DERECHO PROCESAL CIVIL
MATERIALES PARA EL ESTUDIO

FERNANDO GASCÓN INCHAUSTI

Catedrático de Derecho Procesal

Universidad Complutense de Madrid

7ª edición (adaptada a la LO 1/2025, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia)

Curso 2024/2025

La presente edición digital es *copyleft*. Puede ser libremente copiada, distribuida y comunicada públicamente, con la condición de citar a su autor. Excepto por su autor, no podrá ser utilizada con fines comerciales

© Fernando Gascón Inchausti (2025)

I.S.B.N.: 978-84-09-14500-3

ÍNDICE

DERECHO PROCESAL CIVIL I

LECCIÓN 1 EL DERECHO PROCESAL Y SUS FUENTES 19
1. El Derecho procesal como Derecho de la función jurisdiccional 19
2. Las relaciones entre el Derecho procesal y las demás parcelas del ordenamiento: Derecho procesal y Derecho sustantivo 20
3. Las fuentes del Derecho procesal 22
3.1. La Constitución y la ley 22
3.2. El Derecho procesal y la costumbre 23
3.3. Los principios generales del Derecho 23
3.4. La jurisprudencia 23
4. La legislación relativa a la Jurisdicción civil 25
5. La ley procesal en el tiempo y en el espacio 26

LECCIÓN 2 LA JURISDICCIÓN Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL..... 28
1. La solución de los conflictos jurídicos y la abolición de la justicia privada..... 28
2. El concepto de jurisdicción y sus elementos definitorios 31
2.1. El contenido de la actividad jurisdiccional 32
2.2. Los sujetos que desempeñan la actividad jurisdiccional 33
2.3. Requisitos y características de la actividad jurisdiccional..... 34
2.4. Los efectos de la actividad jurisdiccional 37
3. La configuración de la función jurisdiccional en la Constitución Española..... 38
3.1. Monopolio estatal de la jurisdicción..... 38
3.2. Reserva de jurisdicción..... 38
3.3. Exclusividad de la jurisdicción 39
3.4. Unidad jurisdiccional..... 39
3.5. Responsabilidad de la jurisdicción 41
4. «Acceso a la justicia», jurisdicción y medios alternativos de solución de controversias 42

LECCIÓN 3 ÓRGANOS JURISDICCIONALES, ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL Y GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL..... 45
1. Los órganos jurisdiccionales: ideas generales..... 45
2. El personal juzgador: jueces y magistrados..... 46
3. La Oficina Judicial y las estructuras administrativas de apoyo al desarrollo de la función jurisdiccional..... 48

4. El personal no jurisdicente: el Letrado de la Administración de Justicia y los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia 50
5. El Ministerio Fiscal..... 52
6. La Fiscalía Europea..... 53
7. La organización jurisdiccional 53
7.1. Jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales 53
7.2. Las ramas de la jurisdicción ordinaria 54
7.3. La rama civil de la jurisdicción..... 54
8. El gobierno autónomo del poder judicial: el Consejo General del Poder Judicial 59
9. El gobierno interno de los órganos jurisdiccionales..... 61

LECCIÓN 4 LA POSICIÓN JURÍDICA DEL JUSTICIABLE: EL CONCEPTO PROCESAL DE «ACCIÓN» Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA..... 63
1. Generalidades 63
2. Derechos de los justiciables en el ámbito procesal civil 64
2.1. El derecho de acceso a los tribunales..... 64
2.2. El derecho al proceso o a la sentencia sobre el fondo 64
2.3. El derecho de acción en sentido concreto o a la sentencia favorable 66
3. Requisitos de la acción en sentido concreto (del derecho a la sentencia favorable) 68
3.1. Existencia de un derecho subjetivo o de una situación de eficacia jurídica análoga 69
3.2. Legitimación 69
3.3. Interés legítimo 69
3.4. Accionabilidad..... 70
4. La constitucionalización de la posición del justiciable frente a la administración de justicia..... 71
4.1. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva..... 72
4.2. La prohibición constitucional de indefensión..... 74
4.3. Los derechos fundamentales del art. 24.2 CE..... 76
4.4. Consecuencias de la constitucionalización de la posición del justiciable a través de derechos fundamentales 77
5. La asistencia jurídica gratuita en el proceso civil..... 78
5.1. Requisitos y beneficiarios..... 78
5.2. Contenido material del derecho 80
5.3. Procedimiento para el reconocimiento del derecho..... 81
5.4. Reintegro económico 81

LECCIÓN 5 EL PROCESO Y SUS PRINCIPIOS..... 83
1. Concepto de proceso; proceso y juicio; proceso y procedimiento..... 83
2. Proceso de declaración, proceso de ejecución y medidas cautelares 85
3. Proceso civil y proceso penal 86

4. Procesos ordinarios y procesos especiales 87
5. Visión panorámica de los procesos civiles declarativos: el juicio ordinario y el juicio verbal 88
6. Los principios del proceso 90
7. Los principios jurídico naturales: audiencia, igualdad y contradicción 91
7.1. Principio de audiencia 91
7.2. Principio de igualdad 91
7.3. Principio de contradicción 92
8. Los principios jurídico-técnicos 92
8.1. Los principios jurídico-técnicos en el proceso civil 93
8.2. Principios jurídico-técnicos en el proceso penal 94
9. Las formas del proceso 96
9.1. Oralidad, escritura y formato electrónico 96
9.2. Publicidad y secreto 99
10. El impulso procesal 99

LECCIÓN 6 ACTOS PROCESALES, RESOLUCIONES Y RECURSOS: CUESTIONES GENERALES 101
1. Hechos y actos procesales 101
2. Requisitos de los actos procesales 102
2.1. Requisitos de lugar 102
2.2. Requisitos de tiempo 103
2.3. Inmediación 107
2.4. Lengua 107
3. Nulidad de los actos procesales 108
3.1. Causas de nulidad de los actos procesales 108
3.2. Consecuencias de la nulidad 109
3.3. Tratamiento procesal de la nulidad 110
3.4. Subsanación de defectos en los actos procesales de las partes 111
4. Las resoluciones judiciales 112
4.1. Providencias, autos y sentencias del tribunal 112
4.2. Diligencias de ordenación y decretos del Letrado de la A. de J. 115
4.3. Resoluciones orales y resoluciones escritas 115
5. Los recursos frente a las resoluciones: nociones generales 116
6. Recursos frente a resoluciones interlocutorias 117
6.1. El recurso de reposición 118
6.2. El recurso de apelación y el recurso de queja 118
6.3. El recurso de revisión frente a las resoluciones de los Letrados de la A. de J... 119
7. Aclaración de resoluciones y subsanación y complemento de sentencias, autos y decretos defectuosos o incompletos 119

LECCIÓN 7 LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN EN EL PROCESO CIVIL . 122
1. Cuestiones generales 122
2. Las clases de actos de comunicación 123

2.1. Actos de comunicación con las partes 123
2.2. Actos de comunicación con otros órganos jurisdiccionales 125
2.3. Actos de comunicación con otros funcionarios y autoridades 125
3. Los procedimientos de comunicación con las partes 126
3.1. Comunicación a través de procurador 126
3.2. Comunicación por remisión 127
3.3. Comunicación por entrega 129
3.4. Comunicación por edictos 132
3.5. El Registro Central de Rebeldes Civiles 133
4. La comunicación de las partes entre sí y con el tribunal 133
5. El auxilio judicial 134

LECCIÓN 8 EL OBJETO DEL PROCESO CIVIL 136
1. La acción afirmada como objeto del proceso civil 136
2. Los elementos identificadores de la acción 137
2.1. Sujetos 137
2.2. *Petitum* y clases de acción en función del *petitum* 137
2.3. Causa de pedir 139

LECCIÓN 9 LA COMPETENCIA INTERNACIONAL 141
1. La determinación del tribunal competente: cuestiones generales 141
2. La competencia internacional: criterios de atribución 143
2.1. El Reglamento Bruselas I bis 144
2.2. El régimen legal interno de competencia internacional: los arts. 22 a 22-octies LOPJ 150
3. Tratamiento procesal de la competencia internacional 150
3.1. Tratamiento procesal de oficio 151
3.2. Tratamiento procesal a instancia de parte 151

LECCIÓN 10 LA JURISDICCIÓN POR RAZÓN DE LA MATERIA Y LA COMPETENCIA OBJETIVA 153
1. La jurisdicción por razón de la materia 153
1.1. Criterios de atribución de la jurisdicción por razón de la materia 153
1.2. Tratamiento procesal 154
2. La competencia objetiva 157
2.1. Criterios de atribución de la competencia objetiva 157
2.2. Tratamiento procesal de la competencia objetiva 164

LECCIÓN 11 LA COMPETENCIA TERRITORIAL, LA COMPETENCIA FUNCIONAL Y LA DECLINATORIA 167
1. La competencia territorial 167
1.1. Criterios de atribución de la competencia territorial 167
1.2. Tratamiento procesal 172
2. El reparto de asuntos 173
3. La competencia funcional 175
4. La declinatoria 176

4.1. *Ámbito* 176
4.2. Tribunal competente 176
4.3. Tiempo 176
4.4. Efectos de su interposición 177
4.5. Tramitación 177
4.6. Resolución 177
5. Régimen de recursos en materia de jurisdicción y competencia 178

LECCIÓN 12 LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL: CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN 180
1. Introducción 180
2. La capacidad para ser parte 181
2.1. Concepto y sujetos que la poseen 181
2.2. Tratamiento procesal 182
3. La capacidad procesal 183
3.1. Concepto y sujetos que la poseen 183
3.2. Tratamiento procesal 185
4. La representación 186
4.1. Clases de representación en el proceso 186
4.2. Tratamiento procesal 187
5. La postulación: representación técnica mediante procurador y defensa mediante abogado 188
5.1. La representación técnica del procurador 188
5.2. La defensa del abogado 191

LECCIÓN 13 LA LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES 193
1. Introducción 193
2. La legitimación ordinaria del actor 194
3. La legitimación extraordinaria del actor 195
3.1. La legitimación por sustitución 196
3.2. La legitimación colectiva 197
3.3. Consideraciones generales 200
4. Tratamiento de la legitimación activa en el proceso 200

LECCIÓN 14 PLURALIDAD DE PARTES, INTERVENCIÓN DE TERCEROS Y SUCESIÓN PROCESAL 202
1. Pluralidad de partes: el litisconsorcio 202
1.1. El litisconsorcio voluntario 202
1.2. El litisconsorcio necesario 204
2. La intervención de terceros en el proceso 209
2.1. La intervención voluntaria o adhesiva 209
2.2. La intervención provocada 211
2.3. La intervención en el proceso de un *amicus curiae* 212
3. El cambio de partes: la sucesión procesal 213
3.1. Sucesión procesal *mortis causa* 213

3.2. Sucesión procesal *inter vivos* 214

LECCIÓN 15 PROCESOS CIVILES CON PLURALIDAD DE OBJETOS 216
1. Introducción 216
2. La acumulación inicial de acciones 217
2.1. Clases 217
2.2. Requisitos de la acumulación de acciones 219
2.3. Efectos y fundamento 222
2.4. Tratamiento procesal de la indebida acumulación de acciones 222
3. La ampliación de la demanda 223
4. La acumulación de procesos 224
4.1. Supuestos 224
4.2. Requisitos de la acumulación de procesos 225
4.3. Procedimiento 227

LECCIÓN 16 LA EVITACIÓN Y LA PREPARACIÓN DEL PROCESO 229
1. El intento de llegar a una solución extrajudicial de la controversia para evitar el proceso 229
1.1. Cuestiones generales 230
1.2. Los MASC regulados en la LOEP 232
1.3. En especial, el intento de solución extrajudicial a través de la mediación 234
1.4. En especial, el acto de conciliación judicial (ante el Letrado de la A. de J. o el Juez de Paz) 236
1.5. En especial, la reclamación previa a ciertas demandas relativas a préstamos con garantía hipotecaria 237
1.6. Otros sistemas de solución alternativa de controversias 238
2. La preparación del proceso a través de las diligencias preliminares 239
2.1. Concepto 239
2.2. Clases de diligencias preliminares 239
2.3. Tramitación de las diligencias preliminares 242

LECCIÓN 17 LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS Y EL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ADECUADO 246
1. Los procesos declarativos: clases 246
2. Esquema general de los procedimientos ordinarios 247
3. El procedimiento legalmente adecuado 248
3.1. Ámbito del juicio ordinario 249
3.2. Ámbito del juicio verbal 250
4. La determinación de la cuantía 252
5. Tratamiento procesal de la inadecuación del procedimiento 255
5.1. De oficio 255
5.2. A instancia de parte 257

LECCIÓN 18 EL INICIO DEL PROCESO: LA DEMANDA 260
1. La demanda 260
1.1. Requisitos de contenido y estructura 260

1.2. Documentos que han de acompañar a la demanda 264
2. La litispendencia 267
2.1. Concepto y duración 267
2.2. Efectos procesales de la litispendencia 267
2.3. Efectos jurídico-materiales de la litispendencia 269
3. La admisión de la demanda 270

LECCIÓN 19 CONDUCTAS POSIBLES DEL DEMANDADO ANTE LA DEMANDA. LA AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO 273
1. Introducción 273
2. La rebeldía 273
2.1. Requisitos 274
2.2. Efectos 274
3. La contestación a la demanda 276
3.1. Contenido de la contestación a la demanda 276
3.2. Forma de la contestación a la demanda 277
3.3. Las excepciones del demandado 277
4. La reconvención 281
4.1. Requisitos de la reconvención 281
4.2. Efectos de la reconvención 284
5. Los límites entre la excepción material y la reconvención: las llamadas «excepciones reconvencionales» 284
6. Alegaciones posteriores a la demanda y a la contestación 287
7. La audiencia previa al juicio en el juicio ordinario 288
7.1. Constatación de la existencia de acuerdo entre los litigantes 289
7.2. Resolución de cuestiones procesales 289
7.3. Alegaciones complementarias y delimitación definitiva del objeto del proceso 290
7.4. Proposición y admisión de la prueba 293
8. Alegaciones complementarias y funciones análogas a la audiencia previa en el juicio verbal 294

LECCIÓN 20 LA PRUEBA Y LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS EN EL PROCESO 296
1. Los diversos modos de determinación de los hechos en el proceso civil 296
1.1. La prueba 296
1.2. La admisión de hechos 298
1.3. La notoriedad y los hechos notorios 299
1.4. Las presunciones 299
1.5. La exclusión del conocimiento privado del juez 299
2. Objeto de la prueba 300
2.1. Hechos controvertidos 300
2.2. Normas jurídicas 301
2.3. Máximas de la experiencia 302
3. Papel del tribunal y de las partes en la determinación de los hechos 302

4. El acceso a las fuentes de prueba 304
5. El aseguramiento de las fuentes de prueba 305
6. Proposición y admisión de la prueba 307
6.1. Requisitos de los que depende la admisibilidad de la prueba propuesta 307
6.2. Dinámica de la proposición y admisión de la prueba 308
6.3. La exclusión de la prueba ilícita 309
7. La práctica de la prueba 311
7.1. La práctica probatoria fuera de la sede del tribunal 312
7.2. La práctica de la prueba en un momento diferente al ordinario: la prueba anticipada 313
8. La valoración de la prueba 314
9. La carga de la prueba 316

LECCIÓN 21 DECLARACIONES DE LAS PARTES Y PRUEBA TESTIFICAL 320
1. El interrogatorio de las partes 320
1.1. Concepto 320
1.2. Sujetos 320
1.3. Objeto 321
1.4. Proposición y admisión 321
1.5. Práctica del interrogatorio 322
1.6. Supuestos especiales 324
1.7. Valoración 325
2. El interrogatorio de testigos 326
2.1. Concepto 326
2.2. Aptitud para ser testigo y deber de declarar 327
2.3. Valoración del testimonio y control de la fiabilidad de los testigos 328
2.4. Proposición probatoria 330
2.5. Práctica de la prueba 331
2.6. Supuestos especiales 332

LECCIÓN 22 LA PRUEBA DOCUMENTAL, LOS MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DE LA IMAGEN Y EL SONIDO Y LOS MEDIOS PARA EL ARCHIVO DE DATOS 334
1. La prueba documental 334
1.1. Concepto y clases de documento 334
1.2. Documentos públicos: forma de aportación y control de su autenticidad 336
1.3. Documentos privados: forma de aportación y control de su autenticidad 337
1.4. Eficacia probatoria de los documentos 338
1.5. Tiempo de aportación de los documentos al proceso 339
1.6. Aportación de documentos en poder de la parte contraria o de tercero 341
2. Los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y los medios para el archivo de datos 344
2.1. La reproducción de la palabra, el sonido y la imagen 344

2.2. Los instrumentos para el archivo de datos 345

LECCIÓN 23 LA PRUEBA PERICIAL, EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL Y LAS PRESUNCIONES 346
1. La prueba pericial: el dictamen de peritos 346
1.1. Concepto 346
1.2. El dictamen de peritos obtenido fuera del proceso 347
1.3. El dictamen de perito designado por el tribunal 349
1.4. La intervención del perito en el juicio 352
1.5. Valoración del dictamen pericial 352
2. El reconocimiento judicial 353
2.1. Concepto 353
2.2. Objeto 353
2.3. Sujetos intervinientes 354
2.4. Proposición y práctica 354
3. Las presunciones 355
3.1. Concepto 355
3.2. Clases 356
3.3. Tratamiento de las presunciones 357

LECCIÓN 24 LA TERMINACIÓN NORMAL DEL PROCESO Y LA SENTENCIA 358
1. Conclusiones orales e informes 358
2. Las diligencias finales 359
3. La sentencia: estructura interna 360
4. Motivación de las sentencias 361
5. Exhaustividad y congruencia de la sentencia 362
5.1. Ideas generales 362
5.2. Incongruencia por omisión de pronunciamiento 363
5.3. La incongruencia por exceso 364
5.4. La incongruencia por desviación 364
5.5. Términos de comparación para discernir la congruencia 368
5.6. Fundamento de los deberes de exhaustividad y congruencia 369
5.7. Tratamiento procesal de la falta de exhaustividad y de la incongruencia 370
6. La condena con reserva 371
7. La condena de futuro 372

LECCIÓN 25 CRISIS PROCESALES Y TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO 374
1. El desarrollo anormal del proceso y las crisis procesales 374
1.1. La prejudicialidad penal en el proceso civil 375
1.2. La prejudicialidad laboral o administrativa en el proceso civil 376
1.3. La prejudicialidad civil en el proceso civil 377
1.4. La prejudicialidad constitucional: la cuestión de inconstitucionalidad 378
1.5. La cuestión prejudicial de Derecho de la Unión Europea 378

2. Los modos de terminación anormal del proceso 379
2.1. La renuncia 380
2.2. El allanamiento 382
2.3. El desistimiento 383
2.4. La transacción 384
2.5. La caducidad de la instancia 386
2.6. Satisfacción extraprocesal y desaparición sobrevenida del interés legítimo 387
2.7. Sobreseimiento del proceso por otras causas 388

LECCIÓN 26 EL RECURSO DE APELACIÓN Y LA SEGUNDA INSTANCIA 389
1. Cuestiones generales: la segunda instancia civil y el recurso de apelación 389
2. Las alegaciones en segunda instancia 391
2.1. Alegaciones de la parte apelante 392
2.2. Alegaciones de la parte apelada 393
3. La prueba en segunda instancia 394
4. La tramitación de la segunda instancia 395
5. La sentencia de segunda instancia 396

LECCIÓN 27 EL RECURSO DE CASACIÓN 398
1. El recurso de casación como recurso extraordinario 398
2. Resoluciones recurribles 401
3. Competencia 403
4. Motivos del recurso de casación 403
4.2. Infracciones sustantivas 405
5. Sustanciación del recurso 406
6. La sentencia y sus efectos 407

LECCIÓN 28 LA COSA JUZGADA 410
1. Nociones generales 410
2. La cosa juzgada formal 411
3. La cosa juzgada material 411
3.1. Función negativa o excluyente 412
3.2. Función positiva o prejudicial 412
4. El ámbito de la cosa juzgada material 413
4.1. Resoluciones que pueden producir cosa juzgada material 413
4.2. Los llamados «límites» de la cosa juzgada material 414
5. Identidad o conexión de los objetos de procesos distintos y funciones de la cosa juzgada material 418
6. Tratamiento procesal de la cosa juzgada civil 419
6.1. Tratamiento procesal de la función negativa de la cosa juzgada material 419
6.2. Tratamiento procesal de la función positiva de la cosa juzgada material 420

LECCIÓN 29 MEDIOS DE RESCISIÓN Y NULIDAD DE SENTENCIAS FIRMES 421
1. Cuestiones generales 421

2. La revisión 422
2.1. Ámbito de la revisión 422
2.2. Motivos 422
2.3. Sujetos 423
2.4. Desarrollo del proceso de revisión 424
2.5. Efectos 425
3. La audiencia al rebelde 425
3.1. Presupuestos de la audiencia 426
3.2. Procedimiento 427
4. El incidente de nulidad de actuaciones tras sentencia firme 428
4.1. Ámbito de aplicación y motivos 428
4.2. Sujetos 429
4.3. Procedimiento 429
5. El amparo ante el Tribunal Constitucional 430

LECCIÓN 30 LAS COSTAS EN EL PROCESO CIVIL 433
1. Gastos y costas en el proceso civil 433
2. La condena en costas: criterios para su imposición 435
2.1. Pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia 435
2.2. Pronunciamiento sobre las costas en apelación y casación 438
3. La tasación de costas 439
4. La tasa judicial 440
4.1. Hecho imponible y devengo 441
4.2. Sujetos pasivos 441
4.3. Exenciones 441
4.4. Base imponible y cuota tributaria 442
4.5. Tratamiento procesal de la tasa judicial 443
4.6. Tasa judicial y costas 443

LECCIÓN 31 LA EJECUCIÓN FORZOSA: CUESTIONES GENERALES 444
1. Naturaleza y función del proceso de ejecución 444
1.1. Ejecución y declaración 445
1.2. Ejecución y responsabilidad 446
1.3. Naturaleza de la actividad ejecutiva 447
2. Acción ejecutiva, título ejecutivo y responsabilidad 449
3. El título ejecutivo 452
3.1. Títulos ejecutivos judiciales 453
3.2. Títulos ejecutivos extrajudiciales 454

LECCIÓN 32 LOS SUJETOS DE LA EJECUCIÓN 457
1. El tribunal de la ejecución 457
1.1. Criterios de atribución de la competencia 457
1.2. Tratamiento procesal 459
1.3. El papel del Letrado de la A. de J. y de los procuradores en la ejecución 460
2. Las partes del proceso de ejecución 462

2.1. Ejecutante y ejecutado 462
2.2. Régimen de la postulación en el proceso de ejecución 467
2.3. Los terceros y su tutela en el proceso de ejecución 467

LECCIÓN 33 ESTRUCTURA COMÚN DE LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN 469
1. La demanda ejecutiva 469
2. El comienzo de la ejecución forzosa: despacho de la ejecución y primeras medidas ejecutivas 471
3. La acumulación de ejecuciones 475
4. Las costas de la ejecución 476
5. La oposición a la ejecución 477
5.1. Estructura general de la oposición a la ejecución 477
5.2. Motivos de oposición por defectos procesales 479
5.3. Motivos de fondo para la oposición 480
5.4. Tramitación de la oposición 482
5.5. Carácter sumario de la oposición 484
5.6. El proceso declarativo posterior 485
6. La impugnación de actos ejecutivos concretos 486
6.1. Impugnación de actos ejecutivos por infracción de las normas procesales 486
6.2. Impugnación de actos ejecutivos por infracción del título ejecutivo 488
7. La suspensión de la ejecución 490
8. La terminación de la ejecución 491

LECCIÓN 34 LA EJECUCIÓN DINERARIA (I) LIQUIDACIÓN DEL TÍTULO Y EMBARGO DE BIENES 493
1. Las condenas pecuniarias y la ejecución dineraria 493
2. La liquidación del título ejecutivo 495
2.1. Determinación de la cantidad por la que se despacha ejecución en el caso de deudas líquidas 495
2.2. Determinación de la cantidad por la que se despacha ejecución en el caso de deudas liquidables 499
2.3. Determinación de la cantidad por la que se despacha ejecución en el caso de deudas ilíquidas 500
2.4. La ampliación de la ejecución 501
3. El requerimiento de pago 502
4. El embargo de bienes: aspectos generales 504
5. Requisitos que han de cumplir los bienes para poder ser embargados 504
6. Pertenencia de los bienes al ejecutado, embargo de bienes de terceros y tercería de dominio 508
6.1. La oposición previa al embargo 508
6.2. La tercería de dominio 509
6.3. La tercería registral 511
7. Las fases del embargo 512

7.1. Localización de los bienes del ejecutado 512
7.2. Selección de los bienes: el orden de los embargos 513
7.3. La traba y sus efectos 514
7.4. La preferencia del ejecutante y la tercería de mejor derecho 515
8. Las medidas de garantía del embargo 518
8.1. Depósito judicial 518
8.2. Orden de retención de pagos 519
8.3. Anotación preventiva de embargo 519
8.4. Administración judicial 520
9. El reembargo y el embargo de sobrante 520
9.1. El reembargo 520
9.2. El embargo de sobrante 521
10. Vicisitudes del embargo 522
10.1. Mejora del embargo 522
10.2. Reducción del embargo 522
10.3. Modificación del embargo 522
10.4. Alzamiento del embargo 522

LECCIÓN 35 LA EJECUCIÓN DINERARIA (II) REALIZACIÓN FORZOSA Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA 523
1. Introducción 523
2. El pago o entrega directa al ejecutante 523
3. La venta a través del mercado secundario oficial de valores o a través de fedatario público 524
4. La venta en subasta judicial pública: la subasta de bienes muebles 525
4.1. Preparación de la subasta 525
4.2. Desarrollo de la subasta y aprobación del remate 527
4.3. El pago por el rematante 528
5. La subasta de bienes inmuebles 529
5.1. Titularidad y titulación de los bienes inmuebles 529
5.2. El régimen de subsistencia y cancelación de cargas 530
5.3. La existencia de sujetos diversos al ejecutado afectados por la ejecución 532
5.4. Desarrollo de la subasta 536
6. El convenio de realización 538
7. La administración forzosa o administración para pago 539
8. La ejecución sobre bienes hipotecados 539
8.1. El título ejecutivo 541
8.2. El tribunal competente 542
8.3. Las partes 542
8.4. Desarrollo del proceso de ejecución 543
8.5. La defensa del ejecutado en el proceso de ejecución hipotecaria 544
8.6. Tutela del ejecutado en los casos de préstamo hipotecario con cláusula de vencimiento anticipado 547
8.7. «Código de Buenas Prácticas» y dación en pago 548

8.8. La venta extrajudicial de bienes hipotecados 550

LECCIÓN 36 EJECUCIÓN DE CONDENAS NO DINERARIAS 552
1. Reglas comunes a toda ejecución no dineraria 552
2. Ejecución de condenas de dar 553
2.1. Condenas a la entrega de cosas muebles determinadas 553
2.2. Condenas a la entrega de cosas genéricas o indeterminadas 554
2.3. Condenas a la entrega de bienes inmuebles 554
3. Ejecución de condenas de hacer 556
3.1. Condenas de hacer fungible o «no personalísimo» 557
3.2. Condenas de hacer infungible o «personalísimo» 558
3.3. El supuesto especial de las condenas a emitir una declaración de voluntad 559
4. Ejecución de condenas de no hacer 560

LECCIÓN 37 LA EJECUCIÓN PROVISIONAL 562
1. Introducción 562
2. Resoluciones susceptibles de ejecución provisional 563
3. Tramitación de la ejecución provisional 564
4. Oposición a la ejecución provisional 565
4.1. Motivos comunes a toda oposición 566
4.2. Motivos de la oposición a la ejecución provisional de condenas no dinerarias. 566
4.3. Motivos de oposición a la ejecución provisional de condenas dinerarias 566
4.4. Procedimiento de oposición a la ejecución provisional 567
4.5. Suspensión de la ejecución provisional de condenas pecuniarias 568
5. Confirmación o revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada 569
5.1. Confirmación 569
5.2. Revocación 569

LECCIÓN 38 LAS MEDIDAS CAUTELARES 571
1. Concepto, naturaleza jurídica y función 571
2. Contenido y alcance de las medidas cautelares 573
3. Los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares 575
4. El procedimiento para la adopción de las medidas cautelares 578
5. Variabilidad y sustitución de las medidas cautelares 580
6. La extinción de las medidas cautelares 580

LECCIÓN 39 EL PROCESO MONITORIO 582
1. Consideraciones generales 582
2. Ámbito del proceso monitorio 582
3. Competencia 584
4. Procedimiento 585
4.1. Petición inicial 585
4.2. Admisión de la petición 585
4.3. Requerimiento de pago 587
4.4. Conductas posibles del deudor 587
5. Especialidades del proceso monitorio en materia de propiedad horizontal 589

6. El «proceso monitorio notarial» 590

LECCIÓN 40 LOS PROCESOS MATRIMONIALES 593
1. Introducción y reglas generales 593
2. El proceso consensual de separación y divorcio 595
2.1. Desarrollo del proceso ante la autoridad judicial 595
2.2. Divorcios y separaciones consensuales ante el Letrado de la Administración de Justicia 597
2.3. Divorcios y separaciones consensuales ante notario 598
3. El proceso ordinario o contencioso 598
4. Las medidas provisionales y las medidas definitivas 600

DERECHO PROCESAL CIVIL I

LECCIÓN 1

EL DERECHO PROCESAL Y SUS FUENTES

1. El Derecho Procesal como Derecho de la función jurisdiccional. — 2. Las relaciones entre el Derecho Procesal y las demás parcelas del ordenamiento: Derecho Procesal y Derecho sustantivo. — 3. Las fuentes del Derecho Procesal: 3.1. La Constitución y la Ley; 3.2. El Derecho Procesal y la costumbre; 3.3. Los principios generales del Derecho; 3.4. La jurisprudencia. — 4. La legislación relativa a la jurisdicción. — 5. La ley procesal en el espacio y en el tiempo.

1. EL DERECHO PROCESAL COMO DERECHO DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

El Derecho procesal es «el Derecho de la función jurisdiccional»: aquella parcela del ordenamiento que se ocupa de regular todo aquello que guarda relación con la solución de los conflictos jurídicos *por parte de los órganos judiciales.*

De forma un poco más precisa, puede decirse que el Derecho procesal lo integra el conjunto de normas relativas a tres bloques de cuestiones:

1º. La estructura y funciones de los órganos jurisdiccionales: se trata de las normas sobre organización de los tribunales y que determinan la atribución en abstracto de jurisdicción y de competencia.

2º. Los presupuestos y efectos de la tutela jurisdiccional: las normas reguladoras de los presupuestos del derecho al proceso, las normas relativas directa y exclusivamente a las diversas acciones, así como las normas que se ocupan de regular los efectos de las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales.

3º. La forma y contenido de la actividad tendente a dispensar dicha tutela: son las normas de procedimiento y las relativas a los requisitos de los actos procesales (intrínsecos y extrínsecos).

El Derecho procesal es en todo caso Derecho público, pues regula el ejercicio de una función pública (la función jurisdiccional); y ello con independencia de la naturaleza de las normas jurídicas que se tutelen y realicen en cada caso concreto: así, aunque se trate de un litigio sobre materia civil (que es Derecho privado), la actividad de decir y hacer lo jurídico sigue siendo pública, y públicas serán las normas –procesales– que la disciplinen.

Como se verá más adelante, la judicial no es la única forma de resolver conflictos jurídicos y, de hecho, al Derecho procesal también le ocupan en buena medida los otros medios de solución de controversias, fundados habitualmente en la autonomía de la voluntad de los sujetos enfrentados –como ocurre en el caso del arbitraje, de la mediación, de la conciliación y de otras figuras que buscan objetivos similares.

2. Las relaciones entre el Derecho procesal y las demás parcelas del ordenamiento: Derecho procesal y Derecho sustantivo

Las normas procesales tienen carácter *instrumental* respecto de otras normas o conjuntos normativos: el Derecho procesal está previsto para lograr que alcance efectividad práctica lo dispuesto en las normas de las demás parcelas del ordenamiento (a las que se suele denominar Derecho sustantivo: Derecho civil, mercantil, penal, administrativo, laboral, etc.). Solo a través de procesos jurisdiccionales, por poner un ejemplo, puede lograrse que quien ha perdido la posesión de un bien la recupere efectivamente, aun contra la voluntad de quien lo tiene actualmente en su poder; o que reciba la pena legalmente prevista la persona responsable de un delito. Por eso, se dice que el Derecho procesal está al servicio (función *ancilar*) del resto de ramas del ordenamiento. Pero, al mismo tiempo, hay que asumir que sin procesos judiciales –y sin normas procesales– no puede asegurarse el efectivo cumplimiento de lo que está previsto en las normas sustantivas.

Al abordar la relación y la distinción entre normas procesales y normas sustantivas es habitual efectuar una distinción entre Derecho para tutelar (el procesal), integrado por las normas que se aplican para llegar a una decisión que tutele el ordenamiento en un caso concreto, y Derecho tutelado (el sustantivo), integrado por aquellas normas que se aplican para decidir en qué sentido se dicta la decisión en un caso concreto.

Esta distinción se entiende mejor si se asume el carácter dinámico de la actividad jurisdiccional: los procesos judiciales solo existen en la medida en que se tramitan. Cuando está en marcha un concreto proceso y se tiene que enjuiciar una relación o una situación jurídica se ve con claridad cuáles son las normas procesales –aquellas que determinan cómo ha de ir desarrollándose el proceso y cuáles son los derechos, facultades, cargas y deberes que tienen los sujetos implicados en él– y cuáles son las normas sustantivas –aquellas que el tribunal ha de aplicar para decidir cómo decide la cuestión controvertida sometida a su enjuiciamiento–.

Sin embargo, contempladas las normas de forma estática, es decir, tal y como se hallan redactadas en abstracto, no siempre es tan sencillo distinguir cuándo una norma es de Derecho procesal y cuándo es de Derecho sustantivo, sobre todo porque hay normas procesales insertas en textos legales sustantivos (*v.g.*, en el Código Civil o en el Código Penal). En estos casos, el criterio de distinción es el ámbito que regula la norma o, si se prefiere, el ámbito en que produce sus efectos, en función de la definición dada inicialmente: puede entenderse que estaremos ante una norma procesal si se ocupa de alguno de los tres bloques de cuestiones que se han enunciado antes (órganos judiciales; presupuestos y efectos de la tutela judicial; actividad procesal).

> Ejemplo 1: El art. 191.1 del Código Penal establece que «para proceder por los delitos de agresiones sexuales y acoso sexual será precisa denuncia de la persona agraviada, de su representante legal o querella del Ministerio Fiscal (…)». Aunque la norma se incluye dentro del CP –que es, en general, un texto

> «sustantivo»–, tiene naturaleza procesal, pues está estableciendo un requisito (la presentación de denuncia o querella por parte de ciertos sujetos o entes) para que pueda válidamente abrirse un proceso en persecución del delito.
>
> Ejemplo 2: El artículo 42 del Código Civil establece que «no se admitirá a trámite la demanda en que se pretenda [el] cumplimiento [de la promesa de matrimonio]». También aquí nos hallamos ante una norma incluida en un texto genéricamente «sustantivo», pero que tiene carácter procesal, pues establece cómo debe proceder un juez al recibir una demanda con un contenido determinado.

En un proceso pendiente hay siempre una materia ajena a la Jurisdicción, sobre la que se ha de decidir y/o actuar. El Derecho objetivo referente a dicha materia es el Derecho sustantivo o material. El otro Derecho, relativo a la actividad jurisdiccional, incluida la sentencia, es el Derecho procesal.

Determinar sin error la calificación de unas normas como procesales o como sustantivas es de gran trascendencia a muchos efectos: *v.g.*, para poder determinar el tipo de recurso que cabe frente a determinadas resoluciones jurisdiccionales; para determinar el régimen de la retroactividad y la aplicación de las normas en el tiempo; para determinar la ley aplicable en situaciones transfronterizas; y, al menos en el ámbito penal, para determinar si es posible o no la interpretación restrictiva y la aplicación de la analogía.

Al margen de lo anterior, ha de ponerse de relieve que, como regla, muchas normas o leyes procesales son irrenunciables o de *ius cogens*: no pueden ser sustituidas por actos jurídicos voluntarios regidos por el principio de autonomía de la voluntad. Es decir, no puede haber un proceso convencional o «pactado» por las partes, más allá de lo que permitan las propias leyes procesales.

A pesar de esta regla general, también en el Derecho procesal existen normas de Derecho dispositivo, que subordinan la efectividad de lo previsto en la regla legal para un caso concreto a la ausencia de una voluntad distinta de las partes, de modo que los efectos pueden ser diversos a los previstos en la norma: *v.g.*, en principio, las demandas civiles habrán de presentarse ante el tribunal del lugar en que tenga su domicilio el demandado (art. 50 LEC); sin embargo, si las partes se ponen de acuerdo en ello, podrán hacer competente al tribunal de un lugar diferente, a través de un pacto de sumisión expresa (arts. 54 y 55 LEC).

Que las normas procesales sean irrenunciables –cuando lo sean– no significa que sean normas «de orden público». Se reserva esta calificación a aquellas normas –sean procesales o sustantivas– que sirven a la protección de valores constitucionales de especial trascendencia, normalmente asociados a los derechos fundamentales. Así, por ejemplo, la norma que otorga al demandado el plazo de veinte días para contestar a la demanda es irrenunciable, porque las partes no pueden alterarla por acuerdo; pero una hipotética vulneración de esta regla no podría considerarse una vulneración del orden público. En cambio, sí que debe otorgarse esta relevancia, v.g., a la norma que establece la necesidad de autorización judicial previa para intervenir una comunicación telefónica, pues se halla en juego el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

3. LAS FUENTES DEL DERECHO PROCESAL

3.1. La Constitución y la ley

Como conjunto normativo que disciplina el ejercicio de una función pública y estatal –la función jurisdiccional– a través del ejercicio de una potestad también pública –la potestad jurisdiccional–, ha de reconocerse el valor fundamental que sobre la esfera procesal tiene la Constitución. En la Constitución se define el modelo de Poder Judicial al que se encomienda la función jurisdiccional y los valores y principios básicos a los que está sujeto, como la independencia y la imparcialidad judicial; también en ella se reconocen los derechos fundamentales de los justiciables frente al Estado en relación con la tutela de sus derechos e intereses, así como los límites a que ha que ha de quedar sujeta la actividad de los órganos jurisdiccionales; la Constitución también proclama cuáles han de ser los principios básicos sobre los que se ha de construir el modelo procesal y, al hacerlo, pone límites al legislador a la hora de definir los procesos judiciales.

El modelo constitucional de justicia se plasma en normas específicas a través de leyes procesales. La ley en sentido formal, esto es, como norma emanada del parlamento en expresión de la voluntad popular, tiene un papel primordial en Derecho procesal. En el ordenamiento español la mayoría de las normas procesales tienen rango formal de ley. Esto significa que, de ordinario, no hay espacio para los reglamentos, salvo que se trate de aspectos muy accesorios de la administración de justicia; en tal caso, la potestad reglamentaria está compartida entre el poder ejecutivo −sea el central, sea el autonómico− y el Consejo General del Poder Judicial.

En general, las leyes procesales son leyes ordinarias, aunque en determinados sectores son necesarias leyes orgánicas, pues la regulación afecta directamente al contenido de los derechos fundamentales: esto es lo que sucede en ciertas parcelas del proceso penal (*v.g.*, para regular la detención, la prisión provisional o ciertas medidas de investigación que son restrictivas del derecho al secreto de las comunicaciones −como la intervención de las comunicaciones telefónicas− o a la inviolabilidad del domicilio −como la entrada y registro).

Además, las leyes procesales son, en general, leyes estatales. Según el art. 149.1.6ª de la Constitución, el Estado ostenta competencia exclusiva en materia de legislación procesal, «sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas». Existe, pues, un pequeño margen para la existencia de normas procesales emanadas de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas, pero solo cuando sea imprescindible establecer normas procesales especiales para dar plena efectividad al Derecho civil foral o especial propio de una comunidad autónoma (recuérdese el carácter instrumental del Derecho procesal). Y esto es algo que el Tribunal Constitucional ha tendido a interpretar de forma muy restrictiva.

> Como se verá más adelante, en la práctica solo hay normas procesales autonómicas para regular el recurso de casación en aquellas comunidades que

cuentan con derecho civil propio y para aquellos recursos de casación que afecten precisamente a esa normativa civil propia.

3.2. El Derecho procesal y la costumbre

La costumbre no es fuente del Derecho procesal: la reiteración de conductas en la práctica –normalmente, ante los tribunales– no tiene fuerza suficiente como para dar lugar al nacimiento de normas nuevas, al margen de las legales (costumbre *praeter legem*). Es habitual, sin embargo, que los abogados y los litigantes se atengan a los denominados «usos forenses», formados por lo que se acostumbra a hacer por o ante los tribunales de un determinado lugar –lo que, en la praxis, se traduce en el coloquial «aquí esto lo hacemos así»–. Los usos forenses pueden ser de signo cambiante en cada lugar y también pueden ser disconformes con el Derecho (en tal caso, se les suele llamar «corruptelas»). Sea como fuere, no tienen carácter vinculante, esto es, carecen de la *opinio iuris sive necessitatis* que, junto al uso, define a la costumbre como fuente del derecho.

3.3. Los principios generales del Derecho

Al igual que sucede en el resto de parcelas del ordenamiento, los principios generales del Derecho juegan también un papel relevante como fuente del Derecho procesal. En el ámbito de lo procesal los principios generales están constituidos por postulados elementales de justicia (igualdad de armas, contradicción, publicidad de las actuaciones), que tienen rango superior a la ley, a la que pueden corregir por vía interpretativa, incluso aunque la Constitución no los haya reconocido. Lo cierto, en todo caso, es que buena parte de los principios generales del Derecho con relevancia procesal están recogidos en la Constitución o pueden deducirse de ella sin especiales esfuerzos hermenéuticos: este sustento constitucional sirve para reforzarlos, aunque debe subrayarse que eso no les priva de su entidad propia como principios.

3.4. La jurisprudencia

El art. 1.6 CC le da a la jurisprudencia un carácter complementador del ordenamiento jurídico, con la doctrina del Tribunal Supremo. En la actualidad son cada vez más fuertes las corrientes doctrinales que exaltan el valor de la jurisprudencia y su carácter de fuente, propugnando el recurso a la figura del «precedente vinculante». Se afirma que esta es la forma de superar el legalismo excesivo y de dar relevancia a la «creación jurídica» de los jueces, especialmente cuando las normas van quedando desfasadas y es preciso interpretarlas a la luz de las circunstancias, cada vez más cambiantes. El problema, por supuesto, es de límites y de legitimidad.

Hay que reconocer que no es posible nunca una aplicación automática de la ley: hace falta una labor prudencial, no presente en la norma, a la hora de formular el juicio jurisdiccional; y en esto consiste precisamente la labor jurídica creadora del juez. Pero esto no convierte a la jurisprudencia ni a la creación jurídica del juez en fuentes, ya que se trata de una tarea realizada en casos concretos, que no aspiran a tener vocación de generalidad. Tampoco están los jueces investidos de potestad legislativa, porque no es esa su función: una eventual potestad de los jueces creadora de normas procesales carecería de legitimidad.

En rigor, cuando se habla de la jurisprudencia como fuente, se hace una abstracción de la labor del juez en los casos concretos, buscando estereotipos de problema y resolución. A esto es a lo que se refiere el art. 1.6 CC cuando hace referencia a la «doctrina jurisprudencial». Pero esta doctrina no es fuente del Derecho, por muy constante que sea, y ello porque carece de fuerza vinculante: ni vincula *ope legis*, ni los jueces que reiteran una conducta pueden legítimamente afirmar que quedan jurídicamente obligados a seguir haciéndolo en el futuro, ni que obligan a otros a actuar así en casos semejantes.

¿Qué valor hay que conceder a esta doctrina? Hay que admitir el valor interpretativo de las sentencias del Tribunal Supremo –y, en determinados casos, de los Tribunales Superiores de Justicia y de las Audiencias Provinciales– para los órganos jurisdiccionales inferiores, y ello de varias maneras:

— Valor ejemplar: sirven de ejemplo para los demás tribunales, dada la *auctoritas* de los órganos de los que emanan.

— Ofrecen un resultado interpretativo de la ley, con la utilización de la analogía y de los principios generales del Derecho.

— Sirven para la rectificación de normas positivas, tomando como base los principios generales del Derecho.

— Ofrecen soluciones a lagunas legales a partir de estos principios.

En la práctica, sin embargo, debe advertirse la tendencia en muchos tribunales de atenerse a la jurisprudencia del Tribunal Supremo; y, más aún, la tendencia de algunas Salas del Tribunal Supremo a *sentar doctrina* en términos similares a como si fueran legisladores, rectificando o corrigiendo en ocasiones preceptos legales: se aproximan con ello a auténticos legisladores *de facto*, en clara infracción del principio constitucional básico de la división de poderes. Y debe reconocerse que a los operadores jurídicos tampoco les disgusta este proceder, porque genera un entorno de seguridad jurídica, en el que conocer la jurisprudencia permite *saber a qué atenerse* y, sobre esa base, diseñar estrategias procesales y tomar decisiones relevantes.

> La presión es aún más fuerte desde la irrupción de las herramientas de inteligencia artificial y de la llamada justicia predictiva, que ofrecen pronósticos del desenlace posible de un asunto teniendo en cuenta la respuesta que han recibido en el pasado casos análogos.

Al margen ya del valor que cabe atribuir en general a la jurisprudencia, no hay que olvidar tampoco lo establecido en el art. 5.1 LOPJ, en virtud del cual la interpretación de los preceptos hecha por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos tiene carácter vinculante para los tribunales de la jurisdicción ordinaria. Además, cuando estén aplicando el Derecho de la Unión Europea –y lo hacen cada con mayor frecuencia–, nuestros tribunales habrán de atenerse a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE (art. 4 bis.1 LOPJ).

4. LA LEGISLACIÓN RELATIVA A LA JURISDICCIÓN CIVIL

Con *carácter general*, son tres las normas fundamentales que se aplican al ejercicio de la función jurisdiccional en toda España y en cualquier orden o rama:

1. La Constitución de 1978.

2. La Ley Orgánica del Poder Judicial –Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio: LOPJ, en adelante–, que se ocupa de la organización del poder judicial, de sus poderes y atribuciones, y que regula ciertas cuestiones de naturaleza procesal comunes a todos los órdenes.

3. La Ley 39/1988, de 28 de diciembre, de Demarcación y Planta Judicial, que establece los ámbitos territoriales de los órganos jurisdiccionales españoles (la demarcación) y el número concreto de dichos órganos, así como la dotación de personal juzgador necesaria para esos órganos (la planta).

Con *carácter específico* para el *orden jurisdiccional civil* la norma fundamental es la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2000. La LEC consta de 827 artículos, divididos en cuatro Libros. Los Libros se dividen en Títulos, y los Títulos en Secciones y Capítulos. La Ley de Enjuiciamiento Civil es supletoria respecto de las normas que disciplinan la actividad de los demás órdenes jurisdiccionales (art. 4 LEC).

> La Ley de Enjuiciamiento Civil ha sido objeto de numerosas reformas desde su aprobación (75 en apenas 24 años). La más drástica fue la operada por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, que operó una distribución de funciones entre jueces y secretarios judiciales (ahora, Letrados de la Administración de Justicia) de la que no se partía en la regulación inicial. Las más recientes derivan de dos Decretos-leyes, el 5/2023 y el 6/2023 y de la Ley Orgánica 1/2025, de medidas en materia de eficiencia del servicio público de justicia (LOEP, en lo sucesivo).

Junto a la LEC, también se contienen normas procesales civiles en otros cuerpos normativos: entre ellos, la Ley Hipotecaria y el Reglamento Hipotecario, de 1946 y 1959 respectivamente; el Código civil y algunas de sus leyes de reforma; el Texto Refundido de la Ley Concursal, de 2020 (reformado ya en varias ocasiones); la Ley de Arbitraje, de 2003; o la Ley de Mediación, de 2012.

Además de las normas de origen interno, y de hecho con rango jerárquico superior, son igualmente básicos determinados textos legales cuyo origen no radica en el Estado español, sino en instancias internacionales o supranacionales.

Existen, en primer término, textos normativos internacionales en los que se proclaman derechos y libertades fundamentales, algunos de las cuales se proyectan sobre el ámbito procesal (*v.g.*, el derecho a la presunción de inocencia o a un juicio justo). Esto es lo que sucede con la Declaración Universal de Derechos Humanos (aprobada en 1948, en el ámbito de las Naciones Unidas); el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (aprobado en 1966, en el ámbito de las Naciones Unidas); el Convenio Europeo de Derechos Humanos o Convenio de Roma (aprobado en 1950 en el ámbito del Consejo de Europa); y la Carta de Derechos

Fundamentales de la Unión Europea (aprobada en su primera versión en 2000, pero en vigor desde 2007).

También se regulan por tratados internacionales y normas supranacionales de origen europeo importantes cuestiones, como las relativas a la competencia internacional de los tribunales de los diversos Estados para conocer de litigios con elementos transnacionales, el reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras, algunos procesos civiles de carácter transfronterizo y la cooperación judicial internacional (v.g., para la práctica de notificaciones o para la obtención de pruebas en el extranjero).

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

Las leyes procesales ven limitada su aplicación por razones temporales y espaciales.

a) Como regla, las normas procesales tienen carácter irretroactivo, esto es, solo producen efectos a partir del momento de su entrada en vigor. Lo que ocurre es cuando se producen cambios en las leyes procesales están desarrollándose ya muchos procesos que comenzaron con arreglo a la regulación anterior. La regla de irretroactividad de las normas procesales significa, en primer término, que estas se aplican a las actuaciones procesales que se celebran tras su entrada en vigor y que no se pueden deshacer o anular actuaciones procesales anteriores, aunque sean contrarias a lo que ha establecido la norma nueva. Esto se traduce, de ordinario, en que el proceso iniciado estando en vigor una determinada ley procesal se regirá por dicha ley procesal, no por la ley nueva que pueda aprobarse en un momento posterior. Y, desde luego, la ley procesal que se aplica es la que rige en el momento en que comienza el proceso, no la vigente en el momento en que se pudo originar el conflicto o la infracción sobre la que versa el proceso.

Como se ha apuntado, el desarrollo temporal sucesivo del proceso hace necesario incluir reglas de derecho transitorio en las regulaciones legales de carácter procesal, que contemplen el caso de los procesos ya iniciados al comenzar la vigencia general de las nuevas normas. En función del diverso estado de los procesos pendientes, hay que determinar qué fases se desarrollarán y, en su caso, se terminarán con arreglo a la ley antigua y cuáles han de seguirse ya conforme a los nuevos preceptos. Es habitual marcar el cambio de instancia como momento relevante para pasar, en el marco de un proceso, de la aplicación de la ley antigua –vigente al incoarse el proceso pero derogada después– a la aplicación de la nueva ley. En todo caso, los actos procesales realizados conforme a la ley antigua, siempre que se respete lo previsto en las normas transitorias, son intangibles, firmes.

La regla general anterior, sin embargo, no impide considerar, cuando proceda, el alcance del principio *pro reo* en materia penal sustantiva y el de «norma más favorable» en materia laboral, así como las expectativas procesales (segunda instancia, recursos) abiertas a los litigantes al iniciarse el proceso: no conviene disminuirlas y tampoco aumentarlas en estos casos de transitoriedad de regímenes procesales.

b) Dentro del ámbito de la soberanía territorial del Estado, se aplicará siempre la ley procesal española: los órganos jurisdiccionales españoles aplican siempre el Derecho procesal español, aunque la ley sustantiva aplicable sea extranjera, en virtud de las normas del Derecho internacional privado.

> Allí donde existan, habrá leyes procesales cuyo ámbito territorial de eficacia sea la Comunidad Autónoma.

Existen, sin embargo, ciertos procesos o ciertas actuaciones procesales que no se rigen por normas nacionales, sino por normas internacionales y/o supranacionales. El ejemplo más claro lo ofrece el Derecho de la Unión Europea: son varios los reglamentos europeos que se aplican de forma directa por los jueces españoles a la hora de decidir, v.g., si poseen competencia internacional para conocer de un litigio, si deben tener en cuenta una sentencia extranjera como antecedente lógico de su propia decisión o para notificar una demanda o una resolución judicial a una persona que está domiciliada en otro Estado miembro de la UE.

LECCIÓN 2

LA JURISDICCIÓN Y LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

1. La solución de los conflictos jurídicos y la abolición de la justicia privada. — 2. El concepto de jurisdicción y sus elementos definitorios: 2.1. El contenido de la actividad jurisdiccional; 2.2. Los sujetos que desempeñan la actividad jurisdiccional; 2.3. Requisitos y características de la actividad jurisdiccional; 2.4. Los efectos de la actividad jurisdiccional. — 3. La configuración de la función jurisdiccional en la Constitución Española: 3.1. Monopolio estatal de la jurisdicción; 3.2. Reserva de jurisdicción; 3.3. Exclusividad de la jurisdicción; 3.4. Unidad jurisdiccional; 3.5. Responsabilidad de la jurisdicción. — 4. «Acceso a la justicia», jurisdicción y medios alternativos de solución de controversias.

La primera de las nociones básicas sobre las que se asienta el Derecho procesal es la Jurisdicción: el Derecho procesal es el Derecho de la función jurisdiccional. La Jurisdicción es el sistema de resolución de controversias y conflictos jurídicos, consistente en la tutela y realización del Derecho objetivo por parte de los órganos jurisdiccionales. Es función del Estado ocuparse en estos términos de la resolución de los conflictos (monopolio estatal de la función jurisdiccional), a través de unos órganos específicos –los órganos jurisdiccionales–, que se caracterizan por actuar de forma independiente, imparcial y objetivamente desinteresada. Para poder cumplir adecuadamente su función, los órganos jurisdiccionales están investidos de toda la fuerza pública propia del Estado (potestad jurisdiccional). La relevancia de la Jurisdicción en una sociedad organizada políticamente bajo la forma del Estado explica, además, que la propia Constitución defina cuáles son los principios conforme a los cuales se estructura el ejercicio de la función jurisdiccional: es uno de los elementos estructurales de la organización política del Estado y, por ello, forma parte de aquello que ha de definirse en una Constitución. La Constitución española de 1978 ha optado por un modelo de monopolio estatal, exclusividad, reserva, unidad y responsabilidad de la Jurisdicción.

1. LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS JURÍDICOS Y LA ABOLICIÓN DE LA JUSTICIA PRIVADA

El Derecho procesal se puede definir como el Derecho de la función jurisdiccional o Derecho de la Jurisdicción. Y para poder definir y comprender el concepto de Jurisdicción resulta preciso partir de la noción de conflicto y, más precisamente, de la noción de conflicto jurídico.

En el ámbito de las relaciones humanas es frecuente que surjan conflictos entre sujetos que ocupan posiciones enfrentadas. Los conflictos pueden ser de muy diversos tipos: así, existen conflictos puramente personales, morales o sociales; y

también existen conflictos jurídicos o, si se prefiere, conflictos que tienen una dimensión jurídica.

Un conflicto es jurídico cuando su origen se encuentra en la discordancia acerca de la infracción de una norma jurídica, infracción que conlleva la lesión de un derecho subjetivo de otro o el incumplimiento de un deber jurídico: para que un conflicto sea jurídico, por tanto, ha de subyacerle la infracción, cuando menos aparente o afirmada, de alguna norma jurídica; y por eso mismo, como veremos, también caracteriza a los conflictos jurídicos que su resolución depende de las normas jurídicas –si se prefiere, la solución al conflicto requiere la aplicación de la norma infringida, para conseguir que se respete la voluntad de la ley.

Ahondando un poco más, y teniendo en cuenta cómo está estructurado nuestro ordenamiento jurídico, se pueden distinguir dos grandes tipos de conflicto, en función del tipo de norma aparentemente vulnerada:

— Existen, en primer término, conflictos intersubjetivos, que se suscitan respecto de la aplicación de las normas que otorgan derechos a los particulares. Esto es lo que sucede, claramente, con el Derecho privado (en sentido amplio, incluyendo el Derecho civil, el mercantil o el laboral): las normas de Derecho privado tienden a distribuir bienes y derechos entre particulares, de modo que la (presunta) infracción de una norma privada significa que se está privando a un sujeto de un derecho que él cree ser suyo: la vulneración de normas jurídico-privadas comporta, por tanto, la vulneración de derechos subjetivos; y basta con que se haya producido una lesión aparente para que surja el conflicto.

> Lo mismo sucede en relación con el Derecho administrativo (que es Derecho público): surgen conflictos entre los ciudadanos y las Administraciones públicas cuando los ciudadanos consideran que las Administraciones públicas han vulnerado los derechos que las normas les reconocen frente a ellas.

— Y también existen conflictos que no enfrentan a los particulares entre sí, sino que enfrentan a un particular con el Estado: esto es lo que sucede cuando se infringe una norma penal, es decir, cuando se comete un delito. La infracción de una norma penal implica la comisión de un delito y la vulneración del deber jurídico establecido en la norma penal: quien comete un delito, en rigor, no está vulnerando un derecho subjetivo, sino un deber de comportamiento jurídico-público.

> Lo que sucede, no obstante, es que la comisión de un delito nos enfrenta a una conducta que puede analizarse desde dos perspectivas diferentes, privada y pública: desde un punto de vista público (penal), el delincuente se enfrenta con el Estado, porque incumple el deber contenido en la norma penal; desde un punto de vista privado, el delincuente puede estar causando un daño a otro sujeto (infringiendo la prohibición del *neminem laedere*). Esta es la razón de que, en la mayoría de los casos, la comisión de un hecho delictivo dé origen a una doble responsabilidad, penal (frente al Estado) y civil (frente a la víctima o perjudicado). Puede decirse, así, que la comisión de un delito hace nacer dos conflictos: en primer término, un conflicto público con el Estado, derivado de la vulneración de la norma penal; en segundo término, un conflicto privado o intersubjetivo entre el

delincuente y el ofendido, cuyos derechos han sido lesionados y que tiene derecho a un resarcimiento. Pero ha de notarse que este segundo conflicto, intersubjetivo, no es necesario, no tiene siempre lugar: hay delitos sin víctima concreta y sin daño privado.

La existencia de conflictos es tan antigua como la coexistencia social de los seres humanos. En todo grupo social organizado se plantean conflictos y, por consiguiente, también la necesidad de darles una solución. Es preciso preguntarse, en consecuencia, por los posibles sistemas de solución de controversias jurídicas.

El mecanismo más habitual y razonable es la autocomposición, es decir, el arreglo voluntario de la controversia entre quienes la protagonizan: son manifestaciones de esta autocomposición las transacciones y negociaciones de todo tipo que conduzcan a una solución libremente aceptada por las partes de la controversia (muy especialmente, a través de la institución de la mediación, pero también de otras que se van desarrollando en los últimos tiempos, algunas de ellas con apoyo en la tecnología y en herramientas de Inteligencia Artificial). Ahora bien, en caso de que no haya arreglo consensual posible, es necesario arbitrar sistemas que permitan llegar a una solución que se imponga a las partes, pues la convivencia social exige que los conflictos se solucionen y no estén permanentemente abiertos.

La primera forma histórica de resolver los conflictos es la «autotutela»: significa la autotutela que son los propios protagonistas del conflicto quienes lo resuelven, utilizando cada uno los medios que tenga a su alcance; por eso, también se la llama «justicia privada». La autotutela no parece el sistema más adecuado para resolver conflictos jurídicos, pues estos se solucionan siempre a favor de la parte que tenga mayor fuerza –sea la fuerza física, económica, social o política, según los casos–. La autotutela, por tanto, no garantiza una solución justa al conflicto, es decir, no garantiza que el conflicto se resuelva a favor de quien tenga la razón, según el ordenamiento. Además, la autotutela encierra un peligro adicional: que las actuaciones llevadas a cabo por los particulares para solucionar el conflicto sean desproporcionadas y el conflicto no se resuelva, sino que se acabe perpetuando. Desde este punto de vista, la conocida como *ley del talión (ojo por ojo, diente por diente)*, aun siendo una manifestación de justicia privada, representa un cierto grado de avance, pues refleja la exigencia de que haya proporción en la reacción.

En el momento actual la autotutela está prohibida como instrumento de solución de conflictos: el Código Penal, de hecho, castiga la realización arbitraria del propio derecho (art. 455 CP) como delito contra la Administración de Justicia. No obstante, existen ciertos casos y ciertos ámbitos en que la autotutela está permitida:

— En el ámbito penal, se permite la legítima defensa, que no es sino una modalidad de autotutela.

— En el ámbito civil, se conservan también algunos ejemplos de autotutela (*v.g.*, art. 612 CC: derecho a perseguir el enjambre en predio ajeno, que permite a un sujeto invadir legítimamente la propiedad ajena).

— Pero, sobre todo, la manifestación más clara de autotutela es la que corresponde a las Administraciones Públicas, que declaran por sí mismas sus derechos y que ejecutan también por sí mismas sus derechos. Puede decirse así que la autotutela es la forma general de actuación de los poderes públicos, pero no de los particulares, para quienes está proscrita.

Descartada la autotutela, la forma más adecuada para resolver conflictos jurídicos consiste en encomendar su resolución a un tercero neutral o imparcial, que no tenga ninguna relación de preferencia por ninguna de las partes: nos colocamos así en el terreno de la «heterotutela», que se caracteriza por el hecho de que el tercero imparcial no solo determina cuál es la solución correcta a la controversia, sino que esa solución se puede imponer a las partes del conflicto (les guste más o menos). En función de quién sea el tercero imparcial encargado de solucionar el conflicto, se pueden distinguir dos tipos de heterotutela:

— En algunos supuestos, el tercero imparcial es un particular, lo que nos sitúa ante el fenómeno del arbitraje, que goza de gran aceptación especialmente en materia comercial, en materia de inversiones y en situaciones transfronterizas y/o internacionales. El problema de esta modalidad de heterotutela privada radica en la forma de conseguir que sea eficaz la solución del conflicto decidida por el árbitro o el tribunal arbitral –es habitual que los arbitrajes se resuelvan por un «colegio arbitral», formado por tres árbitros–: al ser el árbitro un particular, carece de legitimación para imponer por sí mismo, de modo coactivo, el laudo que haya dictado. En consecuencia, si alguna de las partes no quiere cumplirlo, o bien el conflicto permanece abierto, o bien es preciso acudir a los tribunales del Estado para que ejecuten el laudo.

— En otros casos, en cambio, el sujeto encargado de resolver el conflicto es un órgano del Estado: y los órganos del Estado específicamente encargados de la resolución de los conflictos jurídicos son los jueces y tribunales, también llamados órganos jurisdiccionales o tribunales de justicia. En tanto que representantes del Estado, los tribunales de justicia tienen la fuerza coactiva del Estado, que les permite imponer por sí mismos la eficacia de sus sentencias; y esta fuerza coactiva es imprescindible para una completa solución de las controversias.

Disponer de un entramado de órganos jurisdiccionales dotados de la potestad necesaria para aplicar de forma eficaz el ordenamiento jurídico es uno de los requisitos imprescindibles para que un Estado merezca esa denominación. No basta con crear normas ni disponer de los medios para lograr su cumplimiento: es básico asegurar el respeto de las normas y, singularmente, asegurar a los ciudadanos que, en caso de infracción en su perjuicio de una norma jurídica, el poder del Estado estará a su disposición para lograr la tutela íntegra de su posición jurídica.

2. El concepto de jurisdicción y sus elementos definitorios

La función jurisdiccional es la función del Estado que consiste en resolver conflictos jurídicos a través de sus tribunales de justicia. Desde este punto de vista,

se habla de Jurisdicción para referirse al sistema orgánico e institucional establecido para la solución de los conflictos jurídicos que se plantean en el seno de una sociedad organizada políticamente bajo la forma del Estado.

En la actualidad, con la excepción del arbitraje y de la autotutela allá donde sea posible, la resolución coactiva de conflictos jurídicos es un monopolio estatal: resolver conflictos jurídicos y tener la capacidad de imponer por la fuerza la resolución que se dicte es una tarea que, como regla, compete en exclusiva al Estado a través de los tribunales de justicia.

Junto a las nociones de Jurisdicción –como sistema de solución de conflictos– y de función jurisdiccional –como función del Estado–, es necesario también tener en cuenta el concepto de «potestad jurisdiccional»: se trata del conjunto de poderes y atribuciones que tienen los tribunales de justicia para llevar a cabo la función jurisdiccional. Dado que los tribunales llevan a cabo una función pública, necesitan estar provistos de poder público para desempeñarla y dentro de ese poder se encuentra el de utilizar la fuerza o la coacción. La potestad jurisdiccional es así el instrumento que el Estado atribuye a los tribunales de justicia para resolver las controversias, algo que puede pasar por decidir quién tiene la razón y, en caso de falta de cumplimiento voluntario, por ejecutar forzosamente la decisión tomada.

El concepto de Jurisdicción se puede definir de una manera más completa si se analizan cuatro elementos, relacionados todos ellos con la actividad jurisdiccional: a) en qué consiste la actividad jurisdiccional; b) quién lleva a cabo la actividad jurisdiccional; c) de qué modo se lleva a cabo la actividad jurisdiccional, es decir, cuáles son las características que la definen; d) cuáles son los efectos de la actividad jurisdiccional.

2.1. El contenido de la actividad jurisdiccional

El primero de los criterios delimitadores del concepto de jurisdicción es el que nos sitúa ante el contenido del quehacer jurisdiccional, de aquello que es propio de la actividad jurisdiccional: consiste en la aplicación del Derecho objetivo ante situaciones en que se alega una infracción de los deberes y/o de los derechos subjetivos de otros. Lo propio de la actividad jurisdiccional es el otorgamiento de la tutela prevista por el ordenamiento jurídico ante situaciones conflictivas: los conflictos jurídicos, por tanto, se resuelven a través de la aplicación del ordenamiento jurídico.

La actividad jurisdiccional consiste así en *decir* y *hacer* el Derecho en el caso concreto. A tal fin, y como regla, lo primero que tienen que hacer los tribunales es definir qué es conforme a Derecho en ese caso concreto: para ello, tras el desarrollo de un proceso, se dictará una sentencia. Dictada esta, será necesario conseguir el cumplimiento efectivo, mediante la ejecución de la sentencia. El primer bloque de actividades se denomina *proceso de declaración*; el segundo, *proceso de ejecución*.

Cualquiera que sea el origen del conflicto (infracción de un deber jurídico o del derecho subjetivo de otro), su naturaleza de conflicto jurídico hace que su

solución pase por la aplicación del Derecho objetivo: esa solución consiste, precisamente, en decir lo que es jurídico en el caso concreto (declaración) y, eventualmente, en la actuación de las conductas materiales precisas para que la realidad se adapte a lo previsto en la norma (ejecución). En otros términos, el conflicto jurídico se pone de manifiesto cuando alguien afirma que se ha producido o se está produciendo una infracción del ordenamiento, esto es, una discordancia entre el «ser» y el «deber ser» establecido en una norma jurídica; en consecuencia, la tutela del ordenamiento y la solución al conflicto pasan por una primera fase de determinación de lo que realmente «debe ser» y, dado el caso, por una segunda de adaptación del «ser» a ese «deber ser» declarado. Tanto lo primero –decir lo jurídico, proclamar el «deber ser», *ius dicere*– como lo segundo –hacer lo jurídico, adaptar el «ser» al «deber ser»– constituyen el contenido de la actividad jurisdiccional.

Ahora bien, ha de reconocerse que si el desarrollo de este tipo de actividades es propio de la Jurisdicción, no es exclusivo de ella. En otros términos, no toda actividad en que se declara y posteriormente se ejecuta el Derecho objetivo es necesariamente jurisdiccional. También la Administración Pública actúa a menudo declarando qué es lo jurídico en un caso concreto –a través de la autotutela declarativa, pero también cuando un administrado se lo pide con arreglo a lo previsto en el ordenamiento– y adaptando la realidad a esa declaración –autotutela ejecutiva–. Se advierte así que el criterio del contenido material de la actividad jurisdiccional no es suficiente por sí solo para definirla, lo que hace preciso acudir a las restantes variables: quién desarrolla la actividad jurisdiccional, cómo la lleva a cabo y con qué eficacia.

2.2. Los sujetos que desempeñan la actividad jurisdiccional

Como ya se ha apuntado antes, la función jurisdiccional está monopolizada por el Estado, de modo que son órganos estatales –los órganos jurisdiccionales o tribunales de justicia– quienes desempeñan la actividad jurisdiccional.

Y por órganos jurisdiccionales han de entenderse, a la luz de la Constitución, aquellos que se integran en el Poder Judicial. Desde esta perspectiva, se puede hablar de la Jurisdicción no solo como función del Estado, sino también como poder del Estado, es decir, como el entramado orgánico de sujetos que, en la medida en que ejercen una de las funciones de aquel –la jurisdiccional–, ostentan uno de los tres poderes en los que este, según las concepciones de Locke y de Montesquieu, ha de dividirse para evitar el absolutismo. En este sentido, la Jurisdicción (función) se identifica con el Poder Judicial (titular de la función), igual que la Legislación (función) con las Cortes Generales y la Administración (función) con el Poder Ejecutivo, en manos del Gobierno y la Administración Pública.

Aunque parezca una tautología, ha de reconocerse que solo es actividad jurisdiccional la labor de decir y hacer lo jurídico en casos concretos efectuada por los órganos jurisdiccionales: aunque también las administraciones públicas dicen y hacen derecho en el caso concreto, solo es jurisdiccional la actividad de aplicación del derecho que llevan a cabo los tribunales, nunca la aplicación del

Derecho por parte de la Administración Pública. Esto se debe a las características y efectos de la actividad jurisdiccional, que se pueden predicar de los órganos jurisdiccionales, pero no de los órganos administrativos. Así, el modo en que se desarrolla la labor de aplicación del Derecho objetivo se erige en el tercer parámetro para la delimitación del concepto de Jurisdicción.

2.3. Requisitos y características de la actividad jurisdiccional

La actividad de aplicación del Derecho solo es jurisdiccional cuando concurren en los sujetos que la desarrollan tres notas características: la independencia, la imparcialidad y el desinterés objetivo. Y, como veremos, estos rasgos solo concurren cuando quienes aplican el Derecho son tribunales de justicia, pero no cuando lo hace una administración pública –o, si se prefiere, un órgano administrativo.

2.3.1. *La independencia*

La independencia consiste en que el órgano jurisdiccional, cuando desarrolla su función de resolución de controversias, lo hace estando sujeto únicamente a la ley y al Derecho. En la labor jurisdiccional no existen jerarquías –a pesar de la estructura piramidal de la organización de los tribunales–, ni posibilidad de que el sentido de la actuación venga condicionado por una orden de un órgano superior (art. 12.3 LOPJ), ni de otro poder o de entidad o persona alguna.

Con algo más de precisión, de independencia judicial puede hablarse en dos sentidos:

— En un primer sentido, se alude a ella como independencia del conjunto orgánico del Poder Judicial frente a los demás poderes del Estado (en especial, del Gobierno): esta primera acepción de la independencia judicial tiene su reflejo en la existencia del Consejo General del Poder Judicial como órgano constitucional que tiene encomendado el gobierno de los órganos jurisdiccionales, como forma de velar por la independencia judicial, «liberándolos» de cualquier dependencia del Gobierno en todos aquellos aspectos que pueden comprometerla.

— Pero, sobre todo, se debe hablar de independencia judicial como la total ausencia de ataduras o dependencias en cada concreto juez a la hora de ejercer la función jurisdiccional respecto de un asunto determinado –salvo, claro es, el respeto a la ley y al Derecho–. Para asegurarle a cada concreto juez y magistrado esa independencia están previstas su inamovilidad y su inmunidad. Y, como contrapartida, se provee a una recta utilización de la independencia judicial mediante un régimen de responsabilidad –sobre todo penal y disciplinaria–, así como a través de un sistema de incompatibilidades y prohibiciones (arts. 378 y sigs. LOPJ).

> Diferencia con Administración Esta independencia, sin embargo, no puede predicarse siempre y en todo caso de las Administraciones Públicas, pues aparecen organizadas de forma jerárquica: «el Gobierno dirige la Administración civil» (art. 97 CE); «la Administración Pública actúa de acuerdo con el principio de jerarquía (…) y con sometimiento pleno a la ley y al Derecho» (art. 103.1 CE). No se trata de que la Administración no se sujete en su actuar a la legalidad (ya lo

dice el art. 103.1 CE). Ocurre, sin embargo, que puede ser un sujeto distinto de aquel que tiene que actuar quien decida qué es lo que se ajusta a la ley y al Derecho en el caso concreto e imponga –por jerarquía– su criterio al inferior –v.g., la Dirección General de Tráfico decide no sancionar la conducción superando el límite máximo de velocidad cuando no se exceda en más de un 5 %, ante la falibilidad de los sistemas de medición, y emite instrucciones en ese sentido a las Jefaturas Provinciales de Tráfico–. Este tipo de proceder sería intolerable en el ámbito propiamente jurisdiccional: el tribunal que se ocupa de un asunto concreto no está sujeto a la autoridad de un superior que pueda ordenarle el modo en que ha de resolver; será posible que, en vía de recurso, un tribunal superior revoque la decisión tomada por un inferior, pero una vez que esta ya ha sido tomada.

La independencia judicial es uno de los rasgos definitorios de un genuino Estado de Derecho: el respeto al ordenamiento solo está garantizado si la función jurisdiccional está encomendada a jueces y tribunales independientes del resto de los poderes políticos. Desde este punto de vista, es un concepto con un alto contenido político en sí mismo, lo que es en ocasiones fuente de controversia cuando se abordan algunos de los elementos de los que depende la independencia judicial.

Así, por ejemplo, es objeto de debate el sistema de selección de los jueces: ¿se eligen por sufragio entre los ciudadanos, para dotarlos de una supuesta mayor legitimación democrática?; ¿o es preferible exigirles una sólida formación jurídica, que asegure una calidad en sus decisiones, sin la cual su función tampoco sería legítima?; si se opta por esto segundo, ¿de qué manera se ha de valorar la competencia jurídica y, en concreto, quién designa a las personas llamadas a valorar esa competencia? Como puede imaginarse, son posibles respuestas diversas a estas cuestiones, condicionadas en gran medida por postulados políticos e ideológicos, y no solo técnicos. Esto explica, a su vez, las constantes polémicas en medios de comunicación y redes sociales acerca de estos temas, que se avivan normalmente al hilo de casos que adquieren notoriedad pública ante fenómenos aparentemente disfuncionales.

2.3.2. *La imparcialidad*

La imparcialidad significa la posición trascendente o neutral de quien está llamado a resolver el conflicto, de manera que no pueda decirse de él que es a la vez juez y parte: porque carece de vínculos con los protagonistas del conflicto y porque carece asimismo de cualquier relación con lo que es objeto de la controversia. Solo así se asegura una aplicación correcta del ordenamiento y, en consecuencia, una solución justa al conflicto, pues no estará guiada más que por lo que el Derecho exige y no por otros posibles factores condicionantes.

La imparcialidad debe predicarse del concreto juez o magistrado que desempeña la actividad jurisdiccional, que tiene el deber de abstenerse cuando aprecie la concurrencia en él de alguna causa para ello y al que las partes pueden recusar, de forma que su imparcialidad esté asegurada: no puede concurrir ningún elemento que permita sospechar que el tribunal puede inclinarse a favor de una parte en perjuicio del ordenamiento e, indirectamente, en perjuicio de la contraria. En otros términos, no debe concurrir en el tribunal ninguna circunstancia que

predetermine el sentido de su decisión en una dirección distinta a lo que exige el Derecho en el caso concreto.

> Diferencia con Administración En el caso de la Administración Pública, la situación es diversa. Es cierto que el art. 103.1 CE establece que la Administración Pública sirve «con objetividad» los intereses generales; y el art. 103.2 CE añade que la ley regulará, respecto de los funcionarios públicos, «el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones». Lo anterior, sin embargo, no significa que pueda predicarse la imparcialidad de la aplicación administrativa del Derecho en los mismos términos en que se predica de su aplicación judicial. Y es que la posición de la Administración no está desvinculada de los asuntos de su incumbencia, a diferencia de lo que les sucede a los tribunales. Aunque la concreta entidad de la Administración encargada de resolver formalmente el asunto sea distinta de la que está implicada en el conflicto –cosa que, por otra parte, no suele suceder–, es innegable que entre una y otra existirá invariablemente un vínculo –a menudo, una dependencia– que no es compatible con el concepto de imparcialidad.
>
> En efecto, la imparcialidad solo puede asegurarse cuando la actividad aplicadora del Derecho se configura como la actuación de un tercero; y ello presupone la existencia de un proceso en el que exista una dualidad de sujetos que ocupen posiciones enfrentadas. No es esto, sin embargo, lo que ocurre cuando se trata de la aplicación administrativa del Derecho en los casos concretos: aquí, la actuación de la Administración se dirige de forma unilateral frente al ciudadano –cuando no «contra él»– y su decisión no aparece como la solución a una contienda entre partes enfrentadas, respecto de las cuales la Administración sea un tercero; ella misma se presenta en el procedimiento como juez y parte simultáneamente: es ella quien afirma su derecho y también quien resuelve en caso de controversia (en esto consiste precisamente la autotutela administrativa).

Aunque la imparcialidad solo se mida de forma individual y en relación con casos concretos, su exigencia y su respeto legitiman socialmente la función jurisdiccional y la labor del poder judicial en su conjunto. Por ello existen herramientas tendentes a asegurarla, como la abstención (voluntaria) y la recusación (a instancia de parte) de los jueces y magistrados que guarden con un caso concreto una relación que les impida ser percibidos por la sociedad como imparciales.

> La abstención y la recusación también son aplicables a los concretos funcionarios públicos que han de tramitar o resolver un asunto concreto que corresponde a la competencia de la Administración pública en la que desempeñan sus funciones. Pero la imparcialidad individual del concreto funcionario no elimina la existencia de un interés específico de la Administración en relación con el asunto que se está resolviendo.

2.3.3. *El desinterés objetivo*

La noción de desinterés objetivo sirve para poner de manifiesto que la jurisdicción proyecta su actividad sobre conductas ajenas, no sobre conductas propias: por eso mismo, debe relacionarse con el concepto mismo de heterotutela.

A través del desinterés objetivo se explica que la actividad jurisdiccional de aplicación del Derecho no responda a ningún interés especial de los órganos jurisdiccionales en el resultado de su labor, sino tan solo a que se les ha puesto de manifiesto la necesidad de tutelar un derecho o interés. En otros términos, la aplicación judicial del Derecho no se justifica como medio para la obtención de un resultado, sino que constituye un fin en sí misma. Los jueces y tribunales aplican el Derecho por la sencilla razón de que esa es su función: aunque a través de esa aplicación del Derecho en los casos concretos es indudable que se alcanzan otras metas, velar por ellas no es el cometido propio y directo de los órganos jurisdiccionales. No quiere decirse con ello que a los órganos jurisdiccionales les resulte irrelevante el mantenimiento de la paz social; al contrario, han de tener presente que ese es el objetivo que justifica su existencia y su actividad. Lo que se quiere poner de relieve es que su labor de tutela del Derecho es abstracta, se desvincula de las metas que con ello se alcanzan: esto segundo es tarea del legislador, que es quien tiene que decidir qué situaciones protege y valorar cuáles serán las consecuencias de su decisión.

Diferencia con Administración En cambio, la aplicación del Derecho que efectúa la Administración es objetivamente interesada: porque solo aplica el Derecho en determinadas parcelas respecto de las que tiene atribuida competencia, estando esa competencia justificada por la obtención de un resultado que ella se ha comprometido a alcanzar y que por definición habrá de ser de interés general. Por ello, aunque en apariencia la Administración esté juzgando de la actividad ajena, lo hace siempre en vista de una actividad suya. Y, teniendo en cuenta cuáles son los cometidos que tiene asumidos, puede decirse que la Administración aplica el Derecho de forma instrumental para la consecución de un interés general: así, cuando impone una sanción de tráfico, lo hace para lograr el interés de la seguridad vial, porque uno de sus cometidos es precisamente lograr esa seguridad vial. En cambio, cuando una conducta circulatoria es castigada por un tribunal penal con una pena, ello no se hace en aras de la seguridad vial, sino porque es misión del tribunal penal la aplicación del castigo previsto en el Código Penal a las conductas tipificadas. Que con ello se atienda a la seguridad vial es algo que al juez no le interesa de forma directa: cuando aplica el Derecho no lo hace pensando que con ello está favoreciendo un interés general concreto (en este caso, la seguridad del tráfico). En cambio, la Administración tiene atribuida la potestad de sancionar –y de aplicar las normas sancionadoras– porque se ha considerado necesario para el interés general.

2.4. Los efectos de la actividad jurisdiccional

El último criterio de delimitación de la esencia de la actividad jurisdiccional es el del resultado al que conduce, es decir, el de la eficacia que tiene. En este sentido, la esencia de la aplicación jurisdiccional del Derecho es que conduce a una resolución que resulta ya irrevocable, inalterable: habrá Jurisdicción allí donde haya una aplicación irrevocable del Derecho al caso concreto. Cuando actúan los tribunales de justicia resolviendo una controversia, llega un momento en que la solución es irrevocable, no se puede ya modificar: se habla entonces de «cosa juzgada».

Una solución provisional de un conflicto, que pueda ser dejada sin efecto, no es una solución real al conflicto: no justifica, en definitiva, la abolición de la autotutela. Sin embargo, este es el único tipo de aplicación del Derecho que puede hacer la Administración, desde el momento en que toda su actividad está sometida al control judicial: la aplicación del Derecho que hace la Administración no resulta nunca irrevocable –al menos, en abstracto: otra cosa es que el administrado opte por no impugnar un acto administrativo que le afecte.

3. La configuración de la función jurisdiccional en la Constitución Española

La Constitución no es ajena a la forma en que se organiza la función jurisdiccional en el marco del Estado. Nuestra Constitución construye el Poder Judicial sobre la base de cinco principios: monopolio estatal de la jurisdicción, reserva de jurisdicción, exclusión de jurisdicción, unidad de la jurisdicción y responsabilidad de la jurisdicción.

3.1. Monopolio estatal de la jurisdicción

El ejercicio de la función jurisdiccional está directamente ligado a la noción de soberanía estatal. Por eso, solo órganos públicos, que formen parte del Estado, pueden desempeñarla: en otros términos, la función jurisdiccional no puede estar en manos de los particulares, que no tienen facultades para crear «sistemas de justicia paralelos» al diseñado por el Estado.

El principio del monopolio estatal de la jurisdicción también significa que la función jurisdiccional la define el propio Estado, siendo una materia en la que no deben interferir otros Estados u organizaciones supranacionales, salvo que el propio Estado lo consienta y en la medida en que lo consienta. Esto sucede normalmente como consecuencia de la integración activa en organizaciones internacionales (*v.g.*, la Unión Europea, con su sistema judicial; o la ONU, a través del Tribunal Penal Internacional).

3.2. Reserva de jurisdicción

A través del principio de «reserva de jurisdicción», recogido en el art. 117.3 CE, se quiere asegurar que los únicos sujetos facultados para ejercer la función jurisdiccional son los órganos jurisdiccionales. Los órganos administrativos no ejercen jurisdicción, aunque en algunas ocasiones se les otorguen funciones de aplicación de la ley en casos concretos de controversia jurídica. Y tampoco pueden ejercer jurisdicción los sujetos privados, ni las entidades privadas ni las personas jurídicas privadas, por mucho que puedan presentarse a sí mismas ante terceros como si lo hicieran.

En relación con esto último, ya se ha apuntado antes que las partes de una controversia pueden acudir válidamente al arbitraje para su resolución. Al hacerlo, están atribuyendo al árbitro –es decir, a un particular– un poder equivalente al jurisdiccional, al menos en relación con la dimensión declarativa de la solución de la controversia: el árbitro dictará un laudo que se impondrá a las partes. Pero, en

rigor, los árbitros no ostentan potestad jurisdiccional: tienen el poder de decidir «quién tiene la razón», pero solo porque las partes se lo han dado y, antes aún, porque la ley ha permitido a las partes dárselo; y es también la ley –es decir, el Estado– quien otorga a los laudos arbitrales una eficacia jurídica equivalente a la de una sentencia judicial –la fuerza de cosa juzgada y la fuerza ejecutiva– (de hecho, esta eficacia no pueden dársela las partes, solo el Estado)..

3.3. Exclusividad de la jurisdicción

La exclusividad de la jurisdicción se funda en la idea de que la existencia de órganos jurisdiccionales solo se justifica por el desempeño de la función jurisdiccional, razón por la cual, en principio, este tipo de órganos solo se pueden dedicar a esa función (art. 117.4 CE). En principio, por tanto, los jueces y tribunales pueden dedicarse exclusivamente a la actividad jurisdiccional, pero no a cualquier otra.

Esta regla, sin embargo, presenta algunas excepciones, pues ciertas normas atribuyen a algunos jueces funciones no jurisdiccionales, básicamente por su independencia, que siempre se percibe como una garantía adicional cuando se trata de aplicar ciertas áreas «sensibles» del ordenamiento. Esto es lo que permite el artículo 117.4 CE, aunque exige que, en todo caso, esa atribución legal a un juez o tribunal de funciones no jurisdiccionales lo sea «en garantía de cualquier derecho». Un ejemplo de esto es la participación de los jueces y magistrados en las Juntas Electorales, debido a su especial autoridad y a la conveniencia de respetar la independencia de la administración electoral.

3.4. Unidad jurisdiccional

Según el art. 117.5 CE, «el principio de la unidad jurisdiccional es la base de la organización y funcionamiento de los Tribunales». La unidad de jurisdicción es un concepto con un componente político muy fuerte, que presenta dos vertientes diversas, una territorial y la otra organizativa.

Desde un punto de vista territorial, la unidad jurisdiccional significa que los órganos jurisdiccionales, cuando tutelan y realizan el Derecho en cada caso concreto, lo hacen en nombre del Estado, no de una entidad territorial inferior –y de momento, a pesar de la creciente integración política europea, tampoco en nombre de una entidad política superior–. Se pone de relieve con ello que, a pesar de la organización territorial autonómica del Estado español, la función jurisdiccional es estatal. Por eso, aunque el modelo de Estado de la Constitución vigente puede estar potencialmente muy descentralizado, a las Comunidades Autónomas no se les atribuye la función jurisdiccional –aunque sí se les ha atribuido la ejecutiva y la legislativa respecto de ciertas materias–. En consecuencia, hay una sola Jurisdicción en todo el Estado, no tantas como Comunidades Autónomas: los tribunales de justicia son órganos del Estado, no de las Comunidades Autónomas, pues la Administración de Justicia es única para todo el Estado.

Desde una vertiente organizativa, afirmando la unidad jurisdiccional se proclama también la ausencia de jurisdicciones «especiales»: no hay más que una

jurisdicción, la llamada «jurisdicción ordinaria», de modo que todos los sujetos titulares de la potestad jurisdiccional tienen un *status* jurídico único y adecuado al desempeño de su función con las máximas garantías. Se trata de una afirmación que cobra todo su sentido si se atiende a las coordenadas del momento histórico concreto en que más se insistió en ella: durante el régimen franquista se asignaron funciones jurisdiccionales a determinados órganos (como el «Tribunal de Orden Público») que no siempre cumplían con los requisitos mínimos para que su actividad pudiera calificarse en propiedad como jurisdiccional –en especial, se echaba en falta la cualidad de la independencia en el estatuto de las personas que conformaban estos tribunales–.

En sí misma, la especialización dentro del Poder Judicial no puede considerarse como algo negativo; ocurrió, sin embargo, que la especialidad se identificó con las notas peyorativas que concurrían en las denominadas «Jurisdicciones especiales» y en el estatus de quienes en ellas desempeñaban su labor. De ahí la componente política que tiene el principio de unidad jurisdiccional, que cobra sentido como una proclamación de la abolición de los abusos y una afirmación de las garantías en el ejercicio de la función jurisdiccional: hablar de unidad jurisdiccional, desde este punto de vista, significa reclamar un mismo estatuto jurídico para todos los jueces y magistrados, que garantice su independencia respecto del poder político.

De hecho, superado ese contexto, la propia Constitución ha previsto la existencia de órganos que ejercen funciones jurisdiccionales al margen de la Jurisdicción ordinaria –y así lo ha reconocido también el art. 3.1 LOPJ. Consecuencia de lo anterior es que en la actualidad deba hablarse, en nuestro país, de la existencia de una Jurisdicción Ordinaria, cuyos jueces y magistrados integran un cuerpo único y que está encargada de resolver la generalidad de los conflictos jurídicos en la generalidad de las materias.

> La única excepción a lo anterior la conforman los jueces de paz, integrados en la estructura de la jurisdicción ordinaria, pero con un estatuto distinto al de los llamados «jueces de carrera», singularmente en lo relativo al modo en que son elegidos y a su ausencia de inamovilidad.

Pero junto a la Jurisdicción ordinaria, y en la medida en que la Constitución las haya previsto, existen varias Jurisdicciones especiales, aunque todos los tribunales que las integran tienen ya asegurados una composición y un régimen de funcionamiento que excluyen toda sombra de dependencia respecto del poder político.

En concreto, se trata de los siguientes: *a)* el Tribunal Constitucional (arts. 159-160 CE); *b)* la Jurisdicción militar (art. 117.5 CE); *c)* el Tribunal de Cuentas, cuando ejerce funciones jurisdiccionales (y lo hace cuando enjuicia la responsabilidad contable de los funcionarios públicos: art. 136 CE); *d)* los tribunales consuetudinarios y tradicionales, entre los que el artículo 19 LOPJ menciona expresamente al Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia, al Consejo de Hombres Buenos de Murcia, al Juzgado Privativo de Aguas de Orihuela y Pueblos de su Marco y al *Tribunal del Comuner del Rollet de Gràcia*

de l'Horta d'Aldaia. En situación intermedia queda, finalmente, el Tribunal del Jurado (art. 125 CE): el ámbito en el que desempeña sus funciones es propio de la Jurisdicción ordinaria (en concreto de su rama penal); pero el *status* de las personas que se integran en él no es homologable al de los jueces y magistrados que integran aquella.

3.5. Responsabilidad de la jurisdicción

La responsabilidad de la jurisdicción puede verse en un sentido estricto o en un sentido más amplio.

En *sentido estricto* o tradicional, decir que la jurisdicción es responsable se identifica con la sujeción de los jueces y magistrados a las consecuencias de sus actos, cuando actúan de forma antijurídica. Así, se dice que a cambio de su independencia a los jueces y magistrados se les exige una responsabilidad, que puede ser de triple índole:

a) Responsabilidad penal. Los jueces y magistrados responden penalmente de los delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones (siendo los más comunes los de prevaricación, cohecho y detención ilegal).

b) Responsabilidad patrimonial. Los jueces y magistrados responden patrimonialmente de los daños causados por dolo o negligencia inexcusable en el ejercicio de sus funciones.

> Esta responsabilidad, sin embargo, no puede exigírseles directamente a ellos por los justiciables perjudicados: estos habrán de dirigir sus reclamaciones frente al Estado y será este quien, en caso de dolo o culpa grave, podrá repetir frente al concreto juez o magistrado responsable (art. 296 LOPJ).

c) Responsabilidad disciplinaria. En la LOPJ (arts. 414 y sigs.) se establecen una serie de conductas que configuran infracciones disciplinarias, es decir, de naturaleza administrativa, por las que pueden ser sancionados. Incumbe al Consejo General del Poder Judicial imponer las correspondientes sanciones a los jueces que incurran en estas infracciones.

Junto a la responsabilidad individual de los concretos jueces y magistrados, debe unirse la responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (arts. 292 a 295 LOPJ).

Existe también una *noción más amplia* de responsabilidad de la jurisdicción, vinculada a su actuación como poder del Estado –y no tan centrada en la concreta actuación de los jueces y magistrados contemplados de forma singular–. En este sentido amplio, decir que la jurisdicción es responsable equivale a decir que el Poder Judicial debe «rendir cuentas» a la sociedad, de modo que esta puede exigirle unos determinados estándares de eficacia, de transparencia e, incluso, de buen trato a los justiciables.

> Esto último explica, por ejemplo, la existencia del Portal de Transparencia del Consejo General del Poder Judicial o la publicación anual de documentos que contienen los datos más significativos del desempeño de los órganos judiciales

(«La Justicia dato a dato»), que permiten hacerse una idea más precisa del funcionamiento del sistema judicial.

4. «ACCESO A LA JUSTICIA», JURISDICCIÓN Y MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

Se está volviendo cada vez más frecuente el empleo de la expresión «acceso a la justicia» para referirse, en un sentido muy amplio, a los diversos mecanismos o instrumentos de que disponemos los ciudadanos para lograr la solución de las controversias jurídicas que nos afectan. Se trata de una expresión deliberadamente amplia e imprecisa, que busca dar cabida, junto a la Jurisdicción, a los llamados «medios alternativos de solución de controversias» o «medios adecuados de solución de controversias» (MASC, en acrónimo castellano; ADR en acrónimo de la expresión inglesa *Alternative Dispute Resolution*). Encajan en esta noción diversas técnicas y sistemas encaminados a permitir que las partes enfrentadas lleguen a una solución pactada: encajan aquí figuras muy dispares, como la conciliación, la mediación, los llamados «paneles de expertos» (*dispute boards*), las ofertas vinculantes o la negociación asistida, que normalmente conducen a un acuerdo por el que las partes ponen fin por sí mismas a la controversia –aunque la eficacia del acuerdo puede variar–. También encaja en esta categoría de MASC o ADR la labor de ciertas entidades, a menudo públicas, que tienen competencia para recibir quejas o reclamaciones de consumidores y que, tras su estudio, formulan propuestas de resolución, que pueden ser vinculantes para el empresario (como sucede en el ámbito del transporte aéreo).

Es habitual, en este sentido, utilizar la imagen de las «múltiples puertas de la Justicia», para transmitir el mensaje de que la jurisdicción y los órganos judiciales no son la única herramienta para resolver controversias jurídicas. A la Justicia, entendida desde la perspectiva subjetiva de los justiciables que ven solucionada su controversia, se puede llegar por diversos caminos. Y es importante que todos esos caminos estén bien «diseñados y asfaltados», de modo que los ciudadanos puedan elegir entre ellos con auténtica libertad.

Potenciar los MASC es una tendencia legislativa evidente en la gran mayoría de los sistemas de justicia contemporáneos y, desde luego, ha sido uno de los objetivos primordiales perseguidos con la reciente reforma de nuestro sistema procesal civil operada por la LOEP. Es evidente que una solución pactada que se considere satisfactoria por ambas partes es un desenlace deseable en caso de controversia jurídica. Y se suele afirmar igualmente que un mayor recurso a los MASC puede acabar disminuyendo el número de asuntos que se sometan a la jurisdicción, reduciendo la presión de trabajo que soporta actualmente el sistema.

Las virtudes de los MASC son incuestionables y es función del Estado, sin duda, disponer de un marco regulatorio adecuado e invertir recursos públicos para sufragar el coste de aquellos –porque los MASC, igual que el proceso, tienen un coste económico que ha de sufragarse por las partes, salvo que los financie el poder público. Pero es importante subrayar, al menos, dos extremos:

a) Jurisdicción y MASC no son mecanismos iguales, aunque puedan producir efectos equivalentes. Cuando se acude a la jurisdicción y a los órganos judiciales, el parámetro para resolver la controversia –la vara de medir, si se quiere– es el ordenamiento: la controversia se resuelve aplicando la ley al caso concreto y otorgando la razón a quien, según la recta aplicación de la ley, tenga la razón –y solo en la medida en que la tenga. En cambio, en el contexto de los MASC el criterio determinante de la solución a la controversia es la voluntad de las partes, el acuerdo entre ellas, aunque suponga renunciar en parte a aquello que les correspondería en aplicación estricta de la ley. Es evidente que las partes toman la solución legal como parámetro para calibrar su posición en la negociación, pero también lo es que, al pactar, se tiene siempre la impresión de renunciar a cambio de evitar un procedimiento que puede ser largo, costoso y de desenlace incierto. Al fin y al cabo, un gran número de controversias jurídicas lo son porque cada una de las partes considera que su posición jurídica es la que tiene respaldo legal. El pacto, por tanto, es una fórmula para superar el riesgo asociado a la incertidumbre que siempre lleva ínsito un proceso judicial.

b) Precisamente por lo anterior, los MASC solo son realmente eficaces si (i) las partes acuden a ellos voluntariamente y con la intención real de tratar de llegar a un acuerdo satisfactorio y (ii) el acuerdo al que se llega se considera realmente satisfactorio y razonable por ambas partes, esto es, no se trata de un acuerdo más o menos impuesto, que una de las partes acepta ante la ausencia de alternativas reales a su alcance. Por eso, las partes de una controversia que exploran un MASC deberían tener la tranquilidad de saber que siempre estará a su disposición, en caso de desacuerdo, la vía jurisdiccional. Fomentar y potenciar los MASC, por tanto, es algo que debe hacerse en paralelo con la mejora constante de la vía judicial, que ha de percibirse como accesible y eficaz por la sociedad.

En los últimos tiempos, en cambio, parece que el discurso oficial es diferente, y así lo ha consagrado la reciente Ley Orgánica 1/2025 de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia (LOEP, en lo sucesivo). Se habla de que es necesario un «cambio de paradigma» en la solución de controversias, ante la constatación de que la sociedad es excesivamente litigiosa y que sus pretensiones saturan indebidamente el sistema judicial. Para combatir una situación que se considera insatisfactoria se potencia el recurso a los MASC como fórmula para descargar de trabajo a la Administración de Justicia (a la Jurisdicción); pero se hace sin apostar realmente por una verdadera mejora del funcionamiento de esta, que requiere de una mayor dotación de recursos materiales y humanos –recuérdese que la vía judicial siempre ha de existir como alternativa–. Como manera de «estimular» la utilización de los MASC, el recurso a ellos se impone a las partes de la controversia, en detrimento de su verdadera esencia (la libertad contractual, la autonomía de la voluntad). En efecto, haber intentado sin éxito una solución negociada se ha convertido en un requisito imprescindible para poder acudir a los tribunales; y, para evitar que el intento fallido de utilizar un MASC se convierta en un mero trámite al que las partes acudan sin verdadera intención de resolver la controversia, la ley «incentiva» que se llegue a un acuerdo en el marco del MASC: una actitud poco favorable al acuerdo durante el desarrollo

del MASC puede acabar repercutiendo en el coste económico del proceso subsiguiente, pues puede afectar a las reglas sobre imposición y/o distribución de las costas del proceso entre las partes. No parece un enfoque acertado y, desde luego, no parece revelar una genuina confianza del legislador en la «bondad» de los MASC, tal y como se hallan actualmente implantados en nuestro país.

LECCIÓN 3

ÓRGANOS JURISDICCIONALES, ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL Y GOBIERNO DEL PODER JUDICIAL

1. Los órganos jurisdiccionales: ideas generales. — 2. El personal juzgador: Jueces y Magistrados. — 3. La Oficina Judicial y las estructuras administrativas de apoyo al desarrollo de la función jurisdiccional. — 4. El personal no jurisdicente: el Letrado de la Administración de Justicia y los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. — 5. El Ministerio Fiscal. — 6. La Fiscalía Europea. — 7. La organización jurisdiccional: 7.1. Jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales; 7.2. Las ramas de la jurisdicción ordinaria; 7.3. La rama civil de la jurisdicción. — 8. El gobierno autónomo del Poder Judicial: el Consejo General del Poder Judicial. — 9. El gobierno interno de los órganos jurisdiccionales.

1. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES: IDEAS GENERALES

La función jurisdiccional, según se vio en la lección anterior, está encomendada al Estado. Dado que el Estado es una persona jurídica, su actuación se produce a través de órganos. Los órganos a través de los cuales el Estado desempeña la función jurisdiccional son los órganos jurisdiccionales.

Todo órgano público representa la fusión de dos elementos, el oficio y el funcionario: por «oficio» se entiende el conjunto de tareas o cometidos que tiene encomendado un órgano público; por «funcionario», la concreta persona que lo lleva a cabo desde el órgano.

En el caso de los órganos jurisdiccionales, el oficio es el ejercicio de la función jurisdiccional. En cuanto al funcionariado, viene integrado por el conjunto de personas que componen el órgano jurisdiccional, dentro de las que puede hacerse una primera distinción entre personal juzgador y personal no juzgador:

— El personal juzgador o jurisdicente viene integrado por quienes se encargan de aplicar el Derecho: se trata de los jueces y magistrados.

— El personal no juzgador o no jurisdicente lo integran todas aquellas otras personas que auxilian al personal juzgador en su labor.

Los órganos jurisdiccionales pueden clasificarse, al menos, con arreglo a dos criterios, referidos ambos a su personal juzgador:

El primer criterio de distinción se funda en el número de personas que llevan a cabo la labor jurisdicente y permite distinguir entre órganos jurisdiccionales unipersonales –aquellos en que existe un único juzgador– y órganos jurisdiccionales colegiados –aquellos en que la labor jurisdiccional es llevada a cabo por varias personas–. Lo habitual es que los órganos colegiados estén

compuestos por un número impar de juzgadores, para que las decisiones puedan adoptarse por mayoría en caso de discrepancia entre sus miembros, aunque no siempre sucede así (para los supuestos de empate existen reglas, entre las que destaca la que atribuye voto de calidad al presidente del órgano colegiado). En la organización jurisdiccional española era habitual utilizar el término «Juzgado» para designar a los órganos unipersonales, mientras que los términos «Audiencia» y «Tribunal» designaban órganos colegiados. La LOEP ha puesto fin a esta situación, pues ha suprimido el concepto de «Juzgado» de nuestro sistema judicial. No obstante, el término «tribunal», a secas y en minúscula, se usa por la legislación para referirse de forma genérica al órgano jurisdiccional, del tipo que sea, que esté conociendo de un proceso.

El segundo criterio de distinción se funda en la condición o capacitación profesional del personal juzgador, y permite distinguir entre tribunales compuestos por jueces profesionales y tribunales compuestos por jueces legos. Un juez es «profesional» cuando es jurista, es decir, cuando es licenciado o graduado en Derecho. Un juez es «lego» cuando no se le exige tener formación como jurista. La regla general en nuestro sistema judicial es la de que los órganos jurisdiccionales están integrados por jueces profesionales; no obstante, existen excepciones que dan cabida a jueces legos: es lo que sucede con el Tribunal del Jurado, los Jueces de Paz y los tribunales consuetudinarios.

2. EL PERSONAL JUZGADOR: JUECES Y MAGISTRADOS

Los jueces y magistrados integran el personal juzgador de juzgados y tribunales. Como regla general los jueces y magistrados son funcionarios y todos ellos integran un cuerpo único, la llamada «carrera judicial». Dentro de este cuerpo existen tres categorías diversas: juez, magistrado y magistrado del Tribunal Supremo.

De forma excepcional, existen personas que ejercen funciones jurisdiccionales sin pertenecer a la carrera judicial:

— Esto sucede, en primer término, con los jueces legos, es decir, con los jurados y con los Jueces de Paz.

— También ocurre con los jueces sustitutos y los magistrados suplentes: se trata de juristas –es decir, de licenciados o graduados en Derecho– que son nombrados, de manera provisional u ocasional, para ocupar el puesto de un juez o magistrado de carrera cuando estos no pueden desempeñarlo (*v.g.*, durante una baja por enfermedad o maternidad, por permiso o vacaciones del juez o magistrado titular). El recurso a jueces sustitutos y magistrados suplentes es, en la práctica, muy frecuente y pone de relieve el déficit de plantilla en la carrera judicial.

Para acceder a la carrera judicial es necesario reunir los siguientes requisitos previos: ser ciudadano español (dada la ineludible vinculación entre el ejercicio de la potestad jurisdiccional y la soberanía del Estado), ser mayor de edad, ser

licenciado o graduado en Derecho y no estar incurso en ninguna de las causas de incapacidad previstas para el ingreso en la carrera judicial en el art. 303 LOPJ.

> Esto último supone excluir a los siguientes sujetos: (i) los impedidos física o psíquicamente para la función judicial: se trata de una manera inversa de exigir capacidad física y psíquica para el desempeño del cargo; (ii) los condenados por delito doloso, mientras no hayan obtenido la rehabilitación; (iii) los procesados o inculpados por delito doloso, en tanto no sean absueltos o se dicte auto de sobreseimiento; (iv) los que no estén en el pleno ejercicio de sus derechos civiles.

