materias por sus especiales conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos, desarrollan a instancia de parte con destino al proceso o dentro del mismo, con objeto de transmitir al juez una información que le resulte necesaria para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto o adquirir certeza sobre ellos.

Se trata, al igual que el anterior, de un medio probatorio de naturaleza personal en el que la fuente de prueba está constituida por el perito y sus conocimientos especializados. Y del mismo modo que anteriormente se hizo, procede distinguir aquí entre prueba pericial y perito.

Como notas características, se señalan:

1ª) Perito puede ser tanto una persona física como una persona jurídica, si bien el estudio de la materia correspondiente y la elaboración o preparación del dictamen se encarguen o realicen materialmente por personas físicas que formen parte de aquéllas. La LEC contempla esta posibilidad en el art. 340.2, al disponer que podrá solicitarse

dictamen de Academias e instituciones culturales o científicas o personas jurídicas legalmente habilitadas para ello.

2ª) Lo determinante de su traída al proceso son sus conocimientos específicos, no el conocimiento histórico que pueda tener de los hechos.

3ª) El perito no declara sobre unos hechos, sino que los analiza conforme a sus conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos y aporta máximas de la experiencia, propias de dichos conocimientos, para que los valore el juzgador.

2. Elementos subjetivos

a) Idoneidad

Las condiciones de idoneidad de los peritos se fijan en el art. 340 del siguiente modo:

1) Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste, pero si dicha materia no estuviere comprendida en el ámbito de una determinada titulación profesional oficial, la aptitud dependerá del hecho de ser expertos o entendidos en tales materias.

2) Si el dictamen se solicita de personas jurídicas, su idoneidad vendrá determinada por tratarse de Academias o instituciones culturales o científicas dedicadas al estudio de la materia correspondiente al objeto de la pericia, o por estar legalmente habilitadas para emitir dictámenes sobre la específica cuestión de que se trate.

b) Garantías de imparcialidad

Para asegurar la imparcialidad de los peritos, la LEC establece un sistema de control mediante la fijación de causas objetivas de recusación y de tacha.

El diferente sistema obedece al distinto régimen de nombramiento que la LEC prevé, y tiene su razón de ser en que mientras el nombrado por el juez posee fundamentalmente de la condición de auxiliar del órgano jurisdiccional, en el designado por la parte destaca singularmente el aspecto de su posible relación con ella, lo que le aproxima, en este sentido, al testigo.

a') Recusación: Los peritos designados por el juez, cuando así proceda su nombramiento mediante el sistema de sorteo que la LEC establece (art. 341), podrán ser recusados por las causas y del modo previstos en los arts. 124 a 128 LEC (art. 343.1).

Son causas de recusación, además de las señaladas con carácter general en la LOPJ (art. 219), las siguientes: 1) Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, dentro o fuera del proceso; 2) Haber prestado servicios como tal perito al litigante contrario o ser dependiente o socio del mismo; y 3) Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte del proceso (art. 124).

La recusación se tramitará por el incidente que regulan los arts. 125 a 128, y si se estimare procedente, el perito recusado será sustituido por el suplente.

b') Tachas: Los peritos propuestos por las partes pueden ser objeto de tacha cuando concurran las mismas causas relativas al parentesco, interés directo o indirecto, dependencia, amistad o enemistad que se establecen para los testigos o cualquier otra circunstancia, debidamente acreditada, que les haga desmerecer en el concepto profesional (art. 343.1).

El incidente para su sustanciación se regula en los arts. 343.2 y 344, y si el hecho en que la tacha se base resultare acreditado, se tendrá en cuenta en el momento de valorar la prueba.

c) Deberes y derechos

El perito tiene el deber de elaborar correcta e imparcialmente su dictamen, manifestando bajo juramento o promesa, al emitirlo, que ha actuado y, en su caso, actuará con la mayor objetividad, tomando en consideración tanto lo que pueda favorecer como lo que sea susceptible de causar perjuicio a cualquiera de las partes, y que conoce las sanciones penales en las que podría incurrir si incumpliere su deber (art. 335.2), de las que, en otro caso, deberá ser instruido.

Tiene, además, el deber de comparecer al juicio o vista cuando fuere citado a dicho acto, a fin de proceder bajo juramento o promesa a exponer, explicar, aclarar o

ampliar su dictamen, pudiendo corregirse su inasistencia con una multa (art. 292).

La responsabilidad penal por el incumplimiento de estos deberes se contempla en los arts. 459 y 460 CP (falso testimonio).

Derecho básico del perito es el relativo a la percepción de sus honorarios a cargo de la parte o partes que le hubieren propuesto y sin perjuicio de lo que se acuerde sobre imposición de costas, pudiendo solicitar dentro de los tres días siguientes a su nombramiento la provisión de fondos que considere necesaria. Si, acordada por el tribunal, la parte obligada a su abono no la depositare, quedará eximido el perito de emitir su dictamen, sin que pueda procederse a nueva designación (art. 342.3).

3. Elementos objetivos: Objeto de la pericia

a) En general

El objeto del dictamen pericial está constituido por hechos o circunstancias relevantes en el asunto y puede tender tanto a verificar la exactitud de alguna afirmación de hecho, como a la verificación y apreciación del hecho mismo, ya sea para determinar su existencia, su causa o sus efectos. Para ello será necesario examinar lugares, objetos o personas, pero también puede recaer sobre otros medios de prueba, a fin de lograr su más acertada valoración (art. 352), o consistir simplemente en proporcionar al juez máximas de la experiencia o principios técnicos para que éste los aplique en el examen que realice del objeto de que se trate y deduzca por sí mismo las oportunas consecuencias.

Lo que en todo caso queda fuera del objeto de la pericia son las valoraciones jurídicas sobre los hechos controvertidos, pues el conocimiento y la aplicación de la norma jurídica a dichos hechos corresponde en exclusiva al órgano jurisdiccional.

b) Cotejo de letras

Cuando la pericia tenga por objeto la determinación de la autenticidad de un documento privado que niegue o ponga en duda la parte a quien perjudique, se procederá al cotejo de letras, por perito designado por el tribunal, conforme al procedimiento

establecido al efecto en los arts. 349 a 351 LEC, señalándose en la ley como documentos indubitados a los efectos de cotejar las letras: 1º) Los que reconozcan como tales todas las partes; 2º) Las escrituras públicas y los que consten en los archivos públicos relativos al Documento Nacional de Identidad; 3º) Los documentos privados cuya letra o firma haya sido reconocida en juicio por aquel a quien se atribuya la dudosa; 4º) El escrito impugnado en la parte en que reconozca la letra como suya aquel a quien perjudique; 5º) A falta de los anteriores la parte a la que se atribuya el documento podrá ser requerida, a instancia de la contraria, para que forme un cuerpo de escritura que le dictará el tribunal o el Secretario Judicial (art. 350).

4. Procedimiento probatorio

Constituye una muy notable novedad de la LEC/2000 el establecimiento de un doble sistema de introducción del dictamen pericial en el proceso:

A) Aportación de dictámenes elaborados por peritos designados por las partes

Cuando las partes consideren que son necesarios conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos para valorar hechos o circunstancias relevantes del asunto o adquirir certeza sobre ellos, pueden solicitar de peritos de su elección la elaboración de un dictamen pericial para aportarlo al proceso, lo que deben hacer en alguno de estos tres momentos preclusivos:

1) Con la demanda o la contestación: Los dictámenes de que dispongan las partes, que se formularán por escrito, acompañados, en su caso, de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito, se deberán aportar con la demanda o con la contestación (art. 336).

2) Antes de la audiencia previa o de la vista: Cuando al actor o al demandado no les hubiere sido posible aportarlos con la demanda o con la contestación, expresarán en esos escritos los dictámenes de que pretendan valerse, debiendo aportarlos en cuanto dispongan de ellos y, en todo caso, antes de iniciarse la audiencia previa, en el juicio

ordinario, o antes de la vista, en el juicio verbal (art. 337.1).

3) Antes del juicio: Cuando la necesidad del dictamen surja a causa de las alegaciones del demandado en la contestación a la demanda, o de las alegaciones o peticiones complementarias admitidas en la audiencia previa, cualquiera de las partes podrá aportar los dictámenes que considere necesarios con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio (art. 338).

En todos estos casos deberán manifestar las partes si consideran necesario que concurran al juicio o vista los peritos autores de los dictámenes para exponerlos o explicarlos, o responder a preguntas, objeciones o propuestas de rectificación (arts. 336.1, 337.2 y 338.2).

B) Dictamen de peritos designados por el tribunal

a) Casos en que procede

La prueba de dictamen pericial realizada por peritos designados por el tribunal procede en los tres casos siguientes:

1) Derecho de asistencia jurídica gratuita: Cuando cualquiera de las partes sea titular del derecho de asistencia jurídica gratuita no tendrá que aportar con la demanda o la contestación el dictamen pericial, sino simplemente anunciarlo a los efectos de que se proceda a la designación judicial de perito conforme a la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita (art. 339.1).

2) A propuesta de las partes: Si a la parte no le interesa encomendar la elaboración de un dictamen a un perito de su elección para aportarlo al proceso en la forma antes expuesta, podrá solicitar su designación judicial en su demanda o contestación (art. 339.2). En el caso de que la necesidad del dictamen surja como consecuencia de las alegaciones o pretensiones complementarias permitidas en la audiencia previa, las partes podrán solicitar en dicho acto la designación judicial del perito, siempre que ambas estén conformes con el objeto de la pericia y en aceptar el dictamen del perito que el tribunal nombre (art. 339.3).

3) De oficio por el tribunal, sólo en los procesos sobre declaración o impugnación de filiación, paternidad y maternidad, capacidad de las personas y matrimoniales (art. 339.5).

b) Nombramiento y aceptación

Si las partes estuvieren de acuerdo en que el dictamen sea emitido por una determinada persona o entidad, así lo acordará el tribunal (arts. 339.4). De no existir acuerdo, se designará al que por turno corresponda de la lista cuya remisión anual se solicitará de los distintos Colegios profesionales, Academias, instituciones culturales u científicas, respecto de los peritos titulados, o de los sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, respecto de los peritos sin título oficial. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo en presencia del Secretario judicial, y a partir de ella, se efectuarán las designaciones por orden correlativo (art. 341).

El tribunal no designará más que un perito por cada cuestión o conjunto de cuestiones que hayan ser objeto de pericia, a no ser que requieran, por la diversidad de su materia, el parecer de expertos distintos (art. 339.6).

El nombramiento se comunicará al designado en el plazo de cinco días, para que en otro plazo igual manifieste si acepta el cargo. Si adujere justa causa que se lo impidiere, y el tribunal la acepta, será sustituido por el siguiente de la lista. Si aceptare, se efectuará el nombramiento y el perito hará, en la forma que se disponga, la manifestación bajo juramento o promesa que ordena el art. 335.2 (art. 342).

Tras la notificación del nombramiento se abre la posibilidad de su recusación.

c) Elaboración del dictamen

Una vez efectuado el nombramiento se procederá por el perito designado al reconocimiento de lo que haya de ser objeto de su dictamen (lugares, objetos o personas) o a la realización de las operaciones necesarias para ello, pudiendo presenciar uno y otras las partes y sus defensores, si con ello no se impide o estorba la labor del perito y se puede garantizar el acierto e imparcialidad del dictamen. Si alguna de las partes solicitare estar presente y el tribunal admitiere procedente esa presencia, ordenará al perito que dé

aviso directamente a las partes, al menos con cuarenta y ocho horas de antelación, del día y hora en que aquellas operaciones se llevarán a cabo (art. 345).

El perito emitirá por escrito su dictamen y lo hará llegar al tribunal en el plazo que se le haya señalado, dándose luego traslado del mismo a las partes por si consideran necesario que el perito concurra al juicio o a la vista para efectuar las aclaraciones o explicaciones que sean oportunas, lo que acordará el tribunal si estimara necesaria su presencia para comprender y valorar mejor el dictamen realizado (art. 346).

C) Posible actuación de los peritos en el juicio o vista

La actuación de los peritos en el juicio o en la vista depende, en primer lugar, de que las partes lo soliciten, y en segundo lugar, de que la admita el tribunal, el cual sólo denegará la solicitud de aquellas intervenciones que, por su finalidad o contenido, fueren impertinentes o inútiles.

En dicho acto, las partes y sus defensores podrán pedir: 1) La exposición completa del dictamen; 2) La explicación del mismo o de alguno de sus puntos; 3) Respuestas a preguntas y objeciones sobre método, premisas, conclusiones u otros aspectos del dictamen; 4) Respuestas a solicitudes de ampliación; 5) La crítica del dictamen de que se trate por el perito de la parte contraria; 6) Formular las tachas que pudieran afectar al perito.

El tribunal también podrá formular en dicho acto preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto del dictamen aportado, pero no podrá acordar de oficio que se amplíe, salvo en los procesos no dispositivos a que se refiere el art. 339.5 (art. 347).

El acto se documentará en la forma prevista en el art. 146.

5. Valoración

El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica

(art. 348), para lo cual deberá tomar en consideración no tanto la conclusión a la que lleguen los peritos, cuanto el grado de convicción que alcance en virtud del razonamiento dado por ellos. Es difícil que el juez sentencie contra la opinión del experto sin más, sobre todo cuando la pericial sea la única prueba practicada. Por ello, la jurisprudencia exige que el juez motive o exponga el razonamiento seguido para no aceptar las conclusiones del perito, lo que posibilita el control de la decisión en fase de impugnación.

III. MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DEL SONIDO O LA IMAGEN E INSTRUMENTOS DE ARCHIVO

1. Concepto y naturaleza

La catalogación de los medios de prueba que se efectúa en el art. 299 LEC no podía suponer un impedimento para la admisión de otros modos o maneras de inducir una certeza fáctica a través de los modernos sistemas que el progreso técnico ofrece. Aunque la actividad tendente a fijar los hechos, merced a tales procedimientos novedosos, no se correspondiera exactamente con las formas legalmente previstas en la anterior LEC, terminó por admitirse la procedencia de los denominados "modernos medios de prueba", consistentes, por lo general, en la reproducción de grabaciones de palabras, imágenes, datos o cifras, efectuadas por medios técnicos diversos en gran variedad de soportes, subsumiéndose su práctica en el ámbito normativo de la prueba documental o de reconocimiento judicial.

La nueva LEC alude a estos modernos medios técnicos de reproducción y archivo, y a cualesquiera otros que se descubrieren en el futuro, en los párrafos 2 y 3 de este mismo artículo 299.

En el número 2 de este artículo se dice que "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 e otra clase, relevantes para el proceso". Y el número 3 añade que "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".

Con ello se da cabida en el proceso civil a instrumentos probatorios tales como las películas, cintas de vídeo y audio, casetes de grabación, discos duros de ordenador, disquetes flexibles, cd-roms, vd-roms, correo electrónico, ficheros informáticos y cualesquiera otros medios de reproducción y archivo de imágenes, palabras o datos que puedan inventarse en el futuro. Pero estos instrumentos no son, verdaderamente, medios de prueba, según el concepto que anteriormente se ha dado de los mismos, sino fuentes de prueba. El medio de prueba, en estos casos, está constituido por la actividad relativa a su aportación y reproducción en el proceso.

2. Procedimiento probatorio

a) Aportación

Los medios e instrumentos de que aquí se trata se deberán acompañar con la demanda o la contestación si en ellos se fundaran las pretensiones de tutela formuladas por las partes (art. 265.1.2º). En otro caso, se aportarán en la audiencia previa o en la vista. Al proponer la prueba, la parte podrá acompañar transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y aportar los dictámenes y medios de prueba instrumentales que considere convenientes. Las partes contrarias podrán aportar también los dictámenes y medios de prueba de su interés cuando cuestionen la autenticidad o exactitud de lo reproducido (arts. 382 y 383).

b) Verificación

En la ordenación del procedimiento probatorio la LEC distingue según se trate de instrumentos de grabación, de archivo, u otros:

a') Instrumentos de filmación, grabación y semejantes: En el acto del juicio deberá procederse a la reproducción de la imagen o del sonido mediante el medio técnico adecuado para ello, pudiendo contrastarse con los dictámenes y medios instrumentales

que resulten adecuados para verificar la autenticidad y exactitud de lo reproducido, y ordenarse la realización de una transcripción literal de las palabras que resulten de relevancia para el caso, todo lo cual se hará constar en el acta que se extienda (art. 383).

b') Instrumentos de archivo o reproducción de datos: Estos instrumentos (disquetes, cd-roms, discos duros de ordenador) y su contenido serán examinados en el acto del juicio por los medios que la parte proponente aporte o que el tribunal disponga utilizar, junto con los dictámenes y demás medios instrumentales que resulten adecuados para comprobar su autenticidad y exactitud, pudiendo las demás partes proponer, para su contrastación y verificación, lo que a su derecho convenga y el tribunal juzgue conveniente. La documentación del acto se realizará de la forma más adecuada a la naturaleza del instrumento.

c') Otros instrumentos: Tratándose de cualquier fuente de prueba no expresamente prevista, de la que pudiera obtenerse certeza sobre hechos relevantes del proceso, el art. 399.3 LEC dispone que se admitirá como prueba "adoptando -el tribunal- las medidas que en cada caso resulten necesarias", es decir, confiando al órgano jurisdiccional la determinación del medio de prueba por el que aquella fuente haya de aportarse al proceso, para lo cual deberán respetarse en todo caso los principios de audiencia y contradicción.

3. Valoración

El tribunal valorará este medio de prueba conforme a las reglas de la sana crítica que les sean aplicables según su naturaleza.

IV. DILIGENCIAS FINALES

1. Concepto y naturaleza

Las diligencias finales, que tienen su antecedente en las "diligencias para mejor proveer" de la LEC de 1881, constituyen una actividad probatoria complementaria para

la acreditación de los hechos alegados por las partes en el proceso. Se trata de una facultad de ordenación material atribuida al órgano jurisdiccional cuya adopción depende, en principio, de que lo soliciten las partes, y cuyo alcance tiene su límite en el principio de aportación de hechos, que sólo corresponde a éstas.

2. Procedencia

En principio, sólo podrán adoptarse a instancia de parte, no siendo procedente acordar la práctica de aquellas pruebas que hubieren podido proponerse en tiempo y forma por las partes.

Se podrán practicar como diligencias finales cualesquiera medios de prueba de los comprendidos en el art. 299 LEC, siempre que se dé alguno de los casos siguientes:

1º) Cuando por causas ajenas a la parte que la hubiere propuesto, no se hubiere practicado alguna de las pruebas admitidas.

2º) Cuando se trate de acreditar con ellas hechos nuevos o de nueva noticia a los que se refiere el art. 286 LEC.

3º) Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

3. Procedimiento

Se deberán acordar mediante auto (no susceptible de recurso), dentro del plazo para dictar sentencia (arts. 434.2 y 435.1), y practicarse dentro del plazo de veinte días en la forma establecida en la LEC para la prueba de que se trate. Una vez practicadas, las partes podrán, dentro del quinto día, presentar escrito en que resuman y valoren su

resultado, y transcurrido este plazo comenzará a computarse de nuevo el de veinte días para dictar sentencia.