El ingreso en la carrera judicial puede producirse por cauces diversos:

1º) Puede accederse a la carrera judicial por la categoría de juez: se trata del sistema ordinario de acceso a la judicatura. Para ello es necesario superar una oposición nacional y un posterior curso selectivo de formación en la Escuela Judicial (actualmente ubicada en Barcelona). La oposición es común para acceder a la carrera judicial y al Ministerio Fiscal: una vez superada, será preciso optar por una u otra vía profesional. Una vez dentro de la carrera judicial, el ascenso a la categoría de Magistrado se produce por el mero transcurso del tiempo, aunque comporta el traslado forzoso de destino. El acceso a la condición de Magistrado del Tribunal Supremo, en cambio, depende de un nombramiento discrecional del Consejo General del Poder Judicial.

2º) También se puede producir el ingreso directo en la carrera judicial por la categoría de magistrado, a través del llamado «cuarto turno»: una cuarta parte de las plazas vacantes de magistrado han de ser cubiertas por juristas de reconocida competencia con diez años de ejercicio profesional fuera de la carrera judicial, siempre que superen un concurso de méritos y un curso en la Escuela Judicial. Las otras tres cuartas partes restantes se cubren con el ascenso de jueces.

3º) Se puede ingresar también directamente en la carrera judicial como Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas. Un tercio de las plazas de estas Salas se cubren con juristas de reconocida competencia con diez años de ejercicio profesional en la Comunidad Autónoma: quien realiza el nombramiento es el Consejo General del Poder Judicial, pero lo hace entre una terna de candidatos que le es propuesta por la Asamblea Legislativa de la Comunidad Autónoma correspondiente.

4º) Finalmente, también es posible el ingreso directo en la carrera judicial como Magistrado del Tribunal Supremo, a través del «quinto turno»: una quinta parte de las plazas vacantes de Magistrado del Tribunal Supremo han de ser cubiertas por juristas de reconocida competencia con quince años de ejercicio profesional fuera de la carrera judicial. Serán nombrados por el Consejo General del Poder Judicial.

Todos los jueces y magistrados que forman parte de la carrera judicial tienen el mismo estatuto jurídico, debido a la vigencia del principio constitucional de la unidad jurisdiccional: esto significa que todos los jueces y magistrados, con independencia de su categoría y de su destino, tienen los mismos derechos y los mismos deberes, están sujetos a las mismas prohibiciones e incompatibilidades, al

mismo régimen de vacaciones, licencias y permisos, así como al mismo régimen retributivo. La regulación de este estatuto jurídico común de jueces y magistrados es uno de los cometidos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El supuesto especial de los Jueces de Paz. Los Jueces de Paz son jueces legos –no tienen por qué ser licenciados o graduados en Derecho, aunque en ocasiones lo sean– que son designados por un periodo de cuatro años, con posibilidades de nueva designación sin límite (art. 101.1 LOPJ). De modo general, para desempeñar el cargo de Juez de Paz es necesario reunir los requisitos legalmente establecidos para ingresar en la carrera judicial, con la excepción de ser licenciado o graduado en Derecho (art. 102 LOPJ).

La designación de los Jueces de Paz es absolutamente diversa a la de los Jueces y Magistrados de carrera: los Jueces de Paz son nombrados por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma correspondiente, que es un órgano de gobierno interno del poder judicial, pero de rango inferior al Consejo General del Poder Judicial y ámbito autonómico. Ahora bien, ese nombramiento es como regla una simple formalidad, pues no es la Sala de Gobierno la que elige al Juez de Paz, sino que esta selección corresponde a los ayuntamientos.

Por eso, la elección del Juez de Paz puede hallarse condicionada por la correlación de fuerzas políticas que exista en el seno de los ayuntamientos. Para paliar el riesgo de que el Juez de Paz pueda ofrecer una apariencia de politización se exige una mayoría absoluta de los miembros del Pleno del ayuntamiento a la hora de proceder a su elección (art. 101.2 LOPJ); pero, evidentemente, aunque el riesgo pueda diluirse algo con esta medida, lo cierto es que en ningún caso llega a desaparecer, con lo que se puede poner en peligro la imagen de independencia judicial que debería cualificar también a estos jurisdicentes.

Además, con arreglo a la Disposición Adicional 25 de la LOPJ, es posible que se articule una forma diferente de nombrar a los jueces de paz. Cuando se trate de Comunidades Autónomas que tengan atribuidas competencias en materia de justicia de paz o de proximidad, habrá que estar a lo que digan los respectivos Estatutos de Autonomía. Los Estatutos de Cataluña (art. 108), Andalucía (art. 152) o Canarias (art. 92) se atribuyen competencias en materia de justicia de paz o proximidad, pero no han desarrollado nada en relación con el nombramiento de los jueces de paz. Se puede abrir, de cara al futuro, la vía a exigencias o requisitos diferentes a los generales…

3. La Oficina Judicial y las estructuras administrativas de apoyo al desarrollo de la función jurisdiccional

Los jueces y magistrados no pueden realizar sus funciones por sí mismos, sino que necesitan una organización instrumental que sirva de soporte y apoyo a la actividad jurisdiccional: se trata de la llamada «Oficina Judicial», en la que desarrolla su labor el personal auxiliar, no jurisdicente (art. 435 LOPJ).

La Oficina Judicial se estructura a través de los llamados «servicios comunes», que son los que canalizan su actuación (art. 436 LOPJ): un servicio común es un conjunto de funcionarios judiciales que presta apoyo de forma global

o sectorial a los jueces y magistrados del ámbito de la Oficina. Al frente de cada servicio común habrá un Letrado de la A. de J. y en él desarrollarán sus tareas, en su caso, otros Letrados de la A. de J. y el resto del personal que esté integrado en él. No existe un modelo único de Oficina Judicial, sino que corresponde al Ministerio de Justicia y a las Comunidades Autónomas con competencias en la materia diseñar las Oficinas Judiciales que han de apoyar a los órganos de ámbito nacional, autonómico, provincial o de partido judicial. Por eso, se dice que su diseño será «flexible».

> No pueden ser iguales la Oficina Judicial del Tribunal Supremo y la de la Audiencia Provincial de Teruel, pues estos tribunales tienen necesidades y competencias distintas. Y, desde luego, tampoco puede ser igual la Oficina Judicial del Tribunal de Instancia de Madrid o de Barcelona y la del mismo Tribunal de Instancia de un partido judicial con poca población en la llamada «España vacía», pues aunque tengan muchas competencias iguales, sus necesidades son también diversas, dada la diversa carga de trabajo y previsible complejidad de los asuntos.

En todo caso, existe una unidad imprescindible en toda Oficina Judicial, el llamado *«servicio común de tramitación»*, que ha de estar capacitado para realizar todas las funciones requeridas para la ordenación de todos los procesos que se tramiten ante los órganos judiciales a los que presta su servicio (art. 437.1 LOPJ). Cuando así lo justifique el volumen de trabajo, se podrán crear otros servicios comunes más especializados, que se centren en el desarrollo de ciertas actuaciones: el art. 438 LOPJ menciona expresamente los siguientes: 1) registro y reparto de los asuntos que ingresen en el tribunal; 2) apoyo a la tramitación de los procesos; 3) práctica de actos de comunicación; 4) auxilio judicial nacional e internacional; 5) ordenación de procesos de ejecución; y 6) apoyo a la tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria.

Ha de quedar claro, en todo caso, que cada juez –dentro del Tribunal de Instancia– o cada Sección de Audiencia Provincial no tiene «su» propia Oficina, sino que esta es común a todos los jurisdicentes que desarrollan sus funciones en el ámbito asignado a la Oficina Judicial.

> Antes de la reforma operada por la LOEP cada juez disponía de su «pequeña oficina judicial propia», llamada Unidad Procesal de Apoyo Directo (UPAD), integrada por un Letrado de la A. de J. y por varios funcionarios, que le prestaban apoyo de forma estable y exclusiva. Con el nuevo esquema esta estructura desaparece: al juez se le asegura que desde la Oficina Judicial el SCT le prestará todo el apoyo que necesite para tramitar el proceso, pero no tiene garantizado que sean siempre los mismos funcionarios. Se rompe, pues, toda idea de «equipo» en torno al juez y se da paso a una estructura de gestión de recursos humanos más propia del ámbito empresarial.

Al margen de la Oficina Judicial, pero también con la finalidad de contribuir al mejor funcionamiento de los tribunales, se encuentran las llamadas «Unidades Administrativas» (art. 439 LOPJ): su función consiste en la ordenación y gestión de los recursos humanos, de los medios materiales e informáticos (v.g., el desarrollo y la mejora de software judicial) y de los demás servicios que se

consideren necesarios o convenientes para el funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 439.1 LOPJ); pero nunca podrán desarrollarse desde estas unidades administrativas funciones de carácter procesal.

> De forma especial, el art. 439.3 LOPJ contempla la posibilidad de crear unidades administrativas que presten servicios de MASC (v.g., gestionar conciliaciones).
>
> También se estructura como unidad administrativa especial la llamada Oficina del Registro Civil, encargada de la llevanza del servicio propio del Registro Civil, bajo la dependencia funcional del Ministerio de Justicia a través de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (art. 439 bis LOPJ).

Hay que contar, finalmente, con las llamadas «Oficinas de Justicia en los municipios» (arts. 439 ter a 439 quinquies LOPJ). Estas Oficinas se han de constituir en los municipios que, por no ser cabeza de partido judicial, no cuentan con Tribunal de Instancia. La Oficina de Justicia en el municipio prestará su apoyo al juez de paz, pero su ámbito de competencias puede ser mucho más amplio: práctica de notificaciones, colaboración con el Registro Civil, asistencia para el desarrollo de videoconferencias en procesos judiciales y tramitación de expedientes de asistencia jurídica gratuita, entre otras posibles.

4. El personal no jurisdicente: el Letrado de la Administración de Justicia y los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia

El Letrado de la Administración de Justicia. Los Letrados de la A. de J. (antes llamados «secretarios judiciales») son funcionarios públicos que constituyen un cuerpo superior jurídico único, de carácter nacional, al servicio de la Administración de Justicia y dependiente del Ministerio de Justicia. Ejercen sus funciones con carácter de autoridad y ostentan la dirección de la Oficina Judicial (art. 440 LOPJ). Los Letrados de la A. de J., al igual que los jueces y magistrados, también han de ser licenciados o graduados en Derecho y acceden a esta condición tras superar una oposición.

> El Cuerpo de Letrados de la A. de J. está organizado jerárquicamente. A su frente, dependiendo directamente del Ministerio de Justicia, se halla el Secretario General de la Administración de Justicia. Existirán asimismo Secretarios de Gobierno (en el Tribunal Supremo, en la Audiencia Nacional y en cada Tribunal Superior de Justicia) y Secretarios Coordinadores Provinciales. Esta estructura impide atribuir a los Letrados de la A. de J. la cualidad de la independencia, razón por la cual no es posible encomendarles funciones jurisdiccionales.

Sus funciones básicas son las siguientes:

1. La fe pública judicial: el Letrado de la A. de J. es el fedatario de todo lo actuado en el órgano judicial, es decir, el que garantiza la certeza y autenticidad de todo lo realizado por el órgano judicial. Esta es la función que justifica su existencia inicial como funcionario público.

2. Documentación: el Letrado de la A. de J. es el que deja constancia documental de todas las actuaciones, de modo que es él quien, *v.g.*, levanta actas o expide certificaciones.

3. Conservación y custodia de las actuaciones: es el responsable máximo de los archivos judiciales.

4. Dación de cuenta: el Letrado de la A. de J. debe poner en conocimiento del juzgador todos los escritos y peticiones que se dirigen al órgano judicial, con lo que sirve, en gran medida, de enlace entre el exterior y el juez.

5. La práctica de los actos de comunicación: es el responsable de que se notifiquen a los interesados las resoluciones dictadas por el tribunal.

6. Funciones de jefatura y dirección dentro la Oficina Judicial de los funcionarios que desempeñen sus tareas bajo su supervisión.

7. Impulso del proceso: el proceso judicial, como se verá, es una serie o sucesión de actuaciones, que se desarrollan en el tiempo; es misión del Letrado de la A. de J. ocuparse del avance ordenado del proceso en el tiempo, vigilando el transcurso de los plazos, dictando por sí mismo las resoluciones previstas por la ley (que suelen ser diligencias de ordenación y decretos) y moviendo en su caso al juzgador para que haga lo que le corresponda en cada momento.

Los Cuerpos de Funcionarios al servicio de la Administración de Justicia. Dentro de cada Oficina Judicial actúan funcionarios de diversos Cuerpos, que se ocupan de cometidos diferentes, pero todos ellos vinculados con el desarrollo de la función jurisdiccional. Según la LOPJ, estos funcionarios se agrupan en tres Cuerpos Generales distintos (de mayor a menor rango):

— Miembros de los Cuerpos de Gestión Procesal y Administrativa (antes llamados «Oficiales de Justicia»): gestionan la tramitación de los procesos, cumpliendo las funciones enumeradas en el art. 476 LOPJ.

— Miembros de los Cuerpos de Tramitación Procesal y Administrativa (antes llamados «Auxiliares de Justicia»): realizan labores de apoyo a la gestión procesal, con unas funciones contempladas en el art. 477 LOPJ.

— Miembros del Cuerpo de Auxilio Judicial (antes llamados «Agentes judiciales»): tienen encomendadas las actuaciones más «materiales» del proceso, así como aquellas en que es preciso el uso de la fuerza y de la autoridad (v.g. realizar notificaciones, practicar embargos o lanzamientos), según se desprende del art. 478 LOPJ.

Existen además, como Cuerpos Especiales, el de Médicos Forenses (art. 479 LOPJ) y los de Facultativos, Técnicos Especialistas y Ayudantes de Laboratorio del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses (art. 480 LOPJ).

5. El Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal es un órgano público al que la Constitución encomienda la defensa de la legalidad y del interés general. El Ministerio Fiscal colabora con el órgano jurisdiccional, pero no forma parte de él: ni juzga, ni hace ejecutar lo juzgado.

> Además de cuanto establecen la Constitución y la LOPJ, la organización y funcionamiento del Ministerio Fiscal vienen establecidos en el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre). El Ministerio Fiscal se organiza jerárquicamente, siendo único para todo el Estado. A su frente está el Fiscal General del Estado (art. 124.4 CE) y adscrita a cada Tribunal y Audiencia existe una Fiscalía, con un Fiscal Jefe, un Teniente Fiscal y un número variable de Fiscales. El Ministerio Fiscal, por tanto, no tiene un despliegue o distribución territorial equivalente al del Poder Judicial: no hay Fiscalías en cada tribunal, ni Fiscales adscritos como tales a dichos órganos: por eso, los Fiscales han de desplazarse a dichos órganos unipersonales para actuar en los procesos que ante ellos se sustancien (y esta necesidad de desplazamiento, en la práctica, puede ser fuente de importantes dificultades).

El Ministerio Fiscal en España está construido sobre dos criterios básicos: el de unidad de actuación y el de dependencia jerárquica.

— La *dependencia jerárquica* deriva de la organización interna del Ministerio Fiscal: cada concreto Fiscal está sujeto a las instrucciones y directrices de su superior jerárquico; no puede predicarse, en consecuencia, la independencia de la actuación de los miembros del Ministerio Fiscal.

— La *unidad de actuación* del Ministerio Fiscal se deduce, por su parte, del hecho de que sea único para todo el Estado y de que esté jerárquicamente organizado: con independencia de quién sea el concreto Fiscal que intervenga en un caso concreto, su actuación es atribuible al Ministerio Fiscal como institución en su conjunto.

El Ministerio Fiscal tiene encomendadas funciones muy diversas, en su mayor parte procesales, aunque no necesariamente (también actúa en el ámbito puramente administrativo, *v.g.*, de cara a la protección de los menores en situación de desamparo). Las funciones más importantes del Ministerio Fiscal se despliegan en el ámbito del proceso penal, en el que tiene atribuida como función principal el ejercicio de la acusación cuando legalmente proceda. Sus funciones en el marco del proceso civil son más reducidas y se concentran sobre todo en la vigilancia del respeto a las normas sobre jurisdicción y competencia. Tiene, no obstante, un cierto protagonismo en los procesos sobre estado civil (procesos matrimoniales y de filiación) y de provisión de medidas de apoyo a las personas con discapacidad, especialmente cuando están involucrados los derechos de menores de edad y personas con discapacidad.

> Se llama *Oficina fiscal* a la organización instrumental que sirve de soporte y apoyo a la actividad del Ministerio Fiscal (art. 439 sexies LOPJ). Desarrollará

en ella su trabajo personal de los cuerpos de funcionarios al servicio de la Administración de Justicia (art. 439 sexies LOPJ).

6. LA FISCALÍA EUROPEA

Desde junio de 2021 está en funcionamiento la Fiscalía Europea, como institución europea que tiene encomendada la investigación y la acusación en los procesos penales por delitos que afectan a los intereses financieros de la Unión Europea. En su ámbito de competencias, la Fiscalía Europea desarrolla funciones que, hasta ahora, correspondían a las Fiscalías nacionales y, en países como el nuestro, al propio Poder Judicial –pues asumen las tareas de los jueces de instrucción, es decir, de los titulares de las Secciones de Instrucción de los Tribunales de Instancia–. Pero ha de quedar claro que la Fiscalía Europea no forma parte del Ministerio Fiscal de cada Estado miembro, sino que es una estructura distinta, que pertenece en su integridad al entramado institucional de la Unión Europea.

7. LA ORGANIZACIÓN JURISDICCIONAL

La organización jurisdiccional la integran los diversos tribunales que desempeñan la función jurisdiccional. No existe un único órgano judicial que se ocupe absolutamente de todos los asuntos controvertidos, sino que en cada Estado existe una pluralidad de tribunales que conforman su sistema judicial.

7.1. Jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales

Antes que nada, es preciso distinguir entre jurisdicción ordinaria y jurisdicciones especiales, en los términos apuntados al definir el principio de unidad de la jurisdicción.

La jurisdicción ordinaria la integran el conjunto de órganos jurisdiccionales que llevan a cabo la función jurisdiccional en relación con la generalidad de las controversias que versan sobre la generalidad de las materias. La suma de todos los tribunales que forman parte de la jurisdicción ordinaria conforma el Poder Judicial.

Al margen de la jurisdicción ordinaria existen jurisdicciones especiales, es decir, ciertos tribunales que se ocupan de resolver ciertos litigios que versan sobre ciertas materias determinadas. Los jueces y magistrados de las jurisdicciones especiales no forman parte de la carrera judicial, del mismo modo que tampoco los tribunales de estas jurisdicciones especiales forman parte en sentido estricto del Poder Judicial. En España solo existen como Jurisdicciones especiales aquellas que han sido previstas expresamente en la Constitución: el Tribunal Constitucional, el Tribunal de Cuentas, la Jurisdicción Militar y los tribunales consuetudinarios.

7.2. Las ramas de la jurisdicción ordinaria

La jurisdicción ordinaria, por razones de especialización en el trabajo, se encuentra dividida en cuatro ramas u órdenes jurisdiccionales: la civil, la penal, la contencioso-administrativa y la social.

— El orden civil de la jurisdicción se ocupa de las controversias en materia de Derecho privado (civil o mercantil).

— El orden penal de la jurisdicción se encarga de los procesos por delitos.

— El orden contencioso-administrativo se ocupa de las pretensiones que pueden ejercitarse en relación con los actos administrativos y las normas reglamentarias, así como de la impugnación frente a las vías de hecho de la Administración Pública.

— El orden social de la jurisdicción se ocupa de las controversias que se susciten en la rama social del Derecho: controversias laborales individuales, conflictos colectivos de trabajo y controversias en materia de Seguridad Social.

Dentro de cada orden existen varios tipos de órgano jurisdiccional. La independencia judicial hace que cada uno de ellos sea soberano a la hora de aplicar el ordenamiento jurídico a los asuntos que sean de su competencia. No obstante, dentro de cada rama de la jurisdicción existe una organización que se encuentra jerarquizada: existen órganos judiciales que son los superiores jerárquicos de otros a efectos de recursos frente a sus resoluciones; el tribunal jerárquicamente superior, por tanto, no puede indicar al tribunal inferior cómo debe resolver un caso concreto, pero sí es competente para revocar su decisión si así se lo pide alguna de las partes a través de un recurso.

Por otra parte, debe señalarse que los órganos jurisdiccionales colegiados normalmente actúan a través de Salas y de Secciones: cuando sucede esto, el verdadero órgano jurisdiccional es la Sala o la Sección, y no el Tribunal en cuanto tal. Así, el Tribunal Supremo, como tal, no es un verdadero órgano jurisdiccional, sino que lo son las cinco Salas que lo componen: la Sala Primera o de lo Civil; la Sala Segunda o de lo Penal; la Sala Tercera o de lo Contencioso-Administrativo; la Sala Cuarta o de lo Social; y la Sala Quinta o de lo Militar. Lo mismo sucede con los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, que están conformados por tres Salas: la Sala de lo Civil y de lo Penal; la Sala de lo Contencioso-Administrativo; y la Sala de lo Social.

El caso de los Tribunales de Instancia es parcialmente diferente: los integran Secciones, que pueden estar conformadas a su vez por un número variable de plazas judiciales; la competencia para conocer de un proceso determinado corresponde al titular de la plaza judicial a la que corresponda con arreglo a las normas de reparto; el titular de esa plaza judicial actuará como órgano unipersonal.

7.3. La rama civil de la jurisdicción

La rama civil de la jurisdicción está integrada actualmente por los siguientes órganos jurisdiccionales: los Jueces de Paz; los Tribunales de Instancia, a través de aquellas de sus Secciones que tienen competencias en materias propias de la

rama civil de la jurisdicción: la Sección Única (en los partidos judiciales con escasa carga de asuntos), la Sección Civil, la Sección de Familia, Infancia y Capacidad, la Sección de lo Mercantil y la Sección de Violencia sobre la Mujer; las Audiencias Provinciales; las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia; y la Sala de lo Civil o Sala Primera del Tribunal Supremo.

Los Jueces de Paz y las Secciones de los Tribunales de Instancia son órganos judiciales a los que se acude en primera instancia, es decir, son tribunales ante los que se da comienzo a un proceso judicial. Los demás son tribunales a los que, como regla, se acude en fase de recurso.

7.3.1. *Jueces de Paz*

Los Jueces de Paz son jueces legos (= no juristas) que actúan como órganos unipersonales y que conocen únicamente de asuntos litigiosos cuya cuantía no exceda de 150 euros –y de expedientes de conciliación civil de cuantía inferior a 10.000 euros–. Su demarcación territorial es el municipio, siempre que ese municipio no sea la cabeza de un partido judicial.

7.3.2. *Tribunales de Instancia*

El pilar básico de la organización jurisdiccional civil en primera instancia corresponde a los Tribunales de Instancia, que acaban de ser creados por medio de la LOEP. La organización interna de los Tribunales de Instancia merece una explicación detenida (art. 84 LOPJ). Su demarcación territorial es, en principio, el «partido judicial». Un partido judicial está formado por varios municipios limítrofes dentro de una misma provincia o bien por un municipio único –normalmente, un municipio de gran población, como Madrid o Barcelona–. Dentro de cada partido judicial existe un municipio, llamado cabeza del partido, en el que tiene su sede un Tribunal de Instancia, cuyo ámbito competencial se extiende, por lo menos, a todo el partido judicial. En todos aquellos municipios que no sean cabeza de partido habrá un Juez de Paz.

El Tribunal de Instancia, en sí mismo considerado, no es un auténtico órgano jurisdiccional, sino una estructura que sirve también para englobar y gestionar un conjunto de órganos jurisdiccionales unipersonales, según se verá seguidamente. De hecho, no hay un único modelo de Tribunal de Instancia, sino varios, en función de las atribuciones que se le asignen.

El modelo básico de Tribunal de Instancia es el existente en los partidos judiciales «pequeños», es decir, en aquellos en que el volumen de asuntos no es demasiado elevado. En esos partidos judiciales el Tribunal de Instancia estará integrado por una Sección Única, de Civil y de Instrucción. Esa Sección Única, a su vez, puede conformarla una única plaza judicial, cuyo titular se encargará de conocer en primera instancia de los asuntos civiles que ingresen –y de la instrucción de la generalidad de las causas penales–; pero puede haber también varias plazas judiciales, si el volumen de asuntos así lo requiere. Es más, si el número de plazas judiciales de un Tribunal de Instancia alcanza un cierto umbral se puede acordar la «separación de jurisdicciones», de modo que en vez de haber una Sección Única, habrá una Sección Civil y una Sección de Instrucción, cada

una de ellas con varias plazas y con competencias limitadas, respectivamente, a cuestiones civiles y penales.

A partir de este modelo básico, se pueden crear en determinados Tribunales de Instancia otras Secciones, de carácter especializado. La inclusión de esas Secciones en algunos Tribunales de Instancia obedece a la voluntad de que existan jueces especializados en ciertos asuntos. Es habitual, además, que esas Secciones especializadas extiendan su jurisdicción al ámbito de más de un partido judicial. Se trata de las siguientes:

— Secciones de Familia, Infancia y Capacidad, con competencias en asuntos relacionados con el matrimonio, la filiación, las medidas civiles de protección a menores y las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. Estas Secciones, como regla, tendrán como ámbito territorial el partido judicial, aunque el CGPJ puede establecer que extiendan su jurisdicción a dos o más partidos judiciales dentro de la misma provincia.

> Cuando esto suceda, sucederá que la Sección de Familia, Infancia y Capacidad del Tribunal de Instancia de X desplegará su jurisdicción, además de en su partido, en el territorio del partido judicial Y, que tendrá su propio Tribunal de Instancia, aunque la Sección Única o la Sección Civil del Tribunal de Instancia de Y no podrá conocer de los asuntos de Familia, Infancia y Capacidad que surjan en su territorio.

— Secciones de lo Mercantil, que conocen en primera instancia de ciertos procesos en materia mercantil –no todos– y de los procesos concursales. Estas Secciones tendrán, como regla, jurisdicción en toda la provincia y sede en su capital.

> De forma excepcional: (i) puede haber provincias en que no se constituya Sección de lo Mercantil, en cuyo caso sus funciones serán asumidas por una de las plazas judiciales de la Sección Única o de la Sección Civil del Tribunal de Instancia de la capital de la provincia; (ii) puede haber Secciones de lo Mercantil que extiendan su jurisdicción sobre dos provincias de una misma Comunidad Autónoma, si así lo justifica la escasa población de una de ellas (art. 87.3 LOPJ); (iii) se podrán crear Secciones de lo Mercantil en partidos judiciales de más de 250.000 habitantes y cuya capital no sea limítrofe con la capital de la provincia, con jurisdicción en ese y en los municipios limítrofes de la misma provincia que se determinen (art. 87.4 LOPJ).

— Secciones de Violencia sobre la Mujer, con competencias tanto civiles como penales. Como tribunales civiles son competentes para conocer de procesos matrimoniales, de filiación y similares si, al mismo tiempo, se encuentra ya abierto un proceso penal por un delito de violencia de género o de violencia sexual relacionado (art. 88.7 LOPJ). Como regla, su circunscripción será el partido judicial, aunque puede haber Secciones que extiendan su jurisdicción a varios partidos limítrofes y puede igualmente suceder que en algún partido judicial no se cree Sección de Violencia sobre la Mujer y sus funciones se encomienden a uno de los jueces de la Sección de Instrucción o de la Sección Única (en exclusiva o asumiendo también competencias para otros asuntos).

* Además, debe tenerse en cuenta la posibilidad de que algunas de las plazas judiciales de un Tribunal de Instancia sean objeto de *especialización adicional*, dentro del ámbito propio de la Sección a la que están adscritas. En concreto, el art. 96 LOPJ permite que, si hay más de una plaza judicial en la misma Sección, el CGPJ pueda asignar a uno o varios de los jueces destinados en ellas con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos.

> Así, v.g., se puede acordar que el titular de una determinada plaza judicial de la Sección Civil del Tribunal de Instancia de Madrid se ocupe en exclusiva de las ejecuciones hipotecarias. Ello significa que los demás jueces que ocupen plazas en esa Sección no pueden conocer válidamente de esos procesos.

Es posible, incluso, que a uno o a varios jueces de una Sección de un Tribunal de Instancia se les encomiende por el CGPJ el conocimiento en exclusiva de determinados tipos de asuntos para un ámbito geográfico superior al del partido judicial, pero solo durante un periodo determinado de tiempo (inmiscuyéndose, por tanto, en el ámbito de competencia de otros Tribunales de Instancia de la misma provincia).

> Esto es lo que ha venido sucediendo en los últimos años con los llamados «Juzgados de cláusulas suelo» –en lo sucesivo deberían «plazas de cláusulas suelo» o «jueces de cláusulas suelo»–, que se han ocupado, con ámbito provincial, de conocer de los litigios ocasionados por la comercialización de productos financieros y bancarios afectados por cláusulas abusivas.

También es posible la especialización de plazas judiciales dentro de las Secciones de lo Mercantil, en aquellas provincias en que existan cinco o más, para que conozcan de determinadas clases de asuntos de entre los que son competencia de esas Secciones.

La especialización de determinadas plazas judiciales tiene efectos exclusivos y excluyentes dentro del ámbito de competencia del Tribunal de Instancia –el partido judicial, para las Secciones Civiles, de Familia y de Violencia sobre la Mujer, o la provincia, para las Secciones de lo Mercantil–. Los asuntos que pertenecen a la materia objeto de especialización solo pueden ser conocidos por quien ocupe la plaza especializada y, a la inversa, los titulares de las plazas especializadas no pueden conocer de nada distinto de la materia que les haya sido atribuida.

* Dentro del esquema de cada Tribunal de Instancia y, en su caso, de sus Secciones (o de su Sección Única) el ejercicio de la función jurisdiccional corresponde de forma unipersonal o individual al concreto juez o magistrado que ocupe cada una de las plazas judiciales que conformen la Sección. Por eso, aunque el Tribunal de Instancia agrupe a una pluralidad de jueces y/o de magistrados, funciona para cada caso concreto como la suma de una pluralidad de órganos unipersonales.

Es importante, sin embargo, tener en cuenta dos variables en relación con este extremo y que están asociadas al modo en que se han diseñado los Tribunales de Instancia.

— En primer término, el art. 84.4 LOPJ establece que los jueces y magistrados están adscritos a las Secciones del Tribunal de Instancia de manera «funcional». Esto significa que, cuando así lo requiera la carga de trabajo y su distribución, se puede encomendar a jueces y magistrados de una Sección que conozcan de asuntos de nuevo ingreso que, en principio, son propios del ámbito de otra de las secciones de ese mismo Tribunal de Instancia, siempre que se trate de asuntos del mismo orden jurisdiccional. Esto significa, v.g., que el titular de una plaza judicial en una Sección de Familia, Infancia y Capacidad del Tribunal de Instancia de Madrid puede tener que asumir asuntos que serían propios de la Sección Civil, si la Sección de Familia no está sobrecargada y, sin embargo, sí que lo está la Civil.

— En segundo lugar, el art. 84.6 LOPJ permite que, en relación con asuntos concretos, se designen otros dos jueces o magistrados del mismo Tribunal de Instancia para que se ocupen de conocer de la primera instancia –o de la instrucción de una causa determinada– junto con aquel a quien se hubiere turnado el asunto inicialmente. El ejercicio de la función jurisdiccional, en estos casos, deja de ser unipersonal y pasa a ser colegiado. La finalidad de la norma parece que es «reforzar» al órgano judicial en asuntos complejos, pues el uso de esta facultad se reserva para los casos en que este proceder «favorezca el ejercicio de la función jurisdiccional» cuando así lo aconseje el volumen, la especial complejidad o el número de intervinientes en un proceso. Se trata, no obstante, de una norma potencialmente peligrosa para el derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la ley, pues el juego de las mayorías, propio de la conformación de la voluntad judicial en un órgano colegiado, puede servir para contrarrestar de entrada el papel o el criterio que se supone puede seguir un determinado juez en determinado tipo de asuntos –y es algo que se aprecia en ocasiones en la instrucción de asuntos penales–. Además, no es fácil determinar *a priori* qué hace que un asunto concreto sea merecedor de este tipo de refuerzo, ni tampoco el momento o fase del proceso en que puede acordarse.

7.3.3. *Audiencias Provinciales*

Las Audiencias Provinciales son órganos colegiados que tienen encomendado, como regla, resolver los recursos de apelación frente a las sentencias dictadas por los jueces de las diversas Secciones del Tribunal de Instancia con competencia en materia civil. Su ámbito territorial es la provincia y, con frecuencia, se encuentran divididas en Secciones.

Del mismo modo que se especializan plazas judiciales en los Tribunales de Instancia, pueden también especializarse Secciones dentro de las Audiencias Provinciales (art. 82 bis LOPJ): así, si lo acuerda el CGPJ, puede haber Secciones especializadas en resolver recursos de apelación frente a sentencias procedentes de las Secciones Civiles, de las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad y de las Secciones de Violencia sobre la Mujer. Tratándose de materia mercantil, la creación de Secciones especializadas en la Audiencia Provincial es obligatoria si en la provincia existen más de cinco plazas en la Sección de lo Mercantil; si, por el volumen de trabajo, hubiera más de una Sección de la Audiencia Provincial

especializada en asuntos mercantiles, el CGPJ deberá distribuir el conocimiento de los recursos entre ellas en función de la materia (v.g., puede haber una Sección de la Audiencia especializada en resolver recursos en materia de propiedad intelectual e industrial, y otra en materia concursal).

7.3.4. *Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia*

Las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia son órganos judiciales ante los que, en ciertos supuestos, se recurren en casación las sentencias de las Audiencias Provinciales. Su ámbito geográfico es la Comunidad Autónoma.

> Además, estas Salas también son competentes para conocer en primera instancia de las demandas de responsabilidad civil que se presenten contra ciertos «aforados» a nivel autonómico, según se estudiará más adelante. También conocen de ciertos procesos de revisión, a través de los que se puede pretender, en circunstancias muy excepcionales, la rescisión de sentencias firmes que hayan aplicado Derecho civil foral o especial de la Comunidad Autónoma en que tengan su sede.

7.3.5. *Sala Primera del Tribunal Supremo*

Finalmente, la Sala de lo Civil o Sala Primera del Tribunal Supremo conoce, en ciertos supuestos, de los recursos de casación frente a las sentencias de las Audiencias Provinciales. Su ámbito geográfico es el Estado y su sede está en Madrid.

> Además, la Sala Primera del Tribunal Supremo también tiene competencia para conocer en primera instancia de las demandas de responsabilidad civil interpuestas frente a ciertos «aforados» de ámbito nacional. También conoce de ciertos procesos de revisión, a través de los que se puede pretender, en circunstancias muy excepcionales, la rescisión de sentencias firmes.

8. EL GOBIERNO AUTÓNOMO DEL PODER JUDICIAL: EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

A pesar de que la idea de la división de poderes se introdujo en el pensamiento jurídico y político occidental en el siglo XVIII, lo cierto es que las tareas de administración del Poder Judicial han venido siendo realizadas durante mucho tiempo por el Poder Ejecutivo, a través del Ministerio de Justicia o de dependencias equivalentes: era el Ejecutivo quien seleccionaba a los jueces, quien decidía los ascensos y los destinos, quien inspeccionaba el funcionamiento correcto de los tribunales, quien podía imponerles sanciones en caso de infracción.

Se puede decir así que el Poder Judicial, durante mucho tiempo, estuvo gobernado por el Poder Ejecutivo: y esto resultaba contraproducente para la independencia judicial, pues en casos difíciles podía sospecharse que la decisión judicial se hallaba condicionada por la voluntad de agradar al Ejecutivo o por el temor a desagradarle.

Para evitar que peligre la independencia judicial se hace preciso que las competencias directamente vinculadas con el gobierno del Poder Judicial se encomienden a un órgano que también sea independiente, que no esté vinculado con el Poder Ejecutivo: en nuestro sistema político actual, este órgano es el Consejo General del Poder Judicial.

El Consejo General del Poder Judicial es un órgano constitucional, creado para salvaguardar la independencia judicial: se trata de un órgano independiente del poder ejecutivo y del poder legislativo, que en términos generales tiene atribuidas todas las competencias en relación con el gobierno de los tribunales, como son las competencias en materia de selección de jueces, formación de jueces y magistrados, inspección de tribunales, eventual imposición de sanciones disciplinarias, régimen de ascensos, provisión de vacantes (la lista completa de sus atribuciones se encuentra en el art. 560 LOPJ). De forma gráfica, puede decirse que el Consejo General del Poder Judicial ostenta respecto de jueces y tribunales aquellas facultades que, si estuvieran en manos del Poder Ejecutivo o del Legislativo, nos harían dudar de la independencia judicial.

Ahora bien, debe señalarse que el Consejo General del Poder Judicial no es un órgano gestor de recursos económicos: estas tareas corresponden al Ministerio de Justicia o a la correspondiente Consejería del Gobierno autonómico, en el caso de que a la Comunidad Autónoma se le hayan transferido las competencias en este ámbito. Es a estos últimos a quienes corresponde dotar de recursos materiales y económicos a los tribunales: construir y mantener los edificios judiciales, dotarlos de equipos informáticos adecuados o diseñar/adquirir el software para la gestión digital de los procesos judiciales, por poner algunos ejemplos.

El Consejo General del Poder Judicial está compuesto por veinte vocales, que eligen a su presidente, generalmente fuera de entre ellos. El Presidente del Consejo General del Poder Judicial lo es también del Tribunal Supremo. El mandato del Consejo es por cinco años y se renueva de forma íntegra; la razón de esta duración es la voluntad de que no coincida con el mandato legislativo. De los veinte vocales doce han de ser jueces o magistrados y los ocho restantes abogados o juristas de reconocida competencia con al menos quince años de experiencia profesional.

La designación de los Vocales del CGPJ es compleja, a menudo polémica y se halla regulada en los arts. 566 a 578 LOPJ. Todos los Vocales son elegidos por mayoría de 3/5 de las Cortes Generales: de los doce jueces seis son elegidos por el Senado y los otros seis por el Congreso; de los ocho juristas o abogados cuatro los elige el Senado y los otros cuatro son elegidos por el Congreso.

No existe un proceso previo de selección sobre los ocho vocales que pertenezcan al turno de juristas: depende de la negociación política. En cambio, para la elección de los doce vocales que han de ser jueces sí que existe un condicionamiento: el Congreso y el Senado han de elegir dentro de una lista de candidatos que se hayan postulado para el cargo y que cuenten con el aval o bien de veinticinco miembros de la carrera judicial en servicio activo o bien de una Asociación judicial.

Las candidaturas definitivamente admitidas se remitirán a los Presidentes del Congreso y del Senado, a fin de que ambas Cámaras procedan a la designación de los vocales del turno judicial. En la designación de los vocales del turno judicial, las Cámaras tomarán en consideración el número existente en la carrera judicial, en el momento de proceder a la renovación del CGPJ, de jueces y magistrados no afiliados y de afiliados a cada una de las distintas Asociaciones judiciales. Además, la designación de los doce vocales del turno judicial deberá respetar, como mínimo, la siguiente proporción: tres magistrados del Tribunal Supremo; tres magistrados con más de veinticinco años de antigüedad en la carrera judicial y seis jueces o magistrados sin sujeción a antigüedad. Si no existieren candidatos a vocales dentro de alguna de las mencionadas categorías, la vacante acrecerá el cupo de la siguiente por el orden establecido en este precepto.

El actual sistema de selección de los vocales del CGPJ ha sido fuente de constantes críticas por la politización de los nombramientos, que ha determinado un bloqueo superior a cinco años para llegar a su última renovación. El papel de las Cortes Generales es criticado por algunos, que consideran que solo los jueces y magistrados deberían designar a quienes les gobiernen, sin las injerencias de los partidos políticos. Sin embargo, ese mismo papel de las Cortes es considerado imprescindible por otros, como forma de otorgar legitimidad democrática al gobierno del poder judicial y asegurar que está alineado con la expresión de la voluntad popular. Las instituciones europeas lo han criticado en diversas oportunidades y, en principio, será objeto de un cambio significativo en breve.

9. EL GOBIERNO INTERNO DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

El Consejo General del Poder Judicial asume las funciones básicas de gobierno del poder judicial, especialmente aquellas que afectan al estatuto personal de jueces y magistrados. Existen, sin embargo, ciertas funciones de organización interna y de ordenación de trabajo de los tribunales que no son desempeñadas por el CGPJ, sino por otros órganos de gobierno más cercanos a aquellos. En el momento actual, se trata de los siguientes:

1. *Salas de Gobierno.* Existe una Sala de Gobierno en el Tribunal Supremo, que cumple funciones solo respecto del Tribunal Supremo. También existe una Sala de Gobierno en la Audiencia Nacional, que ciñe sus funciones a los órganos jurisdiccionales que tienen su sede en ella. Y, por último, existen Salas de Gobierno en los Tribunales Superiores de Justicia, que ejercen sus funciones sobre ese Tribunal y sobre todos los órganos jurisdiccionales de rango inferior radicados en la Comunidad Autónoma.

Las Salas de Gobierno tienen competencias en materia disciplinaria y de inspección, y también son las que aprueban las normas de reparto interno del trabajo dentro de los tribunales.

2. *Presidentes de los Tribunales y de las Audiencias*. Se encargan, entre otras cosas, de ejecutar las normas de reparto dentro del Tribunal o de la Audiencia.

3. *Presidentes del Tribunal de Instancia y de sus Secciones.* Cada Tribunal de Instancia contará con un Presidente, nombrado por un periodo de cuatro años

por el CGPJ a propuesta de la Sala de Gobierno del TSJ correspondiente. Cuando el tamaño del Tribunal de Instancia lo justifique, el Presidente estará liberado del reparto de asuntos. Al Presidente le corresponde ejercer las funciones enunciadas en el art. 168 LOPJ, entre las que se incluye coordinar el funcionamiento del Tribunal, asegurar la correcta ejecución de las sustituciones y promover la unificación de criterios y prácticas entre los jueces y magistrados. A tal fin, está prevista la figura de la Junta de Jueces y Juezas del Tribunal de Instancia, que se reúne periódicamente para tratar asuntos de interés común relativos a la actividad jurisdiccional.

Las Secciones del Tribunal de Instancia contarán con su propia Presidencia siempre que el Tribunal tenga doce o más plazas judiciales, dos o más Secciones y la Sección de que se trate tenga al menos ocho plazas judiciales (art. 84.3 LOPJ). Al Presidente de Sección del Tribunal de Instancia le corresponde ejercer las funciones de coordinación interna que enumera el art. 168.3 LOPJ. Está también prevista la figura de la Junta de Sección del Tribunal de Instancia de los jueces y magistrados que pertenezcan a una misma Sección.

LECCIÓN 4

LA POSICIÓN JURÍDICA DEL JUSTICIABLE: EL CONCEPTO PROCESAL DE «ACCIÓN» Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA

1. Generalidades. — 2. Derechos de los justiciables en el ámbito procesal civil: 2.1. Derecho de acceso a los tribunales; 2.2. Derecho al proceso o a la sentencia sobre el fondo; 2.3. Derecho a la sentencia favorable (acción en sentido concreto). — 3. Requisitos de la acción en sentido concreto (del derecho a la sentencia favorable): 3.1. Derecho subjetivo o situación de eficacia jurídica análoga; 3.2. Legitimación; 3.3. Interés legítimo; 3.4. Accionabilidad. — 4. La constitucionalización de la posición del justiciable frente a la Administración de Justicia: 4.1. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; 4.2. La prohibición constitucional de indefensión; 4.3. Los derechos fundamentales del art. 24.2 CE; 4.4. Consecuencias de la constitucionalización de la posición del justiciable a través de derechos fundamentales. — 5. La asistencia jurídica gratuita: 5.1. Requisitos y beneficiarios; 5.2. Contenido material del derecho; 3.3. Procedimiento para el reconocimiento del derecho; 3.4. Reintegro económico.

1. GENERALIDADES

La Jurisdicción es aquella función del Estado consistente en la tutela y realización del Derecho objetivo, esto es, en decir y hacer el Derecho ante concretas situaciones en que se alega la infracción de una norma jurídica. Esta supuesta infracción del ordenamiento es la causa de un conflicto, que la Jurisdicción tiende a resolver.

En los Estados modernos, el ejercicio de la función jurisdiccional está monopolizado por el poder público: está proscrita la autotutela, de modo que los ciudadanos han perdido la facultad de tutelar y realizar por sí mismos sus propios derechos subjetivos. En caso de infracción y conflicto, y en ausencia de acuerdo, tendrán que acudir a los órganos jurisdiccionales.

Este esquema de monopolio estatal en la solución de controversias debe estar política y socialmente legitimado; y esa legitimación solo la alcanza si realmente satisface los intereses de los justiciables de forma plena. Por eso, el Estado está obligado a reconocer a los ciudadanos una serie de derechos frente a la Jurisdicción (esto es, frente a sí mismo): como compensación por la pérdida de la autotutela, se reconoce que los ciudadanos ostentan una serie de derechos frente a la Jurisdicción que les aseguran que, con la intervención de los órganos jurisdiccionales, los conflictos se van a resolver en todo caso en el sentido en que lo quiere el ordenamiento.

Ha de notarse que, como consecuencia de la existencia de la Jurisdicción, una vez nacido el conflicto y comenzado el proceso, el «sujeto pasivo» de los derechos del demandante ya no es el demandado, sino el tribunal. Es cierto que inicialmente puede existir, por ejemplo, una relación crediticia entre A y B, en virtud de la cual B está obligado a pagarle a A la suma de X euros. Sin embargo, en caso de impago en el momento debido, en cuanto A acude a la Jurisdicción, a quien se dirige ya no es a B, sino al tribunal: le pide a ese tribunal que condene a B a pagarle la cantidad adeudada; de quien A «espera» algo, en definitiva, es del tribunal.

Por eso, los derechos que los justiciables tienen frente a la Jurisdicción o Administración de Justicia son siempre derechos subjetivos *públicos*: porque son derechos que se tienen *frente al Estado*, no frente a los demás particulares.

2. Derechos de los justiciables en el ámbito procesal civil

El sistema de derechos de que dispone el justiciable frente a la Jurisdicción dentro del ámbito del proceso civil se explica de forma gradual, en una estructura integrada por tres peldaños o niveles de protección.

2.1. El derecho de acceso a los tribunales

Así, en primer término, debe reconocerse la existencia del denominado «derecho de acceso a los tribunales», que podría conceptuarse como aquel derecho incondicionado e ilimitado de acudir a los órganos jurisdiccionales formulando una solicitud de tutela. En otros términos, cualquier justiciable puede presentar ante cualquier tribunal la demanda que le parezca oportuna, pretendiendo cualquier tipo de tutela.

> De modo gráfico, este derecho se traduce en la imagen de que «las puertas de los tribunales permanecen siempre abiertas» para los justiciables.

Se trata de un derecho incontrovertido, tanto más desde el momento en que se comprueba que es un derecho de contenido escaso: se satisface con una resolución fundada en Derecho, aunque sea de rechazo frontal. Por mucho que la demanda se haya presentado por quien carece de condiciones para hacerlo, o ante un órgano jurisdiccional que no es competente para tramitarla, lo cierto es que el tribunal, a la hora de rechazarla, ha de justificar por qué lo hace y, además, ha de hacer esa justificación en Derecho, es decir, con argumentos jurídicos. Están prohibidos, en consecuencia, los llamados «rechazos de plano», esto es, aquellos que no van acompañados de las razones que los justifican

2.2. El derecho al proceso o a la sentencia sobre el fondo

En segundo lugar, se encuentra el denominado «derecho al proceso» o «derecho a la sentencia de fondo». Se suele dar esta denominación al derecho del demandante a que, presentada su demanda, el tribunal le dé curso y tramite el proceso por todos sus cauces hasta dictar una sentencia que se pronuncie sobre el fondo del litigio: esto es, una sentencia en la que se decida si se concede o no al demandante la tutela que ha pedido en la demanda. Este derecho tiene un contenido

mucho mayor, pero no es incondicionado; su reconocimiento está supeditado a la concurrencia de una serie de presupuestos procesales y a la ausencia de óbices procesales.

a) Los denominados «presupuestos procesales» son ciertos requisitos que condicionan la facultad del tribunal para dictar sentencia sobre el fondo y que se proyectan tanto sobre el propio órgano jurisdiccional («presupuestos de jurisdicción»), como sobre las partes («presupuestos de personalidad»): en términos muy generales, solo existe derecho a la sentencia de fondo si la demanda se solicita ante el tribunal que, según las leyes, tenga competencia para conocer de ella –no cualquier tribunal está facultado para resolver cualquier litigio– y si las partes del proceso gozan de ciertos niveles de capacidad y representación técnica en el proceso.

> Los presupuestos procesales de jurisdicción son la competencia internacional, la jurisdicción por razón de la materia, la competencia objetiva y la competencia funcional. Los presupuestos procesales de personalidad son la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la representación y la postulación. Todos ellos se estudiarán en lecciones posteriores.

Junto a los presupuestos de jurisdicción y personalidad, no es extraño que el legislador introduzca, por razones de política legislativa, otros presupuestos procesales de naturaleza diferente. Así, el pago de la tasa judicial, cuando proceda, es un requisito que condiciona el derecho al proceso, como forma de asegurar de su abono. Y, tras la LOEP, el intento previo de una solución negociada se ha convertido, igualmente, en un presupuesto procesal, sin el cual tampoco puede desarrollarse válidamente el proceso.

> Este tipo de requisitos, como puede verse, son contingentes: pueden darse o no darse, pues realmente no condicionan la validez de las actuaciones procesales en cuanto tales –como sí sucede con los requisitos de jurisdicción y personalidad–, sino que persiguen finalidades distintas, que el legislador considera legítimas y proporcionadas en un momento determinado.

b) En cuanto a los «óbices procesales», representan ciertas circunstancias cuya concurrencia en un caso concreto impide que pueda dictarse sentencia sobre el fondo: por ejemplo, la cosa juzgada, esto es, el hecho de que en relación con esa controversia ya se haya dictado anteriormente una sentencia judicial firme, que impide que pueda volver a enjuiciarse (*non bis in idem*); o la litispendencia, que se produce cuando aún se está tramitando un proceso anterior con el mismo objeto que el proceso que se pretende iniciar; o la existencia de un convenio arbitral, que impide el enjuiciamiento del litigio por tribunales estatales.

La satisfacción del derecho al proceso, como puede verse, queda ligada a lo que dispongan las normas procesales. Recuérdese lo dicho en relación con esto en la lección 1: las normas procesales no nos dicen a favor de quién ha resolverse la controversia, sino cómo ha de tramitarse el proceso para que pueda aplicarse en él de forma válida el Derecho al caso concreto.

2.3. El derecho de acción en sentido concreto o a la sentencia favorable

Finalmente, la culminación de los derechos del justiciable frente a la jurisdicción la constituiría el derecho de acción, en sentido concreto: el derecho a que esa sentencia de fondo, a la que se tiene derecho si se cumplen los presupuestos procesales, resulte favorable al demandante (en términos coloquiales, se trataría del derecho del actor a que la sentencia le otorgue la razón… si la tiene).

La existencia de este tercer derecho, con este contenido, es el caballo de batalla entre dos concepciones doctrinales opuestas: los defensores de la acción en sentido abstracto y quienes la conciben como un derecho de contenido concreto. En ambos casos, caracteriza a la acción su naturaleza de derecho subjetivo público, es decir, que se tiene frente al Estado y, más en concreto, frente a los órganos jurisdiccionales. Lo diferente, claro está, es el contenido de ese derecho, es decir, aquello que puede esperar el justiciable del Estado y, correlativamente, aquello que debe realizar este para quedar «liberado» de su obligación para con aquel.

Para quienes la entienden en sentido concreto, la acción puede definirse como *el derecho subjetivo público a obtener de los órganos jurisdiccionales una tutela concreta* (DE LA OLIVA SANTOS); esta tutela concreta variará en función de la singular acción ejercitada, atendiendo a la petición formulada al tribunal, puesta en relación con la causa de pedir (es decir, los hechos y los fundamentos jurídicos que se aducen para sostenerla). Se trata, formulado en otros términos, del derecho a que los órganos jurisdiccionales dicten una sentencia favorable al titular de la acción –que es, como regla, el titular del derecho subjetivo lesionado–. No se trata, como se ha visto, del único derecho reconocido a los justiciables frente al Estado-Jurisdicción, ni tampoco de un derecho incondicionado. Pero sí que representa la esencia de aquello a lo que los justiciables tienen derecho en caso de infracción de sus derechos subjetivos, como compensación por la abolición de la justicia privada y el establecimiento del monopolio estatal a la hora de resolver los conflictos intersubjetivos.

En cambio, entendido en sentido abstracto, el derecho de acción viene a conceptuarse como el derecho de los justiciables frente a los órganos jurisdiccionales a que estos tramiten el proceso por todas sus fases y dicten una sentencia sobre el fondo, en la que se aplique de manera correcta el Derecho objetivo: es decir, los partidarios de concebir la acción en sentido abstracto la identifican con lo que aquí se ha denominado como «derecho al proceso» o «derecho a la sentencia sobre el fondo». Su contenido, en comparación con el que proporciona la concepción concreta, es más reducido: porque en ningún momento se reconoce que el justiciable tenga un derecho frente al Estado a la obtención de una sentencia favorable, sino solo a una sentencia de fondo y, a lo sumo, a que en ella se haga una correcta aplicación del Derecho objetivo. Cabe suponer, claro está, que una recta aplicación de las normas jurídicas conducirá a una sentencia favorable para quien ha sido realmente perjudicado por la infracción de sus derechos; pero se trata de un salto lógico, que en modo alguno forma parte de aquello que el Estado «debe» al justiciable que acude a él en solicitud de tutela.

Aunque ambas concepciones admiten matices y variantes, la concepción concreta de la acción es la que a mi juicio resulta más satisfactoria, al menos desde un punto de vista conceptual, es decir, desde la perspectiva de la «arquitectura» de nuestro sistema de justicia y de tutela de los derechos.

La concepción abstracta analiza el asunto primordialmente desde la perspectiva del sujeto pasivo del derecho de acción –el tribunal– y señala lo que ha de hacer para liberarse de él: tramitar el proceso hasta el final y aplicar las normas jurídicas en la sentencia por la que decide su terminación. Resulta evidente, desde este ángulo, que el tribunal no puede hacer más que aplicar el Derecho al caso controvertido, en función de las alegaciones recibidas y de las pruebas observadas. Un normal funcionamiento del ordenamiento jurídico conduce a que, si todo se efectúa con corrección, la aplicación del Derecho supondrá la satisfacción del demandante que realmente lo merezca: porque, en definitiva, los derechos subjetivos solo existen en la medida en que gozan del reconocimiento del Derecho objetivo, del que traen causa. Por ello, es patente que a la concepción abstracta de la acción le subyace una concepción iusfilosófica que ubica la medida de lo justo en la decisión judicial que aplica correctamente el Derecho objetivo.

En cambio, la concepción concreta de la acción analiza la situación desde la perspectiva del titular del derecho –el demandante– e incide en aquello que es preciso para que este se sienta satisfecho –y disuadido del recurso a cualquier modalidad de justicia privada–. Este segundo enfoque parece más convincente: porque el proceso –al menos el proceso civil– no está concebido solo como cauce para que los órganos jurisdiccionales puedan aplicar el Derecho; esta aplicación correcta del Derecho no es un fin en sí misma, aunque constituya la esencia del contenido de la función jurisdiccional. El proceso, y la jurisdicción, en tanto que instrumentos, existen como forma de restablecer la paz social mediante la tutela de los derechos: el proceso está preordenado a reparar un derecho que el litigante afirma haber sido lesionado; y la aplicación con corrección del Derecho objetivo es solo un instrumento, como el propio proceso, para lograr la satisfacción de ese derecho. Concebidas así las cosas, resulta evidente que una sentencia en la que se proceda a una aplicación supuestamente correcta del Derecho objetivo puede ser, a pesar de todo, injusta, si realmente no satisface el derecho que efectivamente correspondía al actor. La medida de lo justo, desde esta concepción, no se reduce a las declaraciones de voluntad del Estado recogidas en las sentencias fundadas en el Derecho objetivo, sino que aparece vinculada de forma mucho más estrecha con la satisfacción de los derechos, que para tener verdadera entidad deben presuponerse existentes al margen de que hayan sido o no reconocidos por sentencia judicial.

El problema de la concepción abstracta de la acción radica en que, según sus esquemas, quien no recibe una sentencia favorable no puede entenderse que tenga «derecho» (no ya acción, sino derecho subjetivo material): se atribuye a la sentencia una suerte de fuerza constitutiva o creadora en el plano jurídico sustantivo (son las sentencias las que crean los derechos). La concepción concreta, en cambio, presume que la existencia de los derechos es un *prius*, que estos se

residencian en el sujeto desde que nacen: es por ello posible que, a pesar de la existencia del derecho, una sentencia erróneamente no lo considere así. Esa sentencia, según estos esquemas, será injusta.

El proceso, en definitiva, se plantea por el actor como instrumento para la satisfacción de «su» derecho, no para la simple aplicación del Derecho; por eso, toda demanda de tutela civil concluye con una petición concreta, en la que se especifica con detalle qué es lo que el demandante espera de una correcta aplicación del Derecho objetivo a la situación controvertida; la demanda, en otros términos, no se formula como una petición genérica de que «expuestos los hechos, se apliquen las normas oportunas y se deduzcan de ello las consecuencias jurídicas pertinentes».

Solo así se acaba explicando, en último término, el sistema de recursos. Porque si el derecho del demandante hubiera de considerarse satisfecho con una sentencia que aplicara el Derecho, ¿por qué razón habría de permitírsele solicitar su revisión y su sustitución por otra? Podría responderse, claro está, que la acción presupone una sentencia en la que se aplique *correctamente* el Derecho objetivo, y que el demandante puede entender que la sentencia de primera instancia no ha satisfecho su derecho. Ahora bien, si se mira con detenimiento, ¿cuál es el parámetro que le sirve al demandante para sostener que la aplicación del Derecho ha sido incorrecta?: sin lugar a dudas, la apreciación de que no ha recibido en la sentencia aquello que esperaba y había solicitado en su demanda. De hecho, si la sentencia hubiera reconocido su derecho, aunque con base en una aplicación incorrecta del ordenamiento, el demandante vencedor carecería a pesar de todo de gravamen o perjuicio para recurrir directamente la sentencia.

Con ello queda de manifiesto que lo que satisface la acción del demandante es una sentencia favorable (fundada, lógicamente, en una aplicación correcta del Derecho; pero también, de hecho, cuando la aplicación del Derecho ha sido errónea). El actor que vio desestimada su demanda recurre «porque no se le ha concedido algo a lo que él cree tener derecho» y ese «algo» no puede ser su derecho subjetivo material: al fin y al cabo, el derecho subjetivo material lo tiene exclusivamente frente al demandado, y no es precisamente el demandado quien le ha denegado la tutela, sino el tribunal. Subyace, como se puede ver, el sentimiento en los justiciables de que tienen algo más que el derecho a una sentencia sobre el fondo jurídicamente fundada y correcta; subyace, en definitiva, la noción de que el proceso está para otorgar la satisfacción a un derecho preexistente, satisfacción que solo es efectiva si la sentencia es favorable y otorga la concreta tutela pedida por el demandante.

3. Requisitos de la acción en sentido concreto (del derecho a la sentencia favorable)

Afirmada la existencia del derecho a una tutela jurídica concreta (= acción en sentido concreto), debe quedar claro que no se trata de un derecho incondicionado; antes bien, solo existe en el tribunal el deber de dictar sentencia

favorable al demandante si comprueba en el caso concreto la concurrencia de cuatro requisitos o condiciones: 1) la existencia de un derecho subjetivo o de una situación a la que el ordenamiento le haya asignado una eficacia análoga; 2) la legitimación; 3) la concurrencia de interés legítimo; 4) la accionabilidad.

3.1. Existencia de un derecho subjetivo o de una situación de eficacia jurídica análoga

Para que el tribunal deba dictar una sentencia favorable es imprescindible, en primer término, que exista como base del proceso un derecho subjetivo privado, esto es, el poder de un sujeto sobre un bien de la vida: por ejemplo, para que tenga éxito la acción reivindicatoria es necesario que exista un derecho de propiedad sobre la cosa; para que tenga éxito la acción de reclamación de la cantidad prestada, es necesario que exista un derecho de crédito derivado de un contrato de préstamo.

Hay, sin embargo, ciertas acciones que no se fundan en derechos subjetivos privados. Es lo que sucede, por ejemplo, con la acción de divorcio: el Derecho civil no concede al cónyuge que padece malos tratos un poder sobre el otro cónyuge que le permite esperar algo de él (esto sería un derecho subjetivo); en estos casos, lo que sucede es que si se da una situación de malos tratos, el ordenamiento le reconoce al cónyuge el derecho a solicitar de los tribunales que disuelvan el vínculo matrimonial (esto es, no hay derecho subjetivo, pero sí acción). En estos casos, la acción se funda en la concurrencia de una situación que, sin integrar un derecho subjetivo, tiene una eficacia jurídica análoga a la existencia de un derecho subjetivo, pues permite acudir a los tribunales en solicitud de una tutela concreta.

3.2. Legitimación

En cuanto a la legitimación del actor, puede entenderse como la titularidad de la acción, es decir, la aptitud para reclamar ante la jurisdicción la satisfacción del derecho de acción, solicitando una tutela concreta.

Como regla, esta aptitud se reconoce a quien afirma ser titular del derecho infringido –o, cuando la acción no se funda en un derecho subjetivo, a quien afirma encontrarse en la situación jurídica a la que el ordenamiento anuda la posibilidad de pedir una tutela judicial concreta–: como señala el art. 24.1 CE, se reconoce el derecho de todos a la tutela de *sus* derechos e intereses legítimos.

> Por su complejidad, se dedica al estudio de la legitimación una lección posterior.

3.3. Interés legítimo

Para que exista un derecho a la tutela jurídica debe existir un interés legítimo en que esa tutela sea concedida. Con la exigencia del interés se trata de evitar que se formulen pretensiones que no respondan a la existencia de un verdadero conflicto, por cuanto los órganos jurisdiccionales deben actuar el Derecho objetivo ante la existencia de controversias reales, no pudiendo limitarse a emitir dictámenes o a hacer declaraciones genéricas acerca de hipotéticas situaciones, a los simples efectos de ilustrar a las partes sobre el comportamiento más adecuado.

El interés se identifica así con la afirmación –y, en su caso, demostración– de que el fondo del asunto es «litigioso», «controvertido» y, por ende, debe ser resuelto por los órganos jurisdiccionales. Y no «litigioso» o «controvertido» a secas, sino entre actor y demandado. Así entendido, el concepto de interés es la respuesta a la pregunta de por qué es necesaria la tutela judicial que pide el actor frente al demandado.

> También por eso, de modo general, el tema del interés como condición de la acción se ha tratado tradicionalmente en relación con las acciones mero-declarativas: porque, como regla, no parece necesario que los tribunales dicten sentencias con ese contenido, salvo que realmente subyazca una controversia. Y por eso mismo no plantea problemas el interés cuando se trata de las clásicas acciones de condena, pues la petición misma, fundada en un incumplimiento o infracción, pone ya de relieve que la tutela judicial pedida es necesaria.

3.4. Accionabilidad

Junto al interés, es preciso que la tutela jurídica solicitada haya sido prevista como posible por el ordenamiento jurídico. A este requisito suele llamársele «accionabilidad» y no es sino la consecuencia de que la tutela concreta a la que el demandante puede tener derecho no es cualquiera que a él se le ocurra, o le parezca justa, sino aquella que esté prevista por el ordenamiento jurídico ante la infracción de su derecho subjetivo material.

> Por eso –a título de ejemplo de una norma que regula un supuesto de falta de accionabilidad– establece el art. 42 CC que no prosperará la acción destinada a forzar la voluntad renuente de quien se comprometió a contraer matrimonio y que la única tutela jurídica admisible en estos casos consiste en la indemnización de los perjuicios que la ruptura del compromiso conlleve.

La accionabilidad se asocia así a la noción de «remedio», cada vez más usual por influjo de la terminología jurídica angloamericana, que resulta muy gráfica: en función del derecho y de la infracción, el remedio ofrecido por el ordenamiento puede ser distinto; y solo se tiene derecho al concreto remedio que sea procedente en función de las variables anteriores.

En general la accionabilidad deriva de la propia naturaleza y contenido del derecho subjetivo cuya lesión determina la incoación del proceso y del modo en que este derecho se haya visto lesionado. Así, v.g., si el propietario se ha visto desposeído ilegítimamente de un bien, procederá la acción reivindicatoria para recuperar la posesión y, en su caso, la acción de reparación de los daños y perjuicios que la cosa haya experimentado debido a la desposesión o mientras estaba en poder del demandado –esos son los remedios adecuados, según el ordenamiento–. En cambio, si lo que sucede es que un sujeto afirma ante terceros que la cosa es suya y cuestiona que sea de quien se considera su titular, el derecho de propiedad otorga la acción meramente declarativa del dominio, pues la reivindicatoria no tiene sentido –no sería un remedio adecuado–.

En muchos sectores del ordenamiento, sin embargo, es el propio ordenamiento el que establece directamente cuáles son las acciones que puede ejercer el titular de un derecho o quien se halla en una posición jurídica

determinada; al hacerlo, define también el contenido de esos derechos o posiciones jurídicas. No es tanto que el contenido del derecho determine el contenido de la acción, sino que el contenido de las acciones otorgadas por el legislador es el que determina el contenido de los derechos.

> Es algo que sucede con frecuencia en materia de propiedad intelectual e industrial, de competencia desleal o de defensa de la competencia. Se trata de parcelas del ordenamiento relativamente nuevas, en las que tiene sentido que sea el propio legislador quien ofrezca el catálogo de remedios a disposición de los titulares de los derechos y posiciones jurídicas equivalentes.

4. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA POSICIÓN DEL JUSTICIABLE FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El estudio de la posición jurídica de los justiciables frente a la Administración de Justicia no puede desvincularse de la Constitución y del sistema de garantías y derechos que en ella se reconocen a los ciudadanos. En efecto, el de la Administración de Justicia y el de la jurisdicción es uno más de los ámbitos en que se produce la relación entre el Estado y sus ciudadanos, razón por la cual es obligado que el texto constitucional aluda a ello y deba garantizar también un determinado *status* a los ciudadanos en este terreno. Y ese *status* se les confiere a los justiciables a través del reconocimiento de derechos fundamentales.

> De hecho, debe reconocerse que no es solo una cuestión que afecte a la dimensión constitucional interna de cada Estado. Los textos supranacionales de protección de los derechos fundamentales también reconocen una serie de derechos frente a los sistemas judiciales de los Estados, que se integran con los reconocidos por las constituciones nacionales y que sirven al mismo tiempo de canon para su interpretación y su evolución. Así sucede con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Recordando sintéticamente las categorías dogmáticas del Derecho constitucional y de la Teoría General del Derecho se llega a la conclusión de que los derechos fundamentales, tal y como se enuncian en los textos constitucionales –y en los textos supranacionales–, son emanaciones concretas de la dignidad humana, cuya protección y fomento corresponde al Estado que pretenda ser legítimo.

Pues bien, en el ordenamiento español es el artículo 24 de la Constitución el que define los derechos fundamentales que se reconocen a los ciudadanos en el ámbito del proceso, esto es, en el ámbito de su relación con la jurisdicción, en los términos siguientes:

> «1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
>
> 2. Asimismo, todos tiene derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación

> formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia
>
> La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos».

A través de los derechos consagrados en el art. 24 CE el Estado está asegurando a sus ciudadanos, en tanto que justiciables –es decir, en sus relaciones con la jurisdicción– un estándar de tratamiento mínimo, que les permita mantener su dignidad en este ámbito de la vida social. Leído lo anterior en negativo, significa que las infracciones al precepto constituyen ataques a la dignidad inherente a toda persona y que es misión del Estado asegurar que las relaciones de los ciudadanos con la jurisdicción –como conjunto de órganos, pero también como función pública– se conciban de forma igualmente digna.

Así, estas previsiones constitucionales conllevan el reconocimiento de un conjunto de derechos y facultades a los justiciables que excede –con creces– lo que serían derivaciones del derecho de acción, se entienda en el sentido en que se entienda. Es cierto que a través de la dogmática sobre la acción se da respuesta al problema fundamental o básico que plantea el monopolio de la función jurisdiccional por el Estado, como sustitutivo de la autotutela y garante del respeto a los derechos e intereses legítimos de cada cual. Pero no puede negarse que los derechos que, según la doctrina de la acción, deben reconocerse a los justiciables son insuficientes para explicar de forma cabal y plena la posición de aquellos frente a la jurisdicción. A la noción que trata de responder a este interrogante es a la que se suele denominar, con base en el art. 24.1 CE, «derecho a la tutela judicial efectiva».

En concreto, el sistema de garantías constitucionales de los justiciables en el ámbito de lo jurisdiccional descansa sobre tres pilares diversos, deducibles todos ellos del art. 24 CE: 1) el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva; 2) el derecho fundamental a no padecer indefensión; 3) los concretos y singulares derechos o garantías proclamados en el art. 24.2 CE.

4.1. El derecho fundamental a la tutela judicial efectiva

El primer inciso del art. 24.1 CE proclama el derecho de todas las personas a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos. A pesar de que, en apariencia, estemos ante un único derecho fundamental, lo cierto es que bajo la expresión «derecho fundamental a la tutela judicial efectiva» late todo un entramado o conjunto de derechos, reconocidos a los ciudadanos en el ámbito de lo procesal o jurisdiccional; todos ellos, sumados, contribuyen al mantenimiento de la dignidad inherente a la persona en sus relaciones con la jurisdicción. Ha de reconocerse, además, el singular papel de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, pues es la que va deduciendo o destilando, con el paso del tiempo, las facetas o derechos fundamentales concretos que se pueden deducir de la expresión «tutela judicial efectiva». Entre esta constelación de derechos se pueden identificar, al menos los siguientes:

— El derecho al proceso o a una sentencia favorable: el Tribunal Constitucional, en reiteradas ocasiones, ha establecido que el derecho a la tutela judicial efectiva se agota cuando los órganos jurisdiccionales hayan dictado una resolución que resuelva la controversia (una sentencia sobre el fondo).

> Lo anterior no significa, sin embargo, que el Tribunal Constitucional esté asumiendo la concepción abstracta de la acción –y rechazando con ello la concepción concreta–. Lo único que está diciendo el Tribunal Constitucional es que el derecho al proceso tiene rango constitucional, rango que no tiene el derecho a la sentencia favorable. Y lo hace, en parte, por razones pragmáticas: si se reconociera rango constitucional al derecho a la sentencia favorable (derecho de acción en sentido concreto), la sentencia que no diera la razón a quien afirma tenerla sería considerada por ese sujeto lesiva de un derecho fundamental (el del art. 24.1 CE, si ese fuera su contenido), de modo que podría recurrirse en amparo; el Tribunal Constitucional se colapsaría y, además, se convertiría en una última instancia judicial, pues frente a todas las sentencias podría interponerse un recurso de amparo sobre la base de considerar que, al no conceder al demandante la tutela pedida, habría vulnerado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

— En relación con las sentencias y, en general, con las demás resoluciones dictadas por los órganos jurisdiccionales, forman parte de la proclamación del art. 24.1 CE los derechos subjetivos públicos a que estas sean congruentes y exhaustivas, y a que estén motivadas (esta exigencia de motivación también se establece en el art. 120.3 CE).

— También tenemos derecho los justiciables, en nuestras relaciones con los titulares de la función jurisdiccional, a que la actividad procesal respete en todo caso una serie de principios básicos, denominados jurídico-naturales (audiencia, igualdad y contradicción).

— Se integra también dentro del art. 24.1 CE el derecho a los recursos, entendido como derecho del justiciable a emplear los recursos queridos y previstos por el legislador ordinario frente a las resoluciones judiciales que se consideren desfavorables.

— También, y de forma indudable, el derecho a un proceso de ejecución: es decir, a que la tutela judicial no se agote con una proclamación de lo que es ajustado a Derecho en un caso concreto, sino que además se haga realmente efectiva adaptando la realidad al mandato judicial previo.

— Asimismo, la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva pasa también por el reconocimiento del derecho de los justiciables al empleo del sistema de medidas cautelares legalmente previsto –y también a que exista un sistema eficaz de medidas cautelares adecuado para evitar que la necesidad de acudir al proceso pueda perjudicar a los justiciables.

— Es igualmente inherente a la tutela judicial efectiva una garantía de seguridad jurídica que, en materia procesal, se identifica con la necesidad de respetar la institución de la cosa juzgada y la «intangibilidad» de las resoluciones firmes.

— Finalmente, forma parte también del mandato constitucional el derecho de los justiciables a la regularidad formal de los actos procesales y, especialmente, de los actos de comunicación, de los que depende, en definitiva, el efectivo ejercicio de los derechos en el proceso. Asimismo, también tiene rango constitucional el derecho de los justiciables a que los tribunales les permitan subsanar los vicios y defectos procesales en que hayan incurrido, siempre que tengan carácter subsanable.

La progresiva digitalización de la Administración de Justicia y de los procesos judiciales está forzando una cierta redefinición del alcance de los derechos de los justiciables en este contexto. El artículo 5 del RD-ley 6/2023 contiene un listado de «derechos digitales» de los ciudadanos: de modo genérico, se les reconoce el derecho a relacionarse por medios electrónicos con la Administración de Justicia, en los concretos términos en que estén legalmente reguladas las actuaciones a que se refiera su intervención; a esta previsión general se añaden derechos de alcance más limitado o de contenido más difuso, como el derecho a la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos, a un servicio personalizado de acceso a los procedimientos, a elegir el canal electrónico de entre los disponibles de su preferencia o a la protección de sus datos de carácter personal. La mayoría de estos derechos no tienen rango constitucional por sí mismos, pero su vulneración, en algunos casos, puede acabar teniendo trascendencia constitucional, en la medida en que pueda limitar el derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de derecho al proceso.

> Así lo ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, desde dos perspectivas contrapuestas. En el asunto *Lawyer Partners A.S. c. Eslovaquia*, de 2009, declaró que negar el uso de las herramientas electrónicas legalmente previstas era contrario al derecho de acceso a un tribunal establecido en el artículo 6.1 CEDH. Pero también se lesiona ese derecho cuando no se tiene por interpuesto un recurso porque el litigante no ha utilizado a tal fin la plataforma electrónica prevista, a pesar de que ello se había debido a dificultades técnicas (en el asunto *Xavier Lucas c. Francia*, de 2022).

4.2. La prohibición constitucional de indefensión

El conjunto de derechos fundamentales incardinados dentro de la tutela judicial efectiva no agota, con todo, el sistema de derechos a través de los cuales se configura la posición de los justiciables ante la jurisdicción. Entendió el constituyente que la dignidad de la persona ante la Administración de Justicia exigía también que a ningún ciudadano se le produjera indefensión en el ámbito de los procesos jurisdiccionales (art. 24.1 CE *i.f.*).

La prohibición de indefensión se debe considerar como el derecho a no verse privado ilegítima o injustamente de cualquier oportunidad de hacer valer sus derechos en el proceso. En términos más precisos, puede decirse que la indefensión es el resultado que se deriva de una privación o limitación injusta o ilegítima de medios de defensa –esto es, de alegación y/o de prueba– producida en el seno de un proceso, por motivos no imputables a quien la padece, y que se traduce en un perjuicio definitivo en sus derechos e intereses sustantivos. En consecuencia, y desmenuzando la definición:

1º. La indefensión es un resultado, no una actuación: y ese resultado consiste en un perjuicio de carácter definitivo –esto es, no reparable ya en el propio proceso– padecido por el justiciable en sus derechos e intereses sustantivos –esto, en aquellos que están en tela de juicio en el proceso–.

2º. Este resultado tiene una causa: la privación o la limitación que sufre una parte, en un proceso, respecto de sus facultades de formular alegaciones y practicar prueba en defensa de su posición jurídica.

3º. Es imprescindible para que pueda hablarse de indefensión que quien la padece no la haya provocado, ni siquiera por su negligencia: esto es, que la privación o limitación de las facultades procesales de alegación y prueba no le sea imputable a quien la padece (*v.g.*, porque dejó pasar un plazo).

> Ejemplos. En un determinado proceso entre A y B resulta vital el testimonio de T, pues vio cómo B hablaba por teléfono al tiempo que conducía su coche en el momento en que el vehículo atropelló al caballo de carreras de A.
>
> Situación 1: En la audiencia previa al juicio, A propone al tribunal que declare T como testigo en el acto del juicio, pero el tribunal rechaza admitir esta prueba, sin ofrecer justificación alguna. En consecuencia, se celebra el juicio sin escuchar el testimonio de T y el tribunal, dado que no ha quedado probado que B estuviera hablando por teléfono en el momento del accidente, considera que se trata de un caso fortuito y lo absuelve. En este caso, se ha producido indefensión, porque como consecuencia de la negativa injustificada del tribunal a admitir la prueba propuesta por A se le ha producido a este un perjuicio material (no ha ganado el proceso), sin que ese resultado le sea imputable.
>
> Situación 2: En la audiencia previa al juicio, A propone al tribunal que declare T como testigo en el acto del juicio, pero el tribunal rechaza admitir esta prueba, sin ofrecer justificación alguna. En consecuencia, se celebra el juicio sin escuchar el testimonio de T (hasta aquí, todo igual que en el supuesto anterior). Sin embargo, en el juicio, B es interrogado y reconoce que hablaba por teléfono. El tribunal, en consecuencia, dicta sentencia estimatoria de la pretensión de A. Aquí no se ha producido indefensión, porque aunque se privó ilegítimamente a A de su derecho a utilizar el testimonio de T, la sentencia le ha sido favorable, no se le ha producido un perjuicio material.
>
> Situación 3. En la audiencia previa al juicio, A no propone al tribunal que declare T como testigo, a pesar de que conocía el valor que podría tener su declaración. El día del juicio, sin embargo, A acude a la sede del tribunal acompañado de T y le pide al tribunal que admita su declaración. El tribunal, sin embargo, rechaza esta petición, por considerar que ya le ha precluido a A la posibilidad de proponer prueba –tenía que haberlo hecho en la audiencia previa–. En consecuencia, se celebra el juicio sin escuchar el testimonio de T y el tribunal, dado que no ha quedado probado que B estuviera hablando por teléfono en el momento del accidente, considera que se trata de un caso fortuito y le absuelve. En este caso, tampoco se ha producido indefensión, porque la causa de que no se practicara la prueba testifical es imputable a A, que no propuso el testimonio en tiempo y forma.

4.3. Los derechos fundamentales del art. 24.2 CE

El cuadro de la posición del justiciable ante la Administración de Justicia se completa con los derechos proclamados de forma expresa en el art. 24.2 CE, que son, a menudo, plasmaciones concretas de postulados que ya se deducen del art. 24.1 y a los que no siempre conviene con precisión la denominación de «derecho». De entre ellos, algunos tienen validez general, es decir, son predicables de todos los justiciables cualquiera que sea el ámbito jurisdiccional en el que se encuentren involucrados. Se trata de los siguientes:

a) El derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, que comporta varias exigencias:

> 1ª. Que el órgano jurisdiccional que haya de resolver una controversia haya sido creado con carácter previo a la incoación del proceso.
>
> 2ª. Que su jurisdicción y competencia para conocer del asunto hayan sido establecidas por la ley procesal con carácter también previo a la incoación del proceso.
>
> 3ª. Finalmente, que el órgano jurisdiccional llamado a resolver la controversia no pueda tener la consideración de tribunal excepcional o «ad hoc».

b) El derecho a la defensa y a la asistencia de abogado, es decir, el derecho a recibir consejo de un profesional del Derecho habilitado para ello y a que el abogado pueda desarrollar de forma plena su labor de defensa de la posición jurídica de su cliente. Este derecho abarca el derecho a la libre designación de abogado. Su regulación ha sido objeto de desarrollo reciente a través de la Ley Orgánica 5/2024, de 11 de noviembre, del Derecho de Defensa.

> Tanto doctrina como jurisprudencia consideran que la asistencia de abogado en un proceso concreto es una cuestión de configuración legal, es decir, la Constitución no impone que la intervención de letrado sea preceptiva en cualquier proceso, sino que el legislador tiene la posibilidad de establecerla como obligatoria o no. Pero, en cualquier caso, el derecho fundamental del art. 24.2 proscribe que se obstaculice o impida la asistencia de abogado en las actuaciones procesales ante cualquier orden jurisdiccional, evidentemente cuando esta asistencia es obligatoria, pero también aunque no sea preceptiva para el proceso concreto de que se trate. Por otro lado, el TEDH, el TC y el TS reconocen, cada vez con mayor insistencia, que la asistencia letrada ha de tener una calidad mínima, especialmente en materia penal.

c) El derecho a un proceso público, es decir, a que las actuaciones del proceso puedan ser conocidas por terceros, con independencia de que sean orales o escritas, o de que sean presenciales o telemáticas. Este derecho, según se verá más adelante, puede ceder en determinados supuestos, por razones de eficacia (*v.g.*, la fase de instrucción de los procesos penales) o por razones de tutela de la intimidad de las partes (*v.g.*, en los procesos matrimoniales).

d) El derecho a un proceso con todas las garantías, que se ha acabado convirtiendo, gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en una especie de «cajón de sastre» en el que se incluyen derechos y garantías que no

están expresados en ningún otro apartado del art. 24 CE: así, a modo de ejemplo, se reconducen a esta noción el derecho fundamental a un tribunal imparcial y a la contradicción.

e) El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas: se trata del derecho a que los procesos tengan una duración razonablemente conforme con las previsiones legales y a que su duración no se prolongue de forma excesiva en el tiempo por motivos que no sean imputables a los justiciables.

f) El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa.

Existen, en cambio, otros derechos que solo pueden desplegar su eficacia en el ámbito de las relaciones entre los ciudadanos y la jurisdicción penal (o, más matizadamente, y no respecto de todos, de la actividad sancionadora de la Administración). Esto es lo que sucede con los siguientes:

— El derecho a ser informado de la acusación.

— El derecho a no declarar contra sí mismo y a no declararse culpable.

— El derecho a la presunción de inocencia, que es el auténtico eje vertebrador de la posición jurídica del sujeto pasivo del proceso penal y que obliga a tratarlo como jurídicamente inocente, de modo que durante la tramitación del proceso no se le puedan exigir más sacrificios que los mínimamente imprescindibles. La presunción de inocencia supone, además, la plasmación de los requisitos que han de concurrir para que un órgano jurisdiccional penal pueda llegar a la convicción de que el acusado es responsable de la conducta delictiva enjuiciada y de que debe dictarse, en consecuencia, una sentencia condenatoria.

4.4. Consecuencias de la constitucionalización de la posición del justiciable a través de derechos fundamentales

La suma de todas estas facultades y derechos que se desprenden del art. 24 CE determina, en la actualidad, la posición de los ciudadanos ante la jurisdicción, es decir, las garantías mínimas que deben serles respetadas cuando se ven involucrados en un proceso para la resolución de un conflicto jurídico. Y porque todas ellas integran algo que para el constituyente merecía la consideración de derecho fundamental, son acreedoras de una tutela especialmente intensa.

— En primer término, ha de respetarlas el legislador al redactar las normas procesales: en caso contrario, la ley procesal será inconstitucional y se podrá acudir al control de constitucionalidad a cargo del Tribunal Constitucional (por ejemplo, si se introdujera un modelo procesal en que se admitieran las sentencias sin motivar, o en el que se prohibiera la subsanación de los vicios procesales).

— Pero, sobre todo, no pueden apartarse de estas garantías los titulares de la función jurisdiccional al ejercerla: su infracción ha de ser corregida por ellos mismos a través de los recursos y, en último término, por el Tribunal Constitucional a través de la vía del recurso de amparo. En efecto, cuando en el marco de un proceso se ha vulnerado alguno de los derechos fundamentales consagrados en el art. 24 CE, el litigante perjudicado podrá ponerlo de manifiesto en el propio proceso, para lograr la reparación de su derecho; si no consigue esta

reparación, podrá acudir en último término al Tribunal Constitucional, a través de la vía del recurso de amparo.

— Más aún: ha de tenerse en cuenta que buena parte de estos derechos y garantías también están reconocidos en textos supranacionales que han creado un entramado institucional específico para asegurar que los Estados los respetan. Por eso, cuando el Tribunal Constitucional no admite a trámite o desestima un recurso de amparo, es posible acudir a esas instancias supranacionales, para tratar de obtener su amparo o reconocimiento. El ejemplo más claro se produce cuando se acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para denunciar la vulneración por un Estado de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

5. LA ASISTENCIA JURÍDICA GRATUITA EN EL PROCESO CIVIL

El art. 119 CE establece que «la justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley, y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar». Este precepto es objeto de desarrollo legislativo a través de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, encargada de regular el contenido y el modo de acceso a lo previsto por la Constitución, y que resulta de aplicación con independencia del orden jurisdiccional ante el que se plantee la controversia.

En la práctica, el núcleo de los costes económicos derivados del acceso a la tutela judicial viene determinado por la intervención en el proceso, por imperativo legal en la mayor parte de las ocasiones, de profesionales especializados en la defensa y representación de los justiciables (abogados y procuradores). También puede generar importantes costes la obtención de ciertas pruebas documentales y periciales, así como el recurso a determinados profesionales, como los notarios o los registradores de la propiedad.

Para evitar que los justiciables que carezcan de recursos propios suficientes para afrontar los costes económicos del proceso pierdan en la práctica el derecho a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE), el Estado arbitra una serie de mecanismos y procedimientos para reconocerles el derecho a la asistencia jurídica gratuita: será el Estado, y no el justiciable, quien corra con la mayoría de los gastos del proceso. El derecho a la asistencia jurídica gratuita es, por tanto, una materialización del derecho a la tutela judicial efectiva, en su dimensión de derecho de acceso a la jurisdicción y a la defensa.

5.1. Requisitos y beneficiarios

El derecho a la asistencia jurídica gratuita solo podrá reconocerse a quienes litiguen en defensa de derechos o intereses propios –o ajenos cuando tengan fundamento en una representación legal–. En el orden jurisdiccional civil, tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita los siguientes sujetos (art. 2 LAJG):

a) Las *personas físicas*, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita determinadas categorías de personas:

— las víctimas de violencia de género, de terrorismo y de trata de seres humanos en aquellos procesos que tengan vinculación, deriven o sean consecuencia de su condición de víctimas;

— las personas con discapacidad necesitadas de especial protección cuando sean víctimas de delitos de homicidio, de lesiones de los arts. 149 y 150 CP, del delito de maltrato habitual del art. 173.2, en los delitos contra la libertad, en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de trata de seres humanos;

— las mujeres y los menores que sean víctimas de delitos contra la libertad sexual, de mutilación genital femenina, matrimonio forzado y acoso con connotación sexual;

— quienes a causa de un accidente acrediten secuelas permanentes que les impidan totalmente la realización de las tareas de su ocupación laboral o profesional habitual y requieran la ayuda de otras personas para realizar las actividades más esenciales de la vida diaria, cuando el objeto del litigio sea la reclamación de indemnización por los daños personales y morales sufridos.

Se entiende que hay *insuficiencia de recursos para litigar* (art. 3 LAJG), respecto de las personas físicas, cuando carezcan de patrimonio suficiente y sus recursos e ingresos económicos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, no superen ciertos umbrales:

— Dos veces el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas no integradas en ninguna unidad familiar.

— Dos veces y media el IPREM cuando se trate de personas integradas en alguna de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros.

— El triple del IPREM cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros o que tengan reconocida su condición de familia numerosa de acuerdo con la normativa vigente.

En atención a *circunstancias excepcionales* (art. 5 LAJG) –*v.g.* número de hijos o familiares a su cargo– la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita podrá conceder el reconocimiento del derecho a personas cuyos ingresos no excedan del quíntuplo del IPREM.

Para determinar la suficiencia o insuficiencia de recursos se tendrán en cuenta además de las rentas y otros bienes patrimoniales o circunstancias que declare el solicitante, los signos externos que manifiesten su real capacidad económica. La titularidad de bienes inmuebles se tendrá en cuenta solo si no se trata de la vivienda habitual del solicitante. Se negará el derecho a la asistencia jurídica gratuita si dichos signos, desmintiendo la declaración del solicitante, revelan con evidencia que este dispone de medios económicos que superan el límite fijado por la ley (art. 4 LAJG).

Procederá una valoración individual cuando el solicitante acredite la existencia de intereses familiares contrapuestos en el litigio para el que se solicita la asistencia.

b) Tratándose de *personas jurídicas*, la asistencia gratuita se reconoce a las asociaciones de utilidad pública y a las fundaciones inscritas, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar, esto es, cuando careciendo de patrimonio suficiente el resultado contable de la entidad en cómputo anual fuese inferior a la cantidad equivalente al triple del indicador público de renta de efectos múltiples.

> Con independencia de la existencia de recursos para litigar, se reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita a las asociaciones que tengan como fin la promoción y defensa de los derechos de las víctimas del terrorismo.

5.2. Contenido material del derecho

El derecho a la asistencia jurídica gratuita comprende una serie de prestaciones (art. 6 LAJG), entre las que, teniendo en mente el proceso civil, destacan las siguientes:

— Asesoramiento y orientación gratuitos previos al proceso a quienes pretendan reclamar la tutela judicial de sus derechos e intereses, así como información sobre la posibilidad de recurrir a la mediación u otros medios extrajudiciales de solución de conflictos, cuando tengan por objeto evitar el conflicto procesal, o analizar la viabilidad de la pretensión.

— Defensa y representación gratuitas por abogado y procurador en el procedimiento judicial, cuando la intervención de los mismos sea legalmente preceptiva, o sin serlo, sea requerida expresamente por el órgano judicial para garantizar la igualdad de las partes en el proceso.

— Asistencia de abogado en cualquiera de los MASC permitidos por la ley a los que se acuda en un caso concreto para dar cumplimiento al requisito de procedibilidad del art. 5 LOEP siempre que en el eventual proceso judicial posterior fuese preceptiva la asistencia letrada o cuando, no siéndolo, la parte contraria actúe con abogado (recuérdese que, en la gran mayoría de los asuntos civiles, es preciso haber intentado –sin éxito– un MASC para que la demanda judicial resulte admisible).

— Inserción gratuita de anuncios o edictos, en el curso del proceso, que preceptivamente deban publicarse en periódicos oficiales.

— Exención del pago de depósitos necesarios para la interposición de recursos.

— Asistencia pericial gratuita.

— Obtención gratuita de copias, testimonios, instrumentos y actas notariales (así como reducciones del 80% en ciertos derechos arancelarios de notarios y registradores).

En lo relativo a su *duración*, la asistencia jurídica gratuita en el transcurso de una misma instancia se extiende a todos sus trámites e incidencias, incluida la ejecución, pero no podrá aplicarse a un proceso distinto. El derecho a la asistencia jurídica gratuita se mantendrá para la interposición y sucesivos trámites de los recursos (art. 7 LAJG).

5.3. Procedimiento para el reconocimiento del derecho

En el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita intervienen fundamentalmente dos órganos: los Colegios de Abogados y las Comisiones de Asistencia Jurídica Gratuita, órganos administrativos de ámbito provincial, que son quienes efectúan el reconocimiento del derecho. La forma y trámites para solicitar y obtener el derecho se detallan en la propia LAJG.

De forma especial, puede suceder que el abogado designado para un proceso considere *insostenible la pretensión* que pretende hacerse valer. En tal caso deberá comunicarlo a la Comisión dentro de los seis días siguientes a su designación, exponiendo los motivos jurídicos en que fundamenta su decisión. Transcurridos los seis días sin que se produzca tal comunicación, el abogado queda obligado a asumir la defensa (art. 32). Formulada la alegación de insostenibilidad de la pretensión, la Comisión recabará del Colegio de Abogados un dictamen sobre su viabilidad, que deberá emitirse en un plazo de seis días (art. 33). Si el Colegio de Abogados o el Ministerio Fiscal estimaran defendible la pretensión, se procederá al nombramiento de un segundo abogado, para quien será obligatoria la defensa. En caso de que el Colegio de Abogados y el Ministerio Fiscal estimaran indefendible la pretensión, la Comisión desestimará la solicitud de asistencia jurídica gratuita (art. 34): la sostenibilidad o viabilidad de la pretensión es, por tanto, un requisito para disfrutar del derecho a la asistencia jurídica gratuita.

Este mismo procedimiento se seguirá cuando lo que se pretenda sea interponer recursos contra resoluciones que hayan puesto fin a la instancia y el Abogado del recurrente considerase inviable la pretensión de recurrir.

5.4. Reintegro económico

A pesar de que alguno de los litigantes se haya beneficiado del derecho a la asistencia jurídica gratuita, al final del proceso es posible que deban efectuarse ciertos reintegros económicos, a cargo del beneficiario o de la parte contraria, regulados en el art. 36 LAJG.

— Si la sentencia que ponga fin al proceso se pronuncia en costas a favor de quien obtuvo el derecho a la asistencia jurídica gratuita (= condena en costas al litigante contrario), deberá la parte contraria abonar las costas causadas en la defensa de aquella. El importe de las costas debe ser abonado directamente al abogado que intervino, que estará legitimado para instar su tasación y que estará obligado a devolver las cantidades que eventualmente hubiera percibido ya con cargo a fondos públicos.

— Si la sentencia que ponga fin al proceso condena en costas al beneficiario del derecho, este quedará obligado a pagar las causadas en su defensa y las de la parte contraria, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viniere a mejor fortuna, quedando mientras tanto interrumpida la prescripción del art. 1967 CC. Se presume que ha venido a mejor fortuna cuando sus ingresos y recursos económicos exceden del doble del IPREM o se han alterado en su favor las circunstancias que sirvieron de base para tal reconocimiento.

— Si la sentencia que ponga fin al proceso no contiene expreso pronunciamiento en costas (= cada parte habrá de abonar las causadas a su instancia), y si vence en el pleito el beneficiario de la asistencia jurídica gratuita, deberá pagar las costas causadas en su defensa, siempre que no excedan de la tercera parte de lo que en él haya obtenido. Si excedieren, se reducirán a prorrata.

— Los profesionales que han sido pagados conforme a estas reglas deberán devolver las cantidades eventualmente recibidas con cargo a los fondos públicos.

LECCIÓN 5

EL PROCESO Y SUS PRINCIPIOS

1. Concepto de proceso; proceso y juicio (o enjuiciamiento); proceso y procedimiento. — 2. Proceso de declaración, proceso de ejecución y medidas cautelares. — 3. Proceso civil y proceso penal. — 4. Procesos ordinarios y procesos especiales. — 5. Visión panorámica de los procesos civiles declarativos: el juicio ordinario y el juicio verbal. — 6. Los principios del proceso. — 7. Los principios jurídico-naturales: audiencia, igualdad y contradicción. — 8. Los principios jurídico-técnicos: 8.1. En el proceso civil: principios de oportunidad, dispositivo y de aportación de parte; 8.2. En el proceso penal: principios de necesidad, de oficialidad y de investigación de oficio. — 9. Las formas del proceso y la configuración externa del proceso: 9.1. Oralidad, escritura y formato electrónico; 9.2. Publicidad y secreto. — 10. El impulso procesal.

1. CONCEPTO DE PROCESO; PROCESO Y JUICIO; PROCESO Y PROCEDIMIENTO

[*Concepto de proceso*] La labor de aplicar el Derecho al caso concreto, que tienen encomendada los tribunales, no puede improvisarse, ni realizarse de cualquier manera, sino que ha de ajustarse siempre a un proceso. El proceso es el instrumento a través del cual se lleva a cabo la función jurisdiccional: se trata, además, de un instrumento necesario, pues sin proceso no puede haber jurisdicción.

En efecto, la función jurisdiccional no puede desempeñarse a través de un solo acto, sino que le es consustancial la idea de «actividad» o de «pluralidad de actuaciones», nociones ambas con las que se asocia el concepto de «proceso».

El proceso lo integra así el conjunto de actuaciones que han de llevarse a cabo para tutelar y realizar el Derecho en el caso concreto; y esas actuaciones se suceden en el tiempo de manera ordenada, es decir, con arreglo a unos criterios en virtud de los cuales se considera conveniente que tengan lugar unos antes que otros. Por eso, se puede definir el proceso como una *serie o sucesión jurídicamente regulada de actuaciones tendentes a la aplicación del ordenamiento en un caso concreto*.

Se suele decir, también, que el proceso tiene un carácter *artificial*. En efecto, existen ciertas instituciones que preexisten a su regulación legal: es lo que sucede, por ejemplo, con la compraventa, la permuta, el matrimonio o la sucesión; son realidades sociales que el ordenamiento regula, pero que también existirían más o menos espontáneamente aunque no estuvieran reguladas de manera expresa en ninguna norma. En cambio, los procesos judiciales no son realidades previas a su regulación, sino que, al contrario, solo existen en la medida en que existe una norma jurídica que los crea, es decir, que establece cuáles son los concretos actos

de que se componen y cuál es el orden en que deben sucederse. En definitiva, se puede sostener que el proceso es una creación artificial del legislador.

[*Diferencia entre proceso y juicio*] En el lenguaje coloquial, y también en el lenguaje jurídico, resulta habitual identificar los términos de «proceso» y «juicio». No obstante, si queremos ser rigurosos y precisos, designan realidades diferentes. Por «juicio» debe entenderse la acción y el efecto de juzgar, y juzgar –o enjuiciar– es subsumir unos hechos ciertos en una norma jurídica y deducir de ello unas consecuencias jurídicas. El proceso es una serie de actuaciones que están preordenadas para que a su término el tribunal emita un juicio: se puede decir así que el proceso es un instrumento para llegar al juicio –entendido aquí el término «juicio» como sinónimo de decisión sobre el fondo del asunto.

Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que el propio proceso está hecho, a su vez, de juicios –«pequeños» juicios, si se quiere, sobre cuestiones distintas del fondo del asunto–: todo tribunal efectúa constantemente juicios a lo largo del proceso (por ejemplo, si admite o no una demanda, si admite una determinada prueba, si concede un aplazamiento de una actuación), gracias a los cuales el proceso avanza y esto es lo que le permite, a su término, emitir el juicio definitivo.

La palabra «juicio» también tiene otras acepciones, además de la que equivale a enjuiciamiento:

— En ocasiones, se usa para referirse a determinados actos del proceso, normalmente actuaciones de tipo oral, de carácter probatorio y que se celebran en público (así, se dice que «se está celebrando un juicio»).

— La legislación también utiliza la palabra «juicio» como sinónimo de procedimiento: así, se habla del «juicio ordinario» y del «juicio verbal» como modalidades procedimentales en el proceso civil, o de los «juicios rápidos» y de los «juicios por jurado» en el proceso penal.

[*Diferencia entre proceso y procedimiento*]. También es frecuente en el lenguaje coloquial y jurídico utilizar como equivalentes los términos «proceso» y «procedimiento», a pesar de que designan realidades diferentes. El procedimiento es la definición en abstracto del conjunto de actuaciones que integran un proceso. El proceso es la actualización o materialización en cada caso concreto de ese conjunto de actuaciones. El procedimiento, por tanto, son las reglas que han de seguirse para tramitar un concreto proceso, de modo que el proceso es el resultado concreto de seguir en un caso determinado las reglas generales del procedimiento. De este modo, existirán en abstracto tantos procedimientos como haya diseñado el legislador, pero habrá tantos procesos como controversias se sometan a los tribunales y se tramiten ante ellos.

> Si se admite el símil, el procedimiento vendría a ser el reglamento de fútbol –o de ajedrez, o de cualquier otro deporte o de un juego de cartas– y el proceso el partido –o partida– que se juega con arreglo a ese reglamento.

2. Proceso de declaración, proceso de ejecución y medidas cautelares

Ya se ha visto que la función jurisdiccional consiste en la tutela y realización del ordenamiento, esto es, en decir y en hacer el Derecho en el caso concreto. Por ello, resulta posible distinguir en ella dos subfunciones diferentes: de un lado, la que consiste en tutelar el ordenamiento, en *decir* el Derecho en el caso concreto; de otro, la consistente en la realización del ordenamiento, en *hacer* el Derecho en el caso concreto. Esta distinción da lugar, a su vez, a la distinción entre proceso de declaración y proceso de ejecución.

La subfunción jurisdiccional consistente en *decir* el Derecho se lleva a cabo a través del *proceso de declaración*, que se puede definir así como el conjunto de actuaciones encaminadas a que el tribunal dicte una sentencia en la que decida qué es lo jurídico en el caso concreto, cuál es en ese supuesto el «deber ser» –cómo deberían ser las cosas para ser conformes a lo que el ordenamiento establece–. En función del resultado que pretende obtener el demandante a través del proceso de declaración –esto es, en función de la acción que se ejercite o del remedio que se pretenda–, se pueden distinguir tres clases de proceso declarativo:

— Procesos meramente declarativos: son aquellos en que se pretende que el tribunal dicte una sentencia en la que declare la existencia, inexistencia o el modo de ser de una relación jurídica o de una situación jurídica.

> Ejemplo. Que el tribunal declare que un determinado negocio jurídico es nulo de pleno derecho; o que declare que el propietario de una cosa es A, y no B, a pesar de que B la posee y afirma que es su propietario.

— Procesos declarativos de condena: son aquellos en que se pretende que el tribunal dicte una sentencia condenando, es decir, ordenando al demandado la realización de una prestación (dar, hacer u omitir algo).

> Ejemplo. Que el tribunal condene al comprador al pago del precio de la mercancía al vendedor; o que se condene a la empresa propietaria del laboratorio farmacéutico X a abstenerse de producir y comercializar un medicamento en infracción de la patente de la que es titular la demandante.

— Procesos constitutivos: son aquellos en que se pretende que el tribunal dicte una sentencia que cree, modifique o extinga una relación jurídica o una situación jurídica.

> Ejemplo. Que el tribunal dicte sentencia de divorcio, por la que se disuelve un matrimonio; o que el tribunal anule un negocio jurídico anulable, que era eficaz hasta el momento de la sentencia, pero que pierde esa eficacia con su anulación.

Al término de un proceso de declaración, sea del tipo que sea, lo que se consigue es la proclamación abstracta de qué es en ese caso lo que es conforme a Derecho. Ahora bien, la sentencia por sí sola no sirve para transformar la realidad, de modo que se adecue a ese deber ser proclamado en la sentencia: para eso es necesario el *proceso de ejecución*, que es el conjunto de actividades encaminadas a hacer el Derecho en el caso concreto. El proceso de ejecución se caracteriza porque en él se decide poco y se hace o se actúa mucho: dado que el tribunal ya

sabe –porque hay sentencia o un título ejecutivo con eficacia equivalente– lo que es conforme a Derecho, ha de limitarse a realizar lo preciso para transformar la realidad –por ejemplo, embargando bienes del deudor condenado al pago de una cantidad de dinero y vendiéndolos en subasta pública, para entregar al acreedor el dinero obtenido–.

A medio camino entre el proceso de declaración y el proceso de ejecución se encuentran las *medidas cautelares*. La existencia de las medidas cautelares parte de una premisa: la tramitación de un proceso declarativo requiere el transcurso de tiempo, puesto que los tribunales no pueden dictar sentencia de forma instantánea. Durante el transcurso del proceso, sea por mala fe del demandado, sea por otros motivos, es posible que se produzcan alteraciones en las situaciones que concurrían en el momento de su inicio que impidan o dificulten gravemente que, una vez dictada sentencia –y asumiendo que sea favorable al demandante–, pueda esta lograr su efectividad (normalmente a través de un proceso de ejecución). Para paliar este peligro –llamado *periculum in mora*– el Derecho procesal regula las medidas cautelares, a través de las cuales se trata de asegurar durante la pendencia del proceso de declaración que podrá ejecutarse la sentencia, en caso de que llegue a dictarse y sea favorable al demandante. Se suele llamar «proceso cautelar» al conjunto de actividades necesarias para que el tribunal conceda una medida cautelar y, en su caso, para lograr su cumplimiento.

> Ejemplo. A demanda a D reclamándole el pago de una cantidad de dinero. En el momento de presentación de la demanda, D es solvente: dispone de patrimonio sobre el que, en su caso, podría proyectarse la ejecución forzosa de una sentencia favorable para A. No obstante, se corre el peligro de que D, deudor de mala fe, aproveche el tiempo que dura el proceso para ocultar su patrimonio, poner sus bienes a nombre de un tercero, o simplemente los gestione mal o los dilapide. Para evitarlo, se puede pedir como medida cautelar el llamado «embargo preventivo» de los bienes de D, que asegura que queden vinculados a una hipotética y futura ejecución forzosa: si se acaba dictando sentencia favorable para A, los bienes de D que fueron objeto de embargo preventivo podrán utilizarse para satisfacer el crédito reconocido en la sentencia.