TEMA 29º

LA SENTENCIA

(Esquema)

I. CONCEPTO Y CLASES

Art. 206.1, 3º

1. Concepto

Acto: Intelectual + voluntad

2. Clases

a) De fondo

b) Procesal: Se quiere evitar

No importa definitiva y firme, que es para resoluciones

3. Liquidez

Art. 219: Obligaciones dinerarias

General: Actor y tribunal

Especial: para pleito posterior

Condena de futuro (intereses y prestaciones periódicas)

II. FORMACIÓN INTERNA

A) *Existencias en abstracto de la consecuencia jurídica pedida*

B) *Existencia en concreto de la consecuencia jurídica pedida*

C) *Existencia de los hechos afirmados*

a) No controvertidos

b) Controvertidos: 1) Interpretación

2) Valoración

3) Normas procesales

D) *Subsunción de los hechos en la norma jurídica*

E) *Determinación de la consecuencia jurídica*

III. MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

1. Significado

a) Art. 120.3; sociedad

b) Art. 24.1: parte

2. Alcance

a) Escueta o sucinta

b) Hechos y derecho

c) Razón de decidir

IV. REQUISITOS INTERNOS: CLARIDAD Y PRECISIÓN

Art. 218: a) Claridad

b) Precisión

V. EXHAUSTIVIDAD

TC: incongruencia por defecto o por omisión

Exhaustividad = falta de pronunciamiento sobre punto litigioso

1. Concepto

- a) Falta de pronunciamiento sobre petición de fondo: Actor
- b) Falta de pronunciamiento sobre excepción de fondo: Demandado
- c) Falta de pronunciamiento sobre excepción procesal: Demandado
- d) Falta de motivación

El a) = Vulneración de derecho a la jurisdicción

Los b), c) y d) = vulneración de norma legal sobre sentencia

2. Contenido

A) Falta de resolución sobre petición de fondo del actor

- a) No es incongruencia; derecho a la jurisdicción
- b) Varias peticiones
- c) Petición formulada oportunamente
- d) No desestimación tácita

B) Otros supuestos de exhaustividad

Principio dispositivo

VI. CONGRUENCIA

1. Concepto

Exceso: 1) Ultra petitum: Más

2) Extra petitum: - peticiones

- causa de pedir

2. Fundamento

Principios dispositivo y de aportación de parte

3. Elementos de la correlación

- a) Actividad de las partes: - Actor: pretensión
 - Demandado
 - Dos partes

b) Actividad del juez

4. Contenido de la correlación

- a) A las partes
- b) A la pretensión
- c) A la resistencia

VII. ESTRUCTURA EXTERNA DE LA SENTENCIA

- a) Encabezamiento
- b) Antecedentes de hecho
 - Hechos probados, en su caso
- c) Fundamentos de derecho
- d) Fallo

LA SENTENCIA

La sentencia. Concepto y clases. Formación interna. Motivación de la sentencia. Requisitos internos de la sentencia: claridad, precisión y exhaustividad o congruencia. Estructura externa de la sentencia.

I. CONCEPTO Y CLASES

El juicio ordinario terminará normalmente con la sentencia (art. 434) y lo mismo el juicio verbal (art. 447.1). Existen otras formas no normales de terminación de la instancia y de los recursos, pero el de la sentencia es el modo que puede considerarse normal. En este orden de cosas dice el art. 206.1, 3.^a que se dictará sentencia para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez haya concluido la tramitación ordinaria prevista en la ley, y también en los recursos extraordinarios e incluso en los procedimientos para la revisión de las sentencias firmes.

1. Concepto

La sentencia es el acto procesal del juez (unipersonal) o del tribunal (colegiado) en el que se decide sobre la estimación o desestimación (total o parcial) de la pretensión ejercitada por el actor, con base en su conformidad o disconformidad con el ordenamiento jurídico. Se trata, pues, de la clase de resolución judicial que se prevé para decidir sobre el fondo del asunto. Si las resoluciones interlocutorias (providencias y autos) sirven para la ordenación formal y material del proceso, la sentencia atiende al fondo del asunto, es decir, por medio de ella se decide sobre la estimación o desestimación de la pretensión.

La sentencia es el resultado de, por un lado, una operación intelectual y, por otro, un acto de voluntad, y ello hasta el extremo de que sin una y otro carecería de sentido. Si la potestad jurisdiccional emana de la soberanía popular y se confía a los jueces y magistrados, dicho está que sus decisiones comportan siempre el ejercicio

de un poder constituido, desde el que se explican tanto el efecto de cosa juzgada de las sentencias como el que se conviertan en título ejecutivo. Ese poder sólo puede ejercerse dentro del ámbito delimitado por las partes y de ahí el llamado principio de justicia rogada, al que se refiere el art. 216 LEC: los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, pero se trata de un verdadero ejercicio de poder en el Estado.

Al mismo tiempo, y atendido que todos los poderes, en general, están sometidos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, y la potestad jurisdiccional, en especial, se ejerce siempre con sometimiento pleno al imperio de la ley, el acto de voluntad no puede ser arbitrario, sino que ha de estar basado en una operación intelectual vinculada a lo que la misma Constitución entiende por ejercicio de la función. Se trata así, por un lado, de que el ejercicio del poder queda sometido a las fuentes del Derecho previstas en la Constitución y, por otro, de que en la sentencia deben expresarse las razones de la decisión; vinculación a la ley y motivación sirven para conformar lo que es la sentencia.

2. Clases

Teóricamente la forma de sentencia debería reservarse para aquella resolución que se pronuncia sobre el objeto del proceso incoado por las partes, pero no siempre ocurre así en el Derecho español, en el que hay que distinguir entre sentencias materiales o de fondo y sentencias meramente procesales o de absolucón en la instancia. La LEC de 2000 pretende que no lleguen a dictarse sentencias meramente procesales (y en este sentido debe entenderse la audiencia previa en su función saneadora), pero la posibilidad de estas sentencias no puede desconocerse:

1) Sentencias materiales o de fondo: El juzgador entra a resolver sobre el fondo del asunto, estimando o desestimando la pretensión ejercitada, y

2) Sentencias procesales o de absolucón en la instancia: Cuando falta algún presupuesto procesal o se ha incumplido algún requisito no subsanable, el juzgador no podrá entrar a resolver sobre la pretensión formulada, limitándose a declarar la

falta del presupuesto o declarar la nulidad de lo actuado desde que se incumplió el requisito. En estas sentencias ni se condena ni se absuelve al demandado. Si no puede haber pronunciamiento sobre la pretensión, no cabe ni estimarla ni desestimarla.

Tanto las verdaderas definiciones legales como la doctrinal están obviando la posibilidad de que el final del proceso se dicte una sentencia meramente procesal o de absolución en la instancia, lo que habrá de hacerse si en ese momento se constata la falta de un presupuesto procesal o el incumplimiento de un requisito procesal. Las leyes tienden a evitar que esto llegue a suceder, y en este sentido el art. 11.3 LOPJ dice que los juzgados y tribunales deberán resolver siempre sobre las pretensiones que se formulen y que sólo podrán desestimarlas por motivos formales cuando el defecto fuese insubsanable o no se subsanare por el procedimiento establecido en las leyes. De la misma manera la LEC al regular la audiencia previa en el juicio ordinario, con la finalidad de examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución del proceso y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto (art. 414.1), pretende evitar la existencia de sentencias meramente procesales. Ahora bien, su posibilidad es algo que no puede desconocerse, y a ella se refiere expresamente la LEC, por ejemplo en el art. 745.

Existe otro criterio para distinguir entre resoluciones judiciales (no sólo entre sentencias, por lo que aquí sólo se recuerda), que es la que atiende a:

a) Resoluciones definitivas: Ponen fin a la primera instancia, y deciden los recursos interpuestos frente a ellas (art. 207.1); y

b) Firmes: Aquéllas 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 (art. 207.2).

3. Liquidez

Las sentencias condenatorias cuando se refieran a obligaciones dinerarias han de ser líquidas, sin que quepa la tradicional condena con reserva de liquidación para su determinación en la ejecución de la sentencia. Lo dispuesto en el art. 219 LEC supone:

a) La regla general relativa a las obligaciones dinerarias tiene un doble contenido:

1.º) Con relación al actor: En la demanda, y cuando se reclame el pago de una cantidad de dinero determinada (y aquí es obvio) o de frutos, rentas, utilidades

o productos de cualquier clase, no podrá limitarse la pretensión a la petición de una sentencia meramente declarativa del derecho a percibirlos, sino que deberá solicitarse también la condena a su pago, lo que podrá hacerse.

1”) Bien cuantificando exactamente su importe, sin que pueda solicitarse su determinación en ejecución de sentencia,

2”) Bien fijando claramente las bases con arreglo a las cuales se deberá efectuar la liquidación, de forma que ésta consista en una pura operación matemática.

2.º) Con relación al tribunal: La sentencia estimatoria de la pretensión no podrá ser meramente declarativa, de modo que condenando al demandado, habrá de contener:

1”) Bien el importe exacto de las cantidades respectivas.

2”) Bien las bases para la liquidación, con claridad y precisión, por lo que esa liquidación consiste en una simple operación matemática que puede efectuarse en la ejecución.

Dentro del proceso de ejecución la LEC regula, en los arts. 712 y siguientes el modo de proceder a la liquidación de daños y perjuicios, frutos, rentas, utilidades y productos de cualquier clase, pero estos procedimientos no son aplicables al supuesto que aquí examinamos, pues las sentencias de condena dineraria no pueden ser ilíquidas y quedar a reserva de liquidación en la ejecución de sentencia. Lo único que en la ejecución podrá hacerse es una simple operación matemática, para lo que no será necesario incidente declarativo alguno. La LEC ha querido terminar con la práctica anterior de procesos declarativos que acababan con una sentencia en la que simplemente se condenaba a los daños y perjuicios y el verdadero problema quedaba para la ejecución, dándose lugar en ésta a un incidente declarativo más complejo que el proceso de declaración.

b) La regla especial atiende a que el demandante puede pedir y el tribunal puede declarar la existencia de la obligación del demandado al pago de una cantidad de dinero, de frutos, rentas, utilidades o productos cuando ésta sea la única petición formulada y siempre que se dejen para un pleito posterior (no para la ejecución de la sentencia) los problemas de liquidación concreta de las cantidades.

Aunque esta norma parezca extraña, su contenido es razonable. En los supuestos normales y atendida la existencia de una relación jurídica, por ejemplo de préstamo, el banco pedirá en juicio que se declare la existencia del préstamo, con sus condiciones contractuales, y que se condene al demandado al pago de una cantidad determinada, que

será determinada en atención a los plazos impagados y a los intereses; en estos supuestos la LEC exige que se trate de pretensión y de condena líquidas y sin reserva alguna de liquidación. Puede ocurrir, con todo, que la misma existencia del negocio jurídico de préstamo o alguna de sus condiciones sea lo debatido y entonces puede el banco formular una demanda meramente declarativa relativa a la existencia, contenido o interpretación del negocio, sin pretender condena alguna. Esto segundo es lo que admite la LEC en el art. 216.3, pues entonces está claro que todo lo relativo a la determinación de las cantidades que se adeuden con base en ese negocio jurídico habrá de efectuarse en un proceso posterior, en el que la sentencia del primero surtirá efectos de cosa juzgada en su sentido positivo o prejudicial.

La necesidad de liquidez de la sentencia de condena dineraria no impide la posibilidad de condenas de futuro, esto es, relativas a obligaciones dinerarias atinentes, bien a intereses aún no vencidos, bien a prestaciones periódicas aún no devengadas, y en los dos casos atendiendo al momento en que la sentencia se dicta.

Normalmente cuando se trata de obligaciones dinerarias lo pedido por el actor debe referirse a lo afectivamente adeudado en el momento de la presentación de la demanda. Tratándose de los intereses no se había realmente suscitado cuestión en torno a que la condena relativa a los mismos podía incluir también los que se produjeran tanto con posterioridad a la demanda como con posterioridad a la sentencia y hasta que se produjera efectivamente el pago; por ello en la ejecución de la sentencia la condena intereses recibe el tratamiento de condena a cantidad líquida, aunque realmente no lo es.

Las cosas son muy diferentes cuando se trata de la condena a prestaciones periódicas. Con rigor formal podría sostenerse que tratándose de obligaciones dinerarias de pago periódico la sentencia sólo podrá pronunciarse respecto de los plazos vencidos, bien el momento de presentación de la demanda, bien en el de dictarse la sentencia, y aún esto con reparos, pero si este rigor se lleva a consecuencias naturales podría suceder que tendrían que reiterarse los procesos conforme fueran venciendo los plazos de las prestaciones periódicas. Lo que el art. 220 permite es que en estos supuestos la condena se extienda, por un lado, a los plazos ya vencidos, con lo que se tratará de una condena que mira hacia el pasado, y, por otro, a los plazos que venzan con posterioridad a la sentencia misma, por lo que se habla de condena de futuro. La norma anterior debe ponerse en relación con el art. 578.

II. FORMACIÓN INTERNA

Cuando se habla de la formación interna de la sentencia se trata de explicar el *iter* del razonamiento que ha de conducir a un juez a tomar una decisión determinada relativa al fondo del asunto en un proceso. La cuestión es obviamente compleja pues requiere nada menos que exponer, en palabras de Calamandrei, “el esqueleto lógico del razonamiento que el juez realiza”.

A) Existencia en abstracto de la consecuencia jurídica pedida

Lo primero que debe preguntarse el juez es si el Ordenamiento jurídico contiene en general la consecuencia jurídica que el actor ha pedido en su pretensión; esto es, sin referencia a los hechos afirmados por el actor e independientemente de que éstos sea o no ciertos, se trata ante todo de saber si existe una norma (haya sido ésta o no alegada oportunamente por las partes) que da lugar a lo que el actor pide, pues si llegara a constatarse que esa norma no existe, no sería necesario continuar con el razonamiento pudiendo, sin más, resolverse desestimando la pretensión.

Esta situación no será común que se presente en la práctica, pero debe aquí recordarse que el art. 42 del CC dice que la promesa de matrimonio no produce obligación de contraerlo, por lo que si la petición de la demanda era ésta no será preciso seguir (sin perjuicio de que esta petición posiblemente debería de haber conducido a la no admisión *in limine litis* de la demanda). También convendría no olvidar que se han formulado demandas pidiendo que se condenara al presidente del Gobierno a cumplir su programa electoral y que esa petición no está protegida por el Ordenamiento jurídico.

B) Existencia en concreto de la consecuencia jurídica pedida

Una vez que se ha contestado afirmativamente a la primera cuestión, el paso siguiente ha de consistir en preguntarse si, concedido que sean ciertos los hechos afirmados por el actor, la consecuencia jurídica que él pide la reconoce el Ordenamiento jurídico, pero precisamente con relación a esos hechos y precisamente cuando sea él quien la pida. Es así perfectamente posible que el Ordenamiento jurídico sí reconozca la consecuencia jurídica en general, pero que lo haga no en atención a los hechos afirmados en la demanda o no respecto de la posición jurídica adoptada por el demandante.

Por poner unos ejemplos. Según el art. 1302 del CC la acción de nulidad de los contratos pueden ejercitarla los obligados por ellos, pero los que causaron la intimidación o la violencia, o emplearon el dolo o produjeron el error, no podrán fundar su acción en esos vicios del contrato. Y según el art. 76 del mismo CC la acción de nulidad del matrimonio en los casos de error, coacción o miedo grave sólo podrá ejercitarla el cónyuge que hubiera sufrido el vicio.

C) Existencia de los hechos afirmados

Establecida la existencia de la consecuencia jurídica en general y con relación a los hechos afirmados por el actor, el paso siguiente ha de consistir en determinar la existencia de los hechos mismos, para lo cual puede estarse a dos operaciones distintas:

a) Se tratara, ante todo, de constatar qué hechos no precisan de prueba para que queden fijados para el juez en el proceso, con lo que habrá de estarse a la existencia de hechos no controvertidos (los hechos que han sido afirmados por una parte y admitidos expresamente por la otra o que han sido afirmados por las dos partes) y de hechos notorios.

b) Deberá atenderse después a los hechos controvertidos, es decir, a los que necesitan de prueba, lo que presupone que debe examinarse la prueba practicada y respecto de la misma distinguir tres operaciones:

1ª) La interpretación de cada uno de los medios de prueba, operación que consiste en determinar el resultado que se desprende de cada uno de ellos. Se trata, pues, sin atender al valor probatorio, de establecer qué es lo que el testigo ha dicho, cuál es la conclusión a la que llega el dictamen pericial, qué es lo que realmente se dice en el documento, etc.

2ª) La valoración de los medios de prueba, que ha de consistir en determinar el valor concreto que ha de atribuirse a cada uno de los medios de prueba, para lo que debe estarse al sistema de valoración establecido en la ley, bien entendido que existiendo medios de valoración legal éstos son preferentes a los medios de valoración libre o, dicho de otro modo, si un medio de valoración libre se impusiera respecto de un medio de valoración legal se estaría desconociendo la norma que atribuye a éste un determinado valor sin atender a la convicción del juez.

3ª) La aplicación de las normas procesales que facultan al juez para estimar bien existente un hecho por no haber sido negado de modo expreso por la parte sobre la recae la carga de pronunciamiento (art. 405.2), bien la *ficta confessio* en sentido estricto (arts. 304 y 307).

Las operaciones relativas a los hechos que hemos referido hasta aquí deben repetirse en este momento respecto de las excepciones materiales opuestas por el

demandado. Para éste no podrá ni siquiera cuestionarse el juez si su petición está o no protegida por el Ordenamiento jurídico, dado que el demandado pedirá, en todo caso, su absolución, pero sí es perfectamente posible que, aun estimando que estos tres primeros pasos han sido superados por el actor, deba de dictarse sentencia absolutoria porque haya de estimarse una excepción material opuesta por el demandado, respecto de la que lo primero será examinar si los hechos afirmados por el mismo han de estimarse existentes.

D) Subsunción de los hechos en la norma jurídica

Establecidos cuales son los hechos que el juez estima existentes, debe procederse a determinar si esos hechos son el supuesto jurídico de la norma aplicable, lo que debe realizarse, primero, sobre los hechos existentes de los afirmados por el actor y, después, con atención a los hechos existentes de los afirmados por el demandado

La subsunción no es siempre una operación fácil porque no siempre las normas jurídicas son completas, pues puede suceder que en la aplicable el supuesto fáctico quede de alguna manera indeterminado. Ocurre así en todos los casos en los que la norma se refiere a la naturaleza del negocio, a las buenas costumbres, a la buena fe, al orden debido y expresiones similares, que no son sino conceptos jurídicos indeterminados que el juez debe integrar caso por caso.

E) Determinación de la consecuencia jurídica

La determinación de la consecuencia jurídica, dentro lógicamente de la congruencia, puede en ocasiones no suscitar problemas por tratarse de una especificación para el caso concreto de la norma general, y así puede consistir en condenar al demandado a pagar el precio de la cosa comprada que no pagó en su momento, fijando la cantidad exacta, o en condenarle a entregar la posesión de la cosa reivindicada.

Ahora bien, no siempre la consecuencia jurídica está completamente determinada en la ley, sino que ésta en alguna medida debe ser especificada por el juez en atención a las circunstancias del caso. El supuesto más claro es el del art. 1154 del CC cuando deja a la discrecionalidad equitativa del juez la determinación concreta de la “pena” en las obligaciones con cláusula penal, pero puede hacerse mención de otros muchos casos como los de los arts. 146 (la cuantía de los alimentos), 398 (lo que corresponda en la administración de la comunidad de bienes), 565 (el punto menos perjudicial para el predio sirviente), siempre del CC, etc.

III. MOTIVACIÓN DE LA SENTENCIA

Si durante siglos los tribunales no tuvieron necesidad de motivar sus sentencias, y hasta en algún caso se prohibió expresamente la motivación (Real Cédula de 23 de junio de 1778), hoy debe estarse al art. 120.3 de la CE y luego a los arts. 209 y 218 la LEC, que ponen en relación ese deber de motivar con la forma de la sentencia. Prescindiendo de la forma, la motivación exige expresar los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la interpretación y a la valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpretación del Derecho.