3. Proceso civil y proceso penal

Son procesos civiles aquellos que se ocupan de la tutela y realización del Derecho privado, esto es, los que deben sustanciarse para resolver controversias motivadas por una supuesta infracción de derechos y normas de carácter privado.

> En nuestro ordenamiento jurídico, se distingue entre proceso civil y proceso laboral, porque se distingue también entre orden jurisdiccional civil y orden jurisdiccional laboral. No obstante, lo cierto es que una buena parte del Derecho laboral es Derecho privado. Por eso, la referencia al Derecho privado como elemento definitorio del proceso civil debe centrarse en el Derecho civil y en el mercantil, con exclusión del laboral.

Son procesos penales aquellos que han de utilizarse para aplicar las normas penales ante situaciones de apariencia delictiva: deben sustanciarse siempre que la

autoridad pública tenga conocimiento de la comisión de algún delito, como instrumento para poder imponer la pena que corresponda.

El proceso civil y el proceso penal tienen estructuras diferentes, porque los intereses en juego son de naturaleza distinta en uno y otro contexto: el proceso civil está concebido para proteger intereses privados que, por regla general, son disponibles por sus titulares; en cambio, el proceso penal es el instrumento para proteger y hacer valer el interés público, en concreto el interés público en la persecución de los delitos (*ius puniendi*).

4. PROCESOS ORDINARIOS Y PROCESOS ESPECIALES

Son procesos ordinarios aquellos que se tramitan por los cauces de los procedimientos ordinarios y son procesos especiales los que se tramitan por los cauces de procedimientos especiales. La regla general es que los procedimientos ordinarios sirven para tramitar de forma adecuada la gran mayoría de los procesos civiles: las «reglas del juego» que conforman los procedimientos ordinarios valen para dar respuesta a la gran mayoría de las controversias que se plantean en materia de Derecho privado.

No obstante, respecto de algunas materias, se aprecia que las reglas de los procedimientos ordinarios no sirven para dar una respuesta eficaz a la controversia. La razón puede estar, con frecuencia, en que son procesos que versan sobre materias en relación con las cuales no solo están en juego los intereses de las partes, sino también el interés público. Esto es lo que sucede, v.g., en procesos civiles en que están en juego los derechos de menores e incapaces (procesos de divorcio con hijos menores, procesos de incapacitación). En estos casos, el procedimiento tiene que contemplar la presencia y la actuación del Ministerio Fiscal en el proceso, o ciertas facultades especiales del tribunal, que de ordinario no tiene: por eso, es necesario diseñar un procedimiento especial y, también por eso, se dice que los procesos son especiales.

En otras ocasiones, la necesidad de reglas especiales deriva de la voluntad legal de conseguir ciertos objetivos específicos, que escapan de lo ordinario. Es lo que ocurre, por ejemplo, con el proceso monitorio, que tiene una estructura diferente a la de los procesos ordinarios porque se quiere colocar al deudor ante la tesitura de reconocer y pagar una deuda dineraria o de verse sujeto a un proceso de ejecución. También son especiales los llamados procesos colectivos, a través de los cuales se aspira a tutelar los derechos o intereses de una pluralidad de personas afectadas por un mismo hecho dañoso: aquí, las reglas clásicas de un proceso entre dos partes enfrentadas no son suficientes para tener debidamente en cuenta todos los intereses en juego.

5. VISIÓN PANORÁMICA DE LOS PROCESOS CIVILES DECLARATIVOS: EL JUICIO ORDINARIO Y EL JUICIO VERBAL

Aunque, como se ha dicho antes, el proceso es una creación artificial del legislador, lo cierto es que el diseño del proceso no es del todo libre, sino que ha de ser útil y eficaz. Por eso, la lógica exige que en todo proceso se distingan tres fases o bloques de actividades diferenciadas:

(1) Fase de alegaciones. En primer lugar, todo proceso ha de tener una primera fase de alegaciones: en esta fase ha de darse a todas las partes la oportunidad de narrar al tribunal su versión de los hechos y de formularle las peticiones que conforme al ordenamiento se deduzcan de los hechos afirmados. Esta primera fase sirve, por tanto, para delimitar el objeto del litigio, esto es, aquello que habrá de ser decidido por el tribunal.

(2) Fase de prueba. Realizadas las alegaciones, han de llevarse a cabo las actividades necesarias para tratar de convencer al tribunal de la certeza de todos los hechos relevantes para la resolución del litigio: solo si el tribunal considera que son ciertos los hechos que le ha alegado una parte podrá deducir de ellos las consecuencias jurídicas que la misma parte le ha pedido.

(3) Fase de conclusiones y sentencia. Al final del proceso, resulta útil que las partes puedan hacer una recapitulación o conclusión de lo que ha sucedido en él, de manera que reiteren o ajusten sus peticiones a la luz de las pruebas practicadas. Hecho esto, se habrá colocado al tribunal en una posición adecuada para dictar una sentencia.

***** En el proceso civil español los procesos de declaración se pueden desarrollar conforme a dos procedimientos distintos, el «juicio ordinario» y el «juicio verbal». En función de ciertas variables (básicamente, la materia o la cuantía), cada controversia se tramitará como juicio ordinario o como juicio verbal, siguiendo unos trámites que son, en cada caso, parcialmente distintos.

[*Juicio ordinario*] El juicio ordinario es el procedimiento concebido por el legislador para sustanciar los litigios que tengan un valor superior a 15.000 € o que versen sobre ciertas materias, enumeradas en el art. 249.1 LEC, para las que se considera razonable un proceso reposado, por el cierto grado de dificultad que entrañan (*v.g.*, propiedad industrial, propiedad intelectual o vida interna de sociedades mercantiles). Un juicio ordinario se compone de los siguientes actos:

— Demanda: El proceso se inicia con una demanda, un acto escrito en el que el demandante expone al tribunal unos hechos litigiosos y le pide una tutela concreta

— Contestación a la demanda: Admitida la demanda, se le da traslado de ella al demandado y se le concede un plazo de veinte días para que presente su contestación a la demanda: se trata de un acto también escrito en el que el demandado fija su posición frente a la demanda del actor y formula también sus propias peticiones el tribunal.

— Audiencia previa al juicio: Contestada la demanda, se convoca a las partes a la audiencia previa al juicio, que es un acto oral (presencial o por videoconferencia) que tiene distintas finalidades: intentar un acuerdo entre las partes que ponga fin al proceso; resolver cuestiones de tipo procesal; delimitar el objeto del proceso precisando las cuestiones controvertidas entre las partes; que las partes propongan sus pruebas y que el tribunal decida si las admite o no.

— Juicio: El tribunal, al final de la audiencia previa, citará a las partes para la celebración del juicio, un acto oral (presencial o telemático) cuyo contenido básico es que se practiquen las pruebas en presencia del tribunal y que las partes puedan formular entonces sus conclusiones.

Una vez celebrado el juicio el tribunal deberá dictar sentencia.

[*Juicio verbal*] El juicio verbal, por su parte, ha sido concebido para tramitar aquellos litigios que no exceden de 15.000 € y también aquellos pleitos o litigios que, aunque puedan ser de cuantía superior, versen sobre ciertas materias para las que se requiere una sentencia más rápida: se trata de las materias referidas en el art. 250.1 LEC (*v.g.*, interdictos para la tutela sumaria de la posesión, demandas de alimentos, desahucios de finca urbana). La tramitación de un juicio verbal es más breve que la del juicio ordinario, porque la audiencia previa al juicio se sustituye en buena medida por un intercambio de escritos entre las partes. Sus piezas clave son cuatro:

— Demanda, en los mismos términos establecidos para el juicio ordinario.

— Contestación a la demanda, también en los términos del juicio ordinario, con la única diferencia de que el plazo para formularla es de diez días, en vez de veinte.

— Trámite escrito para la resolución de cuestiones procesales y proposición probatoria: tras la contestación a la demanda se abre un plazo de cinco días para que las partes propongan por escrito las pruebas que quieran practicar; además, si se han planteado cuestiones procesales en la contestación a la demanda, el actor podrá formular en ese mismo escrito las alegaciones que considere oportunas. El tribunal resolverá sobre las cuestiones procesales y, si no sobresee el proceso, sobre la proposición probatoria y, cuando proceda, convocará a las partes a la vista.

— Vista: un acto oral (presencial o telemático) para la práctica de las pruebas personales admitidas. Su celebración, sin embargo, no es necesaria, sino que dependerá del criterio del tribunal. No procederá su celebración –al margen del criterio del tribunal– si solo se ha admitido prueba documental no impugnada; si se aportaron informes periciales, tampoco se celebrará vista si el tribunal no considera pertinente o útil que los peritos declaren personalmente. Al término de la vista, tras unas breves conclusiones, queda el proceso visto para sentencia.

> A este resultado se ha llegado tras una evolución legislativa en la regulación del juicio verbal. En su diseño inicial, el juicio verbal se componía únicamente de una demanda sucinta, tras la cual las partes eran convocadas a una vista donde se desarrollaba toda la actividad procesal. Sucesivas reformas han ido incorporando trámites escritos (la contestación a la demanda, la proposición de la

prueba) y han atribuido poderes al tribunal para renunciar a la celebración de la vista. El resultado práctico es que el juicio verbal no tiene (casi) nada de «verbal», entendido este término como sinónimo de oral. El argumento ha sido siempre la eficiencia: celebrar vistas orales consume un tiempo y unos recursos de los que el sistema no dispone –o con los que no se le quiere dotar–. El coste, por supuesto, es el alejamiento del ciudadano de la justicia, que queda privado de lo que, en terminología anglosajona, se llama su *day in court*, en perjuicio de la legitimación social de la función judicial.

6. LOS PRINCIPIOS DEL PROCESO

Que el proceso sea una creación artificial del legislador no significa que este tenga total libertad para regularlo como desee, sino que al hacerlo debe respetar determinados principios básicos. Existen, por tanto, una serie de principios informadores del proceso, a los que el legislador debe atenerse para que el resultado de su creación sea aceptable como proceso, es decir, para que haya diseñado realmente un instrumento válido para el ejercicio de la función jurisdiccional. En caso de que el legislador se aparte de estos principios no podrá decirse que ha diseñado un verdadero proceso que permita el desempeño de una auténtica actividad jurisdiccional: el resultado de todo ello será la reaparición de fenómenos de autotutela, ante la desconfianza social respecto del instrumento ofrecido por el Estado a los ciudadanos. Estos principios rectores del proceso son de dos tipos:

— Principios jurídico-naturales del proceso: son aquellos que ha de respetar el legislador si quiere diseñar un proceso justo, esto es, un proceso en el que los protagonistas consideren que es realmente posible obtener la razón si se tiene.

— Principios jurídico-técnicos: deben ser respetados por el legislador que quiera diseñar un proceso eficaz, esto es, un proceso que se adapte al tipo de controversias que han de ser resueltas por sus cauces: un proceso, en otros términos, que coloque al tribunal en una posición adecuada para dictar una sentencia en que se aplique el Derecho de modo correcto al caso concreto.

El resultado de la creación del legislador solo es un verdadero proceso si es justo y eficaz. Esa justicia y eficacia, además, requieren una conexión entre previsión legal y realidad práctica: la función jurisdiccional se legitima en el día a día, a través de cada concreto proceso –experiencia individual o subjetiva de justicia y eficacia– y a través de las grandes cifras –experiencia colectiva y social de justicia y eficacia–. La Jurisdicción como poder del Estado se deslegitima cuando se generaliza la percepción de que la justicia es lenta, de que los tribunales no dictan resoluciones que reflejen una verdadera comprensión del caso, de que los edificios judiciales están degradados o de que el software utilizado para la gestión digital de los procesos es insuficiente o muy rígido, por poner solo unos ejemplos. El legislador puede diseñar un modelo procesal perfecto en abstracto, pero que fracase sin los medios humanos y materiales adecuados, o que no logre implantarse por su alejamiento de la cultura jurídica de la sociedad.

7. Los principios jurídico naturales: audiencia, igualdad y contradicción

Los principios jurídicos naturales garantizan la justicia del proceso y han de respetarse en todo tipo de proceso: sea civil, penal, laboral o administrativo; y tanto si es un proceso de declaración, como si es de ejecución. Existen tres principios jurídico-naturales: el de audiencia, el de igualdad y el de contradicción.

7.1. Principio de audiencia

El principio de audiencia suele expresarse a través de la idea de que «nadie puede ser sentenciado o condenado sin haber sido oído y vencido en juicio». Esto significa que, para que el proceso sea justo, se ha de permitir que todas las partes involucradas en él puedan ser oídas por el tribunal antes de dictar sentencia. La esencia del principio de audiencia, por tanto, no consiste en que deba forzosamente oírse a todas las partes involucradas en el proceso, sino más bien en que debe dárseles a todas la oportunidad de ser oídas en juicio, de modo que surja en ellas la carga de aprovechar esa oportunidad o no. En cuanto al contenido de la audiencia, esto es, del «ser oído en juicio», engloba dos tipos de actuación: alegación y prueba.

— Así, para que el principio de audiencia sea respetado, es necesario diseñar un proceso en que se permita a cada parte formular sus alegaciones, esto es, exponer al tribunal los hechos que considera relevantes y formularle la petición que, a su juicio, se derive de la aplicación del ordenamiento a esos hechos.

— Ahora bien, la audiencia no es completa si no se concede a las partes la oportunidad de probar los hechos afirmados o alegados, es decir, de aportar los elementos para convencer al tribunal de la certeza de sus afirmaciones.

Con cierta frecuencia, el principio de audiencia se vincula con el derecho de defensa: y es que, en el fondo, este principio es el instrumento para la defensa de las posiciones jurídicas de cada parte. En el plano del proceso penal, de forma más específica, la defensa se asocia con la posibilidad de reaccionar frente a la acusación.

7.2. Principio de igualdad

Las partes de todo proceso son, por definición, distintas y desiguales (*v.g.*, imagínese un proceso que enfrenta a un consumidor con una gran multinacional). Ahora bien, a pesar de esta desigualdad que se da en la realidad –es decir, fuera del proceso–, el principio de igualdad exige que todas las partes reciban un trato igual dentro del proceso. Esto se traduce en que todas las partes han de tener las mismas oportunidades para defender sus posiciones jurídicas: de no ser así, el proceso no sería justo y la parte perjudicada por la desigualdad podría caer en la tentación de acudir a mecanismos de autotutela. Al principio de igualdad se le llama también principio de «igualdad de armas» y exige que a cada acto de alegación o prueba de una de las partes, por simetría, le corresponda un acto análogo para la parte contraria.

Así, por ejemplo, en el juicio ordinario y en el juicio verbal, a la demanda del actor le sigue la contestación a la demanda del demandado; en la audiencia previa al juicio se ofrece a ambas partes la oportunidad de proponer sus pruebas para el juicio; la sentencia puede ser recurrida en apelación tanto por el demandante como por el demandado, si les resulta perjudicial.

7.3. Principio de contradicción

Para que pueda ser justo, el proceso se ha de construir como un debate entre sujetos que ocupan posiciones contrapuestas, de modo que el tribunal quede en una posición neutral, que garantiza la imparcialidad judicial. En otros términos, la contradicción exige que el proceso sea una actividad en que estén implicados tres sujetos: dos que se enfrentan entre sí en condiciones de igualdad (las partes) y un tercero imparcial que resuelve la controversia.

En el plano del proceso civil los conflictos son siempre intersubjetivos y esa dualidad de protagonistas de la controversia, que es previa al proceso, se traslada sin dificultad al ámbito de proceso: el vendedor que quiere cobrar el precio de la mercancía y el comprador que no la ha pagado se convierten sin problemas en el demandante y en el demandado del proceso civil, y eso convierte automáticamente al juez en un tercero.

En cambio, cuando se comete una infracción penal se produce un enfrentamiento entre el Estado y el delincuente, y debe tenerse en cuenta que el juez es un órgano del Estado. El principio de contradicción hace que resulte inadmisible un modelo de proceso penal en el que se enfrenten directamente el delincuente y el Estado encarnado en la persona del juez: en tal caso no habría verdadera contradicción, pues no habría dos sujetos que se enfrentan ante un tercero que decide, sino que uno de ellos, el juez, ostentaría también la condición de parte. Esta es la razón de que históricamente se creara la figura del Ministerio Fiscal, como órgano público distinto del juez que asume la función de hacer valer en el proceso el interés del Estado, ejercitando la acusación cuando proceda y garantizando así la imparcialidad del tribunal.

8. LOS PRINCIPIOS JURÍDICO-TÉCNICOS

Según se dijo antes, los principios jurídico-técnicos son aquellos que han de respetarse a la hora de diseñar un proceso eficaz. La eficacia, en el proceso, significa que este ha de adaptarse al tipo de controversias que han de resolverse por sus cauces, es decir, hay que tener en cuenta el tipo de derechos e intereses que se hallan en juego en el proceso y la naturaleza de las normas que los regulan y que, en definitiva, han de ser aplicadas por el tribunal para resolver el litigio. Esta es la razón de que los principios jurídico-técnicos sean distintos para el proceso civil y para el proceso penal: porque son muy distintos los derechos e intereses en juego en uno y otro caso, y porque también lo son las normas jurídico-privadas y las jurídico-penales.

8.1. Los principios jurídico-técnicos en el proceso civil

El proceso civil hay que diseñarlo para resolver controversias donde de ordinario están involucrados derechos o intereses privados, que son renunciables o disponibles por los particulares que afirman ser sus titulares y respecto de los cuales el Estado no tiene más interés que el que los particulares quieren que tenga, que se pone de manifiesto cuando acuden a los tribunales interponiendo una demanda. La razón de esto se encuentra, precisamente, en el carácter renunciable o disponible de los derechos e intereses en juego.

> Si un deudor no paga a su acreedor, ningún juez abrirá de oficio un proceso para resolver la controversia: solo lo hará si el acreedor se lo pide, pues al ordenamiento tampoco le parece inaceptable que el acreedor renuncie a cobrar su crédito.

Dadas estas premisas, cabe decir que el proceso civil se apoya en tres principios jurídico-técnicos, cuya finalidad es asegurar que el proceso se adapte al carácter renunciable de los derechos en juego: el principio de oportunidad, el principio dispositivo y el principio de aportación de parte.

8.1.1. *Principio de oportunidad*

Este principio es el que explica el comienzo del proceso civil, es decir, cómo se pasa de un conflicto intersubjetivo a un proceso judicial. El proceso civil empieza siempre a instancia de parte, porque el sujeto que considera infringido un derecho o interés suyo decide interponer una demanda ante los tribunales. El proceso civil comienza cuando y porque el demandante lo considera oportuno. Por ello también se dice que los procesos civiles no comienzan nunca de oficio. Ni el Estado ni los propios tribunales podrían por sí mismos promover un proceso civil aunque les conste la existencia de un conflicto entre particulares.

8.1.2. *Principio dispositivo*

Este principio explica cuál es el objeto del proceso civil y cuáles son los poderes que las partes y el tribunal tienen respecto de ese objeto. El objeto del proceso civil, según se verá con detenimiento más adelante, es la concreta petición de tutela que el particular dirige al tribunal cuando interpone su demanda. Pues bien, dado que nos hallamos ante litigios que versan sobre derechos disponibles y renunciables, es preciso trasladar al ámbito del proceso los poderes de disposición que los particulares tienen sobre sus derechos. En consecuencia:

a) Es el demandante quien decide cuál es el objeto del proceso: él decide, con libertad, lo que va a solicitar al tribunal.

> Ejemplo. Aunque el crédito que se le deba sea de 100.000, el demandante puede limitarse a solicitar que se condene a su deudor demandado al pago de 50.000.

b) Una vez iniciado el proceso, las partes tienen la facultad de ponerle fin sin darle la oportunidad al tribunal de dictar una sentencia, realizando válidamente ciertos actos de disposición sobre el objeto del litigio: las partes han de poder hacer con sus derechos en el proceso lo mismo que podrían hacer con ellos fuera de él,

en el tráfico jurídico-privado. Se suele decir, en este sentido, que las partes son las dueñas del proceso. En consecuencia:

— El demandante puede renunciar a su pretensión, lo que obliga al tribunal a absolver al demandado, con independencia de su opinión acerca de la controversia.

— El demandado también puede allanarse a la pretensión del demandante, lo que obliga al tribunal a dictar de inmediato una sentencia que sea estimatoria de la pretensión del demandante.

— El demandante también puede desistir del proceso, es decir, abandonar el proceso iniciado, aunque sin renunciar a su derecho: si se dan ciertas condiciones, el tribunal debe poner fin al proceso sin dictar sentencia y sin que la controversia haya quedado resuelta en ningún sentido, de modo que en un futuro podrá volver a interponerse un proceso que tenga el mismo objeto.

— Las partes también pueden llegar a una transacción durante la tramitación del proceso: en este caso, el proceso también debe terminar sin sentencia, porque será el acuerdo adoptado por las partes lo que valga como solución de la controversia. Más aún, las partes pueden pactar la suspensión del proceso durante un periodo determinado de tiempo al objeto de desarrollar negociaciones o una mediación que les permita llegar a un acuerdo, sin la presión de los plazos procesales.

c) Si es el demandante quien delimita el objeto del proceso y si son las partes las dueñas del proceso, el tribunal ha de ser congruente con las peticiones de las partes: en su sentencia, el tribunal no puede dar nada distinto de lo pedido por el demandante, ni tampoco más de lo pedido por este.

> Ejemplo. Si el actor solicitó que se condenara al demandado al reembolso de un capital, pero no de los intereses, el tribunal solo podrá condenar al pago del capital, pero no puede conceder los intereses, porque no han sido pedidos, aunque sean debidos.

8.1.3. *Principio de aportación de parte*

Explica la forma en que se incorporan al proceso las pruebas que versan sobre los hechos controvertidos. La vigencia de este principio significa que corresponde a las partes la tarea de buscar las pruebas, así como la de aportarlas en tiempo y forma el proceso. Este principio tiene también una vertiente negativa: como regla, en el proceso civil no se permite la práctica de pruebas de oficio por el tribunal.

8.2. Principios jurídico-técnicos en el proceso penal

El proceso penal es el instrumento para poder hacer efectivo un interés público, el interés público en la persecución penal o *ius puniendi*. El proceso penal, por tanto, sirve para la tutela y realización de un interés que no le es ajeno al Estado, sino que es público, siendo el Estado el encargado de que se respete. Por eso, el proceso penal debe construirse teniendo en cuenta que se busca a través de él la satisfacción de un interés público, que no es disponible ni renunciable, sino

que debe tratar de lograrse en todo caso. En consecuencia, el proceso penal está inspirado en principios jurídico-técnicos que están contrapuestos a los del proceso civil: el principio de necesidad, el principio de oficialidad y el principio de investigación de oficio.

8.2.1. *Principio de necesidad*

Este principio explica el comienzo del proceso penal. Una vez constatada por las autoridades públicas la comisión de un hecho aparentemente delictivo, es necesaria la apertura del correspondiente proceso penal para investigar y en su caso juzgar y condenar al responsable. Dado que hay un interés público en la materia, la decisión de abrir el proceso es inevitable cada vez que se tiene noticia de la comisión de un delito.

> La vigencia del principio de necesidad, sin embargo, es cada vez más relativa. De entrada, debe notarse que existen ciertos delitos –cada vez más– que solo son perseguibles previa denuncia o querella del ofendido (los llamados delitos semipúblicos y privados). Además, en determinados ámbitos delictivos, la ley permite no incoar proceso penal si se dan ciertas circunstancias (v.g., delitos leves de carácter patrimonial, si el autor ha restituido lo que hurtó).

8.2.2. *Principio de oficialidad*

Este principio explica cuál es el objeto del proceso penal. El objeto del proceso penal no viene determinado por la simple voluntad de los acusadores, sino por la pura realidad de los hechos aparentemente delictivos que se hayan cometido. Hay que atenerse a los hechos cometidos, es la realidad la que manda. Por eso, en principio, no se admiten actos de disposición sobre el objeto del proceso, porque lo que se está discutiendo en el proceso guarda relación con un interés público del que no son titulares las partes: esta es la razón de que en el proceso penal, como regla, no se admitan el allanamiento, la renuncia, el desistimiento o la transacción.

> No obstante, en los últimos años se está potenciando de manera extraordinaria la conformidad del acusado con la acusación como forma válida de llegar a una sentencia; y detrás de toda conformidad se hallan negociaciones entre el fiscal y el acusado, que ponen de manifiesto una disposición sobre el objeto del proceso. Se asume con ello, en definitiva, que el principio de oportunidad se va abriendo paso en el proceso penal. De hecho, la LOEP ha dado un paso más, al otorgar carta de naturaleza a la llamada «justicia penal restaurativa», que pone el foco en la mediación entre víctima y delincuente como punto de partida para llegar a un desenlace del proceso penal diferente del que requeriría una aplicación estricta de la ley penal.

8.2.3. *Principio de investigación de oficio*

Este principio explica de qué forma se incorporan las pruebas al proceso penal. En el proceso penal existe una fase inicial o previa, llamada normalmente «instrucción», que tiene por objeto la investigación y la búsqueda de las pruebas de los hechos aparentemente delictivos. Esa investigación está dirigida por un juez de instrucción. Dado que hay un interés público en la persecución del delito, el Estado asume la investigación del delito y la búsqueda de las pruebas. Esta

vigencia de la investigación de oficio es, en cualquier caso, compatible con la colaboración de las partes en ese proceso de búsqueda de pruebas.

> De hecho, otra de las tendencias que se aprecian en el proceso penal es la potenciación de la participación de actores privados en la obtención y aportación de pruebas al proceso penal, sobre todo en el marco de los delitos cometidos en el seno de una empresa. Se espera que las empresas estén dotadas de «programas de cumplimiento normativo» que permitan detectar la comisión por sus directivos y empleados de ciertas conductas; y las pruebas generadas en esas investigaciones internas han de facilitarse a las autoridades judiciales si la propia empresa quiere exonerarse.

9. LAS FORMAS DEL PROCESO

A través de las formas del proceso se explica cómo han de ser externamente los diversos actos que componen un proceso. A la hora de diseñar un proceso y de decidir cómo ha de ser este externamente, son dos las grandes cuestiones que han de ser resueltas por el legislador: ha de decidir si los actos del proceso serán orales o escritos, con el añadido de su posible formato electrónico; y ha de decidir, también, si los actos serán públicos o secretos.

9.1. Oralidad, escritura y formato electrónico

Un acto procesal es oral cuando se realiza de palabra ante el tribunal. A las actuaciones del proceso que se llevan a cabo oralmente se las suele llamar «vistas», «audiencias», «juicios» o «comparecencias». Un acto procesal es escrito cuando se realiza por medio de la escritura. Se dice que un proceso es oral cuando la mayoría de sus actuaciones son orales, aunque pueda haber en él algunos actos escritos; y el proceso es escrito cuando la mayoría de sus actos son escritos.

La *opción por la oralidad* en las actuaciones conlleva dos exigencias: la concentración y la inmediación.

a) La concentración supone la exigencia de que las actuaciones se realicen de forma consecutiva, sin que puedan estar dispersas en el tiempo: han de practicarse lo más cercanas en el tiempo, a ser posible en una sola vista o sesión y, si ello no es posible, en varias que estén lo más próximas que se pueda. Solo así se asegura que unos actos no prevalecen sobre otros en la mente del juzgador debido a su mayor lejanía o cercanía temporal con el momento en que este debe tomar su decisión.

b) La inmediación comporta la exigencia de que el tribunal esté presente físicamente en todas las actuaciones orales del proceso y que la sentencia la dicte el juzgador que haya presenciado esas actuaciones orales; por eso, si no es posible (el juez enferma, muere, es incapacitado), habrán de repetirse las actuaciones orales. Solo así se asegura que la decisión es tomada por quien ha estado en contacto directo con las actuaciones de las que depende su contenido.

Evidentemente, de todas las actuaciones orales ha de quedar un reflejo escrito. Al documento que refleja por escrito lo que se ha realizado oralmente se

le llama «acta» y su confección es competencia del Letrado de la A. de J. En la actualidad todas las actuaciones orales realizadas en un proceso civil (tanto las presenciales como las telemáticas) deben grabarse en soporte apto para la reproducción de la imagen y el sonido: esa grabación, visada por el Letrado de la A. de J., tiene el valor de un acta, que no será preciso redactar.

La *opción por la escritura* conlleva, por su parte, tres exigencias: orden, preclusión y eventualidad:

a) Orden: cuando un proceso es predominantemente escrito, los actos han de realizarse en el orden legalmente preestablecido, sin que ese orden pueda alterarse.

b) Preclusión: dado que los actos escritos han de realizarse en un determinado momento o dentro de un determinado plazo, pasado ese momento o agotado dicho plazo sin que se hayan realizado, precluye para la parte la facultad de realizarlos con posterioridad, esto es, ya no serán posibles ni eficaces. La preclusión es una institución básica en cualquier modelo procesal, pues asegura el desarrollo ordenado del proceso. Al mismo tiempo, obliga a las partes –y a sus abogados– a ser diligentes en la llevanza de los procesos y a diseñar y ejecutar de forma ordenada su estrategia procesal: por mucha razón que crea tener un litigante, ha de ser consciente del momento en que ha de formular sus alegaciones y de que, pasado ese momento, no podrá ya modificarlas o añadir otros posibles puntos de vista sobre los que sostener sus pretensiones. Del mismo modo, las pruebas han de proponerse al tribunal en un momento determinado, sin que sea posible aportarlas con posterioridad –salvo que sean nuevas o de nueva noticia–, por mucho que pudieran servir para sostener la posición jurídica de un litigante.

c) Eventualidad: permite ejercitar a título eventual o subsidiario, pero en un mismo acto del proceso, derechos y facultades que pueden ser incompatibles, pero que han de hacerse valer en el mismo plazo o término. Es la forma de evitar la preclusión, en vista de que esos derechos o facultades ya no podrán ser ejercitados válidamente en otro momento o etapa del proceso.

> Ejemplo. El demandado tiene la carga de alegar en su contestación a la demanda los argumentos de su defensa. Pasado ese momento, ya no podrá hacerlo. Es posible, sin embargo, que a juicio del demandado su defensa pueda fundarse en dos o más argumentos, que son incompatibles entre sí. Dado que se ve constreñido a aportarlos en la contestación a la demanda, se le permite alegarlos a título eventual, es decir, señalando uno de ellos a título principal, pero aduciendo otro a título subsidiario, es decir, para el evento de que el tribunal rechace el primero. Imagínese que el acreedor demanda el pago de una deuda y el deudor considera que la obligación puede ser nula y también que estaría prescrita: son argumentos incompatibles, puesto que lo nulo no existe, mientras que hablar de prescripción supone reconocer la existencia y validez del crédito. Pues bien, el demandado tiene la carga de alegar estas dos defensas en su contestación a la demanda –la nulidad a título principal, la prescripción a título eventual o subsidiario–, porque si deja de alegar alguna de ellas se producirá la preclusión, de modo que no se podrá aducir más tarde. Corresponderá más adelante al tribunal, al dictar sentencia, analizar en primer término si el crédito es o no nulo:

> si lo considera nulo, desestimará la demanda, sin siquiera analizar el argumento de la prescripción; ahora bien, si el tribunal llega a la conclusión de que el crédito es válido, habrá de analizar si está prescrito y, en función de lo que considere al respecto, su sentencia tendrá un sentido u otro.

La utilización de las nuevas tecnologías en el ámbito de la Justicia –fuertemente impulsada tras la pandemia– está influyendo de forma clara en esta dicotomía entre oralidad y escritura. Así, la grabación de la imagen y el sonido de actuaciones orales puede convertir en innecesaria la articulación por escrito de cada vez más actuaciones. Pero, sobre todo, el cambio más relevante lo generan, por el momento, las «vistas telemáticas», esto es, la celebración por sistemas de videoconferencia de actuaciones orales que, de ordinario, requerirían la presencia en el mismo lugar del tribunal, de las partes, de sus abogados y de otros posibles protagonistas, como testigos y peritos.

El Real Decreto-ley 6/2023 las ha generalizado, hasta el punto de convertirlas en equivalentes funcionales plenos a las vistas presenciales (nuevo art. 129 bis LEC). Así, de forma general, la gran mayoría de las actuaciones previstas en la ley como orales pueden celebrarse de forma telemática, sea en su integridad o de manera semipresencial (con algunos participantes en la sede del tribunal y otros conectados por videoconferencia): es lo que sucede con la audiencia previa al juicio de los juicios ordinarios (art. 414.2 LEC), pero también en el acto del juicio (art. 432.1 LEC) o de la vista.

Se sigue prefiriendo la interacción personal directa, no obstante, cuando se trate de la audiencia, la declaración o el interrogatorio de partes, testigos o peritos, la exploración de menores de edad, el reconocimiento judicial personal o la entrevista a una persona con discapacidad: al menos la persona física que deba intervenir habrá de acudir personalmente, salvo que el juez decida lo contrario en función de las circunstancias del caso, que la persona que deba intervenir resida en otro municipio o que lo haga en su condición de autoridad o funcionario público −aunque el juez puede de todos modos determinar su participación personal− (art. 129 bis 2 LEC).

El fundamento de esta preferencia de base por el formato telemático fórmula es la búsqueda de la eficiencia, pues las vistas telemáticas ahorran costes (los abogados y las partes no se desplazan, los tribunales organizan mejor sus agendas y no dependen de la disponibilidad de las salas de audiencias, con frecuencia compartidas). Debe advertirse, sin embargo, que la inmediación «digital» no es idéntica a la inmediación «a secas»: el encuentro interpersonal en un mismo espacio físico aporta un valor añadido, difícil de medir, pero que los operadores jurídicos reconocen de forma casi unánime. Por eso, una generalización de las vistas telemáticas, superada la situación de emergencia sanitaria, debe ir acompañada del establecimiento de una serie de estándares de calidad en las videoconferencias.

9.2. Publicidad y secreto

Un proceso es público cuando los actos de que se compone pueden ser conocidos por terceros.

Cuando se trata de actos orales, la publicidad consiste en que se admite la presencia en ellos de terceros, como audiencia pública: cualquier sujeto puede entrar en la sala de vistas. Si las vistas y audiencias se celebran de forma telemática la publicidad se garantizará a través de su retransmisión (en *streaming*), con arreglo al artículo 66 del RD-ley 6/2023: a tal fin, la sede judicial electrónica de cada tribunal publicará el listado de los juicios, vistas y audiencias públicas y la forma de acceso (v.g., a través de un enlace que, en su caso, requiera de algún tipo de identificación). En el caso de que las actuaciones sean híbridas no será necesaria la retransmisión y la publicidad quedará garantizada mediante el acceso abierto a la sala de vistas.

Cuando se trata de actos escritos, la publicidad permite el acceso de los terceros interesados a los documentos en los que se reflejan esas actuaciones. El acceso por terceros a los expedientes judiciales, sin embargo, está supeditado a que estos acrediten un interés legítimo, razón por la cual el alcance de la publicidad no es análogo al que se logra cuando se trata de actuaciones orales. Es preciso conjugar valores contrapuestos, como son los asociados a la privacidad y la protección de datos personales –de un lado– y los vinculados a la transparencia en la actuación de los poderes públicos –de otro–.

La regla general es la de que los procesos han de ser públicos, pues la publicidad es una garantía de justicia (de ahí su presencia entre las garantías del art. 24 CE). No obstante, sí que existen ciertos actos que el legislador ha optado por que sean secretos:

— Así, es reservada la fase de instrucción de los procesos penales para garantizar su eficacia –se trata del conocido como «secreto de sumario», que en la práctica se ve frecuentemente desvirtuado–.

— También son secretos ciertos procesos civiles relativos al estado y la capacidad de las personas (por ejemplo, los procesos de nulidad, separación y divorcio, los procesos en materia de filiación o los procesos para la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad), porque en ellos está involucrada la intimidad de las personas.

— La ley permite que se celebren a puerta cerrada –o sin acceso *online*, si fueran telemáticos– los actos orales de procesos civiles y penales cuando, en el caso concreto, resulte necesario para garantizar la intimidad de las partes o incluso el orden público.

10. EL IMPULSO PROCESAL

Según se ha visto antes, un proceso es una serie o sucesión de actos jurídicamente regulados. Con la expresión «impulso procesal» se pretende

designar el modo en que se van enlazando entre sí los diversos actos que integran un proceso, es decir, el modo en que se produce el paso de un acto al acto siguiente. Existen, al respecto, dos opciones: que el impulso procesal sea a instancia de parte y que el impulso procesal sea de oficio.

El impulso procesal sería a instancia de parte en caso de que fueran las partes las que tuvieran la carga de pedirle al tribunal que hiciera avanzar el proceso en el tiempo.

El impulso procesal es de oficio cuando es el propio tribunal el que vigila los tiempos del proceso y el que manda que los actos se vayan sucediendo conforme a lo previsto en la ley.

En España, desde 1924, el impulso procesal es de oficio –hasta entonces era a instancia de parte–. El Letrado de la A. de J. es el principal encargado de impulsar el avance del proceso; aunque es igualmente posible una automatización del impulso procesal, en la medida en que se generalice el carácter totalmente electrónico de las actuaciones judiciales. El impulso procesal de oficio es el que provoca, asimismo, la preclusión de las actuaciones que no se hayan realizado en tiempo y forma.

LECCIÓN 6

ACTOS PROCESALES, RESOLUCIONES Y RECURSOS: CUESTIONES GENERALES

1. Hechos y actos procesales. — 2. Requisitos de los actos procesales: 2.1. Requisitos de lugar; 2.2. Requisitos de tiempo; 2.3. Inmediación; 2.4. Lengua. — 3. Nulidad de los actos procesales: 3.1. Causas de nulidad de los actos procesales; 3.2. Consecuencias de la nulidad; 3.3. Tratamiento procesal de la nulidad; 3.4. Subsanación de defectos en los actos procesales de las partes. — 4. Las resoluciones judiciales: 4.1. Providencias, autos y sentencias del tribunal; 4.2. Diligencias de ordenación y decretos del Letrado de la A. de J.; 4.3. Resoluciones orales y resoluciones escritas. — 5. Los recursos frente a las resoluciones: nociones generales. — 6. Recursos frente a resoluciones interlocutorias: 6.1. El recurso de reposición; 6.2. El recurso de apelación y el recurso de queja; 6.3. El recurso de revisión frente a las resoluciones de los Letrados de la A. de J. — 7. Aclaración de resoluciones y subsanación y complemento de sentencias, autos y decretos defectuosos o incompletos

1. HECHOS Y ACTOS PROCESALES

Se ha explicado en la lección anterior que todo proceso judicial es una serie o sucesión jurídicamente reglada de actos: esos actos, que conforman el proceso, son los actos procesales, que integran una categoría singular dentro de la noción más genérica de los actos jurídicos. Así, dentro de la categoría general de los hechos y de los actos jurídicos se puede reconocer un grupo especial de hechos y de actos, los procesales.

Como es sabido, son hechos jurídicos aquellos acontecimientos, independientes de la voluntad del hombre, que tienen relevancia para el Derecho: *v.g.*, el transcurso del tiempo, que es la base de la prescripción o de la usucapión; o la muerte, que da lugar a la sucesión. Pues bien, son *hechos procesales* aquellos acontecimientos, independientes de la voluntad del hombre, que tienen relevancia dentro del proceso: así, la muerte de un litigante, que genera sucesión procesal; o el transcurso del tiempo, que puede provocar la preclusión de una facultad.

En cuanto a los actos jurídicos, lo que los diferencia de los hechos jurídicos es su dependencia de la voluntad humana: son actos jurídicos aquellas conductas humanas que tienen relevancia para el Derecho. Y serán, por lo tanto, *actos procesales* todas las actividades –que obedezcan a la voluntad– relevantes para un proceso. Son actos procesales todos aquellos previstos por la ley y que tanto las partes como el tribunal deben o pueden efectuar –según el caso– para que el proceso avance y pueda concluir con una sentencia que ponga fin a la controversia. Dicho de otro modo, actos procesales son aquellos –dependientes de la voluntad

de los partícipes en el proceso– que se realizan en el seno del proceso, como parte de él y que producen efectos en el ámbito del proceso –a veces también fuera de él–.

Por razón del sujeto que los realiza, se puede formular una distinción fundamental entre actos de las partes y actos del tribunal. Estos últimos –los del tribunal– suelen materializarse a través de resoluciones judiciales (providencias, autos y sentencias) y resoluciones del letrado de la A. de J. (diligencias y decretos).

2. REQUISITOS DE LOS ACTOS PROCESALES

La teoría general del Derecho y de los actos jurídicos resulta de aplicación al ámbito procesal, con las especialidades derivadas de su regulación específica, que se efectúa tanto en la LEC como en la LOPJ. Como todos los actos jurídicos, también los actos procesales han de respetar ciertos requisitos para ser válidos y, por consecuente, eficaces. Entre los más relevantes se encuentran los siguientes:

2.1. Requisitos de lugar

En principio, los actos procesales no pueden efectuarse en cualquier lugar, sino que, como regla, las actuaciones de todo proceso se realizarán en la *sede del tribunal* (art. 129.1 LEC): significa esto que, de ordinario, el tribunal no se desplaza fuera del edificio o dependencia donde tiene su sede, sino que son las partes y demás sujetos que intervengan en el proceso quienes tienen que acudir a ese lugar y también habrán de llevarse a ese lugar los objetos de relevancia para el proceso (como los documentos o los elementos que deban ser objeto de reconocimiento judicial). Solo se podrán realizar fuera de la sede del tribunal aquellas actuaciones cuya propia naturaleza lo requiera: *v.g.*, efectuar el reconocimiento judicial de un edificio; tomar declaración a un testigo enfermo en su domicilio o en un centro hospitalario. Debe tenerse en cuenta, por otro lado, que la realización de actos procesales de forma telemática (art. 129 bis LEC) altera el significado del requisito del lugar:

— De un lado, cuando una vista se celebra de manera telemática solo el tribunal debe estar constituido en su sede, pero los demás intervinientes podrán hallarse en cualquier lugar que se considere punto de acceso seguro (puede ser otra oficina judicial o, si se dan ciertos requisitos, su domicilio o su despacho profesional: cfr. art. 137 bis LEC).

— Por otro lado, todos los órganos judiciales han de disponer de una sede judicial electrónica (arts. 8 a 12 RD-ley 6/2023), a través de la cual podrán realizarse gran parte de las actuaciones de un proceso judicial, sin que sea necesario, por ello, ubicarlas en un lugar físico determinado; a muchos efectos, pues, el «lugar» de determinadas actuaciones procesales es la sede judicial electrónica.

Además, en general, un tribunal solo está facultado para realizar actuaciones dentro de su demarcación (*v.g.*, si es la Sección Civil de un Tribunal de Instancia, únicamente dentro de su partido judicial): para todas aquellas actuaciones que por

su propia naturaleza deban efectuarse fuera de los límites del partido judicial, habrá que acudir a la videoconferencia y, si no es posible, habrá que solicitar el *auxilio* del Tribunal de Instancia de aquel lugar: art. 129.2 LEC.

> *Ejemplo:* Para dar traslado de la demanda al demandado, de modo que se le abra el plazo para contestarla, es preciso que un funcionario del tribunal se desplace a su domicilio y se la entregue personalmente. Imagínese que la demanda se ha interpuesto ante el Tribunal de Instancia de Madrid, pero el demandado tiene su domicilio en Barcelona. En tal caso, y dado que el Tribunal de Instancia de Madrid –ni ninguno de sus funcionarios– pueden actuar en Barcelona, habrán de solicitar auxilio judicial al Tribunal de Instancia de Barcelona, de modo que sea uno de sus funcionarios quien se encargue de llevar a cabo la notificación.

Excepcionalmente, sin embargo, la ley permite que un tribunal se desplace fuera de su circunscripción para practicar actos de prueba (y sin tener que acudir, por ello, ni a la videoconferencia ni a los cauces del auxilio judicial).

> *Ejemplo:* Desarrollándose un proceso ante una Sección Civil del Tribunal de Instancia de Madrid, se acuerda tomar declaración a un testigo que se encuentra gravemente enfermo, internado en un hospital de Sevilla. En tal caso, el tribunal tiene tres opciones: 1º) Tomarle declaración por videoconferencia; 2ª) Acudir al auxilio judicial y solicitar que un tribunal de Sevilla le tome declaración y después le remita acta o grabación con su contenido; 3ª) Desplazarse personalmente el juez a Sevilla, para protagonizar él mismo el acto.

La posibilidad de celebrar declaraciones por videoconferencia, por tanto, evita en muchos casos la necesidad de acudir al auxilio judicial, con lo que se reducen los costes, se evitan dilaciones y se promueve la inmediación –aunque la inmediación «digital» sea de inferior calidad que la inmediación «presencial», siempre es mejor que la ausencia total de inmediación que provoca el auxilio judicial.

2.2. Requisitos de tiempo

2.2.1. *Días y horas hábiles*

En general, los actos jurídicos pueden estar más o menos condicionados por requisitos de tiempo. Así, un contrato es válido con independencia de que se haya firmado en domingo, en el mes de agosto o en hora nocturna. No ocurre lo mismo, sin embargo, con los actos procesales, que han de practicarse en *días y horas «hábiles»*.

Son *días hábiles* (arts. 182.1 y 183 LOPJ, art. 130 LEC) todos los del año, excepto los siguientes:

— los sábados y domingos;

— los días desde el 24 de diciembre hasta el 6 de enero del año siguiente, ambos inclusive, salvo para las actuaciones procesales que se declaren urgentes por las leyes procesales;

— los días de fiesta nacional y los días festivos a efectos laborales en la correspondiente Comunidad Autónoma o localidad;

— los días del mes de agosto son en general inhábiles, excepto para aquellas actuaciones judiciales que se declaren urgentes por las leyes procesales.

> Ejemplo: el Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, declaró hábiles los días 11 a 31 del mes de agosto de 2020, para contribuir a la descongestión de asuntos que habían quedado suspendidos durante la situación de estado de alarma precedente.

Son *horas hábiles* (arts. 182.2 LOPJ y art. 131.3 LEC) las que median desde las ocho de la mañana a las ocho de la tarde. No obstante, si se trata de actos de comunicación o de actos de ejecución (*v.g.*, practicar un embargo), también se considerarán hábiles las horas que transcurren entre las ocho de la tarde y las diez de la noche.

> En situaciones especiales, puede resultar necesario que se practiquen actuaciones procesales en día u hora inhábil. En tal caso, de oficio o a instancia de parte, el tribunal «habilitará» días y horas inhábiles para la práctica de *actuaciones urgentes*. Se entienden por 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: ej., tomar declaración a un testigo en peligro de muerte un domingo. Los días del mes de agosto se considerarán hábiles, sin necesidad de habilitación expresa, para practicar tales actuaciones urgentes. Además, tampoco será necesaria la habilitación para proseguir en horas inhábiles, durante el tiempo indispensable, las actuaciones urgentes que se hubieren iniciado en horas hábiles (*v.g.*, comenzado el acto de un juicio a las cinco de la tarde, llegan las ocho y son muy pocas las actuaciones que quedan por practicarse: en vez de decretar su suspensión hasta el día siguiente, el tribunal puede ordenar que se siga celebrando hasta su conclusión, aunque ello suponga actuar en horas en principio inhábiles).

2.2.2. *Plazos y términos*

La actuación propia de todo proceso se desarrolla a lo largo del tiempo. El legislador ha construido el proceso de manera que, según el momento de su desarrollo, corresponda efectuar un tipo de actos u otros. Por una elemental exigencia de orden en las actuaciones procesales, se predetermina por la ley el momento en el que debe o puede efectuarse una determinada actuación. En relación con esto, son dos las posibilidades:

— En primer lugar, la ley puede señalar a las partes o al tribunal que un determinado acto será válido si se efectúa dentro de un lapso de tiempo determinado: se habla, entonces, de la existencia de un *plazo*. Así, por ejemplo, en el marco del juicio ordinario, al demandado se le concede un plazo de veinte días para contestar a la demanda (art. 404 LEC): esto significa que durante cualquiera de esos veinte días puede el demandado presentar su contestación y será este un acto eficaz.

— Pero la ley también puede fijar un momento preciso y determinado en el que debe efectuarse una actuación, si se aspira a que sea válida: nos hallamos, en tal caso, ante un *término*. Así, de nuevo en el marco del juicio ordinario, el tribunal

convocará a las partes a la audiencia previa –primero– y al juicio –después–, que se celebrará en lugar, día y hora concretos: solo los actos efectuados por las partes en la audiencia previa y en el juicio tendrán eficacia.

2.2.3. *Cómputo de plazos*

Cuando el tribunal fija un término para una actuación, no ofrece dudas cuándo deberá llevarse a efecto: en el día y hora señalados. En cambio, cuando la ley señala un plazo, es preciso tener en cuenta las normas sobre cómputo de plazos para saber con exactitud cuándo el plazo se abre (*dies a quo*) y cuándo se cierra o «vence» (*dies ad quem*). A tal fin, hay que tener en cuenta las normas establecidas por los arts. 133 y 135 LEC.

a) *Comienzo*: Los plazos comenzarán a correr desde el día siguiente a aquel en que se hubiere efectuado el acto de comunicación del que la ley haga depender su inicio.

> *Ejemplo:* el plazo de veinte días para contestar a la demanda en el juicio ordinario comienza a correr el día siguiente de aquel en que se notifica al demandado la incoación del proceso y se le da traslado de la demanda.

b) *Terminación*: Los plazos terminarán el día de su vencimiento, que se considera incluido dentro de ellos y que terminará a las veinticuatro horas (sin embargo, y en cuanto a la presentación de escritos, hay que tener en cuenta lo que se dirá un poco más adelante).

c) *Cómputo*: El cómputo será distinto en función de cómo esté fijado el plazo en la ley:

— Si el plazo está fijado *por días*, se excluirán los inhábiles de su cómputo.

— Si los plazos se señalan *por meses o años*, se computarán de fecha a fecha. Cuando en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes.

> *Ejemplo:* si el día 15 de enero se abro un plazo de un mes para efectuar una actuación, el último día de ese plazo será el 15 de febrero.

> *Ejemplo:* si el día 31 de enero se abre un plazo de un mes para efectuar una actuación, el último día de ese plazo será el día 28 de febrero (o el día 29, si el año es bisiesto).

— Si un plazo concluye en día inhábil, se entenderá prorrogado hasta el siguiente día hábil.

> *Ejemplo:* Si un plazo concluye el 3 de agosto, se entiende prorrogado hasta el 1 de septiembre (siempre que no sea sábado o domingo).

d) *Improrrogabilidad de los plazos*: los plazos que establece la ley procesal son improrrogables, esto es, no se permite que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, los modifique ni los amplíe (art. 134.1). Ahora bien, y como excepción, sí que se permite que el Letrado de la A. de J., de oficio o a instancia de parte, interrumpa los plazos y demore los términos cuando constate la existencia de una

causa de fuerza mayor que impida cumplirlos: el plazo volverá a reanudarse en su cómputo cuando haya cesado dicha causa (art. 134.2).

> De forma especial, se pueden interrumpir los plazos y se pueden demorar los términos por tres días hábiles cuando el Colegio de Abogados o de Procuradores o las partes personadas comuniquen causas objetivas de fuerza mayor que afecten al abogado o al procurador, como nacimiento y cuidado de menor, enfermedad grave y accidente con hospitalización, fallecimiento de parientes o baja laboral certificada (art. 134.3).

La Ley Orgánica del Derecho de Defensa (LO 5/2024, de 11 de noviembre) ha introducido una regla que también pretende flexibilizar la rigidez de los plazos señalados. Se trata del art. 3.6, en virtud del cual «En particular, cualquier trámite de audiencia debe convocarse con un plazo de antelación razonable, y *se reconoce a los jueces y tribunales*, así como a los órganos administrativos, *que puedan ampliar motivadamente los plazos señalados*, salvaguardando la igualdad de armas entre las partes. La norma no es nada clara, pues no puede entenderse como una habilitación genérica a los tribunales para que dispongan de las normas legales que disponen la duración de los plazos. A mi juicio, su interpretación debe hacerse teniendo en cuenta el conjunto de la previsión normativa: la facultad de ampliación de los plazos «señalados» está al servicio de la antelación razonable al trámite de audiencia, antelación que a su vez está al servicio de un adecuado ejercicio del derecho de defensa. Por ello, lo único que permite el precepto es que, tras haber señalado un día y una hora para la realización de un «trámite de audiencia» –que puede ser tanto una vista oral como la presentación de un escrito con alegaciones–, el tribunal pueda ampliarlo si el abogado así lo solicita, ofreciendo razones que justifiquen la extensión del plazo y que resulten objetivamente atendibles (de ahí la necesidad de que el tribunal motive su decisión de ampliar el plazo y de ahí también la exigencia de salvaguardar la igualdad de armas entre las partes, que no puede servir de cobijo para la negligencia de un abogado).

e) *Presentación de escritos y «periodo de gracia»*: Si se tiene en cuenta todo lo anterior, la conclusión es que los plazos siempre «vencen» o terminan a las 24 horas de un día hábil. Ahora bien, si se trata de un plazo establecido para que las partes presenten escritos o documentos, hay que tener en cuenta dos factores:

— En primer término, ha de señalarse que la regla general es que los escritos o documentos deben presentarse de forma electrónica, a través de la plataforma LexNet a la que tienen acceso los abogados y procuradores –o plataformas equivalentes en determinadas Comunidades Autónomas con competencias en materia de gestión procesal–. El sistema está operativo las veinticuatro horas del día, lo que permite cumplir con el requisito de tiempo hasta el último momento.

— No obstante, a partir de cierta hora del día de expiración del plazo el abogado o el procurador de la parte tienen derecho al descanso y tampoco cabe esperar que se dé curso al escrito en el tribunal. Por eso, el art. 135.5 LEC permite presentar el escrito o documento hasta las 15 horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo.

.

2.2.4. *Preclusión*

La ordenación temporal del proceso exige que los actos se realicen en el término previsto, o dentro del plazo concedido. Por eso, el art. 136 LEC establece la regla general de preclusión: «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».

Esta regla de preclusión solo afecta a las partes. Cuando es el tribunal el que incumple los plazos que le marca la ley para realizar una determinada actuación (*v.g.*, el plazo para dictar sentencia), lo cierto es que ello no suele afectar a su validez. En este sentido, el art. 242 LOPJ establece que «Las actuaciones judiciales realizadas fuera del tiempo establecido solo podrán anularse si lo impusiere la naturaleza del término o plazo».

> En la práctica, el justiciable que se ve perjudicado por un notable retraso del tribunal puede solicitar que se declare la lesión de su derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas y que se le indemnice como consecuencia del anormal funcionamiento de la Administración de Justicia. Pero no puede conseguir con ello que se anulen las actuaciones, ni, por ejemplo, que se cambie el contenido de la sentencia dictada con años de retraso.

2.3. Inmediación

Con el término de «inmediación» se alude a la necesidad de que el juzgador esté presente en todos los actos de prueba y, en general, en las vistas, audiencias y comparecencias que tengan por objeto oír a las partes antes de dictar una resolución.

En consecuencia, el concreto juez que esté conociendo de un proceso presenciará las declaraciones de las partes y de los testigos, los careos, las exposiciones, explicaciones y respuestas de los peritos, y cualquier otro acto de prueba que deba llevarse a cabo en forma pública y contradictoria; y será ese concreto juez el único facultado para dictar sentencia con base en esas pruebas. Si lo hiciera otro, habría un vicio de nulidad en la sentencia (cfr. art. 229.2 LOPJ y, sobre todo, art. 137 LEC).

Téngase en cuenta, además, que las actuaciones telemáticas están fomentando un nuevo tipo de relación entre el tribunal, las partes y los sujetos de la prueba. Existe, sin duda, una comunicación multilateral y síncrona, pero los sistemas de videoconferencia no dejan de imponer unos límites que afectan a la calidad de la inmediación: la interacción personal se reduce, las partes no siempre tienen cerca a sus abogados, no es fácil saber si se cuenta con la atención efectiva de los intervinientes, entre otros déficits. Por eso, es necesario asegurar unos estándares mínimos de calidad y confiabilidad a las actuaciones telemáticas.

2.4. Lengua

Como regla general (art. 142.1 LEC) los jueces, magistrados, fiscales, Letrados de la A. de J. y funcionarios del tribunal utilizarán el castellano, en tanto que lengua oficial común en todo el Estado. En aquellas Comunidades Autónomas

en que sea cooficial otra lengua, podrán utilizarla si ninguna de las partes se opone alegando un desconocimiento de dicha lengua que pudiera causar indefensión (art. 142.2 LEC).

Las partes, sus abogados, sus procuradores, los testigos y los peritos podrán usar tanto el castellano como la lengua que sea cooficial en la Comunidad Autónoma en que se estén desarrollando las actuaciones (sea oralmente o en actos escritos) (art. 142.3 LEC). Si se trata de una actuación oral y resulta necesario (porque algún sujeto no puede expresarse en la lengua en que se está desarrollando el proceso, sea castellano o la lengua cooficial de una Comunidad Autónoma), se utilizará un intérprete (arts. 142.5 y 143 LEC).

Asimismo, puede ser necesario tener en cuenta o servirse en un proceso de actuaciones judiciales o de documentos presentados en el idioma cooficial de otra Comunidad Autónoma: estas actuaciones y documentos tendrán por sí mismos plena validez y eficacia, pero se procederá de oficio a su traducción si han de surtir efectos en otra Comunidad Autónoma, o a instancia de parte que alegue indefensión (art. 142.4 LEC).

Si los documentos no están redactados en castellano o en otra lengua que sea cooficial en alguna Comunidad Autónoma, entonces habrán de ser aportados acompañados de traducción (art. 144 LEC).

3. NULIDAD DE LOS ACTOS PROCESALES

Como se acaba de ver, los actos procesales han de cumplir ciertos requisitos para poder ser válidos y eficaces. Puede ocurrir, sin embargo, que la ausencia de tales requisitos, o la presencia de ciertas circunstancias añadidas, vicien el acto y fuercen a reconocer su nulidad.

3.1. Causas de nulidad de los actos procesales

Las causas de nulidad de los actos procesales son las recogidas en el art. 238 LOPJ:

1º. Son nulos los actos del tribunal que se produzcan por o ante tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

> *Ejemplo 1:* A un Juez de Paz le falta competencia objetiva para conocer de una demanda civil cuya cuantía es de 300 euros. Por consiguiente, todos los actos practicados por el Juez de Paz en ese proceso serán nulos.
>
> *Ejemplo 2:* Si un tribunal español conoce de una demanda que versa sobre la titularidad de un inmueble situado en Francia, carece de competencia internacional –que forma parte, a estos efectos, de la jurisdicción– y será nulo todo lo actuado.

2º. Son nulos los actos, tanto de las partes como del tribunal, cuando se realicen bajo violencia o intimidación.

Ejemplos: Es nula la sentencia en la que un tribunal, debido a las amenazas, concede la razón a un litigante que no la tenía. Y es nulo el acto de allanamiento del demandado, cuando se ve forzado a ello por intimidación.

3º. Son nulos los actos procesales del tribunal cuando se haya prescindido de normas esenciales de procedimiento, siempre que, por esa causa, haya podido producirse indefensión.

Ejemplo: Son nulas la declaración en rebeldía del demandado y la posterior sentencia favorable al actor si la ausencia de comparecencia de aquel se debió a que la notificación y emplazamiento se hicieron de manera irregular, de modo que no conoció la existencia del proceso entablado frente a él.

4º. Son nulos los actos procesales cuando se realicen sin la intervención de abogado, en los casos en que la ley la establezca como preceptiva.

5º. Son nulas las vistas que se celebren sin la preceptiva intervención del Letrado de la A. de J.

6º. Son nulos las diligencias de ordenación y los decretos de los Letrados de la A. de J. que resuelvan cuestiones que, conforme a la ley, hayan de ser resueltas por medio de providencia, auto o sentencia.

Es decir, que la «invasión» por parte de los Letrados de la A. de J. de las competencias de los jueces determina la nulidad radical de sus decisiones.

7º. Son nulos los actos procesales en los demás casos en que las leyes procesales así lo establezcan.

Ejemplo: Según se ha visto, en virtud del art. 137.4 LEC también es causa de nulidad de los actos del tribunal la infracción de las normas sobre inmediación judicial.

Ha de tenerse en cuenta, por otra parte, que el incumplimiento por los tribunales de los requisitos de tiempo no comporta la nulidad de las actuaciones, a no ser que así lo exija la naturaleza del término o del plazo incumplidos (art. 242 LOPJ).

Ejemplo. Aunque la ley señale que la sentencia ha de dictarse en un plazo de diez días, no es nula la sentencia dictada fuera de dicho plazo, aunque sea ocho meses después.

3.2. Consecuencias de la nulidad

Si un acto procesal es nulo, la consecuencia es que dicho acto será ineficaz. Por eso, de un acto nulo no deberían seguirse consecuencias de ninguna clase. En el momento en que se constate la nulidad, habrá que proceder a «borrar» los posibles efectos que haya podido tener el acto nulo.

Ejemplo. Si el tribunal no tiene jurisdicción o competencia objetiva para conocer de un proceso, las resoluciones que dicte no serán eficaces. Por eso, cuando se constate la falta de jurisdicción o de competencia objetiva, habrá que poner fin inmediatamente al proceso, como si este no hubiera existido nunca.

Ejemplo. Si el tribunal dictó su sentencia por intimidación, la sentencia será nula y habrá que proceder a su «anulación» formal, esto es, a poner de relieve

de forma expresa que la sentencia no es válida, para después dictar otra en sustitución de la nula.

Ejemplo. Si el emplazamiento inicial del demandado se hizo incorrectamente, todas las actuaciones posteriores realizadas en el proceso serán igualmente nulas (*quod nullum est, nullum effectum producit*). Por eso, constatada la nulidad del emplazamiento, habrán de anularse las actuaciones posteriores a ese emplazamiento –lo que incluye la sentencia, si es que ya se había dictado– y retomar el proceso allí donde se cometió el vicio, para volver a sustanciarlo a partir de entonces de forma correcta, con la presencia y participación del demandado.

En definitiva, como regla, la constatación de la nulidad de un acto procesal afecta a una pluralidad de actos del proceso: el acto nulo y los actos posteriores que traen causa de él. A la inversa, la nulidad de un acto no implicará la de aquellos actos posteriores que fueran independientes de aquel ni la de aquellos cuyo contenido hubiera permanecido invariados aunque no se hubiera cometido la nulidad (art. 243.1 LOPJ).

Ejemplo. La nulidad del primer emplazamiento del demandado, si provoca su incomparecencia, «arrastra» la nulidad de todas las actuaciones posteriores y de la sentencia.

Ejemplo. El Letrado de la A. de J. fue intimidado para que «manipulara» el calendario del juez y atrasara o adelantara la celebración de la vista de un juicio verbal. Descubierta la circunstancia con posterioridad, es claro que la citación en sí fue nula, pero no por ello han de serlo ni la vista ni la sentencia que se dictaran después (a no ser, claro está, que se hiciera con el propósito de impedir, por la fecha, la declaración de un testigo clave o algo similar).

3.3. Tratamiento procesal de la nulidad

Como se puede imaginar, en la práctica existe una apariencia de validez de los actos procesales: como regla, cabe presumir que los actos procesales cumplen con todos sus requisitos y producen todos sus efectos. Por eso, salvo supuestos –muy excepcionales– en que la nulidad sea manifiesta, es preciso ponerla expresamente de relieve para que puedan operar sus consecuencias. En otros términos, es precisa una resolución expresa del tribunal en la que se constate la nulidad de una actuación para poder tenerla por nula y «borrar» sus efectos en el proceso –normalmente, mediante su retroacción al momento en que se produjo el vicio generador de la nulidad–.

¿Cómo se llega a esa resolución que constata la nulidad y manda que se operen sus efectos? La respuesta hay que buscarla en los arts. 240 y 241 LOPJ (que son idénticos a los arts. 227 y 228 LEC).

3.3.1. *Tratamiento procesal de oficio*

Es posible, en primer término, que sea el propio tribunal quien aprecie la nulidad de un acto procesal. En tal caso, sea cual sea el momento del proceso en que esto suceda, abrirá un incidente planteando la nulidad y dando audiencia a las partes. Al término de ese incidente, declarará la nulidad de las actuaciones nulas –tanto de las nulas por sí mismas, como de las que los sean por ser consecuencia de

aquellas– (art. 240.2 LOPJ, en general; art. 239.1 LOPJ para los supuestos de actuación bajo violencia o intimidación).

3.3.2. *Denuncia de la nulidad a instancia de parte*

Cualquiera de las partes –normalmente, aquella a quien perjudique el acto nulo u otro acto que se derive del acto nulo– puede también poner de relieve el vicio al tribunal y solicitarle que declare la nulidad de las actuaciones. Los mecanismos de que dispone a tal fin son variados (cfr. art. 240.1 LOPJ):

a) Puede aprovechar los cauces especialmente previstos para denunciar ciertos vicios procesales: así, por ejemplo, si se trata de poner de relieve la falta de jurisdicción o de competencia del tribunal, acudirá a la declinatoria (que, como se verá más adelante, es la herramienta procesal específica para impugnar la jurisdicción y competencia del tribunal).

b) Puede interponer recurso frente a la resolución que contenga el acto nulo, cuando dicha resolución sea recurrible: así, por ejemplo, se puede recurrir en apelación la sentencia dictada por un juez que no fue aquel ante quien se practicaron las pruebas (para poner de manifiesto la nulidad por infracción del requisito de inmediación).

c) Cuando no sea posible ni lo uno ni lo otro, la parte perjudicada por un acto nulo puede promover un incidente para lograr la nulidad de actuaciones. Este incidente, llamado «incidente de nulidad de actuaciones», es imaginable en dos momentos distintos:

— Cuando el proceso aún está pendiente. Es lo que sucedería si, por ejemplo, el demandado rebelde, que fue emplazado irregularmente y no pudo contestar a la demanda, toma conocimiento de la existencia del proceso y se persona a pesar de todo en él cuando aún no ha terminado y solicita que se declare la nulidad de actuaciones, para que el proceso vuelva a sustanciarse y pueda defenderse en él con plenitud. En tal caso, el tribunal habrá de dar audiencia al demandante y dictará un auto decretando la nulidad de las actuaciones a partir del momento del emplazamiento del demandado, mandando que este vuelva a efectuarse de forma regular y que el proceso siga su curso de nuevo, pero contando ya con el demandado.

— Cuando el proceso ya ha terminado por sentencia firme (art. 229 LEC, art. 241 LOPJ), siempre que se entienda producida la infracción de alguno de los derechos fundamentales del art. 53.2 CE (es decir, los que abrirían la puerta al recurso de amparo, incluidos, por supuesto, todos los que se derivan del art. 24 CE).

> En tal caso, el incidente está encaminado a lograr la nulidad de una resolución que ya es firme (véase lo que se dirá al respecto en la lección 29).

3.4. Subsanación de defectos en los actos procesales de las partes

Si se repasa la lista del art. 238 LOPJ con los actos nulos se comprobará cómo en la mayor parte de los casos se trata de actos del tribunal y solo en algunos supuestos se contemplan también actos de las partes (los afectados por violencia o

intimidación y los realizados sin la asistencia preceptiva de abogado). La explicación es que en la mayoría de casos, cuando a los actos de las partes les falta algún requisito para ser eficaces, la sanción no es la nulidad, sino la preclusión: el acto de parte defectuoso se tiene por no realizado y la parte pierde la facultad asociada a aquel.

> Ejemplo. Para que una persona jurídica pueda actuar en juicio es necesario que lo haga a través de su representante. Si se demanda a una persona jurídica y esta, en su contestación a la demanda, no acompaña los documentos que acreditan su representación, la consecuencia no sería la nulidad de la contestación en cuanto tal, sino que se tendrá la demanda por no contestada y se perderán las oportunidades de defensa asociadas a la contestación.

Para evitar en todo caso la dureza de esta consecuencia, la ley permite la subsanación de los defectos en que incurran los actos procesales de las partes, siempre que del modo en que las partes los hayan realizado se ponga de manifiesto su voluntad de cumplir con los requisitos exigidos por la ley (art. 243.3 LOPJ, art. 231 LEC). En los términos previstos por la legislación en función del tipo de acto, el tribunal habrá de ofrecer a la parte afectada la posibilidad de subsanar el defecto.

> En el ejemplo anterior, por tanto, la persona jurídica demandada tendría derecho a subsanar el defecto si de su escrito de contestación se deduce que quien lo presenta afirma ser el representante de aquella. El Letrado de la A. de J., advertido el defecto, debería ofrecer a la parte un breve plazo para subsanar el defecto aportando el documento acreditativo de la representación.

4. LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Los órganos jurisdiccionales dan curso al proceso a través de decisiones, que se van sucediendo de forma encadenada hasta llegar, en el caso de los procesos declarativos, a la sentencia que pone fin a la controversia. Estas decisiones reciben el nombre de resoluciones y pueden proceder de dos sujetos diferentes: a) del titular del órgano jurisdiccional *stricto sensu*, es decir, de los jueces y tribunales, en cuyo caso puede tratarse de providencias, autos o sentencias; b) del Letrado de la A. de J., a quien se reconoce autonomía funcional para impulsar los procesos y tomar ciertas decisiones (especialmente en el ámbito de la ejecución), cuyas resoluciones pueden ser diligencias (de ordenación, de constancia, de comunicación y de ejecución) o decretos.

4.1. Providencias, autos y sentencias del tribunal

Los actos más importantes del órgano jurisdiccional son las resoluciones judiciales, a través de las cuales se exteriorizan las decisiones que el tribunal adopta a lo largo del proceso y, por supuesto, a su término. Toda resolución judicial, por tanto, es la manifestación de una decisión del órgano judicial, que aplica el Derecho a un supuesto de hecho determinado.

No existe en nuestro ordenamiento un único tipo de resolución judicial, sino tres: providencias, autos y sentencias. El criterio que permite distinguirlas es, a grandes rasgos, el de la importancia de la cuestión que se ha de resolver.

4.1.1. *Las providencias*

Las providencias son resoluciones en que se adoptan decisiones sobre la tramitación del proceso; se deciden a través de ellas cuestiones procesales que requieren una tarea de valoración y discernimiento por encima del mero impulso procesal. Cuando se trata únicamente de hacer avanzar el proceso –esto es, de materializar el impulso procesal de oficio–, lo habitual será acudir a las diligencias de ordenación, que son dictadas por el Letrado de la A. de J.

> En concreto, el art. 206.2.1ª LEC señala que «se dictará providencia cuando la resolución se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial por así establecerlo la ley, siempre que en tales casos no exigiera expresamente la forma de auto».

Por lo que se refiere a su forma, las providencias se limitarán a expresar lo que en ellas se mande; no es imprescindible, por tanto, que estén motivadas, aunque incluirán una motivación sucinta cuando lo disponga la ley de forma expresa o el tribunal lo estime conveniente.

4.1.2. *Los autos*

A través de los autos también se resuelven cuestiones procesales –y que, por tanto, afectan a la tramitación del proceso–, pero de mayor importancia. De forma general, puede decirse que ha de acudirse a los autos para resolver las cuestiones incidentales del proceso, es decir, todas aquellas que no integran la cuestión principal o de fondo, siempre que la ley no haya encomendado la decisión al Letrado de la A. de J., en cuyo caso debería dictarse un decreto.

El criterio de distinción entre lo que corresponde decidir al juez y al Letrado de la A. de J. no es sencillo y depende en la mayoría de los casos de lo que diga la ley para cada supuesto concreto. La regla, en principio, es que corresponde al juez decidir sobre todo aquello que lleve aparejado el ejercicio de potestad jurisdiccional, esto es, sobre todo aquello que afecte a la decisión de fondo o que pueda condicionar su decisión sobre el fondo (v.g., qué pruebas se admiten).

> Según el art. 206.2.2ª LEC, «se dictarán autos cuando se decidan recursos contra providencias o decretos, cuando se resuelva sobre admisión o inadmisión de demanda, reconvención, acumulación de acciones, admisión o inadmisión de la prueba, aprobación judicial de transacciones, acuerdos de mediación y convenios, medidas cautelares y nulidad o validez de las actuaciones.
>
> También revestirán la forma de auto las resoluciones que versen sobre presupuestos procesales, anotaciones e inscripciones registrales y cuestiones incidentales, tengan o no señalada en esta ley tramitación especial, siempre que en tales casos la ley exigiera decisión del tribunal, así como las que pongan fin a las actuaciones de una instancia o recurso antes de que concluya su tramitación ordinaria, salvo que, respecto de estas últimas, la ley hubiera dispuesto que deben finalizar por decreto. El recurso de casación podrá decidirse mediante auto en los casos previstos en el artículo 487.1».

Los autos son resoluciones que han de estar externamente motivadas: contendrán en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en que se base la subsiguiente parte dispositiva o «fallo».

4.1.3. *Las sentencias*

Finalmente, las sentencias son las resoluciones que la ley procesal reserva para decidir sobre el fondo del asunto, esto es, para la terminación ordinaria del proceso, ya sea en primera instancia o tras los recursos.

> A tenor del art. 206.2.3ª LEC, «se dictará sentencia para poner fin al proceso, en primera o segunda instancia, una vez que haya concluido su tramitación ordinaria prevista en la ley. También se resolverán mediante sentencia los recursos extraordinarios y los procedimientos para la revisión de sentencias firmes, salvo lo dispuesto en el artículo 487.1» (este último inciso hace referencia a la posibilidad de resolver por auto un recurso de casación, que se estudiará en su debido momento).

Al igual que los autos, las sentencias también habrán de estar motivadas, con distinción entre antecedentes de hecho y fundamentos de derecho. El art. 209 LEC regula con gran detalle las cuestiones que afectan a la forma y contenido de las sentencias (sobre las que se volverá con más detenimiento en lecciones posteriores).

Las resoluciones judiciales pueden clasificarse en *definitivas* e *interlocutorias*.

Son definitivas las que ponen fin a la primera instancia y las que deciden los recursos interpuestos frente a ellas (art. 207.1 LEC): es definitiva, en otros términos, aquella resolución por la que se da por terminado el proceso. La sentencia, por tanto, siempre ha de entenderse como resolución definitiva; pero también tendrán esta consideración los autos por los que se decide la terminación anticipada del proceso: *v.g.*, el auto de sobreseimiento cuando se aprecia un vicio procesal insubsanable en la audiencia previa al juicio, o el auto por el que el tribunal de oficio se abstiene de conocer de un proceso por carecer de jurisdicción para ello, o el auto que acoge el allanamiento total del demandado, o la renuncia total del demandante –también pueden serlo, como se verá, algunos decretos del Letrado de la A. de J.

Son interlocutorias las resoluciones de contenido procesal que se dictan en el curso del proceso pero que no le ponen fin –esto es, aquellas que no son definitivas–: lo serán siempre las providencias –y, como se verá las diligencias de ordenación del Letrado de la A. de J., así como aquellos autos –y decretos del Letrado de la A. de J.– que no sean definitivos.

Por otra parte, se puede decir de una resolución judicial que es *firme* cuando ya no cabe recurso alguno frente a ella, bien porque la ley no lo prevé, bien porque, estando previsto, ha transcurrido el plazo legalmente fijado sin que ninguna de las partes lo haya presentado (art. 207.2 LEC).

4.2. Diligencias de ordenación y decretos del Letrado de la A. de J.

Como ya se anunció antes, existen ciertas decisiones en el proceso que no son tomadas por el titular del órgano judicial, sino por el Letrado de la A. de J. Las resoluciones que puede adoptar el Letrado de la A. de J. reciben el nombre de «diligencias de ordenación» y «decretos» (art. 456 LOPJ y 206.2 LEC).

A través de las diligencias de ordenación se dará a los autos el curso que la ley establezca (art. 206.2.1ª LEC): las diligencias de ordenación, por tanto, son el instrumento para la materialización del impulso procesal, para la toma de aquellas decisiones sobre el curso del procedimiento que no revistan mayor dificultad ni requieran de un especial discernimiento. Se sitúan, en consecuencia, en un nivel inferior a las providencias del tribunal: serán diligencias de ordenación, por tanto, las resoluciones necesarias para la tramitación del proceso que la ley procesal no haya reservado al tribunal.

> Además de diligencias de ordenación, el Letrado de la A. de J. también puede emitir diligencias de constancia, diligencias de comunicación y diligencias de ejecución (art. 456.2 LOPJ).
>
> — Las diligencias de constancia han de ponerse en relación con la función del Letrado de la A. de J. como fedatario público.
>
> — Las diligencias de comunicación serán aquellas que dicte el Letrado de la A. de J. al encargarse de la práctica de los actos de comunicación.
>
> — Las diligencias de ejecución, por último, son las resoluciones que dicta el Letrado de la A. de J. al ejercer las funciones que tiene encomendadas en el marco del proceso de ejecución –salvo que, por su contenido, deba tratarse de decretos o de diligencias de ordenación.

Los decretos que dicta el Letrado de la A. de J. son resoluciones motivadas, que habrán de dictarse para admitir a trámite la demanda, para poner fin al proceso cuando le corresponda hacerlo al Letrado y, en general, cuando el Letrado de la A. de J. considere preciso o conveniente razonar su decisión (art. 206.2.2ª LEC y 456.3 LOP).

4.3. Resoluciones orales y resoluciones escritas

Como regla general, las resoluciones judiciales y las del Letrado de la A. de J. serán escritas, lo que condiciona su contenido y su estructura, así como la necesidad de notificárselas a las partes.

Esta regla se invierte, sin embargo, cuando se trate de resoluciones distintas de sentencia que deban dictarse en el marco de una actuación oral ante el tribunal o ante el Letrado de la A. de J.: en tal caso, la ley espera del tribunal o del Letrado de la A. de J. que decida en el acto y, por tanto, que lo haga de forma oral (art. 210 LEC). Dado que las actuaciones orales son objeto de grabación, la resolución quedará documentada en aquella. Al pronunciar oralmente su resolución, el juez o el Letrado de la A. de J. indicará los recursos que procedan contra ella, en su caso. Si todas las partes están presentes y expresan su decisión de no recurrir, la resolución se declara firme. En todo caso, la resolución oral habrá de redactarse

con posterioridad y notificarse formalmente a las partes, aunque sea suficiente incluir una motivación sucinta. El plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución redactada.

> *Ejemplo.* En el marco de la audiencia previa al juicio se deben proponer al tribunal las pruebas para que se practiquen en el acto del juicio. El tribunal decidir en ese momento cuáles admite y cuáles no. Esa decisión la tomará oralmente en el mismo acto y deberá explicar, especialmente cuando inadmita una prueba, por qué motivo la considera inútil o impertinente –que son los criterios de los que depende su admisibilidad.

La regla general de oralidad de las resoluciones distintas a la sentencia emitidas en actuaciones orales no se aplicará, sin embargo, cuando la ley permita al tribunal o al Letrado de la A. de J. diferir el pronunciamiento, esto es, le permita tomar su decisión en un momento posterior.

> *Ejemplo.* En el marco de la audiencia previa al juicio el tribunal debe resolver las llamadas «excepciones procesales» formuladas por el demandado, a través de las que este alega la ausencia de un presupuesto procesal o la concurrencia de un óbice procesal. En principio, el tribunal ha de pronunciarse oralmente en ese acto, tras oír a las partes. Sin embargo, cuando se haya alegado como óbice procesal la existencia de litispendencia o de cosa juzgada, el art. 421.3 LEC le permite resolver por auto escrito dentro de los cinco días siguientes, cuando la dificultad o la complejidad de las cuestiones así lo justifiquen.

En principio, las sentencias han de emitirse siempre por escrito. Sin embargo, los apartados 3 y 4 del art. 210 LEC permiten que se dicten sentencias orales en el marco del juicio verbal, al concluir el acto de la vista y en presencia de las partes. Se excepcionan los juicios verbales en que no es necesaria la asistencia de abogado.

5. LOS RECURSOS FRENTE A LAS RESOLUCIONES: NOCIONES GENERALES

Recurso es la petición de quien es parte en el proceso por la que solicita el nuevo examen de una cuestión sobre la que ha recaído ya una resolución que le resulta perjudicial a quien recurre, para que se revoque y se sustituya por otra que le favorezca.

El fundamento último de la existencia de los recursos no es otro que el reconocimiento de la falibilidad humana: se admite el recurso porque los jueces –y los Letrados de la A. de J.–, en tanto que seres humanos, pueden equivocarse al interpretar y aplicar la ley o al valorar las pruebas practicadas.

Para que un recurso, en general, pueda ser admitido, es precisa la concurrencia de varios presupuestos:

1º. Que la resolución que se pretende impugnar sea recurrible: como regla, todas las resoluciones son recurribles –aunque a cada tipo de resolución le corresponda un concreto tipo de recurso–, salvo que expresamente la ley declare que alguna resolución es irrecurrible.

2º. Que la resolución que se recurre haya producido perjuicio a la parte que la impugna: esto es, que exista *gravamen* para el recurrente, que exista para él interés en recurrir.

3º. Que no haya expirado el plazo que la ley haya concedido para recurrir.

4º. Que se cumplan los requisitos adicionales que, excepcionalmente, la ley puede establecer para la interposición de ciertos recursos en determinadas materias (cfr., por ejemplo, el art. 449 LEC).

Los recursos pueden ser *ordinarios* y *extraordinarios*.

Se dice que un recurso es ordinario cuando la resolución puede ser impugnada por cualquier motivo: se puede denunciar cualquier infracción que haya causado perjuicio al recurrente. En nuestro proceso civil, son ordinarios los recursos de reposición, apelación y queja –frente a resoluciones del juez o tribunal– y los recursos de reposición y revisión –frente a resoluciones del Letrado de la A. de J.

Un recurso es extraordinario cuando solo puede fundarse en determinados motivos o causas de impugnación expresamente previstos por la ley. En nuestro proceso civil, es extraordinario el recurso de casación.

Además, los recursos se pueden calificar como *devolutivos* y como *no devolutivos*.

Son devolutivos cuando debe resolverlos un tribunal diverso de aquel que dictó la resolución recurrida, y que es precisamente su superior jerárquico. En nuestro proceso civil, son devolutivos los recursos de apelación, revisión, queja, extraordinario por infracción procesal y casación.

Un recurso es no devolutivo cuando debe resolverlo el mismo tribunal que dictó la resolución que se impugna. En nuestro proceso civil, el único recurso no devolutivo es el de reposición.

Los recursos pueden tener o no tener *efecto suspensivo*.

Cuando el recurso tiene efecto suspensivo, su interposición impide que se produzca el efecto jurídico ordenado en la resolución impugnada mientras se esté tramitando el recurso y hasta que este sea resuelto.

En cambio, cuando el recurso no tiene efecto suspensivo, durante su tramitación la resolución impugnada no pierde eficacia y producirá todos los efectos que le son propios.

6. RECURSOS FRENTE A RESOLUCIONES INTERLOCUTORIAS

El avance ordenado del proceso requiere la adopción de resoluciones por parte del juez o del Letrado de la A. de J. Estas resoluciones interlocutorias pueden ser providencias o autos –si las ha dictado el juez– o diligencias de ordenación y decretos –si las ha dictado el Letrado de la A. de J.–. En algunos casos la ley puede disponer que estas resoluciones no admitan recurso, pero la regla general es que

son recurribles, aunque tratando de que los recursos no entorpezcan en exceso el desarrollo del proceso.

Frente a las providencias y autos dictados por el titular del órgano judicial pueden caber el recurso de reposición y/o el de apelación; frente a las diligencias de ordenación y los decretos del Letrado de la A. de J. caben el recurso de reposición y el de revisión.

> Los recursos frente a las sentencias son objeto de estudio posterior, en las lecciones 20 y 21.

6.1. El recurso de reposición

El recurso de reposición es un medio de impugnación ordinario, no devolutivo y sin efecto suspensivo. Está previsto de modo general –salvo que la ley disponga otra cosa– para impugnar todo tipo de resoluciones interlocutorias, es decir, frente a las providencias y los autos no definitivos dictados por el tribunal y frente a las diligencias de ordenación y los decretos no definitivos del Letrado de la A. de J. (art. 451 LEC).

El recurso de reposición habrá de interponerse en el plazo de cinco días desde que al litigante se le notifica la resolución perjudicial, y en el escrito habrá de expresarse cuál es la infracción en que la resolución haya incurrido. Al ser un recurso no devolutivo habrá de interponerse ante el mismo juez o Letrado de la A. de J. que dictó la resolución impugnada y será resuelto por este mismo.

Admitido el recurso por el tribunal o el Letrado de la A. de J., las demás partes disponen a su vez de un plazo de cinco días para «impugnarlo» (esto es, para ofrecer al tribunal o al Letrado de la A. de J. las razones por las cuales debe confirmar la resolución recurrida). Transcurrido ese plazo, en otros cinco días se debe resolver: el tribunal, por medio de auto; el Letrado de la A. de J., por decreto.

El auto por el que se resuelve un recurso de reposición interpuesto frente a una providencia no es recurrible por sí mismo; sin embargo, el litigante disconforme puede reproducir la cuestión objeto de la reposición al recurrir, en su caso, la resolución definitiva que ponga término a la instancia.

En cambio, si se trata del decreto del Letrado de la A. de J. resolviendo un recurso de reposición frente a una diligencia de ordenación o un decreto, cabe siempre recurso de revisión ante el tribunal, pues no puede haber ámbitos en los que el Letrado de la A. de J. actúe sin posibilidad de control judicial (art. 454 bis 1 LEC, derivado de la STC 15/2020)

6.2. El recurso de apelación y el recurso de queja

El recurso de apelación es el recurso ordinario y devolutivo frente a sentencias y autos definitivos, es decir, contra las resoluciones que ponen fin a la primera instancia. No cabe, por tanto, apelación frente a resoluciones interlocutorias (arts. 455 y sigs. LEC).

> El recurso de apelación se estudiará con detalle al hablar de la segunda instancia. La razón es que la regulación del recurso es la misma tanto si se interpone frente a un auto, como si procede frente a una sentencia.

En cuanto al recurso de queja, es también un recurso devolutivo y ordinario, que resulta instrumental de los restantes recursos devolutivos. Según se estudiará más adelante, aunque un recurso sea devolutivo, debe interponerse ante el mismo tribunal que dictó la resolución recurrida; si este tribunal admite el recurso, lo remitirá después a su superior jerárquico, para que sea este quien lo decida. Pues bien, si el tribunal que dictó la resolución recurrida decide inadmitir el recurso frente a ella, el recurrente puede acudir al recurso de queja para denunciar ante el superior jerárquico la indebida inadmisión del recurso y solicitar de dicho tribunal que ordene al inferior su admisión a trámite (cfr. arts. 494 y 495 LEC).

6.3. El recurso de revisión frente a las resoluciones de los Letrados de la A. de J.

En general, como se ha visto, contra las diligencias de ordenación y contra los decretos no definitivos de los Letrados de la A. de J. cabrá recurso de reposición ante el propio Letrado de la A. de J. que dictó la resolución recurrida (salvo que la ley permita recurso directo de revisión).

El recurso de revisión es la vía a través de la cual el titular del órgano judicial controla la actuación del Letrado de la A. de J. Este recurso se puede interponer frente a los decretos por los que se ponga fin al procedimiento o que impidan su continuación, así como en aquellos casos en que lo prevea la ley (incluidos los decretos que resuelven recursos de reposición). El recurso de revisión ha de ser resuelto por el tribunal que esté conociendo del proceso, que habrá de decidirlo por medio de auto.

La tramitación del recurso de revisión es similar a la del recurso de reposición: escrito de interposición, plazo común de cinco días a las demás partes para alegaciones y decisión.

El auto resolviendo el recurso de revisión solo será apelable cuando ponga fin al procedimiento o impida su continuación.

7. ACLARACIÓN DE RESOLUCIONES Y SUBSANACIÓN Y COMPLEMENTO DE SENTENCIAS, AUTOS Y DECRETOS DEFECTUOSOS O INCOMPLETOS

Las resoluciones judiciales –y las de los Letrados de la A. de J.–, una vez hayan sido firmadas, son invariables: significa esto que quien las dictó no podrá alterar ya su contenido (art. 214 LEC); la única vía posible para lograr dicha variación es la del recurso frente a la resolución.

Ahora bien, lo anterior no debe impedir tres cosas:

1º. Que se puedan *rectificar los errores materiales manifiestos y los aritméticos*, sin necesidad de acudir a los recursos: en concreto, si el tribunal o el Letrado de la A. de J., de oficio o a instancia de parte, después de firmada una resolución, descubre en ella un error material manifiesto o un error aritmético, podrá rectificarlo sin más (arts. 267.3 LOPJ y 214.3 LEC).

Ejemplo: En el proceso el demandante reclamó del demandado la entrega de un vehículo modelo «Seat Ibiza» y el tribunal, por error, en la sentencia condena a la entrega «del Seat Córdoba objeto de la demanda».

Ejemplo: Reclamada en el proceso la suma de 10.000 euros más intereses de demora del 7% anual, el tribunal estima la demanda y condena al demandado al pago del principal más dos anualidades de intereses, que cifra en 140 euros (cuando deberían ser 1.400 euros).

2º. Que se pueda solicitar la *aclaración «de algún concepto oscuro»*. Esta aclaración podrá hacerse de oficio dentro de los dos días hábiles siguientes al de la publicación de la resolución; también podrá hacerse a instancia de parte, si se formula la solicitud dentro del mismo plazo (arts. 267.2 LOPJ y 214.2 LEC).

Ejemplo. En la demanda se solicitó la declaración del dominio del demandante sobre una finca, con base en su condición de heredero del propietario anterior o, subsidiariamente, con base en la usucapión. El tribunal, en la sentencia, proclama «que debe estimarse la petición del demandante por haber acreditado el primero de los títulos alegados en la demanda, esto es, la usucapión»: aquí, no está claro por qué opción decantarse, esto es, si debe atenderse a cuál fue el primero de los títulos alegados en la demanda (herencia), o bien a aquel que se menciona expresamente en la sentencia (usucapión).

La aclaración, por tanto, procede cuando el modo en que está redactada la resolución judicial impide a la parte entender qué es lo que se dispone en ella o cuál es la razón por la que se ha tomado una decisión. Una correcta intelección de la resolución es imprescindible para valorar su corrección y decidir, en su caso, si procede recurrirla y por qué motivo/s. De ahí que, en la práctica, en estos casos deba solicitarse primero la aclaración y, solo tras recibir la resolución del tribunal sobre la aclaración, proceda interponer el recurso que corresponda. De hecho, mientras se tramita el incidente de aclaración se interrumpe el plazo para recurrir, que se abre de nuevo en su integridad una vez haya sido resuelta la aclaración.

Lo mismo cabe decir, *mutatis mutandis*, de la petición de rectificación de errores materiales.

3º. Que se pueda *completar una sentencia o auto*, en la que el tribunal haya *omitido pronunciarse sobre alguna pretensión* oportunamente deducida y sustanciada en el proceso. La omisión de pronunciamiento puede ser detectada por la parte, quien podrá solicitar del tribunal que complete la sentencia o auto en el plazo de cinco días a contar desde que le fue notificada; el tribunal, previo traslado de la solicitud a las demás partes, decidirá si accede o no a completar la resolución con el pronunciamiento omitido. También podrá el tribunal proceder de oficio en el plazo de cinco días, a contar desde la fecha en que dictó la resolución (arts. 267.5 LOPJ y 215 LEC).

Ejemplo. El demandante solicitó que se condenara al demandado al pago de 10.000 euros así como de los intereses moratorios. El tribunal, en la sentencia, condena al demandado al pago de 10.000 euros, pero omite pronunciarse acerca de si debe ser condenado a pagar también los intereses pedidos: el silencio no puede interpretarse como desestimación tácita de esa pretensión, por eso es necesario que

el tribunal se pronuncie expresamente, sea para concederlos, sea para denegarlos (pero, en ambos casos, de modo explícito y motivado).

De forma análoga a lo que sucede con la aclaración, el litigante que considere que la sentencia ha omitido un pronunciamiento debido debe, antes que nada, solicitar del tribunal que la complete. Solo tras la respuesta del tribunal a su solicitud procederá interponer, en su caso, recurso contra la sentencia (y, a la inversa, no será admisible el recurso que denuncie la omisión de pronunciamiento si no se ha intentado previamente la integración de la sentencia incompleta).

LECCIÓN 7

LOS ACTOS DE COMUNICACIÓN EN EL PROCESO CIVIL

1. Cuestiones generales. — 2. Las clases de actos de comunicación: 2.1. Actos de comunicación con las partes; 2.2. Actos de comunicación con otros órganos jurisdiccionales; 2.3. Actos de comunicación con otros funcionarios y autoridades. — 3. Los procedimientos de comunicación con las partes: 3.1. Comunicación a través de procurador; 3.2. Comunicación por remisión; 3.3. Comunicación por entrega; 3.4. Comunicación por edictos; 3.5. El registro central de rebeldes civiles. — 4. La comunicación de las partes entre sí y con el tribunal. — 5. El auxilio judicial.

1. CUESTIONES GENERALES

De forma general, los actos de comunicación pueden definirse como aquellos a través de los cuales el órgano jurisdiccional entra en contacto con las partes del proceso o con otros sujetos, con el objeto de poner en su conocimiento una resolución dictada en el curso de un proceso cuyo contenido les afecta, para que puedan ajustar su conducta a las posibilidades que de su contenido se derivan.

En realidad, si el proceso puede avanzar es gracias a los actos de comunicación. Porque el proceso lo integra una concatenación jurídicamente reglada de actos, tanto del tribunal –incluido en esta noción el Letrado de la A. de J. – como de las partes, que se desenvuelven en el tiempo; y ese encadenamiento entre actos de unos y de otros solo es posible en la medida en que cada nueva actuación de uno de sus protagonistas presupone el conocimiento por su parte de las actuaciones previas de las de los demás.

A nadie escapa, por ello, la trascendencia de una adecuada regulación de los actos de comunicación y su clara incidencia sobre la esfera de los derechos fundamentales que se ven involucrados en el proceso.

> En primer término, resulta innegable la vinculación del régimen de los actos de comunicación procesal con el derecho a la tutela judicial efectiva y a no padecer indefensión, proclamado en el art. 24.1 CE. Porque la actividad en el proceso de los litigantes –que, por definición, irá encaminada a la mejor defensa posible de sus derechos e intereses legítimos– está en todo caso condicionada por su conocimiento del curso de las actuaciones, esto es, de las resoluciones dictadas por el órgano jurisdiccional y de las actividades llevadas a cabo por la parte contraria; conocimiento que ha de llegarles de forma adecuada y siempre dentro de los plazos legalmente establecidos, que son aquellos que el legislador ha entendido suficientes para poder preparar y realizar razonablemente el acto que suponga su «reacción» a la resolución o al acto de la parte contraria que hayan sido comunicados. Por eso, la ausencia de comunicación, o su práctica de forma irregular o extemporánea, pueden privar a la parte de posibilidades legalmente previstas de realizar actuaciones dirigidas a hacer valer sus derechos y pueden, en definitiva, colocarla con ello en una posición de indefensión. El ejemplo más claro

de lo anterior lo representa la puesta en conocimiento del demandado de la incoación del proceso contra él: porque solo si el demandado es informado de la existencia de la demanda puede desplegar el conjunto de actividades a través de las que se manifiesta su derecho de defensa.

Además, la materia de los actos de comunicación guarda una estrecha relación con el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). Un sistema de comunicación procesal técnicamente correcto está llamado a ser rápido, esto es, ha de ser un sistema en el que la práctica de los actos de comunicación no consuma más tiempo que el estrictamente necesario para asegurar que aquella se puede efectuar de forma regular. No debe resultar admisible, por ello, que una práctica deficiente de los actos de comunicación sea fuente de innumerables «tiempos muertos» y esperas en el proceso (tantos como resoluciones judiciales), que encarecen los litigios y, sobre todo, retrasan de forma innecesaria y evitable la llegada de la sentencia.

2. LAS CLASES DE ACTOS DE COMUNICACIÓN

De manera general, para una clasificación de los actos de comunicación emanados del órgano jurisdiccional, son dos los elementos básicos: de un lado, quién es el destinatario de la comunicación; y, de otro, cuál es el objeto de la comunicación, el contenido de lo que se comunica, que se determina en función de la finalidad que persigue el acto de comunicación.

Así, en función de su destinatario, se llega a una clasificación tripartita de los actos de comunicación del órgano jurisdiccional: a) Actos de comunicación con las partes; b) Actos de comunicación con otros órganos jurisdiccionales; c) Actos de comunicación con otras autoridades y funcionarios.

2.1. Actos de comunicación con las partes

Los destinatarios «naturales» de los actos de comunicación del órgano jurisdiccional son, indudablemente, las partes del proceso. Dentro de esta categoría se incluyen también los actos de comunicación que tienen como destinatarios a sujetos diversos a las partes, pero que han de desarrollar algún género de actividad dentro del proceso (en especial, los sujetos de la prueba, es decir, testigos y peritos, art. 159 LEC).

La LEC distingue, dentro de los actos de comunicación con las partes, entre notificaciones, emplazamientos, citaciones y requerimientos. Si todos ellos tienen en común el círculo de posibles destinatarios, se distinguen en función del contenido de lo que se comunica: aunque el contenido será siempre una resolución judicial, lo realmente importante a la hora de formular esta subclasificación es la finalidad que se pretende alcanzar comunicando la resolución.

2.1.1. *La notificación*

Para la ley, son notificaciones en sentido estricto aquellos actos de comunicación puros, esto es, los que tienen por objeto único y exclusivo dar noticia a la/s parte/s de una resolución, diligencia o actuación. Es evidente que la puesta

en conocimiento de la resolución, diligencia o actuación se efectúa porque será en alguna medida útil al destinatario, es decir, porque le permitirá desplegar algún género de actividad en favor de sus intereses. Pero esa actividad no se especifica en la notificación, porque el punto del desarrollo del procedimiento en que se produce no necesita esa actividad, no la tiene prevista como ordinaria.

A diferencia de la notificación, los emplazamientos, citaciones y requerimientos tienen en común su condición de actos procesales «complejos»: a través de ellos no solo se busca dar noticia de una resolución, diligencia o actuación, sino que, además, se reclama algún de tipo de actividad de su destinatario.

2.1.2. *El emplazamiento*

En el caso del emplazamiento la finalidad perseguida por la comunicación es que el destinatario se persone ante el órgano jurisdiccional y/o efectúe alguna actuación procesal dentro de un plazo. La vinculación del emplazamiento con el concepto de «plazo» presupone, como regla, que se espera del destinatario una actividad escrita, que son aquellas para cuya realización la ley suele fijar plazos y no términos. Además, los emplazamientos no contienen mandatos imperativos, cuya infracción pueda ser objeto de sanción en sentido propio, sino que sirven para arrojar sobre su destinatario una carga procesal, la de actuar en consonancia con su contenido. Son, por ello, un instrumento idóneo para fomentar el avance de un proceso, como el civil, en el que la actividad de las partes se construye más sobre la base de las cargas y las preclusiones que sobre los deberes y las sanciones.

> El ejemplo más claro de emplazamiento es el del demandado en el juicio ordinario (art. 404 LEC), a través del cual se le da noticia de la presentación de la demanda y de la demanda misma, y se le señala un plazo de veinte días para comparecer y contestarla. También se emplaza al demandado en el juicio verbal, aunque en este caso el plazo para comparecer y contestar es de diez días (art. 438.1 LEC).

2.1.3. *La citación*

A través de la citación se arroja sobre el destinatario la carga de comparecer y/o desarrollar alguna actuación procesal en un lugar, fecha y hora determinados. Ha de vincularse, por tanto, con el concepto de «término» procesal, es decir, con el señalamiento de un momento y un lugar concretos. Por esa misma razón, igual que el emplazamiento se vincula con actuaciones escritas, la citación aparece en estrecha relación con las actuaciones orales y, normalmente, con la celebración de vistas o comparecencias.

> Son ejemplos claros la citación para la audiencia previa o para el juicio del juicio ordinario o para la vista en el caso del juicio verbal (art. 440.1), que se dirigen tanto al demandante como al demandado.

2.1.4. *El requerimiento*

Finalmente, el requerimiento se distingue de la citación y del emplazamiento por su contenido imperativo, porque a través de él el tribunal *ordena* a su destinatario una conducta o una inactividad. Si a través de citaciones

y emplazamientos se pone en conocimiento de las partes el surgimiento de cargas, los requerimientos suelen ser manifestación no solo de cargas –que también–, sino además de los deberes y obligaciones que, en ocasiones, las normas procesales hacen recaer sobre las partes –y sobre terceros–. Por eso mismo, no suele ser infrecuente que el incumplimiento del mandato objeto de un requerimiento no solo acarree la pérdida de una ventaja o de una posibilidad procesal de actuar, sino que también se le asocie una sanción en sentido propio, de la que se suele advertir o «apercibir» en el propio acto de comunicación.

2.2. Actos de comunicación con otros órganos jurisdiccionales

También pueden ser destinatarios de los actos de comunicación emanados de un tribunal otros órganos jurisdiccionales: esta comunicación es necesaria en los casos en que un órgano judicial solicita de otro la realización de cierta actuación necesaria en el proceso: se habla entonces de cooperación o «auxilio judicial». Se denomina *exhorto* al acto a través del cual se produce esta comunicación entre órganos jurisdiccionales (art. 171).

2.3. Actos de comunicación con otros funcionarios y autoridades

Es también frecuente que el normal desarrollo del proceso y el cumplimiento de los fines que le están asignados precisen de la realización de determinadas actuaciones a cargo de ciertos funcionarios o autoridades públicas. Así, por ejemplo, no será realmente eficaz el embargo ejecutivo sobre un bien inmueble si no se le da la publicidad registral oportuna, para lo cual es necesaria la colaboración de los Registradores de la Propiedad.

> Se suele decir que este tipo de actividades integran el denominado «auxilio a la justicia», que se diferencia del «auxilio judicial» por no formar parte de la Administración de Justicia quienes lo suministran. El fundamento primordial de este «auxilio a la justicia» se encuentra en el art. 118 CE, que convierte su prestación en un deber para todos aquellos que estén en condiciones de ofrecerlo.

Pues bien, para lograr estos resultados, es preciso que el órgano jurisdiccional se comunique con los funcionarios o autoridades no judiciales en cuestión, al objeto de ordenarles las conductas que sean precisas para hacer efectivo ese deber de auxilio. Los concretos actos en que se materializa esta comunicación reciben denominaciones diversas en función de sus posibles destinatarios, distinguiendo la LEC entre mandamientos y oficios.

2.3.1. *El mandamiento*

Se ha de acudir al mandamiento cuando el tribunal pretenda recabar algún tipo de actuación de registradores de la propiedad, mercantiles, de buques, de ventas a plazos de bienes muebles, de notarios o funcionarios al servicio de la Administración de Justicia (art. 149.5º LEC). La ley alude expresamente al libramiento de certificaciones o testimonios como actuaciones que pueden reclamarse de estos sujetos; pero también se encuadran aquí, entre otras actuaciones, la práctica o la cancelación de asientos en los registros mencionados, y la realización de enajenaciones –caso de los notarios–.

2.3.2. *El oficio*

De forma residual, los tribunales utilizarán el oficio para comunicarse con las autoridades no judiciales y con los funcionarios a quienes no deban dirigirse a través de mandamiento. Los oficios también son, como regla, vehículo de órdenes o mandatos.

3. LOS PROCEDIMIENTOS DE COMUNICACIÓN CON LAS PARTES

Al aludir a los *procedimientos de comunicación*, se pregunta por la forma de hacer llegar la comunicación a su destinatario, es decir, por los trámites que hay que efectuar para que se produzca el acto de la comunicación y se pueda presumir con el máximo grado de razonable fiabilidad que el objeto de la comunicación ha llegado a su destinatario.

La ley establece a tal fin un sistema de comunicación del tribunal con las partes que se funda en la existencia de tres procedimientos diversos, a los que es posible acudir de forma subsidiaria, en el siguiente orden:

3.1. Comunicación a través de procurador

Como regla general, la comunicación del tribunal con las partes se efectuará a través de sus procuradores. Se aprovechan las especiales características de la profesión de procurador y su condición de representante procesal de las partes para que se considere suficiente dirigirle a él los actos de comunicación y que se pueda presumir informada la parte interesada (art. 153 LEC).