1. Significado

La finalidad del deber constitucional de fundamentar las sentencias se ha referido por el Tribunal Constitucional (STC 14/991, de 28 de enero, por ejemplo) a aspectos muy diferentes, por cuanto ha mencionado: 1) La relación de vinculación del juez a la ley y al sistema de fuentes del Derecho dimanante de la Constitución, 2) El derecho constitucional del justiciable a exigirla, que se entiende incluido en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE y que, además, se relaciona con el derecho a ejercitar los recursos que procedan y, sobre todo, con el derecho a oponerse a decisiones arbitrarias, y 3) El interés general de la comunidad en el conocimiento de las razones que determinan la decisión. Se trata, pues, de una acumulación de razones que podrían ordenarse si se tuviera en cuenta que:

a) La exigencia de motivar del art. 120.3 de la CE debe relacionarse más con la función jurisdiccional y el sometimiento en el ejercicio de la misma al imperio de la ley o, en otros términos, al sistema de fuentes establecido constitucionalmente, aparte de que es medio para que la sociedad conozca cómo se ejerce por sus jueces el poder que se les ha conferido.

b) La garantía procesal de la parte tiene mejor acomodo en el art. 24.1 de la CE, en cuanto que el derecho a la tutela judicial efectiva presupone, no una resolución cualquiera, sino una resolución motivada. La motivación, por un lado, permite a la parte tomar conocimiento de las razones por las que su pretensión o

resistencia ha sido estimada o desestimada y, al mismo tiempo, le posibilita el control por la vía de los recursos.

2. Alcance

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse con reiteración sobre el contenido de la motivación y su jurisprudencia puede resumirse así:

a) La motivación escueta o sucinta, si es suficientemente indicativa, no equivale a ausencia de la misma, pues no se trata de identificar motivación con extensión de los antecedentes de hecho y de los fundamentos de derecho, y ni siquiera es preciso que se haga exhaustiva descripción del proceso intelectual que conduce al juez a decidir en un determinado sentido.

b) Lo determinante es que la resolución haga expresa manifestación de que la decisión adoptada responde a una concreta manera de entender qué hechos han quedado probados y cómo se interpreta la norma que se dice aplicable, con lo que se está dando base suficiente para que la parte gravada conozca el porqué de la decisión y pueda, en su caso, recurrirla, y al tribunal superior controlar la viabilidad fáctica y jurídica de lo decidido.

c) Por tanto, será motivación suficiente aquella que permite conocer la razón de decidir, independientemente de la parquedad o de la extensión del razonamiento expresado, pues lo importante es que quede excluido el mero voluntarismo o la arbitrariedad del juzgador.

En la motivación se pone muy claramente de manifiesto que la sentencia no es sólo un acto de voluntad del titular de la potestad jurisdiccional, sino que es también una operación intelectual que está sujeta a toda una serie de condicionamientos legales. La motivación ha de exteriorizar cómo se han cumplido esos condicionamientos y por ello ha de expresar, por ejemplo, qué hechos son los que estima que se han probado y cuál es la interpretación de la norma que aplica.

Aspecto de especial transcendencia es el que se refiere a la declaración de hechos probados, pero sobre él diremos al final de este Tema.

IV. REQUISITOS INTERNOS: CLARIDAD, PRECISIÓN

El art. 218.1 LEC se refiere a los requisitos internos de las sentencias y dice que las mismas “deben ser claras, precisas y congruentes”, añadiendo después que han de decidir “todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate”. Tradicionalmente el acento de entre estos requisitos se ha puesto en el de la congruencia, que es sin duda muy importante, pero conviene no olvidarse de que no es el único.

Cuando se habla de los requisitos internos de la sentencia siempre se incide sobre la congruencia, pero hay que distinguir entre:

a) Claridad: En su virtud la resolución no debe precisar ser objeto de una compleja labor de interpretación, por cuanto sus pronunciamientos deben ser, por sí mismos, evidentes. La claridad falta totalmente cuando el fallo contiene disposiciones contradictorias, de modo que entonces se estaría constituyendo el supuesto más claro de infracción de norma procesal reguladora de la sentencia.

b) Precisión: Puede concebirse como un aspecto del anterior requisito, pero por sí mismo significa la posibilidad, tratándose de sentencias de condena, de que se pueda pasar directamente a la ejecución sin necesidad de operaciones intermedias. Esto adquiere especial sentido cuando se trata de las sentencias de contenido dinerario y en la prohibición de la iliquidez de las mismas.

V. EXHAUSTIVIDAD

La omisión de pronunciamiento atiende al requisito interno de la sentencia que suele denominarse de incongruencia por defecto, pero que más correctamente puede enunciarse como exhaustividad, por cuanto se refiere a la necesidad de resolver todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate, por emplear las palabras el art. 218.1 LEC. El Tribunal Constitucional ha aludido a ella repetidamente como incongruencia por defecto u omisiva.

La exhaustividad se refiere a la falta de pronunciamiento sobre alguno de los puntos que ha sido objeto de debate en el proceso y entre las partes, con lo que se

vulnera un requisito de contenido de la sentencia, y no debe confundirse con la falta de tutela judicial efectiva, que implica la vulneración de un derecho de rango fundamental

Como se ha puesto de manifiesto por Díez-Picazo Giménez el Tribunal Constitucional desde muy pronto advirtió que si el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 de la CE supone, entre otras cosas, el derecho a obtener una resolución de fondo fundada, se está ante un supuesto de violación del mismo cuando la sentencia deja sin resolver alguna de las peticiones formuladas por las partes (STC 61/1983). Con todo esta línea jurisprudencial no se ha mantenido sin altibajos, pues si pueden señalarse sentencias en las que se ha sostenido que la omisión de pronunciamiento lleva sin más a la vulneración del art. 24.1 de la CE, no faltan otras en las que se habla de desestimación tácita, de que un fallo desestimatorio no puede ser tildado de incongruente, en que se confunde la llamada incongruencia omisiva y el defecto de motivación y en que el no pronunciarse sobre una excepción material (en el caso concreto, prescripción) unas veces es denegación tácita y otras vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

1. Concepto

Si se quiere obtener un mínimo de claridad sobre lo que sea la exhaustividad (llamada incorrectamente incongruencia por omisión de pronunciamiento) debe tenerse en cuenta que debería distinguirse entre:

a) Falta de pronunciamiento sobre una petición de fondo realizada por el demandante, que sería el verdadero supuesto de falta de tutela judicial efectiva a que se refiere el Tribunal Constitucional.

b) Falta de pronunciamiento sobre una excepción de fondo o material opuesta por el demandado, que difícilmente podría encuadrarse en la falta de tutela judicial efectiva, al existir una sentencia de fondo, pero que podría llevar a la estimación de un recurso ordinario o extraordinario al haberse incumplido un requisito de la sentencia, aunque éste requisito no estuviera cubierto por una garantía constitucional de las que pueden dar lugar al recurso de amparo.

c) Falta de pronunciamiento sobre una excepción procesal opuesta por el demandado, a la que habría que asimilar el no pronunciamiento sobre una causa de inadmisión del recurso alegada por el recurrido, que también podrían llevar a la estimación de un recurso ordinario, pero que tampoco deberían dar lugar al recurso de amparo, al no haber vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1

de la CE, pues es evidente la existencia de una resolución que se pronuncia sobre el fondo.

d) Falta de motivación que, desde luego, no guarda relación con la falta de pronunciamiento, pues la falta de motivación supone que existe pronunciamiento, mientras que la falta de pronunciamiento, siendo por sí misma suficiente para que exista vulneración constitucional, implica además la no existencia de motivación.

De todos estos supuestos la vulneración de un derecho fundamental se refiere sólo a uno de ellos, el primero, mientras que en los demás se trata de la vulneración de una norma ordinaria que determina el contenido de la sentencia. La exhaustividad no puede reducirse, pues, a la falta de pronunciamiento sobre una petición de fondo del actor, sino que comprende todos los casos en que la sentencia no se pronuncia sobre todo lo que ha sido objeto de debate en el proceso, tanto se trate de la pretensión del actor como de la resistencia del demandado.

2. Contenido

Hecha la distinción anterior entre omisión de pronunciamiento sobre una petición de fondo del actor y exhaustividad, el fundamento de una y otra tiene que ser distinto y también las consecuencias procesales.

A) Falta de resolución sobre petición de fondo del actor

Respecto de la no existencia de resolución sobre una petición del fondo del actor convendría aclarar que:

1.º) A pesar de que tradicionalmente esta falta de pronunciamiento se viene considerando como una supuesto de incongruencia, parece ya claro que el fundamento de aquélla y de ésta son diferentes. Tendremos ocasión después de aludir a que el fundamento de la incongruencia es el principio dispositivo y el principio de aportación de parte, mientras que el fundamento del requisito de pronunciarse sobre todas las peticiones de fondo del actor se encuentra en el derecho a la jurisdicción o derecho a la tutela judicial, pues una sentencia en la que

falta un pronunciamiento es una sentencia incompleta, en la que se deja de juzgar sobre alguna de las peticiones que se hicieron oportunamente, y ello hasta el extremo de que, si no se corrige por la vía de los recursos esa falta de pronunciamiento, podría sostenerse que la cosa juzgada no comprende la petición dejada de resolver.

2.º) Para que exista falta de pronunciamiento respecto de las peticiones de fondo del actor parece lógico partir del presupuesto de que éste ha tenido que formular varias, por lo que debe distinguirse entre denegación de justicia, que existiría en el caso hipotético de que el juez o tribunal dejara de pronunciarse sobre la única petición formulada o sobre todas las formuladas (sin entrar aquí en la calificación penal del supuesto atendido el tipo del art. 448 del CP), y falta de pronunciamiento por omisión o por error respecto de alguna de las peticiones formuladas.

3.º) La falta de pronunciamiento sólo puede existir respecto de las peticiones formuladas oportunamente en el proceso, esto es, en el acto de alegación procesalmente hábil para ello, lo que supone que debe estarse a cada uno de los procedimientos y examinar respecto de ellos cuál es el momento preclusivo. Naturalmente esto implica traer a referencia la prohibición de transformación de las peticiones realizadas por el demandante y los límites de esa prohibición.

4.º) La desestimación tácita debería de desaparecer como argumento para justificar faltas de pronunciamiento, pues todas las peticiones del actor han de recibir respuesta expresa.

Con todo, la desestimación tácita pudiera quedar reducida a supuestos excepcionales perfectamente delimitados que no podrían ser más de estos tres: 1) Acumulación alternativa: Si el actor ha efectuado este tipo de acumulación es obvio que la estimación de una pretensión lleva implícita la desestimación de las demás, 2) Acumulación accesorio: Cuando el actor ha efectuado esta acumulación la desestimación de la pretensión principal supone, sin otro argumento, la desestimación de las acumuladas accesorias, y 3) Acumulación de pretensiones incompatibles: Si esta acumulación es posible, como sucede por ejemplo en la reconvención, también es obvio que la estimación de una de ellas lleva a la desestimación de la contraria.

En todos estos supuestos de falta de pronunciamiento sobre una petición de fondo del actor se está ante un defecto de contenido de la sentencia, que debe

corregirse por medio de los recursos (pues se tratará del motivo de infracción de la norma reguladora de la sentencia), pero además ha de ser posible el amparo ante el Tribunal Constitucional pues también se ha vulnerado un derecho fundamental, al no haberse producido la tutela judicial.

B) Otros supuestos de exhaustividad

Respecto de todos los demás supuestos de exhaustividad, su fundamento no puede encontrarse en el derecho a la jurisdicción, sino en algo que tiene que estar más próximo a la congruencia en sentido estricto, es decir, a los principios dispositivo y de aportación de parte, si bien vistos desde el punto de vista del demandado. Este no determina el objeto del proceso, pero por medio de su resistencia sí determina el objeto del debate, oponiendo excepciones de fondo y excepciones procesales, las cuales deben ser contestada de modo expreso por el tribunal en la sentencia, bien para estimarlas, bien para desestimarlas, y la falta de pronunciamiento respecto de ellas no puede entenderse que significa desestimación tácita.

Por otro lado, en estos supuestos la necesidad de pronunciamiento entronca también con la necesidad de motivación, pues no bastará con que la excepción material o procesal sea desestimada, sino que será preciso explicar el porqué de la misma. No cabe hacer una interpretación tan restrictiva como la propia de la desestimación tácita de las peticiones del actor, pero también aquí habrá de estimarse que, en principio, no deben ser admitidas las desestimaciones tácitas.

VI. CONGRUENCIA

1. Concepto

Aclarado que la llamada incongruencia por omisión de pronunciamiento es la exhaustividad, resta por atender a la verdadera congruencia, a la que lo es por exceso, que en general se dice que se refiere a sobrepasar los límites que vienen marcados por las peticiones y las alegaciones de las partes. Es dentro de esta

verdadera incongruencia donde se procede a distinguir tipos de la misma, y principalmente:

a) Incongruencia por *ultra petitum*: Con lo que suele hacerse referencia a los casos en que el fallo de la sentencia otorgue más de lo pedido, y con ello se está partiendo del presupuesto de que la sentencia puede otorgar como máximo todo lo pedido, pero no puede ir más allá.

b) Incongruencia por *extra petitum*: Palabras con las que suele aludirse tanto a que la sentencia conceda lo no pedido como a que lo conceda o lo deniegue por causas distintas de las alegadas, con lo que, en realidad, se está haciendo referencia, bien a las peticiones (*petita*) de las partes, bien a las causas de pedir (*causa petendi*).

No estamos, por el contrario, ante un supuesto de incongruencia en la llamada por *infra petitum*, pues la decisión judicial puede siempre conceder menos de lo pedido. El único supuesto dudoso sería el relativo a la sentencia que concediera menos de lo admitido por el demandado, el cual habría realizado un allanamiento parcial o incluso total, pero también este supuesto podría incluirse en la incongruencia por *extra petitum*.

A pesar de la tradición que arrastra esta clasificación de la incongruencia, la doctrina está últimamente resaltando que la misma, con su distinción entre *ultra* y *extra petita*, tenía su origen en la redacción anterior del art. 1692 de la LEC/1881, que obligaba a reconducir cada una de ellas por un motivo diferente del recurso de casación, pero que las razones formales de la distinción desaparecieron cuando se modificó el dicho art. 1692, de modo que la incongruencia por exceso es reconducible a una categoría única, que debe entenderse incluida en la infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, del art. 469.1, 2.º.

El requisito de la congruencia suele definirse poniendo de manifiesto que el mismo se resuelve en una correlación o comparación entre dos elementos. Si esta idea está comúnmente admitida, no existe la misma unanimidad a la hora de precisar cuáles son exactamente los dos términos a comparar, encontrándose concepciones que aluden simplemente a las pretensiones de las partes y a la parte dispositiva de la sentencia, en general, junto a otras más modernas que precisan mucho más esos dos elementos, tanto el referido a la actividad procesal de las partes como el de la sentencia.

2. Fundamento

Hemos dicho antes que la verdadera incongruencia, aquella que lo es por exceso, es reconducible a una categoría única, en la que quedan incluidos todos los casos, y hay que decir inmediatamente que su fundamento se encuentra en los principios dispositivo y de aportación de parte, desde los cuales se delimita tanto el objeto del proceso en sentido estricto como el objeto del debate.

Aunque en ocasiones se ha referido la incongruencia al derecho defensa o al principio de contradicción, debe tenerse en cuenta que aquélla no asegura que el juez se pronuncie sólo sobre lo que las partes han tenido la oportunidad de debatir contradictoriamente, dada la existencia de cuestiones sobre las que el juez ha de decidir de oficio, tanto procesales (presupuestos procesales) como de fondo (fundamentos de derecho). La congruencia forma parte del principio dispositivo, es una de las consecuencias esenciales del mismo, y deriva de la naturaleza privada de los derechos subjetivos puestos en juego; si el juez pudiera pronunciarse sobre lo no pedido, hasta la naturaleza privada de los derechos se vería en juego.

El fundamento, pues, de la incongruencia se encuentra en que son las partes las que determinan lo que someten a la decisión judicial. Desde el punto de vista de actor porque él fija el objeto del proceso por medio de la pretensión, y desde la perspectiva del demandado porque él puede contribuir a delimitar (no el objeto del proceso) pero sí el objeto del debate por medio de la alegación de excepciones materiales.

3. Elementos de la correlación

Aunque tradicionalmente se haya sostenido que la correlación tiene que producirse entre las pretensiones de las partes y la parte dispositiva de la sentencia, esta afirmación se considera hoy por la doctrina insuficiente por cuanto no atiende a todos los supuestos posible. Por eso se está diciendo actualmente que la correlación debe establecerse entre, por un lado, la actividad de las partes y, por otro, la actividad del juez desplegada en la sentencia. Más en concreto:

a) Cuando se habla de la actividad de las partes se está haciendo referencia a:

1.º) Actor: La pretensión procesal, incluyendo tanto la petición como su causa de pedir y los hechos constitutivos de la demanda, además de todos aquellos actos en los que se haya realizado una modificación (tanto limitación como ampliación admitida) de la pretensión misma, por lo que debe estarse a las posibilidades de transformación de la demanda, teniendo en cuenta la norma general y las excepciones del art. 412.

2.º) Demandado: Las excepciones materiales opuestas por éste (y su limitación o ampliación admisible, también según lo dispuesto en el art. 412), y

3.º) Las dos partes: Los actos de disposición del objeto del proceso (renuncia, allanamiento y transacción) y del proceso (sólo en cuanto condicionen el contenido de la sentencia, caso del desistimiento del recurso que convierte en firme a la sentencia recurrida).

b) Al referirse a la actividad del juez se está aludiendo a la sentencia, no sólo a la parte dispositiva de la misma, por cuanto en ocasiones habrá de atenderse a las razones por las que esa parte dispositiva contiene un pronunciamiento determinado. Si la congruencia ha de referirse a la causa de pedir, también ha de incluir la causa de estimar o desestimar la petición de la parte y esto se contiene en la fundamentación.

4. Contenido de la correlación

Establecidos los elementos de la correlación, aquellos entre los que debe producirse la comparación, resta por indicar en qué puede consistir la incongruencia por exceso. Partiendo de la sentencia ha de atenderse pues:

A) A las partes

La sentencia no puede contener pronunciamiento alguno respecto de quien no ha sido parte en el proceso, ni para condenarlo ni para absorverlo; si la sentencia deja de contener pronunciamiento sobre una parte estaremos ante el supuesto anterior de falta de exhaustividad.

B) A la pretensión

La pretensión determina el objeto del proceso y la sentencia ha de referirse a él en su doble componente:

1.º) Petición: Recordemos que esta petición puede ser la inmediata (la referida a la clase de tutela solicitada; de condena, declarativa pura o constitutiva) o la mediata (el bien), y la incongruencia de la sentencia puede referirse a esas dos peticiones, tanto porque se pronuncia sobre una clase de tutela no pedida por el actor, como porque se pronuncia alterando los límites cualitativos o cuantitativos determinados por el actor, esto es, porque el juez otorga algo que no se ha pedido o porque deniega algo que tampoco se había pedido.

2.º) Causa de pedir: Esta también sirve para delimitar la pretensión y con ella el objeto del proceso y, por tanto existirá incongruencia si el juez otorga lo pedido por el actor pero por causa distinta de la alegada. Debe tenerse en cuanto también ahora que una cosa son los hechos identificadores de la causa de pedir y otra, añadida a ella y por lo mismo diferente, los hechos constitutivos, y que la incongruencia también puede referirse a que el juez conceda lo pedido por el actor pero con base en hechos constitutivos no alegados por éste.

C) A la resistencia

La incongruencia de la sentencia con relación a la resistencia sólo puede producirse si el demandado ha opuesto excepciones materiales, y aquélla existirá si el juez aprecia una excepción no alegada. No podrá hablarse de incongruencia en el caso de que se estime por el juez una excepción material que deba tenerse en cuenta de oficio (por ejemplo, caducidad).

No está siempre claro si existe incongruencia porque el juez dicte una sentencia de absolución de la instancia, esto es, meramente procesal, a pesar de que el demandado no haya alegado excepciones procesales. Con esto lo que se está suscitando es si los presupuestos procesales son o no controlables de oficio por el juez, y para dar una respuesta debe estarse a cada uno de los procesos regulados en la LEC y dentro de cada

uno de ellos a la distinción entre verdaderos presupuestos procesales (los controlables de oficio) e impedimentos procesales (controlables sólo a instancia del demandado).

La incongruencia no puede referirse a los fundamentos de derecho alegados por las partes, pues el principio *iura novit curia* despliega aquí sus plenos efectos, siempre que su aplicación no suponga modificar el objeto del proceso o las excepciones materiales. Por ello el art. 218.1, II, dice 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.

VII. ESTRUCTURA EXTERNA DE LA SENTENCIA

Partiendo de que no hay sentencias civiles orales, la forma de la sentencia es siempre escrita y los arts. 208 y 209 de la LEC exigen:

a) Encabezamiento: Se expresarán en él lugar, fecha, órgano jurisdiccional que la dicta, con expresión del nombre del juez (Juzgado) o de los nombres de los magistrados (tribunal, y entonces mención expresa del ponente), nombres de las partes y, cuando sea necesario la legitimación y representación en virtud de las cuales actúen, así como los nombres de los abogados, procuradores y objeto del juicio.

b) Antecedentes de hecho: Se consignarán, con la claridad y concisión posibles y en párrafos separados y numerados:

1.º) Las pretensiones de las partes o interesados.

2.º) Los hechos en que las funden, que hubieren sido alegados oportunamente y que tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse.

3.º) Las pruebas que se hubieren propuesto y practicado.

4.º) Los hechos probados, en su caso.

Hasta ahora la diferencia básica entre una sentencia civil y otra penal se ha referido a los hechos probados, pero debe tenerse en cuenta que esa diferencia lo era en sentido formal. En efecto, toda sentencia tiene que expresar necesariamente cuáles son los hechos

que el juez o tribunal estima probados, y éste es siempre un requisito esencial de contenido, en cuanto que sin él la sentencia misma no estaría motivada. Otra cosa es que la ley exija o no, como requisito formal, que exista una parte de la sentencia en la que se haga expresión de modo literalmente diferenciado de cuáles son los hechos probados, pues ese requisito se exigía en la sentencia penal y no en la civil.

La nueva redacción del art. 209, 2.^a de la LEC de 2000 hace cuestionarse si la exigencia formal de los hechos declarados probados se ha extendido o no al proceso civil. Debe tenerse en cuenta que la LEC pretende establecer las normas comunes relativas a las resoluciones judiciales (y de ahí que se pretendiera derogar los arts. 244 a 248 de la LOPJ), de modo que la forma que regula de la sentencia debería poder aplicarse en todas las sentencias, sea cual fuere el tribunal y el orden judicial. Cuando el art. 209, 3.^a dice, “en su caso”, al final puede entenderse que es para cuando exista norma expresa que así lo exija, con lo que no es dudosa la aplicación de la norma específica del art. 142 de la LECRIM o del art. 97 de la LPL, pero dado que no existe norma específica para la sentencia civil, la duda subsiste.

c) Fundamentos de derecho: También en párrafos separados y numerados se expresarán los puntos de hecho y de derecho fijados por las partes y los que ofrezcan las cuestiones controvertidas, dando las razones y fundamentos legales del fallo que halla de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso.

d) Fallo: Acomodado al principio de justicia rogada, es decir, sujetándose a los hechos, pruebas y pretensiones de las partes, contendrá:

1º) 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,

2º) Pronunciamiento sobre las costas.

3º) Determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 219 de la propia LEC.

TEMA 30º

LA COSA JUZGADA

(Esquema)

I. LA COSA JUZGADA Y LAS RESOLUCIONES...

Función jurisdiccional: Irrevocabilidad. Seguridad jurídica

“Cosa juzgada”: arts. 207 y 222

A) *Firmeza*

Todas las resoluciones = partes. Art. 207.2

- 1) Ley no recurso
- 2) Ley sí recurso, pero:
 - 1) Pasa el plazo
 - 2) Desistimiento
 - 3) Inadmisible o desierto

Firmeza de sentencia de fondo:

- 1) Ejecución
- 2) Condición de la c. j. material

B) *Invariabilidad*

Todas resoluciones = tribunal. Art. 224. Firma

II. LA COSA JUZGADA FORMAL

Efecto interno. Art. 207: - No desconocer lo decidido

- Estar a lo decidido

- 1) Vinculación en el proceso
- 2) Todas resoluciones (menos la última)

Seguridad jurídica y desarrollo ordenado

III. LA COSA JUZGADA MATERIAL

1. Concepto

Vinculación en otro proceso. Sentencia de fondo

- 1) Estado de la relación jurídica: Material
- 2) Efecto de la sentencia de fondo en otro proceso: Procesal

Esencia de la jurisdicción

2. Resoluciones susceptibles de c. j.

Art. 222. Sentencias de fondo

A) *Sentencias constitutivas*

B) *Resoluciones cautelares*

C) *Sentencias de juicios sumarios*

IV. NATURALEZA DE LA C. J.

A) *Presunción de verdad*: Art. 1251 CC (derogado)

B) *Teoría material*: Establece el derecho entre las partes

C) *Teoría procesal: Seguridad*: 1) Situación de incertidumbre
2) Justicia contra seguridad

V. EFECTOS DE LA C. J. M

1. Función negativa (excluyente)

Art. 222.1: Excluye otra resolución

No otro proceso. Otra decisión

2. Función positiva (prejudicial)

Art. 222.4: Vincula la segunda decisión

Objeto: Parcialmente idénticos, conexos

VI. LÍMITES DE LA C. J. M

1. Subjetivos

A) *Identidad de sujetos*

Partes, “calidad”

B) *Extensión a determinados terceros*

1) Herederos y causahabientes

2) Sujetos titulares de derechos, art. 10

3) Socios en impugnación de acuerdos societarios

C) *Extensión erga omnes*

Estado civil y etc. Ya no: 1) Disposiciones testamentarias

2) Solidaridad

2. Objetivos

A) *Pretensión*

Petición

Causa de pedir: Art. 400

No los hechos

B) *Resistencia*

Excepciones materiales

3. Temporales

Dies a quo y dies ad quem

VII. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA C. J.

A) *De la función negativa*

Instancia de parte: excepción

De oficio

B) De la función positiva

No por excepción

Distinguir: 1) Afirmación existencia de sentencia anterior

2) Alegación de fuerza vinculante

LA COSA JUZGADA

La cosa juzgada y las resoluciones que la producen. Cosa juzgada formal y cosa juzgada material. Naturaleza y efectos de la cosa juzgada material (función positiva y función negativa de la cosa juzgada). Límites subjetivos, objetivos y temporales de la cosa juzgada. Tratamiento procesal de la cosa juzgada.

I. LA COSA JUZGADA Y LAS RESOLUCIONES QUE LA PRODUCEN

La función jurisdiccional consiste en la actuación del derecho objetivo en el caso concreto, actuación tiene que ser irrevocable. A esta irrevocabilidad de la decisión última que se adopta en el proceso declarativo, viene denominándose tradicionalmente cosa juzgada.

La cosa juzgada es, pues, la fuerza que el Ordenamiento jurídico concede al resultado del proceso de declaración, esto es, a la sentencia que se dicta al final del mismo. Esa fuerza atiende a un efecto del proceso, efecto que se resuelve en la irrevocabilidad de la decisión judicial. Esta irrevocabilidad no la tienen todas las decisiones de los órganos del Estado, sino que se atribuye únicamente a las decisiones que provienen de los órganos jurisdiccionales. Sólo éstos deciden con cosa juzgada.

Partiendo de concepto parecería evidente que la cosa juzgada debería referirse únicamente a las sentencias que resuelven la cuestión de fondo planteada en el proceso por la pretensión, pues es en ellas donde se contiene la decisión judicial. Sin embargo, la expresión “cosa juzgada” se utiliza por la doctrina y por la LEC (arts. 207 y 222) con dos sentidos diferentes, aunque los dos responden a una misma idea base. Se habla así de cosa juzgada formal y de cosa juzgada material, pero antes de explicarlas hay que dejar aclarados otros dos conceptos, que no pueden confundirse con la cosa juzgada.

A) Firmeza

Es un efecto propio de todas las resoluciones judiciales, referido a las partes, por el que la resolución no puede ya ser recurrida por éstas. Es, pues, un efecto interno del proceso en el que la resolución se dicta, por virtud del cual contra una resolución no cabe recurso. Por ello dice el art. 207.2 que son resoluciones firmes aquéllas contra las que no cabe recurso alguno, lo que puede producirse atendiendo a dos órdenes de razones:

1.^a) Cuando por la naturaleza de la resolución no quepa contra ella recurso, por no estar éste previsto en la ley.

Naturalmente no podemos realizar aquí una enumeración exhaustiva de las resoluciones que se encuentran en este caso, debiendo estarse a cada uno de los supuestos en concreto, pero algunas son evidentes: las sentencias del Tribunal Supremo.

2.^a) Cuando la ley conceda algún recurso y a pesar de ello la resolución se convierte en firme porque: 1) Las partes dejan transcurrir el plazo para preparar o interponer el recurso sin haberlo utilizado, 2) Se produce el desistimiento del recurso interpuesto por medio de la declaración de voluntad expresa del recurrente (art. 450), ó 3) El recurrente incumple algún requisito y el recurso se declara inadmisibile (arts. 452, II, 457.4, 470.3 y 480.1 LEC) o desierto (arts. 458.2, 471, III, y 481.4 LEC).

Cuando la firmeza se refiere a la sentencia sobre el fondo hay que destacar dos aspectos concretos:

1) Normalmente la sentencia firme abre el camino para la ejecución, pero no deben confundirse firmeza y ejecutabilidad. Existen sentencias no firmes (es decir, que han sido recurridas, estando pendiente el recurso) que son ejecutables provisionalmente, lo que ahora tiene especial incidencia, dada la amplitud concedida a la ejecución provisional en el Título II del Libro III de la LEC.

2) La firmeza es paso previo y condición para que la sentencia sobre el fondo produzca cosa juzgada material. Mientras no se haya alcanzado sentencia firme, si se inicia un proceso posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto, en éste no podrá alegarse la excepción de cosa juzgada, sino la de litispendencia (de donde resulta, una vez más, que entre litispendencia y cosa juzgada, como excepciones, existe únicamente una diferencia temporal).

B) Invariabilidad

Este otro efecto se refiere al tribunal que dicta la resolución, cualquier resolución, y se concreta en que no podrá ya variarla de oficio. Como dice el art.

214.1 LEC los tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas.

Nuestro proceso civil, en general, parte del principio de que todas las resoluciones interlocutorias pueden y deben adquirir firmeza e invariabilidad, único medio para que el proceso avance. La decisión del legislador ha sido la de que todas las resoluciones (y no sólo las sentencias) están llamadas a adquirir firmeza (art. 207 LEC), y la de que todas se convierten en invariables para el tribunal (art. 214), aunque a veces pudiera parecer más acorde con la economía procesal que el tribunal tuviera la facultad de modificar las resoluciones interlocutorias de oficio en cualquier instante o bien que las partes pudieran impugnarlas en cualquier momento. En principio es más conveniente para el proceso, para su normal desarrollo, la producción de firmeza y la invariabilidad de estas resoluciones.

Cosa distinta de la invariabilidad y no contraria a ella es la aclaración y corrección (art. 214) o la subsanación y complemento de sentencias y autos incompletos o defectuosos (art. 215), pues no se trata entonces de modificar el contenido de la resolución. Naturalmente la declaración de oficio de la nulidad de actuaciones (arts. 225 y ss.) tampoco guarda relación con la invariabilidad de las resoluciones judiciales.

II. LA COSA JUZGADA FORMAL

La cosa juzgada formal es un efecto interno de las resoluciones judiciales, en cuanto que se refiere al proceso mismo en el que la resolución se dicta, en virtud del cual las partes y el tribunal, en el desarrollo posterior del proceso, no podrán desconocer lo decidido en la resolución que la ha producido, es decir, en la resolución que ha pasado en cosa juzgada formal. A este efecto se refiere el art. 207 LEC cuando dice que las resoluciones firmes pasan en autoridad de cosa juzgada “y el tribunal del proceso en que hayan recaído deberá estar en todo caso a lo dispuesto en ellas”.

Ese “estar en todo caso a lo dispuesto en la resolución que ha pasado en cosa juzgada” significa:

a) El tribunal queda vinculado por su propia decisión y en la continuación del proceso: 1) No podrá dictar resolución en la que decida de modo contrario a lo decidido en una resolución anterior pasada en cosa juzgada, y 2) Todas las resoluciones posteriores han de partir del presupuesto lógico de lo decidido en las resoluciones anteriores con fuerza de cosa juzgada. En el mismo sentido las partes no podrán pedir, en el desarrollo posterior del proceso, decisión judicial alguna que niegue estos efectos.

La cosa juzgada formal añade, pues, algo a la firmeza y a la invariabilidad de las resoluciones. La firmeza impide a las partes recurrir una resolución y la invariabilidad impide al tribunal volver atrás y variar el contenido de una resolución. La cosa juzgada formal supone que en la continuación del proceso las partes no pueden pedir y el tribunal no puede decidir en contra de lo ya decidido (efecto negativo) y que todas las peticiones de las partes y todas las resoluciones judiciales posteriores han de partir de la existencia de lo ya decidido (efecto positivo).

b) Esta cosa juzgada formal la producen todas las resoluciones que se dictan a lo largo del proceso, pero no aquéllas que ponen fin al mismo, sea la sentencia sea un auto, porque entonces la cosa juzgada formal es inútil dado que el proceso no continúa.

Si esta cosa juzgada se produce en el proceso mismo en que la resolución se dicta y si afecta al desarrollo posterior del proceso, parece obvio que la misma no puede ser producida por las resoluciones que ponen fin al proceso. Estas resoluciones que acaban con el proceso pueden convertirse en firmes y son siempre invariables y, en su caso, podrán producir cosa juzgada material, pero no podrán producir cosa juzgada formal por la razón obvia de que ya no va a producirse actividad procesal al haber finalizado el proceso. Si no hay más actividad procesal, no cabe que la misma este vinculada por la cosa juzgada formal, a riesgo de incurrir en una grosera contradicción lógica.

La razón de ser de esta cosa juzgada formal debe buscarse en la seguridad jurídica y en que el proceso se desarrolle de un modo ordenado. Al valor justicia puede convenirle que en cualquier momento del proceso pudiera volverse a decidir sobre lo ya decidido en las resoluciones que van dictándose durante su curso, con la esperanza de lograr un mayor nivel de adecuación a la legalidad procesal, pero esa posibilidad significaría un desarrollo del proceso en el que nunca podría estarse seguro de la estabilidad de las resoluciones. La seguridad jurídica y el orden adecuado del proceso imponen que todas las resoluciones (menos la última) produzcan la cosa juzgada formal.

III. LA COSA JUZGADA MATERIAL

1. Concepto

Si el ámbito de la cosa juzgada formal es el proceso mismo en el que la resolución se dicta, el de la cosa juzgada material es otro proceso distinto y posterior, y supone la vinculación, en ese otro proceso, al contenido de lo decidido en la sentencia sobre el fondo del asunto del primer proceso, es decir, a la

estimación o desestimación de la pretensión. Los efectos de esta cosa juzgada material, pues, no tienen carácter interno, sino externo; no se reflejan en el proceso en el que se dicta la sentencia que produce la cosa juzgada material, sino en otro proceso posterior.

Cuando se habla de la cosa juzgada material generalmente se está haciendo referencia sólo al efecto de la vinculación en otro proceso posterior, pero no puede desconocerse que la expresión puede utilizarse con dos sentidos:

a) El primer sentido hace referencia al especial estado jurídico en que se encuentran algunos asuntos o cuestiones por haber sido objeto de enjuiciamiento definitivo en un proceso, y así se habla de “esto es ya cosa juzgada” aludiendo a que una determinada relación jurídica ha quedado definida después de un proceso, razón por la que puede decirse que la cosa juzgada no la produce tanto la sentencia que al final de él se dicta como el proceso mismo en su conjunto.

Este efecto de la cosa juzgada no es procesal, en el sentido de que no opera en un proceso posterior, sino en el campo de las relaciones jurídicas materiales y entre los sujetos de las mismas. Estos sujetos, más o menos voluntariamente, adecuarán sus actuaciones a la solución final de la cuestión entre ellos existente y ya resuelta.

b) El segundo sentido atiende a ciertos efectos de determinadas resoluciones judiciales y, más específicamente, al efecto de la principal resolución, que es la sentencia en el fondo, con lo que cuando se dice “hay cosa juzgada” es para dar a entender que en un proceso posterior se ha de excluir otro enjuiciamiento sobre lo ya juzgado o se tiene que partir necesariamente de lo ya juzgado.

Este efecto de la cosa juzgada es el propiamente procesal y es al que aquí se atiende de modo principal, por cuanto el mismo no queda entre las partes sino que alcanza a los órganos jurisdiccionales. Mientras que el primero se aplica por los particulares, titulares de la relación jurídica material, este segundo no puede quedar a la discrecionalidad de esos particulares, como veremos después en el tratamiento procesal de la cosa juzgada.

En la cosa juzgada material lo que está en juego es la esencia de la jurisdicción. El desconocimiento de aquélla en un proceso posterior no significaría sólo una vulneración del art. 24.1 de la CE, sino el privar de contenido a la jurisdicción misma. El Tribunal Constitucional se ha visto obligado a encauzar el desconocimiento de la cosa juzgada material en un segundo proceso por la vía de la vulneración del art. 24.1 de la CE, pero ello es consecuencia de que los recursos de amparo se han basado en la vulneración de un derecho fundamental, aunque lo importante conceptualmente es que la cosa juzgada hace a la esencia de la jurisdicción tal y como se entiende ésta en el art. 117 de la misma.

2. Resoluciones susceptibles de esta cosa juzgada

La cosa juzgada material sólo puede referirse a aquellas resoluciones en las que el tribunal responde directamente a la tutela pedida en la pretensión y en la resistencia, a aquéllas en que se contiene la declaración de voluntad del Estado. Así se desprende del art. 222 LEC.

Los problemas se refieren a algunas sentencias que, aun pronunciándose sobre el fondo del asunto, se ha cuestionado su producción o no de cosa juzgada material. Se trata de:

A) Sentencias constitutivas

Se ha negado en ocasiones que estas sentencias produzcan cosa juzgada, estimando que no la necesitan, porque la propia sentencia crea o constituye una nueva situación jurídica que no puede ser desconocida. Ahora bien, esta opinión tiene dos graves inconvenientes que obligan a mantener la conclusión contraria.

En primer lugar esta opinión puede referirse únicamente a las sentencias que estimaron la pretensión constitutiva, no a las que la desestimaron, pues las segundas no producen cambio en la situación jurídica, con lo que la producción o no de la cosa juzgada dependería del contenido de la resolución.

En segundo lugar, y sobre todo, si las sentencias constitutivas no tuvieran valor de cosa juzgada no podría excluirse un proceso posterior con el mismo objeto, con lo que la situación creada podría ser modificada en otro proceso; es decir, el aspecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada puede no ser necesario en virtud del cambio producido por la propia sentencia, pero el aspecto negativo o excluyente no existiría sin cosa juzgada.

B) Resoluciones cautelares

El problema se presenta porque las medidas cautelares son variables según se modifiquen sus presupuestos, lo que ha conducido a negar que sus resoluciones produzcan cosa juzgada. El proceso cautelar es instrumental con relación a otro proceso, del que tiende a garantizar sus resultados, y por tanto las medidas que en aquél se adoptan deben acomodarse a las circunstancias (con arreglo al principio *rebus sic stantibus*) (art. 726.2 LEC). Ahora bien, si las circunstancias existentes en el momento de adoptar la medida permanecen, la resolución es inalterable. Si los

hechos permanecen, a la pretensión de modificación, supresión o adopción de medidas cautelares ejercitada, puede oponerse la excepción de cosa juzgada; si los hechos no son los mismos, por haber cambiado el *periculum in mora* base del proceso cautelar, no podrá alegarse o, mejor, no podrá estimarse la excepción porque la pretensión no es la misma al haber cambiado su *causa petendi*.