Este procedimiento de notificación presupone que la parte destinataria de la comunicación ya esté personada en el proceso y justamente por medio de procurador. Por eso, será la forma válida para comunicarse con el demandante desde el inicio y con el demandado a partir del momento en que se persone ante el tribunal. Pero, *a contrario*, no podrá acudirse a ella ni para llamar al demandado al proceso, ni para comunicarse con sujetos que no sean parte (testigos, peritos, terceros), ni tampoco cuando las partes actúen en el proceso sin estar representadas por procurador –es decir, cuando la postulación no sea necesaria–. En estos supuestos entran en juego los procedimientos de comunicación subsiguientes.

La comunicación a los procuradores se hará por medios electrónicos, a través del sistema LEXNET o del sistema equivalente que se utilice en la Comunidad Autónoma –si es de aquellas que tienen competencias transferidas en materia de administración de justicia.

> En los excepcionales supuestos en que no sea posible hacerlo por vía electrónica, la comunicación a los procuradores se practicará en el «servicio común de recepción de notificaciones», organizado por el Colegio de Procuradores y que ha de existir en todos los edificios judiciales que sean sede de tribunales civiles –conocido en la práctica también como «salón de procuradores»– (art. 154.2 LEC).

3.2. Comunicación por remisión

3.2.1. *Supuestos*

Para proceder al primer emplazamiento del demandado –que aún no tiene procurador– y para comunicarse con las partes que no se encuentren personadas por procurador, habrá que acudir en primer término al sistema de comunicación por remisión. La forma de practicar esa remisión, sin embargo, depende de si el destinatario está o no obligado legal o contractualmente a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia.

a) Existen ciertos sujetos que están obligados a relacionarse con la Administración de Justicia porque así lo establece la ley.

Según el art. 273.3 LEC, se trata de los siguientes sujetos:

- Las personas jurídicas.
- Las entidades sin personalidad jurídica.
- Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen con la Administración de Justicia en ejercicio de dicha actividad profesional.
- Los notarios y registradores.
- Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia.
- Los funcionarios de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen por razón de su cargo.

Además, es posible que un sujeto se haya obligado contractualmente a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia (art. 152.2 b) LEC). Cabe imaginar, por tanto, que en un contrato se incluya una cláusula en la que las partes asuman esta obligación, con indicación de la dirección o direcciones electrónicas en las que aceptan que se practiquen los actos de comunicación.

En estos casos, la primera comunicación de la existencia del proceso consistirá en la remisión por medios electrónicos de la correspondiente copia de la cédula de emplazamiento y de los documentos adjuntos. Como regla, cuando se practica una notificación por medios electrónicos −y dando por supuesto que la remisión se ha realizado correctamente−, se entiende efectuada cuando el destinatario acceda a su contenido. Ahora bien, si transcurren tres días desde su remisión sin que el destinatario haya accedido a su contenido, habrá que acudir a la comunicación domiciliaria mediante entrega personal al destinatario, en los términos del art. 161 LEC (art. 155.1 LEC). Si este segundo intento de notificación fracasa, se acudirá a la vía edictal, mediante la publicación en el Tablón Judicial Edictal Único.

b) Cuando el demandado no sea una persona obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia la primera comunicación, por remisión, consistirá en el envío al domicilio del destinatario de una copia de la resolución o de la cédula por correo certificado, correo electrónico con acuse de

recibo o cualquier otro medio semejante que permita dejar constancia fehaciente de que se ha recibido la comunicación, de la fecha de la recepción y de su contenido (cfr. art. 160 LEC).

Si la remisión se ha hecho de forma electrónica, solo producirá efectos procesales si el destinatario acepta voluntariamente la comunicación. Si no consta la recepción, habrá que practicar la remisión al domicilio del destinatario por medios no electrónicos.

Si la remisión no se ha hecho de forma electrónica, solo será eficaz si puede acreditarse la recepción por el destinatario. De no ser así, habrá que acudir al sistema de comunicación por entrega en su domicilio.

3.2.2. *Determinación del domicilio del demandado*

Cuando la remisión deba hacerse por medios no electrónicos, habrá de hacerse al lugar en que tenga su domicilio el destinatario o bien a otros lugares que reciben la misma consideración a estos efectos. La determinación del lugar al que dirigir los actos de comunicación puede ser muy problemática cuando se trate de la llamada inicial del demandado al proceso, esto es, del primer emplazamiento. En estos casos, se corre el riesgo de que no les resulte posible ni al demandante ni al propio tribunal averiguar un lugar al que pueda remitirse la notificación: cuando no se pueda determinar ningún lugar al que asignar la condición de domicilio a efectos de notificaciones, el emplazamiento o citación inicial del demandado se harán mediante edictos (art. 156.4 LEC).

En concreto, el actor tiene la carga de designar en su demanda el domicilio en el que deben efectuarse las comunicaciones al demandado y, señeramente, en el que debe procederse a realizar el primer emplazamiento de aquel. A tal fin, le corresponde al demandante desplegar el mayor grado de diligencia en la búsqueda; como compensación, se otorga la calificación de domicilio a efectos de notificación a una serie de lugares –enunciados en el art. 155.3 LEC– que, de ordinario, tal vez no recibirían esa conceptuación: así, a efectos de actos de comunicación, podrá designarse como domicilio del demandado, además del lugar designado por el art. 40 CC (residencia), el que aparezca en el padrón municipal o el que conste oficialmente a otros efectos, así como el que aparezca en Registro oficial o en publicaciones de Colegios profesionales, cuando se 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 el demandado desarrolle su actividad profesional o laboral no ocasional. Si la demanda se dirigiese a una persona jurídica, podrá igualmente señalarse el domicilio de cualquiera que aparezca como administrador, gerente o apoderado de la empresa mercantil, o presidente, miembro o gestor de la Junta de cualquier asociación que apareciese en un Registro oficial.

> De forma especial, para los casos de desahucio de finca urbana, si las partes no han acordado señalar en el contrato de arrendamiento un domicilio en el

que se llevarán a cabo los actos de comunicación, este será, a todos los efectos, el de la vivienda o local arrendado.

El demandante también podrá designar como domicilio del demandado, a efectos del primer emplazamiento, varios de estos lugares, en cuyo caso indicará el orden por el que, a su entender, puede efectuarse con éxito la comunicación. Además, también deberá indicar cuantos datos conozca del demandado y que puedan ser de utilidad para su localización, como número de identificación fiscal o de extranjeros, números de teléfono, de fax, dirección de correo electrónico o similares.

Es posible, no obstante, que el demandante manifieste que le resulta imposible designar un lugar como domicilio en el que emplazar al demandado. En tal caso, antes de decretar la comunicación edictal, se ordena al tribunal efectuar una serie de averiguaciones encaminadas a tal fin. El fracaso del actor en la localización del demandado, por tanto, no le impide formular su demanda; al contrario, su demanda habrá de ser admitida, pero el proceso no podrá avanzar en tanto el tribunal no localice al demandado o, en su defecto, se convenza de la imposibilidad de los medios que tiene para localizarle y ordene emplazarle o citarle por edictos.

La ley no establece un listado cerrado de los medios a los que podrá acudir el tribunal para realizar sus averiguaciones; se deja, por ello, a su prudencia y a su valoración de las circunstancias concurrentes en el caso concreto (art. 156 LEC). Téngase en cuenta en este punto el deber genérico de todos de colaborar con los órganos jurisdiccionales en el desempeño de sus funciones (art. 118 CE): por ello, no habrá de tener reparos el tribunal en dirigirse a cualesquiera personas o entidades. De hecho, en la práctica, resultará de especial utilidad que el demandante sugiera al tribunal la búsqueda de la información en ciertos lugares o dependencias que previamente se la hayan negado a él.

Pero no solo eso; antes incluso de proceder a efectuar alguna de esas actividades, podrá el tribunal dirigirse al Registro central de rebeldes civiles para comprobar si el demandado consta en él inscrito como «rebelde», en cuyo caso podrá el tribunal acordar directamente que se acuda a la comunicación edictal con el demandado (art. 157.2 LEC). En otros términos, la inclusión «como rebelde» del demandado en el mencionado Registro exonera al tribunal del deber de averiguar su domicilio.

3.3. Comunicación por entrega

Este procedimiento de comunicación se efectúa a través de la entrega al destinatario de una copia literal de la resolución que se le haya de notificar, del requerimiento que el tribunal le dirija o de la cédula de citación o emplazamiento –según el caso–. A esta entrega pueden proceder o bien un funcionario del órgano jurisdiccional o bien el procurador de la parte que lo solicite (art. 152.1 LEC) –en este segundo caso, a su costa y bajo la supervisión del Letrado de la A. de J.–.

La comunicación por entrega se efectuará como regla en el domicilio del destinatario, siguiendo las previsiones del art. 161 LEC.

La entrega de la copia de la resolución también puede hacerse en la sede judicial electrónica del tribunal: pero en tal caso no se trata de una genuina entrega que se haga de forma subsidiaria al fracaso de la remisión, sino de una posible forma de materializar una notificación electrónica.

Será preciso efectuarla en día y hora hábil (art. 130 LEC); tratándose de actos de comunicación, se considerarán hábiles las horas que median entre las ocho de la mañana y las diez de la noche (art. 130.3 II LEC).

Por lo que se refiere a la forma, consistirá este mecanismo de comunicación en la simple entrega al destinatario –o a otra persona, cuando la ley lo prevea– de una copia de la resolución o de la cédula. Esta entrega será documentada en el mismo acto por medio de diligencia que será firmada por el funcionario o procurador que la efectúe y por la persona a quien se haga, cuyo nombre se hará constar –dado que no habrá de ser, necesariamente, el destinatario– (art. 161.1 II LEC).

Cuando todo se desarrolle según esta previsión, la comunicación se entenderá regularmente efectuada y desplegará todos sus efectos. Pero no siempre sucederá así.

Es posible, en primer término, que cuando el funcionario judicial o el procurador acudan al domicilio del destinatario a efectuar la entrega, este se encuentre en él, pero se niegue a recibir la copia de la resolución o la cédula, o bien se niegue a firmar la diligencia acreditativa de la entrega. Para evitar que esta actitud obstruccionista pueda perjudicar o dilatar el curso del proceso, no le harán entrega de la copia de la resolución o de la cédula, sino que se retirarán haciéndole saber que aquellas quedan a su disposición en la Oficina Judicial y que se producirán de forma inmediata los efectos de la comunicación. De todo ello se dejará constancia en la diligencia.

También podrá suceder que el destinatario no se halle en el lugar de su domicilio cuando acuda a él el funcionario judicial o el procurador a efectuarle la entrega. En tal caso, deben desplegarse los mayores esfuerzos para lograr, a pesar de ello, efectuar la entrega y evitar el recurso a la comunicación por edictos –especialmente cuando se trata del primer emplazamiento al demandado–. La LEC tiene en cuenta aquí la pluralidad de lugares que a estos efectos reciben la consideración de domicilio en que puede producirse la entrega y prevé reacciones diferentes a la ausencia del destinatario según el tipo de domicilio en que se esté intentando efectuar la entrega:

a) *Se trata de su domicilio en sentido civil, o de su domicilio según el padrón municipal o a efectos fiscales, o según un Registro oficial, o según publicaciones de Colegios oficiales:* en estos casos, a pesar de la ausencia del destinatario, la entrega podrá hacerse a cualquier empleado, o a cualquier familiar mayor de catorce años que se encuentre en el lugar, o al conserje de la finca –si lo hubiera–; en todo caso, se habrá de hacer en sobre cerrado y advirtiendo de responsabilidad en relación a la protección de datos. Como puede apreciarse, la ley no permite efectuar la entrega al vecino del destinatario. El funcionario o procurador actuante habrá de cerciorarse, por supuesto, de la condición de

empleado, familiar –en este caso, también de la edad y grado de madurez– o conserje de la persona a quien haga la entrega, y habrá de advertirle de que está obligado a entregar la cédula o la copia de la resolución a su destinatario, o a darle aviso de su recepción, en caso de que sepa su paradero. Por ello, si alguno de estos sujetos manifestara la imposibilidad de cumplir con dicho mandato, y pareciesen fundadas y sinceras sus razones, debería el funcionario o procurador abstenerse de efectuarle la entrega. De todas estas circunstancias se dejará constancia en la diligencia: en especial, de la fecha y hora en que fue buscado y no encontrado el destinatario de la comunicación en su domicilio, del nombre de la persona que recibe la cédula o la copia de la resolución y de la relación de esa persona con el destinatario. La comunicación así realizada será válida y producirá todos sus efectos.

b) *La entrega trata de hacerse en el lugar de trabajo no ocasional del destinatario:* en este caso, y en ausencia del destinatario, el funcionario o procurador actuante podrá efectuar la entrega a persona que manifieste conocerle; y se habrá de hacer en sobre cerrado y advirtiendo de responsabilidad en relación a la protección de datos. Si en ese lugar de trabajo existiera una dependencia encargada de la recepción de objetos o documentos, se hará sin más indagaciones la entrega a la persona que esté a cargo de ella. Al igual que en el supuesto anterior, la diligencia acreditativa de la práctica de la entrega habrá de contener constancia de la fecha y hora en que se produjo la búsqueda infructuosa, de la persona a la que se ha producido la entrega, y de su relación con el destinatario.

c) Sea o no alguno de los lugares antes mencionados el domicilio al que se acude para efectuar la entrega, el art. 161.4 LEC establece el modo de proceder cuando no se encuentre ni al destinatario ni a persona distinta de él a la que poder entregar la copia de la resolución o la cédula.

En primer término, el Letrado de la A. de J., el funcionario o el procurador actuante tratará de averiguar si vive –o trabaja– en ese lugar el destinatario (por ejemplo, preguntando a vecinos, titulares o dependientes de establecimientos cercanos, a otros trabajadores). En caso de recibir respuesta afirmativa sus investigaciones, deberá intentarse la entrega en otro día u hora.

Si, por el contrario, las averiguaciones condujeran a una respuesta negativa, son posibles dos situaciones:

— Que alguna de las personas consultadas conociese el actual domicilio o lugar de trabajo del destinatario: en tal caso, se consignará en la diligencia tal circunstancia a los efectos de acudir a dicho lugar a tratar de efectuar la entrega (y será obligatorio intentar proceder a la realización del acto de comunicación en el nuevo domicilio facilitado).

— Que las personas consultadas no conociesen el actual domicilio o lugar de trabajo del destinatario –o que ni siquiera hubiera habido a quien consultar sobre si el destinatario vive o trabaja en dicho lugar–: en tal caso, la ley no se resigna aún a desistir de efectuar una entrega en persona, y ordena que el tribunal acuda a los otros lugares designados como posible domicilio por el actor o, en su defecto, proceda a las investigaciones que permiten los arts. 156 y 157 LEC.

En último término, el fracaso en los intentos de proceder a la entrega acabará conduciendo también a una comunicación por medio de edictos.

3.4. Comunicación por edictos

Como mecanismo de cierre, el art. 164 LEC determina los supuestos en los que se procederá a la comunicación por edictos. Se trata de comunicaciones cuyo destinatario es el demandado y cuyo contenido es el primer emplazamiento del mismo al proceso, a las que no le quedará al tribunal más alternativa que acudir en las siguientes hipótesis:

1ª. Cuando ha resultado imposible determinar un domicilio válido a los efectos de remitirle el primer emplazamiento, a pesar de las averiguaciones efectuadas por demandante y tribunal.

2ª. Cuando, ante las dificultades para localizar el domicilio del demandado, el tribunal acude al Registro central de rebeldes civiles y aquel aparece inscrito en él.

3ª. Cuando, ante el fracaso de la comunicación por remisión al domicilio, se trata de efectuar la entrega en ese mismo lugar pero el demandado no es hallado en él, ni puede producirse la entrega a otra persona, ni se puede averiguar su nuevo domicilio.

4ª. Cuando el primer emplazamiento se ha realizado por medios electrónicos con un demandado obligado legal o contractualmente a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia y han transcurrido tres días sin que el destinatario haya accedido a su contenido y tampoco haya tenido éxito la comunicación por entrega intentada subsiguientemente.

La LEC relega la comunicación por edictos a supuestos realmente excepcionales y marginales, en los que se han desplegado infructuosamente todos los esfuerzos racionalmente exigibles para localizar al demandado y emplear un procedimiento de comunicación que posibilite la efectiva recepción por el destinatario.

En cuanto a la forma de proceder a la comunicación edictal, consiste en la publicación de la resolución o de la cédula en el llamado «Tablón Edictal Judicial Único», que se publica electrónicamente por el Boletín Oficial del Estado. Con esto es suficiente para que la comunicación se entienda efectuada y produzca todos sus efectos: si se han agotado todas las vías para tratar de ubicar al demandado y no ha sido posible, la comunicación por edictos es un mero formalismo al que la ley se ve forzada a acudir para fundar una ficción sin la cual el proceso no podría seguir desarrollándose. No es preciso que los edictos se publiquen en el Boletín Oficial de la provincia o en otros medios de comunicación para que el emplazamiento o la citación se tengan por válidamente efectuados –aunque el demandante puede pedir, a su costa, que se haga, porque le puede reportar ventajas en caso de que el demandado rebelde pretenda después impugnar la sentencia (cfr. *infra*, lección 29).

En la práctica, el hecho de tener que realizar el primer emplazamiento por edictos conlleva una alta probabilidad de que el demandado no tenga conocimiento de la existencia del proceso, lo que acarreará su falta de comparecencia y su

consiguiente declaración en rebeldía. No obstante, la implantación del Tablón Edictal Judicial Único ha supuesto un claro avance, pues resulta posible darse de alta en su sistema de alertas, de modo que se reciba un aviso si se publica en él un edicto que concierna a la persona física o jurídica en cuestión.

3.5. El Registro Central de Rebeldes Civiles

El Registro Central de Rebeldes Civiles (art. 157 LEC) es único para todo el Estado y tiene su sede en el Ministerio de Justicia. En él se inscriben aquellas personas –físicas o jurídicas– respecto de las cuales haya sido imposible la determinación de un domicilio a efectos de comunicación; y constan en él como «rebeldes», esto es, como sujetos de imposible localización.

> Es importante que quede claro que quienes han de ser inscritos en ese Registro no son todos aquellos que hayan sido declarados en rebeldía en un proceso civil, sino únicamente aquellos cuyo domicilio haya sido imposible de determinar tras las investigaciones del actor y del tribunal.

Su finalidad primordial consiste en aligerar el trabajo de los tribunales civiles llamados a averiguar el domicilio del demandado: en los casos en que ya previamente otro órgano jurisdiccional haya efectuado esas labores infructuosamente, se evitará una reduplicación de esfuerzos y se podrá acudir directamente a la comunicación edictal. Con ello, se quiere combatir la denominada rebeldía «profesional» o «estratégica», esto es, la actitud de quienes deliberadamente tratan de eludir sus responsabilidades mediante la ocultación de su domicilio.

La información de la que se ha de nutrir el Registro central de rebeldes civiles ha de serle suministrada por los mismos tribunales. Siempre que algún tribunal se haya visto en la tesitura de tener que averiguar el domicilio de un demandado y sus labores hayan resultado infructuosas, tendrá la obligación de comunicar su nombre y los demás datos de identidad que le consten al Registro, para que en este se proceda a efectuar la oportuna inscripción.

Todo tribunal que se vea forzado a efectuar averiguaciones sobre el domicilio del demandado puede acudir, como primera diligencia de investigación, al Registro para comprobar si se halla inscrito en él. Si el demandado consta en él, el tribunal quedará exonerado de realizar ulteriores investigaciones y podrá sin más emplazar o citar por edictos al demandado.

> Esto último, sin embargo, resulta cuestionable, pues el Tribunal Constitucional exige de forma reiterada de los tribunales el máximo nivel de diligencia en la búsqueda de la parte demandada antes de acudir a la notificación edictal.

4. LA COMUNICACIÓN DE LAS PARTES ENTRE SÍ Y CON EL TRIBUNAL

En el proceso no solo es concebible una comunicación que tenga su origen en el tribunal y vaya destinada a las partes. También es necesaria la comunicación procesal de las partes entre sí y de cada una de estas con el tribunal. En efecto, no

es sino un acto de comunicación la presentación de escritos en el tribunal, que está prevista como trámite necesario o contingente en un proceso: desde la presentación de la demanda y de la contestación (actos evidentemente necesarios), hasta la presentación del escrito interponiendo la declinatoria o la recusación del juzgador (actos contingentes).

El principio de audiencia exige que de todo escrito que presente una parte al tribunal se dé traslado a la contraria, para que pueda reaccionar ante él adecuadamente. Cuando se trata de la demanda, dado que el demandado aún no está representado por procurador, resulta necesario acudir a los mecanismos de notificación examinados en las páginas anteriores. Ahora bien, una vez que las partes ya están representadas por procurador, el art. 276 LEC establece un sistema sencillo: cada procurador que presente un escrito o documento al tribunal deberá trasladar a los procuradores de las restantes partes las copias de aquellos escritos y documentos. Dado que los procuradores han de presentar los escritos y documentos al tribunal de forma telemática, el traslado a las demás partes se hará por esos mismos medios de forma simultánea a la presentación y se entenderá efectuado en la fecha y hora que conste en el resguardo acreditativo de su presentación. En caso de que el traslado tenga lugar en día y hora inhábil a efectos procesales conforme a la ley, se entenderá efectuado el primer día y hora hábil siguiente.

> Además, cuando el acto del que se haya dado traslado determine la apertura de un plazo para llevar a cabo una actuación procesal, el plazo comenzará su curso sin la intervención del tribunal y deberá computarse desde el día siguiente al de la fecha que se haya hecho constar en las copias entregadas (art. 278 LEC).

5. El auxilio judicial

La figura del auxilio judicial es la manifestación de la cooperación que han de prestarse entre sí los órganos jurisdiccionales. Siempre que legalmente proceda y efectivamente se solicite, el tribunal requerido está obligado a prestar el auxilio reclamado, con independencia de categorías y rangos en la organización jurisdiccional (art. 273 LOPJ, art. 169.1 LEC).

El fundamento del auxilio judicial se encuentra en la fragmentación territorial de la organización jurisdiccional y en el reconocimiento de que cada órgano jurisdiccional solo puede desplegar su competencia dentro de una parcela territorial determinada, aquella que constituye su circunscripción.

En principio, el proceso está diseñado de manera tal que las actuaciones que lo integran hayan de tener lugar en la sede del tribunal competente para su sustanciación o, cuando menos, dentro de los límites territoriales de su circunscripción. Sin embargo, en ciertos supuestos se plantea la necesidad inexcusable de que una actuación de las que integran el proceso solo pueda efectuarse en un lugar ubicado fuera de dichos límites. En tal caso, se abren dos opciones: a) en primer término, si resulta posible por la naturaleza del acto y no lo impiden las circunstancias del caso concreto, la actuación se realizará por

videoconferencia y la practicará el propio tribunal; b) si la videoconferencia no es posible, el tribunal que se está encargando del proceso no podrá practicarla por sí mismo y deberá solicitar al órgano judicial de dicho lugar que la efectúe por él, valiendo en todo caso lo realizado por el tribunal requerido como si lo hubiera llevado a cabo el requirente (auxilio judicial)

Por ello, como regla, es preceptivo solicitar el auxilio judicial cuando hayan de practicarse actuaciones judiciales fuera de la circunscripción del tribunal que conoce del asunto (arts. 129.2 y 169.2 LEC) y que no puedan practicarse por videoconferencia. Se presume, además, que pueden practicarse por videoconferencia ciertos actos probatorios con sujetos que no puedan acudir a la sede del tribunal (interrogatorio de partes, declaración de testigos y ratificación de peritos), de modo que el auxilio judicial en estos casos se reserva para situaciones excepcionales (art. 169.4 LEC).

> El recurso al auxilio judicial será potestativo –pero no preceptivo– cuando se trate de practicar actuaciones dentro de la circunscripción a que se extiende la competencia del tribunal, pero fuera del término municipal en que este tenga su sede (art. 169.3). En estos casos, los jueces del Tribunal de Instancia podrán recabar el auxilio de los jueces de paz, pero solo en materia de actos de comunicación: aquí, el fundamento del auxilio es la pura comodidad o conveniencia.

Se denomina exhorto el instrumento para la solicitud del auxilio judicial: a través del exhorto el tribunal que no puede efectuar por sí una actuación se comunica con el del lugar donde dicha actuación deba efectuarse y le solicita el auxilio judicial correspondiente.

En el exhorto se identificará el proceso para el que se recaba auxilio y, sobre todo, se indicarán las actuaciones cuya práctica se solicita del tribunal exhortado (y el plazo en el que deben efectuarse): art. 171.

Son dos las posibles formas de remisión del exhorto (art. 172):

— Lo puede remitir directamente el tribunal exhortante al exhortado por medio del sistema informático judicial o de cualquier otro sistema de comunicación que garantice la constancia de la recepción.

— Se puede encargar de su remisión la parte a quien interese su cumplimiento, si así lo solicita: deberá entregarlo al tribunal exhortado en el plazo de cinco días. Suele ser el procurador de la parte quien se encargue de esta tarea.

Una vez cumplimentado el exhorto –es decir, una vez efectuada la actuación reclamada por el exhortante–, se comunicará al exhortante y se le remitirán las actuaciones judiciales por correo certificado (o bien se encargará de ello el mismo litigante que se encargó de gestionarlo): arts. 173 y 175.

LECCIÓN 8

EL OBJETO DEL PROCESO CIVIL

1. La acción afirmada como objeto del proceso civil. — 2. Los elementos identificadores de la acción: 2.1. Sujetos; 2.2. *Petitum* y clases de acción en función del *petitum*; 2.3. Causa de pedir.

1. LA ACCIÓN AFIRMADA COMO OBJETO DEL PROCESO CIVIL

De forma muy genérica, se puede decir que el objeto del proceso es aquello sobre lo que versa el proceso, es decir, aquello sobre lo que tienen la carga de discutir las partes en el proceso y, muy especialmente, aquello sobre lo que debe pronunciarse el tribunal en la sentencia que ponga fin al proceso. En otros términos, el objeto del proceso es la cuestión que se somete al tribunal y sobre la que este debe pronunciarse.

Desde este ángulo, hay que entender que el objeto del proceso lo integra la acción afirmada por el demandante en su demanda, a la que también se denomina «pretensión». El objeto del proceso es así la afirmación de que el demandante tiene derecho a que el tribunal dicte en su favor y frente al demandado una sentencia con el contenido concreto pedido en la demanda: sobre eso discuten las partes y sobre eso ha de decidir el tribunal.

Evidentemente, la existencia de la acción –del derecho del demandante a que se dicte la sentencia que solicita– es algo que no se sabrá hasta el final del proceso, una vez hayan realizado las partes sus alegaciones y se hayan practicado las pruebas: por eso el objeto del proceso lo integra la acción *en tanto que afirmada*, es decir, de modo básicamente hipotético.

La determinación de lo que sea objeto del proceso es necesaria para muchas finalidades: de cuál sea el objeto del proceso dependen diversos elementos que afectan también al desarrollo en sí del proceso.

Así por ejemplo, del objeto del proceso depende cuál ha de ser el tribunal con competencia internacional, con jurisdicción por razón de la materia, con competencia objetiva y territorial. También dependen del objeto del proceso el cauce procedimental que ha seguirse; si las partes han de estar representadas por procurador y asistidas de abogado; qué sujetos ostentan legitimación activa y pasiva; si cabe o no la acumulación de acciones (en función de que exista conexión entre ellas); el régimen de recursos frente a la sentencia; la determinación de aquello sobre lo que debe pronunciarse la sentencia (la congruencia de la sentencia); la existencia de litispendencia o de cosa juzgada (en función de que exista identidad entre los objetos).

2. LOS ELEMENTOS IDENTIFICADORES DE LA ACCIÓN

Toda acción afirmada o pretensión –es decir, todo objeto procesal– puede desglosarse o dividirse en tres elementos, que sirven para identificarla y diferenciarla de las demás. Gracias a estos elementos se pueden comparar los objetos de procesos distintos, para verificar si son idénticos o si son conexos, ya que este dato puede tener importantes consecuencias jurídicas (por ejemplo, litispendencia, cosa juzgada, acumulación o prejudicialidad). Además, estos elementos deben ser igualmente atendidos para verificar la congruencia de la sentencia que se dicte.

Estos tres elementos que identifican cada acción son los sujetos (el que pide la tutela y aquel frente al que se pide), el *petitum* (lo que se pide) y la causa de pedir (los fundamentos de lo que se pide). Cualquier alteración o variación en cualquiera de ellos nos coloca ante una acción distinta.

2.1. Sujetos

El primer elemento que identifica a la acción son los concretos sujetos que ocupan la posición de demandante y de demandado, es decir, la/s persona/s que pide/n una determinada tutela y la/s persona/s frente a la/s que se pide. En principio, si se cambia alguno de los sujetos, la acción es diferente. No obstante, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

— Si en el proceso interviene un representante, el sujeto del proceso, es decir, la verdadera parte, es el representado, no el representante.

— En algunos casos se entiende que existe identidad de partes en dos acciones, pese a que los sujetos del proceso sean distintos (es lo que ocurre, *v.g.*, cuando en un primer proceso es parte un sujeto y en un segundo proceso lo es su sucesor).

— La posición procesal de los sujetos del proceso es irrelevante a efectos del objeto, siempre que no cambien los demás elementos identificadores de la acción.

> *Ejemplo.* En el proceso 1, el sujeto A demanda a B solicitando que se declare que es el propietario de la finca F. En el proceso 2, es el sujeto B el que demanda a A solicitando a su favor la declaración de la misma finca F. Aunque en ambos procesos son distintos los sujetos que ocupan la posición de demandante y demandado, cabe entender que las acciones son idénticas.

2.2. *Petitum* y clases de acción en función del *petitum*

El *petitum* o petición es aquello que se pide al tribunal cuando se ejercita la acción. Desde una perspectiva propia o directa, el *petitum* es la concreta tutela jurídica que se solicita al tribunal (*v.g.*, que se condene al demandado a pagar X al demandante; que el tribunal declare frente al demandado que la finca F es propiedad del demandante; que el tribunal establezca el divorcio de los cónyuges y disuelva el vínculo matrimonial).

Desde una perspectiva más indirecta o impropia, el *petitum* se puede ver como el «concreto bien de la vida que está en juego en el proceso» (*v.g.*, la cantidad de dinero que se pide; la finca litigiosa; el vínculo matrimonial en sí mismo).

En función del contenido del *petitum* se pueden distinguir tres tipos de acción:

a) *Acciones de condena*: son aquellas en las que el actor pide que se condene al demandado a realizar una determinada prestación, que puede consistir en dar, hacer o no hacer algo. Si la condena no se cumple voluntariamente por el condenado, la sentencia servirá de título ejecutivo, es decir, podrá abrirse un proceso de ejecución para lograr la adecuación de la realidad al contenido de la sentencia.

b) *Acciones meramente declarativas*: son aquellas en las que el actor le pide al tribunal que declare la existencia, inexistencia o el modo de ser de un derecho o de una determinada relación jurídica, frente al demandado. Para ejercitar con éxito una acción mero declarativa es necesario que el actor acredite un interés legítimo en obtener esa declaración.

> Ejemplo de esto es la acción meramente declarativa del dominio: pero no basta con que el actor sea titular del derecho de propiedad sobre una finca para que pueda obtener una declaración judicial que reconozca tal derecho; es necesario que acredite, además, su interés en obtener esa declaración porque, *v.g.*, el demandado ha negado tal derecho o lo ha perturbado en su disfrute.

c) *Acciones constitutivas*: son aquellas con las que el actor pretende la creación, modificación o extinción de un derecho o de una relación jurídica. Estas acciones pretenden cambiar una situación jurídica actual y sustituirla por otra. Normalmente los derechos nacen, se modifican o se extinguen con la sola voluntad de los interesados y sin necesidad de intervención del Estado a través de los órganos jurisdiccionales. No obstante, será necesaria esa intervención –que se logra a través del ejercicio de acciones constitutivas– en dos tipos de situación:

> — Cuando la sola voluntad de las partes es insuficiente, con arreglo al ordenamiento, para producir el cambio jurídico pretendido (es lo que *v.g.*, sucedía hasta 2015 con el caso del divorcio, que era un cambio jurídico que según la ley solo se podía producir con la intervención de un tribunal; desde 2015, si se dan ciertas condiciones, pueden acordarlo las partes de mutuo acuerdo ante notario).
>
> — Cuando la sola voluntad de las partes sería suficiente para producir el cambio jurídico, pero alguna de ellas se niega a emitir esa declaración de voluntad (es lo que sucede, *v.g.*, cuando se ejerce la acción de división de la cosa común, o la de resolución contractual).

Las sentencias constitutivas no necesitan ejecución forzosa, porque por sí solas, una vez que son firmes, producen el cambio jurídico pretendido: la sentencia de divorcio firme, por sí misma, pone fin al vínculo matrimonial; la sentencia que resuelve un contrato pone fin, también por sí misma, a la relación contractual. No hay, pues, nada que ejecutar, pues el interés del demandante ya queda satisfecho gracias a la eficacia que el ordenamiento jurídico ha anudado a la sentencia firme.

2.3. Causa de pedir

La causa de pedir (o *causa petendi*) es la razón por la que el demandante pide al tribunal una concreta tutela judicial frente al demandado: es el fundamento en que el demandante apoya su petición de tutela. De forma más técnica, se dice que la causa de pedir es un conjunto de hechos que, jurídicamente calificados (es decir, puestos en relación con una determinada norma jurídica), otorgan al actor el derecho subjetivo en el que basa su petición de tutela. Por eso, puede apreciarse cómo la causa de pedir se compone de dos elementos:

a) Elemento fáctico: en primer término, integran y definen la causa de pedir los hechos relevantes en que el demandante funda su pretensión. Se dice que ha de tratarse de hechos jurídicamente relevantes, es decir, hechos susceptibles de integrar o de subsumirse en el supuesto de hecho de una norma cuya consecuencia jurídica es precisamente aquella que se pide como tutela del tribunal. Este elemento fáctico es, sin duda, el básico e imprescindible y también constituye la clave de todo proceso.

b) Elemento jurídico o normativo: junto a ello, la causa de pedir la compone también el título jurídico o fundamentación jurídica, esto es, la calificación jurídica que cabe atribuir a los hechos. Por calificación jurídica no se entienden los concretos preceptos legales aplicables al caso, sino la perspectiva jurídica desde la que se enfoca el proceso, la «etiqueta jurídica» que de forma global se atribuye a los hechos relevantes (*v.g.*, culpa contractual, culpa extracontractual, usucapión, contrato de préstamo).

Según el principio dispositivo, el objeto del proceso tiene la carga de delimitarlo el demandante. Él decide quiénes son los sujetos del proceso, qué le pide al tribunal y, sobre todo, tiene la carga de alegar los hechos jurídicos relevantes que sustentan su pretensión y también tiene la carga de ofrecer a esos hechos la calificación jurídica que considere oportuna (y lo normal es que esto último lo haga refiriéndose a los concretos preceptos legales aplicables al caso). La calificación jurídica que el actor haya ofrecido será un elemento definitorio de la causa de pedir y, por tanto, de la acción.

> *Ejemplo.* El sujeto A viajaba en un autobús que sufre un accidente y decide demandar a la empresa propietaria del autobús en reclamación de una indemnización de los daños padecidos como consecuencia del accidente. En abstracto, puede pensarse en fundar la pretensión de resarcimiento en dos títulos jurídicos distintos: la responsabilidad contractual de la empresa, por indebida prestación del servicio; o la responsabilidad extracontractual de la empresa, por infracción de la regla general que prohíbe causar daños a los demás. Pues bien, importa ahora señalar que la acción en virtud de la cual el sujeto A reclama a la empresa la cantidad de X euros como indemnización en virtud de la responsabilidad contractual en que ha incurrido es distinta de la acción en virtud de la cual el mismo sujeto A le reclama esa misma cantidad como indemnización por responsabilidad extracontractual: son acciones distintas porque es distinta la causa de pedir, en su vertiente normativa (a pesar de que son idénticos los sujetos, el *petitum* y buena parte de los hechos relevantes)

En síntesis: a) el elemento normativo define la causa de pedir; b) el actor tiene la carga de determinar en su demanda cuál es la calificación jurídica que merecen los hechos alegados.

Ahora bien, junto a ello también debe tenerse en cuenta la vigencia de la máxima *iura novit curia* (= el tribunal conoce el ordenamiento jurídico). Esta regla faculta al tribunal para aplicar correctamente las normas jurídicas al caso concreto: se le permite, pues, corregir los errores del demandante en la identificación de las normas o reglas aplicables al caso, pero siempre con un límite infranqueable, el de la calificación jurídica ofrecida por el actor en su demanda. La máxima *iura novit curia*, pues, faculta al tribunal para aplicar al caso normas distintas de las alegadas por el demandante, pero siempre que encajen dentro de la calificación jurídica (la perspectiva, si se quiere) que el actor le haya dado al proceso. En consecuencia, si el tribunal cambia la calificación jurídica que el actor ha ofrecido a los hechos, estará cambiando la acción e incurriendo con ello en incongruencia, como se verá más adelante. Por el contrario, si la calificación jurídica se mantiene y solo cambian los preceptos aplicables al caso, entonces la acción seguirá siendo la misma y el tribunal habrá actuado correctamente.

> *Ejemplo.* Por seguir con el ejemplo anterior, imagínese que el actor fundó su demanda de indemnización en la responsabilidad de la empresa por un defectuoso cumplimiento del contrato de transporte (= responsabilidad contractual) y aduce en apoyo de su pretensión los preceptos correspondientes del Código Civil y la jurisprudencia que los ha interpretado. El tribunal, en su sentencia, puede considerar que al caso no le es de aplicación el Código Civil, sino una ley especial de ordenación del transporte por carretera: estará cambiando la norma aplicable al caso, pero estará respetando la causa de pedir, pues está respetando la calificación jurídica efectuada por el demandante (sea al amparo del Código civil o de una ley especial, se trata de un supuesto de responsabilidad en el cumplimiento de un contrato de transporte). En cambio, el tribunal no podría en su sentencia considerar que son aplicables al caso los arts. 1901 y sigs. del Código Civil, pues al hacerlo daría a entender que nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad extracontractual –aunque esa argumentación le sirva para concederle al demandante la indemnización que pide– y estaría cambiando la causa de pedir, pues se estaría alterando la calificación jurídica del litigio.
>
> Sobre esta cuestión, no obstante, se volverá con más detenimiento en la lección 24, al abordar la congruencia de la sentencia civil.

LECCIÓN 9

LA COMPETENCIA INTERNACIONAL

1. La determinación del tribunal competente: cuestiones generales. — 2. La competencia internacional: criterios de atribución: 2.1. El Reglamento Bruselas I bis; 2.2. El régimen legal interno de competencia internacional: los arts. 22 a 22-octies LOPJ. — 3. Tratamiento procesal de la competencia internacional: 3.1. Tratamiento procesal de oficio; 3.2. Tratamiento procesal a instancia de parte.

1. LA DETERMINACIÓN DEL TRIBUNAL COMPETENTE: CUESTIONES GENERALES

Toda demanda debe ser interpuesta ante un tribunal que sea competente para conocer de ella, pues solo puede conocer válidamente del proceso y dictar sentencia sobre el fondo un tribunal que sea competente para conocer de la concreta acción o pretensión que ejercite el demandante. Por eso, si la demanda se presenta ante un tribunal incompetente, el demandante carecerá de derecho al proceso y el tribunal no estará facultado para dictar una sentencia sobre el fondo.

Se dice que la competencia es la concreta medida en que un tribunal posee jurisdicción para conocer de un caso concreto. Y, en cada caso concreto, son varios los criterios que condicionan la competencia del tribunal para conocer del litigio: su concurrencia debe analizarse desde lo más amplio y genérico hasta lo más concreto, de acuerdo con el siguiente orden:

1. En primer lugar, puede ser necesario determinar si de la controversia van a poder conocer válidamente o no los tribunales españoles: se dice así que, para conocer válidamente de un proceso, el tribunal elegido por el demandante ha de poseer *competencia internacional*. En virtud de la competencia internacional, por tanto, el tribunal elegido por el actor está facultado para conocer del litigio en tanto que órgano jurisdiccional perteneciente a un determinado Estado.

2. Resuelta en sentido afirmativo la cuestión anterior, hay que plantearse si deberán conocer los tribunales del orden civil de la jurisdicción ordinaria o si el asunto corresponde a los tribunales de otro orden jurisdiccional: la segunda condición para que un tribunal pueda hacerse cargo de un asunto es, por ello, la *jurisdicción por razón de la materia*. La jurisdicción por razón de la materia parte de la división de la jurisdicción ordinaria en ramas u órdenes y, por razón del objeto de la controversia, esto es, de la materia sobre la que versa, establece cuál es el orden ante cuyos órganos debe esta ventilarse.

3. Presupuesta la jurisdicción de los tribunales civiles –que es la que ahora nos interesa–, es necesario determinar qué concreto tipo de órgano jurisdiccional,

de los de este orden, estará facultado para conocer del litigio en primera instancia, es decir, ante qué concreto tipo de tribunal debe interponerse la demanda: solo podrá conocer del proceso un tribunal provisto de *competencia objetiva*. La competencia objetiva determina el tipo de órgano judicial, dentro de un determinado orden, que está facultado para conocer de un asunto en primera instancia, normalmente en atención a la cuantía, a la materia o a la persona que resulte demandada («aforamiento»).

4. Identificado el tipo de tribunal con competencia objetiva, será preciso determinar ante el de qué lugar habrá que interponer la demanda: se trata con ello de que el proceso se desarrolle ante un tribunal con *competencia territorial*. La competencia territorial identifica el tribunal con competencia objetiva del lugar en el que la ley quiere que se desarrolle el proceso.

> En ocasiones, la norma de competencia territorial conduce a una circunscripción en la que existen varios tribunales del mismo tipo: en este caso será preciso determinar cuál de ellos conocerá del proceso aplicando las normas de reparto. Ahora bien, las normas de reparto se imponen siempre al demandante: el demandante es libre de decidir si presenta su demanda ante el Tribunal de Instancia de Madrid, o ante el de Valencia, si se lo permiten las normas de competencia territorial; pero no puede decidir por sí mismo que de su demanda conozca el juez nº 8 de la Sección Civil del Tribunal de Instancia de Madrid, o el juez nº 4 de la Sección de lo Mercantil del Tribunal de Instancia de Valencia, pues es algo que depende del reparto de asuntos en cada una de esas demarcaciones.

5. Por último, estando ya en marcha el proceso, puede ser necesario determinar qué tribunal será el competente para realizar determinadas actuaciones del proceso que son distintas de lo que es enjuiciarlo en primera instancia, pero que guardan una conexión directa con esa actividad: 1) a qué tribunal le corresponde resolver el recurso que se interponga contra la sentencia, 2) a qué tribunal le corresponde ejecutar la sentencia o 3) quién debe resolver las incidencias extraordinarias que se susciten durante su tramitación. De determinar a quién corresponden estas funciones se encargan las normas de *competencia funcional*.

Todos estos criterios atributivos de competencia funcionan como presupuestos procesales, es decir, es necesaria su concurrencia en el caso concreto para que exista derecho a una sentencia sobre el fondo: 1) los cuatro primeros (competencia internacional, jurisdicción por razón de la materia, competencia objetiva y competencia territorial) son necesarios para identificar el tribunal competente para conocer del proceso en primera instancia, esto es, para identificar el tribunal ante el que ha de comenzar el proceso; 2) la competencia funcional, por su parte, sirve para la identificación del tribunal competente para la realización de las otras actividades a que se ha hecho antes mención.

En cualquier caso, respecto de todos ellos es preciso plantearse dos cuestiones: los criterios de atribución y el tratamiento procesal.

— Los criterios de atribución son las reglas en virtud de las cuales se puede determinar si un órgano jurisdiccional posee o no, en un caso concreto,

competencia internacional, jurisdicción por razón de la materia, competencia objetiva, competencia territorial o competencia funcional. Son las reglas, por tanto, para verificar si concurre o no el presupuesto procesal en cuestión.

— La expresión «tratamiento procesal» designa las actuaciones que han de llevarse a cabo, de oficio o a instancia del demandado, cuando se ha interpuesto una demanda ante un tribunal que carece de alguno de estos presupuestos procesales.

2. LA COMPETENCIA INTERNACIONAL: CRITERIOS DE ATRIBUCIÓN

Para que un proceso pueda sustanciarse válidamente ante un tribunal español es preciso antes que nada que nuestros tribunales posean competencia internacional para conocer del litigio: las normas de competencia internacional establecen en qué casos estarán facultados los tribunales españoles para conocer de un proceso y, *a sensu contrario*, cuándo no podrán hacerlo. Se trata de un presupuesto procesal que ha de concurrir siempre: no obstante, en la práctica, solo se examina su concurrencia en caso de que el proceso presente algún elemento de extranjería, que pueda poner en duda la facultad de nuestros tribunales para conocer válidamente del proceso (*v.g.*, una de las partes es extranjera, o la cosa litigiosa está en el extranjero, o el contrato en que se funda la demanda se celebró en el extranjero, o debe cumplirse en el extranjero).

El principal problema que se plantea a la hora de determinar si nuestros tribunales pueden conocer o no de una demanda, cuando está presente en ella algún elemento de extranjería, se encuentra en la selección en el caso concreto de la norma que contenga los criterios de atribución de la competencia internacional: en efecto, se trata de una materia en la que confluyen normas supranacionales y normas internas, de modo que las segundas solo se aplicarán cuando no resulten aplicables al caso las primeras.

Las normas de origen internacional o supranacional en materia de competencia internacional son relativamente abundantes. Existen ciertos convenios sectoriales que regulan esta materia (*v.g.*, en materia de transportes de mercancías por carretera, por mar, por ferrocarril o por avión). También existen tratados bilaterales suscritos entre España y otros países, que contienen igualmente normas para el reparto de la competencia internacional (pueden identificarse a través del portal oficial www.prontuario.org). Sin embargo, los textos normativos supranacionales más relevantes en esta materia son varios reglamentos europeos:

— El Reglamento 1215/2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que es la norma básica de aplicación general en materia civil y mercantil.

> Se le suele denominar Reglamento Bruselas I bis (RB I bis), porque tiene su origen en el Convenio de Bruselas de 1968, que se ocupaba de estas mismas cuestiones y, a su vez, porque sustituye al llamado Reglamento Bruselas I (Reglamento 44/2001).

— El Reglamento 2019/1111, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia familiar y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores.

Se le suele denominar Reglamento Bruselas II ter (RB II ter), para aludir a su carácter complementario del anterior y al hecho de que es ya la tercera versión de norma europea sobre esta cuestión.

— El Reglamento 4/2009, relativo a la competencia judicial, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia de alimentos.

— El Reglamento 650/2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo (RS).

— El Reglamento 2016/1103, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales.

— El Reglamento 2016/1104, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas.

Se trata de normas elaboradas por las instituciones europeas al amparo de su competencia para la promoción de un espacio de libertad, seguridad y justicia en materia civil y procesal civil. Gracias a estos reglamentos, las normas de competencia internacional dentro de los Estados miembros de la Unión Europea están unificadas, es decir, en todos los Estados se utilizarán los mismos criterios para determinar cuándo son internacionalmente competentes sus tribunales: con ello, contribuyen a la seguridad jurídica y a facilitar la libre circulación de resoluciones judiciales dentro de la UE.

Si no resulta de aplicación alguno de los reglamentos europeos o algún otro texto de origen internacional o supranacional habrá que acudir a lo establecido sobre esta cuestión en nuestra legislación interna: en concreto, son los arts. 22 a 22-octies LOPJ los encargados de establecer los criterios de atribución de la competencia internacional en defecto de otra norma aplicable.

Dado el carácter general de estos materiales, solo se analizarán en las páginas que siguen las previsiones del Reglamento Bruselas I bis y de la LOPJ.

2.1. El Reglamento Bruselas I bis

2.1.1. *Ámbito de aplicación*

El RB I bis es la norma básica para la determinación de la competencia internacional de los tribunales españoles, según se desprende del análisis de su ámbito de aplicación. En efecto, el RB I bis resulta aplicable si concurren los tres siguientes requisitos:

a) Requisito general: que el demandado tenga su domicilio en un Estado de la Unión Europea, siendo irrelevante su nacionalidad, al igual que la del demandante.

> Respecto de algunas materias, de hecho, este requisito ni siquiera se exige: aquellas para las que existe un fuero exclusivo, los casos en que existe un pacto de sumisión expresa, los asuntos de consumidores (cuando es el consumidor quien demanda a un empresario/profesional domiciliado fuera de la UE) y los litigios derivados de un contrato individual de trabajo (cuando es el trabajador quien demanda a un empresario domiciliado fuera de la UE).

b) Requisito espacial: el RB I bis solo se aplica en la Unión Europea, por los tribunales de los Estados de la Unión Europea. Esto significa que solo se puede esperar que mida su propia competencia internacional con arreglo a este Reglamento un tribunal de algún Estado miembro de la UE.

c) Requisito material: el RB I bis tiene un ámbito material de aplicación bastante amplio, puesto que, en principio, se encuentran en él las normas atributivas de competencia internacional cuando el asunto versa sobre cualquier materia civil o mercantil. No obstante, son varias –e importantes– las excepciones:

> — las materias fiscal, aduanera y administrativa;
>
> — la responsabilidad del Estado por acciones u omisiones en el ejercicio de su autoridad (*acta iure imperii*);
>
> — el estado y la capacidad de las personas físicas, los regímenes matrimoniales o los que regulen relaciones con efectos comparables al matrimonio según la ley aplicable;
>
> — la quiebra, los convenios entre quebrado y acreedores, y demás procedimientos análogos (se ocupa de ello el Reglamento 848/2015, sobre procedimientos de insolvencia);
>
> — la Seguridad Social;
>
> — el arbitraje;
>
> — las obligaciones de alimentos derivadas de relaciones de familia, de parentesco, de matrimonio o de afinidad;
>
> — los testamentos y sucesiones, incluidas las obligaciones de alimentos por causa de muerte.
>
> De forma singular, el RB I bis sí que se aplica a los contratos individuales de trabajo, así como a las acciones civiles *ex delicto* ejercitadas ante tribunales penales.

En términos muy generales, puede decirse que el RB I bis se aplica de forma general a los procesos que versan sobre materia patrimonial privada.

Cuando el RB I bis resulte aplicable a una controversia, será en sus preceptos donde deba buscarse qué tribunal/es tiene/n la competencia internacional: y si con arreglo al RB I bis no tienen competencia internacional los tribunales de nuestro Estado, entonces esa será la conclusión: no será admisible, en tal caso, acudir a la legislación interna en busca de algún criterio de atribución de la competencia,

porque la aplicación del RB I bis al caso –aunque determine la incompetencia internacional de nuestros tribunales– excluye la aplicación de normas legales internas.

> Por otra parte, hay que insistir en una idea clave: cuando se trata de dilucidar si un tribunal posee o no competencia internacional, no se está resolviendo una disputa entre Estados que quieran conocer del asunto, sino que únicamente se está analizando si se puede presentar la demanda ante los tribunales de un Estado determinado. No existe, por tanto, un interés de los Estados en acaparar el conocimiento de procesos, sino solo de que exista una distribución adecuada de los litigios por Estados, en razón de la conexión que presenta el pleito con un Estado, o con varios a la vez. Por eso mismo, no es extraño que las normas de competencia internacional permitan que, respecto de una controversia determinada, puedan conocer válidamente los tribunales de varios países, debido a que existe con todos ellos algún tipo de conexión relevante que lo justifica.

2.1.2. *Sistema de fueros*

A los criterios de atribución de competencia internacional se los conoce como «fueros» o «foros» de competencia internacional y todos ellos denotan algún tipo de vínculo o conexión entre el objeto del proceso y un Estado, aquel a cuyos tribunales se atribuye la competencia. El establecimiento de esos fueros o foros ofrece a los protagonistas de las relaciones jurídicas transfronterizas un marco de seguridad jurídica, pues les permite predecir, en caso de controversia judicial futura, ante los tribunales de qué Estado o Estados podrían interponer una demanda o podrían verse forzados a litigar, si fueran demandados. El RB I bis contiene el siguiente sistema de fueros:

1º. Existe un *fuero general*, aplicable en todos los casos, aunque con algunas excepciones. Este fuero general es el del domicilio del demandado: la competencia internacional para conocer de un asunto que entra dentro del ámbito de aplicación del RB I bis corresponde, como regla, a los tribunales del Estado donde tiene su domicilio el demandado (arts. 4-6 RB I bis). Se entiende que el hecho de que el demandado esté domiciliado en un Estado es criterio de conexión suficiente entre el proceso y ese Estado. Además, la regla es coherente con otra análoga que rige en derecho civil: es el acreedor el que debe desplazarse al domicilio del deudor para reclamar el pago de la deuda (art. 1171 III CC).

En caso de que sean varios los demandados y tengan su domicilio en Estados diversos, el demandante podrá elegir entre cualquiera de ellos, siempre que las demandas estén vinculadas entre sí por una relación tan estrecha que resulte oportuno tramitarlas y juzgarlas al mismo tiempo a fin de evitar resoluciones que podrían ser contradictorias si se juzgasen los asuntos separadamente (art. 8.1 RB I bis).

2º. El RB I bis contempla, junto al general, una serie de *fueros especiales*, que se construyen como alternativos al fuero general y cuya finalidad es favorecer la posición del demandante o que el proceso se desarrolle en el lugar donde más fácilmente se pueden obtener y practicar las pruebas (ver arts. 7 a 23 RB I bis). Así, y a modo de ejemplo:

— En materia contractual (art. 7.1 RB I bis) existe como fuero especial el del lugar en el que se haya cumplido o deba cumplirse la obligación que sirva de base a la demanda.

> El precepto efectúa una importante precisión, de gran alcance práctico: salvo pacto en contrario, el lugar de cumplimiento –a todos los efectos– será: i) si se trata de una compraventa de mercaderías, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser entregadas las mercaderías (aunque, v.g., se reclame el pago del precio); ii) si se trata de una prestación de servicios, el lugar del Estado miembro en el que, según el contrato, hayan sido o deban ser prestados los servicios (aunque, también aquí, lo que se reclame sea el pago del precio).

— En materia de responsabilidad civil extracontractual (el art. 7.2 RB I bis se refiere a ello como «materia delictual o cuasidelictual»), también será competente el órgano jurisdiccional del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso (en relación con esto existe jurisprudencia relevante del TJUE, especialmente cuando se trata de hechos cuyos resultados dañosos se han manifestado en diversos lugares y, singularmente, cuando se han cometido a través de internet –v.g., difamaciones e intromisiones en los derechos al honor, intimidad y propia imagen-).

— Para el ejercicio de acciones civiles *ex delicto* tendrá competencia el tribunal que esté conociendo del proceso penal, en la medida en que, de conformidad con su legislación interna, dicho órgano jurisdiccional pueda conocer de la acción civil (art. 7.3 RB I bis).

— Es habitual, asimismo, que ciertas empresas, con domicilio en un Estado miembro, desarrollen su actividad en otros a través de sucursales, agencias u otros establecimientos (esto es, sin llegar a constituir filiales con personalidad jurídica propia): cuando se trate de litigios relativos a la explotación de dichas sucursales, agencias o establecimientos, también serán competentes los tribunales del Estado en que se hallen sitos (art. 7.5 RB I bis).

— Si se trata de formular una reconvención derivada del contrato o hecho en que se fundamente la demanda inicial, se reconocerá competencia al órgano jurisdiccional que esté conociendo de esta última, aunque en principio no la tuviera si la acción reconvencional fuera el objeto único de un proceso distinto (art. 8.3 RB I bis).

— Si una acción en materia contractual puede acumularse con otra en materia de derechos reales inmobiliarios dirigida contra el mismo demandado, tendrá competencia para conocer de ella el tribunal del Estado miembro en el que esté sito el inmueble (art. 8.4 RB I bis).

> Además, el art. 7.4 RB I bis establece un fuero especial para los procesos encaminados a recuperar bienes culturales (lugar de ubicación del bien al tiempo de la interposición de la demanda); el art. 7.6 RB I bis contiene un fuero especial en materia de *trust*; el art. 7.7 RB I bis prevé reglas para los procesos en reclamación de remuneración por auxilio o salvamento marítimo de cargamentos o fletes; y el art. 9 RB I bis para demandas relativas a la limitación de la responsabilidad derivada de la utilización o explotación de un buque.

Cuando el proceso verse sobre alguna de estas materias, el demandante tendrá a su disposición dos fueros: el general (domicilio del demandado) y el especial; será el propio demandante quien elija el que más le convenga para presentar su demanda, sabiendo que cualquiera de ellos tendrá competencia internacional.

También existen fueros especiales en materia de contratos de seguro, contratos celebrados con consumidores y contratos individuales de trabajo (arts. 10 a 23 RB I bis), de creciente importancia práctica. En estos ámbitos, el propósito es proteger a la parte «débil» de la relación jurídica, reconociéndole el derecho a no poder ser demandada contra su voluntad en un Estado miembro distinto al de su domicilio (lo que incluye también restricciones en relación con las cláusulas de sumisión expresa) y atribuyéndole el derecho a demandar en el Estado de su domicilio.

3º. El RB I bis también contempla una serie de *fueros exclusivos* (art. 24). Para ciertas materias, solo pueden ser competentes los tribunales de un determinado Estado, sin que sea de aplicación ni el fuero general, ni ningún otro fuero especial. Además, para que resulte aplicable el RB I bis en estos casos ni siquiera es necesario que el demandado tenga su domicilio en la UE. Así sucede, a modo de ejemplo, en los siguientes supuestos:

— Procesos en materia de derechos reales inmobiliarios y de contratos de arrendamiento de inmuebles: el fuero será siempre el del tribunal del Estado donde esté situado el inmueble (art. 24.1 RB I bis; con una excepción para arrendamientos de duración breve).

— En materia de validez, nulidad o disolución de sociedades y personas jurídicas, así como en materia de validez de las decisiones de sus órganos, el fuero será el del Estado donde se encuentre domiciliada la persona jurídica (art. 24.2 RB I bis).

— En materia de validez de las inscripciones en los registros públicos, serán competentes los tribunales del Estado miembro en que se encuentre el registro (art. 24.3 RB I bis).

— En materia de inscripciones o validez de patentes, marcas, diseños o dibujos y modelos y demás derechos análogos sometidos a depósito o registro, independientemente de que la cuestión se haya suscitado por vía de acción o por vía de excepción, tendrán competencia exclusiva los tribunales del Estado en que se haya solicitado, efectuado o tenido por efectuado el depósito o registro en virtud de lo dispuesto en algún instrumento de la Unión o en algún convenio internacional (art. 24.4 RB I bis).

— En materia de ejecución de las resoluciones judiciales, la competencia corresponderá a los tribunales del Estado miembro del lugar de ejecución (art. 24.5 RB I bis).

4º. El RB I bis da cabida igualmente a la *sumisión expresa o prórroga expresa de la jurisdicción* (art. 25). El RB I bis admite, bajo ciertas condiciones, que sean eficaces las cláusulas o pactos de sumisión expresa. Se trata de acuerdos o

contratos a través de los cuales las partes atribuyen competencia a los tribunales de un Estado para conocer de un litigio aunque en principio, en aplicación de las reglas generales del RB I bis, no la tuvieran; además, como consecuencia de la existencia de estos pactos, pierden su competencia los tribunales de otro Estado que, eventualmente, la habrían tenido de no existir el pacto.

Como regla, estos pactos de sumisión expresa se suelen celebrar con carácter previo al nacimiento del litigio y se suelen incluir como cláusulas dentro de los contratos de ámbito internacional. No obstante, también es posible celebrar un pacto de sumisión expresa una vez nacida la controversia.

Para que sean eficaces estos pactos de sumisión expresa, el RB I bis fija tres condiciones:

— Que no se proyecte sobre una materia para la que exista un fuero exclusivo.

— Es preciso que se designe un Estado miembro como competente, sin que sea necesario que alguna de las partes tenga su domicilio en la Unión Europea.

— En cuanto a la forma, la cláusula solo será válida si se celebra de forma escrita o conforme a los usos del comercio internacional.

> De forma singular, el art. 25.5 RB I bis señala que las cláusulas de sumisión expresa que formen parte de un contrato se considerarán como un acuerdo independiente de las demás cláusulas del contrato. En consecuencia, la validez del acuerdo atributivo de competencia internacional no podrá ser impugnada por la sola razón de la invalidez del contrato. Se evitan así los problemas que podrían suscitarse a la hora de determinar el tribunal competente cuando se ejercitan acciones de nulidad del contrato.

5º. Finalmente, el sistema de fueros del RB I bis se cierra con la admisión de la *sumisión tácita o prórroga tácita de la jurisdicción* (art. 26). La sumisión tácita se produce cuando concurren dos factores:

— El demandante interpone su demanda ante un tribunal que carece de competencia internacional con arreglo a lo dispuesto en el RB I bis.

— Notificada la demanda al demandado, este comparece ante el tribunal en principio incompetente y no denuncia en la primera oportunidad de que disponga la falta de competencia internacional del tribunal elegido por el actor. La falta de denuncia por el demandado provoca su sumisión tácita, que atribuye al tribunal una competencia que hasta ese momento no tenía.

La sumisión tácita prevalece sobre la expresa pero también está sujeta a un límite: no es admisible respecto de aquellas materias para las que exista un fuero de competencia exclusiva. Además, en materia de seguros, consumo y contratos individuales de trabajo se ha previsto una salvaguarda adicional: para que la sumisión tácita sea operativa y el tribunal asuma una competencia que en otro caso no tendría es necesario asegurarse de que la parte «débil» (el tomador del seguro, el asegurado, un beneficiario del contrato de seguro, la persona perjudicada, el

consumidor o el trabajador, según el caso) ha sido informado de su derecho a impugnar la competencia del tribunal y de las consecuencias de comparecer o no.

2.2. El régimen legal interno de competencia internacional: los arts. 22 a 22-octies LOPJ

En aquellos casos en que no resulte de aplicación el RB I bis ni ninguna otra norma de carácter supranacional –es decir, cuando no se cumpla alguno de sus requisitos de aplicación–, las normas atributivas de competencia internacional a favor de los tribunales españoles han de buscarse en nuestra legislación interna sobre la materia, integrada por los arts. 22 a 22-octies LOPJ.

La regulación de la competencia internacional en la LOPJ es muy semejante a la del RB I bis, aunque su ámbito material de aplicación es mucho más amplio – la LOPJ cubre todas las materias propias del Derecho privado, incluidas aquellas excluidas del RB I bis, especialmente en materia de estado civil y capacidad, familia y sucesiones.

— Se contempla como fuero general el del domicilio del demandado (art. 22 ter LOPJ); será suficiente que solo tenga domicilio en España uno de los varios codemandados cuando se ejercite una sola acción o varias entre las que exista un nexo que permita su acumulación.

— Se establecen fueros especiales y alternativos en materia de estado civil y capacidad de las personas (art. 22 quater LOPJ) así como en materia patrimonial (art. 22 quinquies, en términos similares a los del RB I bis).

— Se prevé la competencia exclusiva de los tribunales españoles para las mismas materias y en los mismos términos en que la prevé el RB I bis (art. 22 LOPJ).

— El art. 22 bis LOPJ también reconoce validez a la sumisión expresa y a la sumisión tácita como criterios de atribución de la competencia internacional.

3. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COMPETENCIA INTERNACIONAL

La expresión *tratamiento procesal* se emplea para designar los mecanismos de reacción en caso de que concurra algún óbice procesal o falte algún presupuesto procesal (como la competencia internacional).

El tratamiento procesal de la competencia internacional se plantea, por tanto, en aquellos casos en que se presente la demanda ante un tribunal español, cuando este no tiene competencia internacional para conocer de ella.

En general, las vías para el tratamiento procesal son de dos tipos: de oficio o a instancia de parte.

— El tratamiento procesal de oficio lo integran las actuaciones que puede y debe llevar a cabo el propio tribunal cuando aprecia la falta del presupuesto procesal en cuestión por sí mismo, sin necesidad de que ninguno de los litigantes se lo haya puesto de manifiesto.

— Y existe un tratamiento procesal a instancia de parte para referirse a los cauces u opciones que tienen las partes para poner de manifiesto al tribunal la falta de algún presupuesto procesal y lo que debe hacer el tribunal a resultas de esa denuncia.

3.1. Tratamiento procesal de oficio

El tribunal español ante el que se presente una demanda para la que él se considera incompetente ha de reaccionar de dos formas distintas en función de cuál sea la naturaleza del fuero aplicable al caso (arts. 27 y 28 RB I bis, art. 36.2 LEC y art. 22-octies LOPJ).

a) Si a la controversia le es aplicable un fuero de competencia exclusiva que conduce a los tribunales de un Estado extranjero, el tribunal debe sin más abstenerse de conocer del asunto, por lo que deberá inadmitir a trámite la demanda, dado que nunca podría resolver válidamente esa controversia.

b) Si la demanda versa sobre una materia para la que no existe fuero exclusivo de otro Estado, el tribunal español no puede inadmitirla a trámite, porque aún existe la posibilidad de que llegue a ser competente si se produce la sumisión tácita del demandado. Por eso, el tribunal debe admitir a trámite la demanda y esperar al momento en que deba comparecer el demandado por primera vez. En este momento se pueden dar varias opciones:

— El demandado comparece y realiza cualquier actuación distinta de denunciar la falta de competencia del tribunal español a través de la llamada *declinatoria*: en este caso se ha producido sumisión tácita y el tribunal español seguirá conociendo del asunto.

— El demandado comparece para interponer en plazo la declinatoria: no se produce sumisión tácita y, tras tramitar la declinatoria, el tribunal acabará absteniéndose de conocer del asunto, de modo que sobreseerá el proceso (esto es, pondrá fin anticipado al proceso sin haber resuelto la controversia en cuanto al fondo).

— El demandado no comparece en el primer momento en que debía hacerlo: al no haber comparecido, no se ha producido sumisión tácita y el tribunal español sigue siendo incompetente para conocer del asunto; por eso, en cuanto constate la incomparecencia del demandado, el tribunal deberá abstenerse de oficio de seguir conociendo y tendrá que sobreseer el proceso.

3.2. Tratamiento procesal a instancia de parte

El tratamiento procesal a instancia de parte lo es solo a instancia de la parte demandada, que denuncia la falta de competencia internacional del tribunal elegido por el demandante para interponer la demanda. El demandado que pretenda impugnar la competencia internacional habrá de hacerlo interponiendo en tiempo y forma la *declinatoria*: la declinatoria es un incidente que paraliza el proceso mientras se resuelve y cuya finalidad es precisamente que el tribunal verifique si posee o no jurisdicción y competencia para conocer del proceso.

Si el demandado no interpone la declinatoria en el momento previsto por la ley para ello, se entiende que se somete tácitamente.

— En el juicio ordinario, la declinatoria ha de interponerse dentro de los diez primeros días de los veinte de que dispone para contestar a la demanda, una vez haya sido emplazado.

— En el juicio verbal, el demandado también tiene la carga de interponer la declinatoria dentro de los diez días siguientes al emplazamiento, pero sucede que también es de diez días el plazo de que dispone para contestar.

La declinatoria ha de interponerse en la fase más inicial del proceso por razones de economía procesal. No tiene sentido permitir el avance del proceso cuando el tribunal puede no ser competente para conocer de él. Además, es razonable que el demandado solo tenga la carga de contestar a la demanda una vez que el tribunal haya desestimado la declinatoria.

Si el demandado interpone la declinatoria en tiempo y forma, se suspende el proceso y se abre un incidente para que el tribunal escuche la opinión del demandante y posteriormente decida si estima o no la declinatoria. Si la estima, sobreseerá el proceso, debido a su falta de competencia internacional; si la desestima, levantará la suspensión, para que el proceso siga adelante.

LECCIÓN 10

LA JURISDICCIÓN POR RAZÓN DE LA MATERIA Y LA COMPETENCIA OBJETIVA

1. La jurisdicción por razón de la materia: 1.1. Criterios de atribución de la jurisdicción por razón de la materia; 1.2. Tratamiento procesal. — 2. La competencia objetiva: 2.1. Criterios de atribución de la competencia objetiva; 2.2. Tratamiento procesal de la competencia objetiva.

1. LA JURISDICCIÓN POR RAZÓN DE LA MATERIA

Las normas de jurisdicción por razón de la materia determinan a qué orden jurisdiccional corresponde el asunto por razón de su materia: una vez sabido que los tribunales españoles podrán hacerse cargo del conocimiento de un proceso, es necesario determinar si este corresponderá a tribunales del orden civil, del orden penal, del orden contencioso-administrativo o del orden social. Ahora nos interesa únicamente el orden civil.

1.1. Criterios de atribución de la jurisdicción por razón de la materia

El criterio básico de atribución de la jurisdicción por razón de la materia a los tribunales del orden civil se contiene en el art. 9.2. LOPJ: «Los jueces y juezas, así como los Tribunales del orden civil conocerán, además de las materias que les son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional».

El precepto, realmente, no explica cuáles son las materias que les son propias a los tribunales del orden civil, aunque hay que presumir que se trata de las materias civiles y mercantiles. En cambio, ciertas materias propias del Derecho privado –todas las relacionadas con los contratos de trabajo– están atribuidas a la jurisdicción de los tribunales del orden social.

La delimitación entre los asuntos que corresponden a los tribunales civiles y a los tribunales penales es, como regla, sencilla: los tribunales del orden penal solo conocen de los procesos por delitos, aunque suelen conocer también de la acción civil *ex delicto* –para obtener la restitución, la reparación o la indemnización de los daños y perjuicios derivados del hecho delictivo.

La delimitación entre los asuntos que corresponden a los tribunales civiles y a los tribunales contencioso-administrativos también es, como regla, sencilla: solo ofrecen problemas prácticos los procesos que versan sobre contratos en que es parte una Administración Pública –la clave suele estar en determinar si se trata de un contrato administrativo o de un contrato privado– y en aquellos otros en que se quiere exigir responsabilidad civil patrimonial a una Administración, sola o junto con el causante del daño o la compañía aseguradora (la regla, en este punto, es la atribución en todo caso a los tribunales del orden contencioso-administrativo, salvo que se excluya de la demanda a la Administración en cuestión).

> En cuanto a la delimitación entre jurisdicción civil y jurisdicción social, las dificultades se plantean cuando el proceso se funda en una relación jurídica cuya calificación como contrato de trabajo (orden social) o como contrato de arrendamiento de servicios (orden civil) es dudosa.

Por otra parte, los tribunales civiles están facultados para conocer *a título prejudicial* de cuestiones propias del orden social o del orden contencioso-administrativo –nunca del orden penal– (art. 10 LOPJ). En ocasiones, para poder dictar sentencia en un asunto civil, es preciso que el tribunal se pronuncie con carácter previo, aunque dentro del mismo proceso, acerca de cuestiones que se rigen por el Derecho administrativo o por el Derecho laboral, porque de la respuesta a estas cuestiones depende el sentido de la decisión del pleito. Se trata de cuestiones que, si constituyeran por sí solas el objeto de un proceso, habrían de ser resueltas por tribunales del orden social o del contencioso-administrativo, pero que operan en un concreto proceso civil como antecedente lógico de la decisión sobre una cuestión civil.

> Ejemplo: A vendió a D unas tierras por un precio X, afirmando que los terrenos eran urbanizables. D, sin embargo, celebrado el contrato, comprueba que, según el último plan de urbanismo del municipio, el solar es rústico. D interpone entonces una demanda de anulación del contrato frente a A, fundada en el engaño: para decidir si hay engaño y si el contrato ha de ser anulado, el tribunal tiene que verificar si el suelo es rústico o urbanizable, cuestión que se rige por la normativa administrativa.

Además, según el propio art. 9.2. LOPJ, los tribunales del orden civil tienen una jurisdicción residual: conocerán de todas las controversias que no estén expresamente atribuidas a ningún otro orden jurisdiccional. Esta es, en el fondo, la razón de que el precepto no se tome la molestia de definir las materias que les son propias: basta con leer en negativo los restantes apartados del art. 9 LOPJ, que establecen los criterios de atribución de jurisdicción por razón de la materia a las restantes ramas de la jurisdicción ordinaria.

En términos generales, hay que destacar que la jurisdicción por razón de la materia es un presupuesto procesal improrrogable o indisponible: las partes no pueden alterarlo, ni por la vía de la sumisión expresa, ni tampoco por medio de la sumisión tácita. En consecuencia, las partes no pueden hacer nada para que un tribunal civil pueda válidamente conocer de un proceso en materia social o administrativa.

1.2. Tratamiento procesal

En caso de que se presente una demanda ante un tribunal civil y este carezca de jurisdicción para conocer del asunto por razón de la materia, habrá que plantearse cuáles son los mecanismos de tratamiento procesal oportunos. Para ello, es necesario partir de dos premisas:

— La jurisdicción por razón de la materia es un presupuesto procesal de naturaleza indisponible por las partes.

— Todo lo actuado por un tribunal sin jurisdicción por razón de la materia es nulo de pleno derecho (art. 238 LOPJ) y, por tanto, no produce ningún efecto jurídico.

1.2.1. *Tratamiento procesal de oficio*

Si el propio tribunal por sí mismo considera que carece de jurisdicción por razón de la materia para conocer del asunto, tiene que abstenerse de conocer de él. Si aprecia ese defecto ya en el momento de recibir la demanda, esa abstención se traduce en la inadmisión a trámite de la propia demanda (en principio, es el Letrado de la A. de J. quien advierte entonces el defecto y lo pone en conocimiento del juez, para que sea este quien, en su caso, dicte auto inadmitiendo a trámite la demanda); y si esa apreciación de oficio se produce en un momento posterior del proceso, la abstención del tribunal conducirá al sobreseimiento.

La apreciación de oficio de la falta de jurisdicción puede producirse en cualquier momento del proceso (incluso en fase de recurso), aunque lo deseable es que se produzca al principio, por razones de economía procesal.

Para que el tribunal se abstenga de oficio tiene que sustanciar un breve incidente, regulado en el art. 9.6 LOPJ. En cuanto el tribunal advierta que carece de jurisdicción, anunciará a las partes personadas su apreciación y les concederá un breve plazo para que aleguen lo que estimen oportuno al respecto; también recabará el dictamen del Ministerio Fiscal. Tras oírlos, dictará una resolución en la que, si mantiene su criterio, se abstendrá de oficio y, dado el caso, anulará todas las acciones previas del proceso. En su resolución tiene el deber de indicar cuál es el orden jurisdiccional ante el que las partes han de hacer valer sus derechos.

> Lo mismo habrá de hacerse en los raros supuestos en que un tribunal de la jurisdicción civil estime que el asunto que se le somete corresponde a la jurisdicción militar, o bien a una Administración pública o al Tribunal de Cuentas cuando actúe en sus funciones contables (art. 37.1 LEC).

1.2.2. *Tratamiento a instancia de parte*

Si el demandado considera que el tribunal civil ante el que el demandante ha interpuesto la demanda no tiene jurisdicción, entonces tendrá la carga de denunciar el defecto interponiendo en tiempo y forma la declinatoria. Si el tribunal estima la declinatoria se abstendrá de conocer del proceso, que quedará sobreseído, siendo nulo todo lo realizado hasta entonces. También deberá realizar la indicación del orden jurisdiccional ante el que debe el demandante sostener su pretensión.

1.2.3. *El recurso por defecto de jurisdicción*

Según hemos visto, en caso de que un tribunal, de oficio o a instancia de parte, se abstenga de conocer de un asunto por considerarse carente de jurisdicción por razón de la materia, debe indicar el orden jurisdiccional ante el que debe sostener su pretensión el demandante. Ahora bien, si el demandante acude a un órgano judicial del orden indicado y este segundo, a su vez, también declara su falta de jurisdicción –siendo los mismos los sujetos y las pretensiones ejercitadas–, podrá interponer el denominado «recurso por defecto de jurisdicción» para

resolver el conflicto negativo de jurisdicción, en los términos establecidos por el artículo 50 LOPJ.

> Este peculiar «recurso por defecto de jurisdicción» habrá de interponerse contra la resolución firme en que haya declarado su falta de jurisdicción el órgano del orden indicado en la resolución absteniéndose de oficio o estimando la declinatoria (es decir, el órgano que se abstuvo en segundo lugar), en un plazo de diez días y ante ese mismo tribunal. Este tribunal, tras oír a las partes personadas, remitirá las actuaciones a la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo. La Sala reclamará las actuaciones al tribunal que declaró en primer lugar su falta de jurisdicción y, tras oír al Ministerio Fiscal por plazo no superior a diez días, resolverá por medio de auto dentro de los diez días siguientes. Dicho auto, aunque la ley no lo diga expresamente, será irrecurrible y tendrá carácter vinculante para los tribunales del orden que, para ese asunto, se considere que posee la jurisdicción.
>
> La Sala de Conflictos del Tribunal Supremo es un órgano jurisdiccional especial, previsto en el art. 42 LOPJ, que se compone de tres miembros: el Presidente del Tribunal Supremo y otros dos Magistrados del Tribunal Supremo, uno por cada orden jurisdiccional en conflicto.

1.2.4. *La promoción de un conflicto de competencia*

La LOPJ regula en sus artículos 42 a 50 los denominados «conflictos de competencia» que, en realidad, encierran una discusión acerca de la jurisdicción por razón de la materia. Y esta normativa ofrece al demandado una posibilidad, añadida a la declinatoria, para lograr que el tribunal civil deje de conocer del litigio que le fue sometido por el demandante. En efecto, la parte demandada siempre puede suscitar un conflicto positivo de competencia, para lo que le bastará con dirigir un escrito razonado, con expresión de los preceptos legales en que se funde, al tribunal de otro orden jurisdiccional que, a su juicio, sea competente para conocer del asunto, solicitándole que requiera de inhibición al tribunal civil que se encuentre conociendo de él. Si el tribunal requerido por el demandado considera que, efectivamente, el asunto es propio de su orden jurisdiccional y no del orden civil, se acabará promoviendo un conflicto, que genera la suspensión del proceso civil en curso y que –entre otros posibles resultados– puede concluir con un auto en el que el propio tribunal civil acceda al requerimiento de inhibición y se abstenga de seguir conociendo, o con un auto en el que la Sala de Conflictos del Tribunal Supremo resuelva el conflicto en favor del tribunal no civil.

> La promoción de un conflicto de competencia, aunque tortuosa y complicada, no deja de ser una vía diversa a la declinatoria, que puede ser empleada por el demandado para lograr que los tribunales civiles dejen de conocer de un asunto para el que, a su juicio, carecen de jurisdicción. Se trata, sin embargo, de una opción que presenta un claro inconveniente, especialmente si el demandado se plantea utilizarla como alternativa a la declinatoria: la de que el demandado, con toda probabilidad, se verá constreñido a contestar a la demanda ante el tribunal civil, cosa que podría evitar si propusiera declinatoria; en efecto, en estos casos la suspensión del proceso en curso –el civil, por lo que ahora nos ocupa– solo se produce cuando el tribunal requerido tiene conocimiento del requerimiento de inhibición que le ha dirigido el tribunal no civil, requerimiento que difícilmente le llegará antes de que se agote el plazo para la contestación a la demanda, a la que el

demandado habrá de proceder para evitar su declaración en rebeldía. Ahora bien, tampoco puede olvidarse que ofrece una gran ventaja: la falta de sujeción a un plazo preclusivo, dado que los conflictos de competencia podrán promoverse mientras el proceso no haya concluido por sentencia firme (art. 43 LOPJ): en consecuencia, el demandado que no haya interpuesto declinatoria siempre tendrá abierta la vía del conflicto de competencia para salvar su previa negligencia.

2. LA COMPETENCIA OBJETIVA

La competencia objetiva determina qué tipo de órgano judicial, dentro de un orden jurisdiccional, está facultado para conocer de un determinado asunto en primera instancia, esto es, ante qué tipo de órgano judicial ha de presentarse una demanda. Cuando la jurisdicción por razón de la materia corresponde a los tribunales del orden civil, hay que tener en cuenta que en esta rama existen son varios los tipos de órgano judicial entre los que ha de repartirse la competencia objetiva: los Jueces de Paz, las diversas Secciones del Tribunal de Instancia con competencia en materia civil, las Audiencias Provinciales, las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Las Audiencias Provinciales, en el orden civil, son casi siempre órganos judiciales de segunda instancia, que conocen de los recursos de apelación frente a resoluciones dictadas en primera instancia, de modo que no les afectan las normas de competencia objetiva, sino las de competencia funcional. De forma muy excepcional, son competentes para enjuiciar como tribunales de primera instancia los recursos contra las resoluciones que agoten la vía administrativa dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas.

2.1. Criterios de atribución de la competencia objetiva

2.1.1. *Regla general: la competencia objetiva de las Secciones Civiles del Tribunal de Instancia*

En materia civil, la regla general es la de que la competencia objetiva para conocer de los procesos en primera instancia corresponde a la Sección Civil o, allí donde no exista, a la Sección Única de los Tribunales de Instancia (art. 45 LEC): por ello, salvo que una norma expresa atribuya la competencia objetiva para conocer de un proceso a otro órgano judicial, la demanda habrá de presentarse como regla ante la Sección Civil o la Sección Única de un Tribunal de Instancia.

Tres son los criterios que utiliza la ley para atribuir la competencia objetiva a órganos judiciales distintos de la Sección Civil o la Sección Única del Tribunal de Instancia: la materia sobre la que versa el proceso; la cuantía del proceso (es decir, el valor económico del proceso); y la persona del demandado (se habla entonces de aforamiento).

2.1.2. *La competencia objetiva de los Jueces de Paz*

Los Jueces de Paz tienen competencia objetiva para conocer de asuntos cuya cuantía no exceda de 150 euros, siempre que no versen sobre alguna de las

materias que conforme al art. 250.1 LEC deben sustanciarse por los cauces del juicio verbal (art. 47 LEC).

2.1.3. *La competencia objetiva de las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad del Tribunal de Instancia*

Según se vio antes, cuando así lo justifique la carga de trabajo, se puede crear en el Tribunal de Instancia una Sección de Familia, Infancia y Capacidad, que extenderá su jurisdicción, como regla, a todo el partido judicial – excepcionalmente, a dos o más partidos de la misma provincia. Su ámbito de competencia objetiva abarca las siguientes materias (art. 86 LOPJ):

a) Las relativas al matrimonio y a su régimen económico matrimonial y las que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar y otras acciones derivadas de la crisis matrimonial o de la unión de hecho.

b) Las que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos o hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos o hijas menores.

c) Las relativas a modificación de medidas adoptadas en los procesos que versen sobre las materias previstas en las letras anteriores.

d) Las que versen sobre maternidad, paternidad, filiación y adopción.

e) Las relativas a los alimentos entre parientes.

f) Las relativas a las relaciones paternofiliales.

g) Las que versen sobre adopción de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, incluyendo los internamientos no voluntarios por razón de trastorno psíquico.

h) Las relativas a la protección del menor.

i) La oposición a las resoluciones y actos de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública en materia de Registro Civil

j) Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y familia.

k) Las que versen sobre el reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial.

l) El reconocimiento y la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales extranjeras civiles sobre menores, familia y medidas de apoyo.

m) Los procesos para la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil (derechos de los abuelos a mantener contacto con sus nietos).

n) Cualesquiera otras materias civiles relativas a la familia o la protección de la infancia o las personas con discapacidad.

2.1.4. *La competencia objetiva de las Secciones de lo Mercantil del Tribunal de Instancia*

Las Secciones de lo Mercantil se constituyen, como regla, en el Tribunal de Instancia de la capital de provincia y extienden su jurisdicción a toda la provincia –excepcionalmente pueden crearse Secciones de lo Mercantil que comprendan más de una provincia o, a la inversa, que tengan un ámbito inferior, cuando lo justifiquen la carga de trabajo y la población. Tienen un ámbito de competencia objetiva definido por razón de la materia en el art. 87 LOPJ:

a) Las Secciones de lo Mercantil son los «jueces del concurso» y conocen de los procesos concursales, de ciertas acciones vinculadas a los procesos concursales, así como de los llamados procesos «preconcursales» y «paraconcursales» (art. 87.7 LOPJ).

> Los procesos concursales son procesos especiales (no puede decirse que sean solo declarativos o que sean ejecutivos) que sirven para el tratamiento de las situaciones de insolvencia generalizada del deudor. Se suele llamar procesos preconcursales y paraconcursales a aquellos mecanismos pensados para evitar que un sujeto, en dificultades económicas, caiga en situación de insolvencia o para ofrecer soluciones alternativas a una situación de insolvencia.

b) Las Secciones de lo Mercantil también tienen competencia objetiva para conocer en primera instancia de determinados procesos declarativos, por razón de la materia (arts. 87.6, 87.8, 87.9 y 87.10 LOPJ):

— Los procesos en materia de propiedad intelectual e industrial; competencia desleal y publicidad; sociedades mercantiles, sociedades cooperativas, agrupaciones de interés económico (*v.g.*, procesos para la impugnación de acuerdos societarios o para exigir responsabilidad a los administradores de la sociedad); transporte terrestre, nacional o internacional; derecho marítimo, y derecho aéreo.

> Se exceptúan, sin embargo, ciertas materias específicas (por su escasa dificultad jurídica y porque su frecuencia ha contribuido a la congestión de los jueces mercantiles en el pasado): los procesos en que se ejerciten pretensiones al amparo de la normativa sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos, al amparo de la normativa sobre sobre los derechos y las obligaciones de los viajeros de ferrocarril, de autobús y autocar y de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables.

— Las acciones relativas a la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (los que se ocupan de las reclamaciones civiles derivadas de conductas colusorias y de abusos de posición dominante), así como de las pretensiones de resarcimiento del perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia.

— Los recursos directos contra las calificaciones negativas de los registradores mercantiles o, en su caso, contra las resoluciones expresas o

presuntas de la Dirección General de Seguridad Jurídica y de Fe Pública relativas a esas calificaciones.

— El reconocimiento y ejecución de sentencias y demás resoluciones judiciales extranjeras, cuando versen sobre alguna de las materias anteriores, a no ser que, con arreglo a lo acordado en los tratados y otras normas internacionales, corresponda su conocimiento a otro órgano.

— Los recursos contra las resoluciones dictadas por la Sección Primera de la Comisión de Propiedad Intelectual para resolver ciertas cuestiones litigiosas al amparo del art. 129 bis.3 de la Ley de Propiedad Intelectual (en relación con los derechos de las editoriales de publicaciones de prensa y agencias de noticias respecto a los usos en línea de sus publicaciones de prensa).

— De forma especial, el art. 87.10 LOPJ atribuye a la Sección de lo Mercantil del Tribunal de Instancia de Alicante la competencia exclusiva para conocer en primera instancia con jurisdicción en todo el territorio nacional de aquellas acciones que se ejerciten en materia de marca de la Unión Europea y en materia de dibujos y modelos comunitarios. A estos solos efectos, esta Sección se denominará Tribunal de Marca de la Unión Europea.

Como puede apreciarse, se trata de un conjunto heterogéneo de materias, que parecen tener como nexo común su vinculación con el fenómeno comercial o industrial. Debe notarse, no obstante, que no todas ellas son materias propiamente mercantiles (no lo es, *v.g.*, la propiedad intelectual) y, sobre todo, que no todos los procesos que tienen su origen en litigios mercantiles han de ser enjuiciados en primera instancia por Secciones de lo Mercantil (no sucederá, *v.g*, en los procesos que versen sobre contratos de compraventa mercantil, sobre contratos bancarios o de seguros).

2.1.5. *La competencia objetiva de las Secciones de Violencia sobre la Mujer de los Tribunales de Instancia*

La competencia objetiva de las Secciones de Violencia sobre la Mujer en el orden civil viene establecida por el art. 89 LOPJ. En abstracto, solo pueden conocer de procesos que versen sobre los siguientes asuntos:

a) Los relativos al matrimonio y a su régimen económico matrimonial y los que tengan por objeto la adopción o modificación de medidas de trascendencia familiar y otras acciones derivadas de la crisis matrimonial o de la unión de hecho.

b) Los que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos e hijas menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos e hijas menores.

c) Los relativos a modificación de medidas adoptadas en los procesos que versen sobre las materias previstas en las letras anteriores.

d) Los que versen sobre maternidad, paternidad, filiación y adopción.

e) Los relativos a las relaciones paternofiliales.

f) Los relativos a la protección del menor.

g) Los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de personas y familia.

h) Los que versen sobre los procedimientos de liquidación del régimen económico matrimonial instados por los herederos de la mujer víctima de violencia de género, así como los que se insten frente a estos herederos.

i) Los que versen sobre el reconocimiento de eficacia civil de resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial.

j) El reconocimiento y la ejecución de sentencias y resoluciones judiciales extranjeras civiles sobre menores y familia.

k) Los procesos para la efectividad de los derechos reconocidos en el artículo 160 del Código Civil.

Dentro de este marco, las Secciones de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia para conocer de un asunto concreto cuando concurran simultáneamente los siguientes requisitos:

a) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de actos de violencia de género, tal y como se define en el art. 89.5 a) LOPJ, o de actos de violencia sexual, en los términos del art. 89.5 h) LOPJ.

b) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género o de violencia sexual.

c) Que se hayan iniciado ante la Sección de Violencia sobre la Mujer de un Tribunal de Instancia actuaciones penales a consecuencia de un acto de violencia de género o de un delito contra la libertad sexual, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

2.1.6. *La competencia objetiva de las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia*

Las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia son, como regla, órganos judiciales que conocen en vía de recurso (recurso de casación). No obstante, también poseen, en cierto ámbito, competencia objetiva para conocer de determinadas demandas en primera instancia:

a) Pueden conocer de ciertas demandas de revisión, interpuestas frente a sentencias firmes (art. 509 LEC).

b) Tienen competencia objetiva para ejercer las funciones de apoyo y control del arbitraje establecidas en la ley (v.g., conocer en única instancia de las demandas de anulación de laudos arbitrales), así como de las peticiones de exequátur de laudos o resoluciones arbitrales extranjeros (salvo disposición diversa en los tratados o las normas de la UE).

c) También son competentes para conocer de las demandas de responsabilidad civil por hechos cometidos por determinadas personas en el ejercicio de su cargo. Hay aforamiento cuando, por razón del cargo que ocupa el

demandado, los procesos dirigidos a enjuiciar los hechos cometidos por él en ese cargo se atribuyen a un tribunal determinado, que no es el que correspondería si se aplicaran las reglas generales. Y son aforados las personas que ocupan esos cargos públicos. En concreto, están aforadas ante estas Salas de lo Civil y Penal de los TSJ las personas designadas en el art. 73.2 a) y b) LOPJ:

— 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.

— 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 cualesquiera de sus secciones.

2.1.7. *La competencia objetiva de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo*

El Tribunal Supremo también es un órgano judicial que de ordinario conoce en fase de recurso (recurso de casación). Sin embargo, también tiene competencia objetiva para conocer de determinadas demandas:

a) Demandas de revisión (art. 509 LEC).

b) Demandas de responsabilidad civil contra las personas aforadas a que se refiere el art. 56.2º y 3º LOPJ:

— 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 Comunidades Autónomas, cuando así lo determine su Estatuto de Autonomía.

— 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.

— Tramitación y enjuiciamiento de las acciones civiles dirigidas contra la Reina consorte o el consorte de la Reina, la Princesa o Príncipe de Asturias y su consorte, así como contra el Rey o Reina que hubiere abdicado y su consorte (art. 55 bis LOPJ)

2.1.8. *Los «jueces especializados»*

Al margen de las reglas generales expuestas, debe tenerse en cuenta que la LOPJ permite la especialización de ciertas plazas judiciales, que admite dos modalidades diversas:

— Algunas de las plazas judiciales de un Tribunal de Instancia pueden ser objeto de *especialización adicional*, dentro del ámbito propio de la Sección a la que están adscritas. En concreto, el art. 96 LOPJ permite que, si hay más de una plaza judicial en la misma Sección, el CGPJ pueda asignar a uno o varios de los jueces destinados en ellas con carácter exclusivo el conocimiento de determinadas clases de asuntos. Esta especialización tiene carácter ordinario y está llamada a prolongarse en el tiempo.

> Así, v.g., se puede acordar que el titular de una determinada plaza judicial de la Sección Civil del Tribunal de Instancia de Madrid se ocupe en exclusiva de las ejecuciones hipotecarias. Ello significa que los demás jueces que ocupen plazas en esa Sección no pueden conocer válidamente de esos procesos.

Esta especialización de plazas judiciales es habitual dentro de las Secciones de lo Mercantil, en aquellas provincias en que existan cinco o más, para que conozcan de determinadas clases de asuntos de entre los que son competencia de esas Secciones.

— Es posible, incluso, que a uno o a varios jueces de una Sección de un Tribunal de Instancia se les encomiende por el CGPJ el conocimiento en exclusiva de determinados tipos de asuntos para un ámbito geográfico superior al del partido judicial (inmiscuyéndose, por tanto, en el ámbito de competencia de otros Tribunales de Instancia de la misma provincia). Esta especialización es excepcional y temporal.

> Esto es lo que ha venido sucediendo en los últimos años con los llamados «Juzgados de cláusulas suelo» –en lo sucesivo deberían «plazas de cláusulas suelo» o «jueces de cláusulas suelo»–, que se han ocupado, con ámbito provincial, de conocer de los litigios ocasionados por la comercialización de productos financieros y bancarios afectados por cláusulas abusivas.

La especialización de determinadas plazas judiciales tiene efectos exclusivos y excluyentes dentro del ámbito de competencia del Tribunal de Instancia –el partido judicial, para las Secciones Civiles, de Familia y de Violencia sobre la Mujer, o la provincia, para las Secciones de lo Mercantil–. Los asuntos que pertenecen a la materia objeto de especialización solo pueden ser conocidos por quien ocupe la plaza especializada y, a la inversa, los titulares de las plazas especializadas no pueden conocer de nada distinto de la materia que les haya sido atribuida por el CGPJ (art. 46 LEC). Por tanto, aunque estas reglas de especialización no son en sentido propio normas de competencia objetiva, en la práctica acaban teniendo un efecto similar a estas.

> El problema lo plantea la incidencia sobre el derecho fundamental al juez predeterminado en la ley (art. 24.2 CE), pues no es una norma legal la que determina el ámbito de actuación de los órganos especializados, sino un acuerdo del CGPJ –esto es, un acto administrativo–.

2.2. Tratamiento procesal de la competencia objetiva

En caso de que se presente una demanda ante un tribunal civil que carezca de competencia objetiva (*v.g.*, se presenta una demanda en materia de patentes a una Sección Civil o una demanda por incumplimiento de contrato ante una Sección de lo Mercantil), habrá que plantearse cuáles son los mecanismos de tratamiento procesal oportunos. Para ello, es necesario partir de dos premisas:

— La competencia objetiva es improrrogable, de modo que las partes no pueden pactar ni expresa ni tácitamente que de un determinado asunto conozca en primera instancia un tribunal distinto al que conforme a la ley corresponde.

— Las actuaciones realizadas por un tribunal que carezca de competencia objetiva son nulas de pleno derecho.

Por eso, el tratamiento procesal de la competencia objetiva es análogo al de la jurisdicción por razón de la materia y se articula en la LEC a través de dos mecanismos:

2.2.1. *La abstención de oficio*

En primer término, y de forma análoga a lo que sucede con la jurisdicción por razón de la materia, la LEC atribuye al tribunal el deber de analizar de oficio si posee o no competencia objetiva, dado el carácter improrrogable de este presupuesto. A tal fin, el art. 404 LEC le obliga a realizar este examen en el momento de decidir sobre la admisión a trámite de la demanda (será el Letrado de la A. de J. quien, en su caso, advertirá el defecto y lo pondrá en conocimiento del juez) y, en términos más generales, el art. 48.1 LEC permite apreciar de oficio su ausencia en cualquier momento del proceso, tan pronto como se advierta.

— Si el tribunal aprecia su incompetencia en el momento de recepción de la demanda, su abstención de oficio se traducirá en una inadmisión a trámite de la demanda.

— Si el tribunal aprecia su falta de competencia objetiva en un momento posterior, entonces su abstención de oficio se traducirá en un sobreseimiento del proceso.

— Además, de forma expresa se señala en el art. 48.2 LEC la posibilidad de que el tribunal que conozca del asunto en segunda instancia o en trámite de recurso de casación aprecie de oficio que carecía de competencia objetiva el tribunal ante el que se sustanció la primera instancia, en cuyo caso decretará de oficio la nulidad de todas las actuaciones.

En cuanto a la forma de apreciar su falta de competencia objetiva, el art. 48.3 LEC exige expresamente que previamente el tribunal oiga a las partes y al Ministerio Fiscal por plazo común de diez días. Hecho esto, se abstendrá de conocer por medio de auto: en caso de que el defecto se aprecie en el momento previo a la admisión de la demanda, esta abstención equivaldrá a una inadmisión a trámite; si, por el contrario, se produce en un momento posterior, conducirá a la declaración de nulidad de lo actuado y a su sobreseimiento. En ambos casos, en el

auto en que el tribunal declare su falta de competencia objetiva habrá de indicar la clase de tribunal al que corresponda el conocimiento del asunto.

2.2.2. *La declinatoria*

A instancia de parte, y al igual que sucede con los demás presupuestos procesales relativos al tribunal, el art. 49 LEC prevé que el demandado pueda denunciar la falta de competencia objetiva a través de la declinatoria. Si el tribunal estima la declinatoria, habrá de abstenerse de oficio, sobreseyendo el proceso y declarando la nulidad de todo lo actuado. En esa misma resolución habrá de indicar el tipo de tribunal ante el que debe interponerse la demanda.

2.2.3. *Las reglas especiales en materia de violencia sobre la mujer*

El art. 49 bis LEC establece unas reglas especiales para el tratamiento procesal de las normas sobre competencia objetiva de las Secciones de Violencia sobre la Mujer, que excluyen la aplicación de las normas generales de la LEC.

a) Si un juez de una Sección Civil o de una Sección de Familia, Infancia y Capacidad está conociendo en primera instancia de un procedimiento civil y tiene noticia de la comisión de un acto de violencia de género que haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, verificará la concurrencia de los requisitos previstos en el art. 89.7 LOPJ y, en su caso, se inhibirá a favor del juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente y le remitirá los autos en el estado en que se hallen, salvo que ya haya comenzado la vista o la comparecencia del proceso o del expediente de jurisdicción voluntaria que estaba en tramitación al tener noticia del acto de violencia de género.

b) Si un juez de una Sección Civil o de una Sección de Familia, Infancia y Capacidad está conociendo en primera instancia de un procedimiento civil y tiene noticia de la comisión de un acto de violencia de género que todavía no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal o a una orden de protección, verificará la concurrencia de los requisitos previstos en el art. 89.7 LOPJ y, en su caso, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que este tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede, en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género o a solicitar orden de protección ante el juez de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el juez de Violencia sobre la Mujer competente.

c) Cuando un juez de Violencia sobre la Mujer que esté conociendo de una causa penal por violencia de género tenga conocimiento de la existencia de un proceso civil y verifique la concurrencia de los requisitos del art. 89.7 LOPJ, requerirá de inhibición al tribunal civil, el cual deberá acordar de inmediato su inhibición y la remisión de los autos al órgano requirente. El requerimiento de inhibición se acompañará de testimonio de la incoación de diligencias previas o de proceso por delito leve, del auto de admisión de la querella o de la orden de protección adoptada.

d) En estos supuestos no se admitirá declinatoria, sino que las partes que quieran hacer valer la competencia del juez de Violencia sobre la Mujer habrán de limitarse a presentar testimonio de alguna de las resoluciones dictadas por dicho tribunal que se acaban de mencionar (sin sujeción, por tanto, a plazo preclusivo).

2.2.4. *Tratamiento procesal de las reglas sobre especialización de determinadas plazas judiciales*

El tratamiento procesal de las reglas sobre especialización se puede deducir del propio art. 46 LEC, aunque debe señalarse que la regulación no es completa.

El juez especializado que den un asunto determinado considere que está rebasando los límites de su especialización deberá, de oficio, apreciar el defecto e inhibirse a favor de los demás tribunales competentes: no se decreta, por tanto, la nulidad de actuaciones ni se sobresee el proceso, sino que la causa se remite a alguno de los jueces no especializados de la Sección del Tribunal de Instancia (resulta lógico entender que la devolución habrá de hacerse al Presidente de la Sección –si la hay– o del Tribunal de Instancia, para que lo reparta de nuevo sin vulnerar el acuerdo de especialización).

La ley no se ocupa expresamente del supuesto inverso, esto es, de lo que debe hacer un juez no especializado en caso de que llegue a su conocimiento una demanda que verse sobre materia respecto de la que está especializado otro u otros jueces de la Sección del Tribunal de Instancia. No obstante, resulta razonable permitir también a este tribunal apreciar de oficio la infracción del acuerdo de especialización e inhibirse a favor del juez especializado –devolviendo las actuaciones al Presidente para que se las entregue a dicho juez, si hubiera solo uno, o bien para que reparta el asunto entre los varios que hubiera.

En cuanto a la posibilidad de que sea el demandado quien ponga de relieve el defecto, el art. 46 *i.f.* LEC señala cómo «si se planteara cuestión por esta causa, se sustanciará como las cuestiones de competencia». Con ello, está haciendo aplicables en este ámbito el mismo mecanismo de control a instancia de parte que se prevé para la competencia objetiva, esto es, la declinatoria.

LECCIÓN 11

LA COMPETENCIA TERRITORIAL, LA COMPETENCIA FUNCIONAL Y LA DECLINATORIA

1. La competencia territorial: 1.1. Criterios de atribución de la competencia territorial; 1.2. Tratamiento procesal. — 2. El reparto de asuntos. — 3. La competencia funcional. — 4. La declinatoria: 4.1. Ámbito; 4.2. Tribunal competente; 4.3. Tiempo; 4.4. Efectos de su interposición; 4.5. Tramitación; 4.6. Resolución. — 5. Régimen de recursos en materia de jurisdicción y competencia.

1. LA COMPETENCIA TERRITORIAL

1.1. Criterios de atribución de la competencia territorial

Las normas de competencia de territorial sirven para determinar, sabido ya el tipo de órgano judicial con competencia objetiva, ante el de qué lugar ha de interponerse la demanda; en otros términos, se acude a ellas para conocer el Tribunal de Instancia –*rectius*, la Sección correspondiente del Tribunal de Instancia– o el Juez de Paz de qué lugar será competente para tramitar y resolver un determinado proceso.

Los criterios de atribución de competencia territorial se denominan también fueros –igual que sucede con la competencia internacional, dada la clara analogía entre unas y otras reglas, que buscan la distribución de asuntos en el espacio–. A la hora de atribuir la competencia territorial, la LEC distingue entre fueros generales –aplicables para la generalidad de las demandas– y fueros especiales –aplicables cuando la demanda versa sobre ciertas materias–.

1.1.1. *Fueros generales*

Se aplican teniendo en cuenta quién es el demandado y solo cuando, por razón de la materia, no es de aplicación ningún fuero especial.

a) Cuando el demandado es una *persona física*, el art. 50 LEC establece como fuero general el del tribunal del domicilio del demandado: la demanda habrá de interponerse ante el tribunal de la circunscripción en que tiene su domicilio el demandado.

> Si el demandado carece de domicilio en España, se acudirá al tribunal del lugar de su residencia en España; en su defecto, al tribunal del lugar en que se encuentre dentro del territorio nacional o al del lugar de su última residencia en él (a elección del actor); en defecto de los anteriores, será competente el tribunal del lugar del domicilio del actor.

Como alternativa, se puede acudir al llamado fuero del «pequeño domicilio»: cuando el demandado sea un empresario o un profesional y se trate de un litigio derivado de su actividad empresarial o profesional, también será

competente, además del tribunal del domicilio del demandado, el del lugar donde se desarrolle su actividad profesional.

b) Cuando el demandado es una *persona jurídica* (art. 51.1 LEC), el fuero general conduce al tribunal del lugar donde tenga su domicilio. Además, también se puede acudir al fuero del «pequeño domicilio»: el actor podrá dirigirse al tribunal del lugar donde la situación o relación jurídica a que se refiere el litigio haya nacido o deba surtir sus efectos, siempre que en dicho lugar la persona jurídica demandada tenga un establecimiento abierto al público o un representante autorizado para actuar en su nombre.

c) Cuando el demandado es una entidad sin personalidad jurídica (art. 51.2 LEC), será competente el tribunal del domicilio de sus gestores o el tribunal de cualquier lugar en que desarrollen su actividad.