No hablamos aquí de sentencias porque las decisiones que se adoptan en este tipo de procesos no suelen adoptar esta forma, sino la de autos (art. 735 LEC). En principio pudiera parecer que este mero hecho justificaría, teniendo en cuenta lo que hemos dicho anteriormente, la no producción de cosa juzgada. No podemos mantener esta conclusión. El proceso cautelar sólo en los últimos años está adquiriendo sustantividad como *tertium genus* entre los procesos declarativo y ejecutivo, y de ahí que las pretensiones cautelares no se resuelvan por sentencia, sino normalmente por auto.

C) Sentencias de los juicios sumarios

Se refiere la LEC en algunos artículos (arts. 250.1, 4.º, 5.º, 6.º, 10.º y 11.º, y 447), bien a la tutela sumaria, bien al carácter sumario de algunos juicios, bien a que la sentencia no tiene efectos de cosa juzgada, expresiones que tienen el mismo valor y que denotan que estamos ante procesos sumarios.

Esta clase de procesos se caracterizan por sus limitaciones; se limitan las alegaciones de las partes, el objeto de la prueba y con ello naturalmente la cognición judicial. Resulta así la posibilidad de un proceso plenario posterior en el que las partes podrán, sin limitaciones, plantear el conflicto que las separa y, por ello, las sentencias de los procesos sumarios se caracterizan, precisamente, por no producen cosa juzgada material.

IV. NATURALEZA DE LA COSA JUZGADA MATERIAL

La cosa juzgada material supone una vinculación a la decisión jurisdiccional en cualquier otro proceso posterior en el que concurran determinadas identidades, pero es preciso explicar el por qué de esa vinculación. Fundamentalmente se han ofrecido tres explicaciones:

A) Presunción de verdad

Esta concepción era la asumida en nuestro Código Civil, cuando decía en el derogado art. 1.251 que “contra la presunción de que la cosa juzgada es verdad sólo será eficaz la sentencia ganada en juicio de revisión”. Esta presunción *iuris et de iure* es un residuo histórico de carácter netamente medieval (se llegaba a decir que *res iudicata facit de albo nigrum*), que hoy no podemos admitir.

Sin perjuicio de que en alguna ocasión el Tribunal Supremo siga haciendo alusión a la presunción *iuris et de iure*, esta teoría es hoy claramente inadmisibles porque:

1.º) Las decisiones judiciales no son declaraciones de verdad, sino de voluntad; la sentencia no vincula por sus razonamientos, sino porque contiene la voluntad del Estado y sin perjuicio, naturalmente, de que no puede ser arbitraria y de la necesidad de motivación.

2.º) Como ficción de verdad la cosa juzgada no podría limitarse subjetivamente a las partes, sino que habría de referirse *erga omnes*, pues de lo contrario se incurriría en el absurdo de que unos hechos serían verdaderos para unas personas, pero no para otras.

B) Teoría material

Desechada la concepción anterior, los civilistas del siglo XIX, principalmente la pandectística alemana, estimaron que la cosa juzgada material justifica su fuerza vinculante porque la sentencia establece en cada caso cuál es el derecho entre las partes; el tribunal del proceso posterior queda vinculado a la cosa juzgada porque las relaciones jurídicas son como las sentencias las declaran. La cosa juzgada produce efectos novatorios en el ámbito de las relaciones jurídicas materiales; éstas quedan constituidas en la realidad según lo decidido en la sentencia. El efecto es particularmente intenso cuando la sentencia, por no corresponderse con la situación jurídica preexistente, es injusta, pues en este caso la sentencia crea la relación jurídica. En realidad para esta teoría no existen sentencias injustas o erróneas, pues no existen dos relaciones jurídicas que se puedan comparar --la realmente existente entre las partes y la establecida por la sentencia--, sino una sola, la de la sentencia.

Esta teoría no es conciliable con el propio derecho material. Si la relación jurídico material se inicia con la sentencia, en cuanto ésta la crea o constituye, la declaración judicial de que entre dos personas existe un contrato de préstamo valdría a partir de la fecha de la sentencia, pero no tendría efectos sobre el tiempo anterior. Además, en qué lugar se dice que la sentencia crea relaciones jurídicas privadas (salvo los supuestos de sentencias constitutivas).

Pero aquí nos importan especialmente las consecuencias procesales de esta teoría:

1.^a) Todas las sentencias serían constitutivas o, dicho de otra forma, todas las pretensiones, procesos y sentencias serían constitutivas, desapareciendo las declaraciones puras y las de condena.

2.^a) Subjetivamente la cosa juzgada carecería de límites, teniendo efectos *erga omnes*; esta consecuencia es negada por los defensores de la teoría, poniendo de manifiesto una evidente contradicción.

3.^a) En el fondo esta teoría no nos explica por qué la relación constituida por la sentencia debe permanecer invariable.

Adviértase, con todo, que la teoría puede explicar determinados fenómenos, como que las obligaciones declaradas en sentencia tengan plazo de prescripción propio (art. 1.791 CC) y distinto del de las obligaciones originarias.

C) Teoría procesal

Parte de la distinción entre lo material y lo procesal y de razones de conveniencia política. La cosa juzgada material es un vínculo de naturaleza jurídico pública que obliga a los tribunales a no juzgar de nuevo lo ya decidido. La seguridad jurídica exige que los litigios tengan un final; cuando se han agotado los medios que el ordenamiento pone a disposición de las partes para que éstas hagan valer en juicio sus derechos, la decisión final debe ser irrevocable. La cosa juzgada tiene naturaleza procesal, independientemente del cuerpo legal que la regule.

Cuando una persona acude a un órgano jurisdiccional impetrando su tutela efectiva, lo hace normalmente porque ha surgido una situación de incertidumbre respecto de la existencia y/o contenido exacto de una relación jurídico material, esto es, porque se ha planteado un conflicto de intereses que debe resolverse de modo que la incertidumbre sea sustituida por la seguridad. Después de realizar toda la actividad jurisdiccional tiene que llegar un momento en el que se declare con certeza si la relación existe y cuál es su contenido. Se ha de pasar de la incertidumbre a la seguridad.

Estamos aquí, una vez más, ante la pugna del valor justicia con el valor seguridad jurídica. Al primero podría convenirle que en cualquier momento pudiera someterse de nuevo al conocimiento judicial el tema ya resuelto en un proceso anterior, con la esperanza de alcanzar un mayor nivel de adecuación a la legalidad material, pero esa posibilidad significaría que las relaciones jurídico materiales estarían siempre sujetas a discusión, sin alcanzar nunca estabilidad. La seguridad jurídica impone que la discusión tenga un momento final, alcanzado el cual el resultado obtenido se convierta en irrevocable.

De esta naturaleza procesal de la cosa juzgada hay que partir para resolver los problemas relativos a su tratamiento procesal y al ámbito de vigencia territorial y temporal de las normas que la regulan. Esta teoría justifica, además, la existencia

de varias clases de pretensiones (especialmente las constitutivas) y, sobre todo, el que la cosa juzgada se limite subjetivamente a las partes, pues la declaración de voluntad de la sentencia se refiere a ellas.

V. EFECTOS DE LA COSA JUZGADA MATERIAL

Como hemos dicho la cosa juzgada material, en su vertiente procesal, se resuelve en la vinculación en otro proceso al contenido de lo decidido en la sentencia, pero esta vinculación puede actuar de dos maneras distintas, que se corresponden con las llamadas funciones de la cosa juzgada.

1. Función negativa o excluyente

La primera de ellas, llamada negativa o excluyente, supone la exclusión de toda decisión jurisdiccional futura entre las mismas partes y con el mismo objeto, es decir, sobre la misma pretensión. Es el tradicional principio del *non bis in idem*. A ella se refiere el art. 222.1 cuando dice que la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la ley, un ulterior proceso.

Teóricamente esta función debería impedir la iniciación de un nuevo proceso sobre la misma pretensión, pero dadas las dificultades prácticas de esto la función atiende principalmente a impedir que se dicte una nueva decisión sobre el fondo del asunto. La cosa juzgada no puede impedir la iniciación de un nuevo pleito, pues la fuerza de la misma no puede determinarse a priori, pero sí se opone a que se dicte un nuevo fallo sobre el fondo.

Presentada la demanda en el segundo proceso, la fuerza de la cosa juzgada no puede hacer que el tribunal la inadmita, y ello por la simple razón de que ese tribunal no puede tener conocimiento en ese momento de la existencia de la cosa juzgada formada en un primer proceso. La admisión de la demanda se impone. Una vez el proceso en tramitación, la constatación procesal por el tribunal de la existencia de la cosa juzgada debería conducir a que se concluyera inmediatamente el proceso, pues en el mismo será ya evidente que no podrá llegar a dictarse una sentencia sobre el fondo del asunto. Ahora bien, esta terminación inmediata del proceso depende de la regulación procedimental del mismo, de modo que el proceso deberá concluirse sin desarrollarlo completamente cuando exista cauce para ello (que es lo que ocurre en el juicio ordinario atendido lo dispuesto en el art. 421 LEC). En otro caso la fuerza de la cosa juzgada supondrá sólo que, llegado el

momento de la sentencia, en ella el juez no podrá decir sino que no puede entrar a decidir de nuevo.

Esta función negativa, pues, no obliga a que en el segundo proceso se resuelva con el mismo contenido con que se resolvió el primero, sino que impone al tribunal no resolver.

2. Función positiva o prejudicial

La función positiva o prejudicial es consecuencia de la anterior e implica el deber de ajustarse a lo juzgado cuando haya de decidirse sobre una relación jurídica de la que la sentencia anterior es condicionante o prejudicial. La cosa juzgada no opera aquí como excluyente de la resolución de fondo posterior, sino que condiciona esta segunda decisión, y por eso se habla también de función prejudicial. A esta función se refiere el art. 222.4 al decir que 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.

La función positiva trata de evitar que dos relaciones jurídicas sean resueltas de modo contradictorio, cuando una de ellas entra en el supuesto fáctico de la otra, cuando para decidir sobre la segunda se tendría que decidir sobre la primera y, sin embargo, ésta ha sido ya resuelta en un proceso anterior.

Si un proceso se ha declarado que no existe una servidumbre de paso, en otro posterior en el que el dueño del predio no sirviente demande al dueño del predio no dominante por los daños y perjuicios derivados del paso, se ha de partir necesariamente de la no existencia de la servidumbre; podrá discutirse ahora si existen o no los daños, pero el hecho de la no existencia de la servidumbre es indudable y operará como prejudicial respecto de la falta de derecho a seguir utilizando el camino, senda o cañada.

Sin perjuicio de lo que diremos después, importa precisar aquí que la función positiva de la cosa juzgada no puede exigir la concurrencia en los dos procesos de las identidades objetivas a las que se refiere el art. 222.1 (aunque sí las subjetivas). Si concurren estas identidades estaremos ante la función negativa. Para la función positiva los dos objetos de los dos procesos han de ser “parcialmente idénticos” o “conexos”. Concurriendo la identidad subjetiva, la función positiva no puede exigir

identidad objetiva entre los dos procesos, sino sólo que la relación jurídica definida en la sentencia entra en el supuesto fáctico del segundo proceso.

Si la función positiva de la cosa juzgada no busca excluir la posibilidad de una segunda decisión sobre lo ya resuelto en un primer proceso, es evidente que no podrá exigirse la identidad objetiva entre los dos procesos. Firme la identidad subjetiva --que siempre deberá concurrir-- la función positiva operará cuando lo resuelto en el primer proceso sea prejudicial respecto de lo planteado en el segundo, cuando la relación jurídica de que se trata en el segundo proceso sea dependiente de la definida en el primero.

VI. LIMITES DE LA COSA JUZGADA

La vinculación en que se resuelve la cosa juzgada material formada en un proceso con relación a otro proceso posterior es obvio que ha de requerir una serie de identidades entre los dos. La cosa juzgada sólo podrá oponerse en el segundo proceso cuando la pretensión ejercitada en éste sea la misma que se resolvió en el primero. Estamos así diciendo que los límites de la cosa juzgada han de referirse a la pretensión y a sus elementos identificadores.

1. Subjetivos

La regla general de la que debe partirse es que la cosa juzgada se limita a las partes del proceso, con lo que la misma no beneficia ni perjudica a quien no fue parte, entendida ésta en el concepto procesal hoy en uso. La regla es una mera consecuencia del derecho de defensa o del principio de contradicción, si bien es preciso atender a alguna matización.

A) Identidad subjetiva

El art. 222.3 se refiere a esta identidad diciendo: “La cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte”, bien entendido que por parte se entiende el que haya demandado o sido demandado como titular de la relación jurídica u objeto litigioso, esto es, parte es, en su caso, el representado, no el representante. Se ha hablado así de la “calidad” con que se ha sido parte, y esa “calidad” no se refiere a

la posición ocupada en el proceso, es decir, no atiende a la condición de demandante o de demandado, sino a lo que podemos considerar identidad jurídica.

Lo que realmente importa no es tanto la identidad física como la jurídica. Por ello aun tratándose de distintas personas físicas, la cosa juzgada despliega sus efectos: 1) Cuando en el primer juicio comparece el representante legal o voluntario de la parte y en el segundo lo hace la propia parte; por ejemplo, si en el primer juicio comparece el padre del menor y en el segundo actúa éste, después de adquirir la mayoría de edad, y 2) Cuando en el primer juicio actúa el sustituto procesal y en el segundo el sustituido.

En otros casos, aun tratándose de las mismas personas físicas no existe cosa juzgada: 1) Cuando en el primer caso se actuó como representante y en el segundo en nombre propio; este es, por ejemplo, el caso de la persona que una vez actúa como representante de un menor o como órgano de una sociedad anónima, y luego por sí misma, y 2) Cuando en el primer proceso se litigó como sustituto procesal y en el segundo en nombre y por un derecho propio.

B) Extensión a determinados terceros

La regla general que hemos enunciado antes sufre algunas matizaciones que se refieren a terceros determinados que sí se ven afectados por la cosa juzgada, aunque no hayan sido formalmente parte en el primer proceso. Hay que distinguir:

1.º) Herederos y causahabientes de las partes.

El sucesor a título universal o singular de alguna de las partes, queda afectado por la cosa juzgada formada respecto de su causante, siempre que el título de adquisición sea posterior a la constitución de la litispendencia; si la transmisión se ha producido antes de la litispendencia y el causante litigó sobre el derecho transmitido, por carecer de legitimación, la sentencia será ineficaz para el causahabiente.

2.º) Sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el art. 10 LEC.

El art. 10 LEC se refiere, en lo que ahora importa, a dos supuestos de legitimación:

1º) Extraordinaria: Cuando se atribuye legitimación a persona distinta del titular de la relación jurídica u objeto litigioso, que es el supuesto típico de la sustitución procesal. En este caso la cosa juzgada se extiende también al sustituido, aunque formalmente no haya sido parte.

2º) Ordinaria: Se trata de la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios, y lo que el art. 222.3 está diciendo es que la cosa juzgada se extiende a todas estas entidades, aunque no se hubieren constituido como parte, atendido el art. 15 y su llamada al proceso.

3.º) Todos los socios en la impugnación de acuerdos societarios.

Atendida la legitimación para impugnar dichos acuerdos (según el art. 117 de la LSA) y la norma especial de acumulación de acciones (art. 73.2 LEC), se dispone ahora que la sentencia que se dicte afectará a todos los socios, hayan impugnado o no, pues un acuerdo sólo puede ser o válido o nulo y lo ha de ser para todos los socios.

C) Extensión «*erga omnes*»

Según el párrafo II del art. 222.3 “en las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, paternidad, maternidad e 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”, con lo que se está disponiendo la eficacia *erga omnes* de estas sentencias.

Debe tenerse en cuenta que en estos supuestos no se trata simplemente de los efectos constitutivos de la sentencia, sino de una verdadera extensión general de la cosa juzgada. Este efecto constitutivo llevará a que una persona sea capaz o incapaz frente a todos, incluidos los no legitimados para interponer la pretensión de incapacitación, pero la cosa juzgada supone, además, que si una persona es declarada capaz el efecto vinculante de la sentencia comprende a todos los legitimados para pedir la declaración de incapacidad, a los cuales podrá oponerse la excepción aunque no hayan sido parte en el proceso anterior. Una cosa es, pues, el efecto propio de las sentencias constitutivas y otra la extensión de la cosa juzgada.

El art. 222 LEC no hace alusión a otros supuestos en los que se ha hablado de extensión de la cosa juzgada, aunque realmente no había tal. Debe tenerse, pues, presente que:

1.º) Cuando se ha sostenido que las sentencias relativas a disposiciones testamentarias tenían eficacia general se estaba desconociendo el hecho, de que una pretensión de nulidad de un testamento, cuando en éste existen varios herederos o legatarios, debe llevar a un litisconsorcio necesario, y con ello a que no habrá terceros a los que extender la cosa juzgada, pues todos los afectados habrán sido parte.

2.º) De la misma manera no cabe hablar de extensión de la cosa juzgada a los unidos por los vínculos de la solidaridad, si alguno de ellos no ha sido parte. No existe extensión de la cosa juzgada a los deudores solidarios no demandados, como se deduce del propio CC, en los arts. 1.140 y 1.148, y del principio de contradicción.

Una cosa es que la extinción de la obligación por uno de los deudores solidarios sí afecte a todos los demás y otra muy distinta que la cosa juzgada se extienda a todos. Es evidente que condenado uno de los deudores al pago en la sentencia, ésta no puede ejecutarse contra los demás, y tampoco a ellos se extiende la cosa juzgada, por el principio de contradicción o, en términos del art. 24.1 CE, por la prohibición de la indefensión.

2. Objetivos

Legalmente estos límites vienen referidos, en el art. 222.1 LEC, a que el “objeto del proceso” en que la cosa juzgada se produjo sea el mismo que el del segundo proceso, con lo que parece que todo puede resolverse mediante una remisión al Tema 14º sobre el objeto del proceso. Las cosas, con todo, no son tan simples, y conviene distinguir entre:

A) Pretensión

Dentro de la pretensión, lo relativo a la petición o *petitum* no suele suscitar problemas, por cuanto que el bien jurídico al que se refirió la tutela judicial en el primer proceso tuvo que haber quedado plenamente identificado cualitativa y cuantitativamente y no ofrecerá dificultad compararlo con la petición de la pretensión del segundo proceso. Otra cosa sucede con la causa de pedir.

La tesis común en la jurisprudencia y en la doctrina era que la cosa juzgada no se extiende a toda la sentencia, sino solamente a la parte dispositiva de la misma, es decir, al fallo, con lo que se estaba diciendo que la cosa juzgada no comprendía las fundamentaciones fáctica y jurídica de la sentencia. Esta tesis, si común como decimos, no se ajusta plenamente a la realidad. La sentencia, sea absolutoria o condenatoria, se basa en una causa de pedir, y ésta tiene que quedar incluida en la cosa juzgada; ésta debe comprender lo juzgado, aquello sobre lo que existe decisión jurisdiccional.

Lo anterior tiene que llevar a concluir que:

1.º) En lo que se refiere al tiempo, la cosa juzgada tiene que comprender, como causa de pedir, todos los hechos que pudieron alegarse como constitutivos de la pretensión hasta el último momento de preclusión de las alegaciones. Para este momento preclusivo deben tenerse en cuenta los arts. 400.1, II, 286 respecto del escrito de ampliación, y 426 LEC.

2.º) Las declaraciones contenidas en la sentencia relativas a la existencia o inexistencia de relaciones jurídicas o de situaciones jurídicas, que son la base de la condena o de la absolución, no pueden quedar fuera de la cosa juzgada. Esas declaraciones son un conjunto fáctico y jurídico que no sólo sirven para motivar el fallo, sino que determinan sobre lo que se ha juzgado.

3.º) Cuando la petición ha podido fundamentarse en diversos conjuntos fácticos y el demandante se ha referido únicamente a alguno o algunos de ellos, lo lógico sería que la cosa juzgada se extendiera sólo a la causa de pedir expresamente aducida y no a otros conjuntos fácticos, pero el art. 400 LEC llega a disponer lo contrario.

Si en una sentencia se desestima la pretensión de nulidad de un matrimonio, no cabe referir la cosa juzgada únicamente al fallo porque entonces estarían quedando incluidas en la cosa juzgada todas las causas de nulidad, cuando el demandante podría haber alegado sólo la causa 1.ª del art. 73 CC. La fundamentación de la sentencia serviría aquí para establecer que la cosa juzgada comprende sólo esa causa, por lo que sería posible un proceso posterior en el que el demandante alegara cualquier otra causa del art. 73. No se trata pues, de que la fundamentación de la sentencia sirva para interpretar o integrar el fallo, sino de que forma parte de la cosa juzgada.

Esto es precisamente lo que se niega en el art. 400 LEC. En efecto, si cuando lo que se pida en la demanda (nulidad del matrimonio) puede fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos (las varias causas del art. 73 CC) y el actor aduce sólo una de las causas (falta de consentimiento), la cosa juzgada debería de comprender sólo esa causa (y dentro de ella todos los posibles hechos), pero lo que el art. 400 está disponiendo es que la cosa juzgada comprende todos los hechos y fundamentos jurídicos que pudieron alegarse, aunque no se alegaran, con lo que ya no podrá instarse la nulidad del matrimonio por hechos anteriores a la completa preclusión de los actos de alegación.

4.º) Las afirmaciones de existencia o inexistencia de hechos, en sentido estricto, que se contengan en la sentencia, en cuanto no integren un conjunto fáctico y jurídico, no pueden quedar cubiertas por la cosa juzgada. Estas afirmaciones de hecho son resultado de las admisiones expresas o presuntas que realicen las partes, de la prueba legal, de los concretos medios probatorios utilizados y aun de la valoración realizada por el tribunal, es decir, son el resultado de una determinada actividad procesal y, por ello, no podrá concluirse que la misma fija de modo irrevocable los hechos para un proceso posterior en el que la actividad procesal podría ser distinta.

Problemas de gran complejidad presentan las pretensiones relativas pago de intereses o a prestaciones periódicas y aquéllas en que se reclama sólo parte de la deuda sin renunciar al exceso. Es evidente que si la pretensión se refiere a que se declare la existencia del título obligacional general y que se condene a pagar el importe de las prestaciones periódicas vencidas, la cosa juzgada se extiende a la existencia de toda la obligación, pero ¿sería posible una sentencia que condene a pagar la prestación de un año, para lo que, aun sin declaración expresa, tiene que partir de la existencia de la obligación general, y otra sentencia posterior en que se absuelva de la prestación correspondiente al año siguiente, partiendo de que la obligación general no existe? Teóricamente la respuesta es afirmativa, aunque se vea dificultada por la posible condena de futuro que permite el art. 220 LEC.

B) Resistencia

La resistencia no sirve para determinar el objeto del proceso, pero sí para fijar el objeto del debate, y la cosa juzgada tiene que comprender también a éste. Por ello las excepciones materiales alegadas por el demandado, y aún las que pudo alegar y no alegó, también quedan cubiertas por la cosa juzgada. Esta conclusión es indudable respecto de las excepciones alegadas, porque sobre ellas existió contradicción y decisión judicial, pero también debe serlo sobre las que pudieron alegarse y no se alegaron, a riesgo de que quede a la voluntad del demandado la determinación de los límites de la cosa juzgada y con ella la posibilidad de perpetuar el conflicto de modo indefinido. Afirmada en la sentencia la existencia de una relación jurídica no podrán alegarse en un proceso posterior, como hechos constitutivos de la pretensión, los hechos que en el proceso anterior pudieron alegarse como hechos extintivos, impeditivos o excluyentes. En este sentido se expresa el art. 408.3 LEC respecto de la compensación y de la nulidad absoluta del negocio jurídico.

3. Temporales

Estos límites deben relacionarse con la causa de pedir y con el momento en que precluye la posibilidad de realizar alegaciones en el proceso. La sentencia se dicta en consideración al estado de hechos existente en el momento en que precluyen las posibilidades de alegación. Todos los hechos que ocurrieron hasta ese momento, se alegaron o no por las partes, quedan cubiertos por la cosa juzgada. Por

ello el art. 222.2, II, LEC dice que se considerarán hechos nuevos y distintos los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso. Con ello hemos determinado lo que podríamos llamar el *dies a quo*.

Respecto del *dies ad quem* puede afirmarse que la cosa juzgada se prolonga indefinidamente en el tiempo. Ello tiene valor en la práctica, no con relación a los derechos de crédito de prestación única que se agotan con su ejecución o están sujetos a la prescripción extintiva, pero sí respecto de los derechos absolutos. Hemos visto así casos en los que se alegó en la actualidad la cosa juzgada formada en un proceso realizado en el siglo XIX con relación a la propiedad de una abadía (evidentemente no con las mismas personas, sino con los causahabientes).

La cosa juzgada, pues, no desaparece, sino que se mantiene siempre. Con todo hay que tener en cuenta que la relación jurídica sobre la que aquélla opera no se mantiene estática, sino que está sujeta a los nuevos acontecimientos que puedan producirse, los cuales significarán la aparición de una *causa petendi* nueva y con ella la posibilidad de un nuevo proceso entre las mismas partes y con la misma petición. No se trata con ello de que desaparezca la cosa juzgada, sino de que en el nuevo proceso no se darán las identidades necesarias.

VII. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COSA JUZGADA

Cuando se cuestiona lo que suele denominarse tratamiento procesal se está hablando de cómo se suscita y se resuelve en el proceso el tema correspondiente. En nuestro caso de ¿cómo se puede debatir en un proceso la existencia o no de cosa juzgada material formada en otro anterior? La respuesta exige distinguir entre las funciones de la cosa juzgada.

Naturalmente cuando se trata de la cosa juzgada formal es obvio que el tribunal debe tenerla en cuenta de oficio en el desarrollo del proceso. Si el tribunal llega a dictar una resolución desconociendo su existencia, contra la misma podrán las partes oponer los recursos que permita la ley.

A) De la función negativa

En la LEC parece partirse de que la cosa juzgada se concibe como una excepción que debe ser opuesta por el demandado para que pueda ser tomada en cuenta por el tribunal (así arts. 405.3, 416.1, 2.^a y 421 LEC), aunque en esas mismas normas existe base suficiente para estimar que la cosa juzgada, en su función negativa, puede ser tenida en cuenta de oficio por el tribunal.

Si la cosa juzgada es uno de los elementos esenciales de la jurisdicción y si la vinculación que nace de ella se refiere fundamentalmente a los órganos jurisdiccionales, pues es a éstos a los que afecta el principio de *non bis in idem*, la conclusión lógica es que este efecto de la cosa juzgada ha de ser tenido en cuenta de oficio por el juzgador, por cuanto debería ser tratada como un verdadero presupuesto procesal. No era ésta la solución española, que la concebía como un impedimento procesal que debía ser alegado por las partes, subordinando los efectos a la alegación.

Esta solución general no sólo era errónea, sino que conducía al absurdo. Si la cosa juzgada ha de ser necesariamente alegada por las partes, la consecuencia inevitable de ello es que uno de los elementos fundamentales de la jurisdicción está sujeto a la disposición de las partes. La decisión judicial será irrevocable sólo cuando las partes así lo decidan, pues si no oponen la excepción en el segundo proceso, el tribunal entrará en el fondo del asunto, resolverá y podrá hacerlo en contradicción con la cosa juzgada. De este modo se negaba algo que era esencial a la idea misma de jurisdicción.

Si la audiencia previa al juicio ordinario sirve, entre otras cosas, para “examinar las cuestiones procesales que pudieran obstar a la prosecución de éste (el proceso) y a su terminación mediante sentencia sobre su objeto” (art. 414.1, II, LEC) y si el auto de sobreseimiento debe dictarse “cuando el tribunal aprecie... la existencia de resolución firme sobre objeto idéntico” (art. 421.1 LEC), la conclusión debe ser la posibilidad de apreciar de oficio la concurrencia de la cosa juzgada.

B) De la función positiva

La función positiva de la cosa juzgada no puede operar en el segundo proceso por la vía de excepción, por cuanto: 1.º) Puede ser alegada tanto por el actor (como hecho constitutivo de su pretensión) como por el demandado (como defensa material), y 2.º) No sirve para excluir un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, sino para determinar el contenido de ese pronunciamiento. A partir de ahí se ha estimado que puede ser apreciada de oficio, aunque es conveniente distinguir entre:

a) Afirmación por la parte de la existencia de una sentencia firme anterior como elemento del supuesto fáctico de la consecuencia jurídica que pide,

afirmación que debe considerarse necesario que la efectúe la parte, por cuanto no es razonable esperar que el tribunal tenga conocimiento de su misma existencia, y

b) Alegación expresa por la parte de la fuerza vinculante de la cosa juzgada producida en esa sentencia, afirmación que no es necesaria para que el tribunal aprecie de oficio la función positiva de la cosa juzgada.

Se trata, pues, de distinguir entre el hecho de la existencia de la sentencia (que debe ser afirmado por la parte, como todos los hechos) y la consecuencia jurídica que se deriva de esa existencia (que puede ser establecida por el juez de oficio).

TEMA 31º

CRISIS PROCESALES

(Esquema)

I. CRISIS PROCESALES

Guasp; clases; aquí sólo actividad

II. A) PARALIZACIÓN DEL PROCESO

A) *Paralización del proceso*

- a) Petición de las partes
- b) Situaciones que producen: 1) Toda la actividad
2) Actividad principal

B) *Paralización de actos concretos*

- a) Suspensión: Art. 188
- b) Interrupción: Art. 193

III. TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO

- a) Motivos procesales
- b) Motivos materiales

Satisfacción extraprocesal: Art. 22 (Enervación desahucio)

IV. RENUNCIA

1. Concepto

Art. 20.1: Evolución: acción concreta

Efectos: 1) Terminación del proceso
2) Sentencia absolutoria
3) Cosa juzgada

2. Requisitos

- a) Subjetivos: Capacidad, poder especial
- b) Objetivos: Disponible
- c) De actividad: 1) Tiempo, y 2) Forma

V. DESISTIMIENTO

1. Concepto y clases

Demandante; a) Unilateral
b) Bilateral

Efectos: 1) Terminación del proceso
2) Auto, no sentencia; no fondo

3) No cosa juzgada

2. Requisitos

- a) Subjetivos: Capacidad y poder especial
- b) Objetivos: Todos los procesos
- c) De actividad: 1) Tiempo, y 2) Forma

VI. ALLANAMIENTO

1. Concepto

Demandado: 1) Terminación del proceso; 2) Total: condena; parcial; 3) Sentencia de fondo; 4) Cosa juzgada, y 5) Costas?

2. Requisitos

- a) Subjetivos: Capacidad y poder especial
- b) Objetivos: Disponible
- c) De actividad: 1) Tiempo (todo) y 2) Forma

VII. ADMISIÓN DE HECHOS

- a) Allanamiento
- b) Interrogatorio de la parte
- c) Admisión de hechos
399, 405. 286, 426, 428
Sujeto del acto. No termina el proceso

VIII. TRANSACCIÓN

1. Concepto y clases

Art. 1809 CC; Procesal

2. Requisitos

- a) Subjetivos: Capacidad y poder especial
- b) Objetivos: Disponible, art. 1813 CC
- c) De actividad: 1) Tiempo, y 2) Forma

IX. CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

Inactividad. Impulso de oficio

- 1) Cualquier momento de proceso de declaración: - 2 años y 1 año
- 2) Fuerza mayor y proceso de ejecución
- 3) Auto, de oficio, declarativo
- 4) Efectos

X. SOBRESEIMIENTO

Obices: 1) Presupuestos procesales: -) No subsanable
-) No subsanados

2) Requisitos procesales

3) Incomparecencia de las partes

Efectos: 1) Terminación del proceso

2) No fondo

3) ¿Cosa juzgada?

CRISIS PROCESALES

Crisis procesales. A) Paralización del proceso: Suspensión e interrupción. B) Terminación anormal del proceso. Renuncia. Desistimiento. Allanamiento. Admisión de hechos. Transacción. Caducidad de la instancia. Sobreseimiento.

I. CRISIS PROCESALES

La expresión “crisis procesales” es propia de Guasp que pretendía incluir en ella toda una serie de situaciones que provocaban alteraciones en el desarrollo normal del proceso. El mismo autor procedía a distinguir entre:

1º) Crisis subjetivas, relativas bien al juez (cambio del mismo por muerte, jubilación, etc.), bien a las partes (pérdida de la capacidad, de la legitimación, sucesión procesal).

2º) Crisis objetivas, atinentes a las modificaciones en el objeto del proceso (como transformación de la demanda), pero también a los incidentes y las cuestiones prejudiciales.

3º) Crisis de actividad, que se referían a los avances anormales del proceso (casación *per saltum*), a los retrocesos (nulidad) y a la paralización y terminación anormal del proceso.

Toda esta construcción respondía a una elaboración meramente racional o teórica, que no ha tenido su correspondencia ni en la legislación, ni las aportaciones doctrinales posteriores. Tanto es así que el propio Programa, manteniendo la terminología, dedica este Tema sólo a las crisis de actividad y no a todas.

II. A) PARALIZACIÓN DEL PROCESO: SUSPENSIÓN E INTERRUPCIÓN

La detención del proceso, no prosiguiendo su avance normal, por la concurrencia de una causa que la provoca, da lugar a la paralización del mismo. Esta paralización puede referirse a todo el proceso o a un acto procesal determinado.

A) Paralización del proceso

La paralización de todo el proceso se produce como consecuencia de situaciones que afectan al desarrollo normal del mismo, no alterando la litispendencia. Puede producirse la paralización del proceso en los siguientes supuestos:

a) Por petición de todas las partes litigantes (arts. 19.4 y 179.2 LEC).

Los elementos que determinan el régimen jurídico de esta posibilidad de suspensión son:

- 1) Se acordará la suspensión por auto;
- 2) Queda condicionada la paralización del proceso a que ésta no perjudique el interés general o a tercero;
- 3) Podrá reanudarse la actividad procesal por petición de cualquiera de las partes; y
- 4) El plazo máximo de suspensión es de sesenta días, transcurridos los cuales, si ninguna de las partes solicitare la reanudación, se archivarán provisionalmente los autos, permaneciendo en tal situación mientras no se solicite la continuación del proceso o se produzca la caducidad de instancia.

b) Porque la ley determina la necesidad de que, planteada o surgida una situación que afecta al desarrollo normal del proceso, éste debe paralizarse, si bien la paralización puede ser de todo el proceso o del curso principal del mismo, pero continuando actividad procesal accidental.

1º) En ocasiones la paralización lo es de toda la actividad procesal pendiente, como sucede con el planteamiento de las cuestiones prejudiciales devolutivas, que exigen previo pronunciamiento a la decisión del proceso, y así ocurre con el planteamiento de prejudicialidad penal (art. 40), de cuestión prejudicial constitucional (arts. 5.2 y 3 LOPJ, 163 CE y 35 a 37 LOTC), o por planteamiento de una cuestión prejudicial comunitaria, al amparo del anterior art. 177 TCEE.

2º) En otros casos, surgen óbices que suspenden el curso del proceso principal, pero que comportan la continuación de actividad procesal, si bien no principal, como es el supuesto del planteamiento de la declinatoria (art. 64), de la acumulación de procesos (arts. 84.2, 88.1, 92.2 y 95), o de la abstención de jueces y magistrados (art. 102.2), entre otros.

B) Paralización de actos procesales concretos

Junto a la anterior situación es posible también que se produzca la paralización de concretos actos procesales, bien provocando la suspensión del inicio del acto mismo, bien produciéndose la interrupción del acto una vez ya se había iniciado.

a) Suspensión

Supuesto de paralización de acto procesal concreto antes del inicio del mismo es el de la suspensión de la vista, regulado en el art. 188 LEC. Cuando concurra alguna de las causas previstas en esta norma la vista no llegará a iniciarse, realizándose nuevo señalamiento. Es este caso no ha lugar a cuestionarse la validez de los actos realizados o la repetición de los mismos, puesto que el acto mismo no se ha realizado.

b) Interrupción

Supuesto distinto es el de la interrupción de la vista una vez la misma ya dio comienzo, al que se refiere el art. 193, en el que se determinan la causa de la interrupción. Aquí sí debe determinarse la consecuencia de la paralización sobre los actos ya realizados en la vista, y para ello se distingue: 1) Si la vista puede continuar dentro de los veinte días siguientes, se tratará de una verdadera reanudación, es decir, se continuará, permaneciendo con todos sus efectos lo ya realizado, y 2) Cuando la vista no pueda reanudarse dentro de esos veinte días, perderán su valor los actos ya realizados y la vista habrá de repetirse desde el inicio.

III. TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO

El proceso finaliza normalmente con sentencia contradictoria, esto es, con sentencia que se pronuncia sobre el objeto del proceso (la pretensión), habiéndose mantenido hasta el final el conflicto entre las partes. A veces no ocurre así, terminando el proceso de modo anormal, bien por razones procesales (sin que exista

pronunciamiento sobre el fondo del proceso), bien por razones materiales (existiendo pronunciamiento sobre el fondo del proceso). En síntesis:

a) Por motivos procesales: Los actos que ponen fin al proceso son: desistimiento, sobreseimiento y caducidad (y algún otro de menor trascendencia).

b) Por motivos materiales: Ponen fin al proceso la renuncia, el allanamiento, la transacción, la satisfacción extraprocésal y la enervación del desahucio. Se produce un acto de disposición de las partes sobre el objeto del proceso, impidiéndose nuevo conocimiento sobre la materia.

Atendido el contenido del Programa es necesario dejar constancia aquí de un supuesto de terminación del proceso por motivos materiales, al que se refiere el art. 22 de la LEC de 2000 y que no consta en los epígrafes de aquél. Nos referimos a la *satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida de objeto*, del que la enervación de desahucio es sólo un supuesto especial.

El art. 22 LEC establece la posible terminación del proceso por satisfacción extraprocésal o carencia sobrevenida del objeto. Supone la terminación del proceso por desaparición del interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, por haberse satisfecho fuera del proceso las pretensiones del actor y, en su caso las del demandado reconviniente.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la satisfacción extraprocésal o la carencia sobrevenida de objeto del proceso puede provocarse como consecuencia de tres tipos de situaciones: 1) Puede llegarse a esta situación como consecuencia de la anteriormente estudiada transacción extrajudicial; en este caso se lleva al tribunal el convenio o pacto suscrito por las partes, con el fin de solicitarle su homologación; 2) Puede sobrevenir una carencia de objeto del proceso como consecuencia de una confusión de las partes, que haga innecesario y absurdo el proceso; así, por ejemplo, cuando se produce una fusión bancaria entre dos entidades que eran las partes en conflicto, o cuando muere una parte siendo la contraria su único heredero, siendo que éste acepta la herencia. En estos casos el proceso termina con auto de sobreseimiento, poniendo fin a la actividad procesal innecesaria; y 3) Por último, puede que se hubiere obtenido la satisfacción de la parte fuera del proceso dejando de existir interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida (no se trata de un acuerdo transaccional, sino de cumplimiento por el demandado de lo pedido por el actor en la demanda), en cuyo caso nos hallaríamos ante la regulación del art. 22. Ejemplos de este último supuesto se dan cuando el deudor paga al acreedor, o cuando se efectúa una compensación, o cuando el demandante reconoce haberse equivocado al interponer la demanda; en todos estos casos se está vaciando el proceso de objeto, resultando absurdo que continúe.