1.1.2. *Fueros especiales*

La ley prevé una serie de fueros especiales para los procesos que versan sobre ciertas materias concretas (art. 52). Estos fueros especiales se aplican con carácter preferente sobre los generales. El listado básico se incluye en el art. 52.1 LEC:

> 1.º En los juicios en que se ejerciten acciones reales sobre bienes inmuebles será tribunal competente el del lugar en que esté sita la cosa litigiosa. Cuando la acción real se ejercite sobre varias cosas inmuebles o sobre una sola que esté situada en diferentes circunscripciones, será tribunal competente el de cualquiera de estas, a elección del demandante.
>
> 2.º En las demandas sobre presentación y aprobación de las cuentas que deban dar los administradores de bienes ajenos será tribunal competente el del lugar donde deban presentarse dichas cuentas, y no estando determinado, el del domicilio del mandante, poderdante o dueño de los bienes, o el del lugar donde se desempeñe la administración, a elección del actor.
>
> 3.º En las demandas sobre obligaciones de garantía o complemento de otras anteriores, será tribunal competente el que lo sea para conocer, o esté conociendo, de la obligación principal sobre que recayeren.
>
> 4.º En los juicios sobre cuestiones hereditarias, será competente el tribunal del lugar en que el finado tuvo su último domicilio y si lo hubiere tenido en país extranjero, el del lugar de su último domicilio en España, o donde estuviere la mayor parte de sus bienes, a elección del demandante.
>
> 5.º En los juicios en que se ejerciten acciones relativas a las medidas judiciales de apoyo de personas con discapacidad será competente el tribunal del lugar en que resida la persona con discapacidad (pero si antes de la celebración de la vista se produjera un cambio de la residencia habitual de la persona a que se refiera el proceso, se remitirán las actuaciones al tribunal correspondiente en el estado en que se hallen).
>
> 6.º En materia de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen y, en general, en materia de protección civil de derechos fundamentales, será competente el tribunal del domicilio del demandante, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se hubiera producido el hecho que vulnere el derecho fundamental de que se trate.

7.º En los juicios sobre arrendamientos de inmuebles y en los de desahucio, será competente el tribunal del lugar en que esté sita la finca.

8.º En los juicios en materia de propiedad horizontal, será competente el tribunal del lugar en que radique la finca.

9.º En los juicios en que se pida indemnización de los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor será competente el tribunal del lugar en que se causaron los daños.

10.º En materia de impugnación de acuerdos sociales será tribunal competente el del lugar del domicilio social.

11.º En los procesos en que se ejerciten demandas sobre infracciones de la propiedad intelectual, será competente el tribunal del lugar en que la infracción se haya cometido o existan indicios de su comisión o en que se encuentren ejemplares ilícitos, a elección del demandante.

12.º En los juicios en materia de competencia desleal, será competente el tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de este, su domicilio o lugar de residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante.

13.º En materia de propiedad industrial, será competente el tribunal que señale la legislación especial sobre dicha materia.

13.º bis. En los recursos contra aquellas resoluciones que agoten la vía administrativa dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas serán competentes las secciones especializadas en materia mercantil de la Audiencia Provincial en cuya circunscripción radique la ciudad sede del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del domicilio del demandante o, en su defecto, del domicilio del representante autorizado en España para actuar en su nombre, siempre que el Consejo General del Poder Judicial haya acordado atribuir en exclusiva a la Sección de lo Mercantil del Tribunal de Instancia de esa localidad el conocimiento de los asuntos en materia de propiedad industrial. También serán competentes, a elección del demandante, las secciones especializadas de la Audiencia Provincial en cuya circunscripción radique la sede de la Oficina Española de Patentes y Marcas.

14.º En los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el tribunal del domicilio del demandante. Y, sobre esa misma materia, cuando se ejerciten las acciones declarativa, de cesación o de retractación, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga su establecimiento y, a falta de este, el de su domicilio; y si el demandado careciere de domicilio en el territorio español, el del lugar en que se hubiera realizado la adhesión.

15.º En las tercerías de dominio o de mejor derecho que se interpongan en relación con un procedimiento administrativo de apremio, será competente el tribunal del domicilio del órgano que acordó el embargo, sin perjuicio de las especialidades previstas para las administraciones públicas en materia de competencia territorial.

16.º En los procesos en los que se ejercite la acción de cesación en defensa de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, será competente el tribunal del lugar donde el demandado tenga un establecimiento, y, a falta de este, el de su domicilio; si careciere de domicilio en territorio español, el del lugar del domicilio del actor.

17.º En los procesos contra las resoluciones y actos que dicte la Dirección General de los Registros y del Notariado (ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en materia de Registro Civil, a excepción de las solicitudes de nacionalidad por residencia, será competente el tribunal de la capital de provincia del domicilio del recurrente –en concreto, la Sección de Familia, Infancia y Capacidad, si la hay.

De especial importancia práctica es, por último, lo dispuesto en el art. 52.2 LEC para los litigios en materia de seguros, ventas a plazos de bienes muebles corporales y contratos destinados a su financiación, así como en materia de contratos de prestación de servicios o relativos a bienes muebles cuya celebración hubiera sido precedida de oferta pública (es decir, para procesos que enfrentan a una «parte débil» con un empresario o profesional): será competente el tribunal del domicilio del asegurado, comprador o prestatario o el del domicilio de quien hubiere aceptado la oferta, respectivamente, o el que corresponda conforme a las normas de los arts. 50 y 51, a elección del demandante.

Lo anterior se complementa con lo dispuesto en el art. 50.3 LEC, que contempla la situación de que las normas de los apartados anteriores no fueren de aplicación a los litigios derivados del ejercicio de acciones individuales de consumidores o usuarios: entonces será competente, a elección del consumidor o usuario, el tribunal de su domicilio o el tribunal correspondiente conforme a los arts. 50 y 51.

Fuera de la propia LEC, debe tenerse en cuenta que algunos de los fueros especiales de competencia internacional establecidos en el Reglamento Bruselas I bis también operan como fueros especiales de competencia territorial. Esto es lo que sucede, en particular, con los fueros alternativos contemplados en el art. 7 RB I bis, que permiten al actor acudir a los tribunales de un Estado distinto de aquel en que está domiciliada la parte demandada. Según ha señalado el TJUE, en estos casos el RB I bis no solo identifica el Estado miembro, sino también la concreta circunscripción judicial del Estado miembro en la que se ubica el tribunal competente (STJUE de 3 de mayo de 2007, *Color Drack*, C-386/05; STJUE de 15 de junio de 2017, *Kareda*, C-249/16; STJUE de 15 de julio de 2021, *Volvo y otros*, C-30/20; STJUE de 30 de junio de 2022, *Allianz Elementar Versicherung*, C-652/20). Los dos fueros más relevantes a los que afecta esta singularidad son, al mismo tiempo, de gran aplicación en la práctica, pues se trata del fuero en materia de obligaciones contractuales y del fuero en materia de obligaciones extracontractuales. En consecuencia, si se quiere demandar ante tribunales españoles a una persona que está domiciliada en otro Estado miembro de la UE y el proceso versa sobre materia contractual, será competente el tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación que motiva el proceso –en los términos en que ese lugar se determina con arreglo al art. 7.1 RB I bis–. Y si se pretende demandar en España a un sujeto domiciliado en otro Estado miembro de la UE en reclamación

de una indemnización derivada de un daño extracontractual producido en España, la competencia territorial corresponderá al tribunal del lugar donde se haya producido o pueda producirse el hecho dañoso.

> Debe insistirse en que la operatividad del RB I bis como norma *también* de competencia territorial –y no solo de competencia internacional– solo se produce cuando el demandado no tiene su domicilio en el Estado miembro al que se acude en aplicación del art. 7, pues de no ser así no se estaría aplicando el RB I bis. Por eso, si se trata de demandar ante tribunales españoles a una persona domiciliada en España –o domiciliada fuera de España, pero no en otro Estado miembro de la UE–, habrá que acudir sin más a los fueros de competencia territorial de los arts. 50 y sigs. LEC.

1.1.3. *Reglas especiales en casos de acumulación de acciones y pluralidad de demandados*

Si se ejercitan conjuntamente varias acciones frente a una o varias personas será tribunal competente el del lugar correspondiente a la acción que sea fundamento de las demás; en su defecto, aquel que deba conocer del mayor número de las acciones acumuladas y, en último término, el del lugar que corresponda a la acción más importante cuantitativamente (art. 53.1 LEC).

Ahora bien, si hay varios demandados pero solo una acción (litisconsorcio pasivo necesario) o varias acciones pero las reglas anteriores no son aplicables (ninguna acción es principal respecto de las otras, ni más importante cuantitativamente) y, conforme a las reglas anteriores la competencia territorial pudiera corresponder a los jueces de más de un lugar, la demanda podrá presentarse ante cualquiera de ellos, a elección del demandante.

1.1.4. *Sumisión expresa y tácita*

La LEC contiene una distinción básica entre fueros de competencia territorial imperativa y fueros de competencia territorial disponible. Tienen carácter imperativo los fueros especiales del art. 52 (salvo los previstos en los apartados 2º y 3º del art. 51.1) y tienen carácter dispositivo los fueros generales. En principio, solo caben la sumisión expresa y la sumisión tácita en los procesos que versen sobre materias para las que el fuero es prorrogable (arts. 54, 55 y 56 LEC). Ahora bien, no se admitirán en el marco del juicio verbal (art. 54.1 LEC); y no serán válidas las cláusulas de sumisión expresa contenidas en contratos de adhesión, o que contengan condiciones generales de la contratación impuestas por una de las partes, o que se hayan celebrado con consumidores y usuarios (art. 54.2).

La sumisión expresa, allí donde resulte admisible, es la que deriva de un pacto explícito entre las partes, que ha de designar con precisión la circunscripción a cuyos tribunales se someten (art. 55 LEC); los tribunales habrán de tener competencia objetiva (art. 54.3 LEC); y el pacto de sumisión expresa no puede afectar a la observancia de las normas de reparto (art. 57 LEC).

En cuanto a la sumisión tácita, se producirá cuando el actor ha interpuesto su demanda ante un tribunal territorialmente incompetente y el demandado se persona y realiza cualquier gestión que no sea la de proponer en tiempo y forma la

declinatoria. También se considerará tácitamente sometido al demandado que, emplazado o citado en forma, no comparezca en juicio o lo haga cuando haya precluido la facultad de proponer la declinatoria (art. 56.2 LEC).

1.2. Tratamiento procesal

Aunque la competencia territorial es un auténtico presupuesto del proceso, el legislador ha querido asignarle un valor más relativo. Por eso, lo actuado con falta de competencia territorial no es nulo, sino válido –a diferencia de lo que sucede con lo actuado cuando falta alguno de los restantes presupuestos procesales–.

En caso de que se presente la demanda ante un tribunal que carezca de competencia territorial, el tratamiento procesal podrá efectuarse de oficio o a instancia de parte:

1.2.1. *De oficio*

El tribunal deberá abstenerse de conocer de la demanda en el momento de su admisión a trámite, pero solo si considera que el asunto es de la competencia exclusiva o improrrogable de otro tribunal (el Letrado de la A. de J. será quien advierta el defecto en el momento de decidir sobre la admisión a trámite de la demanda y quien, en su caso, lo pondrá en conocimiento del juez para que proceda en consecuencia); en tal caso, no pondrá fin al proceso, sino que remitirá las actuaciones al tribunal que considere competente, para que se reanude ante él el proceso. Este es el único supuesto, y el único momento, en que podrá hacerlo (art. 58 LEC). En consecuencia:

— El tribunal no puede apreciar de oficio su falta de competencia territorial cuando el fuero de competencia es disponible.

— Aunque el fuero sea imperativo, el tribunal no puede apreciar de oficio su falta de competencia territorial una vez que ya ha admitido a trámite la demanda.

1.2.2. *A instancia de parte*

El demandado podrá denunciar la falta de competencia territorial del tribunal ante el que se presentó la demanda interponiendo en tiempo y forma declinatoria (art. 59 LEC). Si la declinatoria es estimada, el tribunal se inhibirá a favor del órgano al que corresponda conocer del asunto, le remitirá los autos y emplazará a las partes para que comparezcan ante él en el plazo de diez días (art. 65.5 LEC).

Al formular su declinatoria fundada en la falta de competencia territorial, el demandado tiene una carga adicional: la de indicar el tribunal a su juicio competente para conocer del proceso. En el caso de que la competencia territorial no venga determinada por reglas imperativas, la declinatoria del demandado solo puede prosperar si el demandado, al proponerla, ha «acertado» al designar el tribunal que debe ser competente (art. 65.4 LEC). En caso contrario, la declinatoria se desestima.

3º. *Conflicto negativo de competencia territorial*

El art. 60 LEC prevé el tratamiento de los conflictos negativos de competencia territorial. Se plantea un conflicto negativo de competencia territorial cuando un tribunal se ha considerado carente de competencia territorial y, en consecuencia, se ha inhibido en favor de otro tribunal, quien a su vez procede del mismo modo.

La LEC hace depender la posibilidad legal de que se plantee un conflicto negativo de competencia territorial de la existencia o no de una audiencia contradictoria de todas las partes con carácter previo a que el primer tribunal haya tomado la decisión de inhibirse en favor de otro tribunal.

En concreto, el supuesto de hecho para que se dé uno de estos conflictos negativos es relativamente complejo: el tribunal ha decidido *de oficio* apreciar su falta de competencia territorial, lo que presupone que es improrrogable, y las partes personadas en el momento de tomar su decisión no eran todas las partes del proceso; este tribunal, como consecuencia de su inhibición, remite las actuaciones a otro que, a su vez, y también de oficio, declara no ser competente. En tal supuesto, y para evitarle al demandante una suerte de «peregrinaje» por diversos tribunales –o, peor, una vuelta al de origen–, la ley ordena la remisión de los antecedentes al tribunal inmediato superior común (común a los dos que ya se declararon incompetentes, aunque la remisión, por definición, solo la hará el segundo tribunal), para que resuelva la cuestión por medio de una resolución que no será susceptible de ulterior recurso.

En cambio, resultará imposible que se plantee un conflicto negativo de competencia cuando la decisión de inhibición de un tribunal por falta de competencia territorial se ha adoptado en virtud de declinatoria y con independencia, por tanto, del carácter prorrogable o improrrogable de la competencia territorial: la razón es lógica, pues la tramitación de una declinatoria presupone el debate contradictorio o, cuando menos, la posibilidad de que se produzca tal debate. En estos supuestos, el tribunal al que remita las actuaciones aquel que se haya inhibido «estará a lo decidido y no podrá declarar de oficio su falta de competencia territorial» –ni tampoco, aunque no lo diga la ley, por eventual estimación de una declinatoria–, esto es, quedará vinculado y habrá de asumir el conocimiento del asunto, lo que convierte en imposible que se plantee un conflicto negativo de competencia, puesto que la ley impide que el segundo tribunal se inhiba por razón de falta de competencia territorial.

2. El reparto de asuntos

La aplicación de las normas sobre competencia internacional, jurisdicción por razón de la materia, competencia objetiva y competencia territorial puede ser suficiente para identificar el concreto tribunal que va a conocer el proceso, pero solo en los casos en que en la circunscripción exista un único juez –una única plaza judicial, si se prefiere– dentro de la Sección con competencia objetiva. Cuando existen varios jueces dentro de la Sección será preciso servirse de las normas de

reparto, que permitirán proceder a la determinación definitiva del juzgador en el caso concreto.

Así, en los Tribunales de Instancia cuya Sección Única o cuyas Secciones Civil, de Familia, Infancia y Capacidad, de Violencia sobre la Mujer o de lo Mercantil estén conformadas por más de una plaza judicial, los asuntos propios de la Sección habrán de repartirse entre los titulares de las diversas plazas judiciales de conformidad con lo que establezcan las normas de reparto (art. 68.1 LEC).

Las normas de reparto son propuestas por las Juntas de Jueces y aprobadas por las Salas de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia (art. 167 LOPJ). Estas normas han de estar predeterminadas y ser públicas. Corresponde al Letrado de la A. de J. del Tribunal de Instancia –o a uno de ellos, cuando haya varios– realizar el reparto de los asuntos que vayan ingresando, bajo la supervisión del Presidente del Tribunal. Por eso, la demanda no puede dirigirse a un juez concreto, sino que se dirige genéricamente al juez de la Sección que corresponda por turno de reparto y se presenta en el Registro del Tribunal de Instancia, para que sea el Letrado de la A. de J. quien, en aplicación de las normas de reparto, determine a quién le corresponde hacerse cargo del proceso.

El reparto es obligatorio (art. 68.1 LEC) y ha de efectuarse dentro de los dos días siguientes a la presentación de la demanda (art. 69).

> Para evitar los perjuicios derivados de esta dilación, los Presidentes de los Tribunales de Instancia podrán, a instancia de parte, adoptar las medidas urgentes en los asuntos no repartidos cuando, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable (art. 70 LEC y art. 168.1 LOPJ).

Los Letrados de la A. de J. no permitirán que se curse ningún asunto sujeto a reparto si no constare en él la diligencia o anotación electrónica de reparto correspondiente. En caso de que no conste dicha diligencia, se anulará, a instancia de cualquiera de las partes, cualquier actuación que no consista en ordenar que el asunto pase a reparto (art. 68.2 LEC). El precepto, por tanto, establece la inadmisión a trámite de oficio de la demanda cuando no conste en ella la diligencia o la anotación electrónica de reparto: el tribunal habrá de devolverla a la Presidencia del Tribunal o al Letrado de la A. de J. responsable, para que se proceda a su reparto. Si no lo hace de oficio el tribunal, cualquiera de las partes podrá poner de relieve el defecto.

Si una parte considera que el Letrado de la A. de J. encargado del reparto no ha aplicado correctamente las normas vigentes en el momento en que se interpuso la demanda no podrá formular declinatoria, sino que habrá de interponer un recurso gubernativo (= administrativo) ante el Presidente del Tribunal de Instancia (art. 168.2 b) LOPJ). En cualquier caso, la infracción de las normas de reparto determina la anulabilidad de las actuaciones: la parte perjudicada podrá solicitar que se anulen las resoluciones dictadas por tribunales distintos de aquel o aquellos a quienes correspondiese conocer según las normas de reparto, aunque solo si lo pide en el trámite procesal inmediatamente posterior al momento en que tuvo conocimiento de que se habían infringido las normas de reparto y siempre que

la infracción no se haya corregido por el Presidente del Tribunal de Instancia (art. 68.4 LEC).

3. LA COMPETENCIA FUNCIONAL

Las normas de competencia funcional sirven para determinar qué tribunal está facultado para realizar ciertas actuaciones que son distintas a la de conocer de un asunto en primera instancia, pero que son conexas con ella. Por tanto, la aplicación de las normas de competencia funcional presupone que el proceso ya se ha iniciado ante un tribunal determinado y, de hecho, se toma como base el tribunal que ha conocido o está conociendo del asunto en primera instancia.

En primer término, son normas de competencia funcional las que establecen qué tribunales van a conocer de los recursos devolutivos frente a las resoluciones que dicte el tribunal de la primera instancia: lo hará el tribunal superior jerárquico de aquel que dictó la resolución recurrida (art. 455.2 LEC para el recurso de apelación y art. 478.1 LEC para el recurso de casación).

Las normas de competencia funcional también determinan quién será competente para ejecutar la sentencia en caso de que sea favorable y tenga contenido condenatorio. La regla en este punto es que la competencia funcional para ejecutar la sentencia corresponde al tribunal que conoció del asunto en primera instancia (arts. 61 y 545 LEC).

Por último, las normas de competencia funcional establecen cuál es el tribunal competente para conocer de los incidentes que se producen en el transcurso de un pleito (v.g., quién se encarga de resolver la declinatoria interpuesta por el demandado). La regla es que la competencia funcional le corresponde al tribunal que esté conociendo del litigio en el momento en que se plantea el incidente (art. 61 LEC).

La competencia funcional no despliega su eficacia al inicio del proceso –para identificar el tribunal que habrá de hacerse cargo de él–, sino cuando este ya está en marcha. No obstante, su concurrencia condiciona la validez de las actuaciones en términos absolutos, dado que los arts. 238.1º LOPJ y 225.1º LEC establecen con rotundidad la nulidad de lo actuado con falta de competencia funcional. Ambas circunstancias tienen repercusiones sobre los mecanismos para su tratamiento procesal.

De forma expresa, la única norma que la LEC dedica al tratamiento procesal de la competencia funcional es el art. 62, que se ocupa únicamente de la competencia para conocer de los recursos devolutivos y prevé un control de oficio. No serán admitidos a trámite los recursos dirigidos a un tribunal que carezca de competencia funcional para conocer de los mismos. No obstante lo anterior, si admitido un recurso, el tribunal al que se haya dirigido entiende que no tiene competencia funcional para conocer del mismo, dictará auto absteniéndose de conocer previa audiencia de las partes personadas por plazo común de diez días. Notificado este auto, los litigantes dispondrán de un plazo de cinco días para la

correcta interposición o anuncio del recurso, que se añadirán al plazo legalmente previsto para dichos trámites. Si sobrepasaren el tiempo resultante sin recurrir en forma, quedará firme la resolución de que se trate.

4. LA DECLINATORIA

4.1. *Ámbito*

Regulada en los arts. 63 a 65 LEC, la declinatoria es el instrumento procesal para la denuncia a instancia de parte de todos los defectos que se refieren a los presupuestos procesales relativos a la jurisdicción y competencia del tribunal (falta de competencia internacional, de jurisdicción por razón de la materia, de competencia objetiva y de competencia territorial del tribunal elegido por el actor para presentar la demanda). Además, también es el instrumento que ha de utilizar el demandado para poner de relieve la sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje, óbice que priva también al tribunal de la facultad de conocer del proceso, así como de la sumisión del asunto a mediación (art. 63.1 LEC).

> De forma especial, sin embargo, a pesar de que exista un pacto previo entre consumidor y empresario de someterse a un procedimiento de resolución alternativa de litigios de consumo, la declinatoria no es admisible si el consumidor es el demandante: se quiere asegurar con ello que el consumidor no pueda verse forzado por el profesional a aceptar el desarrollo previo de un intento de mediación, aunque inicialmente así lo hubiera pactado.

4.2. Tribunal competente

La declinatoria ha de resolverse siempre por el tribunal ante el que el actor presentó su demanda y que es el que está conociendo del proceso.

> El demandado puede presentarla en todo caso ante ese tribunal, pero también se le permite presentarla ante el tribunal de su propio domicilio –que no está conociendo del proceso–, que la remitirá lo más rápido posible (v.g., por comunicación electrónica) al tribunal que ya conoce del asunto (art. 63.2 LEC). Se pretende, con esta posibilidad, ahorrar al demandado la molestia de tener que «desplazarse» ante el tribunal que conoce del litigio a los solos efectos de presentar una declinatoria que, si tiene éxito, puede suponer el fin del proceso.

4.3. Tiempo

El plazo para presentar el escrito interponiendo la declinatoria es común a juicio ordinario y juicio verbal, aunque debe tenerse en cuenta que el plazo para contestar a la demanda no es igual en ambos procedimientos:

— En el juicio ordinario, habrá de interponerse dentro de los diez primeros días para contestar a la demanda, de los veinte de que dispone el demandado.

— En el juicio verbal, habrá de interponerse dentro de los mismos diez días de que también dispone para contestar a la demanda, aunque con la precaución de que ha de formularse en todo caso antes de contestar a la demanda.

Esta es la regla para los procesos civiles declarativos. En los procesos de ejecución el plazo es de cinco días, a contar desde la primera notificación al ejecutado de la existencia del proceso de ejecución (art. 547 LEC).

4.4. Efectos de su interposición

La simple interposición de la declinatoria tiene como efecto inmediato la suspensión o paralización del proceso: el tribunal únicamente habrá de resolver la declinatoria (art. 64.1 LEC). Ahora bien, para evitar que la interposición de la declinatoria se use maliciosamente como vía para dilatar el curso del proceso, se establece que a pesar de la suspensión del proceso el demandante podrá solicitar al tribunal el aseguramiento de las pruebas que estén en peligro y la adopción de medidas cautelares que eviten la frustración del resultado del proceso –aunque el demandado puede evitar ambas prestando caución– (art. 64.2 LEC).

4.5. Tramitación

El demandado habrá de interponer la declinatoria a través de un escrito, al que acompañará los documentos y principios de prueba de que disponga para justificar su petición, con copias para todos los demás litigantes. El escrito de declinatoria y los demás documentos serán notificados a las demás partes, que dispondrán de un plazo de cinco días para presentar por escrito sus alegaciones, así como los documentos y principios de prueba que consideren convenientes. El tribunal decidirá dentro de los cinco días siguientes, por medio de auto (art. 65.1 LEC). Se trata, pues, de un incidente de tramitación escrita, en el que no se celebra ninguna vista y que se resuelve solo con base en lo que se derive de los documentos y principios de prueba aportados por las partes.

4.6. Resolución

Si el tribunal desestima la declinatoria mandará que el proceso siga su curso y pondrá fin a su suspensión, de modo que vuelve a correr el plazo para contestar a la demanda.

Si el tribunal, en cambio, dicta un auto estimatorio de la declinatoria, su contenido puede ser diverso en función de cuál haya sido el defecto denunciado por el demandado con la declinatoria:

a) Si denunció la sumisión del litigio a arbitraje o a mediación, la falta de competencia internacional, la falta de jurisdicción por razón de la materia o la falta de competencia objetiva, el tribunal que estime la declinatoria se abstendrá de conocer del asunto y sobreseerá el proceso.

Además, en el caso de que se sobresea por falta de jurisdicción por razón de la materia, habrá de indicarse al demandante ante qué otro orden jurisdiccional ha de usar de su derecho. Y si se trata de falta de competencia objetiva, se indicará al demandante ante qué tipo de órgano judicial ha de usar de su derecho.

b) Si se denunció la falta de competencia territorial, el tribunal que estime la declinatoria se abstendrá de seguir conociendo del proceso, pero no lo sobreseerá, sino que se inhibirá en favor del tribunal que sea territorialmente competente, le remitirá las actuaciones y emplazará a las partes para comparezcan

ante él en el plazo de diez días, al efecto de que pueda reanudarse el proceso ante el nuevo tribunal

> Recuérdese además que, si la norma de competencia territorial para conocer del proceso es derogable, la declinatoria solo puede estimarse si se considera competente el tribunal designado por el demandado en la declinatoria.

5. Régimen de recursos en materia de jurisdicción y competencia

Los arts. 66 y 67 LEC establecen el régimen de recursos frente a las resoluciones dictadas en relación con los presupuestos y óbices procesales de jurisdicción y competencia. Se trata de una regulación a la que le resulta indiferente el modo o procedimiento seguido para llegar a la resolución: el régimen de recursos es siempre el mismo, con independencia de que la resolución impugnada se haya dictado de oficio o tras la sustanciación de una declinatoria.

El régimen de recursos será diverso en función de si lo que haya sido objeto de decisión fuera la competencia territorial, de un lado, o bien cualquier otro presupuesto u óbice procesal relativo a la jurisdicción y competencia del tribunal. La razón es bien sencilla: la falta de competencia territorial no afecta en todo caso a la validez de las actuaciones y, además, la apreciación de su ausencia no provoca el sobreseimiento del proceso.

5.1. Competencia internacional, jurisdicción, sumisión a arbitraje o a mediación y competencia objetiva

Cuando el presupuesto procesal puesto en tela de juicio no ha sido la competencia territorial, el art. 66 distingue en función de que el tribunal haya apreciado el defecto –y, en consecuencia, haya sobreseído el proceso– o bien haya rechazado la existencia del defecto denunciado.

Si el tribunal se abstiene de conocer por sumisión a arbitraje o a mediación, por no tener el asunto carácter jurisdiccional, por inmunidad de jurisdicción, por falta de competencia internacional, por pertenecer el asunto a otro orden jurisdiccional o por falta de competencia objetiva, su resolución tiene por efecto la conclusión anticipada del proceso. Por eso, el art. 66.1 LEC permite expresamente que dicho auto pueda ser objeto de un recurso de apelación.

Por el contrario, si el tribunal rechaza la ausencia en el caso concreto de alguno de los mencionados presupuestos, el proceso seguirá su curso. En este punto, la LEC ha preferido no interrumpir de nuevo el curso de los autos: por eso, frente al auto que se dicte entonces solo cabrá interponer recurso de reposición.

> — Si el recurso de reposición es desestimado, el proceso seguirá su curso; no obstante, el litigante podrá alegar la falta de esos presupuestos procesales para fundar la apelación contra la sentencia definitiva que se dicte (art. 66.2 LEC): se aplica, pues, el régimen general de recursos frente a resoluciones interlocutorias (art. 454 LEC).

— Si el recurso de reposición es estimado, el tribunal habrá de decretar el sobreseimiento del proceso y su resolución será, en consecuencia, recurrible en apelación, al encajar en el supuesto de hecho descrito en el art. 66.1 LEC.

5.2. Competencia territorial

Cuando el presupuesto procesal involucrado es la competencia territorial, en cambio, no se dará recurso alguno contra los autos que dicte el tribunal, sea cual sea su sentido (art. 67.1 LEC). Sin embargo, sí que podrá alegarse la infracción de las normas sobre competencia territorial como fundamento de un recurso de apelación o de un recurso de casación, siempre que se trate de normas que tengan carácter imperativo (art. 67.2 LEC).

Se deduce de lo anterior una situación paradójica: si se puede recurrir una sentencia aduciendo la infracción de una norma imperativa de competencia territorial es porque dicha infracción permite la anulación de las actuaciones. Pero, si realmente es así, tendría sentido aplicar en estos casos el régimen general de recursos, para evitar que el proceso avance de forma tal vez innecesaria.

LECCIÓN 12

LAS PARTES EN EL PROCESO CIVIL: CAPACIDAD Y REPRESENTACIÓN

1. Introducción. — 2. La capacidad para ser parte: 2.1. Concepto y sujetos que la poseen; 2.2. Tratamiento procesal. — 3. La capacidad procesal: 3.1. Concepto y sujetos que la poseen; 3.2. Tratamiento procesal. — 4. La representación: 4.1. Clases de representación en el proceso; 4.2. Tratamiento procesal. — 5. La postulación: representación técnica mediante procurador y defensa mediante abogado: 5.1. La representación técnica del procurador; 5.2. La defensa del abogado.

1. INTRODUCCIÓN

En todo proceso judicial interviene una pluralidad de sujetos. Sin embargo, no todo sujeto que interviene en el proceso tiene la condición de parte: así, no son parte los jueces, los abogados, los procuradores, los testigos o los peritos. Antes bien, solo son parte los sujetos que pretenden la tutela del tribunal –los actores o demandantes– y los sujetos frente a los cuales se pretende la tutela del tribunal –los demandados–. Solo estos sujetos se podrán ver afectados por la sentencia que se dicte y son ellos quienes han de asumir los derechos, cargas y responsabilidades propias del proceso.

Dado que el proceso civil está regido por el principio dispositivo, hay que entender que serán partes de un proceso los sujetos que el actor decida: si hay varios demandantes, será porque estos diversos sujetos han decidido litigar conjuntamente; y será/n demandado/s el/los sujeto/s frente a quien/es se decida interponer la demanda, con independencia de que hubiera o no otros sujetos que también podrían haberse visto sometidos a ese proceso.

En términos muy generales, se dice que todo sujeto que no es parte de un proceso es «tercero». Sin embargo, lo cierto es que dentro de esta categoría de los terceros es preciso hacer una distinción. Existen, de un lado, terceros que son absolutamente ajenos al proceso y que por eso mismo no preocupan al legislador. Pero también existen ciertos terceros a los que el proceso –y, sobre todo, el posible resultado del proceso– no les es jurídicamente indiferente; para proteger el interés de estos terceros el legislador ha dispuesto diversos mecanismos, en función del tipo de proceso y del tipo de interés del tercero.

Por otra parte, no cualquier sujeto puede ostentar la condición de parte en un proceso y tampoco puede hacerlo de cualquier modo. Al contrario, han de cumplirse ciertos requisitos, que se pueden calificar como presupuestos procesales: en efecto, para que exista derecho al proceso y para que el tribunal pueda dictar

sentencia sobre el fondo es preciso que en las partes concurran hasta cuatro cualidades distintas –no siempre han de darse todas–, que integran los llamados presupuestos procesales relativos a la «personalidad procesal» de las partes. Se trata de la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, la representación y la postulación.

2. LA CAPACIDAD PARA SER PARTE

2.1. Concepto y sujetos que la poseen

El proceso solo puede desarrollarse válidamente si el demandante y el demandado poseen capacidad para ser parte. Dicha capacidad es la aptitud para ser titular de los derechos que se ponen en juego en el proceso, así como para asumir las cargas y responsabilidades derivadas de un proceso. En otros términos, puede decirse que es la aptitud para pedir la tutela del tribunal –en el caso del demandante– y para resultar afectado por las decisiones del tribunal –en el caso del demandado–.

La capacidad para ser parte es una cualidad abstracta de ciertos sujetos, que estos poseen o no al margen de su concreta participación en el proceso.

También es habitual sostener que la capacidad para ser parte es el equivalente en el proceso de la capacidad jurídica del Derecho civil –recuérdese, la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones–. En efecto, si el proceso está concebido como instrumento para la protección de los derechos e intereses de los particulares, han de tener capacidad para ser parte todos los sujetos que tengan capacidad para ser titulares de los derechos y obligaciones que se pongan en juego en el proceso.

Ahora bien, la equivalencia entre capacidad para ser parte y capacidad jurídica no es completa: el Derecho procesal reconoce capacidad para ser parte a sujetos que, conforme al Derecho civil, no tienen personalidad jurídica, esto es, capacidad jurídica (así sucede, a modo de ejemplo, con las comunidades de propietarios, las herencias yacentes o las sociedades mercantiles irregulares). En efecto, en ciertos casos se atribuye dicha capacidad para ser parte a sujetos o entidades que no tienen personalidad, y se hace para garantizar la seguridad del tráfico jurídico, sea en beneficio de esas entidades, o sea en beneficio de quienes se relacionan jurídicamente con ellas.

Los sujetos y entidades que ostentan capacidad para ser parte están enumerados en el art. 6.1 LEC y son los siguientes:

1.º Las personas físicas.

2.º El concebido no nacido, para todos los efectos que le sean favorables: esto hace suponer que el *nasciturus* podrá ser demandante, pero no demandado.

3.º Las personas jurídicas.

4.º Las masas patrimoniales o los patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de

disposición y administración: esto es lo que sucede con las herencias yacentes y con el patrimonio de las personas físicas y jurídicas que han sido declaradas en situación de concurso.

5.º Las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte: así sucede con las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal (= comunidades de vecinos).

6.º El Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte (normalmente, procesos en relación con el estado civil y la capacidad de las personas, especialmente si están en juego los intereses de menores y de personas con discapacidad).

7.º Los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados.

8.° Las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Por otra parte, el art. 6.2 LEC añade que podrán ser demandadas, en todo caso, 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. El precepto se está refiriendo, primordialmente, a las sociedades mercantiles irregulares: solo podrán ser demandadas, en beneficio de sus acreedores, pero no podrán demandar en cuanto tales, debido a no cumplir con los requisitos legales para adquirir la plena personalidad jurídica.

Como puede apreciarse, solo los sujetos enunciados en los tres primeros apartados del art. 6.1 LEC tienen capacidad jurídica con arreglo al Derecho civil: en los demás casos, se trata de entidades sin esa capacidad civil, pero con capacidad para ser parte.

2.2. Tratamiento procesal

La capacidad para ser parte es un presupuesto sin el cual el proceso no puede desarrollarse: no tiene sentido celebrar un proceso cuando una de las partes no es un sujeto al que pueda afectar el resultado del proceso. Además, los defectos de capacidad para ser parte no son subsanables: si un sujeto o entidad no se encuentra enunciado en el art. 6 LEC, esto significa que no tiene capacidad procesal y que no puede conseguirla.

2.2.1. *Falta de capacidad para ser parte del demandante*

Si se presenta una demanda por una entidad sin capacidad para ser parte, caben dos cauces de tratamiento procesal:

— De oficio: el tribunal puede apreciar en cualquier momento del proceso la falta de capacidad para ser parte del demandante (art. 9 LEC). Si el defecto es

apreciado al inicio, el tribunal inadmitirá a trámite la demanda (cabe suponer que el Letrado de la A. de J. será quien advierta el defecto al juez y que será el juez quien dicte auto de inadmisión); si el defecto es detectado con posterioridad, el proceso habrá de ser sobreseído.

— A instancia de parte: la parte demandada también puede poner de manifiesto el defecto de capacidad para ser parte del demandante. La forma de denunciar este defecto es parcialmente diferente en función del procedimiento que se esté tramitando.

En el marco del juicio ordinario, el demandado habrá de poner de manifiesto el defecto en la contestación a la demanda y el tribunal habrá de resolver al respecto en la audiencia previa al juicio, tras oír lo que las partes aleguen y, en su caso, prueben al respecto.

En el juicio verbal, la denuncia habrá de hacerse en la contestación a la demanda; el actor dispondrá entonces de cinco días para alegar ante el tribunal lo que considere oportuno (art. 438.8 II LEC); el tribunal resolverá a continuación por medio de auto sobre esta cuestión –y, en general, sobre cualquier otra cuestión procesal que pueda haberse suscitado por el demandado en la contestación a la demanda (art. 438.10 LEC).

En cualquiera de los contextos, si el tribunal considera que concurre el defecto, sobreseerá el proceso.

2.2.2. *Falta de capacidad para ser parte del demandado*

En caso de que el actor presente la demanda frente a un sujeto que carece de capacidad para ser parte, lo lógico es entender que solo cabrá un tratamiento procesal de oficio, que conduzca a la inadmisión de la demanda o al sobreseimiento del proceso. No obstante, la entidad demandada podría también poner de relieve su propia falta de capacidad para ser parte en términos análogos a los expuestos en relación con la falta de capacidad para ser parte del demandante y con los mismos efectos.

3. LA CAPACIDAD PROCESAL

3.1. Concepto y sujetos que la poseen

La capacidad procesal es la aptitud para poder realizar actos válidos en el proceso: toda parte ha de actuar en el proceso –*v.g.*, presentar demanda, contestar a la demanda, presentar declinatoria– y es necesario que disponga de la capacidad necesaria para que sus actos sean válidos y puedan producir la eficacia jurídica que les corresponda.

Se suele decir que la capacidad procesal es el equivalente en el proceso de la capacidad de obrar del Derecho civil –recuérdese, la aptitud para realizar actos jurídicos válidos y eficaces–. Por eso, resulta necesario que los sujetos que intervienen como partes en el proceso tengan las cualidades necesarias que

permitan reconocer eficacia jurídica a las actuaciones que lleven a cabo en el proceso.

Las personas jurídicas y, en general, las entidades asimiladas a ellas (*v.g.*, la herencia yacente o la comunidad de propietarios) tienen siempre capacidad procesal. Los principales problemas de capacidad procesal se plantean en relación con las personas físicas y, en concreto, con aquellas que no ostenten la plenitud de sus derechos civiles.

En concreto, carecen de capacidad procesal los menores no emancipados. Ahora bien, que los menores no tengan capacidad procesal no quiere decir que no puedan ser parte en el proceso: podrán serlo, pero habrá de actuar en el proceso mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley.

Tratándose de personas con discapacidad, habrá que estar al contenido y alcance de las medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. El art. 7 bis LEC, introducido en 2021, establece además la necesidad de realizar las adaptaciones y los ajustes necesarios para garantizar su participación en el proceso en condiciones de igualdad y se han de referir a la comunicación, la comprensión y la interacción con el entorno, de modo que puedan entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo.

> En concreto, se prevé legalmente lo siguiente:
>
> a) Todas las comunicaciones con las personas con discapacidad, orales o escritas, se harán en un lenguaje claro, sencillo y accesible, de un modo que tenga en cuenta sus características personales y sus necesidades, haciendo uso de medios como la lectura fácil. Si fuera necesario, la comunicación también se hará a la persona que preste apoyo a la persona con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica.
>
> b) Se facilitará a la persona con discapacidad la asistencia o apoyos necesarios para que pueda hacerse entender, lo que incluirá la interpretación en las lenguas de signos reconocidas legalmente y los medios de apoyo a la comunicación oral de personas sordas, con discapacidad auditiva y sordociegas.
>
> c) Se permitirá la participación de un profesional experto que a modo de facilitador realice tareas de adaptación y ajuste necesarias para que la persona con discapacidad pueda entender y ser entendida.
>
> d) La persona con discapacidad podrá estar acompañada de una persona de su elección desde el primer contacto con las autoridades y funcionarios.

La ley, por otra parte, ha querido otorgar un estatus especial a las personas mayores, al margen de cualquier valoración sobre su capacidad (el art. 7 bis LEC se ha modificado en 2023 a tal fin). En concreto, las personas de 65 o más años tienen derecho a que se realicen las adaptaciones y ajustes necesarios para garantizar su participación en el proceso en condiciones de igualdad (en los términos que se acaban de exponer para las personas con discapacidad). Las personas de 65 o más años, pero que no hayan alcanzado aún los 80, tendrán derecho a estas adaptaciones y ajustes si lo solicitan. En cambio, si se trata de personas de 80 o más años, las adaptaciones y los ajustes se realizarán también de

oficio (aunque no se hayan solicitado). Además, todos los procesos en que sea parte una persona de 80 o más años serán de tramitación preferente (tanto si son declarativos como si lo son de ejecución).

3.2. Tratamiento procesal

Los defectos de capacidad procesal –a diferencia de los relativos a la capacidad para ser parte– se pueden subsanar, a través de la utilización de un representante legal o con la asistencia de quienes tengan encomendado prestar apoyo a una persona con discapacidad; y este dato tiene influencia a la hora de articular el tratamiento procesal de este presupuesto.

3.2.1. *Falta de capacidad procesal del demandante*

En caso de que la demanda la presente un sujeto sin plena capacidad procesal y/o sin representante legal o sin el apoyo previsto, existirá un defecto procesal, para el que cabe un doble tratamiento:

— De oficio. El tribunal, en cuanto detecte el defecto, puede requerir al demandante para que lo subsane, a través de la incorporación al proceso de un representante legal que convalide lo realizado hasta el momento y que asuma sus funciones en lo sucesivo, o con la prestación del apoyo previsto para la persona con discapacidad. En caso de que la subsanación no se haga en el plazo que haya concedido el tribunal, son varias las posibilidades: a) el tribunal puede inadmitir a trámite la demanda, si el defecto se advirtió en el momento inicial del proceso; b) el tribunal sobreseerá el proceso, si este ya había comenzado; c) puede suceder que el tribunal aprecie que el demandante se encuentra en situación de desamparo, es decir, que no acude su representante legal o la persona que deba prestarle apoyo porque carece de él: en tal caso, le nombrará un defensor judicial y, provisionalmente, encomendará al Ministerio Fiscal la defensa de sus intereses (art. 8 LEC).

— A instancia de parte. El demandado, en el marco del *juicio ordinario*, puede denunciar la falta de capacidad procesal y de representación legal o apoyo del actor en la contestación a la demanda, para que el tribunal resuelva en la audiencia previa al juicio. En el marco del *juicio verbal*, la denuncia ha de hacerse en la contestación a la demanda; el actor dispondrá entonces de cinco días para alegar ante el tribunal lo que considere oportuno (art. 438.8 II LEC); el tribunal resolverá a continuación por medio de auto sobre esta cuestión (art. 438.10 LEC).. En ambos casos, si el tribunal aprecia la existencia del defecto, requerirá al demandante para que lo subsane: si no lo hace, sobreseerá el proceso, a no ser que advierta su situación de desamparo (en cuyo caso le nombrará un defensor judicial, haciéndose cargo provisional de la defensa de sus intereses el Ministerio Fiscal).

3.2.2. *Falta de capacidad procesal del demandado*

La situación de partida es parcialmente diferente cuando se presenta la demanda contra un sujeto sin capacidad procesal: en efecto, el menor o la persona discapacitada es la verdadera parte demandada y frente a ella ha de dirigirse la demanda. Por eso, en el momento en el que se presenta la demanda, esta es un acto

válido, pues el demandante no tiene por qué saber si el demandado es o no mayor de edad, si necesita medidas de apoyo, quién es su representante legal o quién le presta el apoyo que necesita: esta es la razón de que el tribunal no pueda inadmitir a trámite la demanda por este motivo. El defecto procesal, en cuanto tal, se produciría si el demandado intentase comparecer en el proceso por sí mismo, sin valerse de representación legal o de los apoyos necesarios. En tal caso, caben dos opciones:

— Tratamiento de oficio: cuando el tribunal detecte el defecto de capacidad procesal requerirá al demandado para que lo subsane, a través de la comparecencia en el proceso de su representante legal o de la persona que le preste apoyo; si este no lo hace, el sujeto será declarado en rebeldía, de modo que el proceso seguirá su curso sin él, a no ser que el tribunal advierta que se encuentra en situación de desamparo: en tal caso, procederá a nombrarle defensor judicial, encomendando la defensa de su posición jurídica mientras tanto al Ministerio Fiscal.

— Tratamiento a instancia de parte: el propio demandante puede advertir que el demandado ha comparecido en el proceso sin representante legal o sin la asistencia de quien deba prestarle apoyo. En tal caso, puede poner de manifiesto el defecto directamente en la audiencia previa al juicio –en el marco del juicio ordinario– o en el escrito a que se refiere el art. 438.8 LEC –para el juicio verbal–. El tribunal requerirá al demandado para que subsane el defecto y, si no lo hace, se le declarará en rebeldía, a no ser que se aprecie que lo que corresponde es justamente designarle un defensor judicial.

4. La representación

4.1. Clases de representación en el proceso

En ocasiones, la condición del sujeto que es parte hace necesario que su actuación en el proceso se lleve a cabo a través de algún tipo de representación. En concreto, son tres los tipos de representación que pueden darse en un proceso: la representación legal, la representación necesaria y la representación técnica.

La *representación legal* es la que corresponde a las personas menores de edad, que carecen de capacidad procesal: la representación legal sirve como sustitutivo de la capacidad procesal. Cuando el sujeto que aspira a ser parte no tiene capacidad procesal, debe actuar en su nombre su representante legal: y esta representación legal corresponde o bien a quien ostente la patria potestad o bien a quien ostente la tutela (por los concebidos y no nacidos comparecerán las personas que legítimamente los representarían si ya hubieren nacido: art. 7.3 LEC). Aunque el representante sea quien actúa en el proceso, es el representado quien ostenta la condición de parte: por ello, la actuación del representante afecta al representado.

Tratándose de personas con discapacidad, la reforma operada por la ley 8/2021 ha optado por acudir a la noción de medidas de apoyo, en la que tienen cabida las que el juez considere apropiadas en función de las circunstancias del caso. En algunos casos, habrá representación legal en sentido propio (v.g., una

persona que se halla en estado de coma o con una discapacidad psíquica muy severa); en muchos otros, se habla de asistencia y de complemento a la capacidad de la persona discapacitada.

La *representación necesaria* es la que resulta precisa para instrumentar la actuación en el proceso de las personas jurídicas y de las entidades a ellas equiparadas: toda persona jurídica o entidad asimilada necesita de una persona física que sea la que materialice sus actuaciones. Esa persona será su representante necesario en el proceso. Debe notarse que, a diferencia de lo que ocurre con la representación legal, aquí la entidad representada sí que tiene capacidad procesal: la representación necesaria, por tanto, se suma a la capacidad procesal.

Las reglas de representación necesaria se contienen en el art. 7 LEC:

— Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen: se trata, normalmente, de las personas físicas designadas en los estatutos de la persona jurídica.

— Las masas patrimoniales o patrimonios separados a que se refiere el art. 6.1.4º LEC (herencias yacentes, concursos) comparecerán en juicio por medio de quienes, conforme a la ley, las administren.

— Las entidades sin personalidad a que se refiere el art. 6.1.5º LEC comparecerán en juicio por medio de las personas a quienes la ley, en cada caso, atribuya la representación en juicio de dichas entidades (en el caso de las comunidades de propietarios, esta representación se atribuye al presidente).

— Por las entidades sin personalidad a que se refiere el art. 6.1.7º LEC (grupos de consumidores) y el art. 6.2 (sociedades mercantiles irregulares) comparecerán en juicio las personas que, de hecho o en virtud de pactos de la entidad, actúen en su nombre frente a terceros: se trata, por tanto, de las personas que, en el tráfico jurídico, asuman en apariencia la condición de representante de la entidad.

Por último, existe la denominada *representación técnica*, que es la que ostenta el procurador respecto de la parte y de la que nos ocuparemos un poco más adelante.

4.2. Tratamiento procesal

Cuando una persona física pretende actuar en el proceso como representante legal de otra persona física sin capacidad procesal –o como persona que tenga encomendado prestar apoyo a una persona discapacitada–, o como representante necesario de una persona jurídica, tiene la carga de acreditar su condición de tal: a tal fin, habrá de aportar los documentos oportunos junto a la demanda –el representante legal o necesario del demandante, o quien le preste apoyo– o en la contestación a la demanda –el representante legal o necesario del demandado, o quien le preste apoyo–.

Las dificultades para el proceso se suscitan, por tanto, cuando el representante –o quien presta apoyo– no aporta los documentos y/o cuando los documentos aportados no le acreditan de manera suficiente como representante de

la parte –o como persona que tiene encomendado prestarle apoyo–. En tal caso, se abren varias vías para el tratamiento procesal.

1º. De oficio. El tribunal puede apreciar el defecto en cualquier momento del proceso. En tal caso, y antes que nada, habrá de requerir a la parte para que subsane el defecto. En caso de que el defecto no se subsane, la reacción del tribunal será diversa según que afecte al demandante o al demandado: si afecta al demandante, el tribunal inadmitirá la demanda o sobreseerá el proceso, en función del momento en que se produzca la apreciación de oficio; si el defecto, por el contrario, afecta al demandado, lo declarará en rebeldía.

2º. A instancia de parte. Si el demandado considera que existe un defecto en la representación legal o necesaria del demandante, habrá de alegarlo en la contestación a la demanda, para que el tribunal resuelva al respecto en la audiencia previa al juicio si se trata de un juicio ordinario; si se trata de un juicio verbal, alegado el defecto en la contestación, el actor dispondrá de cinco días para alegar ante el tribunal lo que considere oportuno (art. 438.8 II LEC) y este resolverá a continuación por medio de auto (art. 438.10 LEC). Si el tribunal aprecia la concurrencia del defecto, requerirá al demandante para que lo subsane y, si no lo hace en plazo, sobreseerá el proceso.

Puede también suceder que sea el propio demandante quien considere que existe un defecto en la representación legal o necesaria del demandado, o en la prestación de apoyo para que actúe en el proceso. En ese caso, el demandante tiene la carga, en el juicio ordinario, de denunciar el defecto en la audiencia previa al juicio y, en el caso del juicio verbal, de hacerlo en el trámite del art. 438.8 LEC. El tribunal, de estimar el defecto, requerirá al demandado para que subsane el error y, si no lo hace, le declarará en rebeldía.

5. La postulación: representación técnica mediante procurador y defensa mediante abogado

Con el término «postulación» se designa un fenómeno doble, consistente en la intervención del abogado y del procurador en el proceso. Ambos son profesionales del Derecho que en cierta medida «acompañan» al justiciable durante el proceso, debido a su complejidad técnica, pero que tienen asignadas funciones distintas.

5.1. La representación técnica del procurador

5.1.1. *Función del procurador como representante técnico*

El procurador es el representante técnico de cada parte. El procurador es un licenciado/graduado en Derecho, que ha de haber superado una prueba estatal tras la obtención de un título de Máster especial y que ha de estar colegiado. El procurador está ligado con su cliente mediante un mandato representativo. Sus funciones específicas están establecidas en los arts. 26 a 28 LEC. Se pueden sintetizar en la idea de *representación técnica*: el procurador es el representante de la parte de cara a la actuación en el proceso. En este sentido, el procurador lleva a

cabo, en nombre de su cliente –se suele referir a él como su mandante o poderdante–, todos los actos del proceso que, según la ley, debe realizar la parte en cuestión, con excepción de aquellos que sean personalísimos –básicamente, declarar en el juicio–.

La representación técnica de las partes a través de un procurador es como regla preceptiva en todos los casos, salvo en dos:

— Juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2000 euros, siempre que no se trate de juicios verbales por razón de la materia.

— Petición inicial de procesos monitorios (se trata de procesos especiales para el cobro rápido de ciertos créditos dinerarios que están documentados); ahora bien, si el desarrollo del proceso monitorio se complica, será preciso servirse de procurador si lo reclamado excede de 2000 euros.

El procurador pasa a asumir su función a través de un acto de apoderamiento que se materializa en un documento conocido como «poder general para pleitos», a través del cual se le otorga al procurador la facultad de realizar en nombre y por cuenta de su mandante todos los actos ordinarios del proceso.

Para que el procurador pueda llevar a cabo actos extraordinarios en el proceso es preciso o bien que el poder general atribuya expresamente estas facultades al procurador o que se le otorgue un poder especial distinto. Se entiende que son actos extraordinarios todos aquellos a través de los que se produce una disposición sobre el objeto del proceso: allanamiento, desistimiento, renuncia o transacción.

El poder general para pleitos se puede otorgar de tres maneras: 1) por comparecencia personal ante notario (con los consiguientes costes que, sin embargo, no son muy elevados); 2) por comparecencia personal ante el Letrado de la A. de J. de cualquier oficina judicial; 3) por comparecencia electrónica, a través de una sede judicial electrónica, en el registro electrónico de apoderamientos judiciales *apud acta* (art. 24.1 LEC). Los poderes se inscribirán en un registro electrónico especial, el registro electrónico de apoderamientos judiciales, de modo que sea posible su posterior consulta, sin tener que volver a aportarlos.

El procurador cesa en su función (art. 30 LEC) en los siguientes supuestos:

— Cuando el poder es revocado por el poderdante o mandante.

— Cuando el procurador renuncia a dicho poder.

— Cuando fallece el mandante o el procurador.

— Cuando termina el proceso.

El procurador tiene derecho a una remuneración, denominada «derechos», que se fija por un arancel estipulado por el Colegio de Procuradores.

Existen dos procedimientos especiales a disposición del procurador para que este obtenga rápidamente ciertas cantidades de dinero de su cliente:

— De un lado, existe un procedimiento especial dirigido a que el procurador obtenga una provisión de fondos con la que ir afrontando los gastos que va generando el proceso (art. 29 LEC).

— De otro lado, existe un procedimiento especial para que el procurador cobre las cantidades de dinero que le adeude su mandante al final del pleito (art. 34 LEC).

5.1.2. *Tratamiento procesal*

En los procesos en que es preceptiva la intervención del procurador es necesario acreditar la existencia del apoderamiento, aportando la certificación del registro electrónico de apoderamientos judiciales junto con el primer escrito o actuación que se vaya a realizar. Si no se acredita la existencia del poder o este es insuficiente o defectuoso, cabe un doble tratamiento: de oficio o a instancia de parte.

— De oficio. Si el tribunal aprecia la ausencia de poder o su insuficiencia, requerirá a la parte a la que afecta para que lo subsane en un determinado plazo. Si no se produce la subsanación, el tribunal inadmitirá a trámite la demanda o sobreseerá el proceso, en caso de que el defecto afecte al poder del procurador del demandante; en caso de que afecte al poder del procurador del demandado, declarará a este en rebeldía.

— A instancia de parte. Si el demandado considera que la parte actora no ha apoderado al procurador o que el poder otorgado es insuficiente, lo alegará en la contestación a la demanda, de modo que el tribunal resuelva en la audiencia previa (juicio ordinario) o con arreglo a los trámites de los arts. 438.8 y 438.10 LEC (juicio verbal): el tribunal, de estimar la alegación del demandado, requerirá al actor para que subsane el defecto y, si este no lo hace, sobreseerá el proceso. En caso de que sea el demandante quien considere que el poder del procurador del demandado no existe o es insuficiente habrá de denunciarlo en la audiencia previa (juicio ordinario) o en el trámite del art. 438.8 LEC (juicio verbal): el tribunal requerirá al demandado para que subsane el defecto y, de no hacerlo este, le declarará en rebeldía.

5.1.3. *Ampliación de las funciones del procurador*

La función de representación procesal de los justiciables es la que ha justificado –y sigue justificando aún– la existencia del procurador como figura jurídica distinta del abogado. Se trata, sin embargo, de una singularidad en el panorama comparado: en la mayoría de los países de nuestro entorno no existe una figura equivalente y su función la cubren o bien los abogados, o bien las propias partes. En la práctica, sin embargo, la digitalización de los procesos está contribuyendo a poner en entredicho la necesidad de la figura del procurador: el grueso de su labor consiste en recibir notificaciones electrónicas a través de LEXNET –o sistema equivalente en las Comunidades Autónomas con competencias para la gestión de estas cuestiones– y reenviárselas al abogado que conoce del asunto. Y, por supuesto, con un coste que, en algunos casos, puede ser elevado. Por ello, se ha propugnado desde ciertos ámbitos la supresión de la figura

del procurador. La reacción de los Colegios de Procuradores ha conducido, sin embargo, hacia lo contrario: se quiere reforzar el papel del procurador como colaborador de la Administración de Justicia, para lo cual estos se ofrecen para desarrollar ciertas actuaciones materiales en sustitución del personal de la Oficina Judicial –como forma de aliviar, además, la carga de trabajo de estas–. En concreto, el legislador ha abierto la puerta a que los procuradores actúen como una suerte de «delegados» del tribunal en dos ámbitos:

a) La práctica de actos de comunicación: no se trata solo de que los procuradores reciban las notificaciones dirigidas a sus mandantes, sino de que puedan actuar como los encargados de realizar válidamente notificaciones a la parte contraria, a terceros o incluso a otros tribunales o entidades públicas (cfr. lo visto en la lección 7).

b) La práctica de actuaciones materiales concretas en un proceso de ejecución que le haya delegado el juez, en los términos que la ley prevea y permita: v.g., comunicar a una entidad bancaria la orden de retención de cuentas acordada por el Letrado de la A. de J., para que el deudor ejecutado no pueda disponer de su saldo.

Por supuesto, los procuradores solo asumirán estas funciones a petición de su cliente y a costa de ese cliente: el cliente que quiera y se lo pueda permitir puede encomendar a su procurador la práctica de las notificaciones y la realización de actuaciones materiales en fase de ejecución, en la confianza de que será más rápida que si hubiera de hacerse por funcionarios de la Oficina Judicial. Con sus pros y sus contras, ha de asumirse que se trata de un fenómeno de privatización de la Administración de Justicia.

Cuando actúen en estos ámbitos, las actuaciones de los procuradores serán impugnables ante el Letrado de la A. de J. que sea responsable del proceso; y el decreto por el que el Letrado de la A. de J. resuelva esta impugnación se podrá recurrir siempre en revisión ante el juez. Se garantiza con ello un mínimo control judicial del ejercicio por particulares (los procuradores) de las funciones públicas que le han sido delegadas.

5.2. La defensa del abogado

La función del abogado en el procedimiento es la defensa o asistencia técnica de las partes. El desarrollo de esta función se encuentra regulado, además de en las diversas leyes procesales, en la Ley Orgánica 5/2024 del Derecho de Defensa. El abogado es un licenciado o graduado en Derecho, que ha superado una prueba de acceso nacional tras la obtención de un título de Máster especial, sujeto a colegiación. El abogado aporta al litigante sus conocimientos jurídicos y le asiste de varias formas en el proceso: antes de que empiece el proceso informa al cliente acerca de si es o no procedente entablar una demanda y, en su caso, en el marco de algún mecanismo adecuado de solución de controversias; una vez iniciado el proceso, el abogado diseña la estrategia procesal y realiza aquellos actos que presuponen conocimientos jurídicos (*v.g.*, redacción de la demanda, de la

contestación a la demanda, interrogatorio en el juicio a los testigos o a la parte contraria).

La intervención de abogado es preceptiva como regla, salvo dos excepciones:

— Juicios verbales cuya cuantía no exceda de 2000 euros, siempre que no se trate de juicios verbales por razón de la materia.

— Petición inicial de procesos monitorios; ahora bien, si el desarrollo del proceso monitorio se complica, será preciso servirse de abogado si lo reclamado excede de 2000 euros.

El abogado está ligado con su cliente por un contrato de arrendamiento de servicios, que le da derecho a una remuneración, los «honorarios», que se fija libremente por el abogado, aunque los Colegios de Abogados pueden ofrecer unas tablas o escalas, de valor orientativo. Hasta hace relativamente poco tiempo se consideraban prohibidos los llamados pactos de *quota litis*, es decir, aquellos en los que se pacta que el abogado cobre como honorarios un porcentaje de lo que se obtenga en el proceso, si se gana (se trata, en cambio, de un sistema habitual –*contingent fees*– en los ordenamientos de tradición angloamericana). No obstante, la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008 los consideró admisibles, al entender que su prohibición era una práctica restrictiva de la competencia. Al igual que el procurador, el abogado también tiene a su disposición un procedimiento especial para cobrar las cantidades de dinero que le adeude su cliente al final del proceso (art. 35 LEC).

[*Tratamiento procesal*] La LEC solo prevé un control de oficio: el tribunal no proveerá a ninguna solicitud que no lleve firma de abogado, es decir, no la tendrá por realizada; en tal caso, el tribunal requerirá a la parte que subsane el defecto y, si no lo hace, sobreseerá el proceso (si se trata del abogado del demandante) o declarará en rebeldía al demandado (si se trata de su abogado).

Además, hay que tener en cuenta que son nulas las actuaciones que se hayan realizado sin intervención de abogado, si esta era preceptiva.

LECCIÓN 13

LA LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES

1. Introducción. — 2. La legitimación ordinaria del actor. — 3. La legitimación extraordinaria del actor: 3.1. La legitimación por sustitución; 3.2. La legitimación colectiva; 3.3. Consideraciones generales. — 4. Tratamiento de la legitimación activa en el proceso.

1. INTRODUCCIÓN

La legitimación es una cualidad de las partes en el proceso que solo se puede determinar en concreto, esto es, en referencia a un proceso con un objeto preciso. A diferencia, pues, de la capacidad para ser parte o de la capacidad procesal, que se pueden definir en abstracto –un sujeto las tiene o no aunque no sea parte de un proceso–, para saber si un sujeto está legitimado es necesario que ya exista un proceso con un objeto determinado.

> El objeto del proceso, como se recordará, se integra por la acción ejercitada en él por el demandante: *v.g.*, si el tribunal debe o no condenar al demandado a pagar al actor X euros como consecuencia de un contrato de préstamo incumplido; o, *v.g.*, si el tribunal debe decretar o no la nulidad de un contrato, o de un testamento.

Sentado lo anterior, puede decirse que la legitimación consiste en que un sujeto se halle, respecto del objeto del proceso, en una situación tal que justifique: 1) que el tribunal le pueda conceder la tutela que está pidiendo (legitimación activa); o 2) que el tribunal pueda conceder frente a dicho sujeto la tutela que ha pedido el demandante (legitimación pasiva).

Por tanto, tiene legitimación activa el sujeto que, conforme al ordenamiento, puede válidamente solicitar de los tribunales una tutela jurisdiccional concreta; en otros términos, está legitimado activamente el sujeto que *puede válidamente aspirar a obtener* del tribunal una sentencia favorable en un proceso concreto.

> *Ejemplo.* Si lo que se está ejercitando en un proceso es una acción reivindicatoria, solo estará legitimado activamente quien se presente en el proceso como propietario con derecho a poseer: solo ese sujeto puede aspirar a obtener del tribunal una sentencia que ordene al demandado entregarle la posesión del bien al que se refiere el proceso. Cuestión distinta será que efectivamente logre acreditar en el proceso que es propietario y que su derecho de propiedad no se ve gravado de algún modo que le prive del derecho a la posesión.

Y tiene legitimación pasiva el sujeto frente al que, conforme al ordenamiento, puede válidamente solicitarse de los tribunales una tutela jurisdiccional concreta; está, pues, pasivamente legitimado aquel sujeto *frente a*

quien puede válidamente aspirarse a obtener una sentencia favorable en un proceso concreto.

> *Ejemplo.* Siguiendo con el ejemplo anterior, si se ejercita una acción reivindicatoria, solo estará legitimado pasivamente aquel a quien el actor presente como el sujeto que se halla en posesión de la cosa a que se refiera el proceso: solo respecto de ese sujeto se puede pretender que el tribunal emita una orden de entrega. De nuevo, cuestión distinta será que ese sujeto logre acreditar que tiene algún título jurídico que le otorga derecho a mantener la posesión del bien en cuestión.

La legitimación pasiva no plantea especiales dificultades en el proceso civil de declaración, salvo en los supuestos de litisconsorcio pasivo necesario. En cambio, sí que suscita algunas dificultades la legitimación activa, a la que dedicaremos nuestra atención en lo sucesivo.

Según se acaba de decir, estar activamente legitimado supone hallarse respecto del objeto del proceso en una situación tal que, conforme al ordenamiento, permite obtener válidamente una sentencia favorable. Por eso, utilizando otros términos, también puede decirse que la legitimación activa consiste en la titularidad de la acción ejercitada en juicio: tiene legitimación activa quien es titular de una acción. Solo puede ejercer válidamente una acción en juicio aquel sujeto que sea su titular, igual que, en general, solo puede ejercitar un derecho subjetivo quien sea el titular de dicho derecho (y, recuérdese, la acción es un derecho subjetivo público a obtener de los tribunales una tutela concreta, una sentencia favorable).

Siendo así las cosas, se hace preciso analizar cuál es la razón en virtud de la cual puede decirse que un sujeto es titular de una acción. Y en este punto cabe formular una distinción doble entre legitimación ordinaria y legitimación extraordinaria.

2. La legitimación ordinaria del actor

Como regla, la legitimación se reconoce a quien afirma ser titular del derecho infringido –o, cuando la acción no se funda en un derecho subjetivo, a quien afirma encontrarse en la situación jurídica a la que el ordenamiento anuda la posibilidad de pedir una tutela judicial concreta–. Se dice así que está legitimado el sujeto que (i) afirma ser titular del derecho o interés privado que está en juego en el proceso, esto es, el derecho o interés objeto de controversia, siempre que (ii), con arreglo al ordenamiento, esa posición jurídica lleve anudada como posible consecuencia aquella que se está pidiendo en la demanda. En relación con la primera cuestión –titularidad del derecho o situación de eficacia equivalente–, debe entenderse que la sola afirmación de esa titularidad es suficiente para que haya legitimación; si después se comprueba lo falso de la afirmación, la sentencia será desestimatoria, pero no por ausencia de legitimación, sino por ausencia de derecho subjetivo o de situación jurídica legitimante. Algo similar sucede con el segundo elemento, la correspondencia entre la titularidad jurídica afirmada y la

tutela que se pide: al actor le basta con afirmar que, con arreglo al ordenamiento, aquello que está pidiendo está previsto por el ordenamiento como remedio frente a la infracción que afirma producida en su demanda; si después se comprueba que no es así, la sentencia será desestimatoria, pero no por ausencia de legitimación, sino por ausencia de accionabilidad.

> Hay que distinguir, por tanto, hasta tres planos diversos: 1) que exista el derecho subjetivo o interés puesto en tela de juicio en el proceso; 2) que el demandante sea el titular de ese derecho; 3) que el ordenamiento anude al derecho afirmado por el demandante la consecuencia reclamada como tutela en la demanda; 4) que el demandante afirme que ese derecho existe, que él es su titular y que, con arreglo al ordenamiento, ese derecho le permite solicitar la concreta tutela judicial que está pidiendo en la demanda. La legitimación depende únicamente de esto último, siendo indiferente, para que un sujeto esté legitimado, que realmente exista el derecho, que realmente él sea su titular y que realmente la tutela que reclama sea la que el ordenamiento asocia a su posición jurídica.

En estos casos se habla de *legitimación ordinaria* –también denominada legitimación propia o directa–. Recuérdese que, en el ámbito del proceso, existen dos derechos subjetivos: a) de un lado, un derecho subjetivo privado, que el actor afirma tener frente al demandado, y cuya infracción motiva la interposición de la demanda; b) de otro lado, un derecho subjetivo público, que el actor afirma tener frente al tribunal, a obtener una sentencia favorable (la acción). Pues bien, la legitimación ordinaria, propia o directa viene a significar que se atribuye la titularidad de la acción (del derecho subjetivo público) al sujeto que afirma ser titular del derecho privado: existe, por tanto, una confluencia en la titularidad de ambos derechos.

Por eso, la legitimación ordinaria no es realmente problemática y su función, en definitiva, consiste en excluir que los derechos puedan ser ejercitados por sujetos que no son sus titulares. En consecuencia, habrá que desestimar la demanda cuando quien la interpone afirma que el derecho litigioso no es suyo, sino de otro (a no ser, claro está, que goce de habilitación legal especial para hacerlo –en cuyo caso ya entraríamos en el terreno de la legitimación extraordinaria–).

La atribución de legitimación ordinaria ha de ponerse en relación con el art. 24.1 CE, que reconoce el derecho de todos a la tutela judicial efectiva de *sus* derechos e intereses legítimos: cada uno respecto de los suyos y no respecto de los ajenos.

3. LA LEGITIMACIÓN EXTRAORDINARIA DEL ACTOR

En ocasiones la legitimación se le reconoce a un sujeto a pesar de que no afirma ser titular del derecho o interés que subyace a la demanda. Se suele hablar entonces de *legitimación extraordinaria* –también de legitimación impropia o indirecta– que es un concepto relativamente impreciso, a través del cual se comprenden aquellos –variados– supuestos en los que el ordenamiento, de forma expresa, atribuye la titularidad de la acción a sujetos distintos de los que son

titulares de los derechos o intereses vulnerados: los dos derechos en juego en el proceso tienen titulares distintos (un sujeto es el titular de la acción y un sujeto distinto el del derecho privado infringido).

La atribución de legitimación extraordinaria constituye una excepción a la regla general de que los derechos solo pueden ejercerse por sus titulares. Por eso, la legitimación extraordinaria está condicionada por la voluntad de la ley: solo tendrán legitimación extraordinaria los sujetos que la ley expresamente disponga, y en los casos en que la ley expresamente lo disponga. Y que el legislador se decida a atribuir legitimación extraordinaria a un determinado sujeto se explica, al menos, por la concurrencia de dos factores:

1º. Porque existe algún tipo de relación entre la persona legitimada (esto es, el titular de la acción, que es la parte del proceso) y el titular o titulares del derecho o el interés base de la demanda (que no es parte del proceso): sin esa previa relación entre ambos sujetos no tiene sentido la atribución de legitimación extraordinaria.

2º. Porque, a juicio del legislador, es conveniente atribuir la legitimación a un sujeto diverso del titular del derecho o interés lesionado:

a) ya sea para tutelar mejor la posición del legitimado, esto es, del sujeto al que se atribuye de forma extraordinaria la titularidad de la acción;

b) o bien para proteger mejor al titular del derecho o interés lesionado, ejercitado por el legitimado.

En función de estos dos últimos factores, se puede hacer una distinción entre dos clases de legitimación extraordinaria: la legitimación por sustitución y la legitimación colectiva.

3.1. La legitimación por sustitución

En los supuestos de legitimación por sustitución, la ley le confiere a un sujeto el poder de ejercitar en juicio un derecho ajeno como forma de que dicho sujeto pueda defender mejor su posición jurídica –y no tanto la del sujeto titular del derecho o interés–. Puede decirse así que, en estos casos, el demandante («sustituto procesal») actúa en el proceso en nombre propio y en interés propio.

La legitimación extraordinaria por sustitución explica lo que sucede, al menos, en los dos siguientes supuestos:

a) Cuando se ejerce la acción subrogatoria (art. 1111 CC): el legitimado no es el titular del crédito ejercitado, sino el acreedor de este, y ejercita en el proceso el derecho de crédito que su deudor tiene contra un tercero, para que con ello se recomponga el patrimonio de su deudor y poder así, con posterioridad, hacer efectivo su propio crédito.

b) Cuando el acreedor pignoraticio ejerce las acciones que corresponden al deudor como dueño de la cosa dada en prenda (art. 1869 II CC): el legitimado no es el dueño de la cosa pignorada, pero se le permite actuar en el proceso en sustitución del dueño, como forma de evitar que se ponga en peligro la prenda y, con ella, su derecho real de garantía.

3.2. La legitimación colectiva

En determinados supuestos, las leyes permiten que ciertos sujetos ejerciten acciones en defensa de derechos e intereses supraindividuales –a los que se suele denominar intereses «colectivos» o «difusos», en función del grado de determinación de sus titulares–. Así sucede, *v.g.*, cuando una asociación de consumidores y usuarios dirige una demanda contra una entidad bancaria solicitando que elimine de sus condiciones generales de la contratación una cláusula que se considera abusiva; o cuando dirige una demanda solicitando que una determinada empresa retire una campaña publicitaria que se considera discriminatoria.

Este tipo de legitimación extraordinaria, a la que se puede llamar *colectiva* o *representativa*, está diseñada por el legislador con la finalidad de proveer a una más eficaz defensa de los derechos e intereses colectivos y difusos: se parte de la premisa de que una defensa a título individual de estos derechos e intereses no siempre se podrá llevar a cabo con garantías, y se prefiere una actuación de ámbito y repercusiones colectivas. Por eso, en estos casos, puede decirse que las entidades legitimadas actúan en el proceso en nombre propio, pero en interés ajeno.

Esta legitimación extraordinaria de tipo colectivo se suele atribuir por la ley a determinadas entidades, como las asociaciones de consumidores y usuarios, porque *ex lege* se les reconoce una especial «representatividad» en el sector, dada la imposibilidad fáctica de acudir a procedimientos diversos para que los realmente afectados –consumidores y usuarios– manifiesten su voluntad; y, asimismo, se reconoce que cuando se trata de la tutela judicial de los derechos de muchos, especialmente cuando los concretos derechos involucrados son de contenido patrimonial, es más ventajosa la actuación de uno en sustitución de todos que la actuación pluriindividual (porque se reducen costes y trastornos para los consumidores y usuarios): en estos casos se suele utilizar el término de «acción colectiva» para hacer referencia a la pretensión a través de la cual una de estas entidades acude a los tribunales en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios.

En general, todas las normas sectoriales en materia de Derecho de consumo contienen preceptos en que se regulan acciones colectivas para la defensa de los intereses de los consumidores y usuarios en el concreto sector de la actividad económica o comercial regulada por el texto legal; y, junto a las acciones colectivas, contienen un listado de entidades a las que se atribuye expresamente la legitimación para su ejercicio. Normalmente, esta legitimación colectiva se suele atribuir a las siguientes entidades: (1) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan ciertos requisitos establecidos legalmente; (2) La Dirección General de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores; (3) El Ministerio Fiscal.

> En el bloque de normas sectoriales que integran el Derecho de consumo y en las que se contemplan normas que establecen supuestos de legitimación extraordinaria se incluyen, en especial, los siguientes textos legales:

— El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre) [frente a las conductas contrarias a la ley en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados].
— La Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal
— La Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de la Contratación.
— La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico.
— La Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.
— Ley 43/2007, de 13 de diciembre, de protección de los consumidores en la contratación de bienes con oferta de restitución del precio.
— La Ley 2/2009, de 31 de marzo, por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito.
— La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.
— La Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo.
— La Ley 4/2012, de 6 de julio, de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio y normas tributarias.
— El Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios.

Las normas de legitimación extraordinaria para el ejercicio de acciones colectivas examinadas hasta ahora tienen todas carácter especial, pues están todas ellas vinculadas al ejercicio de pretensiones colectivas en sectores concretos de la actividad jurídico-económica en que se pueden ver lesionados los intereses de los consumidores.

Pero al margen de las anteriores existen también unas normas generales sobre atribución de legitimación para el ejercicio de acciones colectivas, que son las contenidas en el art. 11 LEC. Esta regulación parte de una distinción básica entre intereses colectivos e intereses difusos, que se funda en el dato de si resulta o no posible la determinación de los concretos consumidores individuales que se hayan visto directamente afectados por el hecho dañoso que subyace al ejercicio de la acción.

— Se habla de «intereses colectivos» cuando los perjudicados por un hecho dañoso son un grupo de consumidores cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables.

— Y hay «intereses difusos» cuando los perjudicados por un hecho dañoso son una pluralidad de consumidores indeterminada o de difícil determinación.

Sobre esta base, la ley establece qué entidades están legitimadas para el ejercicio de acciones en defensa de intereses colectivos y de intereses difusos de los consumidores.

a) Cuando se trata de acciones dirigidas a obtener la tutela de intereses colectivos, la legitimación activa se reconoce: (1) a las asociaciones de consumidores y usuarios; (2) a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de los consumidores (como la Dirección General de Consumo); y (3) a los propios grupos de afectados –en este caso, con la condición de que la demanda la interponga la mayoría de los sujetos afectados.

b) Si se trata, en cambio, del ejercicio de acciones en defensa de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, la atribución de legitimación es mucho más restrictiva: se le reconoce *exclusivamente* a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la ley, *sean representativas*. Debe entenderse, pues, que no cualquier asociación de consumidores puede ser portadora en el proceso de los intereses de un conjunto indeterminado de sujetos, sino solamente aquellas que están representadas en el Consejo de Consumidores y Usuarios (órgano al que tienen acceso solo las asociaciones que cumplen con ciertos parámetros de implantación nacional).

Ha de tenerse en cuenta que estas reglas de la LEC tienen carácter general, lo que significa que solo recibirán aplicación en defecto de normas especiales, es decir, cuando se trata de ejercitar acciones colectivas distintas de aquellas previstas en las leyes especiales antes citadas y para las que ya existe un listado propio de titulares de la acción. Así, por ejemplo, será preciso acudir a las normas generales de la LEC cuando se ejerciten acciones colectivas de tipo resarcitorio (en reparación de daños sufridos por una pluralidad de consumidores) o de carácter resolutorio (para lograr la resolución de una pluralidad de contratos suscritos con consumidores).

Debe señalarse, además, que el consumo no es el único sector en el que se aprecia la existencia de normas atributivas de legitimación colectiva:

a) El artículo 11 bis LEC contiene reglas especiales para hacer efectivo el derecho a la igualdad de trato y no discriminación, en términos generales.

> En concreto, si resultan afectadas por una práctica discriminatoria una pluralidad de personas indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos derechos e intereses difusos corresponderá a la Autoridad Independiente para la Igualdad de Trato y la No Discriminación, a los partidos políticos, los sindicatos y las asociaciones profesionales de trabajadores autónomos más representativos, así como a las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito estatal, a las organizaciones de ámbito estatal o del ámbito territorial en que se produce la situación de discriminación que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos humanos, sin perjuicio, de la legitimación individual de los afectados que estuvieran determinados.

b) El artículo 11 ter LEC ha introducido reglas aún más especiales para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales.

> Cuando las personas afectadas por conductas o prácticas discriminatorias de esta índole sean una pluralidad indeterminada o de difícil determinación, la

> legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a los organismos públicos con competencia en la materia, a los partidos políticos, las organizaciones sindicales, las organizaciones empresariales, las asociaciones profesionales de personas trabajadoras autónomas, las asociaciones de personas consumidoras y usuarias y las asociaciones y organizaciones legalmente constituidas que tengan entre sus fines la defensa y promoción de los derechos de las personas lesbianas, gais, bisexuales, trans e intersexuales o de sus familias. Cuando las personas afectadas estén determinadas, estas entidades solo estarán legitimadas para actuar si cuentan con la autorización expresa de aquellas. Y, en todo caso, la persona acosada será la única legitimada en los litigios sobre acoso discriminatorio por razón de orientación e identidad sexual, expresión de género o características sexuales.

c) El artículo 11 quater LEC, por último, ha dispuesto también una atribución de legitimación extraordinaria para la defensa de los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta propia o autónomos del arte y de la cultura – que se atribuye a las asociaciones de profesionales del sector artístico y cultural legalmente constituidas que tengan por objeto su defensa y protección.

3.3. Consideraciones generales

En todos estos casos de legitimación extraordinaria, la legitimación no deriva de afirmar ser titular del derecho o interés litigioso, sino que su existencia dependerá de que efectivamente el sujeto demandante sea alguno de aquellos a los que expresamente la ley ha atribuido el poder de actuar un derecho de otro (legitimación por sustitución) o un conjunto de derechos o intereses ajenos (legitimación colectiva).

Además, también ha de quedar claro que en los casos de legitimación extraordinaria no hay representación: el sujeto que actúa en el proceso –el titular de la acción, legitimado de forma extraordinaria– no es el representante del titular o titulares de los derechos o intereses que se hallan en juego, sino que actúa siempre en nombre propio: unas veces lo hará en interés propio (legitimación por sustitución) y otras en interés ajeno (legitimación colectiva), pero no lo hace sobre la base de un poder o mandato, sino porque el ordenamiento se lo permite y es su voluntad hacerlo así.

4. TRATAMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN ACTIVA EN EL PROCESO

La legitimación es una de las llamadas condiciones o requisitos de la acción (entendida en sentido concreto): es, por lo tanto, una cuestión de fondo, es decir, un tema del que depende si habrá sentencia favorable o no. No es, por tanto, un presupuesto procesal: su ausencia determina una sentencia desestimatoria de la demanda, pero no condiciona que pueda dictarse una sentencia sobre el fondo del litigio.

> La ausencia de legitimación ordinaria se puede enunciar en los siguientes términos: «si esta es la acción ejercitada en el proceso –y así se deduce de la demanda–, el demandante no es quien puede válidamente ejercitarla, pues la

> posición jurídica bajo la que se presenta en este proceso no está entre aquellas que, conforme a Derecho, le permitirían hacerse merecedor de la tutela que reclama.».
>
> La ausencia de legitimación extraordinaria, por su parte, se podría enunciar en términos diferentes: «si esta es la acción ejercitada en el proceso –y así se deduce de la demanda–, el demandante no es quien puede válidamente ejercitarla, pues no se presenta como titular del derecho o de los derechos ejercitadas y no encaja en ninguna de las previsiones normativas que le permitirían hacerlo.»

Siendo la legitimación una cuestión de fondo, que condiciona el que la sentencia sea o no favorable, la regla general es la de que el tribunal solo puede pronunciarse sobre ella en la sentencia, pero no antes. En consecuencia, no resulta razonable que un tribunal pueda inadmitir a trámite una demanda porque considere que el demandante carece de legitimación; ni tampoco debería poder sobreseer el proceso por ese motivo, a instancia del demandado.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, nada impide que, en ocasiones, pueda dársele un tratamiento procesal análogo al que reciben los genuinos presupuestos procesales. Porque cuando la legitimación es extraordinaria y colectiva, en numerosas ocasiones el que el demandante la tenga o carezca de ella depende de que concurra en él una cualidad objetiva y comprobable *ab initio*, desvinculada del fondo del litigio y que consiste lisa y llanamente en pertenecer al listado de entidades a las que la ley concede legitimación en el caso concreto: por ejemplo, que el demandante es una asociación de consumidores y usuarios. Siendo así, resulta evidente que no es preciso esperar al final del proceso, al momento de dictar sentencia, para que el juzgador compruebe la inexistencia de legitimación, pues nada nuevo le ha podido aportar el desarrollo de todo el proceso respecto de lo que al respecto ya podía saberse sobre la legitimación. En estos casos, nada impide un tratamiento inicial de la ausencia de legitimación, que podría reconducirse a la audiencia previa al juicio ordinario o al trámite del art. 438.10 del juicio verbal. En caso de ausencia de legitimación, se evitaría la tramitación de un proceso que, en definitiva, habría terminado con una sentencia desestimatoria.

LECCIÓN 14

PLURALIDAD DE PARTES, INTERVENCIÓN DE TERCEROS Y SUCESIÓN PROCESAL

1. Pluralidad de partes: el litisconsorcio: 1.1. El litisconsorcio voluntario; 1.2. El litisconsorcio necesario. — 2. La intervención de terceros en el proceso: 2.1. La intervención voluntaria o adhesiva; 2.2. La intervención provocada; 2.3. La intervención en el proceso de un *amicus curiae*. — 3. El cambio de partes: la sucesión procesal: 3.1. Sucesión procesal *mortis causa*; 3.2. Sucesión procesal *inter vivos*.

1. PLURALIDAD DE PARTES: EL LITISCONSORCIO

En todo proceso civil solo existen dos posiciones procesales, la de demandante y la de demandado. Se habla de *litisconsorcio* cuando existe pluralidad de sujetos en alguna de las posiciones procesales, esto es, cuando la demanda es presentada por varios demandantes, o es dirigida frente a varios demandados, o cuando suceden ambas cosas a la vez. Se llaman *litisconsortes* los diversos sujetos que ocupan una misma posición procesal: si es la activa, también se les llama codemandantes; si es la pasiva, codemandados.

El litisconsorcio es un fenómeno bastante frecuente en la realidad de los procesos, que admite varias clasificaciones.

Así, en primer lugar, cabe hablar de litisconsorcio activo (pluralidad de sujetos en la posición de parte demandante), de litisconsorcio pasivo (pluralidad de sujetos en la posición de parte demandada) o de litisconsorcio mixto (pluralidad de sujetos en ambas posiciones).

Además de la distinción anterior, existe otra, de mayor importancia, que es la que se da entre el litisconsorcio voluntario y el litisconsorcio necesario. El litisconsoricio es voluntario cuando se produce por la sola voluntad del demandante o demandantes. El litisconsorcio es necesario cuando el ordenamiento jurídico impone que la demanda sea presentada conjuntamente por varias personas o frente a varias. La LEC dedica al litisconsorcio el art. 12, cuyo primer apartado se refiere al litisconsorcio voluntario y el segundo al necesario.

1.1. El litisconsorcio voluntario

El litisconsorcio es voluntario, según se acaba de decir, en los casos en que la existencia de varios sujetos en la posición de demandante y/o en la de demandado obedece a la sola voluntad del actor o de los actores: varios sujetos deciden interponer una demanda conjuntamente frente a otro u otros, o bien el actor decide dirigir su demanda frente a varios. El litisconsorcio voluntario puede ser activo, pasivo o mixto.

El hecho de que sea voluntario es también sintomático de su carácter facultativo o contingente: existe una sola demanda y un solo proceso porque así se ha querido, pero nada habría impedido presentar demandas separadas a cada uno de los actores o frente a cada uno de los demandados. La razón es bien sencilla: cuando el litisconsorcio es voluntario, nos encontramos con una sola demanda y un solo proceso en los que, sin embargo, se están ejercitando tantas acciones como sujetos haya en la posición procesal plural (tantas como codemandantes y/o como codemandados). Por eso, en los casos de litisconsorcio voluntario se produce un fenómeno de acumulación (subjetiva) de acciones.

La admisibilidad del litisconsorcio voluntario está sujeta por la Ley a una importante condición: que las diversas acciones que se ejercitan por los varios actores o frente a los varios demandados tengan una conexión en su título o causa de pedir (arts. 12.1 y 72 II LEC). Se exige con ello que las diversas acciones que se reúnen en un solo proceso y en una sola demanda se funden en los mismos hechos, o en hechos conexos.

> *Ejemplo 1.* El sujeto A ha sido víctima de un atropello y decide demandar conjuntamente al conductor del vehículo y a la compañía aseguradora de este (litisconsorcio pasivo voluntario). Frente al primero ejercita una acción de indemnización de daños producidos por culpa extracontractual; frente al segundo una acción directa de resarcimiento reconocida por la Ley del Contrato de Seguro. Son acciones distintas, pero conexas en la medida en que se fundan en un hecho común: el atropello de A ocasionado por un conductor negligente.

> *Ejemplo 2.* Los sujetos A y B han sido víctimas de un atropello y deciden demandar conjuntamente a la compañía aseguradora del conductor que los arrolló (litisconsorcio activo voluntario). Existen en el proceso dos acciones, una de A frente a la aseguradora en reparación de los daños que ha sufrido A; y otra de B, también frente a la aseguradora, en reparación de los daños sufridos por B. De nuevo son acciones distintas, aunque conexas pues se fundan en unos hechos en parte comunes (la negligencia del conductor), aunque también haya hechos diversos (los daños sufridos por A, respecto de su acción; y los daños sufridos por B, respecto de la suya).

El fundamento del litisconsorcio voluntario es doble:

— De un lado, contribuye a la economía procesal, dado que habrá un solo proceso, en vez de varios.

— De otro, y dado que se resuelven en una sola sentencia dos o más acciones que son conexas, se evita que se puedan dictar sentencias contradictorias, riesgo que concurriría si las acciones se decidieran por separado.

En cuanto al régimen jurídico del proceso cuando en él existe un litisconsorcio voluntario, hay que tener en cuenta que existen en el proceso tantas acciones como litisconsortes, y que las acciones, aunque sean conexas entre sí, también son autónomas o independientes; lo anterior tiene una serie de consecuencias:

— Han de concurrir todos los presupuestos procesales respecto de todas las acciones para que pueda el tribunal pronunciarse sobre todas ellas en cuanto al fondo.

— Cada acción puede tener un resultado diverso al final del proceso: puede estimarse una y desestimarse la otra u otras.

— Los protagonistas de cada acción pueden disponer de ella con independencia de lo que suceda con las otras: así, *v.g.*, uno de los varios actores puede renunciar a su acción contra el demandado común, pero ello no impide que se mantengan frente a ese sujeto las acciones de los demás demandantes.

1.2. El litisconsorcio necesario

1.2.1. *Cuestiones generales: litisconsorcio pasivo necesario propio e impropio*

Se habla de litisconsorcio pasivo necesario en aquellos supuestos en los que el ordenamiento jurídico impone que la demanda se dirija de forma conjunta contra dos o más sujetos.

El art. 12.2 LEC se refiere a él en los siguientes términos:

> «Cuando por razón de lo que sea objeto del juicio, la tutela jurisdiccional solicitada sólo puede hacerse efectiva frente a varios sujetos conjuntamente considerados, todos ellos habrán de ser demandados, como litisconsortes, salvo que la ley disponga expresamente otra cosa».

Lo primero que debe destacarse, a la vista de esta disposición legal, es que en nuestro ordenamiento solo se puede eventualmente considerar como necesario el litisconsorcio pasivo.

A partir de ahí, se suelen distinguir dos tipos de litisconsorcio pasivo necesario: el propio (o legal) y el impropio (o jurisprudencial).

El litisconsorcio necesario propio, también llamado legal, se da en los casos en que una norma expresamente lo establece: en estos casos, la necesidad de dirigir la demanda frente a varios se deriva directamente de la ley.

Así sucede con el art. 1139 CC respecto de las obligaciones indivisibles: quien pretenda exigir judicialmente su cumplimiento habrá de dirigir la demanda simultáneamente contra todos los obligados.

> *Ejemplo:* El demandante, promotor de espectáculos musicales, pretende que un tribunal condene a un grupo musical a cumplir el contrato en virtud del cual se comprometió a ofrecer un concierto en Madrid en cierta fecha. La demanda, en tal caso, habrá de dirigirse contra todos los componentes del grupo musical, dado el carácter indivisible de la prestación.

También encierra un litisconsorcio pasivo necesario propio el art. 766 LEC, para los procesos en materia de filiación, paternidad y maternidad: en ellos «serán parte demandada, si no hubieran interpuesto ellos la demanda, las personas a las que en esta se atribuya la condición de progenitores y de hijo, cuando se pida la

determinación de la filiación y quienes aparezcan como progenitores y como hijo en virtud de la filiación legalmente determinada, cuando se impugne esta».

El litisconsorcio necesario impropio, también llamado jurisprudencial, se da en los casos en que no existe un precepto que expresamente lo imponga, pero en los que la necesidad de dirigir la demanda frente a varios sujetos es deducible de la propia naturaleza de la tutela solicitada del tribunal. En estos casos, ha sido la jurisprudencia –especialmente la del Tribunal Supremo–, la que ha ido matizando cuáles son los supuestos o situaciones en que el ordenamiento exige que la demanda sea dirigida frente a varios demandados conjuntamente. Se pueden ofrecer los tres siguientes ejemplos:

> Ejemplo 1. Fallecido el sujeto X, en su testamento ha instituido herederos a sus hijos A, B, C y D, y ha excluido de la sucesión a su hijo E, por considerarlo indigno para sucederle. El hijo E, que considera que esa exclusión es antijurídica, pretende solicitar judicialmente que se declare nulo el testamento. Su acción de impugnación del testamento, en tal caso, habrá de dirigirse simultáneamente frente a sus hermanos A, B, C y D, es decir, frente a todos los beneficiarios del testamento que se pretende dejar sin efecto.
>
> Ejemplo 2. El sujeto A es acreedor de X, quien no le paga voluntariamente la suma debida. El sujeto X, propietario de una finca, decide vendérsela a los sujetos Y y Z, por una cantidad bastante ridícula. El sujeto A pretende rescindir la venta de la finca, por considerarla efectuada en fraude de su crédito. Su acción de rescisión habrá de dirigirse conjuntamente frente a X, Y y Z, porque todos ellos son los que han intervenido en el negocio que se quiere rescindir.
>
> Ejemplo 3. El sujeto A se considera propietario de una finca, que sin embargo consta inscrita en el Registro de la Propiedad a nombre de X, Y y Z. Su acción declarativa de dominio habrá de dirigirse conjuntamente frente a X, Y y Z, porque todos ellos son aparentemente cotitulares del derecho de propiedad que el demandante pretende que se declare a su favor.

1.2.2. *Criterios para determinar cuándo viene exigido un litisconsorcio pasivo necesario impropio*

En todos los supuestos en los que la jurisprudencia ha entendido que existe litisconsorcio pasivo necesario concurre siempre un factor común: son situaciones en las que se pretende discutir en el proceso acerca de una sola relación jurídica, de la que sin embargo son protagonistas una pluralidad de sujetos.

Ya sabemos que el objeto del proceso, aquello sobre lo que se discute en él y sobre lo que ha de pronunciarse el tribunal en la sentencia, es la pretensión o acción afirmada o sostenida por el actor en su demanda; y esa acción, a su vez, se funda en una relación jurídica en relación con la cual se ha producido un conflicto jurídico.

Pues bien, cuando el litisconsorcio es voluntario nos encontramos con que en un solo proceso se están ejercitando varias acciones de forma acumulada, por la sencilla razón de que a ese proceso le subyacen varias relaciones jurídicas controvertidas, tantas como litisconsortes.

En cambio, cuando el litisconsorcio es necesario, es porque en realidad solo se está ejercitando en el proceso una sola acción, fundada en una relación jurídica única, pero que tiene una pluralidad de protagonistas.

Esta es la clave para determinar en qué casos existe y en qué casos no existe litisconsorcio pasivo necesario (impropio). Hay supuestos en los que el actor se enfrenta a un conflicto en el que, de una manera u otra, pueden estar involucrados dos o más potenciales demandados. En tal caso, el actor puede dudar acerca de si tiene o no la carga de demandarlos a todos o de si, por el contrario, puede optar por dirigir su demanda únicamente frente a uno solo de ellos, o frente a varios, pero no frente a todos. Para responder a esta cuestión es preciso analizar si, en el caso en cuestión, existe una sola relación jurídica, de la que todos los sujetos en presencia son protagonistas directos o si, por el contrario, existe una pluralidad de relaciones jurídicas diversas –aunque sean muy conexas entre sí–, que ligan de forma individualizada y separada al actor con cada uno de los posibles demandados.

Si se llega a la conclusión de que el proceso judicial pondrá «en tela de juicio» una única relación jurídica, con una pluralidad de protagonistas, entonces habrá que entender que existe un litisconsorcio pasivo necesario (impropio) y será preciso dirigir la demanda frente a todos ellos.

Así, y retomando los ejemplos antes vistos:

1º. En el primer ejemplo –impugnación del testamento– puede verse cómo la relación jurídica sobre la que versa el proceso y sobre la que ha de pronunciarse el tribunal es una sola, la relativa a la validez o nulidad del testamento. Ocurre, sin embargo, que esa relación jurídica tiene varios protagonistas, todas las personas que son instituidas herederas en ese testamento y por ello han de ser llevadas todas ellas al proceso.

2º. En el segundo ejemplo –rescisión de negocio fraudulento–, lo que pretende el actor es que el tribunal prive de efectos a un contrato de compraventa: de nuevo nos hallamos ante una única relación jurídica como fundamento o base del conflicto y de la acción, pero con una pluralidad de protagonistas (el vendedor y los compradores), y por eso hay litisconsorcio necesario si el acreedor defraudado pretende alcanzar judicialmente ese resultado.

3º. En el tercer ejemplo –declaración de dominio–, el demandante pretende discutir a quién corresponde un derecho sobre el que, aparentemente, existe una cotitularidad, razón por la cual ha de dirigir su demanda frente a todos los cotitulares de ese derecho.

Si, por el contrario, se llega a la conclusión de que existen varias relaciones jurídicas –tantas como posibles codemandados o litisconsortes–, entonces hay que entender que cada una de ellas fundará una acción diversa, y que el actor será libre de ejercitarlas por separado o conjuntamente en un solo proceso. Si se decanta por esta segunda opción, el litisconsorcio será voluntario.

En definitiva, y mirando las cosas desde otro ángulo, puede también decirse que los casos en que se habla de litisconsorcio pasivo necesario son todos ellos supuestos en los que existe una *legitimación pasiva plural*: para que el tribunal

pueda válidamente pronunciarse sobre el objeto del litigio y conceder al actor la tutela pedida es preciso que hayan sido demandados todos los sujetos que protagonizan –junto al actor o frente a él– la relación jurídica controvertida; es decir, el tribunal solo puede dictar una sentencia favorable si han sido demandados todos los que deban serlo.

1.2.3. *Régimen del proceso con pluralidad de demandados, cuando el litisconsorcio es necesario*

En principio, y aunque el actor demanda a varios sujetos conjuntamente, cada uno de ellos mantiene su individualidad como parte en el proceso: por eso, en términos generales, los litisconsortes pueden actuar separadamente y, por ejemplo, valerse de abogados y procuradores distintos, presentar sus contestaciones a la demanda por separado, alegar y probar de forma individualizada. Ahora bien, existen ciertos actos del proceso que tienen un régimen especial en cuanto a su eficacia, como consecuencia del carácter unitario de la relación jurídica controvertida sobre la que se proyecta la actividad procesal. Así, se suele afirmar que los actos favorables realizados por uno solo de los litisconsortes aprovechan a todos, pero que los actos perjudiciales realizados por uno de los litisconsortes no solo no perjudican a los demás, sino que tampoco perjudican al que los realizó, porque sencillamente no tienen eficacia alguna: los actos perjudiciales, en otros términos, solo serán eficaces si se realizan conjuntamente por todos los codemandados, o por uno de ellos con el consentimiento de los demás.

> *Ejemplo 1:* Si uno solo de los codemandados se allana a la pretensión del demandante, pero los demás no lo hacen, ese allanamiento singular carecerá de eficacia: no afectará ni siquiera a quien lo formuló.
>
> *Ejemplo 2:* Si el tribunal dicta sentencia estimatoria de la demanda frente a todos los litisconsortes y solo uno recurre la sentencia, en caso de que el recurso prospere y la sentencia de segunda instancia revoque la dictada en primera instancia, dicho efecto aprovechará y beneficiará a todos los codemandados –incluso a los que no recurrieron–, y no solo al que recurrió.

1.2.4. *Tratamiento procesal de la falta de litisconsorcio pasivo necesario*

Es posible que, debiendo el actor haber demandado a varias personas, sin embargo la demanda no se haya dirigido contra alguna de ellas. Nos encontramos entonces ante una falta de litisconsorcio necesario pasivo o, lo que es lo mismo, ante una «defectuosa o irregular constitución de la litis». Los mecanismos para corregir este defecto son varios:

a) En primer término, el litisconsorte preterido –esto es, el sujeto que debió haber sido demandado, pero que quedó excluido del proceso– puede solicitar de forma voluntaria su intervención en el proceso, es decir, su incorporación al proceso en calidad de demandado, junto a quienes inicialmente ya tenían esta condición.

b) También puede poner de manifiesto este defecto el demandado, o los varios demandados, cuando consideren que el actor también tendría que haber

dirigido su demanda frente a otro u otros. A esta alegación o defensa se la suele conocer en la práctica también como *exceptio plurium litisconsortium*, esto es, excecpión de litisconsorcio pasivo.

— En el juicio ordinario, el demandado debe denunciar esa falta en la contestación a la demanda y sobre la misma se resolverá en la audiencia previa (arts. 416.1.3.ª y 420 LEC). En concreto, si el demandado alega en la contestación la falta de litisconsorcio pasivo necesario, el actor, cuando se le dé traslado de la contestación, puede adoptar dos actitudes:

1.º Puede aceptar que efectivamente se ha producido una falta de litisconsorcio y que ha omitido demandar a una persona a la que debía hacerlo (*v.g.*, porque ignoraba su existencia). En tal caso, debe presentar en la audiencia previa un escrito dirigiendo la demanda frente a los litisconsortes necesarios omitidos. Si el tribunal estima procedente el litisconsorcio, lo declarará así y ordenará emplazar a los nuevos demandados para que contesten, con suspensión de la audiencia, que se reanudará en cuanto estos sujetos se hayan incorporado al proceso y hayan tenido la oportunidad de contestar a la demanda.

2.º Puede oponerse a la falta de litisconsorcio. En tal caso, el tribunal, tras oír a las partes, decidirá lo que estime pertinente. Si el tribunal aprecia la falta de litisconsorcio, concederá al actor un plazo para su subsanación, es decir, para que dirija la demanda frente a los litisconsortes necesarios no demandados inicialmente. Si el actor no subsana el defecto, se sobreseerá el proceso, archivando las actuaciones. Si el actor subsana el defecto, se emplazará a los nuevos demandados para que comparezcan y contesten a la demanda, quedando entre tanto en suspenso el curso de las actuaciones.

— En el juicio verbal, la alegación por el demandado de la falta de litisconsorcio se producirá en la contestación a la demanda y será en la vista donde el tribunal tenga que resolver, de forma similar a lo visto respecto del juicio ordinario (art. 443 LEC).

c) El tenor literal de la LEC no deja claro si la falta de litisconsorcio necesario es o no apreciable de oficio por el tribunal. La respuesta más razonable es la negativa, porque si el legislador hubiera querido, habría atribuido expresamente al tribunal esta facultad. No obstante, en la práctica nuestros tribunales sí que se consideran facultados para apreciar de oficio la irregular constitución de la litis y para requerir al demandante que amplíe el ámbito subjetivo del proceso, en términos análogos a los que se deducen del art. 420 LEC. En el marco del juicio ordinario, tienden a hacerlo en el contexto de la audiencia previa al juicio; tratándose de un juicio verbal, esta apreciación de oficio se puede hacer en la vista.

> Lo «peligroso» de esta opción es que, posteriormente, el tribunal desestime la demanda frente al sujeto que se incorporó al proceso como demandado por iniciativa suya: imponer la condena en costas al demandante –lo que exige la ley en estos casos– es justo para el demandado, pero no lo es para aquel…

2. LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL PROCESO

El demandante, al interponer su demanda, decide quién es parte en el proceso. Todo aquel que no es parte del proceso tiene la condición de tercero y, en principio, no se tiene que ver afectado por el desarrollo y efectos del proceso: existe una regla general en virtud de la cual la fuerza de cosa juzgada y, en general, la eficacia de las sentencias solo opera respecto de quienes han sido parte en el proceso.

Ahora bien, no se puede ignorar que los derechos o las relaciones jurídicas no existen aislados de otros derechos o de otras relaciones jurídicas: existen múltiples derechos y relaciones jurídicas intersubjetivas entre las pueden existir innumerables puntos de conexión. Si se parte de esta base, no resulta difícil comprender que la sentencia dictada en un proceso pueda, en ocasiones, desplegar ciertos efectos, directos o indirectos, respecto de sujetos que no han sido partes en ese proceso –terceros–, pero que son titulares de derechos o relaciones jurídicas conexas con la que fue objeto del aquel proceso.

Por eso, hay situaciones en que existen ciertos terceros que no son completamente ajenos o indiferentes al resultado del proceso, es decir, que ostentan un interés legítimo en relación con el objeto del proceso. En ciertas ocasiones y bajo ciertas condiciones la ley protege este interés del tercero, permitiéndole intervenir en el proceso en curso como un sujeto más, para hacer valer sus derechos e intereses. La LEC regula dos tipos de intervención: la voluntaria y la provocada.

2.1. La intervención voluntaria o adhesiva

La intervención es voluntaria cuando es el propio tercero quien solicita *motu proprio* su entrada en el proceso para defender su posición jurídica. Aunque la Ley no lo establece así de forma expresa, son tres los tipos de terceros que ostentan un interés suficiente como para solicitar su entrada en un proceso ajeno:

— De un lado, se encuentran aquellos terceros a los que por expresa disposición legal se les van a extender los efectos de la sentencia, aunque no hayan sido parte: en esta situación, *v.g.*, se encuentran los socios que votaron a favor de un acuerdo de la junta general de accionistas de una sociedad mercantil y que resulta impugnado judicialmente.