Los efectos que comporta esta modalidad son: 1) La terminación anormal del proceso al desaparecer el interés por la tutela judicial solicitada; 2) La terminación se produce por haber quedado satisfechas las pretensiones objeto del proceso fuera del mismo y, por tanto, por alcanzar la satisfacción extraprocésal ante el conflicto suscitado; 3) Supone una resolución que reviste la forma de auto, por el que se decreta la finalización del proceso; 4) El auto tiene los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme (título que no va a ejecutarse), por lo que el legislador quiere atribuir a esta satisfacción

extraprocesal una naturaleza de acto de terminación del proceso por motivos materiales, pese a la vinculación directa que conlleva la satisfacción extraprocesal con la desaparición del objeto del proceso; 5) Se trata, en suma, de atribuirle un valor semejante a la resolución de fondo que pone fin al pleito, y por ello tiene efectos de cosa juzgada; 6) No procede condena en costas (art. 22.1, II)

En relación con el momento en que puede producirse esta forma de terminación del proceso, en principio aplicando lo que se dispone en el art. 19.3 LEC podría alcanzarse esta satisfacción extraprocesal en cualquier momento de la primera instancia (después de la demanda o en su caso la formulación de la reconvencción) o incluso en fase de recursos, y ello por cuanto producida la misma por causas sobrevenidas con posterioridad al proceso, provocan la innecesariedad del mismo.

En cuanto a la forma que se exige para alcanzar los efectos de terminación del proceso, se exige la concurrencia de las dos voluntades, que ambas partes estén de acuerdo, lo que comporta una exigencia de bilateralidad en la conformación de esta forma de terminación del proceso. De este modo, si una parte sostuviera la subsistencia de interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, negando con ello que se ha alcanzado la satisfacción extraprocesal de sus pretensiones, el tribunal no terminará el proceso, sino que previamente convocará en el plazo de diez días a las partes a una comparecencia sobre ese único objeto; y terminada la comparecencia, el tribunal decidirá mediante auto si procede continuar el juicio, o, por el contrario, poner fin al mismo (art. 22.2). El auto que ordena la continuación del juicio es irrecurrible; contra el que acuerda la terminación del proceso, cabe recurso de apelación (art. 22.3).

Aspecto especial de esta terminación del proceso por razones jurídico materiales es el de la enervación del desahucio de finca urbana por falta de pago, aunque para el mismo deba estarse al Tema 33º, al atender al juicio verbal por desahucio.

IV. RENUNCIA

1. Concepto

Es un acto del demandante que, suponiendo que sea admisible, tanto procesal, porque se cumplen los requisitos procesales que luego veremos, como materialmente, porque no es contrario al interés o al orden público ni perjudica a tercero (art. 6.2 CC), lleva a que el juez dicte una sentencia en la que desestimaré la pretensión y absolverá al demandado.

A partir de este concepto inicial, lo sujeto a discusión ha sido el objeto de la renuncia, es decir, sobre qué recae ésta, y lo está tanto que ni siquiera existe una respuesta mayoritaria, aunque en el art. 20.1 de la LEC de 2000 se contiene una respuesta: Es un acto del demandante por el que manifiesta su dejación de la acción ejercitada o del derecho en que funde su pretensión.

Veamos las opiniones expresadas:

a) Según Guasp la renuncia se refiere al derecho subjetivo material alegado como fundamento de la pretensión, pero esta opinión, que se encuentra apoyada aunque no muy claramente por otros autores, no parece hoy admisible y ello con base en dos razones:

1ª) Hay que tener en cuenta que aunque en la mayoría de las ocasiones quien inicia el proceso es quien afirma ser titular del derecho subjetivo que sirve de base a la pretensión, esto no ocurre siempre así. En la acción subrogatoria, por ejemplo, el acreedor inicia el proceso afirmando un derecho de su deudor, y la renuncia de aquél no podría significar la extinción del derecho subjetivo material de su deudor y la absolución del demandado. El acreedor no podría renunciar al derecho alegado, entre otras cosas porque él no es titular del mismo.

2ª) Si suele decirse que la renuncia supone el reconocimiento de la falta de fundamento de la pretensión, esto es, de que el derecho alegado como fundamento no existe, tiene que concluirse que sería muy extraño renunciar a lo que se reconoce que no se tiene. No puede decirse, al mismo tiempo, que la renuncia supone que el actor reconoce que no tiene razón y que el objeto de la misma es un derecho subjetivo, pues se estarían diciendo dos cosas que no son compatibles entre sí.

b) Según Prieto-Castro la renuncia del actor se refiere a la pretensión, pero con ello se está desconociendo lo que la pretensión misma sea. Sobre la pretensión se mantienen en la doctrina dos posiciones:

1ª) Según la concepción mayoritaria en la doctrina la pretensión es un acto procesal, aquel por el que el actor formula su petición fundada ante un órgano jurisdiccional, y si es así habrá de reconocerse que los actos no se renuncian sino que, en todo caso, se revocan, debiendo tenerse en cuenta que los efectos de una verdadera renuncia y los de la revocación de un acto han de ser muy diferentes, tanto que la revocación del acto de la pretensión debería conducir a la terminación sin sentencia, sin que existiera solución en el proceso, con lo que la renuncia se equipararía al desistimiento.

2ª) Según la concepción minoritaria pero más moderna en la doctrina, la pretensión no es un acto sino una declaración de voluntad petitoria que se hace a un órgano jurisdiccional, la cual puede ser el contenido de varios actos, si bien esta precisión conceptual no altera la crítica que estamos haciendo, pues las declaraciones de voluntad también son revocables, y no renunciables, con lo que llegaría a la misma situación.

c) Se ha sostenido también que la renuncia lo es a la acción, entendida ésta como derecho a la jurisdicción, esto es, como derecho a la tutela judicial efectiva, en el sentido del art. 24.1 de la CE. La inadmisibilidad de esta posición es más evidente, por cuanto no parece ni aún discutible que los derechos fundamentales no son renunciables. Será posible no ejercitar el derecho en un caso concreto, pero no puede producirse una renuncia al mismo que impida su ejercicio en un momento posterior.

Así las cosas, la doctrina más reciente (De la Oliva) ha llegando a la conclusión de que el objeto de la renuncia es la acción entendida como derecho concreto, esto es, como derecho a obtener una sentencia de contenido determinado y favorable al que lo ejercita. No es del caso rehacer aquí las teorías sobre la acción (que se explican en el Tema 10º), pero sí hay que recordar que la teoría concreta supone una explicación de las relaciones entre el derecho material y el proceso o,

más concretamente, de cómo se pasa del derecho material al proceso, y que supone la existencia de un derecho, concurriendo determinadas circunstancias, a obtener una sentencia favorable. Pues bien, la renuncia lo es precisamente a ese derecho, y sólo desde esta explicación se entiende el art. 20.1 de la LEC.

Frente al desistimiento, que puede ser unilateral o bilateral, debiéndose oír al demandado, la renuncia es siempre un acto unilateral del demandante, que no requiere de conformidad por el demandado, y que produce los siguientes efectos:

1º) La terminación del proceso, si bien no por mero abandono del proceso (desistimiento) sino por dejación de la acción (entendida en sentido concreto) o del derecho en que funda su pretensión;

2º) La renuncia determina el contenido de la resolución que pone fin al proceso: sentencia desestimatoria de la pretensión con absolución del demandado; y

3º) La sentencia que se dicta en la renuncia supone entrar en el fondo, con sentencia no contradictoria, produciendo los normales efectos de cosa juzgada.

2. Requisitos

Los requisitos de la renuncia son:

a) Subjetivos

Para renunciar la parte debe tener plena capacidad procesal e integrar debidamente su capacidad de postulación, necesitándose, según el art. 25.2, 1.º, LEC, poder especial al procurador para renunciar.

La declaración de voluntad que comporta la renuncia exige de la concurrencia de una serie de requisitos: 1) Se necesita autorización judicial para que el representante legal renuncie (art. 166 CC para los padres y 271.3 CC para los tutores); 2) El representante voluntario necesita de mandato expreso del representado (art. 1713, II); 3) La renuncia de la persona jurídica necesita manifestación de la voluntad de renuncia de la misma persona, no bastando la voluntad de la persona física que actúa por ella en juicio; 4) En los supuestos de litisconsorcio activo se necesita la renuncia de todos los litisconsortes.

b) Objetivos

La renuncia solo es admisible cuando lo renunciado sea disponible. Ello significa que no surtirá efectos la renuncia cuando la ley la prohíba, por contraria a

normas imperativas o prohibitivas (art. 6.3 CC), o por contraria al orden público (art. 6.2 CC) o cuando la ley establezca limitaciones por razón de interés general o en beneficio de terceros (art. 6.2 CC). En la misma dirección se manifiesta el art. 19.1 LEC.

La LEC recoge algún supuesto en el que se prevé la ineficacia de la renuncia cuando ésta se lleva a cabo en supuestos de indisponibilidad del objeto del proceso (por ejemplo, en los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio, art. 751 LEC), si bien lo que sucede aquí es que no puede renunciarse lo que no se tiene, dado que no existe un verdadero derecho material a obtener una sentencia de contenido favorable en los mismos.

Atendida a la expansión del ámbito de objeto de renuncia, debe afirmarse el carácter general de la renuncia total, dado que si se ha ejercitado una sola pretensión, la renuncia sólo es posible respecto de toda ella. Cuestión diferente es si se da un supuesto de acumulación de pretensiones, permitiéndose en tal caso, la renuncia parcial.

c) De actividad

1º) Tiempo: El actor puede renunciar en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de la sentencia (art. 19.3 LEC). En la primera instancia puede efectuarse la renuncia desde que se produce la litispendencia (desde la interposición de la demanda si después es admitida, art. 410) hasta que el momento del pronunciamiento de fondo en el proceso; y

2º) Forma: La renuncia tiene que ser expresa, no cabe la renuncia tácita o presunta, si bien puede efectuarse por escrito o verbalmente, en atención al principio que rige fundamentalmente el desarrollo procedimental.

V. DESISTIMIENTO

1. Concepto y clases

Es un acto procesal del demandante consistente en una declaración de voluntad por la que anuncia su deseo de abandonar el proceso pendiente iniciado por él, y por ello también la situación procesal creada por la presentación de la demanda, quedando la pretensión interpuesta imprejuizada, al no dictarse pronunciamiento alguno sobre la misma. Ello permite la incoación de un proceso

posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto. La LEC regula dos tipos de desistimiento:

a) Unilateral, que es el producido por la voluntad única del demandante, siendo posible en dos supuestos: 1'') Cuando la declaración de voluntad se produce antes de que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda (juicio ordinario) o citado para la vista (juicio verbal), y 2'') En cualquier momento cuando el demandado se encontrare en rebeldía (art. 20.2).

b) Bilateral, que es el procedente en todos los demás casos, exigiéndose entonces oír al demandado. En este caso, del escrito desistiendo se dará traslado al demandado, por diez días, el cual puede: 1'') No oponerse, y entonces el tribunal dictará auto de sobreseimiento, y 2'') Oponerse, y el tribunal resolverá lo que estime oportuno, que puede ser ordenar la continuación del proceso o dictar auto de sobreseimiento (art. 20.3).

La justificación de la bilateralidad del desistimiento se halla en los efectos que produce, en cuanto, quedando imprejuzgada la pretensión y pudiéndose plantear con posterioridad otro proceso entre las mismas partes y con el mismo objeto, debe oírse al demandado, que puede conformarse, no oponerse u oponerse, sin que en este último supuesto el desistimiento quede irremediabilmente vinculado a la voluntad del demandado, sino que es el juez el que decide, a la vista de la petición de ambos.

En todo caso, los efectos que produce el desistimiento son: 1) La terminación del proceso; 2) Dicha terminación evita un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión interpuesta, quedando imprejuzgada la misma; 3) Al quedar imprejuzgada la pretensión, y por tanto sin producir efecto de cosa juzgada, se mantiene la posibilidad de incoar un nuevo proceso posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto; y 4) El desistimiento no consentido por el demandado supone la condena al actor de todas las costas, mientras que si existe consentimiento por el demandado, no se condena en costas a ninguno de los litigantes (art. 396).

2. Requisitos

Los requisitos que se exigen en el desistimiento son:

a) Subjetivos

Para desistir la parte necesita simplemente tener plena capacidad de actuación procesal e integrar debidamente su capacidad de postulación, debiéndose, según el art. 25.2, 1.º, LEC, otorgar poder especial al procurador para desistir.

b) Objetivos

El desistimiento es posible en todo tipo de procesos. El carácter de disponible o indisponible no condiciona la viabilidad del desistimiento, y ello por cuanto si queda imprejuzgada la pretensión, no se está determinando el contenido de la sentencia de forma dispositiva, sino que simplemente se está abandonando el proceso que voluntariamente se inició.

Es por ello que el art. 751 LEC niega eficacia a la renuncia, al allanamiento y a la transacción, pero no al desistimiento, estableciéndose la exigencia, para desistir, de la conformidad del Ministerio Fiscal en los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio, exigencia que no rige en: 1) Los procesos de prodigalidad, filiación, paternidad y maternidad, siempre que no existan menores, incapacitados o ausentes interesados en el procedimiento; 2) Los de nulidad matrimonial por minoría de edad, cuando el cónyuge que contrajo matrimonio siendo menor, alcanza la mayoría de edad; 3) Los procesos de nulidad matrimonial por error, coacción o miedo grave; y 4) Los procesos de separación y divorcio. La razón de esta exigencia de conformidad del Ministerio Fiscal es por cuanto en aquellos procesos en que el Ministerio Fiscal está legitimado activamente, el desistimiento no impediría que volviera el Fiscal a ejercitar la misma pretensión; para evitar estas situaciones se exige su conformidad.

El desistimiento puede ser total, produciendo la conclusión del proceso sin sentencia, o parcial, continuando el proceso sólo respecto de la parte de su objeto a la que no afectó el desistimiento.

c) De actividad

Los requisitos de actividad se centran en el tiempo y la forma en que debe llevarse a cabo el mismo:

1º) Tiempo: El demandante puede realizar el desistimiento en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de la sentencia (art. 19.3 LEC), si bien en fase de recursos o en ejecución de sentencia el alcance y significado del desistimiento, y sobre todo sus efectos, difieren del desistimiento en la primera instancia, que puede efectuarse desde la admisión de la demanda hasta que exista pronunciamiento de fondo en el proceso.

Debe entenderse que el momento preclusivo es el de la firma de la sentencia misma, y ello por cuanto el desistimiento no pretende determinar el contenido de la sentencia.

2º) Forma: El desistimiento puede ser expreso, bien oral (como el que se produce en el trámite de la audiencia previa, art. 415.1, II), bien escrito, en atención al principio que rige fundamentalmente en el desarrollo procedimental, y consiste en la declaración inequívoca de voluntad del demandante. También el desistimiento puede ser tácito, como consecuencia de determinadas conductas del actor, a las que la LEC les atribuye este efecto de dejación del proceso.

La LEC atribuye este valor de desistimiento tácito en el art. 414, al referirse a la incomparecencia del actor a la audiencia previa, o en el art. 442, donde se considera también como desistimiento la inasistencia del demandante a la vista en el juicio verbal sin que el demandado alegue interés legítimo en la continuación del proceso (art. 442.1).

VI. ALLANAMIENTO

1. Concepto

Es un acto procesal del demandado por el que manifiesta su voluntad de no oponerse a la pretensión del actor o de abandonar la oposición ya interpuesta, conformándose con la misma, provocando la terminación del proceso con sentencia no contradictoria de fondo en la que se le condenará.

El allanamiento, como acto unilateral del demandado, que se proyecta sobre la pretensión o pretensiones del actor, produce los siguientes efectos: 1.º) La terminación del proceso por conformidad con las pretensiones del actor, con la salvedad de que se trate de un allanamiento parcial produciéndose lo prevenido en el art. 21.2 LEC; 2.º) El allanamiento, si es total, determina el contenido de la resolución que pone fin al proceso: sentencia condenatoria, de acuerdo con lo solicitado por el demandante (art. 21.1); 3.º) La sentencia que se dicta en caso de allanamiento supone entrar en el fondo, con sentencia no contradictoria, produciendo los normales efectos de cosa juzgada; 4.º) Si el demandado se allana a la demanda antes de contestarla, no procede imposición de costas, salvo que aprecie el tribunal temeridad o mala fe; a estos efectos se entiende que 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. Por su parte, si el allanamiento se produce tras la contestación a la demanda, se aplica el principio del vencimiento (art. 395 LEC).

Si el allanamiento hubiere sido parcial, el tribunal podrá, a instancia del demandante, y al amparo de lo dispuesto en el art. 21.2, dictar auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de allanamiento, siempre que por la naturaleza de las mismas, sea posible un pronunciamiento separado que no suponga prejuzgar las demás cuestiones que no han sido objeto de allanamiento, respecto de las cuales el proceso continuará. El auto dictado en este supuesto de allanamiento parcial será ejecutable conforme a la regulación de ejecución legalmente establecida (arts. 517 y ss).

2. Requisitos

Los requisitos que se desprenden del régimen jurídico del allanamiento del demandado son:

a) Subjetivos

El demandado debe tener plena capacidad procesal, integrándose también su capacidad de postulación, necesitándose, según el art. 25.2, 1.º, LEC, poder especial por el procurador para allanarse.

La declaración de voluntad que comporta el allanamiento necesita de los siguientes requisitos: 1) El representante legal del menor o del incapaz necesita autorización judicial para allanarse (puede entenderse a este respecto aplicable lo dispuesto en el Código Civil en relación con la renuncia: art. 166 para los padres y 271.3 para los tutores); 2) El representante voluntario necesita de mandato expreso del representado (art. 1713, II); 3) Para allanarse la persona jurídica necesita manifestación de la voluntad del órgano de la misma que tiene competencia conforme la ley o conforme sus propios estatutos; y 4) En los supuestos de litisconsorcio pasivo se necesita el allanamiento de todos los litisconsortes, porque de otro modo el proceso debe continuar.

b) Objetivos

El allanamiento solo es admisible desde la disponibilidad de los derechos. Según el art. 21.1 LEC si el allanamiento se hiciera en fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, se dictará auto rechazándolo y se seguirá el proceso adelante, lo que comporta una reiteración respecto de lo que prescribía el art. 6 CC.

Del mismo modo que sucedía con la renuncia, la LEC, en el art. 751, referido a los procesos sobre capacidad, filiación y matrimonio, determina que el allanamiento en los mismos no surtirá efecto, por cuanto no concurre un derecho material disponible en ellos.

El art. 21 delimita los dos tipos de allanamiento, según sea total o parcial. Cuando el demandado se allana a todas las pretensiones del actor, se produce el allanamiento total, terminando el proceso y produciéndose los efectos generales del mismo, salvo que concurriera fraude de ley o supusiera renuncia contra el interés general o perjuicio de tercero, en cuyo caso se dictaría auto rechazándose y siguiendo el proceso adelante. Cuando, ejercitadas una pluralidad de pretensiones, se allanare el demandado a alguna o algunas de ellas, o cuando el demandado se halle conforme con parte de la única pretensión aducida (art. 405.1), se produciría el allanamiento parcial, en aquellos supuestos de pluralidad de pretensiones que pueden disgregarse por su naturaleza, de modo que respecto de las allanadas termina el proceso, y respecto de lo no allanado, continuará el desarrollo normal del proceso.

c) De actividad

1º) Tiempo: El actor demandado puede allanarse en cualquier momento de la primera instancia o de los recursos o de la ejecución de la sentencia (art. 19.3 LEC).