— En segundo término, también tienen interés en intervenir los litisconsortes preteridos, en los casos de litisconsorcio pasivo necesario: aquellos terceros que son cotitulares del mismo derecho o relación jurídica deducida por las partes en el proceso (esto es, sujetos que debían haber sido llevados al proceso como litisconsortes, pero que no lo fueron).

— Finalmente, también se encuadran en esta categoría los terceros que no son protagonistas o titulares de la relación jurídica litigiosa –y que por eso no han sido partes desde el inicio–, pero que sí son protagonistas o titulares de una relación jurídica dependiente de la relación jurídica litigiosa. A estos sujetos la sentencia

no les afecta de forma directa, pero sí les puede afectar de manera indirecta o refleja, en la medida en que la sentencia que se dicte en el proceso que se desarrolla entre otros sujetos puede integrar el supuesto de hecho de una norma jurídica cuyas consecuencias sean perjudiciales para ese tercero. En este caso se encuentra, *v.g.*, el subarrendatario respecto del proceso entablado entre el propietario y el arrendatario y en el que se pretende la resolución del contrato de arrendamiento: aunque la relación subarrendaticia no se enjuicia en el proceso, la eventual sentencia que estableciera la resolución del contrato de arrendamiento sería causa, según la LAU, para la extinción del subarriendo.

La intervención voluntaria en nuestro ordenamiento tiene carácter adhesivo. Esto quiere decir que el tercero que se incorpora al proceso lo hace adhiriéndose a la posición procesal del demandante o a la del demandado; no está permitido, en cambio, que el tercero ocupe una especie de tercera posición distinta de las anteriores (eso sería una intervención *principal*), pero el tercero, una vez que se haya incorporado al proceso, podrá actuar en él con independencia de lo que haga su codemandante o su codemandado.

El régimen jurídico de la intervención voluntaria se encuentra en el art. 13 LEC. Para que el tercero pueda entrar en el proceso ha de solicitar al tribunal su intervención, que ha de ser admitida por este. Para ello hacen falta dos condiciones:

a) que el tercero acredite que tiene un interés legítimo para intervenir (y lo hará demostrando que se encuentra en alguna de las situaciones antes enunciadas);

b) que el proceso todavía esté pendiente, esto es, que no haya terminado por resolución firme; se admite así que pueda entrar el tercero al proceso cuando ya se ha dictado sentencia, mientras esté abierto el plazo para recurrirla y justamente con la intención de recurrirla.

Junto a las anteriores condiciones, hay que tener en cuenta un presupuesto de hecho para la intervención: que el tercero tenga conocimiento de la existencia y contenido del proceso. Para facilitar que esa información llegue al tercero, el art. 150.2 LEC establece el deber del tribunal de poner en conocimiento la existencia del proceso a aquellos sujetos que no sean parte pero que a juicio del tribunal podrían verse afectados de algún modo por su resultado, siempre que la existencia de estos sujetos se deduzca de las actuaciones del proceso.

En concreto, el tercero que desee intervenir deberá presentar una solicitud por escrito al tribunal, que no paraliza el desarrollo del proceso. El tribunal dará traslado de esta petición a las partes para que se pronuncien acerca de su procedencia en un plazo de diez días y decidirá por medio de auto si admite la intervención del tercero.

Si se admite la intervención del tercero, este será considerado como parte a todos los efectos. En consecuencia, si se ha adherido a la posición de demandante tendrá la consideración de codemandante; y si se ha adherido a la posición de demandado, será codemandado.

El tercero interviniente asume el proceso en el estado o fase de desarrollo en que se encuentre. No se retrotraen las actuaciones como consecuencia de la intervención, pero sí que se le permite formular aquellas alegaciones que sean necesarias para su defensa y que no haya podido realizar por corresponder a momentos del proceso anteriores al de su incorporación.

El tercero defenderá en el proceso sus intereses de forma autónoma: su actuación en el proceso no está supeditada a lo que haga la parte a cuya posición se ha adherido, precisamente para evitar que se consumen fraudes procesales en perjuicio suyo.

Ahora bien, existen ciertas diferencias en cuanto a las posibilidades de actuación según que el interviniente sea cotitular del mismo derecho o relación jurídica deducida en el proceso (litisconsorte preterido) o de un derecho o relación jurídica diferente, pero conexa con la deducida en el proceso. En el primer caso, sus facultades de actuación son idénticas a las de las partes originarias. En el segundo, existe una limitación consistente en que no puede disponer del objeto del proceso (no puede renunciar, allanarse o transigir), lo cual es lógica consecuencia de que no sea titular de la relación jurídica deducida en el proceso. Sí puede, en cambio, oponerse a los actos de disposición llevados a cabo por las partes, cuando le perjudiquen. También puede recurrir la sentencia, aunque su litisconsorte no lo haga.

2.2. La intervención provocada

Hay intervención provocada cuando alguna de las partes solicita del tribunal que ponga en conocimiento de un tercero la existencia del proceso y arroje con ello sobre ese tercero la carga de comparecer e intervenir en el proceso como parte o, en caso de no hacerlo, atenerse a las consecuencias jurídicas de la sentencia. La intervención provocada la regula el art. 14 LEC y solo es posible en los casos en que expresamente lo prevea algún precepto legal.

> El ejemplo más claro es el que contempla el art. 1481 CC en relación con la evicción y la obligación de saneamiento del vendedor: para que exista la obligación de saneamiento por parte del vendedor, el comprador, en el marco del proceso promovido contra él por un tercero, tendrá que solicitar al tribunal que ponga en conocimiento del vendedor la existencia del proceso de evicción, de modo que nacerá sobre el vendedor la carga de intervenir en él como codemandado o bien de soportar la obligación de saneamiento en caso de que el comprador sea vencido en el proceso.
>
> También sucede en los supuestos contemplados por el art. 511 CC (el usufructuario debe llamar al propietario cuando se ejercita una acción contra el bien); el art. 1084 CC (el coheredero demandado por los acreedores del patrimonio hereditario puede llamar a los demás); y el art. 1553 CC (evicción en arrendamiento).
>
> En la práctica, es también frecuente servirse de la intervención provocada regulada en la Disposición Adicional 7ª de la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación: en los casos de responsabilidad por defectos en la edificación de inmuebles, si la demanda se dirige solo frente a uno de los responsables (v.g., el

promotor), el demandado, dentro del plazo para contestar a la demanda, puede pedir que esta se notifique a otro u otros agentes que también hayan tenido intervención en el proceso de edificación (v.g., el arquitecto o el constructor). Esta notificación incluirá la advertencia expresa a los agentes llamados al proceso de que, en el supuesto de que no comparezcan, la sentencia que se dicte será oponible y ejecutable frente a ellos.

La intervención provocada no se puede solicitar en cualquier momento, sino que el demandado tendrá que pedirla dentro del plazo para contestar a la demanda. La petición de que un tercero sea llamado al proceso suspende el proceso: se dará audiencia al demandante para que se pronuncie acerca de si procede o no la intervención del tercero y el tribunal decidirá mediante auto si debe ser llamado el tercero al proceso.

En caso afirmativo, se emplazará al tercero para que conteste a la demanda y, a partir de ahí, se reanudará el proceso.

En caso de que el tercero se incorpore al proceso, el demandado puede considerar que su lugar en el proceso debe ser ocupado por aquel. En tal caso, el demandado presentará una solicitud, de la que se dará traslado a las demás partes para que aleguen lo que a su derecho convenga, por plazo de cinco días, decidiendo a continuación el tribunal, por medio de auto, lo que resulte procedente en orden a la conveniencia o no de la sucesión.

Esta última hipótesis de sucesión procesal en caso de intervención es imaginable en el supuesto del art. 511 CC: la demanda se interpone contra el usufructuario en la creencia de que es el propietario de la cosa litigiosa; el usufructuario demandado logra que el tribunal llame al proceso al propietario, que interviene; en tal caso, si la demanda afecta al derecho de propiedad, tiene sentido que se produzca un cambio de parte demandada, de modo que salga del proceso el usufructuario inicialmente demandado y ocupe su lugar en exclusiva el propietario que fue llamado a instancia de aquel y acudió al proceso.

2.3. La intervención en el proceso de un *amicus curiae*

En los ordenamientos de corte angloamericano y en los procesos ante tribunales supranacionales es relativamente frecuente la intervención del llamado *amicus curiae* («amigo del tribunal»). El *amicus curiae* suele ser un organismo público o una organización no gubernamental que tiene interés en un concreto proceso, especialmente cuando el litigio es relevante por su contenido o porque puede tratarse de un caso en el que se puede acabar creando o cambiando una determinada línea jurisprudencial. La intervención del *amicus curiae* suele consistir en la aportación de un informe escrito, en el que se propone la mejor interpretación de la ley, en apoyo de lo que se considera la buena administración de justicia y el interés general: no se trata, pues, de apoyar a una de las partes, sino de ayudar al tribunal a tomar la mejor decisión (de ahí su denominación) –aunque, a efectos prácticos, la posición que sostiene el *amicus curiae* pueda acabar coincidiendo, al menos sustancialmente, con la de alguno de los litigantes.

En nuestro ordenamiento la recepción de esta figura es, por ahora, bastante reducida. El art. 15 bis LEC la contempla para los procesos civiles en dos ámbitos

muy específicos, la defensa de la competencia y la protección de datos; además, solo considera como intervinientes válidos a determinados entes y organismos públicos que, por razón de sus competencias y de su conocimiento experto en estas materias, pueden ayudar al tribunal a tomar la mejor decisión.

En concreto, cuando se trata de procesos en materia de defensa de la competencia, se permite la intervención, por propia iniciativa o a instancia del tribunal, de la Comisión Europea, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y los órganos equivalentes de las Comunidades Autónomas. Tratándose de procesos en materia de protección de datos personales, podrán intervenir, además de los organismos antes citados, la Agencia Española de Protección de Datos y las autoridades autonómicas de protección de datos, en el ámbito de sus competencias.

Estos organismos intervendrán sin tener la condición de parte, aportando información u observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas que estén en tela de juicio en el proceso. Habrán de hacerlo diez días antes de la celebración del juicio –o, en su caso, dentro del plazo de oposición o impugnación del recurso interpuesto–. De hecho, para cumplir mejor esa función, están facultados para pedirle al tribunal que les remita o les haga remitir todos los documentos necesarios para poder valorar adecuadamente el asunto.

3. EL CAMBIO DE PARTES: LA SUCESIÓN PROCESAL

La sucesión procesal o cambio de partes se produce cuando un sujeto que inicialmente no era parte del proceso sucede o sustituye en la posición procesal de parte a alguna de las partes iniciales. De este modo, un tercero sucede o pasa a ocupar la posición en el proceso de demandante o demandado y ello porque ha pasado a ser el titular de los derechos u obligaciones de la relación jurídica objeto de litigio.

Esta sucesión procesal puede tener lugar *mortis causa* o por la transmisión del objeto litigioso (es decir, como consecuencia de un negocio jurídico *inter vivos*).

3.1. Sucesión procesal *mortis causa*

La sucesión procesal *mortis causa*, regulada por el art. 16 LEC, se produce cuando tiene lugar la defunción de alguno de los sujetos que es parte en el proceso mientras este aún se está desarrollando. En tal caso, la persona que sea su sucesor con arreglo al Derecho civil podrá continuar el proceso ocupando la posición de su causante. Para articular esta sucesión procesal el dato más relevante es la vía a través de la que llegue al tribunal la noticia de la defunción del litigante.

a) Puede suceder, en primer lugar, que la defunción de una de las partes sea comunicada al tribunal por quien afirma ser su sucesor, que pide al tribunal que se le tenga por parte en lugar del causante y aporta los documentos que le acreditan como sucesor. En tal caso Letrado de la A. de J. suspenderá el proceso; una vez acreditados la defunción y el título sucesorio y cumplidos los trámites pertinentes,

el Letrado de la A. de J. tendrá por personado al sucesor en nombre del litigante difunto, para que el tribunal lo tenga en cuenta en la sentencia que dicte. El sucesor, en todo caso, ha de asumir en el proceso los actos que hubiere hecho –o que no hubiera hecho– su causante.

b) Habrá casos, sin embargo, en que la defunción de una de las partes será conocida por otra vía: así sucederá cuando el litigante fallezca ante el tribunal (*v.g.*, cuando declaraba), o bien porque informe de este hecho al tribunal el procurador del difunto o la parte contraria. En tal caso, el Letrado de la A. de J. suspenderá el proceso a la espera de que el sucesor –cuya identidad no tiene por qué conocerse– comparezca voluntariamente. Si no lo hace en cinco días, entonces la parte contraria puede pedir al Letrado de la A. de J. que notifique la existencia del proceso a la persona que pueda considerarse sucesor de la parte difunta.

Si quien ha fallecido es el demandado y sus sucesores no son conocidos o localizados o habiéndolo sido no comparecen, la consecuencia será que el proceso siga adelante, previa declaración en rebeldía por parte del Letrado de la A. de J.

Si el difunto es el demandante, entonces caben dos opciones: a) si sus sucesores no son conocidos o localizados, se entiende que se ha producido un desistimiento y el Letrado de la A. de J. sobreseerá el proceso, salvo que el demandado se oponga; b) si los sucesores son localizados y no comparecen se entiende producida una renuncia y el proceso terminará con una sentencia absolutoria para el demandado, con efectos de cosa juzgada.

3.2. Sucesión procesal *inter vivos*

La sucesión procesal *inter vivos*, contemplada por el art. 17 LEC, se produce cuando tiene lugar la transmisión del objeto litigioso, es decir, cuando el bien o derecho en litigio son transmitidos durante la pendencia del proceso.

> Los bienes y derechos son litigiosos cuando su titularidad está siendo discutida en el marco de un proceso. El hecho de que un bien o un derecho sea litigioso no impide su transmisión: según el Código civil, el negocio de transmisión no es ni nulo ni anulable, aunque podrá ser rescindido por la parte contraria si la transmisión se hizo sin su consentimiento.

Transmitido durante la pendencia del proceso el bien o derecho litigioso, lo lógico sería que se produjera una sucesión procesal, de modo que el adquirente del bien o derecho litigioso pasara a ocupar la posición que ostentaba en el proceso el transmitente. Sin embargo, la LEC limita esta posibilidad, en la medida en que solo se producirá si lo solicita el adquirente.

> En concreto, una vez producida la transmisión, el adquirente podrá solicitar, acreditándola, que se le tenga como parte en la posición que ocupaba el transmitente. El Letrado de la A. de J. ordenará entonces la suspensión de las actuaciones y dará diez días a la otra parte para que alegue lo oportuno. Si esta no se opusiere dentro de dicho plazo, el Letrado, mediante decreto, alzará la suspensión y dispondrá que el adquirente ocupe en el juicio la posición que el transmitente tuviese en él.

> Si la otra parte manifestase su oposición a la entrada en el juicio del adquirente, el tribunal resolverá por medio de auto lo que estime procedente.
>
> No se accederá a la petición cuando dicha parte acredite que le competen derechos o defensas que, en relación con lo que sea objeto del juicio, solamente puede hacer valer contra la parte transmitente, o un derecho a reconvenir, o que pende una reconvención, o si el cambio de parte pudiera dificultar notoriamente su defensa.
>
> Cuando no se acceda a la pretensión del adquirente, el transmitente continuará en el juicio, quedando a salvo las relaciones jurídicas privadas que existan entre ambos.

Se excluye, en cambio, que la sucesión procesal pueda pedirla la parte contraria: la opción que le queda, por tanto, es negar inicialmente su consentimiento a la transmisión de la cosa litigiosa, de forma que esta sea, en todo caso, rescindible.

LECCIÓN 15

PROCESOS CIVILES CON PLURALIDAD DE OBJETOS

1. Introducción. — 2. La acumulación inicial de acciones: 2.1. Clases; 2.2. Requisitos de la acumulación de acciones; 2.3. Efectos y fundamento; 2.4. Tratamiento procesal de la indebida acumulación de acciones. — 3. La ampliación de la demanda. — 4. La acumulación de procesos: 4.1. Supuestos; 4.2. Requisitos de la acumulación de procesos; 4.3. Procedimiento.

1. INTRODUCCIÓN

Como regla, cada proceso civil tiene un solo objeto: esto significa que cada proceso es el cauce a través del cual el tribunal resuelve acerca de una única acción o pretensión, la planteada por el actor en su demanda. Sin embargo, ocurre con cierta frecuencia que el proceso civil tiene una pluralidad de objetos: esto sucede cuando se ejercitan en él de forma simultánea varias acciones, que serán resueltas todas ellas conjuntamente en la misma sentencia.

La pluralidad de objetos en el proceso civil puede tener varios orígenes:

1º. La pluralidad de objetos puede ser inicial: desde el principio el proceso tiene varios objetos, esto es, en la demanda que le da comienzo se ejercitan varias acciones. Se habla en estos casos de *acumulación inicial de acciones*.

2º. La pluralidad de objetos puede también ser sobrevenida, esto es, puede producirse después de la presentación de la demanda. Esta pluralidad sobrevenida de objetos, a su vez, puede obedecer a tres motivos:

a) El propio demandante, bajo ciertas condiciones, añade uno o varios objetos al proceso, a través de la *ampliación de la demanda*.

b) El demandado formula *reconvención* frente al demandante: aprovecha el marco del proceso entablado por el actor frente a él para, a su vez, dirigir él mismo una acción contra el demandante (nos ocuparemos de esta institución al hacer referencia a las posibles conductas del demandado frente a la demanda, cfr. lección 19).

c) Se concede la llamada acumulación de procesos o acumulación de autos: dos procesos, incoados de forma separada, cada uno con su objeto, se unen en uno solo, momento a partir del cual los diversos objetos se tramitan conjuntamente y se resuelven en una sola sentencia.

2. LA ACUMULACIÓN INICIAL DE ACCIONES

Se produce una acumulación de acciones cuando en la demanda se ejercitan conjuntamente varias acciones, que en abstracto podrían haber dado lugar a demandas distintas. La existencia de una acumulación de acciones obedece a la voluntad del demandante (o de los varios demandantes que deciden unirse para demandar). La acumulación de acciones se regula en los arts. 71 a 73 LEC.

2.1. Clases

La acumulación inicial de acciones puede clasificarse con arreglo a dos criterios diferentes: los sujetos y la relación entre las acciones ejercitadas.

1º. En función de los sujetos que se incorporan al proceso como consecuencia de la acumulación, cabe distinguir entre acumulación objetiva y acumulación subjetiva de acciones.

Hay acumulación objetiva de acciones en los casos en que el actor ejercita varias acciones frente al mismo demandado: los sujetos de las diversas acciones que se acumulan son los mismos, variando el *petitum* y/o la causa de pedir de las acciones.

> Ejemplo: A dirige una demanda frente a B en la que solicita que este sea condenado a devolverle 10.000 euros y a restituirle la posesión de un vehículo prestado.

Se produce la acumulación subjetiva de acciones cuando los sujetos no coinciden en todas las acciones ejercitadas, de modo que: 1) varios demandantes ejercitan cada uno una acción frente a un solo demandado; 2) un mismo demandante ejercita varias acciones frente a varios demandados; 3) varios demandantes ejercitan varias acciones frente a varios demandados. La acumulación subjetiva de acciones, pues, conlleva un litisconsorcio voluntario, que puede ser activo, pasivo o mixto.

> Ejemplo: A interpone demanda solicitando que se condene a B, C y D a devolverle una cantidad de dinero que les prestó a título mancomunado y que aún no le han pagado.

2º. En función del tipo de relación existente entre las acciones que se acumulan, cabe distinguir entre acumulación simple, accesoria, eventual y alternativa.

Acumulación simple de acciones: se produce cuando las acciones ejercitadas son compatibles entre sí, sin que exista además vínculo o relación de dependencia entre ellas. Esto significa que, en abstracto, las diversas acciones son susceptibles de estimación simultánea; pero también que es igualmente asumible que el tribunal estime alguna de ellas y desestime otra u otras.

> Ejemplo: Los compradores de unos pisos que presentan defectos deciden demandar conjuntamente a la constructora, reclamando cada uno la reparación de los daños detectados en su vivienda: es posible que el tribunal estime todas las pretensiones, pero tampoco contraviene la lógica que estime unas y desestime otras (*v.g.*, si las considera infundadas).

Acumulación accesoria: se produce cuando las acciones ejercitadas son compatibles entre sí, pero se encuentran interrelacionadas de modo que la estimación de una es presupuesto de la estimación de la otra. Esto significa que, en abstracto, las diversas acciones son susceptibles de estimación simultánea; ahora bien, existe una acción que es principal respecto de la otra, de modo que la acción dependiente solo puede estimarse en caso de que se estime la principal.

> Ejemplo: A interpone frente a B una demanda en la que ejercita frente a él la acción reivindicatoria sobre la finca X –indebidamente poseída por B, a juicio de A– y en la que, además, ejercita una acción solicitando que B entregue a A los frutos que perciba de ella. Cabe imaginar que la sentencia estime las dos pretensiones; pero solo será posible la estimación de la condena a la entrega de frutos si también se estima la pretensión reivindicatoria.

> Ejemplo: A interpone demanda frente a B solicitando que se declare su filiación respecto de él y que, asimismo, B sea condenado a abonarle una pensión de alimentos de X euros al mes. Ambas peticiones son compatibles, pues se pueden estimar conjuntamente (y eso es lo que quiere A); pero la segunda pretensión (alimentos) solo se puede estimar si también se estima la constitutiva de filiación.

Acumulación eventual de acciones: se produce cuando se ejercitan varias acciones incompatibles entre sí, cuya estimación conjunta no es posible, pero estableciendo entre ellas un orden de prioridad, de modo que solo en caso de desestimación de la acción principal debe el juez pronunciarse sobre la eventualmente acumulada. Esta acumulación es un instrumento para evitar la preclusión y está prevista en el art. 71.4 LEC, que impone al actor la carga de expresar con claridad en su demanda qué acción ejercita como principal y qué otra u otras ejercita para el solo evento de que la principal no sea estimada.

> Ejemplo: A interpone frente a B demanda solicitando una indemnización de los daños padecidos alegando culpa contractual y, a título subsidiario, ejercita acción indemnizatoria fundándose en la responsabilidad extracontractual de B.

Acumulación alternativa de acciones: el actor ejercita varias acciones incompatibles entre sí, pero sin fijar un orden de prioridad entre ellas. Este tipo de acumulación no se admite, con carácter general, en nuestro proceso civil, pues se entiende que no puede atribuirse al tribunal la carga de decidir cuál será la acción ejercitada.

> Ejemplo: Ante el incumplimiento de un contrato por parte de Antonio, Bernardo solicita al tribunal que declare resuelto el contrato o que condene a Antonio a que lo cumpla.

La prohibición de la acumulación alternativa de acciones tal vez debería exceptuarse en los casos en que la base de la demanda sea una obligación alternativa y la facultad de elección entre las distintas prestaciones corresponda al deudor.

2.2. Requisitos de la acumulación de acciones

La acumulación de acciones está sujeta a requisitos de doble índole, de fondo y procesales:

2.2.1. *Requisitos de fondo*

En primer lugar, existen dos requisitos cuya concurrencia se comprueba comprobando el contenido de las acciones ejercitadas:

a) Compatibilidad entre las acciones: no se pueden acumular acciones incompatibles entre sí, salvo cuando la acumulación sea eventual. Son incompatibles entre sí las acciones que se excluyen mutuamente, o sean contrarias entre sí, de modo que la estimación de una excluya o haga ineficaz el ejercicio de la otra.

b) Conexión por razón del título o causa de pedir: para que la acumulación sea posible es necesario que las diversas acciones se funden en los mismos hechos, o bien que se funden en hechos comunes –es decir, que las diversas acciones se fundan en hechos comunes, aunque cada una de ellas se funde, además, en hechos diversos–, o bien, finalmente, que se funden en hechos homogéneos –es decir, hechos diversos pero estrechamente unidos, lo que da origen a la llamada acumulación «impropia» de acciones–.

> Este requisito se exige siempre en los casos de acumulación subjetiva de acciones (sea simple o eventual); tratándose de una acumulación objetiva de acciones, solo se exige si nos hallamos en el marco de un juicio verbal (no en el del juicio ordinario).

2.2.2. *Requisitos procesales*

En segundo término, han de concurrir una serie de requisitos de carácter procesal:

a) Jurisdicción y competencia objetiva del tribunal: la acumulación solo es posible si el tribunal ante el que se presenta la demanda tiene jurisdicción por razón de la materia y competencia objetiva para conocer de todas las acciones que se ejerciten (es decir, que podría conocer de ellas también si se ejercitaran a título individual).

Dentro de los Tribunales de Instancia la dualidad respecto de la competencia objetiva entre las Secciones Civiles o las Secciones Únicas, de un lado, y las Secciones de lo Mercantil puede ser fuente, en este punto, de importantes problemas prácticos: existen con frecuencia acciones que son conexas por su objeto pero que, sin embargo, recaen una en el ámbito de las Secciones Civiles y otra en el de las Secciones de lo Mercantil (por su inclusión en alguno de los supuestos del art. 87.6 LOPJ). La regla en este punto es la siguiente (art. 73.1.1º LEC): si la acción principal está atribuida a las Secciones de lo Mercantil, la Sección de lo Mercantil podrá conocer de todas las acciones acumuladas. En cambio, si la acción principal corresponde a las Secciones Civiles, no podrá acumulársele ninguna otra que escape a su competencia objetiva.

En otros términos: las Secciones de lo Mercantil sí que pueden ver ampliado su ámbito de competencia objetiva por la vía de la conexión, mientras que las Secciones Civiles no. Se pretende preservar con ello la especialización de las Secciones de lo Mercantil –*rectius*, de las materias que estas tienen encomendadas.

En cuanto a la competencia territorial, no hace falta que el tribunal la posea respecto de todas las acciones acumuladas. Al contrario, cuando en una demanda se ejercitan varias acciones, el art. 53 LEC establece unas reglas especiales para determinar el tribunal territorialmente competente:

— En principio, será competente el tribunal del lugar que lo fuera para conocer de la acción principal, esto es, de la acción que sea fundamento de las demás (si es que existe relación de dependencia entre las acciones ejercitadas).

— Si no se puede aplicar el criterio anterior, la competencia territorial se atribuirá al tribunal que, en abstracto, la tuviera para conocer del mayor número de acciones, consideradas individualmente.

— Si tampoco puede aplicarse la regla anterior, será competente el tribunal del lugar al que correspondiera conocer de la acción cuantitativamente más importante.

— En caso de imposibilidad de acudir a las reglas anteriores, la competencia territorial corresponderá, a elección del actor, a cualquiera de los tribunales en abstracto facultados para conocer a título individual de cualquiera de las acciones acumuladas.

b) Homogeneidad procedimental: es preciso que las acciones acumuladas, aisladamente consideradas, no deban sustanciarse, por razón de la materia, en juicios de diferente tipo. Esto significa, al menos, lo siguiente:

— No pueden acumularse acciones propias de procesos de declaración con acciones ejecutivas.

— No pueden acumularse acciones que han de sustanciarse por los cauces de procesos ordinarios a acciones que han de acumularse por los cauces de procesos especiales

Ejemplo: no se puede acumular una acción de reclamación de cantidad de dinero –proceso ordinario– a una acción de incapacitación del deudor –proceso especial–.

— No pueden acumularse acciones que, por razón de la materia o de la cuantía, han de sustanciarse por los cauces del juicio ordinario con acciones que, por razón de la materia, han de sustanciarse por los cauces del juicio verbal.

Ejemplo: no se puede acumular una acción de reclamación de cantidad superior a 15.000 euros –juicio ordinario por razón de la cuantía– a una acción para el ejercicio de un interdicto de recobrar –juicio verbal por razón de la materia–.

— No pueden acumularse acciones que, por razón de la materia, deban sustanciarse ambas por los cauces del juicio ordinario o del juicio verbal, salvo que versen sobre la misma materia.

Ejemplo: no se puede acumular una acción de reclamación de título nobiliario –juicio ordinario por razón de la materia– a una acción de impugnación de una patente –juicio ordinario también por razón de la materia, pero materia distinta–; en cambio, sí se puede acumular una acción colectiva de cesación en el uso de unas condiciones generales de la contratación y una acción colectiva de retractación en la recomendación de esas condiciones generales –las dos versan sobre la misma materia–.

Ejemplo: no se puede acumular una acción de desahucio –juicio verbal por razón de la materia– y una acción de reclamación de alimentos –juicio verbal también por razón de la materia, aunque distinta–; pero sí se puede acumular un interdicto de retener y, a título eventual, un interdicto de recobrar –ambas juicio verbal por razón de la materia, pero siendo la materia la misma–.

— Sí pueden acumularse acciones que, por razón de su cuantía, deban tramitarse como juicios ordinarios y/o verbales.

Ejemplo. Se puede acumular la acción reivindicatoria sobre un inmueble que valga 120.000 euros –juicio ordinario por razón de la cuantía– a una acción de reclamación de las rentas indebidamente percibidas que asciendan a 2000 euros –juicio verbal por razón de la cuantía–.

— De forma especial, sí que pueden acumularse la acción para instar la liquidación del régimen económico matrimonial y la acción de división de la herencia.

Se trata de pretensiones que originan procesos especiales y que, por ello, no serían susceptibles de acumulación sin esta regla legal que lo permite. Es necesario, a tal fin, que la disolución del régimen económico matrimonial se haya producido como consecuencia del fallecimiento de uno o de ambos cónyuges y que haya identidad subjetiva entre los legitimados para intervenir en uno y otro procedimiento. Si se produce la acumulación, el proceso se tramitará por los cauces del procedimiento de división judicial de la herencia.

c) La acumulación no ha de estar prohibida en el caso concreto por una norma expresa.

En algunos casos, y respecto de ciertas pretensiones, la ley señala que no es posible acumularles otras, por muy conexas que sean.

2.2.3. *La acumulación de acciones en el juicio verbal*

La acumulación de acciones, en el marco del juicio verbal, está sujeta a reglas más restrictivas, que se deducen de lo dispuesto en el art. 437.4 y 5 LEC.

a) La acumulación subjetiva de acciones no está sujeta a especialidades: podrán acumularse las acciones que uno tenga contra varios sujetos o varios contra uno siempre que se cumplan los requisitos establecidos en los arts. 72 y 73.1 LEC.

b) En cambio, la acumulación objetiva de acciones no será admisible, a no ser que se trate de alguno de los cuatro siguientes supuestos:

— La acumulación de acciones basadas en unos mismos hechos, siempre que proceda, en todo caso, el juicio verbal (por eso se decía antes que la acumulación objetiva en el juicio verbal lo ha de ser siempre de acciones conexas).

— La acumulación de la acción de resarcimiento de daños y perjuicios a otra acción que sea prejudicial de ella.

— La acumulación a la acción de desahucio de las acciones en reclamación de rentas o cantidades análogas vencidas y no pagadas, cuando se trate de juicios de desahucio de finca por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, con independencia de la cantidad que se reclame. También podrán acumularse las acciones ejercitadas contra el fiador o avalista solidario previo requerimiento de pago no satisfecho.

— En los procesos de separación, divorcio o nulidad y en los que tengan por objeto obtener la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas sobre nulidad o separación, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si hubiere diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa y uno de los cónyuges lo solicitare, el tribunal puede considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos.

2.3. Efectos y fundamento

El efecto principal de la acumulación inicial de acciones es que se discuten todas las acciones en un mismo procedimiento y se resuelven en la misma sentencia. Ahora bien, las acciones acumuladas siguen siendo distintas y tienen autonomía entre sí (*v.g.*, a efectos de actos de disposición de las partes sobre cada una de ellas).

De lo anterior se deduce que el legislador admite la acumulación inicial de acciones por dos motivos:

— De un lado, porque contribuye a la economía procesal: en vez de varios procesos, habrá uno solo.

— De otro, porque contribuye a evitar que se dicten sentencias con pronunciamientos o fundamentos que sean contradictorios: en los casos en que las diversas acciones se fundan en hechos comunes, su tramitación en procesos separados conlleva el riesgo de que diversos tribunales lleguen en diversas sentencias a valoraciones o afirmaciones inconciliables. Este riesgo se elimina si se tramitan y se resuelven conjuntamente.

2.4. Tratamiento procesal de la indebida acumulación de acciones

Se habla de «indebida acumulación de acciones» cuando se pretende el ejercicio en la demanda de varias acciones a pesar de que no concurre alguno de los requisitos que la ley exige para que ello resulte admisible. La indebida acumulación de acciones supone un óbice de naturaleza procesal, que es apreciable tanto de oficio como a instancia de parte.

1º. *De oficio*

En la fase de admisión de la demanda, si el Letrado de la A. de J. advierte que se han acumulado indebidamente acciones, requerirá al actor para que subsane ese defecto en el plazo de cinco días: esto supone que el actor ha de decidir qué acciones mantiene como objeto del proceso, quedando las demás fuera de él. De no producirse la subsanación en el plazo de cinco días, dará cuenta al tribunal, quien en su caso acordará el archivo de la demanda (art. 73.4).

2º. *A instancia de parte*

— En el marco del juicio ordinario, el demandado puede oponerse a la indebida acumulación de acciones en la contestación a la demanda y sobre ello se resolverá en la audiencia previa al juicio: en caso de que el tribunal considere que se ha producido una indebida acumulación de acciones, decidirá entonces qué acción o acciones se mantienen como objeto del proceso y cuál o cuáles quedarán apartadas de él (art. 419 LEC).

— En el marco del juicio verbal, el demandado puede denunciar la indebida acumulación de acciones también en la contestación a la demanda; el actor dispondrá entonces de un plazo de cinco días para alegar lo que proceda (art. 438.8 LEC); y el tribunal habrá de resolver por medio de auto (art. 438.10 LEC), en el que establecerá qué acción o acciones subsisten y cuáles, en cambio, quedan sobreseídas.

3. La ampliación de la demanda

La ampliación de la demanda, regulada en el art. 401 LEC, se produce cuando el actor, después de presentada la demanda, acumula nuevas acciones frente al demandado o dirige la demanda frente a nuevos demandados.

Esta facultad que tiene el actor de ampliar el objeto del proceso provoca una acumulación sobrevenida de acciones, pero está sometida a dos condiciones:

— En primer término, han de concurrir todos los requisitos de la acumulación de acciones: es decir, que solo se puede ampliar la demanda para sumarle nuevas acciones si, en abstracto, también hubiera sido posible ejercerlas todas simultáneamente desde el inicio.

— En segundo lugar, y sobre todo, es necesario que la ampliación de la demanda se efectúe antes de la contestación a la demanda.

Precisamente por lo anterior, la ampliación de la demanda tiene una consecuencia sobre el proceso: el plazo para la contestación a la demanda comienza a computarse de nuevo desde que se dé traslado al demandado o demandados de la ampliación.

4. LA ACUMULACIÓN DE PROCESOS

La acumulación de procesos, también denominada acumulación de autos, supone que dos o más procesos ya iniciados y pendientes de forma separada se reúnen, pasando a sustanciarse en un mismo procedimiento y a resolverse en una sola sentencia. La acumulación de procesos conlleva que, en la medida en que los procesos que se acumulan tendrán objetos distintos, el proceso resultante será un proceso con pluralidad de objetos. Además, hay que tener en cuenta que la acumulación de procesos no supone la extinción de los procesos separados y el nacimiento de uno nuevo: lo que sucede es que el proceso más moderno (el que empezó más tarde) se acumula al proceso más antiguo, que verá aumentado así su objeto.

4.1. Supuestos

La acumulación de procesos solo se admite en caso de que exista una fuerte conexión entre los objetos de los procesos cuya acumulación se pretende (art. 76.1 LEC). En concreto, se enuncian dos posibles tipos de conexión:

— La prejudicialidad entre los objetos de los procesos (conexión reforzada): el objeto de uno de los procesos es prejudicial respecto del objeto del otro; esto sucede cuando lo que ha de decidirse en uno de los procesos es presupuesto o antecedente lógico de lo que es objeto de decisión en el otro de los procesos.

> Ejemplo. En el proceso 1 el sujeto A ejercita una acción en la que solicita que se condene al sujeto B a cumplir la prestación a que le obliga el contrato X. En el proceso 2, el sujeto B ejercita frente al sujeto A una acción de nulidad del contrato X. Evidentemente, el objeto del proceso 2 es prejudicial respecto del objeto del proceso 1, en la medida en que el pronunciamiento sobre la nulidad/validez del contrato es antecedente lógico de la decisión sobre si debe o no cumplirse.

— La conexión simple entre las acciones: ha de existir entre las acciones objeto de los procesos una conexión tal que, de tramitarse por separado los procesos, pudieran dictarse sentencias con pronunciamientos o fundamentos contradictorios, incompatibles o mutuamente excluyentes. Y esto, en principio, podrá suceder cuando entre las diversas acciones ejercitadas en los distintos procesos exista una conexión consistente en la identidad (total o parcial) de causa de pedir, es decir, cuando la petición se base (en todo o en parte) en los mismos hechos.

> Ejemplo. En un proceso A demanda a B la propiedad sobre la finca X y en un segundo proceso, C demanda a B la propiedad sobre esa misma finca X: no hay ni identidad de acciones (pues los sujetos son distintos), ni tampoco vínculo prejudicial. Pero se da el peligro de que en el primer proceso se conceda la propiedad de la finca a A frente a B, y en el segundo, en cambio, se le conceda a B frente a C; o de que en el primer proceso se reconozca a A propietario frente a B, y en el segundo a C propietario también frente a B.

> Ejemplo. En un proceso A, propietario de una vivienda, demanda a la empresa X una indemnización por los perjuicios que produce la contaminación acústica que se desprende de sus instalaciones; en otro proceso, B, vecino de A,

> demanda a la misma empresa otra indemnización por los mismos perjuicios derivados de la contaminación acústica. En principio parece que no existe riesgo de sentencias con pronunciamientos contradictorios, pues el hecho de que se le pueda conceder a A una indemnización no es ni contradictorio ni incompatible con que se le deniegue a B. Ahora bien, lo que sí es cierto es que se da un riesgo de que: *a)* en el proceso entablado por A se le deniegue lo que pide, bien por considerar que el nivel de ruido emanado de las instalaciones industriales de X no es contaminante (cuestión de hecho), o por considerar que nuestro ordenamiento no ampara ese tipo de situaciones (cuestión de Derecho); y de que *b)*, en cambio, en el segundo proceso se diga cosa distinta en relación con alguno de esos extremos. En tal caso, aunque los fallos pudieran ser idénticos o solo distintos, los fundamentos de las sentencias serían contradictorios: no puede decirse a la vez que un determinado nivel de ruido contamina y que no contamina; y tampoco es admisible que para un juez esa situación resulte tutelable por el Derecho objetivo y para otro no. Aunque los pronunciamientos, considerados de forma aislada, no sean contradictorios, sí que lo son los fundamentos: y si lo son los fundamentos, hay que entender que lo son las propias sentencias.

Como puede comprobarse, el fundamento de la acumulación de procesos consiste en evitar pronunciamientos contradictorios sobre acciones conexas y, en la medida de lo posible, en promover la economía procesal.

El art. 76.2 y el art. 77.4 LEC establecen cuatro supuestos especiales en los que adicionalmente procede también la acumulación de procesos.

> — El primero, cuando se trate de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios.
>
> — El segundo –de más importancia práctica– cuando el objeto de los procesos fuera la impugnación de acuerdos sociales adoptados en una misma Junta o Asamblea o en una misma sesión de órgano colegiado de administración. En este caso se acumularán todos los procesos incoados en virtud de demandas en las que se solicite la declaración de nulidad o de anulabilidad de dichos acuerdos, siempre que las mismas hubieran sido presentadas en un periodo de tiempo no superior a cuarenta días desde la presentación de la primera de las demandas.
>
> — Cuando se trate de procesos en los que se sustancie la oposición a resoluciones administrativas en materia de protección de un mismo menor, tramitados conforme al artículo 780.
>
> ─ Cuando se trate de la acumulación al procedimiento de división judicial de la herencia del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial que se haya promovido por el fallecimiento de uno o de ambos cónyuges.

4.2. Requisitos de la acumulación de procesos

Además de que se dé entre los objetos de los procesos alguna de las conexiones expuestas, es preciso que concurran una serie de requisitos adicionales para que se puedan acumular procesos.

1º. La acumulación de procesos procederá si la pide un sujeto que sea parte en cualquiera de los procesos, pero también podrá decretarse de oficio por el tribunal que conozca del proceso más antiguo.

2º. Competencia del tribunal: Si se produce la acumulación, esta se hará del proceso más moderno al más antiguo. Por eso, la LEC exige que el tribunal del proceso más antiguo tenga jurisdicción, competencia objetiva y competencia territorial –en el caso de estar fijada por normas imperativas– para conocer de los procesos cuya acumulación se pretende.

Existe una regla especial, sin embargo, si los procesos con objetos conexos se están tramitando uno ante una Sección de lo Mercantil y el otro ante una Sección Civil o una Sección Única del Tribunal de Instancia (art. 77.2 LEC): en tal caso, si se cumplen los demás requisitos, procederá la acumulación –a pesar de la diversidad de competencia objetiva– y, además, habrá de hacerse ante la Sección de lo Mercantil, aunque no esté conociendo del proceso más antiguo.

> Se trata de preservar con ello la especialización en las materias propias de las Secciones de lo Mercantil, al tiempo que se evita el riesgo de que la tramitación por separado de los procesos conduzca a sentencias contradictorias.

3º. Homogeneidad de procedimientos: Solo pueden unificarse procesos declarativos que puedan sustanciarse por los mismos trámites o cuya tramitación pueda unificase sin pérdida de derechos procesales. Esto significa, al menos, lo siguiente:

— Pueden acumularse juicios ordinarios entre sí, si se acude a ellos por razón de la cuantía, o bien si se acude a ellos por razón de la materia, si esta es la misma.

— Pueden acumularse juicios verbales entre sí, si se acude a ellos por razón de la cuantía, o bien si se acude a ellos por razón de la materia, si esta es la misma.

— Puede acumularse un juicio verbal por razón de la cuantía (más moderno) a un juicio ordinario (más antiguo).

— También puede acumularse un juicio ordinario (más moderno) a un juicio verbal (más antiguo), si en ambos casos ha sido la cuantía el criterio determinante de la adecuación procedimental: pero entonces, a partir del momento en que se produzca la acumulación, el proceso se tramitará por los cauces del juicio ordinario. La LEC trata con ello de evitar que la acumulación se convierta en un medio para privar a las partes de oportunidades de defensa.

En general, siempre que se acuerde la acumulación de un juicio ordinario y un juicio verbal las actuaciones proseguirán por los trámites del juicio ordinario. Ahora bien, el tribunal, en el auto por el que acuerde la acumulación, si es necesario, acordará retrotraer hasta el momento de admisión de la contestación a la demanda las actuaciones del juicio verbal que hubiere sido acumulado, a fin de que siga los trámites previstos para el juicio ordinario.

4º. Procesos en primera instancia: Solo son acumulables los procesos que se encuentren en primera instancia y, además, es necesario que en ninguno de ellos

que haya concluido el acto del juicio (si es un juicio ordinario) o la vista (si es un juicio verbal).

5º. Imposibilidad de haber provocado la pluralidad de objetos por acumulación inicial de acciones o por ampliación de demanda: La finalidad de esta norma es evitar que la acumulación de procesos se utilice como arma dilatoria y para burlar las reglas de preclusión. Se presume que se pudieron promover en un mismo proceso las acciones, en vez de en varios, cuando el demandante es el mismo en los diversos procesos. En consecuencia, en estos casos no se admitirá la acumulación de procesos si es solicitada a instancia de parte (pero se supone que resultará admisible de oficio).

4.3. Procedimiento

La solicitud de acumulación de procesos provoca la tramitación de un incidente que puede resultar bastante complejo y cuyo desarrollo es distinto en función de que los procesos pendan ante el mismo o ante distinto tribunal. Su tramitación se detalla en los arts. 81 a 97 LEC.

DERECHO PROCESAL CIVIL II

LECCIÓN 16

LA EVITACIÓN Y LA PREPARACIÓN DEL PROCESO

1. El intento de llegar a una solución extrajudicial de la controversia para evitar el proceso: 1.1. Cuestiones generales; 1.2. Los MASC regulados en la LOEP; 1.3. En especial, el intento de solución extrajudicial a través de la mediación; 1.4. En especial, el acto de conciliación judicial (ante el Letrado de la A. de J. o el Juez de Paz); 1.5. En especial, la reclamación previa a ciertas demandas relativas a préstamos con garantía hipotecaria; 1.6. Otros sistemas de solución alternativa de controversias. — 2. La preparación del proceso a través de las diligencias preliminares: 2.1. Concepto; 2.2. Clases de diligencias preliminares; 2.3. Tramitación.

El proceso civil de declaración comienza en el momento en que se presenta o interpone la demanda. Evidentemente, a la interposición de una demanda no se llega de forma inmediata, una vez que se ha constatado la existencia de una controversia jurídica. Es obligatorio, en muchos casos, haber tratado de evitar el proceso en sí, a través de algún medio extrajudicial que sirva para llegar a un acuerdo. Si el intento extrajudicial de avenencia fracasa, en muchos casos tampoco será posible interponer directamente la demanda, pues será necesario desarrollar una serie de actividades preparatorias que, en algunos casos, pueden requerir la colaboración del tribunal. A ambas cuestiones –la evitación y la preparación del proceso civil de declaración– se dedica esta lección.

1. EL INTENTO DE LLEGAR A UNA SOLUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA CONTROVERSIA PARA EVITAR EL PROCESO

Antes de llegar a los tribunales es habitual que las partes del conflicto –o al menos una de ellas– traten de evitar el proceso, a través de algún tipo de negociación o actuación equivalente que les permita llegar a una solución acordada de la controversia. Tras la aprobación de la Ley Orgánica 1/2025 de medidas de eficiencia del servicio público de justicia (LOEP) el recurso a algún medio adecuado de solución de controversias (MASC) no es solo algo estratégicamente recomendable –pero voluntario–, sino que se ha convertido en una obligación: solo si el recurso al MASC fracasa será posible acudir a los tribunales; el intento de avenencia a través de un MASC se ha convertido, por ello, en un presupuesto procesal, esto es, en una condición de la que depende el derecho al proceso.

Y ello, a efectos prácticos, determina que «el camino hacia la justicia» que ha de emprender quien pretende obtener la tutela de un derecho o interés legítimo comienza precisamente con la selección de un MASC a través del cual obtener extrajudicialmente aquello que le corresponde o, en todo caso, un resultado que le resulte satisfactorio y le permita dar por resuelta la controversia.

1.1. Cuestiones generales

El concepto de «medio adecuado de solución de controversias» es muy amplio: según el art. 2 LOEP, engloba cualquier tipo de actividad negociadora legalmente reconocida a la que las partes de un conflicto acuden de buena fe con el objeto de encontrarle una solución extrajudicial, ya sea por sí mismas o con la intervención de una tercera persona neutral.

Es importante subrayar la exigencia del reconocimiento legal: solo se considera MASC a los mecanismos que tengan refrendo legal. Algunos de ellos ya venían siendo objeto de regulación legal antes de la aprobación de la LOEP: es el caso de la mediación y de la conciliación ante notario, ante el registrador, ante el Letrado de la A. de J y ante el juez de paz. La LOEP ha añadido al catálogo la conciliación privada, la oferta vinculante confidencial, la opinión del experto independiente, el proceso de Derecho colaborativo y la negociación directa entre las partes o entre sus abogados, bajo sus directrices.

Aunque sea obligatorio acudir a un MASC, el desarrollo de cada concreto procedimiento negociador sigue estando regido por el principio de autonomía privada (art. 4 LOEP). De esto se derivan, al menos, dos consecuencias:

— No se pueden someter a MASC los conflictos que versen sobre materias que no sean disponibles para las partes.

— Ninguna de las partes puede verse obligada a llegar a un acuerdo, si cree que el mejor acuerdo posible no satisface su interés.

> Ahora bien, el legislador «estimula» el acuerdo a través de las normas sobre imposición y asignación de las costas procesales en caso de que el asunto llegue a los tribunales, sancionando a la parte cuya actitud no denotara buena fe en la negociación previa (art. 7.4 LOEP).

El principio de autonomía privada, sin embargo, no significa que la iniciativa de acudir a un MASC esté en manos exclusivas de una de las partes o de ambas, de común acuerdo. Es posible también que se produzca «por derivación» acordada por el juez o el Letrado de la A. de J., esto es, en el marco de un proceso ya incoado (art. 5.4 LOEP).

Como se ha señalado ya, en el orden jurisdiccional civil solo será admisible una demanda si se ha acudido previamente a algún medio adecuado de solución de controversias: esta es la regla general para poder incoar cualquier proceso declarativo o cualquier proceso especial (art. 5.1 LOEP) Para que se cumpla este requisito es necesario que exista una identidad entre el objeto de negociación en el MASC y el objeto del proceso civil posterior: este requisito debe entenderse de modo flexible y ha de darse por cumplido cuando la controversia es la misma, aunque las pretensiones ejercitadas en vía judicial hayan variado respecto de lo que se trató obtener en vía extrajudicial.

Se excluyen, no obstante, de esta obligación de intento previo de negociación una serie de materias. En algunos casos, la razón es el carácter indisponible de la controversia; en otros, son razones de política legislativa,

asociadas con la necesidad de obtener una decisión judicial con rapidez. Se trata de las siguientes:

a) la tutela judicial civil de derechos fundamentales;

b) la adopción de las medidas previstas en el artículo 158 del Código Civil (medidas de protección a los hijos menores);

c) la adopción de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad;

d) la filiación, paternidad y maternidad;

e) 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;

f) la pretensión de que el tribunal resuelva, con carácter sumario, la 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;

g) el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos, la entrada en domicilios y restantes lugares para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores o la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional;

h) el juicio cambiario.

Tampoco se impone el requisito previo de haber acudido a un MASC en procesos no declarativos, esto es, para interponer una demanda ejecutiva, para solicitar medidas cautelares con carácter previo a la demanda o para iniciar expedientes de jurisdicción voluntaria –salvo una excepción.

Se excluye igualmente este deber en relación con los procesos especiales regulados por el legislador europeo: el proceso monitorio europeo y el proceso europeo de escasa cuantía.

La LOEP atribuye a los MASC una serie de rasgos y características, cuya finalidad es hacerlos más atractivos para la justiciables y, sobre todo, neutralizar sus posibles efectos perjudiciales en términos de tiempo, en caso de que el intento de MASC no sea fructífero:

1) La solicitud que una de las partes dirija a la otra para iniciar una negociación a través de un MASC interrumpirá la prescripción o suspenderá la caducidad de acciones (cfr., con más detalle, los arts. 7.1 y 7.2 LOEP).

2) Las actuaciones negociadoras pueden desarrollarse por medios telemáticos (art. 8 LOEP).

3) Como regla no es preceptiva la asistencia de abogado, aunque la parte que quiera podrá utilizar sus servicios –comunicándoselo con antelación a la otra (art. 6 LOEP).

4) Se garantiza la protección de datos y la confidencialidad del proceso de negociación. Por eso, no se puede aportar como prueba en un eventual proceso posterior cualquier información generada u obtenida en el MASC (art. 9 LOEP).

Esta prohibición, sin embargo, está sujeta a excepciones: habrá que declarar o aportar documentación confidencial si se impugna la tasación de costas, si lo solicita un juez penal o si lo exigen razones de orden público, como la protección del interés superior del menor o la prevención de daños a la integridad física o psicológica de una persona.

5) Si se llega a un acuerdo, este será vinculante para las partes, que no podrán presentar demanda con igual objeto (*exceptio pacti*). El acuerdo, además, tendrá fuerza ejecutiva (= será título ejecutivo) si se eleva a escritura pública o si se homologa judicialmente –esto último para los casos en que la negociación se haya desencadenado por derivación judicial (cfr. arts. 11 y 12 LOEP).

6) Si no se llega a un acuerdo, cualquiera de las partes podrá acudir a un tribunal para ejercer la pretensión que corresponda, siempre que guarde identidad con lo que fue objeto de negociación. Para que pueda darse por cumplido el requisito de procedibilidad, son necesarias dos condiciones, una formal y otra temporal:

— En cuanto a la forma, es necesario acreditar documentalmente que se ha intentado la actividad negociadora previa (pero respetando las exigencias de confidencialidad). La acreditación será distinta en función de que haya intervenido un tercero neutral –será ese tercero quien expida el documento– o de que no haya intervenido tercero alguno –entonces valdrá cualquier documento firmado por ambas partes o, en su defecto, cualquier documento que pruebe que la otra parte recibió la solicitud de negociación (arts. 10.1, 10.2 y 10.3 LOEP).

— En cuanto al plazo, habrá de acudirse a los tribunales en el plazo de un año a contar desde la terminación del proceso de negociación sin acuerdo (art. 7.3 LOEP y 10.4 LOEP); transcurrido ese plazo, vuelve a surgir el deber de intentar un arreglo a través de un MASC.

También se entiende que el proceso de negociación ha terminado sin acuerdo cuando la solicitud inicial de negociación queda sin respuesta, por el transcurso de 30 días naturales desde la recepción de la solicitud sin que se haya mantenido una primera reunión, un primer contacto dirigido a alcanzar un acuerdo o respuesta por escrito.

1.2. Los MASC regulados en la LOEP

Ya se ha dicho antes que solo se consideran MASC aquellos medios adecuados y alternativos a la jurisdicción que hayan sido objeto de regulación legal. Algunos lo están en la propia LOEP, pero no son los únicos posibles.

1º. *Negociación directa*

Bajo esta etiqueta tiene cabida prácticamente cualquier procedimiento medianamente estructurado de negociación entre las partes de la controversia (art. 5.1 II LOEP). Es posible imaginar una negociación directa entre las personas físicas implicadas, o entre representantes autorizados de personas jurídicas. Es igualmente posible que las partes cuenten con el apoyo de algún experto de su confianza durante el desarrollo de la negociación, incluido, por supuesto, un abogado. Y es asimismo posible que las partes encomienden a sus abogados el

desarrollo de la negociación, aunque estos habrán de actuar en todo caso siguiendo sus directrices.

> Dado lo «informal» de la negociación directa, se convierte en especialmente relevante poder documentar su existencia, de cara a dar cumplimiento al requisito procesal del que dependerá la admisión de una eventual demanda posterior.

2º. *Proceso de Derecho colaborativo*

La expresión «proceso de Derecho colaborativo» (art. 19 LOEP) designa una modalidad especial de negociación asistida: las partes estarán acompañadas y asesoradas por un abogado y, en su caso, por expertos neutrales y/o facilitadores de la comunicación, para llegar a una solución consensuada de la controversia. Lo singular es que los abogados que intervienen en este mecanismo renuncian de antemano a intervenir en un hipotético proceso judicial posterior, si no se consigue una solución, total o parcial, de la controversia.

3º. *Conciliación privada*

En esta modalidad se encomienda a un tercero neutral, el conciliador, que gestione la actividad negociadora (arts. 15 y 16 LOEP). El encargo al conciliador lo pueden hacer ambas partes de común acuerdo o solo una de ellas; y ha de recaer en una persona con conocimientos técnicos o jurídicos (abogado, procurador, notario, registrador, graduado social, economista o inscrita en cualquier colegio profesional). El conciliador gestiona la negociación del modo que considere más eficaz y, en especial, puede formular directamente a las partes posibles soluciones e invitarlas a que formulen propuestas de solución.

> Existen modalidades de conciliación que no se desarrollan ante particulares, sino ante funcionarios públicos, como los notarios y los registradores. La Ley de Jurisdicción Voluntaria regula con mucho detalle la conciliación judicial, según se verá en breve.

4º. *Oferta vinculante confidencial*

La oferta vinculante confidencial (art. 17 LOEP) es una modalidad especial de promover una negociación directa: una de las partes realiza una oferta vinculante confidencial a la contraria, con el fin de resolver la controversia; si la otra parte la acepta expresamente, quien realizó la oferta queda obligado a cumplir la obligación asumida. El plazo para aceptar o rechazar la oferta será de un mes, salvo que el oferente haya señalado un plazo mayor.

5º. *Opinión de experto independiente*

Las partes pueden designar de mutuo acuerdo a un experto independiente para que emita una opinión no vinculante en relación con lo que es objeto de controversia (art. 18 LOEP). A tal fin, las partes habrán de entregar al experto toda la información y pruebas de que dispongan (con deber de confidencialidad para el experto). El experto elaborará un informe o dictamen, que puede ser objeto de recomendaciones, observaciones o propuestas de mejora por las partes. Una vez

alcanzada la versión final, si las partes la aceptan se entenderá que han llegado a un acuerdo vinculante.

Una modalidad singular, que ya está consolidada en la práctica internacional, son los llamados «paneles de expertos» (*dispute boards*), cada vez más habituales en ciertos ámbitos de la actividad económica sujetos a reglas y exigencias técnicas muy específicas, como ocurre con los contratos de construcción y/o para la realización de obras públicas o estructuras complejas.

> Estos paneles se suelen prever en contratos internacionales en previsión de que buena parte de las controversias que surgen en su ejecución tienen un claro contenido técnico y dependen de la verificación de si se han cumplido o no ciertos estándares pactados o establecidos por el poder público. Piénsese, v.g., en un contrato entre la empresa A, concesionaria de la obra para construir el metro de una ciudad en América Latina, y la empresa B, con la que esta subcontrata una parte de esas labores: un eventual retraso de B en entregar su parte de la obra puede determinar que la empresa A sufra una penalización del país que le encomendó el proyecto y que A puede querer repercutir a B; B, por su parte, puede sostener que el retraso se ha debido a una causa de fuerza mayor, o a una defectuosa calidad de los materiales que le suministró A, por ejemplo. El panel de expertos, en su caso, puede dar su opinión –técnica e independiente– acerca de los argumentos de una y otra parte y, con ello, fomentar un arreglo consensual de la controversia, que evite su judicialización (o que deba resolverse en un arbitraje, si así se pactó).

1.3. En especial, el intento de solución extrajudicial a través de la mediación

La mediación es un medio alternativo para la solución de controversias a los efectos de la LOEP, aunque cuenta con su propia regulación a través de la Ley de Mediación, de 2012.

A través de la mediación las partes intentan llegar a un acuerdo con la ayuda de una tercera persona –el mediador–. No es infrecuente, de hecho, que en los contratos se inserte una cláusula de mediación, en virtud de la cual las partes se comprometan a someterse a un procedimiento de mediación para solucionar las controversias que puedan surgir con ocasión del cumplimiento del contrato. Iniciado el procedimiento de mediación, las partes no están obligadas a llegar a un acuerdo, pues la base de la mediación es en todo caso la voluntariedad. Por eso mismo, en cualquier momento pueden abandonar la mediación y acudir a los tribunales. Se exponen, sin embargo, a dos consecuencias:

— Si una parte, ignorando el acuerdo de mediación, acude directamente a los tribunales presentando una demanda, corre el riesgo de que la parte contraria formule declinatoria, cuyo éxito determinará el sobreseimiento del proceso judicial –aunque podrá volver a incoarse, en su caso, una vez se haya producido sin éxito el intento de mediación al que obliga la cláusula de mediación.

— Si una parte del contrato ha abandonado un procedimiento de mediación y se dirige demanda frente a ella, será condenada en costas si se allana antes de contestar a la demanda (art. 395.1 LEC).

Si las partes llegan a un acuerdo, su eficacia no es por sí misma equivalente a la de una sentencia. El acuerdo de mediación, de entrada, no tiene fuerza de cosa juzgada –algo lógico, dado su carácter contractual–, aunque sí se le atribuye fuerza vinculante (art. 24.3 Ley de Mediación). Además, para que el acuerdo de mediación despliegue fuerza ejecutiva es necesaria una homologación, que será diferente en función del contexto judicial o extrajudicial en que se haya desarrollado la mediación.

a) Es posible que la mediación se haya desarrollado al margen de cualquier proceso judicial, es decir, respecto de una controversia cuya solución no ha sido judicializada. En este caso, para que el acuerdo alcanzado por las partes tenga fuerza ejecutiva ha de ser elevado a escritura pública. Esta elevación a escritura pública significa la ratificación del acuerdo de las partes ante un notario, que deja constancia del acuerdo en documento público.

El notario no puede elevar el acuerdo de transacción a escritura pública de forma automática, sino que debe verificar que se cumplen los requisitos exigidos en la Ley de Mediación y que el contenido del acuerdo no es contrario a Derecho (art. 25.2 de la Ley de Mediación). Esta previsión legal es la muestra de que, para su eficacia ejecutiva, los acuerdos de mediación están sujetos a una genuina homologación, que en este caso se encomienda a los notarios, aprovechando que deben velar por la regularidad formal y material de los actos y de los negocios jurídicos que autorizan o en los que intervienen. Son dos los objetos de control notarial:

— Verificar que se cumplen los requisitos de la Ley de Mediación para que el acuerdo pueda ser válido: ha de analizarse, por tanto: i) que el acuerdo de mediación versa sobre una parte o sobre la totalidad de las materias sometidas a la mediación; ii) que en el acuerdo de mediación consta la identidad y el domicilio de las partes, así como el lugar y fecha en que se suscribe; iii) que el acuerdo refleja las obligaciones que cada parte asume; iv) que el acuerdo está firmado por las partes o sus representantes; v) que se ha seguido un procedimiento de mediación ajustado a las previsiones de la ley, con indicación del mediador o mediadores que han intervenido y, en su caso, de la institución de mediación en la cual se ha desarrollado el procedimiento (esta es la razón de que se exija aportarle al notario, además del acuerdo, copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento de mediación).

— Verificar que no es contrario a Derecho: dado el carácter dispositivo de las materias sobre las que se proyecta la mediación, el notario habrá de verificar que las obligaciones que asumen las partes no vulneran preceptos imperativos, no suponen fraude de ley y no ocasionan un perjuicio ilegítimo a tercero. El notario, en cambio, no puede rechazar la elevación del acuerdo a escritura pública porque lo considere injusto o poco equilibrado a la luz de la controversia que pretende resolver –a no ser que, por ese motivo, se pueda considerar contrario a alguna norma imperativa, como podría suceder en materia de consumo.

Sea como fuere, es importante subrayar que la elevación a escritura pública del acuerdo de mediación requiere que ambas partes acudan ante notario –aunque no es necesaria la presencia del mediador–. La ausencia de voluntad de una de ellas priva al acuerdo de mediación de eficacia ejecutiva. Además, la elevación a escritura pública tiene un coste económico, que ha de ser sufragado por las partes.

b) Es posible que la mediación se haya desarrollado después del comienzo de un proceso judicial, por iniciativa propia de las partes o por derivación del tribunal. En tal caso, el art. 25.4 de la Ley de Mediación parece ofrecer a las partes dos vías alternativas para su homologación: pueden elevar el acuerdo a escritura pública, en los términos recién analizados, pero podrán igualmente solicitar la homologación del tribunal, de conformidad con lo previsto en la LEC para la homologación de transacciones judiciales.

1.4. En especial, el acto de conciliación judicial (ante el Letrado de la A. de J. o el Juez de Paz)

El acto de conciliación judicial es la herramienta para evitar la incoación del proceso que cuenta con una regulación más consolidada. Está regulado como un expediente de jurisdicción voluntaria, esto es, como un procedimiento autónomo encaminado a lograr a alcanzar un acuerdo que evite el nacimiento de un proceso judicial (arts. 139 a 148 de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, LJV en lo sucesivo).

La competencia para celebrar el acto de conciliación puede corresponder o bien a los Letrados de la Administración de Justicia de los Tribunales de Instancia o bien a los Jueces de Paz (art. 140 LJV), en función del lugar donde tenga su domicilio el requerido.

Para la celebración del acto de conciliación no es preceptiva la intervención de abogado y procurador (art. 141.3 LJV).

El expediente de conciliación se inicia por un escrito sencillo, en el que debe expresarse quiénes son los interesados y cuál es la pretensión del que pide la conciliación. El Letrado de la A. de J. o el Juez de Paz lo admitirán –salvo que esté prohibida la conciliación por razón de la materia– y citarán a las partes a una comparecencia que debe celebrarse dentro de los diez días siguientes.

La presentación con ulterior admisión de la solicitud de conciliación interrumpirá la prescripción, tanto adquisitiva como extintiva. El plazo para la prescripción volverá a computarse desde que recaiga decreto del Letrado de la A. de J. o auto del Juez de Paz poniendo término al expediente (art. 143 LJV).

Si el solicitante no compareciera al acto de conciliación ni alegare justa causa para no concurrir, se le tendrá por desistido y se archivará el expediente. Si el requerido de conciliación no compareciera ni alegare justa causa para no concurrir, se pondrá fin al acto, teniéndose la conciliación por intentada a todos los efectos legales. Si, siendo varios los requeridos, concurriese solo alguno de ellos, se celebrará con él el acto y se tendrá por intentada la conciliación en cuanto a los restantes (art. 144.3 LJV).

En el acto de conciliación se dará la palabra a las partes y, si no hubiera avenencia entre los interesados, el Letrado de la A. de J. o el Juez de Paz procurará avenirlos (art. 145.1 LJV). Si los interesados llegan a un acuerdo, se dejará constancia en acta; el testimonio del acta junto con el del decreto del Letrado de la Administración de Justicia o del auto del Juez de Paz haciendo constar la avenencia de las partes en el acto de conciliación, llevará aparejada ejecución (art. 147.1

LJV), es decir, será título ejecutivo. A otros efectos (distintos, pues, del ejecutivo), lo convenido tendrá el valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne.

1.5. En especial, la reclamación previa a ciertas demandas relativas a préstamos con garantía hipotecaria

De modo singular, el art. 439 bis LEC establece el procedimiento de reclamación previa que ha de seguirse –*rectius*, intentarse– como requisito previo de procedibilidad para que pueda admitirse después una demanda de juicio verbal en que un consumidor reclame a una entidad financiera la devolución de las cantidades indebidamente abonadas en aplicación de una cláusula suelo o de alguna otra cláusula abusiva contenida en un contrato de préstamo o crédito garantizado con hipoteca inmobiliaria.

Se entiende que en estos casos: a) formular esta reclamación supone dar cumplimiento al requisito de procedibilidad establecido en términos generales por la LOEP; b) formular esta reclamación es la única manera posible de poder después acudir a la vía judicial, sin que se pueda sustituir la vía del art. 439 bis LEC por otro MASC que el consumidor pudiera considerar preferible, aunque nada impide que, si fracasa, se pueda acudir a otro tipo de MASC.

El procedimiento de reclamación extrajudicial es gratuito y su tramitación es sencilla:

— El consumidor remitirá la reclamación previa a la entidad que le haya concedido el préstamo hipotecario.

— El destinatario de la reclamación calculará la cantidad que debe devolver, desglosando los intereses; deberá manifestar, igualmente, si admite o rechaza la nulidad de las cláusulas que el consumidor haya señalado como abusivas. Si cree que no procede devolver cantidad alguna y/o si rechaza la nulidad de la cláusula, habrá de justificar las razones por escrito y, en caso de que posteriormente haya un proceso, no podrá aducir otros motivos.

— Si el consumidor está conforme con la cantidad ofrecida por la entidad financiera y la postura de esta en relación con la nulidad de la cláusula, se habrá llegado a un acuerdo. El plazo a tal fin será de un mes a contar desde la presentación de la reclamación. Es posible que dicho acuerdo deba elevarse a escritura pública, para que pueda inscribirse en el Registro de la Propiedad.

Si transcurre un mes a partir del momento en que conste fehacientemente la aceptación de la oferta por el consumidor y no se ha puesto a su disposición de modo efectivo la cantidad ofrecida, esta devengará los intereses legales del dinero incrementados en ocho puntos desde que conste fehacientemente que ha sido aceptada la oferta por el perjudicado. Además, quedará abierta la vía judicial para el consumidor.

— También quedará abierta la vía judicial si el procedimiento extrajudicial ha concluido sin acuerdo.

— Mientras se esté sustanciando este procedimiento las partes no podrán ejercitar entre sí ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con el objeto de la reclamación.

— La posición mantenida por las partes durante esta negociación previa podrá ser valorada en el seno del proceso ulterior, en caso de haberlo, a efectos de condena en costas y de tasación de costas.

1.6. Otros sistemas de solución alternativa de controversias

Al margen de los examinados hasta ahora, existen en determinados sectores de la actividad económica y contractual otros sistemas extrajudiciales para la solución de controversias y que suelen ponerse a disposición de los consumidores como alternativa al proceso judicial, que de partida resulta poco atractivo si el valor económico es pequeño.

En algunos casos, se permite a los consumidores acudir a una entidad pública con autoridad sobre los profesionales del sector, que emite una recomendación, pero que no es vinculante para ninguna de las partes.

> Así, por ejemplo, el Banco de España, a través del Departamento de Conducta de Entidades, se ocupa de resolver reclamaciones que pongan de manifiesto acciones u omisiones de las entidades financieras que supongan, para quien las formula, un perjuicio para sus intereses o derechos y que deriven de presuntos incumplimientos, por las entidades reclamadas, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros.

En otros casos, la autoridad en cuestión sí que puede emitir una decisión vinculante para el empresario o profesional. El ejemplo más claro es el sistema especial para la resolución alternativa de litigios en que sean aplicables los reglamentos europeos que protegen a los usuarios del transporte aéreo, establecido en la Disposición adicional segunda de la Ley 7/2017 y desarrollado por la Orden Ministerial TMA/201/2022, de 14 de marzo. Un organismo público, la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, es la entidad encargada de gestionar el sistema.

> Los usuarios del transporte aéreo que consideren lesionados sus derechos en materia de compensación y asistencia en caso de denegación de embarque, cancelación o gran retraso podrán formular una reclamación, que será tramitada por la Agencia a través de un procedimiento contradictorio, al término del cual se emitirá una decisión, que será vinculante para la compañía aérea, pero no para el consumidor. La compañía aérea podrá impugnar la decisión ante el juez de lo mercantil correspondiente, si considera que no es contraria a Derecho. El consumidor, por su parte, tiene dos opciones: si la decisión no le satisface, puede acudir a los tribunales, pues no le vincula; pero también puede solicitar su ejecución forzosa a los tribunales, una vez haya transcurrido un mes desde la emisión de la decisión –se supone que ese mes de espera es el plazo de cumplimiento voluntario para la compañía aérea.

2. La preparación del proceso a través de las diligencias preliminares

Cuando no haya tenido éxito el intento de solución extrajudicial de la controversia cualquiera de las partes podrá promover el comienzo de un proceso declarativo, interponiendo demanda. El acto de presentación de la demanda, en la práctica, va necesariamente precedido de una serie de actuaciones, de carácter preparatorio: entre ellas, el estudio del caso, el diseño de la estrategia, la determinación precisa de quién va a ser demandado y de aquello que se va a solicitar del tribunal en la demanda o la búsqueda de las fuentes de prueba.

En proceso civil la regla general es la de que estas actividades preparatorias del proceso están en manos de las partes y de sus abogados (en concreto, de la parte actora): a ellos les compete fijar los términos del proceso, en función de la información y de las pruebas de que dispongan. Por esa razón, el legislador procesal civil no se ocupa de forma expresa de las actividades preparatorias del proceso. Sin embargo, y de forma un tanto excepcional, la ley sí que regula unas actuaciones previas al proceso, que están dirigidas a prepararlo: se trata de las diligencias preliminares, reguladas en los arts. 256 a 263 LEC.

2.1. Concepto

A través de las diligencias preliminares el futuro demandante reclama la ayuda del tribunal para obtener una información sin la cual no puede formular correctamente su demanda. Estos datos pueden referirse a dos tipos de cuestiones:

— Quién tiene la legitimación pasiva, es decir, frente a quién debe dirigirse la demanda.

— Ciertos hechos fundamentales, cuyo conocimiento e identificación son precisos para que tenga éxito la demanda.

En efecto, el demandante no siempre tiene en su poder toda la información necesaria relativa a dichas cuestiones, pero se trata de unos datos sin los cuales puede errar al formular su demanda y poner en peligro la defensa de sus derechos. Cuando el futuro demandante no puede obtener por sí mismo determinadas informaciones, podrá acudir al tribunal solicitando su apoyo.

2.2. Clases de diligencias preliminares

La ley establece en el art. 256.1 un catálogo de las concretas diligencias preliminares que se pueden solicitar de un tribunal civil. Se trata de una lista cerrada (*numerus clausus*), de modo que no podrán solicitarse diligencias diversas a las previstas en este precepto.

1. Petición de que la persona a quien se dirigiría la demanda 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.

A través de esta diligencia se puede averiguar, por ejemplo, si una persona es sucesora o representante legal de otra; o si existen varias personas involucradas en la relación jurídica litigiosa (para saber si hay o no litisconsorcio pasivo necesario). Sirve, en definitiva, para obtener información de la que depende la decisión acerca de frente a quién se dirige la demanda.

2. Solicitud de que la persona a la que se pretende demandar exhiba la cosa que tenga en su poder y a la que se haya de referir el juicio.

Sobre todo cuando se pretende ejercer una acción reivindicatoria de una cosa mueble, la legitimación pasiva le corresponde a quien posee la cosa, es decir, es ese sujeto el que ha de ser demandado; es más, si se demandara a otro, la acción no prosperaría. Esta diligencia permite cerciorarse de que la cosa está en posesión de la persona que se creía, así como verificar su estado de conservación (*v.g.*, a los efectos de reclamar también una indemnización por los eventuales perjuicios o deterioros que se le hubieran ocasionado).

3. Petición del que se considere heredero, coheredero o legatario, de exhibición, por quien lo tenga en su poder, del acto de última voluntad del causante de la herencia o legado.

Quien se considere con derecho a reclamar algún derecho que se deduzca de un testamento necesita conocer el contenido del mismo para cerciorarse de que efectivamente se le ha instituido heredero o legatario y verificar qué es aquello a lo que puede aspirar en el proceso. En ocasiones puede acudir al Registro oficial de Actos de Última Voluntad o a la Notaría en que le conste que está protocolizado. Pero no siempre será posible, dada la diversidad de testamentos admitidos en nuestro derecho privado.

4. Petición de un socio o comunero para que se le exhiban los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad, petición que se dirigirá a la sociedad o comunidad, o al consocio o condueño que los tenga en su poder.

Así, por ejemplo, si un socio quiere reclamar judicialmente el pago de dividendos, le hará falta conocer la cuenta de resultados de la sociedad –para saber si la sociedad ha obtenido o no beneficios y para saber, en consecuencia, si tiene derecho a percibir dividendos, y en qué cuantía–. O, siguiendo con los ejemplos, el vecino que pretende dirigir una acción de responsabilidad contra el administrador de la comunidad de propietarios podrá obtener por esta vía las cuentas de la comunidad.

5. Petición del que se considere perjudicado por un hecho que pudiera estar cubierto por seguro de responsabilidad civil, de que se exhiba el contrato de seguro por quien lo tenga en su poder.

En efecto, si existe un contrato de seguro, la demanda podrá dirigirse directamente frente a la compañía aseguradora, en vez de frente al asegurado, o frente a ambos conjuntamente (litisconsorcio pasivo voluntario).

6. Petición de la historia clínica al centro sanitario o profesional que la custodie, en las condiciones y con el contenido que establece la ley.

Esta diligencia debe ponerse en relación con lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de

derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y, en especial, con su artículo 18, que regula el derecho de acceso del paciente a la historia clínica y que impone ciertas limitaciones («no puede ejercitarse en perjuicio del derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente, ni en perjuicio del derecho de los profesionales participantes en su elaboración, los cuales pueden oponer al derecho de acceso la reserva de sus anotaciones subjetivas»).

7. Concreción de las personas integrantes de un grupo de consumidores afectados: quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios podrá dirigir una petición al tribunal al objeto de concretar los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables.

Por ejemplo, una asociación de consumidores se plantea ejercer una demanda frente a una compañía aérea por el cobro de unos gastos abusivos y necesita conocer la lista de los pasajeros de los vuelos afectados.

8. Determinadas peticiones de información para preparar adecuadamente el ejercicio de acciones por infracción de derechos en materia de propiedad intelectual e industrial (incorporadas a nuestra legislación a resultas del deber de trasponer determinadas directivas europeas).

En primer término, quien pretenda ejercitar una acción por infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual puede solicitar que se lleven a cabo de diligencias de obtención de datos sobre el posible infractor, el origen y las redes de distribución de las obras, mercancías o servicios que infringen su derecho de propiedad intelectual o de propiedad industrial, entre los que se incluyen los siguientes:

a) Los nombres y direcciones de los productores, fabricantes, distribuidores, suministradores y prestadores de las mercancías y servicios, así como de quienes, con fines comerciales, hubieran estado en posesión de las mercancías.

b) Los nombres y direcciones de los mayoristas y minoristas a quienes se hubieren distribuido las mercancías o servicios.

c) Las cantidades producidas, fabricadas, entregadas, recibidas o encargadas, y las cantidades satisfechas como precio por las mercancías o servicios de que se trate y los modelos y características técnicas de las mercancías.

Además, cuando la infracción de un derecho de propiedad industrial o de un derecho de propiedad intelectual se ha cometido mediante actos desarrollados a escala comercial (= obtener beneficios económicos o comerciales directos o indirectos), el futuro demandante puede solicitar la exhibición de los documentos bancarios, financieros, comerciales o aduaneros, producidos en un determinado tiempo y que se presuman en poder de quien sería demandado como responsable.

En tercer lugar, tratándose de infracciones cometidas a través de internet, el futuro demandante puede solicitar las medidas adecuadas para que se identifique al prestador de un servicio de la sociedad de la información sobre el que concurran indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad industrial o

de propiedad intelectual. En particular, la petición se puede dirigir a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (= proveedores de internet), de pagos electrónicos y de publicidad que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio con el prestador de servicios de la sociedad de la información que se desee identificar.

Finalmente, el titular de un derecho de propiedad intelectual que pretenda ejercitar una acción por infracción del mismo puede también solicitar como diligencia preliminar que un prestador de servicios de la sociedad de la información (= proveedor de internet) aporte los datos necesarios para llevar a cabo la identificación de un usuario de sus servicios, con el que mantengan o hayan mantenido en los últimos doce meses relaciones de prestación de un servicio, sobre el que concurran indicios razonables de que está poniendo a disposición o difundiendo de forma directa o indirecta, contenidos, obras o prestaciones objeto de tal derecho sin que se cumplan los requisitos establecidos por la legislación de propiedad intelectual, y mediante actos que no puedan considerarse realizados por meros consumidores finales de buena fe y sin ánimo de obtención de beneficios económicos o comerciales.

9. Otras diligencias previstas en leyes especiales.

En concreto, en la Ley de Patentes y en la Ley de Competencia Desleal se prevén las llamadas «diligencias para la comprobación de hechos», a través de las cuales el futuro demandante solicita al tribunal que se introduzca en el ámbito de la persona o empresa frente a quien se está planteando entablar una demanda, para comprobar si efectivamente el eventual demandado está realizando actuaciones contrarias al derecho de patente del futuro demandante, o lesivas de las reglas de comportamiento leal en el mercado.

Aunque no son en rigor diligencias preliminares, también hay que tener en cuenta las llamadas «medidas de acceso a fuentes de prueba» que regula la propia LEC en relación con los procesos para el ejercicio de acciones de indemnización de daños derivados de conductas contrarias a la competencia y en materia de protección de los secretos empresariales, a las que se hará referencia en la lección 20.

2.3. Tramitación de las diligencias preliminares

1º. *Competencia*

Como regla, la competencia para decretar una diligencia preliminar le corresponde al tribunal del domicilio de la persona que deba cumplir el contenido de la diligencia, teniendo en cuenta que, en función de la materia, la competencia objetiva podrá corresponder a la Sección Civil (o Única) o a la Sección Mercantil del Tribunal de Instancia.

No obstante, para ciertas diligencias previstas será competente el tribunal ante el que haya de presentarse la demanda sobre el fondo (es lo que sucede con la concreción de los integrantes de un grupo de consumidores, con las dos primeras diligencias para la tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y con las previstas en otras leyes especiales). Si, en estos casos, se solicitasen nuevas diligencias, a raíz del resultado de las hasta entonces practicadas, podrán instarse del mismo tribunal o bien del que, a raíz de los hechos

averiguados en la anterior diligencia, resultaría competente para conocer de la misma pretensión o de nuevas pretensiones que pudieran eventualmente acumularse.

En general, el tribunal que recibe la solicitud de diligencias preliminares debe comprobar de oficio su competencia: si a la vista de la solicitud estima que no la tiene, lo declarará así mediante auto no susceptible de recurso y sin tener que dar audiencia a la persona a la que se dirige la diligencia, ni al Ministerio Fiscal. En cambio, la parte frente a la que se solicita la diligencia preliminar no puede impugnar la competencia del tribunal por declinatoria: se pretende con ello simplificar la tramitación.

2º. *Postulación*

Los arts. 23.2 y 31.2 LEC establecen que no es necesaria la intervención de abogado y procurador para solicitar medidas urgentes con anterioridad al juicio. Por tanto, si se acredita la urgencia, no será necesaria la postulación para formular la petición de diligencias preliminares, aunque sí que lo será para las actuaciones subsiguientes del procedimiento de las diligencias preliminares.

3º. *Procedimiento*

Las diligencias preliminares habrán de solicitarse por medio de una petición escrita, en la que se deben expresar los fundamentos de la petición y se debe hacer referencia al asunto que constituirá el objeto del juicio que se quiere preparar, de modo que el tribunal pueda calibrar su procedencia. Es evidente que el solicitante no está aún en condiciones de identificar de forma completa su pretensión futura –por eso pide la diligencia preliminar–, pero sí que resulta razonable exigirle un esfuerzo de concreción del núcleo potencial de su hipotética demanda.

Recibida la solicitud, el tribunal, sin dar audiencia a la parte frente a la que se ha pedido la diligencia, resolverá por medio de auto si accede o no a la petición.

Si deniega la petición, el auto que dicte será recurrible en apelación. Si admite la petición, su auto no será recurrible en cuanto tal: en él citará a los interesados para la práctica de la diligencia, que en su caso podrán oponerse a ella (pero no recurrirla).

4º. *Caución*

Los gastos que se ocasionen a las personas que hayan de intervenir en la diligencia serán de cuenta del solicitante (salvo los del incidente de oposición, si se desestima). Por eso, el solicitante debe ofrecer y el tribunal acordar una caución para responder de los gastos que ocasione la práctica de las diligencias y de los daños y perjuicios que pueda causar a las personas requeridas si, después de la práctica de la diligencia, no interpone demanda en el plazo de un mes.

5º. *Oposición*

La parte que debe cumplir la diligencia puede acceder a ella u oponerse. Para ello deberá presentar ante el tribunal un escrito oponiéndose formalmente a la diligencia acordada, dentro de los cinco días siguientes a aquel en que haya

recibido la citación para la práctica de la diligencia preliminar. En tal caso, se dará traslado de la oposición al requirente, quien podrá impugnarla por escrito en el plazo de cinco días. Las partes, en sus respectivos escritos de oposición y de impugnación de esta, podrán solicitar la celebración de una vista, para formular alegaciones y practicar pruebas en relación con la procedencia de la diligencia preliminar. Tras la vista, el tribunal dictará un auto: si desestima la oposición, no cabrá recurso y condenará en costas al requerido que se opuso; si la estima, cabe apelación. Aunque la LEC no lo diga expresamente, hay que entender que la oposición suspende la práctica de la diligencia, pues, en otro caso carecería de utilidad.

6º. *Práctica de la diligencia*

La diligencia, en principio, habrá de llevarse a cabo en el día, lugar y hora señalados por el tribunal. En ese momento, *v.g.*, se exhibirán los documentos o las cosas; o se tomará declaración al futuro eventual demandado sobre hechos relativos a su capacidad, representación o legitimación. El tribunal puede acordar que se lleve a cabo en su sede o en el lugar que se considere oportuno. En particular, si se trata de la exhibición de documentos y títulos, está previsto que pueda hacerse telemáticamente, de modo que el interesado obtenga copia electrónica.

7º. *Límites a la utilización de la información obtenida*

La información obtenida mediante las diligencias previstas para la tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial se utilizará exclusivamente para la tutela jurisdiccional de los derechos de propiedad industrial o de propiedad intelectual del solicitante de las medidas, con prohibición de divulgarla o comunicarla a terceros. A instancia de cualquier interesado, el tribunal podrá atribuir carácter reservado a las actuaciones, para garantizar la protección de los datos e información que tuvieran carácter confidencial.

8º. *Negativa del requerido y consecuencias*

Es importante, asimismo, determinar cuáles son los efectos derivados de la negativa del requerido a llevar a cabo la diligencia, es decir, qué debe hacerse cuando el sujeto no se ha opuesto formalmente a la práctica de la diligencia preliminar (o ha visto rechazada su oposición formal), pero llegado el momento previsto no acude a la cita del tribunal o no lleva a cabo la actividad prevista. En tal caso, las consecuencias son diversas en función del contenido de la diligencia acordada:

— Si se hubiere pedido declaración sobre hechos relativos a la capacidad, representación o legitimación del citado, se podrán tener por respondidas afirmativamente las preguntas que el solicitante pretendiera formularle y los hechos correspondientes se considerarán admitidos a efectos del juicio posterior.

— Si se hubiese solicitado la exhibición de títulos y documentos y el tribunal apreciare que existen indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar, procediéndose, si

se encontraran, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante, en la sede del tribunal.

— Si se tratase de la exhibición de una cosa y se conociese o presumiese fundadamente el lugar en que se encuentra, se procederá de modo semejante y se presentará la cosa al solicitante, que podrá pedir el depósito o medida de garantía más adecuada a la conservación de aquélla.

— Si se hubiera pedido la exhibición de documentos contables, se podrán tener por ciertos, a los efectos del juicio posterior, las cuentas y datos que presente el solicitante.

— En los demás casos, ante la negativa del requerido o de cualquier otra persona que pudiera colaborar en la obtención de la información o en la exhibición de documentos, el tribunal ordenará que se acuerden 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.

LECCIÓN 17

LOS PROCEDIMIENTOS ORDINARIOS Y EL PROCEDIMIENTO LEGALMENTE ADECUADO

1. Los procesos declarativos: clases. — 2. Esquema general de los procedimientos ordinarios. — 3. El procedimiento legalmente adecuado: 3.1. Ámbito del juicio ordinario; 3.2. Ámbito del juicio verbal. — 4. La determinación de la cuantía. — 5. Tratamiento procesal de la inadecuación del procedimiento: 5.1. De oficio; 5.2. A instancia de parte.

1. LOS PROCESOS DECLARATIVOS: CLASES

En función del tipo de tutela que se solicite de los tribunales, los procesos pueden ser declarativos, ejecutivos o cautelares.

Son procesos declarativos aquellos a través de los que se pretende que el tribunal dicte una sentencia estimando la pretensión del demandante, pretensión que, a su vez, puede consistir en ordenar al demandado la realización de una prestación (acción y sentencia de condena), en la declaración de existencia, inexistencia o modo de ser de una relación o situación jurídica (acción y sentencia mero-declarativa) o en la creación, extinción o modificación de una relación o situación jurídica (acción y sentencia constitutiva). Los procesos declarativos, en definitiva, están diseñados para que los órganos jurisdiccionales proclamen en una sentencia cómo son o han de ser las cosas entre los litigantes para que resulten conformes a Derecho.

Los procesos declarativos, a su vez, pueden ser ordinarios o especiales. Son ordinarios, por exclusión, todos aquellos que no son especiales. Y los procesos especiales lo pueden ser básicamente por dos motivos: por razón de la materia sobre la que versan y por razón de la estructura del proceso.

Por razón de la materia, son especiales aquellos procesos que sirven para la tutela de ciertas parcelas del ordenamiento que, por su singularidad, necesitan que las cosas se hagan de forma distinta: el ejemplo más evidente lo ofrecen los procesos matrimoniales, en la medida en que afectan a un sector del Derecho privado en que no rige con plenitud la autonomía de la voluntad y en el que a menudo es necesario atender a exigencias de interés público –como, v.g., el «superior interés del menor»–.

En otros casos, los procesos son especiales porque resulta necesario estructurarlos siguiendo un esquema diverso al ordinario: así sucede, como se verá en la última lección, con el proceso monitorio (pensado para agilizar el cobro de créditos pecuniarios) o con los procesos para la liquidación de masas patrimoniales.

Durante las siguientes lecciones (lecciones 16 a 30) la atención se va a centrar en los procesos declarativos ordinarios, es decir, en aquellos que sirven para la aplicación del Derecho en la inmensa mayoría de las controversias civiles. Debe recordarse, además, que el proceso, externamente, se sustancia por los cauces de un procedimiento: el procedimiento es, por ello, el conjunto de pasos o trámites, diseñados por el legislador, que deben seguir el juez y las partes para dar curso a cada proceso. En nuestro ordenamiento, los procesos ordinarios pueden sustanciarse con arreglo a dos procedimientos diversos: el juicio ordinario y el juicio verbal. Es importante subrayar, además, que nuestro modelo procesal es bastante rígido: el procedimiento viene definido por la ley y es muy poco el margen de que disponen el juez y/o las partes para alterarlo. Además, tampoco es posible que las partes y/o el juez decidan con libertad el tipo de procedimiento que ha de seguirse, sino que existen unas reglas fijas que determinan si un litigio debe seguir los cauces del juicio ordinario o los del juicio verbal; no resulta posible, en consecuencia, que se tramite como ordinario un proceso que encaja dentro del ámbito de operatividad del juicio verbal, ni viceversa.

2. Esquema general de los procedimientos ordinarios

Una formulación exhaustiva de los trámites que componen el juicio ordinario y el juicio verbal sólo será posible tras su explicación detallada. No obstante, a los efectos de ofrecer un marco genérico en el que encajar las explicaciones, resulta conveniente tener en mente cuáles son las piezas fundamentales de cada uno de ellos.

El ***juicio ordinario*** comienza por medio de una demanda escrita, que ha de presentarse directamente al tribunal competente, acompañada de los documentos y pruebas preconstituidas de que disponga el demandante.

Admitida a trámite la demanda, será objeto de traslado al demandado, que tendrá un plazo de veinte días hábiles para presentar su escrito de contestación a la demanda.

> Debe recordarse que, dentro de los diez primeros días de ese plazo de veinte, el demandado tiene la carga de formular declinatoria si desea impugnar la jurisdicción o la competencia del tribunal, o poner de manifiesto la existencia de una cláusula de sumisión a arbitraje o a mediación.

Contestada la demanda –o precluido el plazo para hacerlo– el tribunal convocará a las partes a una primera vista, la *audiencia previa al juicio*: se trata de un acto oral (presencial, semipresencial o telemático) de contenido amplio, en el que se resuelven excepciones procesales, se delimita el objeto del proceso, se intenta llegar a un acuerdo y, en último término, se proponen pruebas por las partes y se decide por el tribunal sobre su admisión.

Salvo que el proceso se sobresea por motivos procesales, a la audiencia previa le seguirá, en principio un mes más tarde, el juicio, un nuevo acto oral (también presencial, semipresencial o telemático) en el que con inmediación y de

forma contradictoria se practicarán las pruebas admitidas por el tribunal y se formularán unas conclusiones, a modo de recapitulación, por las partes. En principio, con esta sucesión de actuaciones debe bastar para que el tribunal esté en condiciones de dictar sentencia.

El ***juicio verbal*** se presenta como un procedimiento algo más breve y sencillo que el ordinario. También comienza con una demanda escrita, acompañada de los documentos y pruebas preconstituidas de que disponga el demandante.

El demandado tendrá la carga de contestar por escrito en diez días.

> Dentro de ese mismo plazo, en su caso, habrá de formular declinatoria –pero siempre de forma separada y antes de haber presentado el escrito de contestación.

Contestada la demanda, se abre un trámite escrito para la resolución de cuestiones procesales y la proposición probatoria: tras la contestación a la demanda se abre un plazo de cinco días para que las partes propongan por escrito las pruebas que quieran practicar; además, si se han planteado cuestiones procesales en la contestación a la demanda, el actor podrá formular en ese mismo escrito las alegaciones que considere oportunas. El tribunal dictará un auto resolviendo sobre las cuestiones procesales y, si no sobresee el proceso, sobre la proposición probatoria y, cuando proceda, convocará a las partes a la vista.

Cuando proceda, el tribunal convocará a las partes a la vista, un acto oral (presencial o telemático) para la práctica de las pruebas personales admitidas. Debe advertirse, no obstante, que la celebración de la vista no es imprescindible, sino que dependerá del criterio del tribunal. No procederá en ningún caso su celebración –al margen del criterio del tribunal– si solo se ha admitido prueba documental no impugnada; si se aportaron informes periciales, tampoco se celebrará vista si el tribunal no considera pertinente o útil que los peritos declaren personalmente. Al término de la vista, tras unas breves conclusiones, queda el proceso visto para sentencia. En su diseño inicial (en 2000), el juicio verbal se componía únicamente de una demanda sucinta, tras la cual las partes eran convocadas a una vista donde se desarrollaba toda la actividad procesal. Sucesivas reformas han ido incorporando trámites escritos (la contestación a la demanda, la proposición de la prueba) y han atribuido poderes al tribunal para renunciar a la celebración de la vista. El resultado práctico es que el juicio verbal no tiene (casi) nada de «verbal», entendido este término como sinónimo de oral. El argumento ha sido siempre la eficiencia: celebrar vistas orales consume un tiempo y unos recursos de los que el sistema no dispone –o con los que no se le quiere dotar–. El coste, por supuesto, es el alejamiento del ciudadano de la justicia, que queda privado de lo que, en terminología anglosajona, se llama su *day in court*, en perjuicio de la legitimación social de la función judicial.

3. El procedimiento legalmente adecuado

Como se ha señalado antes, es preciso que cada proceso se sustancie por los cauces procedimentales que le correspondan: la *adecuación procedimental* es, por

tanto, un presupuesto procesal del que depende que el proceso pueda concluir con sentencia sobre el fondo. Si el proceso se sustancia por un cauce distinto del previsto por la ley se produce «inadecuación de procedimiento»: a pesar de que el tribunal posea jurisdicción y competencia, existe un vicio procesal que impide la prosecución del proceso y que debe ser subsanado.

La adecuación procedimental se determina en función de dos criterios: la materia sobre la que versa el litigio y la cuantía del proceso. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que el criterio de la materia es preferente sobre el de la cuantía: hay determinadas materias (no todas) para las que el legislador quiere que, en todo caso, el cauce procedimental sea el del juicio ordinario o el del juicio verbal; respecto de esos litigios, sea cual sea su cuantía, el cauce adecuado será el legalmente establecido. En general, el legislador suele querer que se tramiten como juicios ordinarios los litigios que versan sobre materias que le resultan *a priori* complejas o necesitadas de un examen procesal más detenido. Y opta por imponer el juicio verbal respecto de ciertas materias en las que considera importante que la tramitación sea más rápida. Cuando el proceso no versa sobre alguna de esas materias (y lo más habitual es que así sea), el criterio relevante será la cuantía del litigio.

3.1. Ámbito del juicio ordinario

1º. *Por razón de la materia*

Según el art. 249.1 LEC, serán juicios ordinarios por razón de la materia, y con independencia de su cuantía, aquellos por los que deban sustanciarse las siguientes demandas:

— las relativas a derechos honoríficos de la persona (v.g., título nobiliarios), a la tutela del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, y a la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental (salvo el de rectificación) –aquí pueden encajarse las demandas para la tutela civil del derecho fundamental a la protección de datos, previstas en el Reglamento General de Protección de Datos de 2016;

— las relativas a la impugnación de acuerdos de órganos de sociedades mercantiles;

— las demandas en materia de competencia desleal, defensa de la competencia (europea y nacional), propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad (salvo que se pida solo una cantidad de dinero, en cuyo caso se seguirá el procedimiento que corresponda por razón de la cuantía; y también salvo que se trate de recursos contra resoluciones de la Oficina Española de patentes y marcas en materia de propiedad industrial que pongan fin a la vía administrativa, que se tramitan por los cauces del juicio verbal, con ciertas especialidades);

— aquellas en que se ejerciten acciones colectivas relativas a condiciones generales de la contratación;

— las que versen sobre cualesquiera asuntos relativos a arrendamientos urbanos o rústicos de bienes inmuebles, salvo que se trate de reclamaciones de rentas o cantidades debidas por el arrendatario, o del desahucio por falta de pago o por extinción del plazo de la relación arrendaticia o salvo que sea posible hacer una valoración de la cuantía del objeto del procedimiento (en cuyo caso el procedimiento será el que corresponda a la cuantía);

— las que supongan el ejercicio de una acción de retracto de cualquier tipo;

— cuando se ejerciten las acciones que otorga a las Juntas de propietarios y a éstos la Ley de Propiedad Horizontal (salvo que se limiten a reclamar cantidades).

2º. *Por razón de la cuantía*

Según el art. 249.2 LEC, por razón de la cuantía, han de sustanciarse por los cauces del juicio ordinario aquellas demandas cuya cuantía exceda de 15000 euros y aquellas cuyo interés económico resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo.

3.2. Ámbito del juicio verbal

1º. *Por razón de la materia*

Han de sustanciarse por los cauces del juicio verbal y con total independencia de la cuantía los siguientes tipos de demandas (art. 250. 1 LEC):

— las que versen sobre reclamación de cantidades por impago de rentas y cantidades debidas y las que, igualmente, con fundamento en el impago de la renta o cantidades debidas por el arrendatario, o en la expiración del plazo fijado contractual o legalmente, 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 (se trata de las conocidas como pretensiones de *desahucio*);

— las que pretendan la recuperación de la plena posesión de una finca rústica o urbana, cedida en precario, por el dueño, usufructuario o cualquier otra persona con derecho a poseer dicha finca (se trata del llamado *desahucio por precario*);

— las que se dirigen a adquirir la posesión de los bienes hereditarios si no estuvieran siendo poseídos por nadie a título de dueño o usufructuario (conocido también como *interdicto de adquirir*);

— las que pretenden la tutela sumaria de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute (en la terminología del foro, heredada de tiempos anteriores, estas pretensiones se conocen como *interdictos de retener y de recobrar*);

— las que pretendan obtener la inmediata recuperación de la plena posesión de una vivienda o parte de ella por quienes se hayan visto privados de ella sin su consentimiento, siempre que el demandante sea la persona física que sea propietaria o poseedora legítima por otro título, una entidad sin ánimo de lucro con derecho a poseerla o una entidad pública propietaria o poseedora legítima de vivienda social (se trata de una modalidad singular de interdicto de recobrar, introducida en 2018);

— las que pretenden la suspensión sumaria de una obra nueva (el llamado *interdicto de obra nueva*, relativamente usual en la práctica para paralizar ciertas actividades consideradas ilícitas);

— las que pretenden que el tribunal ordene, con carácter sumario, el derribo o demolición de obra, edificio, árbol, columna o cualquier otro objeto en estado de ruina y que amenace causar daños (*interdicto de obra ruinosa*);

— las dirigidas a hacer efectiva la titularidad de derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad frente a quienes se opongan a ellos o perturben su ejercicio sin disponer de título inscrito que los legitime (se trata de una vía procesal muy útil, que se usa con frecuencia en la práctica como alternativa más rápida que la acción reivindicatoria y más contundente que los interdictos de retener y recobrar);

— aquellas en que se soliciten alimentos debidos por disposición legal o por otro título;

— las que supongan ejercicio del derecho de rectificación de hechos inexactos y perjudiciales;

— determinadas demandas en ejercicio de acciones de tutela sumaria en el ámbito de las compras a plazos de bienes muebles y de los arrendamientos financieros.

— las demandas que supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios;

— las demandas que pretendan la efectividad de los derechos que establece el art. 160 CC en el ámbito de las relaciones entre abuelos y nietos;

— las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de la contratación;

— las demandas en materia de propiedad horizontal que versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, sea cual fuere dicha cantidad;

— las demandas en que se ejercite la acción de división de la cosa común;

— los recursos contra las resoluciones que agoten la vía administrativa dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas.

2º. *Por razón de la cuantía*

Por razón de la cuantía se decidirán en el juicio verbal las demandas cuya cuantía no exceda de 15.000 euros (art. 250.2 LEC).

4. LA DETERMINACIÓN DE LA CUANTÍA

Por «cuantía», «cuantía litigiosa», «cuantía de la demanda» o «cuantía del proceso» ha de entenderse la expresión en dinero del interés económico del proceso. La cuantía es, pues, el valor económico de aquello que está en tela de juicio.

La cuantía del proceso es relevante a varios fines. Lo es, en lo que ahora nos ocupa, porque de ella depende la adecuación procedimental, si el proceso no versa sobre ninguna de las materias a que se refieren los arts. 249.1 y 250.1 LEC. Pero de la cuantía también dependen otros extremos:

a) Que resulte preceptiva o no la intervención de abogado y procurador (en función de si excede o no de 2000 euros).

b) Que resulte admisible el recurso de apelación frente a la sentencia dictada en primera instancia (en función de si excede o no de 3000 euros).

c) La cuantía también juega un papel relevante en relación con las costas del proceso. Algunas partidas significativas de la condena en costas se hallan condicionadas por la cuantía del proceso (v.g., los honorarios de abogado o de perito que habrán de ser reembolsados a la parte vencedora).

La fijación de la cuantía se ha de efectuar conforme a una serie de reglas, contenidas en los arts. 251 y 252 LEC.

La regla básica es sencilla: ***si se reclama una cantidad de dinero***, la cuantía será la cantidad reclamada, con independencia de cuál sea el origen de la reclamación y de que la cantidad reclamada sea o no la cantidad realmente debida.

> Ejemplo: A demanda a B el pago de 20.000 euros en concepto de daños y perjuicios por un incumplimiento contractual. El proceso se tramitará como juicio ordinario con independencia de que realmente haya existido incumplimiento o no y, por supuesto, con independencia de que lo debido por B sean realmente 20.000 euros o sea una cantidad inferior.

Es posible que el demandante no pueda cuantificar la cantidad que reclama: en estos casos, sin embargo, podrá hacerlo de forma relativa, esto es, indicando si, al menos, es seguro que la cuantía será o no superior a los 15.000 euros (de modo que se pueda determinar la clase de procedimiento). Si falta esa determinación, aun en forma relativa, la demanda se considerará de cuantía indeterminada, y habrá de sustanciarse con arreglo a los cauces del juicio ordinario.

Como es el demandante el que fija en su demanda la cuantía del proceso, existe el riesgo de que se reclame una cantidad superior a la realmente debida, al objeto de influir sobre aquellos extremos del proceso que dependen de la cuantía

(intervención de abogado, acceso a la apelación, acceso a la casación). Este riesgo, sin embargo, debe verse mitigado, como se verá en una lección posterior, con las reglas sobre condena en costas: si se reclama más de lo que puede acreditarse como debido, la sentencia no estimará totalmente la pretensión del demandante y este no tendrá derecho a una condena en costas a su favor.

Si lo que el actor reclama ***no es una cantidad de dinero***, entonces se aplican una serie de reglas establecidas en la propia ley para «convertir en dinero» pretensiones que no son de condena dineraria, a los efectos de calcular el valor económico de aquello que está en juego en el proceso.

— Si está en litigio la *propiedad s*obre bienes muebles o inmuebles, la cuantía es el valor de mercado de esos bienes. Si el litigio versa sobre usufructo, nuda propiedad, uso, habitación u otros derechos reales limitativos del dominio, la cuantía del litigio es igual a la que en cada caso corresponda a la base imponible tributaria sobre la que rige el impuesto de constitución o transmisión de esos derechos. Para las servidumbres se establecen tres criterios de aplicación sucesiva: a) el precio pagado por su constitución, si consta y esta no es anterior a cinco años; b) el precio (de mercado) que valdría su constitución, con independencia de cómo se haya adquirido; c) y, en último caso, la vigésima parte del valor (conjunto y de mercado) de los predios sirviente y dominante. Si se ejercita en el proceso un derecho real de garantía (*v.g.*: créditos con garantía prendaria o hipotecaria), la cuantía del litigio es el valor de lo reclamado por todos los conceptos.

— Cuando el actor reclame una prestación vitalicia o periódica, la cuantía resultará de multiplicar por diez el importe de una anualidad, salvo que la prestación periódica lo fuera por tiempo inferior a una anualidad.

— Si el actor reclama solo parte de la deuda, pero en el litigio se cuestiona la existencia o subsistencia de la obligación en su integridad, la cuantía de la demanda se fija por el valor total de la prestación en que la obligación consiste.

— En los juicios sobre arrendamientos de bienes, la cuantía de la demanda será el importe de una anualidad de renta, a no ser que se reclamen rentas ya vencidas, en cuyo caso el valor del litigio será el importe de lo efectivamente reclamado.

— Si la demanda versa sobre títulos valores cotizables en Bolsa, el valor del litigio se determina por el valor que resulte de la cotización media durante el año anterior. Si los títulos carecen de cotización, la cuantía se fija por el valor nominal de los títulos.

— Cuando la demanda se refiera al cumplimiento de una obligación de hacer, la cuantía se determinará de modo alternativo (a elección del actor), bien por el coste del hacer (no personalísimo) o por el importe de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento (cantidades ambas que deberían ser equivalentes). Si además de la condena a una prestación de

hacer, se solicitan daños y perjuicios, se sumarán estos al coste del hacer o a la evaluación del incumplimiento, a efectos de determinar la cuantía.

— En los llamados «juicios universales» (v.g., procesos de división de herencias y de liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales), la cuantía será la que resulte de la valoración separada de los elementos que componen la masa patrimonial, conforme a las restantes reglas del art. 251.

Además de las anteriores, existen reglas especiales cuando existe en el proceso pluralidad de acciones o de partes, es decir, cuando nos hallamos ante una situación de acumulación de acciones. Así:

— Cuando en la demanda se acumulen varias acciones principales, que no provengan de un mismo título, la cuantía de la demanda vendrá determinada por la cuantía de la acción de mayor valor. Idéntico criterio se seguirá para el caso de que las acciones estén acumuladas de forma eventual.

— Si las acciones acumuladas provienen del mismo título o con la acción principal se piden accesoriamente intereses, frutos, rentas o daños y perjuicios, la cuantía vendrá determinada por la suma del valor de todas las acciones acumuladas. Pero si el importe de cualquiera de las acciones no fuera cierto y líquido, solo se tomará en cuenta el valor de las acciones cuyo importe sí lo fuera. Para la fijación del valor no se tomarán en cuenta los frutos, intereses o rentas por correr, sino solo los vencidos.

— Cuando en una misma demanda se acumulen varias acciones reales referidas a un mismo bien mueble o inmueble, la cuantía nunca podrá ser superior al valor de la cosa litigiosa.

— Cuando se reclamen varios plazos vencidos de una misma obligación se tomará en cuenta como cuantía la suma de los importes reclamados, salvo que se pida en la demanda declaración expresa sobre la validez o eficacia de la obligación, en que se estará al valor total de la misma. Si el importe de alguno de los plazos no fuera cierto, se excluirá éste del cómputo de la cuantía.

— La concurrencia de varios demandantes o de varios demandados en una misma demanda en nada afectará a la determinación de la cuantía, cuando la petición sea la misma para todos ellos. Lo mismo ocurrirá cuando los demandantes o demandados lo sean en virtud de vínculos de solidaridad. Cuando la pluralidad de partes determine también la pluralidad de las acciones afirmadas, la cuantía se determinará según las reglas de determinación de la cuantía.

La ley también reconoce la posible existencia de procesos con cuantía indeterminada. La cuantía queda indeterminada en el proceso cuando el actor no ha podido determinarla (es decir, la indeterminación no puede tener su origen en

la falta de voluntad del actor). Existen tres posibles causas para esa indeterminación:

a) Que el objeto del proceso carezca de interés económico.

b) Que el interés económico del proceso no pueda calcularse conforme a ninguna de las reglas de determinación de la cuantía recogidas en la ley, porque ninguna de ellas resulta aplicable al caso concreto.

c) Que, aun siendo en abstracto aplicable alguna de las reglas legales de cálculo, no pueda determinarse la cuantía en el momento de interponer la demanda (*v.g.*, porque aún no están determinadas cuáles han sido todas las consecuencias del hecho dañoso que motiva la demanda de resarcimiento).

La indeterminación de la cuantía por alguna de estas razones tiene como consecuencia que la demanda haya de sustanciarse por los cauces del juicio ordinario.

Distinta de la indeterminación de la cuantía es su determinación de forma relativa: aunque es carga del actor formular una determinación clara y precisa de la cuantía, se le permite indicarla en forma relativa cuando justifique debidamente que el interés económico del litigio iguala la cuantía mínima del juicio ordinario, o que no excede la máxima del verbal. Cabe entender, por tanto, que el actor puede limitarse a acreditar que la cuantía alcanza con claridad los 15.000 euros o que manifiestamente no alcanza esa cifra.

5. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA INADECUACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

La ley quiere que cada proceso se ajuste al procedimiento que ella misma predetermina, de modo que, según se ha dicho antes, la tramitación del litigio por los cauces del procedimiento adecuado se erige en un genuino presupuesto procesal; cuando esto no sucede, se produce la llamada «inadecuación del procedimiento», vicio procesal que, según la LEC, puede denunciarse a instancia de parte, pero que también resulta apreciable de oficio.

El punto de partida es que el demandante habrá de justificar en su demanda la «clase de juicio en que se deba sustanciar la demanda»; también tendrá que expresar «justificadamente en su escrito inicial la cuantía de la demanda», en la medida en que de ella dependa la procedencia de uno u otro tipo de juicio. Y en un principio «al juicio se le dará inicialmente la tramitación que haya indicado el actor en su demanda» (art. 254.1 I).

5.1. De oficio

Ello no obstante, el art. 254 atribuye al tribunal una serie de facultades para apreciar de oficio la improcedencia del tipo procedimental designado por el demandante.

Así, es posible que el Letrado de la A. de J., a la vista de las alegaciones de la demanda, entienda que el tipo de procedimiento elegido por el actor no es el que se corresponde con la cuantía señalada o con la materia sobre la que versa la

demanda –en función de cuál sea el criterio determinante de la adecuación procedimental–. En concreto, cabe imaginar, al menos, las siguientes situaciones:

a) El demandante ha cometido un error al vincular la cuantía del litigio con el cauce procedimental designado: *v.g.*, fija la cuantía del litigio en 14.500 euros y, no obstante, indica en la demanda que procederá tramitarla por los cauces del juicio ordinario.

b) El demandante no ha advertido que la materia sobre la que versa el litigio obliga a sustanciarlo por los trámites de un procedimiento distinto al que él mismo ha designado: *v.g.*, pretende ejercitar su acción de rectificación por los cauces del juicio ordinario.

c) El demandante ha cometido un error aritmético al determinar la cuantía, que el propio tribunal deduce de los datos que el actor ha facilitado en su demanda: *v.g.*, reclama una cantidad de 12.500 euros en concepto de principal y 2600 en concepto de intereses, y fija la cuantía en 15.000 euros, en vez de en 15.100.

d) El demandante ha cometido un error al seleccionar la regla legal para calcular la cuantía, con repercusiones sobre su valor: *v.g.*, reclamaba el pago de una mensualidad atrasada de alquiler, de 1500 euros –que, según el art. 251.1ª, debería ser la cuantía litigiosa–, y sin embargo ha utilizado la regla de los juicios de arrendamientos (art. 251.9ª) y la ha señalado en una anualidad (18.000 euros), con lo que considera procedente el juicio ordinario, en vez del verbal.

e) El demandante ha atribuido a la demanda una cuantía concreta, inferior a 15.000 euros, a pesar de que el litigio carece de interés económico, o no se puede calcular dicho interés conforme a ninguna de las reglas legales de determinación de la cuantía, o no puede procederse a la cuantificación en el momento de interposición de la demanda: en tal caso, el actor debería haber señalado que la cuantía no es determinable, lo que haría procedente el juicio ordinario.

En todos estos casos, el Letrado de la A. de J. deberá dictar una diligencia de ordenación en la que mandará que se dé al asunto la tramitación que corresponda: advertido el error del demandante, fijará por sí mismo cuál es el cauce procedimental que ha de seguirse y decretará de oficio la conversión del procedimiento, que seguirá adelante. En definitiva, la regla general es la de que el tribunal, apreciado el defecto procesal, tiene la potestad de corregirlo de oficio, sin necesidad, por tanto, de inadmitir a trámite la demanda ni de arrojar sobre el demandante la carga de volver a presentarla, previa rectificación del error.

Sin embargo, es posible que el tribunal no esté en condiciones de proceder de oficio a la conversión del procedimiento:

— Cuando el actor, en su demanda, se ha limitado a indicar sin más la clase de juicio que corresponda, pero sin justificarlo, siquiera de manera

relativa, esto es, sin aportar los datos que permitieran al tribunal determinar cuál debe ser el procedimiento adecuado.

— Cuando el tribunal estima que la cuantía fijada por el actor es incorrecta, pero el demandante no ha aportado elementos suficientes para calcularla correctamente –pues entonces podría hacerlo directamente el Letrado de la A. de J. y convertir el procedimiento–.

En ambos casos, el Letrado de la A. de J. se enfrenta a la evidencia de que el procedimiento incoado por el actor puede no ser el legalmente adecuado, pero tampoco dispone de elementos suficientes para subsanar por sí el posible defecto. Por eso, la ley le ordena que no dé curso a los autos hasta que el actor subsane el defecto: «no dar curso a los autos» supone que queda en suspenso la decisión del Letrado de la A. de J. acerca de la admisión a trámite o no de la demanda; y la subsanación, necesariamente, ha de consistir en que el actor suministre al tribunal los elementos suficientes para calcular la cuantía –en el segundo supuesto– o para determinar el procedimiento adecuado –en el primero–. El plazo de subsanación será de diez días; si el actor lo hace, el Letrado de la A. de J. le dará en lo sucesivo la tramitación que corresponda, a la luz de los resultados que se desprendan de los nuevos elementos facilitados por el actor. En caso contrario, «se archivará definitivamente la demanda», esto es, quedará ésta definitivamente inadmitida (de modo que, a efectos civiles, será como si nunca se hubiera presentado, lo cual puede ser importante, v.g., en materia de prescripción).

5.2. A instancia de parte

En cuanto al tratamiento procesal a instancia de parte de la inadecuación del procedimiento, hay que distinguir según que la determinación del procedimiento se haya efectuado por el actor en función de la materia o en función de la cuantía.

a) La inadecuación de procedimiento ***por razón de la materia***, en el marco del juicio ordinario, debe ser denunciada por el demandado en la contestación a la demanda y habrá de ser resuelta en la audiencia previa al juicio. Si el juez desestima la alegación de procedimiento inadecuado el juicio ordinario sigue su sustanciación. Si cree que procede el juicio verbal, el juez ordenará la «conversión» del procedimiento: a tal fin, puede tener sentido proseguir con la audiencia previa para resolver sobre la proposición y admisión de la prueba y citar directamente a las partes para la vista del juicio verbal –o simplemente decretar que no habrá vista y que, por tanto, el asunto queda pendiente solo de dictar sentencia–.

En el marco del juicio verbal, el demandado habrá de alegar la inadecuación del procedimiento en la contestación a la demanda y el juez habrá de resolver al respecto en el auto a que se refiere el art. 438.10 LEC, tras haber leído las alegaciones del demandante formuladas con arreglo al art. 438.8 LEC. Si entiende adecuado el trámite del juicio verbal, este proseguirá. En caso contrario, debería ordenar su conversión en juicio ordinario y, por lo tanto, convocar a las partes a la audiencia previa al juicio, pues el ámbito de esta es más amplio que el del trámite de los apartados 8 a 10 del art. 438.

b) En cuanto a la inadecuación ***por razón de la cuantía***, se aplican las mismas reglas de tratamiento, con una singularidad: el demandado no se encuentra facultado para denunciar sin más lo incorrecto de la determinación de la cuantía hecha por el actor, a no ser que, a su juicio, una correcta determinación de aquélla conduciría a la tramitación del litigio por los cauces de otro procedimiento o que resultaría procedente el recurso de apelación.

> En consecuencia, el demandado no puede denunciar que la cuantía de 15.500 euros fijada por el actor asciende realmente a 45.000 (aunque ello pueda tener importantes consecuencias económicas); o que no son 850, sino 2500 (aunque ello puede afectar a la obligatoriedad de la postulación a través de procurador y abogado); pero sí que podrá hacerlo si entiende que la cuantía no es de 2500, sino de 3500, pues en tal caso sí que procedería el recurso de apelación (pero, en cambio, tal y como está redactado el art. 255.1 LEC, no parece que pueda hacerlo a la inversa, esto es, para lograr que no sea admisible *a priori* el recurso de apelación).

Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que esta limitación a la alegación de inadecuación procedimental por razón de la cuantía solo es operativa en los casos en que la pretensión ejercitada no consiste en la condena al pago de una cantidad de dinero. Según se vio antes, cuando la demanda es de condena al pago de dinero –sea cual sea el origen de la deuda–, la cuantía es sin más la cantidad reclamada por el actor. Lo único que permite la LEC, en definitiva, es que el demandado cuestione el modo en que el demandante aplicó las reglas de determinación de la cuantía y, además, solo si a resultas de una cuantificación correcta el cauce procedimental debe variar.

> Ejemplo 1: A interpone demanda de juicio ordinario frente a B, solicitando que sea condenado a pagarle 17.000 euros. Por mucho que B considere que solo le debe a A 5000 euros, no puede impugnar la cuantía del proceso. Lo que tendrá que hacer es defenderse en cuanto al fondo, para lograr una condena por un importe inferior al reclamado.

> Ejemplo 2: A interpone demanda de juicio verbal frente a B, pidiendo que se declare que es el dueño de la motocicleta en poder de este. En su demanda, A sostiene que el valor de mercado de la motocicleta es de 14.000 euros (razón por la cual el procedimiento adecuado es el juicio verbal). Si B considera que el valor de mercado de la motocicleta son 17.000 euros podrá sostener la inadecuación del procedimiento por razón de la cuantía, pues en ese caso el proceso debería sustanciarse como juicio ordinario. No podría hacerlo, por el contrario, si considerase que el valor de la motocicleta, en vez de los 14.000 euros afirmados por el actor, es de 10.500, pues no variaría el cauce procedimental que ha de seguirse.

En el marco del juicio ordinario, esta denuncia habrá de hacerse en la contestación a la demanda, para que el juez resuelva sobre ella en la audiencia previa. En el marco del juicio verbal, el demandado también habrá de formular su denuncia en la contestación a la demanda, para que el tribunal resuelva la cuestión en el trámite a que se refiere el art. 438.10. En ambos casos, las consecuencias

habrían de ser las mismas que se han expuesto respecto de la inadecuación por razón de la materia.

LECCIÓN 18

EL INICIO DEL PROCESO: LA DEMANDA

1. La demanda: 1.1. Requisitos de contenido y estructura; 1.2. Documentos que han de acompañar a la demanda. — 2. La litispendencia: 2.1. Concepto y duración; 2.2. Efectos procesales de la litispendencia; 2.3. Efectos materiales de la litispendencia. — 3. La admisión de la demanda.

1. LA DEMANDA

Como ya es sabido, el proceso civil comienza a instancia de parte, no de oficio. La demanda es el acto de parte por el que se inicia el proceso: se trata del acto en el que el demandante ejercita su derecho a la tutela judicial efectiva, afirma la titularidad de la acción que ejercita y solicita del tribunal una tutela jurisdiccional concreta.

1.1. Requisitos de contenido y estructura

La regulación de la demanda se contiene en el 399 LEC: se trata de una norma ubicada en la regulación específica del juicio ordinario, pero tiene aplicación general para los demás procesos, salvo las especialidades previstas en cada caso por la propia ley.

La LEC impone fundamentalmente requisitos de contenido de la demanda y muy pocos requisitos de forma. En la práctica, sin embargo, se produce una especie de estandarización de las demandas, que es producto del uso forense, pero no una imposición legal.

1º. *Contenido de la demanda*

La demanda debe presentar el siguiente contenido:

— Identificación y localización de la parte actora y de la parte demandada.

> Si el demandante es persona obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia o elige hacerlo sin estar obligada, hará constar en la demanda un número de teléfono y una dirección de correo electrónico, así como su compromiso de recibir a través de ellos cualquier comunicación que le dirija la oficina judicial.

— Mención del nombre y apellidos del procurador y del abogado del demandante, cuando intervengan.

— Exposición numerada y separada de los hechos, que se narrarán de forma ordenada y clara. Se expresarán los documentos, medios o instrumentos que se

aporten en relación con esos hechos y se podrán hacer valoraciones sobre los mismos.

— Exposición numerada y separada de los fundamentos de derecho, tanto los referidos al fondo del asunto, como los relativos a la concurrencia de los presupuestos procesales.

— Fijación con claridad y precisión de lo que se pide. Cuando se pidan varios pronunciamientos se expresarán con la debida separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente se harán constar con separación y claridad.

— Descripción del proceso de negociación llevado a cabo antes de interponer la demanda con la finalidad de llegar a un acuerdo (recuérdese que es requisito de procedibilidad haber intentado solucionar extrajudicialmente el conflicto a través de un MASC).

Es posible que esa actividad negociadora no haya podido desarrollarse por desconocerse el domicilio de la parte demandada o el medio por el que puede ser requerida a tal fin. En tal caso, habrá que describir estas circunstancias en la demanda, a los efectos de evitar que se entienda no cumplido el requisito procesal.

2º. *Estructura formal de la demanda*

La estructura de la demanda, como se ha señalado, es fruto del uso forense más que de una exigencia legal. Lo habitual es distinguir en toda demanda –y por el siguiente orden– los siguientes elementos:

a) Encabezamiento

En él se suele hacer constar:

— Tribunal al que se dirige.

— Identificación y localización del actor y, en su caso, de su representante procesal (procurador) y defensor técnico (abogado).

Cuando interviene procurador, es él quien formalmente presenta la demanda en nombre de su mandante. Por eso, suelen utilizarse fórmulas del siguiente estilo: «Juan Pérez García, Procurador de los Tribunales de Madrid (núm. col. xxx), en nombre y representación de Antonio López García, que se acredita por medio de poder general para pleitos que acompaña a la presente demanda como Doc. 1, viene a interponer demanda…»

También se consignará un número de teléfono, dispositivo electrónico, servicio de mensajería simple o una dirección de correo electrónico, si se dispone de ellos, a los meros efecto de contacto por el tribunal. Y si el demandante está obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia o elige hacerlo así, consignará necesariamente un número de teléfono y una dirección de correo electrónico.

— Identificación y localización del demandado.

Ha de recordarse que la localización del demandado supone la necesidad de designar uno o varios lugares en los que pueda efectuarse el primer emplazamiento (cfr. art. 155 LEC) o, cuando proceda, la dirección electrónica en

la que esté obligado, legal o contractualmente, a comunicarse con la Administración de Justicia.

— Concreción sucinta de la pretensión y de la clase de proceso, es decir, determinación del tipo de procedimiento que ha de seguirse (un juicio ordinario o un juicio verbal).

Así, por ejemplo, «XXX viene a interponer demanda de juicio ordinario frente a YYY en reclamación del importe de ZZZ euros»; o «XXX viene a interponer demanda de juicio verbal frente a YYY para recuperar la posesión de la finca registral núm. ZZZ».

b) Cuerpo de la demanda, que se suele dividir en dos partes diferenciadas:

— Hechos: el actor consigna todos los hechos que considera relevantes para la estimación de la demanda. Por razones de claridad, la LEC exige que lo haga de manera separada y numerada. Se debe hacer referencia también a los documentos, medios e instrumentos que aporta en relación con esos hechos y a su valoración. Asimismo, se consignan los hechos de los que depende la concurrencia de los presupuestos procesales (por ejemplo, aquellos de los que dependen la competencia del tribunal o la adecuación del procedimiento).

— Fundamentos de derecho: se suelen exponer en primer lugar los fundamentos jurídicos relativos a los presupuestos procesales y después los relativos al fondo. La LEC exige que se haga en párrafos separados y numerados.

c) Suplico o petición

Formulando una suerte de silogismo entre los hechos y los fundamentos de derecho, en esta parte de la demanda se concreta la tutela que se solicita al tribunal. Si las peticiones son varias es preciso formularlas separadamente y, en su caso, determinar cuál es la principal y cuál la subsidiaria.

d) Otrosí u otrosíes

El adverbio «otrosí» es un sinónimo, arcaico, de «además» o «también». En esta parte de la demanda se suelen formular peticiones accesorias al tribunal, que no se corresponden directamente con la tutela principal solicitada.

Así, se suelen pedir por medio de otrosí las medidas cautelares; también se formula así petición de desglose del poder del procurador para poder utilizarlo en otros procesos.

e) Fecha y firma

En toda demanda debe constar la firma del procurador y del abogado, si intervienen. Si el justiciable puede comparecer por sí mismo y decide hacerlo, será él quien firme. Estas firmas, junto a la fecha, se suelen incluir al final del escrito de demanda.

Si ponemos en relación los elementos o piezas de la demanda con los elementos identificadores de la acción, se puede comprobar cómo: a) en el encabezamiento se identifican los sujetos del proceso; b) en el cuerpo de la demanda se expone la causa de pedir; c) en el suplico se formula el *petitum*.

3º. *Eficacia preclusiva de la interposición de la demanda*

El art. 400 LEC establece una regla de preclusión de hechos y fundamentos jurídicos que resulta de la máxima relevancia: cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla (aunque sea a título eventual), sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. La parte, por tanto, debe efectuar un esfuerzo previo de estudio del caso desde todos sus ángulos fácticos y jurídicos, para presentar al tribunal todos los posibles enfoques fácticos y jurídicos que permitirían, aunque fuera eventualmente, sostener su pretensión.

La coercibilidad de esta carga se logra atribuyendo eficacia preclusiva a la interposición de la demanda: una vez interpuesta, ya no podrán aducirse con posterioridad nuevos fundamentos de hecho o de derecho. El precepto legal, señala en este sentido que, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y fundamentos jurídicos aducidos en un proceso se considerarán los mismos que los alegados en un proceso anterior si hubiesen podido alegarse en este. Esto significa que si durante la pendencia de un proceso se interpusiese otro en que el mismo *petitum* pretendiera fundarse en hechos y/o en fundamentos jurídicos distintos de aquellos aducidos en el primero, habrá de sobreseerse el segundo proceso por litispendencia, aunque los objetos no son idénticos, porque los fundamentos fácticos y jurídicos del segundo proceso, que son distintos a los del primero, debieron haberse formulado en él. Lo mismo sucederá si el segundo proceso, en que se aducen otros fundamentos fácticos y jurídicos para sostener el mismo *petitum* del primero, se interpone cuando este primero ya ha concluido por resolución firme sobre el fondo: el segundo proceso se sobresee, esta vez por cosa juzgada, aunque nuevamente los objetos no sean idénticos. Con ello se trata de evitar el llamado «goteo» de pretensiones, esto es, que una misma pretensión trate de obtenerse de forma reiterada al amparo de fundamentos jurídicos y/o fácticos diferentes.

> *Ejemplo.* El sujeto A sufrió una serie de lesiones como consecuencia del accidente del autobús en que viajaba. Su abogado no tiene claro si la demanda de indemnización de daños y perjuicios contra la empresa propietaria del autobús puede fundarse en la culpa contractual o si, por el contrario, se trata de un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. La regla del art. 400 LEC le arroja la carga de aducir en su demanda los dos posibles fundamentos o títulos jurídicos (uno de modo principal, el otro eventualmente), pues de lo contrario, si solo adujera en el proceso uno de ellos y fracasara, no podría después incoar nueva demanda formulando la reclamación fundándola en el otro título no ejercitado en el primer proceso.

4º. *La demanda en el juicio verbal*

El art. 437.1 LEC prevé que el juicio verbal se inicie por demanda escrita, a la que resultan de aplicación las mismas reglas que en el juicio ordinario.

De forma singular, si se sigue el cauce del juicio verbal por razón de la cuantía y esta es inferior a 2000 euros, ha de recordarse que no es preceptiva ni la

intervención de abogado ni la representación de procurador. Para suplir una eventual carencia de conocimientos jurídicos del demandante, el art. 437.2 LEC establece que se podrá formular la demanda cumplimentando unos impresos normalizados (formularios con espacios en blanco) que se encontrarán a disposición de las partes en el tribunal correspondiente (físicamente o en su sede electrónica). En estos casos, además, la demanda podrá ser sucinta, de modo que se considerará suficiente con que se fije con claridad y precisión lo que se pida y se concreten los hechos fundamentales en que se base la petición (no parece necesaria, por tanto, una calificación jurídica).

5º. *Tratamiento procesal de los requisitos de la demanda: el llamado «defecto legal en el modo de proponer la demanda»*

El incumplimiento por el actor de los requisitos fijados en la ley para la demanda puede dar lugar al llamado «defecto legal en el modo de proponer la demanda», que supone un óbice procesal que puede impedir al tribunal dictar sentencia sobre el fondo. Ahora bien, no todo incumplimiento de los requisitos de la demanda da lugar a un defecto legal en el modo de proponer la demanda. De acuerdo con el art. 424.2 LEC este defecto procesal concurrirá solo cuando no sea posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor (o, en su caso, del demandado en la reconvención) o frente a qué sujetos se formulan las pretensiones. Por tanto, solo la absoluta indeterminación sobre alguno o varios de los elementos identificadores de la acción (sujetos, *petitum* o causa de pedir) conlleva el sobreseimiento del proceso. El incumplimiento de otros requisitos no obsta al pronunciamiento del fondo, pero seguramente dificultará la estimación de la pretensión del actor.

El defecto legal en el modo de proponer la demanda puede apreciarse de oficio o alegarse por el demandado en la contestación a la demanda, para resolverse en la audiencia previa (juicio ordinario) o en la vista (juicio verbal). En todo caso, el defecto es subsanable, algo que se requerirá al demandante en la propia audiencia o en la vista, formulando las aclaraciones y precisiones que sean necesarias. Solo en caso de que no se efectúe esa subsanación en el acto de la audiencia previa o en la vista acordará el tribunal el sobreseimiento del proceso.

1.2. Documentos que han de acompañar a la demanda

El demandante tiene el deber y/o la carga de acompañar al escrito de demanda una serie de documentos, así como tantas copias de unos y otros cuantas sean las demás partes del proceso.

1º. *Documentos procesales*

En primer término, han de aportarse los llamados «documentos procesales» (art. 264 LEC), que sirven para acreditar la concurrencia de ciertos presupuestos procesales. Se trata de los siguientes:

— El poder para pleitos conferido al procurador, que se acredita mediante la certificación del registro electrónico de apoderamientos judiciales o con la referencia al número que le haya asignado ese registro.

— Los documentos que acrediten la representación que el litigante se atribuya (*v.g.*, en el caso de personas jurídicas, los documentos que acreditan que quien actúa en nombre de ella es quien, según los estatutos, la puede representar válidamente).

— Los documentos o dictámenes que acrediten el valor de la cosa litigiosa a efectos de competencia y procedimiento.

— El documento que acredite haberse intentado la actividad negociadora previa a la vía judicial cuando la ley exija dicho intento como requisito de procedibilidad, o una declaración responsable de la parte de la imposibilidad de llevar a cabo la actividad negociadora previa a la vía judicial por desconocer el domicilio de la parte demandada o el medio por el que puede ser requerido.

La falta de aportación de estos documentos supone un óbice procesal, que será subsanable: el Letrado de la A. de J. que constate la ausencia de alguno de estos documentos en el momento de recibir la demanda no podrá admitirla a trámite y requerirá al actor para que subsane el defecto (pero si no lo subsana, la demanda podrá acabar siendo inadmitida por el juez).

2º. *Documentos relativos al fondo*

Junto a los anteriores, el art. 265 LEC hace referencia a una serie de documentos que guardan relación con lo que será objeto de discusión y decisión en el marco del proceso, y que deben aportarse en la medida en que existan en el caso concreto y se disponga de ellos. Se trata, por tanto, de documentos que se aportan con finalidad probatoria y que, por ser prueba preconstituida, tiene la parte actora la carga de aportar con su demanda:

— Los documentos en los que la parte demandante funde su derecho: se trata, pues, de los documentos que integran la prueba documental.

— Los medios e instrumentos que permitan archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas,.

— Las certificaciones y notas sobre asientos registrales o sobre el contenido de libros registro, actuaciones o expedientes de cualquier clase.

— Los dictámenes periciales en que el demandante apoye sus pretensiones.

— Los informes elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados sobre los hechos en que el demandante funde sus pretensiones.

La LEC exige la aportación de estos documentos y objetos en un momento tan inicial del proceso porque se trata de pruebas preconstituidas (que preexisten al proceso y cuya práctica se agota en su mera presentación). Si no se aporta alguno de estos documentos relativos al fondo, precluye la posibilidad de aportarlo con posterioridad: en consecuencia, el tribunal no podrá tenerlo en cuenta a la hora de dictar sentencia (lo que redundará en perjuicio de quien no levantó la carga de su aportación).

De forma equivalente, el demandado tiene la carga de aportar estos mismos documentos con su contestación a la demanda (tanto en el juicio ordinario como en el verbal).

3º. *Documentos exigidos en casos especiales*

El art. 266 LEC enumera una serie de documentos que deben aportarse necesariamente en casos especiales y cuya falta de aportación determina la inadmisión a trámite de la demanda.

> Se trata, en todos los casos, de documentos relacionados con procesos sobre materias muy concretas:
>
> 1º. Los documentos que justifiquen cumplidamente el título en cuya virtud se piden alimentos, cuando este sea el objeto de la demanda.
>
> 2º. Los documentos que constituyan un principio de prueba del título en que se funden las demandas de retracto y, cuando la consignación del precio se exija por la ley o por contrato, el documento que acredite haber consignado, si fuere conocido, el precio de la cosa objeto de retracto o haberse constituido caución que garantice la consignación en cuanto el precio se conociere.
>
> 3º. El documento en que conste fehacientemente la sucesión *mortis causa* en favor del demandante, así como la relación de los testigos que puedan declarar sobre la ausencia de poseedor a título de dueño o usufructuario, cuando se pretenda que el tribunal ponga al demandante en posesión de unos bienes que se afirme haber adquirido en virtud de aquella sucesión.

4º. *Aportación de copias*

El escrito de demanda debe presentarse, en principio, de forma telemática, a través del sistema LexNet –o el sistema equivalente que exista en la Comunidad Autónoma–. No obstante, dado que la primera notificación al demandado no puede hacerse siempre por esta vía, se deberá aportar en soporte papel, en los tres días siguientes, tantas copias literales cuantas sean las otras partes (arts. 273-275 LEC). El incumplimiento de este requisito es, como regla, subsanable. Pero si no se subsana el defecto, el tribunal tendrá por no presentado el escrito o documento del que no haya recibido copia. En consecuencia:

— Si no se aporta copia de la demanda (y no se subsana), la demanda se tendrá por no presentada.

— Si no se aporta copia de alguno de los documentos procesales (art. 264 LEC), el tribunal lo tendrá por no presentado y apreciará la concurrencia del correspondiente defecto procesal.

— Si no se aporta copia de alguno de los documentos de fondo (art. 265 LEC) el tribunal lo tendrá por no presentado y se producirá la preclusión.

— Si no se aporta la copia de alguno de los documentos especiales que condicionan la admisibilidad de la demanda según el art. 266 LEC, el tribunal habrá de tenerlo por no presentado y, en consecuencia, deberá también inadmitir la demanda (aunque de ella sí que se hayan presentado copias).

— Si es el demandado quien no aporta copia de la contestación a la demanda, se tendrá por no presentada (y el demandado será probablemente declarado en rebeldía).

2. LA LITISPENDENCIA

2.1. Concepto y duración

La litispendencia se puede describir como la situación consistente en que un proceso se halle pendiente de resolución ante un órgano jurisdiccional. Pero, realmente, lo que interesa es determinar el conjunto de efectos que llevan aparejados la incoación de un proceso y la pendencia del mismo. Estos efectos son de dos clases: procesales y jurídico-materiales, y se producen durante un determinado lapso de tiempo.

El *dies a quo* o momento inicial de la litispendencia lo determina el art. 410 LEC: «La litispendencia se produce desde la interposición de la demanda si después es admitida». En consecuencia, el momento inicial de la litispendencia es el de presentación de la demanda, aunque los efectos que se producen a partir de entonces están sujetos a la condición de que la demanda resulte después admitida por el tribunal.

> Por eso mismo, presentada la demanda, se producen los efectos de la litispendencia (*v.g.*, se interrumpe la prescripción extintiva, como veremos); ahora bien, si la demanda es inadmitida, entonces se borran dichos efectos, como si nunca se hubieran producido (y, en consecuencia, la prescripción no se entenderá interrumpida, por seguir con el ejemplo).

El *dies ad quem* o momento final de la litispendencia no plantea problemas: concluye en el momento en que adquiere firmeza la sentencia o resolución que ponga fin al proceso.

2.2. Efectos procesales de la litispendencia

La litispendencia produce una serie de efectos que se proyectan en la esfera procesal, tanto en el marco del proceso en curso como, eventualmente, sobre otros procesos distintos. Se trata de los siguientes:

1º. *Excepción de litispendencia*

Estando pendiente un proceso, no está permitido incoar un segundo proceso con el mismo objeto de aquel que ya estaba pendiente; y, si ese segundo proceso con el mismo objeto llega a incoarse, el tribunal deberá sobreseerlo sin pronunciarse sobre el fondo. La excepción de litispendencia sirve así para evitar sentencias contradictorias (y, en menor medida, a la economía procesal, pues evita que se desarrollen a la vez dos procesos con el mismo objeto).

Para que se aprecie la excepción de litispendencia es necesario que los objetos de los dos procesos sean idénticos, con independencia de cuál sea la posición procesal que ocupen las partes en ambos procesos; y es indiferente que

los dos procesos de objeto idéntico pendan ante el mismo tribunal o ante tribunales distintos.

> Debe recordarse, no obstante, que el art. 400 LEC permite aplicar la excepción de litispendencia si en el segundo proceso se pretende lo mismo que en el primero, solo que con base en hechos o fundamentos jurídicos distintos (pero que pudieron haberse aducido en el primero).

La excepción de litispendencia debe ser apreciada en el proceso incoado en segundo lugar. En principio, se puede apreciar de oficio (si el tribunal del segundo proceso tiene constancia de ello) o a instancia de parte. A tal fin, quien sea demandado en el segundo proceso habrá de alegar la pendencia de un proceso anterior con el mismo objeto en la contestación a la demanda: en el caso del juicio ordinario, el tribunal resolverá en la audiencia previa al juicio y sobreseerá el segundo proceso en caso de que estime la alegación del demandado; en el marco del juicio verbal, el óbice procesal alegado por el demandado en la contestación se resolverá por el tribunal en el acto de la vista y puede igualmente conducir al sobreseimiento del proceso.

2º. *Perpetuatio iurisdictionis*

El segundo efecto procesal de la litispendencia, regulado en el art. 411 LEC, significa que la jurisdicción y la competencia del tribunal se determinan con arreglo al estado de hechos existente en el momento de la presentación de la demanda: en consecuencia, serán irrelevantes los hechos posteriores que puedan afectar a la jurisdicción y competencia del tribunal (*v.g.* alteraciones en cuanto al domicilio de las partes o a la situación de la cosa litigiosa u objeto del juicio, en tanto que factores de los que pueda depender la jurisdicción o la competencia territorial del tribunal).

> *Ejemplo.* Si para determinar la competencia territorial se ha utilizado el fuero general del domicilio del demandado (art. 50 LEC), el momento temporal relevante es el de interposición de la demanda: si en el momento de interposición de la demanda el demandado tenía su domicilio en Madrid, serán los tribunales de esta ciudad los que ostenten competencia territorial, aunque con posterioridad el demandado haya trasladado su domicilio a Zaragoza.

3º. Prohibición de *mutatio libelli*

La expresión *mutatio libelli* significa «cambio de demanda». Este tercer efecto procesal de la litispendencia se regula en el art. 412 LEC y significa que, una vez determinado el objeto del proceso en la demanda, en la contestación y, en su caso, en la reconvención, las partes no podrán realizar alegaciones o peticiones que supongan una alteración de las pretensiones iniciales.

> *Ejemplo 1.* Si el actor en su demanda solicitó la condena del demandado a pagarle 20.000 euros en concepto de daños y perjuicios por culpa contractual, la prohibición de *mutatio libelli* le impide en un momento posterior del proceso (*v.g.*, en la audiencia previa al juicio) rectificar y afirmar que la cantidad se le debe por enriquecimiento injusto.

Ejemplo 2. Ejercitada frente a él acción reclamando el pago de una cantidad de dinero, el demandado se defiende en su contestación a la demanda alegando que ya ha realizado la prestación que se le reclama; la prohibición de *mutatio libelli* le impide alegar en un momento posterior otras posibles defensas, como, *v.g*., que la deuda ha prescrito.

La prohibición de *mutatio libelli* no significa que las partes no puedan realizar ningún tipo de alegación con posterioridad a esos momentos, pero no podrán alterar la esencia de la pretensión del demandante y de la contrapretensión del demandado. En efecto, la LEC prevé una serie de casos en los que con posterioridad a la demanda y a la contestación (con o sin reconvención), las partes pueden hacer alegaciones complementarias, básicamente consistentes en hechos acaecidos con posterioridad o hechos anteriores de los que no se tenía noticia, que les permiten realizar variaciones en sus peticiones iniciales, siempre que no supongan modificación sustancial. Lo que la prohibición de *mutatio libelli* significa es que ni el demandante puede ejercitar nuevas acciones, ni el demandado nuevas excepciones (que pudo alegar en la contestación). Las razones son dos: garantizar el derecho de defensa de la parte contraria y establecer una regla de preclusión en la determinación del objeto, con la finalidad de asegurar la ordenada tramitación del proceso.

4º. *Ut lite pendente nihil innovetur*

Este último efecto procesal de la litispendencia viene establecido en el art. 413 LEC, con la rúbrica «influencia del cambio de circunstancias en la sentencia sobre el fondo». La norma dispone que la sentencia debe dictarse atendiendo al estado fáctico existente en el momento de interposición de la demanda y sin tener en cuenta las alteraciones sufridas por aquél durante la sustanciación del proceso.

Se trata, no obstante, de una regla que debe matizarse, pues no supone que la justicia se administre cerrando los ojos a la realidad y sin tener en cuenta los hechos que puedan producirse durante el lapso temporal que discurre desde la interposición de la demanda hasta la emisión de la sentencia. En distintas ocasiones, la LEC permite a las partes alegar en el proceso hechos sobrevenidos que pueden haber alterado las bases fácticas sobre las que el actor interpuso la demanda. Incluso el propio art. 413 prevé la posibilidad de que el cambio produzca la terminación anticipada del proceso por satisfacción extraprocesal o por pérdida sobrevenida de interés.

En realidad, esta regla solo tiene el sentido de evitar que las partes o terceras personas realicen de forma maliciosa actos tendentes a frustrar la efectividad de la eventual futura sentencia estimatoria de la demanda, mediante un cambio de la realidad física o jurídica, no ya porque ese cambio suponga una satisfacción extraprocesal, sino porque obligaría a interponer una nueva demanda.

2.3. Efectos jurídico-materiales de la litispendencia

La pendencia de un proceso con un objeto determinado también produce efectos de derecho material o sustantivo, porque la presentación de la demanda es un acto jurídico al que el ordenamiento anuda una serie de consecuencias, entre las que cabe mencionar las siguientes:

1º. La interposición de la demanda evita la caducidad y provoca la interrupción de la prescripción, tanto de la extintiva (art. 1973 CC) como de la adquisitiva o usucapión (art. 1945 CC).

2º. Los bienes y derechos sobre cuya titularidad verse el proceso adquieren la condición de bienes litigiosos, que afecta a su transmisión (será rescindible si se hizo sin contar con la parte contraria: cfr. arts. 1291 y 1535 CC).

3º. El deudor se constituye en mora, con todos los efectos que ello conlleva (arts. 1100, 1101, 1109 CC); en especial, a partir de la interposición de la demanda se devenga el interés legal, si se reclama una deuda pecuniaria líquida.

3. La admisión de la demanda

Una vez presentada la demanda, el tribunal tiene el deber de decidir sobre su admisión. La regla general sobre esta cuestión la establece el art. 403.1 LEC, que establece que las demandas solo se inadmitirán en los casos y por las causas expresamente previstas en la ley. En consecuencia, el criterio legal general es favorable a la admisión de las demandas.

Asimismo, hay que tener en cuenta otra regla general: el tribunal no puede inadmitir a trámite una demanda por motivos de fondo (es decir, por considerar que lo que en ella se pide es infundado, absurdo o incluso contrario a Derecho). En el momento de presentación de la demanda el tribunal no está autorizado para juzgar la falta de fundamento en cuanto al fondo de la demanda presentada: en su caso, una vez tramitado el proceso, dictará sentencia desestimatoria.

> No obstante, hay algún precepto aislado que sí permite esta inadmisión, como el art. 42 CC en relación con la demanda que contuviera una eventual exigencia de cumplimiento *in natura* de la promesa de matrimonio quebrantada.

Por ello, el tribunal solo puede inadmitir a trámite una demanda por motivos procesales: cuando aprecia en el momento de su recepción la ausencia de algún presupuesto procesal o la concurrencia de algún óbice procesal; y, en todo caso, antes de acordar la inadmisión, debe ofrecer la oportunidad al demandante de subsanar el defecto concurrente, si es que es subsanable. La LEC no tiene una norma general que disponga cuáles son los motivos procesales que permiten la inadmisión de la demanda; ahora bien, lo anterior se puede deducir del conjunto de preceptos que establecen cuáles son los poderes de control de oficio del tribunal en ese momento procesal.

El tribunal antes de admitir la demanda debe controlar, al menos, los siguientes extremos:

— Que posee competencia internacional, jurisdicción por razón de la materia y competencia objetiva: en caso de no poseerlas, no podrá admitir la demanda. En cuanto a la falta de competencia territorial, el tribunal solo podrá apreciarla cuando venga determinada por normas imperativas, pero esta

apreciación no provocará una inadmisión de la demanda sin más, sino una remisión de las actuaciones al tribunal que se considere competente.

— La capacidad para ser parte de actor y de demandado: la ausencia de alguna de ellas determina la inadmisión de la demanda.

— La capacidad procesal, la representación y la postulación del actor: su ausencia, si no se subsana, determinará también la inadmisión de la demanda.

— La aportación de las copias de la demanda y demás documentos que la ley exige para su admisión: si dicha falta no fuera subsanada, procedería de nuevo la inadmisión.

— Que la acumulación de acciones efectuada en la demanda resulta admisible: en caso contrario, y si el actor no subsana el defecto, se inadmitirá la demanda.

— Que se ha descrito en la demanda el proceso de negociación previo llevado a cabo –cuando sea requisito de procedibilidad– o los motivos que lo han hecho imposible.

> Esta última exigencia la establece ahora el art. 403.2 LEC, para reforzar el significado como presupuesto procesal del intento previo de resolver la controversia a través de un MASC.

La verificación inicial de que concurren los presupuestos procesales que deben controlarse de oficio deberá realizarla el Letrado de la A. de J.

Si el Letrado de la A. de J. considera que no se dan todos los requisitos necesarios para la admisión de la demanda, requerirá su subsanación al demandante, en caso de que el defecto sea subsanable. Si el defecto no es subsanable o el actor no lo ha subsanado en el plazo señalado por el Letrado de la A. de J.., este lo pondrá en conocimiento del juez, quien decidirá al respecto. Si el juez considera que, en efecto, no concurren todos los requisitos, dictará un auto inadmitiendo a trámite la demanda. Dicho auto será recurrible en apelación, dado que es una resolución definitiva que pone fin al proceso. En cambio, si el juez considera la demanda admisible, dictará por sí mismo un auto de admisión (no tiene sentido que la devuelva al secretario para que éste dicte decreto de admisión).

Si, por el contrario, entiende desde el principio el Letrado de la A. de J. que no hay razón para inadmitir la demanda, dictará él mismo –sin informar al juez– un decreto admitiéndola y ordenando que se dé traslado de ella al demandado y, además:

— En el caso del juicio ordinario, emplazará al demandado para que conteste a la demanda en un plazo de veinte días (art. 404 LEC).

— En el caso del juicio verbal (art. 440.1 LEC), emplazará igualmente al demandado para que conteste a la demanda, pero esta vez en un plazo de diez días (art. 438.1 LEC).

En definitiva, las demandas pueden ser admitidas a trámite por el Letrado de la A. de J. o por el tribunal, pero solo pueden ser inadmitidas a trámite por el tribunal.

LECCIÓN 19

CONDUCTAS POSIBLES DEL DEMANDADO ANTE LA DEMANDA. LA AUDIENCIA PREVIA AL JUICIO

1. Introducción. — 2. La rebeldía: 2.1. Requisitos; 2.2. Efectos. — 3. La contestación a la demanda: 3.1. Contenido de la contestación a la demanda; 3.2. Forma de la contestación a la demanda; 3.3. Las excepciones del demandado: procesales y materiales. — 4. La reconvención: 4.1. Requisitos de la reconvención; 4.2. Efectos. — 5. Los límites entre la excepción material y la reconvención: las llamadas «excepciones reconvencionales»: 5.1. La alegación de compensación; 5.2. La alegación de nulidad del negocio jurídico. — 6. Alegaciones posteriores a la demanda y a la contestación a la demanda. — 7. La audiencia previa al juicio en el juicio ordinario. — 8. Alegaciones y funciones análogas a la audiencia previa en el juicio verbal.

1. INTRODUCCIÓN

Una vez que el demandado ha sido correctamente emplazado y que, por tanto, tiene conocimiento de la demanda interpuesta frente a él, son varias las posibles actitudes que puede adoptar:

1º. Puede no comparecer, es decir, no acudir al proceso: en tal caso, será declarado en rebeldía.

2º. Si comparece en el proceso, puede adoptar a su vez distintas actitudes:

a) Puede comparecer y no contestar a la demanda: no será declarado en rebeldía, pero tampoco se defiende, por lo que el tribunal resolverá sin tener en cuenta sus posibles alegaciones

Se trata de una actitud rara y poco frecuente, sobre la que no se dirá nada más.

b) Puede comparecer y contestar a la demanda, de diversas formas.

c) Puede comparecer y reconvenir.

2. LA REBELDÍA

La rebeldía es la situación jurídica que se crea en el proceso como consecuencia de la incomparecencia del demandado: se produce, por tanto, cuando no comparece dentro del plazo que se le concede para ello (20 días en el juicio ordinario, 10 días en el juicio verbal). La LEC se ocupa de la rebeldía en los arts. 496 a 500.

2.1. Requisitos

Para que pueda existir rebeldía en sentido propio la incomparecencia del demandado ha de ser inicial y total: solo hay rebeldía si el demandado no ha comparecido en ningún momento del proceso. En consecuencia, si el demandado comparece inicialmente pero luego no realiza ninguna actuación, no estará en rebeldía, aunque le precluirá la facultad de realizar en un momento posterior aquellas actuaciones que no realizó en plazo. Además, el demandado puede comparecer en cualquier fase del proceso, momento a partir del cual dejará de estar en rebeldía.

La rebeldía se produce por el hecho objetivo de la incomparecencia del demandado en el proceso: a efectos de la declaración en rebeldía es indiferente que la incomparecencia sea voluntaria o involuntaria. La razón de esto es sencilla: si el primer emplazamiento del demandado se ha llevado a cabo correctamente, la ley presume que este conoce la existencia de la demanda y del proceso y, por tanto, que su incomparecencia es voluntaria. Evidentemente, es posible que la rebeldía del demandado haya sido, en un caso concreto, involuntaria: el demandado no compareció porque no conocía el proceso (se produjo un fallo en la comunicación) o porque, por otro motivo justificado, a pesar de conocer la existencia del proceso, no pudo comparecer. Esta involuntariedad de la rebeldía se tiene en cuenta por la ley al efecto de conceder con posterioridad ciertos cauces de defensa al demandado rebelde.

La rebeldía ha de ser expresamente declarada por el Letrado de la A. de J., incluso de oficio (496.1 LEC). Transcurrido el plazo para contestar a la demanda, si el demandado no comparece es declarado en rebeldía.

2.2. Efectos

Comparecer en el proceso no es para el demandado un deber, sino una carga. No puede ser obligado coercitivamente a comparecer, pero de su incomparecencia se derivarán ciertos efectos negativos, vinculados a la declaración en rebeldía. En términos generales, la declaración en rebeldía tiene la finalidad de hacer posible que el proceso siga válidamente su curso sin la participación en él del demandado.

De manera más concreta, hay que tener en cuenta lo siguiente:

1º. La declaración de rebeldía no se considera allanamiento o admisión de hechos (esta es, en cambio, la regla en los sistemas procesales de muchos países de nuestro entorno). Se presume, pues, que el demandado rebelde se opone a la acción del demandante, por lo que, con carácter general, la rebeldía no releva al actor de la carga de probar los hechos en que funda su demanda ni de la carga de convencer al tribunal de que debe dictar sentencia estimatoria.

> Hay casos excepcionales en que la ley expresamente otorga a la declaración en rebeldía valor equivalente a una admisión de hechos (arts. 602 y 618) o a un allanamiento (art. 440.2) o similar (arts. 816.1 y 825). Estos supuestos se analizarán en las lecciones correspondientes.

2º. La rebeldía implica la preclusión: el demandado rebelde puede comparecer en cualquier momento del proceso, pero debe aceptarlo en el estado en que se encuentre. Como regla, la incorporación del demandado rebelde al proceso no provoca una retroacción de las actuaciones, de modo que le resultará imposible efectuar posteriormente aquellos actos cuyo plazo de realización ya ha transcurrido (art. 499).

> Como excepción a esta regla, el demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, haya comparecido después del momento establecido para proponer prueba en primera instancia, podrá pedir que se practiquen en segunda instancia todos los medios de prueba que convengan a su derecho (art. 460.3).

3º. Puede suceder, no obstante, que el demandado rebelde «involuntario» comparezca en un momento posterior del proceso, mientras este sigue aún tramitándose e interponga el llamado «incidente de nulidad de actuaciones»: si demuestra que su rebeldía se debe a que no conoció la existencia del proceso como consecuencia de un irregular emplazamiento (art. 238.1 LOPJ), las actuaciones serán nulas de pleno derecho desde ese momento, lo que obligará al tribunal a declararlo así y a retrotraer las actuaciones al momento del emplazamiento, para que vuelva a sustanciarse el proceso, esta vez con el demandado.

4º. La declaración de rebeldía da lugar a un régimen especial de notificaciones de las resoluciones judiciales que se dicten en el proceso:

— La resolución que declare la rebeldía se notificará al demandado en forma electrónica (si tiene la obligación legal o contractual de relacionarse por este medio con la Administración de Justicia), por correo si su domicilio fuera conocido y, si no, mediante edictos (a través del Tablón Edictal Judicial Único).

— Hecha esta notificación no se llevará a cabo ninguna otra, salvo la de la resolución que ponga fin al proceso. Esta regla tiene una importante excepción: si durante la pendencia del proceso se llega a conocer el paradero del demandado, en los casos en que la rebeldía se debe a que el demandado fue emplazado por edictos ante el desconocimiento de su domicilio: en este caso, habrá que comunicarle la pendencia del proceso, de oficio o a instancia de parte.

— La sentencia o resolución que ponga fin al proceso se notificará al demandado personalmente por el sistema de entrega (art. 161 LEC) si se conoce su domicilio. Si el demandado se hallare en paradero desconocido, la notificación se hará por edicto, que se publicará en el Tablón Edictal Judical Único. Lo mismo se hará con las sentencias que se dicten en vía de recurso.

5º. La rebeldía conlleva ciertas especialidades en el régimen de recursos.

— De un lado, el rebelde puede hacer uso de los recursos ordinarios que quepan contra la sentencia que se dicte, siempre, claro está, que lo haga en plazo. El plazo para interponer esos recursos inicia su cómputo de distinta manera, según se haya notificado la sentencia: si la sentencia se le notificó personalmente, el plazo para recurrir comienza a correr a partir del día siguiente a la notificación (sistema general); pero si la sentencia se le notificó por edictos, entonces el plazo comenzará

a correr desde el día siguiente a aquel en que se publique dicha notificación en el Tablón Edictal Judicial Único.

— De otro lado, el rebelde que ha permanecido en esa situación de manera involuntaria, dispone de hasta tres instrumentos distintos para lograr la anulación o la rescisión de la sentencia firme: el incidente de nulidad de actuaciones, el proceso de revisión y, más específicamente, la denominada «audiencia al rebelde» (todos ellos se estudian más adelante, en la lección 29).

3. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

La contestación a la demanda es el acto por el cual el demandado fija su posición frente a la acción o acciones afirmadas por el actor en su demanda.

3.1. Contenido de la contestación a la demanda

El contenido de la posición que adopta el demandado en su contestación puede ser diverso, aunque a grandes rasgos pueden delimitarse tres tipos de actitud: allanarse, defenderse y atacar al actor.

1. El demandado puede ***allanarse*** a la demanda: en tal caso, el tribunal deberá dictar sentencia favorable al actor.

> El allanamiento se analiza con más detenimiento en la lección 25.

2. El demandado puede ***defenderse*** de la acción ejercitada por el actor; y puede hacerlo de diversas formas:

a) El demandado puede *negar la existencia de los hechos* alegados por el actor como fundamento de su demanda. En tal caso, esos hechos serán controvertidos y recae sobre el actor la carga de probarlos.

En este sentido, hay que tener en cuenta que, según el art. 405.2 LEC, el tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas por parte del demandado en su contestación como admisión tácita (*ficta confessio*) de los hechos que le sean perjudiciales.

Por eso, el demandado tiene la carga de negar los hechos alegados por el actor como forma de arrojar sobre el actor la carga de probarlos y, al mismo tiempo, como forma de evitar que el tribunal pueda tenerlos por admitidos.

> Suele ser usual, por eso, que toda contestación a la demanda comience con una negación genérica de los hechos afirmados por el actor, salvo en cuanto coincidan con los afirmados por el propio demandado, como forma de evitar cualquier margen de admisión tácita.

b) El demandado puede admitir la veracidad de los hechos alegados por el demandante, pero negar la consecuencia jurídica que pretende anudar a los mismos. Entonces, la discrepancia se centrará en una cuestión estrictamente jurídica.

c) El demandado puede alegar la falta de algún presupuesto procesal o la concurrencia de algún óbice procesal que impida dictar sentencia sobre el fondo: estas alegaciones se denominan *excepciones procesales*.

d) El demandado puede alegar ciertos hechos, no afirmados por el actor, con los que pretende obtener la desestimación de la demanda: a estas alegaciones se las llama *excepciones materiales*.

3. Finalmente, el demandado puede atacar al actor, formulando ***reconvención***: en tal caso, no se limita a pedir su absolución, sino que ejercita una acción propia frente al demandante.

Hay que tener en cuenta que estas diversas conductas que pueden integrar la contestación a la demanda no son siempre incompatibles entre sí: el demandado puede, al mismo tiempo, defenderse y formular reconvención; y, a la hora de defenderse, puede al mismo tiempo negar ciertos hechos, admitir otros, oponer excepciones procesales y/o materiales.

3.2. Forma de la contestación a la demanda

En cuanto a su forma, la contestación a la demanda es un acto escrito que el demandado tiene la carga de presentar dentro de los veinte días siguientes al emplazamiento (juicio ordinario) o de los diez días siguientes (juicio verbal). El escrito de contestación a la demanda tiene los mismos requisitos y ha de revestir la misma estructura que el de demanda; el demandado habrá de acompañarle los mismos documentos que se señalan para la demanda (arts. 264 –documentos procesales– y 265 –documentos relativos al fondo–). La falta de presentación en plazo de la contestación comporta la preclusión, con todas sus consecuencias negativas.

> En asuntos en que no sea necesaria la actuación de abogado y procurador el demandado podrá servirse de unos formularios o impresos normalizados, que estarán a su disposición en el tribunal o en su sede judicial electrónica; se le informará de esta posibilidad al efectuarle el primer emplazamiento.

El Letrado de la A. de J. puede advertir la existencia de defectos procesales en la contestación a la demanda, en cuyo caso concederá al demandado un plazo para subsanarlos antes de admitir su contestación. También podrá el actor, en la audiencia previa al juicio o en la vista, denunciar el «defecto legal en el modo de proponer la contestación», en caso de que no se pueda comprender cuáles son las alegaciones formuladas por este; de igual facultad dispondrá, de oficio, el propio juez.

3.3. Las excepciones del demandado

En sentido amplio, y por herencia de la terminología jurídica romana, se llama *excepción* a cualquier medio de defensa del demandado frente a la demanda con el que pretende conseguir la desestimación de esta. Tradicionalmente se distinguen dos categorías de excepciones: las excepciones procesales y las excepciones materiales.

1º. *Las excepciones procesales*

Son excepciones procesales aquellas por las que el demandado pone de manifiesto la ausencia de algún presupuesto procesal o la concurrencia de un óbice procesal. Si se estiman, impiden un pronunciamiento del tribunal en cuanto al fondo y provocan, en consecuencia, el sobreseimiento del proceso. Al interponer una excepción procesal, el demandado está poniendo de relieve que, a su juicio, el demandante carece de derecho al proceso (no tiene derecho a una sentencia sobre el fondo), razón por la cual el tribunal debe sobreseer el proceso.

El sistema de la LEC distingue dos grandes formas de hacer valer las excepciones procesales, en función de la clase de presupuestos u óbices procesales a que se refieran:

a) De un lado, se encuentra la alegación por el demandado de que el tribunal carece de jurisdicción y/o competencia, o de que el asunto ha sido sometido a arbitraje o a mediación: en tal caso, el demandado tiene la carga de hacerlas valer a través de la declinatoria (y, si se estiman, el proceso quedará sobreseído).

> Como se recordará, en el juicio ordinario el demandado habrá de interponerla dentro de los diez primeros de los veinte días de que dispone para contestar a la demanda, y con carácter previo e independiente de esta; y, en el juicio verbal, habrá de hacerse dentro de los mismos diez días de que dispone para contestar a la demanda, pero en todo caso también con carácter previo e independiente de esta.

b) De otro lado, se encuentran las restantes excepciones procesales, esto es, cualesquiera otras alegaciones del demandado en relación con la ausencia de los demás presupuestos procesales (v.g., capacidad y representación de las partes, concurrencia de requisitos para la acumulación inicial de acciones) o con la concurrencia de óbices procesales (v.g., la existencia de litispendencia o de cosa juzgada, o la falta del debido litisconsorcio pasivo necesario). La forma de alegarlas y de resolverlas es parcialmente diferente en función del tipo de procedimiento que se esté siguiendo:

— En el marco del juicio ordinario, el demandado habrá de proponerlas en su escrito de contestación a la demanda y el tribunal tendrá el deber de resolverlas en la audiencia previa al juicio, tras oír a las partes. La resolución se realiza, como regla, de forma oral en la audiencia previa; en ciertos casos, sin embargo, la LEC permite que, en atención a la complejidad del asunto, el tribunal difiera su decisión para días posteriores a la audiencia previa.

— En el marco del juicio verbal, habrán de proponerse también en la contestación a la demanda; el demandante podrá alegar al respecto por escrito, en un plazo de cinco días; y el tribunal habrá de resolver por medio de auto..

En ambos casos, la estimación por el tribunal de la excepción procesal determina el sobreseimiento del proceso, dado que el tribunal no puede pronunciarse sobre el fondo de la controversia. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que ciertos defectos procesales alegados por el demandado pueden ser subsanados. Por eso, con mayor precisión, cabe decir que el auto de sobreseimiento procederá

solo si el tribunal estima que la excepción procesal concurre y que el defecto es insubsanable o que tras el plazo concedido no se ha subsanado.

2º. *Las excepciones materiales*

Son excepciones materiales aquellas a través de las cuales el demandado pone de relieve que el demandante no tiene acción en el caso concreto, esto es, que no se dan las condiciones para que el tribunal dicte una sentencia favorable y estimatoria de la demanda. Las excepciones materiales se fundan en cuestiones de Derecho sustantivo y su apreciación por el tribunal conduce a la desestimación de la demanda y a la absolución del demandado en cuanto al fondo (total o parcial, en función del alcance de la excepción material).

Es importante subrayar la diferencia entre la mera negación de los hechos o de la consecuencia jurídica que el actor pretende anudarles, de un lado, y las excepciones materiales, de otro. Lo significativo de las excepciones materiales es que a través de ellas el demandado introduce en el proceso hechos nuevos y distintos de los alegados por el demandante en su demanda. Los hechos que fundan una excepción material no son incompatibles con los hechos constitutivos de la acción afirmada por el demandante; ahora bien, las consecuencias jurídicas de los hechos alegados por el demandado a través de su excepción material conducen a que el tribunal deba desestimar la acción.

La excepción material, por tanto, supone algo distinto de la mera negación de hechos o de consecuencias jurídicas: el demandado que opone una excepción material no niega que sea cierto el relato de hechos expuesto en la demanda; ahora bien, lo que hace es poner en conocimiento del tribunal otros hechos (ciertos a su juicio, pero no narrados por el actor) cuya eficacia jurídica le beneficia.

En términos generales, todos los hechos que son relevantes para un proceso son susceptibles de encaje en alguna de las cuatro siguientes categorías: hechos constitutivos, hechos impeditivos, hechos extintivos y hechos excluyentes.

a) Son ***hechos constitutivos*** aquellos en los que el actor funda su pretensión. Son los hechos que integran la causa de pedir y que deben concurrir para que pueda estimarse existente la acción afirmada por el actor.

> *Ejemplo.* En el marco de un proceso en que el actor solicita que el demandado sea condenado al pago de una cantidad de dinero que este le adeuda como pago del precio de una compraventa, son hechos constitutivos todos aquellos que ponen de manifiesto la existencia del contrato y la entrega de la cosa: porque si son ciertos, entonces el ordenamiento determina que el comprador sea obligado a pagar el precio.

b) Son ***hechos impeditivos*** aquellos que se producen de manera coetánea a los constitutivos e impiden que estos desplieguen su eficacia jurídica habitual. Encajan en esta categoría los vicios del consentimiento que invalidan de forma absoluta los negocios jurídicos.

> *Ejemplo.* En el caso anterior, el demandado puede reconocer que son ciertos los hechos de los que se desprende, en apariencia, la celebración del contrato y la entrega de la cosa; pero puede alegar que accedió a la conclusión del

contrato sometido a violencia o coacción: la ausencia de consentimiento obliga al tribunal a considerar nulo el contrato y, por tanto, le impide condenar al demandado a cumplir prestación alguna.

c) Son ***hechos extintivos*** los que acaecen con posterioridad a los constitutivos y suprimen o extinguen la eficacia de éstos. Encajan en esta categoría el pago o cumplimiento de la prestación, la condonación o la novación, entre otros.

Ejemplo. En el caso anterior, el demandado, sin negar la certeza del contrato y su validez, afirma que ya ha pagado al actor el precio que este le reclama: de ser cierta esta alegación, no podrá ser condenado y la demanda será desestimada.

d) Finalmente, son ***hechos excluyentes*** aquellos que se producen con posterioridad a los constitutivos y otorgan al demandado un contraderecho que le permite enervar, destruir o paralizar la pretensión del demandante. Dentro de esta categoría se puede mencionar la prescripción, así como las causas que determinan la anulabilidad de los negocios jurídicos.

Ejemplo. En el caso anterior, el demandado puede alegar que han transcurrido ya más de cinco años desde que se produjo el impago. Es cierto que su obligación subsiste, pues la prescripción no extingue los derechos, pero no puede olvidarse que la prescripción le otorga al deudor el contraderecho que impide que tenga éxito la reclamación del acreedor, si decide ejercitarlo.

Los hechos constitutivos «pertenecen» al actor y a él le corresponde la carga de alegarlos y probarlos. Los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes le «pertenecen» al demandado, quien tendrá la carga de alegarlos –interponiendo las correspondientes excepciones materiales– y de probarlos. Puede decirse así que toda excepción material consiste en la alegación de un hecho impeditivo, extintivo o excluyente.

Es posible que, en un caso concreto, el demandado dude acerca de la concurrencia de más de una excepción: es posible que las diversas excepciones que concurren sean compatibles, en cuyo caso podrán interponerse simultáneamente en la contestación; ahora bien, para el caso de que sean incompatibles, habrá de acudirse a la técnica de la acumulación eventual, pues el demandado también está constreñido por la regla de preclusión, que le obliga a incorporar a su contestación todas las excepciones materiales que pudieran competerle, ya que no se le admitirá una alegación posterior.

Ejemplo. En el caso anterior, el demandado considera que la compraventa fue nula de pleno derecho, aunque en todo caso han pasado ya más de cinco años desde su celebración. Tiene a su disposición dos excepciones materiales: la de nulidad del negocio y la de prescripción; estas excepciones son incompatibles entre sí, ya que si el negocio es nulo, no puede haber nacido de él un derecho de crédito que pueda prescribir. Ahora bien, para evitar la preclusión, el demandado podrá oponer ambas excepciones en su contestación a título eventual: afirmará que el negocio es nulo (excepción de nulidad) y, para el caso de que el tribunal la desestime, pedirá que se tenga por interpuesta la excepción de prescripción.

En principio, es carga del demandado alegar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes formulando la oportuna excepción material. De forma tradicional, sin embargo, la jurisprudencia ha venido admitiendo que el tribunal puede de oficio apreciar la nulidad del contrato en que se funda la pretensión del demandante, si los hechos determinantes de esa nulidad son patentes, aunque el demandado no lo haya pedido. Además, en materia de consumo, la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea insiste en señalar que los tribunales tienen el deber de apreciar de oficio la nulidad de las cláusulas contractuales, cuando esa nulidad derive de su carácter abusivo: se entiende, pues, que en este ámbito la aplicación de las reglas legales sustantivas es imperativa –de orden público, si se prefiere–, de modo que escapan a las reglas de juego ordinarias del principio dispositivo.

Las excepciones materiales han de alegarse por el demandado en su contestación a la demanda y se resuelven por el tribunal en la sentencia, dado que afectan al fondo del litigio. Como el demandado tiene la carga de probar los hechos en que funda sus excepciones materiales, habrá de proponer las pruebas oportunas.

Es posible que el actor quiera reaccionar de algún modo frente a las excepciones materiales del demandado, negándolas o aduciendo, a su vez, hechos que puedan desvirtuar su eficacia jurídica. En algunos sistemas procesales, esto genera la existencia de «réplicas» y «dúplicas». En nuestra legislación, sin embargo, la regla general es la de que cada una de las partes dispone de una única oportunidad para formular por escrito sus alegaciones. Por eso, salvo lo que se verá un poco más adelante para la compensación y la nulidad del negocio subyacente, la reacción del demandante frente a las excepciones del demandado habrá de efectuarse oralmente por el actor en la audiencia previa (juicio ordinario) o al comienzo de la vista (juicio verbal).

4. LA RECONVENCIÓN

La reconvención es la acción que el demandado ejercita frente al demandante en el marco del proceso incoado por este: el demandado no se limita a solicitar al tribunal la desestimación de la acción ejercitada frente a él, sino que él mismo solicita la estimación de su nueva acción frente al demandante. Como consecuencia de la reconvención el demandado inicial pasa a ser también demandante (reconviniente) y el demandante inicial pasa a ser también demandado (reconvenido).

El demandado que reconviene introduce en el proceso una acción nueva: por eso, la reconvención provoca una ampliación de objeto del proceso, da lugar a un proceso con pluralidad de objetos.

4.1. Requisitos de la reconvención

La reconvención está sujeta a los siguientes requisitos:

1º. *Momento procesal*

La reconvención debe formularse en el escrito de contestación a la demanda, tanto en el juicio ordinario como en el verbal.

2º. *Forma*

La reconvención debe ser explícita. El art. 406.3 LEC dice que debe acomodarse a los requisitos de estructura y forma de la demanda: debe expresar con claridad la tutela que se pide y en ningún caso se considerará formulada reconvención en el escrito en que el demandado se limite a pedir su absolución. No caben, pues, las reconvenciones implícitas.

3º. *Contenido*

La LEC exige que la reconvención sea conexa: debe existir conexión entre la acción o acciones ejercitadas por el demandante en la demanda principal y la acción o acciones ejercitadas por el demandado por vía reconvencional. Al darse por supuesta la conexión subjetiva, esta conexión debe ser objetiva (vinculación por razón del *petitum* y/o de la causa de pedir).

> *Ejemplo.* Si el actor ejercitó acción pidiendo que el demandado fuera condenado a cumplir una obligación contractual, el demandado puede reconvenir pidiendo que el tribunal decrete la resolución del contrato por incumplimiento del mismo por el demandante.

4º. *Sujetos*

La regla general es que la reconvención es una acción que el demandado ejercita frente al demandante. Sin embargo, el art. 407.1 LEC permite que la demanda reconvencional se dirija no solo frente al demandante inicial, sino también frente a terceros: el único requisito que impone es que esos terceros puedan considerarse litisconsortes voluntarios o necesarios del actor reconvenido por su relación con el objeto de la demanda reconvencional.

> *Ejemplo.* A, B y C suscribieron un contrato del que nacen varias obligaciones. B demanda a C solicitando el cumplimiento de una prestación que C tiene frente a él en virtud del contrato. C pretende reconvenir solicitando que se decrete la nulidad del contrato en su conjunto, por tener causa ilícita: esa reconvención ha de formularla no solo frente a B, sino también frente a A, que es igualmente parte del contrato y a quien afectaría su eventual declaración de nulidad por el tribunal a resultas de la reconvención.

5º. *Competencia del tribunal*

El tribunal que conoce de la acción inicial tiene que poseer también competencia internacional, jurisdicción por razón de la materia y competencia objetiva para conocer de la acción reconvencional. En cambio, no es un obstáculo que el tribunal carezca de competencia territorial para conocer de la acción reconvencional.

Este requisito puede ser fuente de problemas cuando el ejercicio de la acción inicial corresponde a la competencia objetiva de las Secciones Civiles de los Tribunales de Instancia y la reconvención a sus Secciones de lo Mercantil, o

viceversa. El art. 406.2 LEC contempla el supuesto en que se esté tramitando un proceso ante una Sección Civil (o Única) del Tribunal de Instancia y se plantee mediante reconvención una acción que entre dentro del ámbito de competencia de las Secciones de lo Mercantil: en tal caso, el juez de la Sección Civil dará audiencia al actor y demás partes personadas por un plazo de cinco días y se inhibirá del conocimiento del asunto, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al juez de la Sección de lo Mercantil que resulte competente. La reconvención, por tanto, provoca un traslado del proceso y, con ello, una alteración de la competencia del tribunal elegido por el actor para formular su demanda.

> Nada dice la LEC sobre la situación inversa, es decir, la que se daría si, tramitándose un proceso ante un juez de una Sección de lo Mercantil, se plantea mediante reconvención una acción que correspondería enjuiciar a una Sección Civil. Sería lógico entender que en este caso la falta de competencia objetiva no fuese un obstáculo, pues los jueces de lo Mercantil están facultado para conocer por conexión de asuntos que no entran dentro del ámbito de su competencia (como se deduce de los arts. 73 y 77 LEC).

Si el tribunal considera que no debe admitir la reconvención por falta de competencia objetiva para conocer de la acción reconvencional lo acordará así por medio de auto –al fin y al cabo, inadmitir la reconvención equivale a inadmitir la demanda–. Lo singular es que dicho auto podrá ser recurrido en apelación de forma inmediata, suspendiéndose la tramitación del procedimiento principal hasta que dicho recurso sea resuelto: se trata de una excepción a la regla general de que el curso del proceso no se vea alterado por la interposición de recursos devolutivos con efectos suspensivos.

6º. *Homogeneidad del procedimiento*

A la acción reconvencional le ha de corresponder un cauce procedimental que sea compatible con el que se está siguiendo ya respecto de la acción inicial. En consecuencia:

— Si el proceso abierto es un juicio ordinario, no pueden ejercitarse por vía reconvencional acciones que deban sustanciarse por razón de la materia por los cauces del juicio verbal; sí pueden ejercitarse por vía reconvencional, en cambio, las acciones que deban sustanciarse por los cauces del juicio verbal por razón de la cuantía o por los cauces del juicio ordinario.

— Si el proceso abierto es un juicio verbal por razón de la cuantía, no pueden ejercitarse en él por vía de reconvención cualesquiera acciones que, por razón de la materia o de la cuantía, deban ejercitarse en juicio ordinario; pero sí podrán ejercitarse en él por vía de reconvención aquellas acciones que, por razón de la cuantía, deban sustanciarse también como juicio verbal.

— Si el proceso abierto es un juicio verbal por razón de la materia, o un proceso especial, no cabrá en ningún caso formular reconvención.

4.2. Efectos de la reconvención

La válida formulación de reconvención por el demandado produce los siguientes efectos:

— La demanda reconvencional se tramita conjuntamente con la demanda inicial, en un mismo procedimiento y se decide en una misma sentencia. Pero la acción reconvencional conserva su autonomía respecto de la acción inicial, tanto en sus presupuestos procesales, como en los de fondo.

— El tribunal debe dar traslado de la reconvención a sus destinatarios para que puedan contestarla, en la forma prevista para la contestación a la demanda (esto es, por escrito y en el plazo de veinte días o de diez días, según se trate de un juicio ordinario o de un juicio verbal, respectivamente). No aclara la LEC si cabe formular reconvención a la reconvención: puede ser lógico entender que sí, mientras exista conexión entre las diversas acciones que se puedan ir encadenando por esta vía.

5. Los límites entre la excepción material y la reconvención: las llamadas «excepciones reconvencionales»

Las diferencias teóricas entre una excepción material y una reconvención son claras: el demandado que formula una excepción material se limita a defenderse, negando la acción del demandante y pidiendo su desestimación; en cambio, el demandado que reconviene va más allá, pues ataca al actor ejercitando una nueva acción frente a él.

Ahora bien, en la práctica existen ciertos hechos que, por su naturaleza jurídica, pueden servir de fundamento a una excepción material o bien integrar la causa de pedir de una reconvención.

> Así sucede, a modo de ejemplo, en caso de que el demandante solicite la condena del demandado al cumplimiento de una prestación en el marco de una obligación bilateral y el demandado considere que el actor tampoco ha cumplido la que le incumbe a él: *v.g.*, el actor reclama la entrega de la mercancía, pero el demandado considera que lo hace sin haber pagado el precio. Pues bien, este incumplimiento por parte del actor puede fundar una excepción material (conocida en Derecho civil como *exceptio non adimpleti contractus*), cuya estimación determinará que sea absuelto; ahora bien, con arreglo al art. 1124 CC, el demandado también podría fundar en este hecho una eventual acción reconvencional solicitando la resolución del contrato.

En estas situaciones será la voluntad del demandado la que determine si nos hallamos ante una excepción material o ante una reconvención: la vigencia del principio dispositivo le otorga al demandado la libertad de decidir si quiere utilizar el hecho en cuestión para solicitar su absolución o si, por el contrario, quiere ir más allá y ejercita una reconvención frente al demandante. El momento para que el demandado formule su elección es el de la contestación a la demanda: la LEC exige que la reconvención sea explícita, por lo que el demandado que quiera reconvenir tiene la carga de hacerlo visible en su contestación a la demanda.

Existen, sin embargo, dos alegaciones del demandado a las que la LEC en su art. 408 ha decidido dar un tratamiento procedimental especial: la compensación y la nulidad del negocio jurídico. Y ello porque, aunque el demandado se limite a interponerlas como excepciones materiales, podrán –bajo ciertas circunstancias– recibir un tratamiento procedimental similar al de una reconvención. Por ello, es frecuente referirse a ellas como «excepciones reconvencionales».

1º. *La alegación de compensación*

Si el actor ejercita en su demanda una acción de condena del demandado al pago de una cantidad de dinero y este dispone a su vez frente al actor de un crédito compensable, pueden atribuírsele en abstracto a este crédito dos eficacias distintas: en general, el demandado puede alegarlo como hecho extintivo del crédito del actor, en cuyo caso nos hallaremos ante una excepción material; ahora bien, especialmente en los casos en que el crédito compensable sea superior al crédito inicial, al demandado le puede interesar obtener una sentencia que condene al actor a pagarlo, de forma que podría posteriormente instar la ejecución forzosa por la diferencia (y, para lograrlo, debería formular reconvención).

Si el demandado formula expresamente reconvención con base en su crédito compensable, no se plantean dificultades. Pero en caso de que el demandado en su contestación a la demanda alegue la existencia de un crédito compensable y solo pretenda su absolución (esto es, aunque solo utilice la compensación como excepción material), dice la ley que el actor podrá oponerse a ella por escrito en el plazo de contestación a la reconvención: no se trata de que el demandante «convierta» entonces la excepción de compensación en reconvención, porque el tribunal en ningún caso podría condenarlo a pagar la diferencia (el demandado no lo ha pedido); pero sí que se le permite defenderse por escrito frente al crédito compensable, como también habría podido hacerlo si hubiera habido reconvención. La razón es sencilla: el crédito compensable puede no tener nada que ver con la pretensión inicial y el actor puede necesitar alegar por qué motivos ya no existe, no es válido, no es ya eficaz, etc. En principio, la reacción del actor frente a las excepciones del demandado ha de formularse oralmente en la audiencia previa al juicio (juicio ordinario) o en la vista (juicio verbal): como este cauce puede ser algo estrecho, se le ofrece al actor la posibilidad de articular su reacción por medio de ese escrito. Se pretende con ello reforzar el derecho de defensa y el principio de contradicción.

Lo anterior, sin embargo, está sujeto a un importante límite en el marco del juicio verbal: si el demandado quiere oponer en su contestación la existencia de un crédito compensable, el crédito no ha de ser superior a 15.000 euros (límite del juicio verbal); si lo supera, el tribunal tendrá por no hecha esta alegación y le advertirá de ello al demandado en la vista, para que si lo desea use de su derecho en un procedimiento distinto (art. 438.3).

> Lo peculiar es que si el demandado sigue el consejo del tribunal e interpone una demanda diferente, sería posible en abstracto lograr la acumulación de ambos procesos, dada su conexión (art. 76 LEC). En la práctica será difícil que ocurra, pues si es en la vista del primer proceso donde el tribunal tiene por no hecha la

alegación, el pleito estará probablemente ya resuelto cuando se interponga el nuevo proceso.

2º. *La alegación de nulidad del negocio jurídico*

La situación es bastante similar en caso de que el demandado considere que el negocio jurídico en que se sustenta la acción del actor es nulo de pleno derecho o anulable. En efecto, las causas de nulidad o anulabilidad pueden servir de base tanto a una excepción material como a una acción reconvencional en la que se pida la declaración de nulidad del negocio (acción meramente declarativa, en los casos de nulidad) o su anulación (acción constitutiva, en los casos de anulabilidad).

> Ejemplo 1. Ejercitada acción pidiendo el cumplimiento de un contrato, el demandado lo considera nulo de pleno derecho, por haberlo celebrado sin consentimiento, bajo violencia. Se le abren dos vías: puede interponer la excepción de nulidad del contrato (nulidad = hecho impeditivo) y obtener su absolución; pero también puede reconvenir y pedir al tribunal que dicte una sentencia en la que declare la nulidad de ese contrato.

> Ejemplo 2. Ejercitada acción pidiendo el cumplimiento de un contrato, el demandado lo considera anulable, pues la parte contraria le engañó. También se le abren dos vías de reacción ante la demanda: puede interponer la excepción de anulabilidad del contrato (anulabilidad = hecho excluyente) y obtener su absolución; pero puede igualmente formular reconvención y ejercitar una acción constitutiva de anulación del contrato.

Pues bien, si en estos casos el demandado opta por la reconvención, se aplicarán las reglas generales y el actor reconvenido tendrá la carga –y la oportunidad– de contestar por escrito. Pero si se limita a alegar la nulidad o anulabilidad sin más, y aunque eso no suponga en sí mismo reconvenir, el demandante, que en su demanda dio por supuesta la validez del negocio, al recibir la contestación a la demanda, puede pedir al Letrado de la A. de J. que le permita contestar a dicha alegación por escrito, en los mismos términos previstos para la contestación a la reconvención. Tampoco se trata aquí de convertir la excepción en reconvención, sino de poder reaccionar por escrito frente a la alegación de nulidad o anulabilidad, en vez de tener que hacerlo oralmente en la audiencia previa o en la vista.

> El art. 406.2 LEC contempla una situación bastante singular: estando pendiente un proceso ante un juez de una Sección Civil, el demandado alega en su contestación la nulidad del negocio y funda esa nulidad en razones propias de normas relativas a materias que entran dentro del ámbito de competencia de las Secciones de lo Mercantil. Cuando esto suceda, a pesar de que el demandado formalmente no haya reconvenido, se aplica la regla antes analizada: el juez de la Sección Civil dará audiencia al actor y demás partes personadas por un plazo de cinco días y se inhibirá del conocimiento del asunto, remitiendo los autos en el estado en que se hallen al juez de la Sección de lo Mercantil que resulte competente. La alegación de nulidad fundada en razones propias de «materia mercantil», por tanto, provoca un traslado del proceso y, con ello, una alteración de la competencia del tribunal elegido por el actor para formular su demanda.

6. ALEGACIONES POSTERIORES A LA DEMANDA Y A LA CONTESTACIÓN

La demanda y la contestación son los principales actos para que las partes formulen sus alegaciones de hecho y de derecho. Tras ellas, el objeto del proceso queda fijado (prohibición de *mutatio libelli*): ni el actor podrá ejercitar nuevas acciones, ni el demandado nuevas excepciones que habría podido utilizar en la contestación, ni puede ya reconvenir.

Nuestro sistema procesal, por tanto, ha optado por tratar de cerrar el ámbito objetivo y subjetivo de los procesos civiles tras las alegaciones escritas iniciales de las partes. A partir de esos momentos la preclusión impide a las partes incorporar alegaciones fácticas o jurídicas que podrían haber incluido en sus escritos iniciales de demanda y contestación. Esta regla comporta un nivel de exigencia a los abogados muy elevado, pues esta preclusión se arrastrará de forma permanente: las alegaciones omitidas no podrán incluirse en un momento posterior de la primera instancia, pero tampoco en fase de recurso, ni siquiera como motivos para una eventual oposición a la ejecución; y, desde luego, tampoco podrá esquivarse esta regla incoando un proceso posterior en que la pretensión se funde en esas alegaciones omitidas, pues lo impide el art. 400 LEC, que considera de aplicación en ese segundo proceso las excepciones de litispendencia o de cosa juzgada, en función del estado en que se hallare el primero.

Lo anterior puede parecer duro –en especial porque obliga a los justiciables a arrostrar las consecuencias de errores y omisiones que con frecuencia serán imputables a sus abogados–, pero genera en todo caso un terreno de juego con reglas claras. Ahora bien, es posible que durante el curso del proceso se produzcan hechos nuevos o se conozcan hechos pasados cuya virtualidad jurídica puede tener incidencia sobre el fondo del litigio. Si realmente los hechos son nuevos o de nueva noticia su alegación no puede considerarse precluida. Por eso, la LEC permite que, en momentos posteriores a la demanda y a la contestación, puedan las partes formular alegaciones nuevas, con limitaciones asociadas a la preclusión y al derecho de defensa.

a) Como se verá un poco más adelante, se permite a las partes que en la audiencia previa –y, por analogía, en la vista del juicio verbal– realicen alegaciones complementarias, a través de las cuales podrán precisar o matizar sus alegaciones iniciales, pero no cambiarlas sustancialmente.

b) Se pueden alegar hechos que no se pudieron aducir en la demanda o contestación, bien por tratarse de hechos nuevos, es decir, acaecidos con posterioridad, o bien por tratarse de hechos anteriores desconocidos (hechos de nueva noticia).

En concreto, estos actos adicionales de alegación se permiten en varios momentos:

— En la audiencia previa al juicio ordinario, el art. 426 LEC permite a las partes realizar alegaciones complementarias y aclaratorias y formular pretensiones complementarias que no impliquen variaciones sustanciales. También se les

permite, en la audiencia previa, alegar hechos conocidos o acaecidos con posterioridad a la demanda y contestación.

— En el juicio ordinario, el art. 433.1 LEC permite alegar en el acto del juicio hechos acaecidos o conocidos con posterioridad a la audiencia previa.

— En términos más generales, el art. 286 LEC permite presentar un *escrito de ampliación de hechos* si, habiendo precluido los actos de alegación previstos en la ley y antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia, ocurriese o se conociese algún hecho de relevancia para la decisión del pleito (= siempre que no se pueda alegar en el acto del juicio ordinario o en la vista). De ese escrito se dará traslado a la parte contraria para que, en cinco días, manifieste si reconoce o niega el hecho. Si el hecho resulta controvertido se podrá proponer o practicar prueba sobre el mismo, sea en el acto del juicio o vista, sea después, como diligencia final. En todo caso, la parte debe acreditar que el hecho ha acaecido o ha sido conocido con posterioridad. Si no lo hace, se rechazará la alegación mediante providencia y el tribunal podrá imponer una multa si apreciara mala fe o ánimo dilatorio. Ahora bien, si se admite el escrito de ampliación de hechos, lo cierto es que la alegación contenida en él también se admitirá y se producirá una modificación en el objeto del proceso y en los términos de decisión del tribunal.

7. La audiencia previa al juicio en el juicio ordinario

La audiencia previa al juicio es el acto oral que cierra la fase de alegaciones en el juicio ordinario. Se trata de un acto de especial importancia, habida cuenta de las funciones que integran su contenido.

La audiencia previa al juicio debe ser convocada por el tribunal dentro de los tres días siguientes a la presentación de la contestación de la demanda y tendrá que celebrarse dentro de un plazo máximo de veinte días a contar desde su convocatoria.

La audiencia previa al juicio se celebrará de forma telemática si así lo acuerda el tribunal de oficio o a instancia de alguna de las partes: se trata de una práctica que se generalizó durante la pandemia y que parece resultar ventajosa tanto para el tribunal como para los abogados.

Al acto de la audiencia previa al juicio han de asistir en todo caso los abogados de los litigantes; además, deberán acudir los litigantes por sí mismos, aunque podrán ser sustituidos por sus procuradores, siempre que ostenten poder especial para transigir.

> — Si a la audiencia previa no concurre el abogado del demandante o no concurre el demandante en sí (y no lo sustituye su procurador, o este carece de poder especial), entonces se sobreseerá el proceso.
>
> — Si quien no concurre es el abogado del demandado o el demandado mismo (y no lo sustituye su procurador, o carece de poder especial), entonces se desarrollará el acto sin la parte demandada, a quien le precluirá la facultad de llevar a cabo las actuaciones propias de este acto.

— En caso de que faltaran a la audiencia ambas partes, el proceso también se sobreseerá.

Como se ha dicho antes, la audiencia previa al juicio tiene varias finalidades, que en principio han de abordarse de forma sucesiva: aunque se trate de un acto oral, la audiencia previa al juicio ha de tener su propio orden interno, que el juez ha de manejar combinando flexibilidad y preclusión.

7.1. Constatación de la existencia de acuerdo entre los litigantes

Al comienzo de la audiencia previa, y como primera actuación, el juzgador preguntará a las partes si han llegado a un acuerdo o conciliación que haga innecesario el desarrollo del proceso. En caso de ser así, podrá homologarlo –si se lo piden las partes– y sobreseerá el litigio.

Obviamente, las partes no tienen por qué esperar a la audiencia previa para negociar y llegar a acuerdos, pero no es infrecuente que se aproveche ese momento para culminar negociaciones y obtener la homologación judicial del acuerdo –algo que, como se verá en la lección 25, le otorga fuerza ejecutiva a lo pactado–. Y tampoco es extraño que el propio juzgador, en ese momento, ejerza una cierta labor conciliadora, en caso de que perciba que puede tener visos de éxito.

Del mismo modo, en la audiencia previa podrán también las partes pedir de común acuerdo al tribunal que suspenda el proceso para someterse a un medio adecuado de solución de controversias que pueda conducir a un acuerdo. De hecho, puede ser el propio juez quien plantee a las partes la posibilidad de derivar el litigio a mediación u otro MASC, si considera que puede ser eficaz y, singularmente, en los casos en que no haya sido posible llevar a cabo la actividad negociadora previa (art. 19.5 LEC). Esta derivación, sin embargo, solo se producirá si las partes lo consienten.

En estos casos de derivación a mediación o MASC acordada en el seno de la audiencia previa, la actividad de negociación habrá de llevarse a cabo durante el tiempo que media entre la terminación de la audiencia previa y la fecha que se haya señalado para el juicio; no obstante, las partes podrán pedir una prórroga, lo que comportará que se fije nueva fecha para el juicio –aunque, en realidad, con la esperanza de que el juicio no llegue a celebrarse, pues se supone que se prorroga el plazo de negociación para llegar a un acuerdo. Si se llega a un acuerdo, habrá de comunicarse al tribunal para que decrete el sobreseimiento del proceso; también se podrá solicitar la homologación judicial, para que adquiera fuerza ejecutiva.

7.2. Resolución de cuestiones procesales

En caso de que no se haya alcanzado transacción alguna, el tribunal habrá de abordar y, en su caso, resolver en la audiencia previa las excepciones procesales que eventualmente hubiera propuesto el demandado en su contestación a la demanda; existen asimismo ciertos defectos procesales que el tribunal puede apreciar de oficio y que suscitará igualmente en la audiencia previa. En la audiencia previa las partes formularán sus alegaciones en relación con estas cuestiones procesales. Si el tribunal las desestima la audiencia seguirá adelante. Si

aprecia la concurrencia de algún defecto procesal subsanable, el juez habrá de permitir su subsanación, lo que puede determinar la suspensión de la audiencia en ese momento y su posterior reanudación cuando se acredite la subsanación. Si el defecto apreciado no es subsanable o no resulta subsanado en el plazo concedido el juez sobreseerá el proceso.

Normalmente el juez resuelve sobre las cuestiones procesales oralmente, en el propio acto de la audiencia. No obstante, cuando el defecto procesal en cuestión requiera un análisis más complejo –v.g., se trata de una excepción de cosa juzgada o de litispendencia– el juez puede diferir su decisión a un momento posterior (art. 421.3).

> Si el juez desestima la excepción procesal dictará un auto, que habrá de ser recurrido oralmente en reposición por la parte demandada (de no hacerlo, se entiende que consiente la decisión del tribunal y no podrá ya fundar en esa cuestión procesal un recurso posterior frente a la sentencia que se dicte).
>
> Si el juez, por el contrario, estima la excepción procesal y sobresee el proceso, podrá el actor interponer directamente recurso de apelación, dado el carácter definitivo de la resolución.

7.3. Alegaciones complementarias y delimitación definitiva del objeto del proceso

Si el proceso no resulta sobreseído, la audiencia previa al juicio sigue adelante para llevar a cabo una fijación definitiva del objeto del proceso, que permita establecer con precisión los términos de la controversia y del posterior debate probatorio (arts. 426 y 427).

En esta etapa de la audiencia podrá el demandante pronunciarse sobre las excepciones materiales formuladas por el demandado en su contestación –recuérdese que es la primera oportunidad de que dispone para ello, salvo que se trate de alguno de los supuestos del art. 408–, de modo que pueda alegar aquellos hechos que, a su juicio, puedan desvirtuarlas. Lo mismo podrá hacer, en su caso, el demandado: la ley habla de permitir a las partes realizar alegaciones complementarias «en relación con lo expuesto de contrario» y «sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en sus escritos», con la clara finalidad de cerrar las puertas a una reapertura general de los términos del debate, pero de permitir que queden claros los términos de la controversia. Por eso la ley también permite que sea el propio tribunal quien requiera a las partes para que realicen las aclaraciones o precisiones necesarias respecto de los hechos y argumentos contenidos en sus escritos de demanda o contestación. Si tales aclaraciones o precisiones no se efectuaren, el tribunal les advertirá de que puede tenerlos por conformes con relación a los hechos y argumentos aducidos de contrario.

Que el demandante se pronuncie sobre las excepciones del demandado y que el tribunal trate de dejar claros los términos de la controversia tal y como se deduce de los escritos de demanda y contestación es algo inevitable si se quiere diseñar un proceso eficaz y respetuoso del derecho de defensa. Ahora bien, ¿es

posible introducir alteraciones en los términos del debate que cabe deducir de demanda y contestación? Una respuesta afirmativa sin límites convertiría la fase de alegaciones en algo caótico y de duración indefinida, contrario a un modelo procesal que aspira a que las partes se beneficien de un entorno de litigación que tenga reglas claras. Y, a la inversa, una respuesta negativa puede resultar absurda, en la medida en que el proceso se acabe cerrando a la realidad del litigio y de su posible evolución en el tiempo, con el consiguiente olvido de cuál es la función que todo proceso judicial está llamado a desempeñar. En este punto, por tanto, no le queda más remedio al legislador que tratar de buscar un punto de equilibrio entre las reglas generales de preclusión sobre las que descansa el sistema y ciertas dosis de flexibilidad que pueden resultar convenientes para no convertir al proceso en una ficción. Para lograrlo, se les abren a las partes y al tribunal las siguientes facultades:

a) Se permitirá a las partes *aclarar las alegaciones* que hubieren formulado y *rectificar extremos secundarios* de sus pretensiones, siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos. Nótese que «aclarar», por definición, excluye la modificación; «rectificar», en cambio, supone cambiar en algo las pretensiones, razón por la cual la ley solo permite que afecten a extremos secundarios de las pretensiones.

> Ejemplo. En la demanda se solicitó la condena al pago de una cantidad de dinero, así como al pago de los intereses devengados. Se puede entender como «aclaración» la afirmación de que los intereses son debidos desde la fecha X, en que se produjo el primer requerimiento extrajudicial de pago al deudor, si en la demanda no se había precisado el *dies a quo* de devengo de esos intereses. En cambio, sería «rectificación» solicitar que los intereses son debidos desde la fecha del primer impago y no desde la fecha del primer requerimiento de pago, a pesar de que este último fue el *dies a quo* de devengo indicado en la demanda: puede considerarse que este es un extremo secundario de la pretensión condenatoria del actor, de modo que el cambio habría de ser posible sin el consentimiento de la parte demandada.

b) Las partes pueden intentar en la audiencia previa añadir alguna petición accesoria o complementaria de las formuladas en sus escritos de demanda y contestación. La adición comporta por definición ampliación del objeto del proceso, razón por la cual solo se admitirá si la parte contraria se muestra conforme o si, en caso de que se opusiera, el tribunal entiende que su planteamiento en la audiencia no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad.

> Ejemplo 1. En la demanda se solicitó la condena al pago de una cantidad de dinero, pero se omitió solicitar la condena al pago de los intereses devengados por esa cantidad: en la medida en que los intereses tienen carácter accesorio respecto del principal, puede considerarse admisible la pretensión de incorporarlos en la audiencia previa al juicio, siempre que la parte demandada pueda formular alegaciones en relación con su base, su tipo y su periodo de devengo.
>
> Ejemplo 2. En una demanda de reclamación de daños derivados de un accidente se solicitó la condena a una compañía aseguradora al pago de una cantidad de dinero en concepto de daños físicos y daños materiales. Si el

demandante pretendiera en la audiencia previa solicitar una nueva partida, esta vez en concepto de daños morales, debería rechazarse su adición al objeto del proceso, dado que no es una petición accesoria o complementaria, sino que se halla al mismo nivel que las inicialmente pedidas.

c) Si después de la demanda o de la contestación ocurriese algún hecho de relevancia para fundamentar las pretensiones de las partes en el pleito, o hubiese llegado a noticia de las partes alguno anterior de esas características, podrán alegarlo en la audiencia. En estos casos, como puede apreciarse, lo que sucede es que las pretensiones como tales no se ven alteradas, sino que se producen hechos que las refuerzan y que, por ese motivo, deben poder introducirse en el objeto del proceso. Ahora bien, como puede resultar controvertido si realmente los hechos son o no nuevos, y si realmente refuerzan o modifican las pretensiones, la ley se remite al art. 286 LEC –recuérdese, el precepto que regula el llamado escrito de ampliación de hechos– para permitir un debate contradictorio sobre esos extremos.

Como puede apreciarse, las facultades que concede la ley están en el terreno de las zonas grises. En la práctica, los límites entre lo admisible y lo rechazable son muy tenues: así, v.g., no es extraño que una de las partes trate de justificar una alegación aparentemente extemporánea en su necesidad sobrevenida a resultas de lo alegado de contrario por la otra. Partiendo de la premisa de que el principio general debe ser la vigencia de las reglas de preclusión deducibles del art. 400 LEC, los jueces deben manejar con prudencia los márgenes de flexibilidad, de modo que no amparen conductas negligentes o torticeras de las partes y de sus abogados.

En cualquier caso, si resulta admisible alguna aclaración, rectificación, adición, alegación complementaria o alegación de hecho nuevo, podrá al mismo tiempo la parte aportar los documentos o dictámenes que sirvan para probarla. Y, del mismo, si estas alegaciones o pretensiones suscitan en alguna parte la necesidad de aportar al proceso algún dictamen pericial, podrán hacerlo siempre que sea con al menos cinco días de antelación sobre la fecha del juicio o de la vista. Si en vez de aportar ellas un dictamen las partes prefieren que el dictamen sobre esos extremos sea confeccionado por un perito designado por el tribunal, podrán pedírselo en la propia audiencia.

La finalidad última de esta etapa de la audiencia previa es la delimitación definitiva del objeto del proceso, de modo que queden fijadas las pretensiones de las partes y, de forma singular, cuáles son los hechos controvertidos, esto es, aquéllos sobre los que discrepan las partes. De hecho, en este momento la ley faculta de nuevo al tribunal para que intente conciliar a las partes: aclarados con precisión los términos de la controversia, es más viable tratar de llegar a un acuerdo. Si las partes no llegan a un acuerdo, pero están conformes en todos los hechos, de modo que la discrepancia queda reducida a cuestiones jurídicas, no tiene sentido ni seguir con la propia audiencia, ni celebrar el juicio, que está concebido para la práctica de pruebas: si se produce esta situación el proceso quedará visto para sentencia sin más, que el tribunal habrá de dictar dentro de veinte días.

7.4. Proposición y admisión de la prueba

La última de las funciones que desempeña la audiencia previa es igualmente vital para la eficacia del proceso. Una vez delimitado el objeto del proceso e identificados los hechos controvertidos, las partes deberán proponer en este momento cuáles son las pruebas cuya práctica solicitan; y el tribunal tendrá que determinar, de entre las pruebas propuestas, cuáles son aquellas que admite.

En relación con esto, debe tenerse en cuenta una distinción en la que se incidirá en la lección siguiente:

a) Existen, de un lado, ciertas pruebas preconstituidas, esto es, que preexisten al proceso y de las que las partes ya pueden disponer cuando este comienza: es el caso de los documentos, de los instrumentos para el archivo de datos o de imágenes y sonidos, y de los dictámenes de peritos encargados directamente por las partes. Como se vio en la lección anterior, estos elementos probatorios han de aportarse con la demanda y la contestación, pues de lo contrario precluyen.

En relación con estas pruebas, la audiencia previa al juicio es el momento adecuado para que la parte que las aportó proponga formalmente su admisión y para que la parte contraria pueda pronunciarse. Por eso, de forma expresa, la ley señala que en la audiencia cada parte se pronunciará sobre los documentos aportados de contrario hasta ese momento, manifestando si los admite, los impugna o los reconoce o si, en su caso, propone prueba acerca de su autenticidad (v.g., un cotejo de letras o una comprobación de la validez de la firma digital). También expresarán lo que convenga a su derecho acerca de los dictámenes periciales presentados hasta ese momento, admitiéndolos, contradiciéndolos o proponiendo que sean ampliados en los extremos que determinen.

b) Existen, de otro lado, pruebas que solo tienen sentido en el marco del proceso, es decir, que se generan en él: es lo que sucede con el interrogatorio de la parte contraria o de testigos, por ejemplo. Estas pruebas no se pueden «aportar» con la demanda o la contestación y, de hecho, ni siquiera han de pedirse en esos escritos: la audiencia previa será el momento en que deba proponerse al tribunal su práctica.

En la propia audiencia el juez decidirá los documentos y dictámenes que admite, y también acordará qué pruebas deben practicarse en el acto del juicio. Los términos en que decide el juez y los criterios que han de guiar su decisión serán objeto de análisis detenido en la lección siguiente.

Si resulta que la única prueba admitida es la documental y/o la pericial, y los documentos e informes ya se han aportado al proceso, sin que hayan sido impugnados ni se haya pedido la declaración de los peritos en juicio para ratificar o explicar sus informes, no será precisa la práctica de pruebas en sentido propio, de modo que el acto del juicio será innecesario. El proceso quedará sin más visto para sentencia, que habrá de dictarse en veinte días.

De no ser así, el tribunal pondrá fin a la audiencia previa señalando fecha para el acto del juicio, que no podrá celebrarse antes de que haya transcurrido un mes, y citando al juicio a los testigos y peritos que deban comparecer en él.

8. Alegaciones complementarias y funciones análogas a la audiencia previa en el juicio verbal

La audiencia previa al juicio es un trámite que, en cuanto tal, solo está previsto para el juicio ordinario. Sus funciones, sin embargo, son imprescindibles para el correcto desarrollo de cualquier proceso judicial. Por eso, cuando se trata de un juicio verbal, estas actividades también han de llevarse a cabo, solo que en momentos diferentes, tal y como se prevé en el art. 438 y en el art. 443 LEC.

a) Está previsto, en primer término, un trámite escrito en los apartados 8, 9 y 10 del art. 438, que sirve para lo siguiente:

— Resolución de cuestiones procesales: el demandado habrá alegado sus excepciones procesales en la contestación a la demanda; el actor dispondrá entonces de un plazo de cinco días para realizar las alegaciones oportunas.

— Proposición y admisión de la prueba: contestada la demanda, se abre un plazo de cinco días para que las partes propongan las pruebas que quieran practicar. En especial, si tienen interés en que declare la parte contraria, un testigo y/o un perito, pueden solicitar que sean citadas por el tribunal.

> En el caso del demandante, parece razonable entender que presentará un escrito único, pronunciándose sobre las excepciones procesales del demandado y proponiendo su propia prueba.
>
> El plazo de cinco días, además, puede comenzar a discurrir en un momento diferente. Si alguna de las partes anunció en su demanda o contestación que aportaría un dictamen pericial con posterioridad, el art. 337.1 LEC le concede un plazo de 30 días para hacerlo a contar desde la contestación del demandado. En este especial supuesto, el plazo de cinco días del art. 438.8 se abre cuando se haya aportado el dictamen o haya concluido el plazo de 30 días sin que se haya aportado.

Cada una de las partes dispondrá de un plazo de tres días para pronunciarse sobre la proposición de prueba formulada de contrario, solicitando su inadmisión, denunciando su ilicitud o impugnando la autenticidad de los documentos aportados (art. 439.9).

El tribunal resolverá por auto sobre la admisión de la prueba propuesta y sobre las eventuales cuestiones y excepciones procesales. En ese mismo auto decidirá si procede o no la celebración de vista.

b) El resto de las funciones propias de la audiencia previa al juicio se desarrollarán en la vista.

— Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas. Si manifestasen haber llegado a un

acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado. Las partes de común acuerdo podrán también solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación o a otro tipo de MASC. Y el propio tribunal podrá también sugerir a las partes una derivación del litigio a mediación u otro tipo de MASC, en términos equivalentes a los establecidos para la audiencia previa al juicio.

— Si las partes no hubiesen llegado a un acuerdo o no se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, el tribunal dará la palabra a las partes para realizar aclaraciones y fijar los hechos sobre los que exista contradicción. Si no hubiere conformidad sobre todos ellos, se practicarán seguidamente las que resulten admitidas.

Como puede apreciarse, pues, la vista del juicio verbal concentra una parte de la audiencia previa al juicio y el juicio del juicio ordinario: el inicio de la vista recoge las actuaciones propias de la audiencia previa asociadas a la búsqueda de una solución consensual y a la delimitación final del objeto del proceso, pero a renglón seguido se practican ya las pruebas, sin solución de continuidad.

LECCIÓN 20

LA PRUEBA Y LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS EN EL PROCESO

1. Los diversos modos de determinación de los hechos en el proceso civil: 1.1. La prueba; 1.2. La admisión de hechos; 1.3. La notoriedad y los hechos notorios; 1.4. Las presunciones; 1.5. La exclusión del conocimiento privado del juez — 2. Objeto de la prueba: 2.1. Hechos controvertidos; 2.2. Normas jurídicas; 2.3. Máximas de la experiencia. — 3. Papel del tribunal y de las partes en la determinación de los hechos — 4. El acceso a las fuentes de prueba. — 5. El aseguramiento de las fuentes de prueba. — 6. Proposición y admisión de la prueba: 6.1. Requisitos de los que depende la admisibilidad de la prueba propuesta; 6.2. Dinámica de la proposición y admisión de la prueba; 6.3. La exclusión de la prueba ilícita. — 7. La práctica de la prueba: 7.1. La práctica probatoria fuera de la sede del tribunal; 7.2. La práctica de la prueba en un momento diferente al ordinario: la prueba anticipada. — 8. La valoración de la prueba. — 9. La carga de la prueba.