Tradicionalmente se venía sosteniendo que el allanamiento era uno de los posibles contenidos de la contestación a la demanda, y así se mantiene en el art. 405 LEC, si bien ello no significa que se trate necesariamente del momento en que debe efectuarse el allanamiento, sino que es uno de los posibles, como una de las conductas que puede efectuar el demandado en el trámite de contestación a la demanda, sin que ello suponga que el allanamiento es contestación. Es más, aún siendo éste un momento para efectuar el allanamiento, este acto de disposición puede efectuarse en cualquier momento del proceso.

También es posible el allanamiento tras la sentencia de primera instancia, partiendo de que fue desestimatoria de la pretensión y ha sido recurrida, entendiéndose que en tal caso el allanamiento comportaría que el tribunal que conoce del recurso debería dejar sin efecto la sentencia impugnada por razones producidas con posterioridad a la misma, máxime si se tiene en cuenta que hasta la sentencia firme el proceso no ha finalizado. Diferente sería si el recurrente fuere el demandado, puesto que en tal caso se trataría más bien de algo semejante a un desistimiento del recurso.

2º) Forma: El allanamiento tiene que ser expreso. Puede efectuarse por escrito o verbalmente, en atención al principio que rige fundamentalmente el desarrollo del trámite procedimental en el que se produce.

VII. ADMISIÓN DE HECHOS

Por razones materiales o por razones procesales las figuras que hemos visto hasta ahora y las que veremos en este Tema suponen la terminación anormal del proceso. Cosa distinta ocurre con la admisión de hechos pues con ella se produce dicha terminación. Para la admisión debe tenerse en cuenta que:

a) El allanamiento es un acto que puede realizar sólo el demandado, que no se refiere a los hechos sino a la pretensión, que pone fin al proceso y que determina el fallo de la sentencia. Incluso el allanamiento parcial no puede confundirse con la admisión de hechos que puede realizar cualquiera de las partes, se refiere a los hechos afirmados por la contraria, no pone fin al proceso y no determina el fallo de la sentencia (aunque sí el antecedente de hechos).

b) El reconocimiento de los hechos en la prueba de interrogatorio de la parte también debe distinguirse de la admisión de hechos. El interrogatorio es un medio de prueba, lo que indica que con el pretenden probarse los hechos que han quedado controvertidos después de los actos de alegación, de modo se trata de un acto que puede realizar únicamente la parte y que tiene efectos muy distintos según se refieran a:

1º) Hechos en los que la parte intervino personalmente y cuya fijación como ciertos le es enteramente perjudicial, respecto de los que la prueba de interrogatorio que tienen valor de prueba legal (art. 316.1 LEC), y

2º) Otros hechos sobre los que la parte sea interrogada, sobre los que el interrogatorio se apreciará conforme a las reglas de la sana crítica (art. 316.2).

c) La admisión de hechos es un supuesto distinto a los anteriores, respecto del cual deben tenerse en cuenta las siguientes normas:

1ª) Art. 399: En la demanda deben narrarse de formas ordenada y clara los hechos con objeto de facilitar su admisión o negación por el demandado al contestar.

2ª) Art. 405: En la contestación a la demanda han de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor, pudiendo el tribunal considerar el silencio o las

respuestas evasivas como admisión tácita de los hechos que sean perjudiciales al demandado.

3ª) Art. 286: Por medio del escrito de ampliación cualquiera de las partes puede alegar un hecho nuevo y la contraria, al contestar al traslado, habrá de manifestar si lo reconoce como cierto o si lo niega.

4ª) Art. 426: En la audiencia previa del juicio ordinario puede realizarse algo análogo a lo anterior, pero de modo oral.

5ª) Art. 428: En la misma audiencia previa las partes pueden mostrarse conformes sobre los hechos, quedando la discrepancia reducida a una cuestión jurídica.

Como puede verse todos estos casos son de admisión de hechos, y en ellos lo importante es que el acto se realiza por el sujeto del mismo, que obviamente es quien realiza el acto (el demandante o el demandado), la actividad no precisa ser realizada personalmente por la parte, pudiendo serlo por su procurador y abogado, y el efecto principal de la admisión es que el hecho deja de ser controvertido y, por tanto, deja de estar necesitado de prueba (art. 281.3, salvo que se trate de materia fuera del poder de disposición de las partes).

La admisión de los hechos no es un modo anormal de terminación del proceso, sino sólo un medio para fijar hechos en el proceso.

VIII. TRANSACCIÓN

1. Concepto y clases

En el ejercicio del poder de disposición de las partes cabe también transigir sobre lo que sea objeto del proceso, excepto cuando la ley lo prohíba o establezca limitaciones por razones de interés general o en beneficio de tercero (art. 19.1).

Puede distinguirse, a este respecto, dos tipos de transacción: la extraprocesal, sin incidencia en el proceso, y la procesal.

Debe partirse del art. 1809 CC: “la transacción es un 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”; de este precepto se desprenden las dos modalidades de transacción: la extraprocesal y la procesal.

Cuando la transacción se produce en relación con el objeto de un proceso pendiente, bien sea por alcanzar un acuerdo, por conciliación, por avenencia, deja de tener sentido el proceso. Es posible que la misma se lleve a cabo de dos formas: bien con presencia judicial, denominándole transacción judicial, siendo el supuesto más típico el que se regula en la audiencia previa, arts. 414 y ss LEC; bien sin presencia judicial, pero siendo con posterioridad presentado al tribunal para su homologación.

Los elementos que configuran a la transacción procesal son: 1) Supone la participación de las partes, mediante concesiones recíprocas, con o sin presencia judicial, con el fin de no continuar con el proceso; 2) La transacción se plasma en una resolución, que es la que pone fin al proceso, que reviste la forma de auto, por medio del cual el tribunal homologará los términos del acuerdo (art. 19.2), convirtiéndose en título ejecutivo, y, por tanto, pudiendo procederse por los trámites de ejecución de sentencias, tanto si la transacción se hizo a presencia judicial (oral en los trámites de la audiencia previa o del juicio, y documentándose en el acta) o sin la presencia judicial (debiendo presentarle al tribunal el documento en el que se plasma la transacción); 3) Pese al tenor literal del art. 1816 CC, el auto no tiene efecto de cosa juzgada material, por cuanto la transacción simplemente supone un sometimiento obligacional de las partes a estar y pasar por los términos del contrato; 4) Consecuencia de lo anterior es que, de alegarse en un proceso posterior la transacción, ya sea como hecho constitutivo por el actor o como hecho impeditivo por el demandado, determinará el contenido de la sentencia que debe dictarse pero no evitará un segundo pronunciamiento; 5) La impugnación de la transacción debe realizarse por los causas que invalidan los contratos y por el cauce del proceso que corresponda por razón de la cuantía, y no por planteamiento de una demanda de revisión.

2. Requisitos

Los requisitos que configuran el régimen jurídico de la transacción son:

a) Subjetivos

Los exigidos respecto de la renuncia o el allanamiento se predicen también respecto de la transacción, incluida la exigencia de otorgar poder especial al procurador para transigir, con la salvedad de que la exigencia de autorización judicial para transigir en los supuestos de representantes legales del menor o incapacitado sólo se exige cuando la transacción afecta a determinados bienes (arts. 166 y 1810 CC).

b) Objetivos

Si bien pueden reiterarse los límites objetivos que impiden la terminación de un proceso por transacción (no esté prohibida por la ley ni se halle limitada por razones de interés general o en beneficio de tercero, art. 19.1 LEC y 6 CC), existen supuestos específicos legalmente determinados en los que se delimita la posibilidad o la prohibición de transacción procesal judicial.

Así, el art. 1813 CC establece que se puede transigir sobre la acción civil derivada del hecho delictivo, y el art. 751 LEC establece la imposibilidad de transigir en los procesos no dispositivos sobre capacidad, filiación y matrimonio, como ya lo hiciera anteriormente el art. 1814 CC, si bien pueden darse determinadas materias en estos procesos no dispositivos sobre las que las partes puedan disponer libremente según la legislación civil aplicable, pudiendo ser objeto de transacción (así sucede con el art. 151 CC, al permitirse la misma sobre las pensiones alimenticias ya vencidas).

c) De actividad

1º) Tiempo: El art. 19.3 LEC permite la transacción en cualquier momento de la primera instancia o en fase de recursos, solución a la que se llegaba desde el art. 1819 CC; y

2º) Forma: Puede ser escrita u oral, en atención al momento en que se lleva a cabo la transacción. Cabría pensar que cuando se realiza extrajudicialmente debe llevarse documentalmente por escrito ante la autoridad judicial, y ser ratificado. Si la transacción se realiza en presencia judicial, atendido el momento en que se lleva a cabo, puede ser oral o escrito; si es oral, se hará constar por acta o por cualquiera de los medios de reproducción los términos del acuerdo, con el fin de obtener la homologación del mismo a que se refiere el art. 19.2 LEC.

IX. CADUCIDAD DE LA INSTANCIA

La caducidad supone la terminación del proceso por inactividad de las partes durante el lapso de tiempo previsto por la ley. Su fundamento se halla en la idea de que la litispendencia no puede prolongarse indefinidamente.

La terminación del proceso por inactividad de las partes tenía razón de ser en un proceso en el que regía el principio de impulso de parte, si bien hoy ha dejado de tener sentido al regir el principio de impulso oficial (art. 179.1 LEC). No obstante, el legislador ha previsto los escasos supuestos en que, pese al impulso de oficio de las actuaciones, la inactividad puede conducir a la caducidad, evitándose con ello la litispendencia indefinida (art. 237). Podría pensarse en los supuestos de suspensión del proceso a petición de todas las partes litigantes por más de sesenta días desde la solicitud de la suspensión sin que nadie solicite la reanudación, produciéndose primero el archivo provisional de los autos y, transcurridos los plazos previstos en el art. 237, la caducidad de instancia.

El régimen jurídico de la caducidad puede desarrollarse teniendo en cuenta:

1.º) La caducidad puede producirse en cualquier momento de tramitación del proceso de declaración, distinguiéndose, a este respecto, atendido lo dispuesto en el art. 237: 1º) Si se mantiene la inactividad procesal en la primera instancia durante dos años, se produce la terminación del proceso por caducidad; 2º) Si se produce en la segunda instancia o pendiente recurso extraordinario por infracción procesal o recurso de casación, se requiere el transcurso de un año sin actividad procesal, para que se ponga fin por caducidad. Estos plazos se contarán desde la última notificación que se hubiere realizado a las partes (art. 237.1, II).

2.º) Quedan, sin embargo, excluidos de la declaración de caducidad, pese al transcurso del tiempo, los supuestos en que concurran fuerza mayor o cualquiera otra causa contraria o no imputable a la voluntad de las partes o interesados (art. 238), así como en ejecución forzosa, dado que llegado a este momento, deberá proseguirse hasta obtener el cumplimiento de lo juzgado, aunque hayan quedado sino curso durante los plazos legalmente señalados (art. 239).

3.º) La caducidad debe declararse por auto, y de oficio, siendo ésta una resolución meramente declarativa del efecto que supone el transcurso del tiempo. Contra el auto que declara la caducidad cabe interponer reposición y apelación (art. 237.2).

4.º) Los efectos que produce la caducidad quedan delimitados en el art. 240:

1º) Si la caducidad se produce en la primera instancia, se entiende producido el desistimiento, por lo que, quedando imprejuzgada la pretensión, es posible volver a incoar nuevo proceso entre las mismas partes y con el mismo objeto, salvo que se hubiere producido la caducidad de la acción (art. 240.2).

2º) Si la caducidad se produce en la segunda instancia o en fase de recursos extraordinarios, se tendrá por desistida la apelación o dichos recursos y por firme la resolución recurrida, devolviéndose las actuaciones al tribunal del que procedieren (art. 240.1).

3º) La declaración de caducidad no contendrá imposición de costas, debiendo pagar cada parte las causadas a su instancia y las comunes por mitad (art. 240.3).

En algunos supuestos se producen acontecimientos inesperados en el transcurso del proceso que van a provocar la terminación anormal del mismo. Así por ejemplo, la muerte de una de las partes no comporta como regla general la terminación del proceso, sino que se prevé para estos supuestos el fenómeno de la sucesión procesal (art. 16); sin embargo, podría provocar la finalización del proceso si aquella supone la desaparición de la dualidad de posiciones y con ellas del objeto del proceso, al ser la otra parte el único heredero y aceptase la citada herencia, dando lugar a lo que ha venido denominándose por la doctrina como confusión entre las partes. Asimismo la muerte de una de las partes podría comportar la terminación del proceso en aquellos supuestos en que el objeto del proceso no puede transmitirse, como podría suceder en determinados ámbitos de los procesos matrimoniales.

X. SOBRESEIMIENTO

El auto de sobreseimiento es una resolución judicial por la que se da por terminado el proceso, normalmente sin pronunciamiento sobre el fondo, consecuencia de la concurrencia de óbices que impiden su continuación, dejando imprejuzgada la pretensión. Puede dictarse por causa imputable a las partes (como el supuesto de incomparecencia, art. 414, o por desistimiento bilateral, art. 415) o por causa ajena a su voluntad (litispendencia o cosa juzgada, art. 421).

Estos óbices hacen referencia a cualesquiera circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, y que pueden ir referidos a: 1) La falta de presupuestos procesales no

subsanables, como sucede en los supuestos de litispendencia o cosa juzgada (art. 421); 2) La falta de presupuestos procesales que, siendo subsanables, no se subsanan (falta del debido litisconsorcio, art. 420); 3) La ausencia de requisitos procesales, como es el supuesto de demanda que no reúne los requisitos especiales exigidos, por razón de la materia, para la admisión de la misma (art. 423.3, II) o por demanda defectuosa por falta de claridad o precisión en la determinación de las partes o de la petición que se deduzca (art. 424.2); y 4) La incomparecencia de las partes a la audiencia previa (arts. 414 y ss). De este modo, se está introduciendo en la LEC una función saneadora en el trámite de audiencia previa al juicio, evitándose la frustrante sentencia de absolución en la instancia o meramente procesal, que impide, al llegar al final del proceso, resolver sobre el fondo, como consecuencia de una defectuosa configuración de la relación jurídico-procesal.

Junto a todas las causas expuestas, todas ellas óbices procesales que impiden la continuación del proceso, la LEC, de forma un tanto ambigua, establece un supuesto de sobreseimiento del proceso provocado al desaparecer el interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida porque se han satisfecho fuera del proceso las pretensiones del actor o se ha provocado una carencia sobrevenida del objeto procesal (art. 22 en relación con el art. 25.2, 1.º, donde se exige poder especial del procurador para realizar manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida del objeto). Se produce una quiebra de la configuración del sobreseimiento como terminación anormal del proceso por razones procesales, pues al desaparecer el objeto del proceso, la LEC atribuye al auto de sobreseimiento los mismos efectos que una sentencia absolutoria firme, impidiéndose volver a plantear la cuestión entre las mismas partes y con el mismo objeto.

Los efectos que produce el auto de sobreseimiento son: 1) La terminación del proceso mediante auto; 2) Dicha terminación del proceso evita un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión interpuesta, quedando imprejuzgada la misma, consecuencia de la imposibilidad de entrar a conocer del fondo del asunto ante la concurrencia de ciertos óbices que afectan a la mala configuración de la relación jurídico-procesal; y 3) El que quede imprejuzgada la pretensión no significa, sin embargo, que, al no producir efecto de cosa juzgada, quede abierta la posibilidad de incoar un nuevo proceso posterior entre las mismas partes y con el mismo objeto. Este efecto será sólo posible en los casos de óbice subsanable, dado que habrá determinadas causas de sobreseimiento que impedirán, supuesto de litispendencia o

de cosa juzgada, el ejercicio de nuevo del derecho a accionar entre las mismas partes y con el mismo objeto.

TEMA 32

AMBITO DEL JUICIO ORDINARIO

(Esquema)

I. AMBITO DEL JUICIO ORDINARIO

A) *Tutela ordinaria y especial*

- El art. 248 LEC y la pretendida unificación procedimental
- La proliferación de procedimientos en el anterior sistema
- El cauce de la tutela ordinaria: los procesos ordinarios y plenarios
- El cauce de la tutela privilegiada: los procesos especiales y sumarios
- Tutela ordinaria y especial en la LEC/2000

B) *Determinación del ámbito del juicio ordinario*

- Por la cuantía
- Por la materia: aplicación preferente
- Peculiaridades en la tramitación: Normas procesales derivadas del derecho material; normas procedimentales sobre forma o requisitos de los actos procesales

II. DERECHOS HONORIFICOS

- Objeto
- Especialidades: no ejecución provisional; M.Fiscal

III. DRECHO AL HONOR, A LA INTIMIDAD Y A LA PROPIA IMAGEN

- Remisión al tema 34
- Particularidades:
 - a) Legitimación activa: subrogación, sucesión
 - b) Intervención del Ministerio Fiscal
 - c) Caducidad
 - d) Tramitación preferente
 - e) Contenido de la sentencia

IV. IMPUGNACION DE ACUERDOS SOCIETARIOS

- Régimen legal
- A) *Sociedades Anónimas y de Responsabilidad Limitada*
 - a) Objeto
 - b) Competencia
 - c) Legitimación
 - d) Plazos
 - e) Acumulación necesaria
 - f) Publicidad de la sentencia
 - g) Medidas cautelares
 - h) Efectos de la sentencia
 - i) Revocación o sustitución preprocesal y subsanación del acuerdo impugnado
- B) *Cooperativas*
 - a) Objeto
 - b) Legitimación y plazo: acuerdos de la Asamblea; acuerdos del Consejo rector.

V. COMPETENCIA DESLEAL

- Régimen legal
- Especialidades
 - a) Objeto
 - b) Competencia
 - c) Legitimación activa
 - d) Legitimación pasiva
 - e) Plazos
 - f) Diligencias preliminares
 - g) Medidas cautelares

h) Carga de la prueba

VI. PROPIEDAD INDUSTRIAL

- Régimen legal
- Especialidades
 - a) Objeto
 - b) Competencia
 - c) Legitimación
 - d) Diligencias preliminares
 - e) Medidas cautelares
 - f) Acto de conciliación
 - g) Ejecución provisional
 - h) Informe sobre el estado de la técnica

VII. PROPIEDAD INTELECTUAL

- Régimen legal
- Especialidades
 - a) Objeto
 - b) Competencia
 - c) Legitimación
 - d) Medidas cautelares

VIII. PUBLICIDAD

- Régimen legal
- Especialidades
 - a) Objeto
 - b) Competencia
 - c) Legitimación
 - d) Solicitud previa
 - e) Medidas cautelares
 - f) Contenido de la sentencia

IX. CONDICIONES GENERALES DE CONTRATACION

- Régimen legal
- Especialidades
 - a) Objeto
 - b) Competencia
 - c) Legitimación
 - d) Prescripción
 - e) Publicidad de la sentencia

X. ARRENDAMIENTOS URBANOS Y RUSTICOS

- Régimen legal y especialidades
- A. Urbanos: competencia, cuantía, depósito para recurrir
- A. Rústicos: competencia, cuantía, depósito, IRYDA y Juntas arbitrales

XI. RETRACTO

- Especialidades
 - a) Objeto
 - b) Competencia
 - c) Legitimación
 - d) Documentos a acompañar
 - e) Litisconsorcio pasivo

XII. PROPIEDAD HORIZONTAL

- Competencia
- Representación de la comunidad
- Especialidades procesales según los objetos:
 - 1) Juicio para la cesación de actividades prohibidas o molestas o para la privación del uso del piso o local: objetos, legitimación, requisito previo
 - 2) Juicio para la adopción de un acuerdo comunitario: objeto, legitimación, equidad
 - 3) Juicio par el relevo o designación de Presidente: objeto, legitimación

4) Juicio para la impugnación de acuerdos comunitarios: objeto, legitimación, plazo de caducidad, no suspensión