1. Los diversos modos de determinación de los hechos en el proceso civil

En la fase de alegaciones del proceso las partes –entre otras actividades– afirman ante el tribunal una serie de hechos, como fundamento de las peticiones que formulan al tribunal: en concreto, las partes tienen la carga de alegar los hechos que integran el supuesto de las normas en las que se fundan las peticiones dirigidas al tribunal (las acciones del demandante y las excepciones del demandado).

Ahora bien, el tribunal solo puede acceder a lo que le solicitan las partes si son ciertos los hechos en que se fundan esas peticiones o, con mayor precisión, si está convencido de que son ciertos (o de que no lo son). La simple afirmación por una de las partes de que un hecho es cierto no conlleva de por sí que el tribunal deba o pueda tenerlo por cierto. Al contrario, es preciso que en los procesos se lleven a cabo actividades destinadas a fijar como ciertos esos hechos relevantes.

Existen diversos mecanismos que contribuyen a fijar como ciertos –o como inciertos– los hechos afirmados por las partes y que son de relevancia para la resolución de la controversia en la sentencia. La finalidad de estos mecanismos, en todo caso, no es alcanzar una certeza universal y *erga omnes* (algo semejante a una «verdad absoluta»), sino que queden fijados o no como ciertos unos hechos a los efectos de resolver un proceso concreto entre unos sujetos determinados.

1.1. La prueba

La más importante de les herramientas para fijar la certeza de hechos en el proceso es la prueba. La prueba procesal es la actividad llevada a cabo por las

partes con y ante el tribunal para convencerle de la certeza, a efectos del proceso, de un hecho: lo esencial del concepto de prueba es la noción de *actividad*.

> Como se advierte fácilmente, el concepto de prueba no tiene un ámbito de aplicación estrictamente procesal, sino que resulta operativo en otras facetas de la vida jurídica: v.g., a la hora de solicitar la devolución de una mercancía, el titular del establecimiento requiere el ticket de compra, que prueba que realmente lo que se pretende devolver se adquirió de él y que no se ha agotado el plazo para desistir de la compra legalmente establecido. Ahora bien, no puede perderse de vista que a la hora de definir qué es prueba «en términos generales» siempre se tiene en mente la posibilidad de que finalmente acabe habiendo un proceso judicial en el que sea preciso formar la convicción de un juez.

Establecida la vinculación entre prueba y actividad, es conveniente distinguir a su vez entre fuentes de prueba y medios de prueba. Las fuentes de prueba son los elementos personales o materiales respecto de los cuales se desarrolla cada concreta actividad probatoria, a la que llamamos medio de prueba.

> Así, es fuente de prueba el testigo y medio de prueba su interrogatorio en el juicio; es fuente de prueba el documento y medio de prueba su aportación al proceso y su lectura por el tribunal; y así sucesivamente.

La práctica de las pruebas en nuestro proceso civil, por tanto, se articula a través de diversos medios de prueba, que se proyectan a su vez respecto de diferentes fuentes de prueba. En este punto, lo que ha hecho la LEC es regular de forma detallada varios medios de prueba, estableciendo con ello el modo apropiado de servirse de ciertas fuentes de prueba para formar la convicción del tribunal. No cualquier actividad desarrollada en relación con una fuente probatoria puede servir para formar la convicción de un tribunal, sino que el legislador ha establecido la manera en que se considera adecuado hacerlo de modo que la práctica de la prueba sea eficaz (= que conduzca a resultados potencialmente creíbles) y justa (= que permita a las partes hacer valer sus derechos de forma plena). Los concretos medios de prueba objeto de regulación en la LEC son, según el art. 299, los siguientes:

1º. Interrogatorio de las partes.

2º. Documentos.

3º. Dictamen de peritos.

4º. Reconocimiento judicial.

5º. Interrogatorio de testigos.

6º. Medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen,

7º. Instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase.

La lista no es cerrada: cuando por cualquier otro medio 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.

> Ahora bien, que la lista no sea cerrada no significa que rija un principio de libertad probatoria. Si la fuente de prueba es un testigo, v.g., la única manera admisible de practicar la prueba es conforme a lo dispuesto en la LEC, es decir, mediante un interrogatorio oral y contradictorio en el juicio o en la vista, sin que, por ejemplo, sea posible presentar una declaración jurada por escrito del testigo a efectos de que sea leída por el tribunal.

Las normas generales sobre prueba y las disposiciones específicas sobre los diversos medios de prueba se recogen, respectivamente, en los capítulos V y VI del título primero del libro segundo de la LEC. A ellas se dedican tanto esta como las tres lecciones siguientes.

La prueba, con todo, no es el único mecanismo dirigido a fijar la certeza o no de un hecho y del que pueden valerse las partes y los tribunales. También sirven a tal fin la admisión de hechos, la notoriedad y las presunciones.

1.2. La admisión de hechos

Quedan fijados como ciertos a efectos del proceso aquellos hechos que todas las partes admitan expresa; y pueden también fijarse como ciertos aquellos hechos que las partes hayan admitido tácitamente.

Así, antes que nada, el tribunal tiene que considerar necesariamente como ciertos los hechos expresamente admitidos por las partes, es decir, los hechos afirmados por una y reconocidos como ciertos por la contraria (art. 281.3 LEC). Si se han admitido los hechos no podrán después las partes negarlos o someterlos a prueba en contrario, porque estarían yendo contra sus propios actos. Esta *admisión expresa* puede producirse en los distintos actos de alegación de las partes: en la contestación a la demanda o en la contestación a la reconvención; y también en la audiencia previa al juicio, al tomar posición respecto de los hechos alegados de contrario.

Pero, además de esta admisión expresa, la ley reconoce eficacia a la *admisión tácita*, que se puede producir de dos formas diversas:

— Cuando una parte guarda silencio en relación con los hechos alegados por la parte contraria, es decir, no aprovecha los actos de alegación de que dispone para negar que sean ciertos (arts. 405.2 y 426.6 LEC).

— Cuando una parte se niega a contestar u ofrece respuestas negativas al ser interrogada en relación con los hechos alegados por la contraria.

Eso sí, a diferencia de la admisión expresa, la admisión tácita no vincula al tribunal, que no está obligado a tener por ciertos los hechos a los que afecta: ahora bien, es legítimo que un tribunal justifique su convicción acerca de la certeza de un hecho sobre la base de su afirmación por uno de los litigantes y la falta de rechazo a esa afirmación por la contraria.

El mecanismo de la admisión de hechos se fundamenta en que suelen ser ciertos, positiva o negativamente, aquellos hechos que ninguna de las partes discute, pese a que a alguna de ellas le sean perjudiciales. Se trata, por ello, de una manifestación del principio dispositivo: la disposición sobre los derechos

comporta también la disposición sobre la certeza de los hechos a los que tales derechos van unidos.

1.3. La notoriedad y los hechos notorios

Otro modo de fijación de los hechos es la notoriedad. Los hechos notorios se pueden tener como ciertos a efectos del proceso sin necesidad de prueba. En concreto, la LEC excluye la necesidad de prueba de los hechos que gocen de notoriedad «absoluta y general» (art. 281.4).

La notoriedad puede definirse como la cualidad que el tribunal atribuye a unos hechos en razón de su general conocimiento como positiva o negativamente ciertos y por la cual considera innecesaria toda prueba sobre ellos. La notoriedad es así una cualidad de los hechos muy relativa, pues depende del tiempo y del lugar. Lo que es notorio en un sitio y en un momento puede no serlo en otro/s.

> Ejemplo. Hoy en España puede ser notorio que Felipe VI es rey o que Lionel Messi ya no es jugador del F.C. Barcelona; pero posiblemente esos mismos hechos no gocen de notoriedad en Estados Unidos, ni tampoco en nuestro propio país dentro de 50 años.

Por eso, respecto de la notoriedad debe admitirse siempre prueba en contrario (salvo que la contradicción hacia lo notorio sea manifiestamente infundada): si una parte alega la notoriedad y el tribunal la estima, pero la otra parte impugna la notoriedad o sostiene que lo notorio es falso, debe permitirse práctica de prueba.

En todo caso, debe tenerse en cuenta otro dato: en general, en los procesos se discute sobre la certeza de hechos «pequeños», de escaso conocimiento e incidencia fuera del ámbito de los litigantes; por eso, es difícil que la certeza o no de un hecho notorio pueda ser realmente relevante para la resolución de un litigio civil.

> Ejemplo. Por muy notorio que sea que Felipe VI es rey de España o que Lionel Messi ya no es jugador del F.C. Barcelona, se hace difícil imaginar que estos sean hechos que puedan revestir relevancia en un proceso civil entre dos particulares. Lo serían, v.g., si un contrato estuviera sujeto a la condición que Felipe VI siguiera siendo rey o que Lionel Messi siguiera en la plantilla del F.C. Barcelona –pero, obviamente, no suele ser económicamente racional sujetar la eficacia contractual a condiciones de este tipo.

1.4. Las presunciones

Los hechos también se pueden fijar como ciertos usando la técnica de las presunciones, que consisten en operaciones lógicas que permiten deducir la certeza de un hecho a partir de la certeza de otro hecho que resulte probado, admitido o notorio (indicio).

> El estudio de las presunciones se hace en la lección 23.

1.5. La exclusión del conocimiento privado del juez

No se puede ignorar que los jueces tienen conocimientos generales de ciertos hechos, que les pueden servir para la apreciación de las pruebas y para la

subsunción de hechos concretos en las normas. En ocasiones se puede producir una situación en la que, más allá de lo anterior, el juez tiene «conocimiento privado» de hechos relevantes para el proceso: por sí mismo, es decir, al margen de la actividad desarrollada en el proceso, el juez dispone de información sobre algún hecho en que se funda de forma trascendente la pretensión de alguna de las partes. Pues bien, está fuera de discusión que el juez no puede utilizar esos conocimientos privados para fijar hechos relevantes en el proceso.

> *Ejemplo.* En un proceso sobre responsabilidad civil derivada de un accidente de tráfico en que está implicado una persona con notoriedad pública, puede haber llegado a conocimiento del juez, por los medios de comunicación, que una de las partes conducía bajo los efectos del alcohol. El juez no puede en modo alguno tener ese cierto por hecho si no se ha practicado prueba suficiente en el proceso sobre ese extremo (por mucho que hubiera visto en televisión o en las redes sociales las imágenes tomadas por una persona en el lugar y momento de los hechos, que evidencian la ebriedad del demandado).

> *Ejemplo.* En un proceso de divorcio en que se discute sobre el régimen de custodia de un menor, resulta que el juez dispone de información sobre la situación familiar del menor por razón de vecindad o de que es compañero de colegio de sus propios hijos.

Una eventual utilización del conocimiento privado del juez sería contraria a la necesaria imparcialidad judicial y, sobre todo, al derecho de defensa y a la estructura contradictoria del proceso: al juez le estarían llegando elementos para tomar su decisión al margen del proceso y sin margen para que las partes afectadas pudieran rebatirlos.

> Esta prohibición resulta problemática en relación con las búsquedas en internet y/o asistidas por herramientas de Inteligencia Artificial. De forma más o menos consciente, los jueces –igual que cualquier otra persona que necesita formarse criterio sobre un asunto– pueden buscar información en la red o solicitar a una herramienta de IA que le ofrezca un dato (v.g., el precio promedio del alquiler en una determinada zona), con relevancia para un proceso. ¿Se trata de actividades prohibidas o forman parte de aquello que las partes y el sistema han de asumir como normal? Al fin y al cabo, se espera de los jueces que tengan un conocimiento general de la realidad que los rodea…

2. Objeto de la prueba

El objeto de la prueba es aquello sobre lo que la prueba versa, es decir, aquello que se pretende fijar como cierto a través de la actividad en que consiste la prueba. Como regla general, el objeto de la prueba lo integran hechos; ahora bien, también pueden ser objeto de prueba máximas de la experiencia y, excepcionalmente, normas jurídicas.

2.1. Hechos controvertidos

El objeto de la prueba son fundamentalmente hechos o, más exactamente, afirmaciones de hechos. Es la certeza positiva o negativa de estos la que se pretende obtener con la actividad probatoria. En todo caso, es necesario que los

hechos sean *controvertidos*, es decir, que exista disputa entre las partes acerca de su certeza (recuérdese que no hace falta probar los hechos admitidos, al igual que los notorios).

Los hechos objeto de la prueba pueden ser de dos clases:

— Hechos fundamentales: son los que encajan exactamente en el supuesto de hecho de la norma aplicable para resolver el objeto del proceso.

— Hechos accesorios: son los que no tienen encaje exacto en las normas aplicables, sino que se refieren a aspectos secundarios de la cuestión de fondo, pero que pueden acabar siendo igualmente trascendentes para el desenlace final del litigio.

> Es frecuente señalar que los primeros serán objeto de prueba si previamente se han alegado por las partes; los segundos, en cambio, pueden ser introducidos de oficio por el juez.

2.2. Normas jurídicas

Excepcionalmente puede ser objeto de prueba el Derecho. Con carácter general, el conocimiento de las normas vigentes en el Estado es una obligación del juez, razón por la que estas no necesitarán prueba alguna (*iura novit curia*).

Sin embargo, esta regla general no rige respecto del Derecho extranjero y de la costumbre.

a) En cuanto al *Derecho extranjero*, en los casos en que deba aplicarse una norma material extranjera (como consecuencia, a su vez, de las normas de Derecho internacional privado), las partes tendrán que demostrar su contenido y vigencia, así como el modo en que se interpreta por los tribunales de su Estado de origen. Lo contrario significaría presumir que los jueces nacionales conocen el ordenamiento nacional de cualquier Estado o territorio. La prueba del Derecho extranjero suele llevarse a cabo a través de dictámenes o informes realizados por juristas del Estado extranjero, aunque en todo caso esas pruebas se han de valorar libremente, sin que ningún informe o dictamen, nacional o internacional, sobre Derecho extranjero, tenga carácter vinculante para los tribunales españoles (art. 33 de la Ley 29/2015 de cooperación jurídica internacional en materia civil).

> En los casos en que no se haya podido probar el contenido y vigencia del Derecho extranjero, el art. 33 de la Ley de cooperación jurídica internacional establece –eso sí, con carácter excepcional-, que el asunto podrá resolverse aplicando el Derecho español (la alternativa habría sido aplicar las normas sobre carga de la prueba, en los términos que se verán más adelante).

b) El art. 1.3 CC reconoce a la *costumbre* como fuente del Derecho sustantivo, pero dispone que se aplicará siempre que resulte probada. No se puede exigir a los tribunales el conocimiento de todas las costumbres vigentes en todos los lugares, de ahí que las partes tengan que probar tanto el uso (reiteración de conducta), como la *opinio iuris* (convicción general de la obligatoriedad de ese uso). El art. 281 LEC dispone, no obstante, que la prueba de la costumbre no será

necesaria cuando las partes estén conformes en cuanto a su existencia y contenido, y siempre que no afecte a cuestiones de orden público.

2.3. Máximas de la experiencia

A veces son objeto de prueba no simples hechos, sino reglas generales de carácter empírico a las que se denomina «máximas de la experiencia». Se trata de principios, máximas, reglas, extraídos de la experiencia general y que están relacionados con una ciencia, un arte, una técnica o una especialidad determinada. Las máximas de la experiencia no son hechos, sino las reglas que explican el porqué de que sucedan ciertos hechos: por eso, su conocimiento es necesario para explicar los hechos y, con mucha frecuencia, para poder aplicar una norma jurídica. Hay una máxima de la experiencia, por ejemplo, detrás de expresiones como «agua potable» o «intervención quirúrgica correcta».

> *Ejemplo.* En un proceso contra una empresa constructora por defectuosa edificación, hay que distinguir varios elementos: de un lado, se encuentra el hecho (probado, o tenido por cierto) de que una parte del tejado se ha derrumbado; ahora bien, de otro, se hace preciso determinar si el derrumbe se ha debido a un accidente o a una defectuosa construcción. Y para determinar esto segundo es preciso saber si, conforme a la experiencia y a los conocimientos propios de los arquitectos, las cinco vigas de acero de 35 cms de diámetro que integraban la estructura del tejado eran o no suficientes para aguantar el peso de la cubierta: y a eso se da respuesta utilizando máximas de la experiencia.

En algunos casos, estas máximas pueden ser conocidas por el tribunal, por ser comunes: entonces no necesitan ser probadas (v.g., la regla empírica según la cual 2 + 2 = 4 o según la cual a 0 grados centígrados el agua se congela). No obstante, con mucha frecuencia, las máximas de la experiencia de utilidad para el proceso son especializadas: y dado que el juez no las conoce –ni tiene porqué conocerlas– surge la necesidad de probarlas (normalmente a través de dictámenes periciales).

3. PAPEL DEL TRIBUNAL Y DE LAS PARTES EN LA DETERMINACIÓN DE LOS HECHOS

En la mayoría de los sistemas procesales, incluido el nuestro, se entiende que no sería razonable ni posible que fuera el Estado, a través de los tribunales, el único que tuviera que encargarse de comprobar los hechos que se aportan al proceso.

Como regla, y debido a la vigencia del principio dispositivo y del principio de aportación de parte, corresponde a las partes proponer y aportar las pruebas que consideren oportunas en relación con los hechos alegados por ellas. De un lado, porque los sujetos particulares –que han intervenido en las relaciones o situaciones jurídicas objeto del proceso– se encuentran en mejores condiciones para establecer la certeza de tales hechos. De otro, porque dado que el proceso civil se caracteriza por el predominio de los derechos o intereses privados y está regido por el principio

dispositivo, es lógico que sean las partes quienes tengan la carga no solo de alegar los hechos, sino también de probarlos (principio de aportación de parte).

Esto significa que el juez no puede, de oficio, introducir en el proceso hechos relevantes no alegados por las partes. Y, en principio, esto también significa que el juez no puede ordenar de oficio la práctica de pruebas en relación con hechos relevantes para el proceso: el juez debe decidir si las pruebas propuestas por las partes son admisibles y debe, asimismo, ocuparse de que se practiquen efectivamente las pruebas admitidas, cuya valoración también le corresponde a él.

En este sentido, el art. 282 LEC dispone que las pruebas se practicarán a instancia de parte y el tribunal nunca podrá acordar de oficio que se practiquen determinadas pruebas, salvo cuando lo disponga la ley expresamente (y solo lo hace en algunos procesos especiales en materia de estado civil). Además, la LEC atribuye un papel relevante a las partes no solo en la proposición de las pruebas, sino también en su práctica: deben aportar datos sobre las personas que han de ser citadas –art. 284 LEC– y se prevén multas para la parte por cuya causa no pueda practicarse temporáneamente una prueba admitida.

> La posibilidad de que el juez pueda ordenar de oficio pruebas respecto de los hechos alegados por las partes es, sin embargo, bastante controvertida. De un lado, se puede sostener que es contrario a las reglas más elementales de imparcialidad judicial: quiérase o no, al ordenar de oficio pruebas que las partes no han querido proponer el juez estaría haciendo el trabajo que corresponde a una de las partes, con resultados beneficiosos para aquélla que no fue diligente a la hora de proponer pruebas. De otro, sin embargo, se aduce que resulta ilógico que un hipotético formalismo del proceso impida al juez tomar conocimiento de todos los hechos sobre los que debe pronunciarse. Como se verá más adelante, la LEC española se decanta de forma contundente por el primero de los extremos, limitando de forma casi absoluta cualquier iniciativa probatoria del tribunal.

En definitiva, como consecuencia de la vigencia del principio dispositivo, a las partes les corresponde buscar las fuentes de prueba y proponer al tribunal que se practiquen los correspondientes medios de prueba en relación con ellas. Y al tribunal le corresponderá decidir si admite o no la prueba propuesta por las partes, que será la que se practique en el momento oportuno del proceso.

La única modulación a esta distribución de roles entre juez y partes se encuentra en lo dispuesto en el art. 429.1 LEC, que no permite al tribunal ordenar de oficio la práctica de pruebas, pero sí que le faculta, en el marco de la audiencia previa al juicio –y de la vista, en el juicio verbal–, para advertir a las partes de que respecto de uno o varios hechos las pruebas propuestas por ellas podrían ser insuficientes y, además, para sugerirles, sobre la base de la información que resulte de las actuaciones, qué posibles pruebas podrían proponer. En vista de estas sugerencias del juez, las partes pueden completar o modificar sus proposiciones probatorias. Pero debe notarse que: a) este precepto no permite al juez ordenar directamente la práctica de esas pruebas que él mismo sugiere, sino que debe esperar a que formalmente alguna de las partes lo proponga; b) en la práctica, se

trata de una facultad que recibe un uso muy escaso en nuestros tribunales, que no están obligados a utilizarla.

4. El acceso a las fuentes de prueba

Que las partes tengan la carga de proponer la prueba presupone que han tenido acceso previo a las fuentes de prueba, es decir, que saben quiénes son las personas a las que habría que interrogar y disponen de los documentos o soportes similares que pretenden aportar o que les hacen falta para que sobre ellos se elaboren dictámenes periciales De ordinario, es carga de las partes procurarse el acceso a la información y a las fuentes de prueba: forma parte de la más elemental estrategia procesal no fundar pretensiones en hechos que no puedan razonablemente fijarse como ciertos.

Ahora bien, lo que la ley no regula de forma general es el modo en que las partes pueden acceder a esas fuentes de prueba: en principio, es algo en lo que cada cual debe procurarse por sí mismo el acceso del modo que le resulte posible, con el único límite de no incurrir en ilicitud probatoria.

> Esta es la explicación de que, en general, en la vida jurídica, los actos relevantes se documenten.

Ahora bien, en la práctica se plantean problemas graves cuando las fuentes de prueba relevantes están en poder de la parte contraria o de un tercero: la negativa de esos sujetos a suministrar la información o las fuentes de prueba puede privar de tutela judicial a quien considera que puede tener un derecho sustantivo. Estos supuestos de «asimetría» en el acceso a las fuentes de prueba son en parte inevitables, pero no son deseables: un sistema de justicia civil al servicio de la tutela de los derechos sustantivos no debe resignarse a la posibilidad de dictar sentencias incorrectas. Nuestro ordenamiento procesal, sin embargo, no afronta esta cuestión de manera global, sino muy fragmentada e incompleta.

a) De un lado, pueden servir para compensar esta situación las diligencias preliminares (lección 16), que están concebidas para preparar el proceso, pero que en algunos casos también pueden servir, aunque sea de forma limitada, para acceder a información que se pueda usar como prueba. Se trata, sin embargo, de un mecanismo limitado, solo accesible al actor, únicamente utilizable en ciertas situaciones (no en todas –recuérdese que el listado de diligencias preliminares es *numerus clausus*–) y que no siempre es efectivo.

> Una función equivalente, a medio camino entre la obtención de información y el acceso a fuentes de prueba es la que desempeñan las diligencias de comprobación de hechos previstas en la legislación especial en materia de patentes, marcas, competencia desleal y secretos empresariales.

b) Junto a ello, se encuentran los requerimientos de exhibición documental regulados en los arts. 328 y sigs. LEC, en los términos que se verán en la lección 22, que también sirven para que una de las partes acceda a documentos en poder de la contraria o de terceros. Estos requerimientos, no obstante, son limitados, pues

solo cubren los documentos –no otras posibles fuentes de prueba– y no llevan aparejadas en todo caso herramientas coercitivas que aseguren un cumplimiento efectivo.

c) Desde fechas mucho más recientes (2017), la LEC regula en sus arts. 283 bis) a) y sigs. unas «medidas de acceso a fuentes de prueba», que sí están diseñadas de forma específica para regular los requisitos, los límites y el procedimiento más idóneo para articular una respuesta a este problema. Ocurre, sin embargo, que estas medidas tienen un campo material de aplicación muy limitado, pues solo sirven para obtener información y pruebas asociadas en dos sectores muy singulares del ordenamiento: a) de un lado, las acciones de daños derivados de infracciones a las normas de defensa de la competencia (v.g., reclamaciones de quienes compraron camiones a un precio más elevado debido a la existencia del «cártel de los fabricantes de camiones» descubierto y sancionado por la Comisión Europea); b) de otro lado, los procesos para la tutela de los secretos empresariales (art. 18 de la Ley de Secretos Empresariales).

5. El aseguramiento de las fuentes de prueba

Una vez identificadas las fuentes de prueba sobre las que una parte aspira a que se lleven a cabo actividades probatorias eficaces para su pretensión, es posible que se advierta igualmente el riesgo de que la prueba en cuestión no pueda llegar a practicarse en el futuro, sea porque el transcurso del tiempo necesario para llegar al momento ordinario de la práctica probatoria pueda afectar a la fuente de prueba en sí y a su utilidad, o bien porque lo impida una posible conducta de mala fe del contrario o de terceras personas.

El remedio ofrecido para estos casos por el ordenamiento son las medidas de aseguramiento de la prueba (arts. 297 y 298 LEC), cuya adopción se puede pedir al juez para que cuando llegue el momento procesal ordinario sea posible la práctica de una prueba útil y pertinente. Las medidas de aseguramiento de la prueba no son típicas –no hay en la ley un catálogo o una lista cerrada con las posibles medidas que se pueden adoptar–, sino que la ley se refiere a las que resulten útiles para evitar que, a causa de conductas o acontecimiento naturales, se destruyan o alteren objetos materiales o estados de cosas, que hagan imposible la práctica de la prueba. Van, por tanto, encaminadas a la conservación de cosas, lugares o situaciones, o a hacer constar fehacientemente su realidad y características; y podrán consistir también en mandatos de hacer o no hacer dirigidos por el juez a cualquier sujeto, cuyo incumplimiento constituirá una infracción de desobediencia a la autoridad.

> Ejemplo. Se puede pedir que se deposite en poder de un tercero un objeto sobre el que ha de practicarse una prueba pericial, cuando existe el riesgo de que dicho objeto se destruya o se deteriore con el paso del tiempo. O se puede ordenar a un sujeto que no destruya unos documentos o que se abstenga de realizar una determinada obra cuya ejecución impediría después la práctica eficaz de un reconocimiento judicial o la elaboración de un informe pericial. En litigios

derivados de la infracción de los derechos de propiedad industrial y de propiedad intelectual, podrán consistir en especial en la descripción detallada, con o sin toma de muestras, o la incautación efectiva de las mercancías y objetos litigiosos, así como de los materiales e instrumentos utilizados en la producción o la distribución de estas mercancías y de los documentos relacionados con ellas.

Contracautela: De forma singular, la ley permite que el tribunal, en lugar de acordar la medida de aseguramiento que se le haya pedido, acepte el ofrecimiento que haga la persona que ha de soportar la medida de prestar caución bastante para responder de la práctica de la prueba cuyo aseguramiento se pretenda.

Las medidas de aseguramiento de prueba se pueden solicitar incluso antes de la iniciación del proceso, por quien pretenda incoarlo. En tal caso, habrá que pedírselas al tribunal que sería competente para conocer del litigio y, si se obtienen, será imprescindible formular demanda en un plazo máximo de veinte días, pues de lo contrario quedarán sin efecto y se alzarán

En todo caso, la adopción de una medida de aseguramiento de prueba está supeditada a la previa comprobación por el tribunal de que concurren los requisitos necesarios: (i) la prueba que se pretende asegurar es posible, pertinente y útil al tiempo de proponer su aseguramiento; (ii) existen razones o motivos para temer que, de no adoptarse las medidas de aseguramiento, puede resultar imposible en el futuro la práctica de la prueba; (iii) la medida que se propone es adecuada al fin que se persigue y puede llevarse a cabo dentro de un tiempo breve y sin causar perjuicios graves y desproporcionados a las personas implicadas: esta exigencia de proporcionalidad permite al tribunal, de hecho, sustituir la concreta medida que se le haya pedido por otra que él considere preferible.

Como la adopción de estas medidas puede causar perjuicios, la LEC prevé que el solicitante de la medida pueda ofrecer caución para responder de los daños y perjuicios que cause.

Para tomar la decisión en sí sobre aseguramiento de la prueba está prevista la tramitación de un procedimiento, previo al comienzo del proceso declarativo o incidental respecto de este, si ya se ha incoado. El tribunal, como regla, habrá de dar audiencia a la persona que deba soportar la medida de aseguramiento solicitada y, si no coincide con el demandado, habrá de oír también a este (que podrá, v.g., oponerse a su adopción aduciendo la imposibilidad, impertinencia o inutilidad de la prueba).

De forma excepcional, sin embargo, cabe adoptar la medida de aseguramiento sin audiencia de la parte a la que habría de afectar –ni, en su caso, al demandado–, cuando el solicitante acredite la probabilidad de que el retraso derivado de la audiencia previa ocasione daños irreparables a su derecho o cuando exista un riesgo demostrable de que se destruyan pruebas o se imposibilite de otro modo su práctica. En tal caso, una vez se le haya notificado la resolución, el demandado y/o quien deba soportar la medida podrá formular oposición en veinte días, para promover su revocación tras la celebración de una vista. La resolución que se dicte no será recurrible.

6. PROPOSICIÓN Y ADMISIÓN DE LA PRUEBA

6.1. Requisitos de los que depende la admisibilidad de la prueba propuesta

Que sea carga de las partes la proposición de las pruebas tiene, como contrapartida, el reconocimiento en el art. 24.2 de la Constitución del derecho fundamental a la prueba pertinente, es decir, el deber de los tribunales de permitir la práctica de la prueba propuesta por las partes. No se trata, en todo caso, de un derecho absoluto, sino que está sujeto a la concurrencia de cuatro requisitos (que obligan al tribunal a admitir las pruebas propuestas):

1º. *Posibilidad*: solo se admitirán aquellas pruebas cuya práctica resulte posible, esto es, que pueda efectivamente llevarse a cabo la actividad en que consiste.

> *Ejemplo.* Debe rechazarse, por imposible, la práctica de una prueba consistente en leer la mente del litigante contrario, al efecto de acreditar que era consciente de su ausencia de derecho a poseer y fijar como cierta su mala fe.

2º. *Legalidad:* solamente se admitirá como prueba aquellas actividades cuya práctica no resulte contraria a la Ley.

> *Ejemplo.* En un proceso de responsabilidad civil por intoxicación alimentaria, no debe admitirse, por ilegal, la prueba consistente en que un oficial del tribunal ingiera en presencia del juez y de las partes la sustancia potencialmente tóxica, a los efectos de acreditar la relación de causa a efecto.

3º. *Utilidad:* se trata de la adecuación a priori entre el medio de prueba cuya práctica se propone y el fin de dicho medio de prueba, que consiste en convencer al tribunal de la certeza de un hecho. Se entiende que una prueba es útil cuando parece en principio adecuada para formar la convicción del tribunal acerca de algún hecho relevante.

> *Ejemplo.* Debe rechazarse, por inútil, el testimonio de un sujeto que solo habla y entiende castellano pero escuchó una conversación sostenida en lengua china entre dos personas, si lo que se pretende con su interrogatorio es probar el contenido de esa conversación (v.g., para acreditar que en ella los protagonistas celebraron un contrato verbal). En cambio, debe admitirse, en tanto que útil, el testimonio de ese sujeto si lo que se pretende probar es que la conversación tuvo lugar y/o los términos externos en que tuvo lugar (v.g., en tono amistoso, con apretón de manos, con exhibición e intercambio de documentos).

4º. *Pertinencia*: se trata de la relación entre el objeto de la prueba y el objeto del proceso. Hay pertinencia cuando a través del medio de prueba se pretenda formar la convicción acerca de algún hecho que sea de relevancia para el proceso, es decir, que se persiga convencer al tribunal con ese medio de prueba de la certeza de alguno de los hechos que el tribunal habrá de tener en cuenta en el momento de dictar sentencia.

> *Ejemplo.* En un proceso de reclamación de cantidad, debe rechazarse, por impertinente, el testimonio del hermano del demandado encaminado a demostrar que es buena persona y habitual cumplidor de sus obligaciones, pues no se trata

de hechos que deban ser enjuiciados por el tribunal para resolver el fondo de la controversia.

Si concurren estos cuatro requisitos el tribunal está obligado a admitir la prueba propuesta (salvo, como veremos, en los supuestos de ilicitud probatoria, cuando se trate de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales): así lo exige el derecho fundamental a la prueba (art. 24.2 CE). Ahora bien, el tribunal tiene también el deber de rechazar las pruebas imposibles, ilegales, inútiles o impertinentes, pues su admisión y práctica es contraria al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas.

6.2. Dinámica de la proposición y admisión de la prueba

La dinámica de la proposición y admisión de la prueba puede variar ligeramente en función del cauce procedimental en que nos hallemos.

a) En el *juicio ordinario*, la proposición y admisión de la prueba se llevan a cabo en la audiencia previa al juicio. El art. 429.1 LEC establece que la prueba habrá de proponerse de palabra en la audiencia previa, pero con obligación de aportar en el acto un escrito detallado de las pruebas que se proponen. Si el escrito no se presenta entonces, habrá que hacerlo en dos días; en caso de no hacerse la prueba será inadmitida.

> Recuérdese, además, que el art. 429 LEC también permite al tribunal sugerir a las partes aquellas pruebas que a su juicio servirían para paliar las insuficiencias probatorias detectadas al analizar la proposición probatoria formulada.

El tribunal tiene que resolver oralmente y en el acto sobre la admisión de cada una de las pruebas que hayan sido propuestas. Su resolución respecto de cada una de las pruebas, tanto de admisión como de inadmisión, será recurrible en reposición en el acto: la parte a quien perjudique habrá de formular su recurso oralmente y el tribunal lo resolverá también de palabra; si la reposición es desestimada la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia (art. 285).

> Es muy infrecuente que en la práctica prospere el recurso de reposición, dado que se formula de forma inmediata ante el juez, con poco margen para que este pueda reconsiderar su decisión. Los abogados, de ordinario, lo hacen de forma más bien ritual o rutinaria, como paso previo para formular protesta y poder, en su caso, impugnar la sentencia que se acabe dictando con el argumento de la indebida inadmisión de la prueba propuesta por uno mismo o la indebida admisión de la prueba propuesta por la parte contraria.

La prueba admitida, en todo caso, se practicará en el acto del juicio; esto significa que las partes dispondrán de un plazo mínimo de un mes para preparar su intervención.

b) En el *juicio verbal*, las partes proponen las pruebas por escrito, dentro de los cinco días siguientes a la presentación de la contestación a la demanda. En ese mismo escrito, si tienen interés en que declare la parte contraria, un testigo y/o un perito, habrán de solicitar que sean citadas por el tribunal (art. 438.8). Cada una de

las partes dispondrá entonces de un plazo de tres días para pronunciarse sobre la proposición de prueba formulada de contrario, solicitando su inadmisión, denunciando su ilicitud o impugnando la autenticidad de los documentos aportados (art. 438.9). El tribunal resolverá por auto sobre la admisión de la prueba propuesta (art. 438.10).

La prueba admitida se practicará en el acto de la vista, si es que esta ha de celebrarse.

c) En ambos procedimientos, por otra parte, no puede olvidarse que las pruebas preconstituidas deben haberse aportado con antelación (el demandante, en la demanda, el demandado, en la contestación a la demanda): esto afecta a documentos, soportes de datos, imagen y sonido, así como a informes periciales encargados directamente por las partes. En la audiencia previa o en el escrito a que se refiere el art. 438.8 las partes tienen en todo caso la carga de pedir formalmente al tribunal su admisión, pero solo si fueron aportadas en su momento: salvo que concurra alguna de las excepciones legalmente establecidas, la audiencia previa o el trámite del art. 438.8 no son momentos válidos para la aportación y admisión de este tipo de pruebas preconstituidas.

> Igualmente, cuando se trata de prueba pericial con solicitud al tribunal de que sea este quien designe al perito y le encargue la elaboración de un informe, se verá en la lección 23 que la petición ha de hacerse en la demanda o en la contestación. Tampoco la audiencia previa o el trámite del art. 438.8 son, por tanto, momentos válidos para la petición de esta modalidad de prueba pericial.

6.3. La exclusión de la prueba ilícita

Aunque una prueba propuesta sea posible, legal, útil y pertinente, el tribunal tiene el deber de evitar que se practiquen pruebas ilícitas. Y se considera que son ilícitas aquellas pruebas que se hayan obtenido vulnerando, directa o indirectamente, algún derecho fundamental (art. 11.1 LOPJ).

> *Ejemplo.* El demandante pretende aportar como fundamento de su pretensión unas imágenes grabadas en el interior del domicilio del demandado sin su consentimiento: se trata de pruebas obtenidas con lesión del derecho fundamental del demandado a la inviolabilidad del domicilio.

La ilicitud de una prueba no debe confundirse con su ilegalidad: la ilegalidad, a la que se ha hecho referencia antes, tiene que ver con el modo en que habría de practicarse la prueba; la ilicitud, en cambio, se refiere al modo en que se ha obtenido la fuente de prueba que pretende usarse para la actividad probatoria.

El art. 11.1 LOPJ señala de forma tajante que las pruebas obtenidas directamente o indirectamente con vulneración de derechos fundamentales no surtirán efectos en el proceso: esto significa, pues, que el tribunal no debería admitirlas o, en todo caso, que no resulta posible sostener en ellas la convicción judicial sobre la certeza de unos hechos. Esta privación de eficacia a las pruebas obtenidas de forma ilícita es manifestación de la voluntad del legislador de otorgar una protección reforzada a los derechos fundamentales. No se considera conveniente instituir un sistema procesal en el que «todo vale» a la hora de obtener

pruebas para «ganar» un proceso. En efecto, podría pensarse que, aunque la prueba se haya obtenido de forma inaceptable, los jueces no deberían cerrar los ojos a la realidad, de modo que la prueba valdría, sin perjuicio de sancionar a quienes hubieran incurrido en conductas lesivas de los derechos fundamentales para obtenerla.

> Ejemplo. En un proceso de reclamación de pensión compensatoria, uno de los excónyuges aporta como prueba de la solvencia de la parte contraria una serie de extractos bancarios extraídos de la correspondencia que una entidad financiera seguía enviando a la parte demandada al antiguo domicilio común. La apertura de la correspondencia es un delito, por el que se puede castigar a la parte actora, pero la información contenida en las cartas del banco puede servir para probar que la pensión que ha de pagarse sea muy superior a la que venía percibiéndose.

El riesgo de esta opción es claro: puede haber casos en que el «coste» de la obtención ilícita de una prueba –en términos de consecuencias sancionadoras– se vea compensado por la ventaja que reportaría la victoria en el proceso. El legislador parece haber querido cortar de raíz con las posibilidades que podría abrir una generalización de ese «juego de cálculos» y ha optado por establecer la regla general de exclusión probatoria que se deduce del tenor literal del art. 11.1 LOPJ: los derechos fundamentales tienen valor absoluto.

El problema –se intuye con rapidez– radica en que entre los derechos fundamentales que el art. 11.1 LOPJ aspira a proteger también se incluye el derecho fundamental a la prueba de aquella parte que pretende valerse de una prueba obtenida con violación de derechos fundamentales y, por supuesto, el derecho a la tutela judicial efectiva, que es ilusorio sin pruebas que sostengan las pretensiones de las partes. Por eso, aunque la regla del art. 11.1 LOPJ está enunciada de forma taxativa, debe entenderse abierta a un cierto margen de ponderación, especialmente cuando quien pretende valerse de una prueba ilícita la ha obtenido de buena fe, cuando no dispone de otros elementos sobre los que sostener su pretensión y/o cuando la parte contraria se ha negado injustificadamente a facilitar un acceso lícito a la fuente de prueba (v.g., se trata de un documento cuya exhibición le fue solicitada y cuya existencia había sido negada por ella).

> Esta es, de hecho, la tendencia que prevalece en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: STEDH de 10 de octubre de 2006, *L.L. c. Francia*, asunto 7508/02; STEDH de 13 de mayo de 2008, *N.N. y T.A. c. Bélgica*, asunto 65097/01; y STEDH de 26 de enero de 2017, *Surikov c. Ucrania*, asunto 42788/06. También parece haberla acogido el Tribunal de Justicia de la UE en el asunto *Peter Puškár* (asunto C-73/16, sentencia de 27 de septiembre de 2017). La STC 97/2019, en relación con la conocida como «Lista Falciani» también parece decantarse por la proporcionalidad como criterio interpretativo a la hora de determinar la ilicitud probatoria –y se trata de un asunto penal, en el que las consecuencias en juego son de mayor trascendencia.

Debe advertirse, eso sí, que la regla general –porque así ha decidido establecerla el legislador– es la exclusión de las pruebas obtenidas ilícitamente, de modo que solo debe abrirse un cierto margen a la ponderación y a la flexibilidad

en casos realmente excepcionales, y siempre que la parte a quien interese acredite de forma suficiente las razones –justificadas– por las que el tribunal debería admitirla.

Desde un punto de vista procedimental, cuando una de las partes aporte al proceso una prueba ilícita y pretenda su admisión y práctica, son posibles varias reacciones, en función del conocimiento que pueda tener el tribunal acerca de su ilicitud:

(1) La prueba ilícita no debería admitirse: si en el momento en que se propone la prueba el tribunal, de oficio, o porque lo pone de relieve la parte contraria, considera que la prueba propuesta es ilícita, deberá inadmitirla.

> Si se trata de una prueba preconstituida (normalmente un documento) cabe esperar que en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del verbal se suscite un debate acerca de la ilicitud probatoria, es decir, acerca del origen de la prueba y, en su caso, de las razones que excepcionalmente podrían abogar por su admisión, a pesar del modo en que se obtuvo aquella.

(2) La prueba ilícita, si ha sido admitida, no debería practicarse: en el acto del juicio, antes de que comiencen a practicarse las pruebas, las partes pueden poner de manifiesto que una prueba admitida por el tribunal es ilícita; en consecuencia, si el tribunal se convence en ese momento de la ilicitud probatoria, prohibirá que la prueba se practique, aunque se hubiera admitido previamente (art. 287 LEC).

(3) La prueba ilícita que ya haya sido practicada no debe ser valorada por el tribunal, ni tener eficacia: si se practica una prueba en el juicio (o en la vista) y el tribunal llega a la conclusión de que es ilícita, entonces el tribunal no podrá valorarla, es decir, no podrá tenerla en cuenta para dictar su sentencia.

> En la práctica, sin embargo, es difícil saber si realmente el tribunal habrá logrado «borrar de su mente» la prueba en cuestión y si, por ejemplo, aunque formalmente no se funde la decisión en la prueba ilícita, esta ha servido para reforzar la credibilidad otorgada a otras pruebas que, en caso contrario, tal vez se habrían considerado insuficientes.

(4) Si una de las partes considera que el tribunal ha dictado sentencia fundándose en una prueba ilícita, entonces podrá recurrir la sentencia precisamente por esa ilicitud, pidiendo su revocación y su sustitución por una nueva resolución en la que el juicio de hecho se construya sin tenerla en cuenta.

7. La práctica de la prueba

Cada medio de prueba presenta características singulares en lo relativo a la forma de practicarse, razón por la cual cada uno se estudiará de forma separada en las lecciones posteriores. No obstante, sí que existen algunas normas generales en cuanto a cuándo y a cómo se han de practicar las pruebas.

De acuerdo con el art. 289.1 LEC, las pruebas se practicarán contradictoriamente y en audiencia pública. Esto comporta que los actos de práctica de la prueba se grabarán en soporte de imagen y sonido. Oralidad, publicidad y contradicción son garantías esenciales de la actividad probatoria, sin las cuales no puede considerarse aceptable atribuir fuerza de convicción a ninguna fuente de prueba.

Además, y con carácter general, las pruebas han de practicarse en presencia judicial y, en concreto, del concreto juez o jueces que después habrán de valorarlas y dictar sentencia: la garantía de la inmediación es igualmente esencial para fundar la legitimidad del juicio de hecho.

Debe tenerse en cuenta, además, que ciertas pruebas en sentido propio no requieren de un acto de práctica probatoria en sentido estricto, pero han de ser en todo caso examinadas por el juez que ha de pronunciarse sobre el litigio: esto es lo que ocurre con los documentos y con los informes escritos –salvo que, respecto de estos segundos, se haya acordado la ratificación del perito en juicio– (arts. 289.1 y 3 LEC).

> No obstante, hay actividades relacionadas con la prueba que se llevan a cabo ante el Letrado de la A. de J. (art. 289.2 LEC): la aportación de documentos o instrumentos probatorios, el reconocimiento de la autenticidad de un documento privado, la formación de cuerpos de escritura para el cotejo de letras y la ratificación del dictamen pericial (en este último caso, siempre que no se haya admitido que se efectúe de forma contradictoria en el juicio) Estas actuaciones no se llevan a cabo en audiencia pública, porque en rigor no comportan actividad probatoria en sentido propio, sino que se trata de actuaciones instrumentales.

Aunque la regla es la práctica de las pruebas admitidas en el acto del juicio o en la vista, existen ciertas situaciones que justifican que la prueba se practique fuera del acto del juicio o de la vista, sea porque se practican en un lugar distinto o en un momento distinto.

7.1. La práctica probatoria fuera de la sede del tribunal

De ordinario las pruebas se han de practicar en la sede del tribunal; cuando se practiquen fuera de la sede del tribunal, habrán de practicarse con publicidad y documentación similares a las de la vista. En concreto, la ley prevé la posibilidad de que la prueba se practique en un lugar distinto de la sede del tribunal, al menos en dos situaciones distintas.

a) Es posible que se deba acudir al domicilio de litigantes o testigos enfermos para la práctica de su interrogatorio (sea por el propio tribunal, sea por otro distinto si se trata de un supuesto de auxilio judicial).

b) Es igualmente posible que la prueba se deba practicar mediante auxilio judicial, es decir, que resulte necesario que la lleve a cabo un tribunal distinto, en los casos en que la actividad probatoria deba practicarse necesariamente en otra circunscripción judicial y el juez no pueda desplazarse a ese lugar.

Cuando la prueba deba practicarse en otra circunscripción judicial española se aplicarán las reglas generales de la LEC en materia de auxilio judicial (arts. 169 a 176), a través de los exhortos.

Si resulta necesaria la práctica probatoria en el extranjero, en cambio, habrá que acudir a los mecanismos de cooperación internacional en la práctica de pruebas.

En caso de que la actividad probatoria deba llevarse a cabo en otro Estado miembro de la Unión Europea el tribunal español habrá de canalizar su petición de cooperación a través de las vías previstas por el Reglamento 2020/1783 relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil. El Reglamento establece un sistema de cooperación directa entre la autoridad judicial requirente –es decir, la que necesita que se lleve a cabo una actividad probatoria en otro país– y la autoridad judicial requerida –el tribunal del lugar donde deba llevarse a cabo.

> Ejemplo. A una de las partes le interesa que se interrogue a un testigo que tiene su residencia en Holanda y que no puede viajar a nuestro país por problemas de salud. El juez español que está conociendo del litigio se dirigirá directamente al juez holandés del lugar donde reside el testigo en cuestión, enviándole el cuestionario con las preguntas que se le deben formular. El juez holandés llevará a cabo la práctica de la prueba y remitirá el resultado de vuelta al juez español requirente. Lo habitual, cuando se trate de tomar declaración a personas, será que el juez holandés coordine con el juez español la celebración de una videoconferencia.

Si la actividad probatoria ha de llevarse a cabo fuera de la Unión Europea, y a no ser que deba aplicarse un convenio bilateral especial, lo más usual es recurrir al Convenio de La Haya de 1970 sobre obtención de pruebas en el extranjero, que prevé un sistema más complejo, que se centra en la existencia de un entramado de autoridades centrales en cada Estado miembro, que son las encargadas de canalizar las peticiones de cooperación.

En el ejemplo anterior, el juez español habría de remitir su cuestionario al Ministerio de Justicia (autoridad central en España), para que este a su vez lo remita a la autoridad central del Estado requerido, que finalmente se lo hará llegar al concreto juez que deba practicar el interrogatorio del testigo. El documento que refleje la práctica probatoria hará después el camino de vuelta inverso –a través de las autoridades centrales–.

7.2. La práctica de la prueba en un momento diferente al ordinario: la prueba anticipada

Cuando exista riesgo de que la prueba no pueda practicarse en el momento ordinario previsto y no parezca posible la adopción de medidas de aseguramiento eficaces, la ley permite el adelantamiento de la prueba (arts. 293 a 296 LEC): que su proposición y práctica se lleven a cabo antes del acto del juicio (juicio ordinario) o de la vista (juicio verbal)

Se admite la anticipación de la prueba en los supuestos en que existe un temor fundado de que, por razón de la situación de personas o el estado de las cosas, los actos de prueba no puedan realizarse en el momento procesal generalmente previsto: en estos casos, se practicará la prueba de inmediato, aunque de forma contradictoria (es decir, con intervención de las partes).

> Ejemplo. A una de las partes le interesa la declaración de un testigo que, sin embargo, está aquejado de una enfermedad grave en fase muy avanzada. Dado que en este caso no tiene sentido el aseguramiento de la prueba y es posible que el testigo fallezca antes de que llegue el momento de celebración del juicio, podrá pedirse que se acuerde la práctica anticipada de su interrogatorio.

Si la petición de práctica anticipada de prueba se realiza cuando el proceso no ha comenzado aún, será competente el tribunal que lo sea para el asunto principal y lo actuado carecerá de valor probatorio si la demanda no se interpone en el plazo de dos meses, salvo que se acredite que, por fuerza mayor o causa análoga, no pudo iniciarse el proceso en ese plazo.

La prueba anticipada podrá practicarse de nuevo, a instancia de parte y si fuera posible, en el acto del juicio o la vista: esto sucederá en caso de que el peligro que justificó la anticipación probatoria no haya llegado a materializarse. Nos encontraremos, por tanto, ante escenarios de duplicidad probatoria, en los que el tribunal valorará según las reglas de la sana crítica tanto la prueba practicada anticipadamente como la efectuada con posterioridad.

> Siguiendo con el ejemplo anterior, si el testigo interrogado de forma anticipada sigue vivo y con aptitud para declarar cuando llegue la fecha del juicio (v.g., porque su salud, contra todo pronóstico, ha mejorado), se podrá pedir su citación y declaración en juicio: el hecho de que se haya practicado antes esta prueba no la convierte en inútil o impertinente. Ahora bien, en caso de que sus declaraciones sean diferentes el tribunal deberá motivar cuidadosamente por cuál se decanta.

8. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

Una vez practicada la prueba, el tribunal debe interpretarla y valorarla. Interpretar la prueba consiste en comprender su contenido, esto es, determinar cuál es la concreta información fáctica aportada por la prueba: qué es lo que ha dicho realmente un testigo o lo que ha reconocido una parte; cuál es el resultado que se deduce de unos documentos contables; a qué factores o a qué personas atribuye un informe pericial la causación material de los daños cuya compensación se reclama en el litigio.

Identificar el contenido de una prueba, interpretándola, es necesario, pero no suficiente para que el juez forme su convicción: es preciso que el juez la valore y establezca hasta qué punto efectivamente la prueba en cuestión sirve –por si sola o en conjunto con otra u otras– para considerar razonable sostener en ella la afirmación de que un hecho es cierto.

La valoración de la prueba es, por tanto, la operación intelectual en virtud de la cual el órgano judicial concluye si la prueba practicada respecto de un determinado hecho relevante para el proceso le ha convencido o no de la certeza de dicho hecho. La valoración de la prueba se plasma en la sentencia, como punto de partida para construir el relato de hechos probados a los que aplicar después el ordenamiento.

Es evidente que la valoración probatoria es una actividad que se produce en la mente del juez –o de varios jueces, si el tribunal es colegiado– y, por ello, no está exenta de fuertes dosis de subjetividad: lo que a uno le parece convincente puede que no se lo parezca a otro. Aquí radica una de las mayores dificultades de la labor judicial y también uno de los mayores desafíos para la legitimación del sistema jurisdiccional: que sea el juez quien deba valorar la prueba supone otorgarle un margen de confianza, pero no un espacio de arbitrariedad. Existen ciertos controles, destinados a asegurar que la valoración de la prueba queda sujeta a estándares de razonabilidad, que permitan de algún modo comprender a las partes del litigio –y a cualquier observador externo– las razones por las cuales se ha llegado en sentencia a considerar ciertos o no los hechos relevantes para el proceso.

De entrada, el legislador puede optar entre establecer un sistema de valoración de la prueba que sea libre o que sea tasado –o legal–; y puede hacerlo en general o respecto de cada concreto medio probatorio.

Cuando rige un sistema de libre valoración de la prueba el tribunal decidirá, con arreglo a su criterio y su experiencia, el grado de convicción que extrae de la prueba practicada. Con frecuencia, la LEC utiliza para referirse a esto la expresión de que la prueba habrá de valorarse con arreglo a las reglas «de la sana crítica». Esta libertad de valoración, por supuesto, no significa arbitrariedad, pues no es admisible una valoración ilógica o irrazonable. Por eso, como veremos, el tribunal está en todo caso obligado a explicar en su sentencia las razones por las que ha otorgado fuerza probatoria a unas pruebas y no a otras (motivación del juicio de hecho). La motivación es, por tanto, el contrapeso de la libre valoración probatoria: permite conocer las razones por las cuales el tribunal dio más peso a unas pruebas que a otras y controlar, si es preciso en fase de recurso, hasta qué punto esas explicaciones son razonables o no.

Cuando la ley se decanta por un sistema de valoración legal o tasada de la prueba es ella misma –la ley– la que establece la forma en que debe valorarse una prueba, con independencia del personal grado de convicción íntima del juzgador.

> Así, por ejemplo, si existe un documento público, el legislador obliga al tribunal a tener por ciertos determinados extremos: que un día concreto, ante el notario X, estuvieron presentes los sujetos A y B y que ante el notario dichos sujetos manifestaron que A vendía a B el inmueble sito en la calle L por un importe de Z euros.

Cuando la valoración de la prueba es legal o tasada existe un mayor margen de seguridad jurídica, pero también una menor confianza en el buen hacer de los jueces y, sobre todo, una reducción de las posibilidades de defensa de las partes. Por eso, la regla general en nuestro ordenamiento –y en la gran mayoría de los

ordenamientos avanzados– es la libre valoración de la prueba. No obstante, como se verá en las lecciones siguientes, existen ciertos medios de prueba que se valoran de forma tasada: es lo que ocurre con los documentos públicos, los documentos privados no controvertidos y el interrogatorio de las partes, bajo ciertas condiciones.

> En el caso de los documentos privados no controvertidos y del interrogatorio de las partes el fundamento de la valoración tasada, como se verá, es el principio dispositivo: la regla de valoración legal es simplemente un refuerzo positivo de la vigencia de este principio. En cuanto a los documentos públicos, el fundamento es distinto: el tráfico jurídico necesita funcionar con la seguridad que proporciona la documentación por fedatarios públicos.

9. LA CARGA DE LA PRUEBA

Una vez practicada la prueba y valorada por el tribunal, y en el momento en que este deba construir el juicio de hecho de la sentencia, puede suceder que los hechos, para él, se encuentren en una de estas tres situaciones:

1ª. Certeza positiva. El tribunal está convencido de que el hecho alegado por una de las partes existió: entonces, extraerá la consecuencia jurídica prevista en la norma.

> *Ejemplo.* Si el tribunal considera que es cierto que D causó un daño con su vehículo a A, condenará a D a indemnizarlo.

2ª. Certeza negativa. El tribunal ha quedado convencido de que el hecho alegado por una de las partes no existió: entonces, no deberá extraerse la consecuencia jurídica prevista en la norma en la que se amparaba la parte.

> *Ejemplo.* Si el tribunal considera que no es cierto que D causara un daño a A con su vehículo, absolverá a D.

3ª. Duda. El tribunal no ha quedado convencido ni de que existió, ni de que no existió el hecho alegado, lo que en principio le impide aplicar la norma jurídica, al no estar definida la concurrencia de su supuesto de hecho. A pesar de esta situación de incertidumbre, el tribunal no puede dejar de resolver (el art. 1.7 CC le impone el deber de resolver, en todo caso, los asuntos de los que conozca: prohibición de *non liquet*).

> *Ejemplo.* El tribunal duda acerca de si D realmente causó o no un daño a A con su vehículo.

En estas situaciones en que, a pesar de las pruebas practicadas, el tribunal duda reciben aplicación las reglas sobre carga de la prueba. La finalidad de las normas sobre carga de la prueba es precisamente resolver la cuestión de a quién perjudicará la circunstancia de que no se haya alcanzado la certeza positiva o negativa de un hecho y, consiguientemente, se deduce de ellas a quién le corresponde probarlo. La regulación legal de la carga de la prueba se contiene en el art. 217 LEC.

Antes que nada, conviene precisar que de carga de la prueba puede hablarse en dos sentidos distintos, formal y material.

a) En sentido *formal*: en sentido formal, las normas sobre carga de la prueba establecen a quién corresponde la prueba de los hechos relevantes para el proceso. Y la regla es la de que tiene la carga de probar un hecho el litigante a quien interesa el efecto jurídico derivado de la norma que se apoya en ese hecho. Por eso, se dice que el actor tiene la carga de probar los hechos constitutivos, mientras que al demandado le incumbe la carga de probar los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes.

> Son normas sustantivas las que definen cuáles son los hechos constitutivos de los derechos subjetivos que en ellas se definen, así como los hechos impeditivos, extintivos y excluyentes. Pero es en los entornos procesales probatorios donde esas normas deben desplegar su eficacia jurídica.

b) En sentido *material*: en sentido material, las normas sobre carga de la prueba determinan a quién debe perjudicar la falta de prueba de un hecho, es decir, la duda del tribunal en relación con la existencia o no de un hecho. Y, desde esta perspectiva, se dice que debe perjudicar al demandante la falta de certeza o la duda en relación con los hechos constitutivos, del mismo modo que debe perjudicar al demandado la duda del tribunal en relación con la concurrencia o no de hechos impeditivos, extintivos o excluyentes. Y es que el tribunal no puede conceder una tutela al demandante si no está seguro de que concurren todos los hechos (constitutivos) de los que, conforme al ordenamiento, nace el derecho del demandante a obtenerla; y, a la inversa, si concurren los hechos constitutivos, no puede denegar la tutela pedida por el demandante si no está seguro de que concurra efectivamente algún hecho impeditivo, extintivo o excluyente alegado por el demandado.

Por eso, se suele decir que las normas sobre carga de la prueba en sentido material son la explicación de las normas sobre carga de la prueba en sentido formal: la parte actora tiene la carga de probar los hechos constitutivos porque a ella le perjudica que el tribunal no los tenga por ciertos; y la parte demandada tiene la carga de probar los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes porque el tribunal no puede estimar la excepción procesal que se funde en ellos si no está convencido de su concurrencia.

La aplicación de las reglas sobre carga de la prueba se basa en dos criterios:

— De un lado, en el llamado criterio o principio de normalidad: se ha de presumir que si se dan los hechos constitutivos no concurren, salvo que se aleguen y prueben por el demandado, hechos impeditivos, extintivos o excluyentes. De ahí que sin alegación y prueba de estos últimos, sea suficiente la alegación y prueba de los primeros para que el actor obtenga la tutela solicitada.

— De otro, se basan en el principio de proximidad o facilidad probatoria: debe distribuirse la carga de la prueba atribuyendo a cada parte la que, según la experiencia, puede estar más próxima a ella, de modo que a cada parte le corresponde probar aquello que, según la experiencia, resulta más fácil de probar

para ella que para la parte contraria. Así, al demandante le corresponde probar los hechos que fundamentan la acción afirmada y al demandado los hechos contemplados en las normas cuya aplicación es para él liberadora.

> *Ejemplo.* Imaginemos un litigio en que el acreedor A reclama al deudor D la devolución de la cantidad prestada. Son hechos constitutivos de la acción del acreedor que entregó el dinero y que ha llegado la fecha pactada para su devolución. Y es un posible hecho extintitivo el consistente en que el deudor ya haya devuelto la cantidad debida. Pues bien, ejercitada la acción por A contra D, y opuesta por D la excepción de pago, cabe imaginar las siguientes situaciones de duda, a las que ofrecen respuesta las anteriores reglas sobre carga de la prueba:
>
> 1. El tribunal duda de que A haya prestado, pero está convencido de que D no ha devuelto la cantidad reclamada: la sentencia debe ser absolutoria, pues el actor tiene la carga de la prueba de la entrega del dinero y no la ha levantado; el tribunal sólo tiene que plantearse la eficacia de los hechos impeditivos, extintivos o excluyentes si previamente considera que son ciertos los hechos constitutivos.
>
> 2. El tribunal duda de que A haya prestado, y también duda de que D haya devuelto la cantidad reclamada: la solución ha de ser la misma, y por la misma razón, que en el caso anterior.
>
> 3. El tribunal considera cierto que A ha prestado, pero duda de que D haya devuelto la cantidad reclamada: la sentencia debe ser condenatoria, pues el demandado tenía la carga de probar la devolución del dinero prestado y no la ha levantado.

En ocasiones se suele aludir por algunas normas o en el plano doctrinal al fenómeno de *la inversión de la carga de la prueba*.

> *Ejemplo.* Si el demandante pretende que se declare que existe publicidad ilícita por engañosa, no tiene la carga de probar él el engaño, sino el demandado la carga de probar la veracidad y exactitud de las afirmaciones publicitarias (art. 217.4 LEC).

Este fenómeno no debe entenderse en el sentido de que al actor le corresponda probar hechos impeditivos, extintivos o excluyentes, y al demandando hechos constitutivos. En realidad, lo que sucede es que se da por probado un hecho (*v.g.*, el engaño) y se impone a la otra parte la carga de presentar prueba en contrario sobre el mismo: el demandante queda exonerado de probar el hecho constitutivo de su acción, de modo que nace sobre el demandado la carga de probar que el hecho constitutivo no es cierto. Así, la inversión de la carga de la prueba supone liberar a un litigante de la carga que normalmente le correspondería y el paralelo gravamen del litigante contrario.

Estas situaciones de inversión de la carga de la prueba vienen establecidas en disposiciones legales o se han ido promoviendo en la praxis jurisprudencial ante la constatación de que en determinados supuestos la aplicación de las reglas generales sobre carga de la prueba podría comportar un perjuicio desproporcionado a uno de los litigantes, ante la dificultad objetiva o económica de obtener y aportar pruebas suficientes respecto de algunos de los hechos relevantes que sostienen su pretensión. Esta *ratio* se ve con claridad en materia de

Derecho de consumo: con frecuencia el principio de proximidad no se cumple, porque ciertas pruebas se hallan en poder del empresario, no del consumidor; y, también a menudo, ciertas pruebas –en especial, las periciales– pueden ser muy costosas, especialmente en proporción con el valor de lo reclamado. Alterar las reglas sobre carga de la prueba en estos casos es una opción –no la única, desde luego– para reequilibrar unas relaciones jurídicas que de partida son asimétricas.

> En este sentido, por ejemplo, puede verse el art. 147 del Texto Refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, en relación con los daños derivados de los servicios: «Los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio.»
>
> Otro sector del ordenamiento en que el legislador ha optado por estas técnicas de inversión de la carga de la prueba es la tutela frente a la discriminación. El art. 217.5 LEC, por ejemplo, dispone que «en aquellos procesos en los que las alegaciones de la parte actora se fundamenten en actuaciones discriminatorias por razón del sexo, la orientación e identidad sexual, expresión de género o las características sexuales, y aporte indicios fundados sobre su existencia, corresponderá a la parte demandada la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad» No compete a la parte actora acreditar la existencia de discriminación –aunque es un hecho constitutivo de su pretensión–: le basta con la aportación de indicios que hacen nacer en la parte demandada la carga de la contraprueba.

En relación con lo anterior, y asociada a las nociones de valoración y de carga probatoria se halla la de *estándar probatorio*, a través de la cual se hace referencia al nivel de convicción que debe aportar una prueba para que el juez pueda considerar un hecho como cierto. En materia penal, v.g, el estándar probatorio debería ser muy exigente: «más allá de toda duda razonable» (*beyond any reasonable doubt*, en la doctrina estadounidense). En materia civil es objeto de discusión habitual si debería ser suficiente con una suerte de «probabilidad predominante» (esto es, un 51% de convicción debería bastar) o si debería exigirse un estándar más elevado (más allá, v.g., del 70%). Se trata, en buena medida, de una disquisición teórica, pues en la práctica no resulta sencillo para un tribunal cuantificar su nivel de convicción acerca de la certeza de un hecho.

LECCIÓN 21

DECLARACIONES DE LAS PARTES Y PRUEBA TESTIFICAL

1. El interrogatorio de las partes: 1.1. Concepto; 1.2. Sujetos; 1.3. Objeto; 1.4. Proposición y admisión; 1.5. Práctica del interrogatorio; 1.6. Supuestos especiales; 1.7. Valoración. — 2. El interrogatorio de testigos: 2.1. Concepto; 2.2. Aptitud para ser testigo y deber de declarar; 2.3. Valoración del testimonio y control de la fiabilidad de los testigos; 2.4. Proposición probatoria; 2.5. Práctica de la prueba; 2.6. Supuestos especiales.

1. EL INTERROGATORIO DE LAS PARTES

1.1. Concepto

El interrogatorio de las partes (arts. 301 a 316 LEC) consiste en preguntar a quienes sean parte en el proceso acerca de ciertos hechos o circunstancias de los que tengan noticia y que resulten de relevancia para la solución de la controversia, esto es, sobre hechos que guarden relación con el objeto del proceso (art. 301.1).

Es importante tener claro desde un principio que se trata siempre del interrogatorio de la parte contraria: en nuestro sistema procesal –al igual que en la mayoría de los sistemas continentales– las partes no declaran a instancia propia, para narrar oralmente ante el tribunal su versión de los hechos; para eso están los escritos de alegaciones. El objetivo del interrogatorio de partes es formular preguntas a la parte contraria, para que se vea en la tesitura de reconocer ante el juez hechos propios que le puedan ser perjudiciales: la idea, en consecuencia, es colocar al contrario «entre la espada y la pared» (la «espada» de reconocer ante el juez que es cierto un hecho le perjudica y la «pared» de no decir la verdad en sede judicial).

1.2. Sujetos

Fuente de prueba en el interrogatorio lo son, en todo caso, las partes. En el caso de que exista pluralidad de sujetos en alguna de las posiciones del proceso (ya de demandantes, ya de demandados) y se dé entre ellos oposición o conflicto de intereses, podrá también un colitigante solicitar el interrogatorio de otro colitigante (art. 301.1 *i.f.*): se trata de algo lógico, dado el objetivo de este medio de prueba –recuérdese, lograr que el adversario (incluido un colitigante) reconozca la certeza de hechos propios que le perjudiquen–.

Cuando la parte que haya de declarar sea una persona jurídica (o una entidad sin personalidad jurídica), deberá intervenir como sujeto en la práctica de esta prueba la concreta persona física que intervino en los hechos en nombre de la persona o entidad en cuestión. Aunque esa persona no sea el representante en el proceso de la persona jurídica, sí que lo es a efectos del interrogatorio, razón por la cual la conducta de esta persona física en el interrogatorio vincula a la persona

jurídica: si reconoce la certeza de un hecho, se entenderá reconocido por la persona jurídica; y si se niega a contestar o lo hace con evasivas, las eventuales consecuencias negativas se proyectarán directamente sobre la persona jurídica. A tal fin es necesario que esa persona física forme parte de la persona jurídica o de la entidad en el momento de la práctica de la prueba; en caso contrario, declarará como testigo (art. 309.1), sin esa fuerza vinculante.

> Tradicionalmente se ha sostenido que quien no ostenta la condición de parte en el proceso solo puede actuar en él en calidad de testigo. La ley, sin embargo, difumina la frontera entre la parte y el testigo a estos efectos, en la medida en que sujeta a las reglas del interrogatorio de las partes la declaración de ciertas personas que son, en principio, ajenas al proceso. Así, en los casos de legitimación por sustitución (esto es, cuando la parte actuante en juicio no sea sujeto de la relación jurídica controvertida o titular del derecho que se ejercita), se permite solicitar el interrogatorio de la persona «sustituida» (art. 301.2). Igualmente, en los casos en que la parte sea interrogada acerca de algún hecho que no sea personal suyo, es posible que, previa su designación, conteste –en el marco del interrogatorio de las partes– un tercero que tenga conocimiento personal de los hechos, por sus relaciones con el asunto (arts. 308 y 309.2). La distinción es importante, porque, como veremos, la LEC asigna en ciertos supuestos al interrogatorio de las partes efectos mucho más intensos que a la declaración de los testigos (sobre todo por lo que se refiere a la *ficta confessio*).

1.3. Objeto

El objeto de esta prueba han de ser hechos y circunstancias que sean relevantes, por su relación con lo que es objeto del proceso. En principio, las partes serán interrogadas acerca de aquellos hechos que conozcan por haber intervenido personalmente en ellos: se trata de lo que la ley denomina en varias ocasiones «hechos personales». También es posible que alguna de las preguntas se refiera a hechos que no sean personales del interrogado: en tal caso, el interrogado habrá de responder, dando razón del origen de sus conocimientos (arts. 308, 309.2).

> Si la parte interrogada en este último supuesto es una persona física, podrá proponer que también responda a esta pregunta el tercero que tenga conocimiento personal del hecho (asumiendo con ello las consecuencias de su declaración como parte), siempre que lo acepte la parte que hubiese propuesto el interrogatorio como prueba. Si no se produce esa aceptación, el declarante podrá solicitar al menos que esa persona sea llamada a declarar como testigo.
>
> Y si la parte interrogada es una persona física que interviene como representante de una persona jurídica (o de una entidad sin personalidad), el tribunal deberá interrogar al sujeto que intervino personalmente en los hechos controvertidos, pero ya fuera del marco del acto del juicio, como diligencia final (arts. 309.2 i.f., 435.1).

1.4. Proposición y admisión

Quien desee que se practique en el acto del juicio oral (o de la vista, para el juicio verbal) el interrogatorio de la otra parte habrá de proponerlo así en los momentos oportunos de proposición probatoria, con expresión de los hechos sobre los que habrá de versar la declaración. En concreto, en el marco del juicio ordinario

se tratará de los momentos finales de la audiencia previa al juicio (art. 429.1); y para el juicio verbal, el escrito de proposición probatoria que ha de presentarse después de la contestación a la demanda (art. 438.8); en dicho escrito, además, ha de manifestarse la voluntad de interrogar en la vista a la parte contraria y solicitar que sea citada por el tribunal, de modo que, en caso de incomparecencia, se puedan aplicar las reglas sobre *ficta confessio*.

> Como se verá seguidamente, si un litigante deja de acudir a su interrogatorio el tribunal podrá tener por reconocidos los hechos propios y perjudiciales sobre los que se pretendía que declarase. En el caso del juicio ordinario, se debe recordar que esta prueba se propone en la audiencia previa al juicio y que, en su caso, las partes serán citadas para acudir a su interrogatorio: si dejan de comparecer sin motivo justificado se puede deducir que es cierto aquello sobre lo que se les quería interrogar. En el caso del juicio verbal, en cambio, no hay audiencia previa, de modo que para hacer posible esa inferencia es necesario que quede claro antes de la vista que la parte contraria tiene la intención de solicitar su interrogatorio, razón por la cual la ley habilita este trámite de solicitud de citación.

No es preciso, sin embargo, que en el momento de proposición del interrogatorio se enuncien por la parte interesada las concretas preguntas que formulará en el momento de práctica del interrogatorio. El tribunal admitirá de forma genérica el interrogatorio si, por los hechos sobre los que ha de versar, lo considera prueba útil y pertinente. Eso sí, una vez se llegue a su práctica sí que controlará el tribunal que las preguntas corresponden a los hechos sobre los que se admitió el interrogatorio y decidirá de forma individualizada sobre la admisibilidad de cada una de las preguntas (art. 302.2). A este control se puede sumar la parte que haya de ser interrogada (por sí o por medio de su abogado) quien, además, puede poner de relieve las valoraciones y calificaciones que, contenidas en las preguntas, sean a su juicio improcedentes y deban tenerse por no realizadas (art. 303).

1.5. Práctica del interrogatorio

Como regla, el interrogatorio se desarrollará en el acto del juicio ordinario o en la vista del juicio verbal (salvo que, por motivos justificados, deba practicarse como prueba anticipada). De hecho, será la primera prueba en practicarse (art. 300.1.1º). Presupuesto de su práctica es la comparecencia de la concreta persona que haya de ser interrogada, que a tal efecto habrá sido citada. Si no comparece de forma injustificada, el tribunal podrá considerar reconocidos como ciertos los hechos en que dicha parte hubiese intervenido personalmente, cuando esa fijación como ciertos le sea enteramente perjudicial (*ficta confessio*, admisión tácita de los hechos). Además, le impondrá una multa de 180 a 600 euros. La citación deberá apercibir al interesado de estos extremos (art. 304).

La comparecencia podrá ser telemática, y no presencial, en función de lo que decida el tribunal con arreglo al art. 129 bis LEC.

Comparecido el sujeto que ha de declarar, se le formularán oralmente las preguntas del interrogatorio. Éstas deberán tener en todo caso sentido afirmativo,

serán claras y precisas, y no habrán de incluir valoraciones ni calificaciones (si éstas se incorporaren, se tendrán por no realizadas: art. 302.1). Tanto el tribunal como el interrogado y su abogado controlarán la pertinencia de cada una de las preguntas y el respeto a las reglas formales anteriores (arts. 302.2, 303).

> Que las preguntas deban formularse en sentido afirmativo puede otorgar en apariencia cierta rigidez al interrogatorio, pero tiene un fundamento obvio: solo con enunciados que admitan un sí o un no por respuesta cabe aplicar las reglas sobre admisión tácita de hechos.

La parte interrogada habrá de responder por sí misma a cada una de las preguntas, a medida que se le vayan formulando. Dado que las preguntas se han de formular en sentido afirmativo, las respuestas habrán de ser a su vez afirmativas o negativas; si, por el tenor de las preguntas, esto no fuera posible, habrán de ser precisas y concretas. El declarante, en todo caso, podrá agregar las explicaciones que estime convenientes, siempre que guarden relación con el objeto del debate (art. 305.2). En principio no puede valerse de ningún borrador de respuestas, aunque cuando el tribunal lo considere necesario para auxilio de su memoria le permitirá en el acto consultar documentos, notas o apuntes (art. 305.1).

En caso de que el declarante se niegue a contestar a alguna o a varias preguntas, se le apercibirá de que podrá el tribunal considerar como ciertos los hechos afectados por las preguntas en cuestión, siempre que se trate de hechos personales del interrogado cuya fijación le perjudique en todo o en parte (se excluyen los casos en que exista obligación legal de guardar secreto). Del mismo modo se procederá cuando las respuestas fueran evasivas o inconcluyentes (art. 307). Se trata, por tanto, de supuestos en los que, nuevamente, se amenaza al interrogado con la admisión tácita de los hechos (*ficta confessio*). Lo mismo se hará en los casos en que declare el representante de una persona jurídica o de un ente sin personalidad sobre hechos en los que no intervino personalmente y manifieste desconocer la concreta persona interviniente en ellos (a fin de que pueda ser llamada a declarar): esta manifestación será considerada como respuesta evasiva o resistencia a declarar y permitirá al tribunal tener por ciertos los hechos controvertidos, si son perjudiciales a la persona jurídica o entidad declarante (art. 309.3).

En principio, las preguntas serán formuladas por el abogado de la parte que solicitó la prueba. Si la intervención de este profesional no es preceptiva, serán las propias partes quienes se harán recíprocamente las preguntas. El tribunal, en estos casos, deberá repeler las intervenciones que sean impertinentes o inútiles (art. 306.2).

La LEC ha establecido así un sistema de interrogatorio cruzado (*cross-examination*): una vez concluido el interrogatorio a cargo de quien propuso la prueba, tendrán la oportunidad las demás partes (incluido el abogado del declarante) de formularle a este nuevas preguntas que resulten útiles y pertinentes. Además, y como complemento de lo anterior, también el tribunal podrá interrogar a la parte declarante, con la finalidad de obtener aclaraciones y adiciones (art.

301.1): existe un límite claro (que el juez no haga el trabajo del abogado), que en la práctica puede acabar siendo difuso.

Cuando sean varias las personas que deban declarar sobre los mismos hechos en el marco del interrogatorio de partes, el tribunal adoptará las medidas necesarias para evitar la comunicación entre ellas, de manera que no puedan conocer previamente el contenido de las preguntas y de las respuestas (art. 310). La infracción de lo anterior, sin embargo, no debería invalidar la prueba; aunque, puesta en conocimiento del tribunal, deberá incidir a la hora de valorarla.

> El interrogatorio de las partes es un medio de prueba que solo podrá practicarse una única vez respecto de los mismos hechos (art. 314). Lo que no aclara el precepto es si podrá solicitarse un segundo o ulterior interrogatorio para preguntar a la parte sobre hechos diversos a aquellos que ya fueron objeto del anterior. En principio, la respuesta debe ser coherente con las reglas generales de preclusión y exigencia de diligencia a las partes: por eso, un segundo interrogatorio no habría de resultar posible cuando los hechos que se pretenden hacer objeto de él guardan una relación estrecha con aquellos para los que, inicialmente, se accedió a la práctica de este medio de prueba.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la generalización de las actuaciones telemáticas ha convertido en frecuentes los interrogatorios a través de videoconferencia. Las reglas, formalmente, son las mismas; pero lo cierto es que se puede perder parte del valor añadido de la inmediación, especialmente si los canales empleados no garantizan una calidad suficiente.

1.6. Supuestos especiales

La ley regula con cierto detalle algunos supuestos especiales de interrogatorio: en concreto, el interrogatorio domiciliario y el del Estado, Comunidades Autónomas, Entidades Locales u otros organismos públicos.

> Habrá interrogatorio domiciliario (arts. 311, 312, 313) cuando por motivo de enfermedad u otra circunstancia especial la persona que deba declarar no pueda comparecer ante el tribunal. En estos casos, la declaración se prestará por videoconferencia o, en su defecto, en el domicilio o residencia de aquel, en presencia del juez y del Letrado de la A. de J., que le harán las preguntas que la parte proponente haya formulado y aportado por escrito. Si fuera factible, a juicio del tribunal, también concurrirán las partes y sus abogados, ajustándose entonces la práctica probatoria, en la medida de lo posible, a las reglas generales. A las mismas reglas especiales se ajustará la práctica de esta prueba cuando resulte abonado el recurso al auxilio judicial (en concreto, solo si concurre alguna de las circunstancias del art. 169.4 II): si no es posible el recurso a la videoconferencia, se remitirá al tribunal que haya de prestar auxilio una relación escrita de las preguntas formuladas por la parte proponente. Cuando resulte posible, el tribunal ordenará que se grabe el interrogatorio, siempre que ello no afecte a la intimidad o dignidad de la persona.
>
> Cuando sea parte el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad Local o algún otro organismo público (art. 315), su interrogatorio como parte no se hará mediante la declaración en juicio de aquella persona que pudiera considerarse representante o interviniente en los hechos objeto de las preguntas. En estos casos,

se le remitirá al ente público, sin esperar al juicio o a la vista, un listado con las preguntas presentadas por la parte proponente (que el tribunal, previamente, habrá debido admitir en cuanto que pertinentes). Las preguntas habrán de ser respondidas por escrito y entregadas antes de la fecha del juicio o de la vista; llegados esos trámites, serán leídas en voz alta, y las preguntas complementarias se formularán ya a la representación procesal de quien las hubiera remitido. Si esta no está en condiciones de contestarlas, se remitirá en el acto nuevo interrogatorio por escrito para que sea respondido como diligencia final. La amenaza de *ficta confessio* se declara expresamente aplicable a las respuestas escritas aportadas por estos sujetos.

1.7. Valoración

En principio, la valoración del interrogatorio de las partes es libre para el tribunal, que deberá proceder a ella según las reglas de la sana crítica y, sobre todo, teniendo en cuenta los resultados del resto de la actividad probatoria (art. 316.2). Ahora bien, siempre y cuando no haya contradicción con el resultado de las demás pruebas, la valoración de esta prueba será tasada o legal: si ninguna otra prueba contradice este resultado, el tribunal –con independencia de su personal convicción– deberá tener por ciertos los hechos que una parte haya reconocido si intervino personalmente en ellos y su fijación le es enteramente perjudicial (art. 316.1). Se trata de una regla de valoración de la prueba que descansa en una máxima de la experiencia que, hasta ahora, se ha considerado totalmente razonable: en materia civil, donde las partes disponen libremente de sus derechos, nada permite inferir que, cuando un sujeto reconoce la certeza de un hecho que le perjudica, esté faltando a la realidad de las cosas. Cuando este resultado se vea contradicho por otras pruebas, nada impide que el tribunal llegue a la misma conclusión: pero no le resultará lícito el automatismo previsto y deberá fundar las razones que le mueven a conceder mayor fiabilidad al interrogatorio que a otras pruebas.

Por otra parte, ya se ha visto que existen hasta cuatro hipótesis en que se apercibe al interrogado con tenerlo por confeso. En concreto:

a) cuando el llamado a declarar no comparece sin motivo justificado (art. 304);

b) cuando se niega a responder (art. 307.1);

c) cuando formula respuestas evasivas o inconcluyentes (art. 307.2);

d) cuando manifiesta desconocer la identidad de la persona que actuó personalmente en nombre de una persona jurídica o ente sin personalidad en los hechos objeto del interrogatorio (art. 309.3).

Pues bien, en estos casos no nos encontramos ante supuestos de valoración tasada de la prueba: la LEC no obliga al tribunal a tener por ciertos los hechos, pero le faculta para hacerlo, a condición de que resulte conforme con las reglas de la lógica y de la experiencia, es decir, con las reglas de la sana crítica (en otras palabras, si así se lo permite un contraste razonable entre aquello a lo que

conduciría la *ficta confessio* y aquello a lo que conduce el resultado de la valoración de las demás pruebas).

2. El interrogatorio de testigos

2.1. Concepto

Testigo es toda persona que no sea parte en el proceso pero que tenga conocimiento de hechos referidos a lo que constituye su objeto. A través de su declaración en el juicio el testigo transmite, a su vez, ese conocimiento al juzgador, con la finalidad de contribuir a la formación de su convicción. Por eso se ha de entender que el testigo es, en sí, fuente de prueba; y que el medio probatorio es su declaración ante el órgano jurisdiccional.

El conocimiento que tiene el testigo sobre los hechos objeto del proceso puede ser directo o indirecto. Es directo cuando es el propio testigo quien ha tomado contacto con los hechos en cuestión, quien los ha percibido (v.g., porque los ha presenciado –*testigo de visu*– o los ha escuchado –*testigo de auditu*–). Y se entiende que ese conocimiento es indirecto cuando es otra persona la que, habiendo percibido directamente los hechos, se los ha narrado posteriormente a quien declara como testigo: en tal caso, se suele decir que el testigo lo es «de referencia».

> El testigo de referencia suele plantear mayores problemas de fiabilidad que el directo, dado que será preciso controlar no sólo la credibilidad de su relato, sino también la de la persona que le transmitió a él la información. Por eso, el art. 370.3 exige que, en cada una de sus respuestas, el testigo exprese «la razón de ciencia de lo que diga». Con ello se pretende, antes que nada, saber si el testigo lo es o no de referencia; y, si lo es, que identifique la fuente de la que obtuvo la información.

A diferencia del perito, que puede ser sustituido por cualquier otro profesional que disponga de los mismos conocimientos científicos, artísticos o técnicos, el testigo no es fungible: siempre declarará en el proceso sobre hechos que ha percibido él, de manera personal (y ello incluso si se trata un testigo de referencia, puesto que también es personal su percepción del relato de los hechos que le ha hecho el tercero). Además, lo que el testigo aporta al proceso es, en todo caso, información sobre los hechos relevantes; el perito, por su parte, lo que pretende es aportar al juzgador una serie de conocimientos no jurídicos (máximas de la experiencia), formulados abstractamente, aunque después en su informe el perito los aplique a los hechos concretos objeto de enjuiciamiento.

> A pesar de que la distinción entre testigo y perito parece sencilla, es posible que quien ha percibido los hechos (testigo) disponga a su vez de las aptitudes y conocimientos científicos, artísticos o técnicos para apreciarlos debidamente (perito). El art. 370.4 LEC habla entonces del «testigo-perito», permitiéndole declarar no solo sobre sus percepciones personales –como testigo–, sino también formular manifestaciones sobre tales hechos fundadas en sus conocimientos: respecto de estas segundas se le considerará perito y podrá ser objeto de tacha.

Ejemplo. Uno de los testigos de un accidente de tráfico es también médico y se sirve de sus conocimientos para dar cuenta del tipo de lesiones que percibió en los heridos.

También se ha dicho antes que es testigo quien no es parte. No obstante, al estudiar el interrogatorio de las partes, ya se ha visto cómo esta distinción aparece relativamente difuminada en la LEC, pues a los efectos probatorios hay ciertos terceros que se asimilan a las partes. No se trata de que la LEC convierta en parte a quien no lo es –no podría hacerlo sin contravenir la realidad de las cosas–; pero lo que sí puede hacer es atribuir a las declaraciones de ciertos sujetos el mismo valor que a las de una parte: lo que hace la ley, en tales casos, es atribuir una eficacia probatoria privilegiada y reforzada a las declaraciones de ciertos testigos.

Para la ley también merecen la calificación de testigo los investigadores privados (arts. 265.1.5º y 380).

En efecto, el art. 265.1.5º permite a las partes aportar con la demanda o con la contestación los informes elaborados por profesionales de la investigación privada legalmente habilitados, sobre hechos relevantes en que apoyen sus pretensiones. Si estos hechos no fueran reconocidos como ciertos, se practicará sobre ellos prueba testifical –y será testigo el investigador privado–. El art. 380 desarrolla lo previsto en el anterior, señalando que se interrogará como testigos a los autores de los informes, aunque con algunas especialidades.

2.2. Aptitud para ser testigo y deber de declarar

El art. 361 LEC condiciona la aptitud o idoneidad para ser testigo a la concurrencia de dos requisitos:

a) Disponer de la razón y del uso de los sentidos a través de los cuales se ha podido acceder al conocimiento sobre los hechos: por eso, no podrán ser testigos quienes se hallen privados permanentemente de razón o del uso de sentidos respecto de hechos sobre los que únicamente quepa tener conocimiento por dichos sentidos (v.g., los invidentes no son aptos para testificar sobre hechos que solo son perceptibles a través de la vista; pero sí lo serán para hacerlo respecto de hechos perceptibles mediante el oído).

b) Ser mayor de catorce años: los menores de catorce años, no obstante, serán también admitidos como testigos si, a juicio del tribunal, poseen el grado de discernimiento necesario para conocer y declarar verazmente.

Toda persona que disponga de información relevante para un proceso tiene el deber, si es llamada a ello, de comparecer y declarar en juicio cuanto sepa: se trata de una clara manifestación del deber genérico de colaboración con la Administración de Justicia. Si en el ámbito del proceso penal este principio encuentra numerosas excepciones (vid. los arts. 411 a 418 LECrim), en cambio la LEC solo parece prever una: el deber de guardar secreto, por razón del estado o profesión del testigo (art. 371).

Aunque la LEC no lo diga expresamente, el deber de guardar secreto en estos casos afecta, fundamentalmente, a abogados y procuradores y a eclesiásticos o ministros religiosos, respecto de hechos que han conocido en virtud de su

profesión o ministerio. En estos casos, el testigo quedará liberado de responder. También –lo dice expresamente el art. 371.2– cuando los hechos por los que pregunte al testigo pertenezcan a una materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto: en tal supuesto, es posible que el tribunal reclame del órgano competente el documento oficial que acredite el carácter reservado o secreto, para justificar en autos por qué las preguntas afectadas han quedado sin respuesta.

El deber de comparecencia del testigo está reforzado en la LEC (art. 292) con la amenaza de una multa de 180 a 600 euros; al tiempo de imponerle la multa se le volverá a citar, bajo apercibimiento de proceder contra él por un delito de desobediencia a la autoridad si tampoco entonces comparece. La ausencia del testigo, no obstante, puede provocar la suspensión del juicio o de la vista, si así lo decreta el tribunal, después de dar audiencia a las partes.

Como compensación a su deber de colaboración con la Administración de Justicia, los testigos tendrán derecho a una indemnización por los gastos y perjuicios que su comparecencia les ocasione (art. 375). Esta indemnización habrá de serles abonada por la parte que les propuso, aunque su importe formará parte del contenido de una eventual condena en costas (de modo que podrá ser reembolsado a la parte ganadora por la parte vencida). Además, se les ha provisto de un instrumento rápido y expeditivo para hacer efectivo el importe de esa indemnización.

En efecto, una vez finalizado el juicio o la vista en que declaró el testigo, el tribunal fijará el importe de la indemnización a la luz de los datos y circunstancias aportados. Esta decisión será recurrible únicamente en reposición. Si la parte que haya de abonarla no lo hiciera en el plazo de diez días, el testigo podrá acudir directamente al procedimiento de apremio, de modo que la decisión judicial firme fijando el importe de la indemnización al testigo es un título ejecutivo asimilado, a efectos de ejecución, a la sentencia.

2.3. Valoración del testimonio y control de la fiabilidad de los testigos

La prueba testifical es una prueba de valoración libre (art. 376). Para reforzar la confianza en los testigos están previstos legalmente ciertos controles a su fiabilidad, mediante los cuales se busca proporcionar al tribunal información adicional sobre el testigo que le permita proceder a una valoración acertada de sus declaraciones. Todas estas informaciones adicionales son fundamentales para el tribunal, que habrá de tenerlas muy en cuenta a la hora de valorar las declaraciones testificales. Son varios los mecanismos previstos legalmente a tal fin:

a) En primer término, se exigirá a cada testigo, antes de declarar, que preste juramento o promesa de decir verdad, y se le advertirá de las penas que prevé el Código Penal para el delito de falso testimonio en causa civil (art. 365.1).

Este juramento no se exigirá a los testigos menores de edad penal (art. 365.2).

b) Además, todo interrogatorio comenzará siempre formulando al testigo las denominadas «preguntas generales», algunas de las cuales tienden a poner de manifiesto al tribunal determinadas circunstancias que pueden afectar al grado de credibilidad del testigo.

A tenor del art. 367, se trata de las siguientes:

1º. Nombre, apellidos, edad, estado, profesión y domicilio.

2º. 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.

3º. 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.

4º. Si tiene interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.

5º. Si es amigo íntimo o enemigo de alguno de los litigantes o de sus Procuradores o Abogados.

6º. Si ha sido condenado alguna vez por falso testimonio.

c) Teniendo en cuenta las respuestas a las preguntas generales, las partes tendrán la facultad de manifestar al tribunal que concurren circunstancias que afectan a la imparcialidad del testigo y, por consiguiente, a su fiabilidad. No se trata necesariamente de reiterar aquellos hechos que ya se han puesto de relieve a través de las preguntas generales, sino que también ha de ser posible –dado lo ambiguo del art. 367.2– aportar hechos o circunstancias diversos, siempre que puedan repercutir sobre la credibilidad del testigo.

Cuando así suceda, será el tribunal quien interrogará al testigo sobre tales hechos, dejando constancia de preguntas y respuestas en el acta, para poder tenerlas en cuenta a la hora de valorar la prueba antes de dictar sentencia.

d) Finalmente, y al margen de la posibilidad anterior, los arts. 377 a 379 se ocupan de la posibilidad que tienen las partes de «tachar» a los testigos propuestos por la parte contraria. Mediante la tacha no se pretende impedir la declaración del testigo, ni invalidarla *a posteriori*: tan solo se busca informar al tribunal de la concurrencia en el testigo de alguna circunstancia especial que puede poner en entredicho su credibilidad y la fiabilidad de su declaración, para que aquel la tenga en cuenta al valorar la prueba (se aspira a que el tribunal disminuya con ello la eficacia probatoria que, sin la tacha, tal vez habría tenido el testimonio).

Las circunstancias que se pretende poner de relieve a través de las tachas son las establecidas en el art. 377.1 y se solapan en buena medida con las que son objeto de las preguntas generales:

1º. Ser o haber sido cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad dentro del cuarto 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.

2º. Ser el testigo, 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.

3º. Tener interés directo o indirecto en el asunto de que se trate.

4º. Ser amigo íntimo o enemigo de una de las partes o de su Abogado o Procurador.

5º. Haber sido el testigo condenado por falso testimonio.

Las tachas han de ser formuladas desde el momento en que se admite la prueba testifical –y se determina, por tanto, quiénes serán llamados como testigos– hasta que comience el juicio o vista en que el testigo declarará (art. 378). Antes, por tanto, de que el testigo declare y se le formulen las preguntas generales. Eso sí, aunque el testigo no haya sido objeto de tacha, tendrá que responder a aquellas y también podrán las partes en ese momento poner de manifiesto las mencionadas circunstancias que afecten a su imparcialidad.

Al alegar las tachas, se podrá proponer la prueba conducente a justificarlas (excepto la testifical). Si en el plazo de tres días las demás partes no se oponen a ella, se entiende que reconocen su fundamento. En caso de oponerse, alegarán lo que estimen conveniente y se les permitirá la aportación de documentos (lo cual, en rigor, supone una ruptura del principio de igualdad, pues para probar la tacha se admite cualquier prueba –salvo la testifical–, mientras que para desvirtuarla sólo parece admitirse la prueba documental).

Las tachas las formulará, como regla, la parte contraria a la que propuso el testigo. No obstante, también podrá hacerlo quien lo propuso, cuando la existencia de alguna causa de tacha llegó a su conocimiento con posterioridad a la proposición (art. 377.2). Se pretende, con ello, alejar cualquier sombra o sospecha de fraude o deslealtad por su parte que, quiérase o no, siempre podría repercutir de forma negativa en la valoración de las pruebas.

2.4. Proposición probatoria

La prueba testifical ha de proponerse en los momentos ordinarios: audiencia previa, en el juicio ordinario; escrito de proposición de prueba, en el juicio verbal. Al proponerla, habrá que expresar la identidad de los testigos que se quiere llamar a declarar, con indicación, si resulta posible, del nombre y apellidos de cada uno, su profesión y su domicilio o residencia. Asimismo, se permitirá también designarlo de manera diferente, expresando el cargo que ostenta, o cualesquiera otras circunstancias de identificación, así como el lugar en que pueda ser citado (aunque se ignore su domicilio o residencia) (arts. 362 y 284).

La citación de los testigos para que comparezcan el día señalado para el juicio es tarea compartida entre el tribunal y las partes que los proponen: según el art. 429.5, en la audiencia previa al juicio, una vez admitida la prueba testifical, las partes deberán señalar qué testigos se comprometen ellas a presentar en el juicio y cuáles, por el contrario, han de ser citados por el tribunal. El tribunal decidirá en el acto si está conforme con la petición formulada por las partes sobre este particular.

En el caso del juicio verbal, la parte que pretenda interrogar en la vista a uno o varios testigos y que no esté segura de que vayan a comparecer voluntariamente, habrá de solicitar expresamente en el mismo escrito de proposición de prueba que sean citados por el tribunal.

En principio, no existen límites absolutos en cuanto al número de testigos que pueden declarar sobre los hechos controvertidos en el proceso. Sin embargo, hay que reconocer que un número excesivo de declaraciones testificales puede encarecer y dilatar de forma tal vez innecesaria el proceso. Por eso, se prevén en el art. 363 LEC dos medidas que tratan de reconducir el volumen de la prueba testifical a los límites que, en cada caso, resulten adecuados:

— En primer lugar, los gastos de los testigos que excedan de tres por cada hecho controvertido habrán de ser abonados por la parte que los haya presentado, sin que se consideren costas ni puedan, en consecuencia, computarse dentro de la condena en costas.

— Además, cuando el tribunal ya haya escuchado en juicio el testimonio de tres testigos con relación a un mismo hecho discutido, si considera que ya ha quedado suficientemente ilustrado –v.g., por haber sido todas las declaraciones de idéntico contenido– podrá obviar las declaraciones testificales referidas al mismo hecho que falten.

2.5. Práctica de la prueba

La prueba testifical se practicará en el acto del juicio ordinario o en la vista del verbal, una vez terminado el interrogatorio de las partes (art. 300.1.2º). La declaración podrá efectuarse de manera telemática, y no presencial, en función de lo que decida el tribunal con arreglo al art. 129 bis LEC. En principio, los testigos declararán por el orden en que vinieran consignados en las propuestas, si el tribunal no encuentra motivos para alterarlo (art. 366.1). Las declaraciones habrán de hacerse por separado, sin que puedan los testigos comunicarse entre sí ni asistir los que aún no han declarado a los interrogatorios de los otros (art. 366.2).

La práctica de cada interrogatorio principiará con la prestación de juramento o promesa de decir verdad, acompañada del apercibimiento de las penas asignadas al falso testimonio (art. 365). Seguidamente se formularán al testigo las preguntas generales y podrá suscitarse debate en torno a las circunstancias que afecten a su imparcialidad (art. 367). Se pasará así al interrogatorio sobre los hechos relevantes del proceso, que se trata de ajustar a las reglas de la *cross-examination*: un sistema de preguntas y respuestas formuladas oralmente y cuya admisibilidad se ha de controlar en el acto tanto de oficio como a instancia de parte.

Al testigo se le formularán las preguntas oralmente, con la debida claridad y precisión, sin incluir valoraciones ni calificaciones (art. 368.1). El tribunal decidirá en el acto sobre la admisión de las preguntas (en función de su utilidad y pertinencia: art. 368.2). También podrán las demás partes, en el mismo acto, impugnar su admisión, así como hacer notar las valoraciones y calificaciones que contengan las preguntas y que debieran tenerse por no realizadas (art. 369).

Frente a la decisión del tribunal inadmitiendo alguna pregunta no cabrá recurso alguno, pero la parte que se muestre disconforme podrá manifestarlo así y pedir que conste en acta su protesta, a los efectos de poder después subsanar el defecto durante la segunda instancia (art. 369.2).

El testigo responderá por sí mismo, de palabra, sin valerse de ningún borrador de respuestas. Si la pregunta se refiere a cuentas, libros o documentos, se le permitirá su consulta antes de contestar. En cada una de las preguntas, el testigo explicará la razón de ciencia de lo que diga (es decir, la fuente de la que deriva su conocimiento).

Una vez que el testigo ha respondido a las preguntas de la parte que lo propuso, podrán los abogados de las demás partes formularle a su vez nuevas preguntas conducentes para determinar los hechos, que el tribunal habrá de decidir en el acto si admite o no admite (art. 372.1).

Además, y con la finalidad exclusiva de obtener aclaraciones y adiciones, también podrá el tribunal interrogar al testigo (art. 372.2): se trata, por tanto, de una facultad especial, que no puede servir para que el tribunal introduzca hechos nuevos en el proceso, sino, sobre todo, para permitirle una mejor interpretación de las declaraciones que el testigo ha vertido hasta ese momento.

Cuando los testigos, en sus declaraciones, incurran en graves contradicciones entre sí o con las partes, podrá el tribunal, de oficio o a instancia de parte, acordar que se sometan a un *careo* (art. 373). La finalidad del careo es determinar cuál de las versiones en disputa resulta más fiable o verosímil: sirve, por ello, a la mejor valoración de las pruebas practicadas.

> El careo habrá de solicitarse al término del interrogatorio respecto del que se hayan apreciado las contradicciones con otro anterior (de testigo o de parte), advirtiéndose al testigo de que no se ausente para que las actuaciones puedan practicarse a continuación. En caso de que el testigo respecto de cuyas declaraciones se aprecie la discordancia ya se haya marchado, será preciso volver a citarlo.

La documentación de las declaraciones testificales se hará mediante su registro en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen (art. 374 en relación con el 146.2).

Al igual que sucede con el interrogatorio de partes, como consecuencia de las medidas sanitarias asociadas a la pandemia se ha generalizado las declaraciones de testigos por medio de videoconferencia: se practican en el acto del juicio, siguiendo las reglas descritas, pero sin la presencia física del testigo en la sede del tribunal.

2.6. Supuestos especiales

Junto a esta forma ordinaria de desarrollo de los interrogatorios, la LEC se ocupa de ciertos supuestos especiales.

a) Declaración domiciliaria (art. 364 LEC). Si el testigo reside fuera de la demarcación del tribunal, la declaración se hará preferentemente a través de videoconferencia. Si no es posible acudir a la videoconferencia y el tribunal entiende que, por enfermedad o algún otro motivo válido (art. 169.4 LEC), el testigo no puede comparecer físicamente, se le podrá tomar declaración en su

domicilio, sea directamente o a través de auxilio judicial, según que su domicilio se halle o no en la demarcación del tribunal.

> Cuando se practique la declaración domiciliaria podrán asistir las partes y sus abogados, y, si no pudieren comparecer, se les autorizará a que presenten interrogatorio escrito previo con las preguntas que desean formular al testigo interrogado. El tribunal, sin embargo, puede considerar preferible no permitir la asistencia de las partes y de sus abogados, en función de las circunstancias. En tal caso, habrá que darles a estas traslado de las respuestas, para que, en tres días, puedan pedir que se le formulen al testigo nuevas preguntas complementarias o que se le pidan aclaraciones.

b) Declaración de personas jurídicas y entidades públicas. El art. 381 regula un supuesto ciertamente infrecuente: aquél en que resulte pertinente que informen personas jurídicas y entidades públicas sobre hechos referidos a su actividad, sin que sea posible o necesario individualizar en personas físicas concretas el conocimiento de lo que interese para el proceso. En tal caso, la parte a quien interese podrá proponer como prueba que la persona jurídica o entidad pública, a requerimiento del tribunal, responda por escrito sobre tales hechos en los diez días anteriores al juicio o a la vista.

LECCIÓN 22

LA PRUEBA DOCUMENTAL, LOS MEDIOS DE REPRODUCCIÓN DE LA IMAGEN Y EL SONIDO Y LOS MEDIOS PARA EL ARCHIVO DE DATOS

1. La prueba documental: 1.1. Concepto y clases de documentos; 1.2. Documentos públicos: forma de aportación y control de su autenticidad; 1.3. Documentos privados: forma de aportación y control de su autenticidad; 1.4. Eficacia probatoria de los documentos; 1.5. Tiempo de aportación al proceso de los documentos; 1.6. Obtención de documentos en poder de la parte contraria o de tercero. — 2. Los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y los medios para el archivo de datos: 2.1. La reproducción de la palabra, el sonido y la imagen; 2.2. Los instrumentos para el archivo de datos.

1. LA PRUEBA DOCUMENTAL

1.1. Concepto y clases de documento

La LEC no define de forma expresa lo que entiende por documento, sino que lo da por supuesto. De forma generalizada se asocia la noción de documento a la escritura y, más específicamente, a la expresión escrita de pensamientos, declaraciones de conocimiento y manifestaciones de la voluntad humana. Sin embargo, de los términos de la ley puede deducirse que a lo anterior debe unirse un factor adicional, igualmente relevante: que exista un soporte duradero de esa expresión o información escrita, sea en papel –o material análogo– o sea electrónico.

En las actuales coordenadas socio-económicas son frecuentes las relaciones jurídicas que se documentan en soporte electrónico (*v.g.*, cuando se trata de negocios o contratos celebrados a través de Internet). El instrumento que se utiliza para vincular un documento electrónico a un sujeto es la llamada firma electrónica, que se materializa a través de un «servicio de confianza» que certifica, con mayores o menores garantías, la autenticidad, la integridad, la fecha, la procedencia y otras características relevantes para el tráfico jurídico.

La regulación de la firma electrónica se halla en el Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior (también conocido como Reglamento EiDAS, recientemente modificado por el Reglamento (UE) 2024/1183 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, conocido como Reglamento EiDAS 2), completada a nivel interno por la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza.

La existencia de firma electrónica equipara, a efectos de prueba en el proceso, los documentos con firma electrónica y los documentos en soporte papel que tienen una firma escrita. Y el soporte en que se hallen los datos firmados electrónicamente será admisible como prueba documental en juicio.

En consecuencia, cuando el soporte de la información es electrónico, nos hallaremos ante un documento electrónico si lo que se refleja en ese soporte es un texto escrito; en otro caso, nos encontraremos en presencia de los denominados «medios de prueba a través de instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas» (art. 384 LEC). Por otra parte, el requisito de que el contenido del documento sea un cuerpo de texto escrito tampoco es absoluto, pues el art. 333 da el tratamiento de documentos a dibujos, fotografías, croquis, planos, mapas y otros que no incorporen predominantemente textos escritos.

> Como puede apreciarse, los límites entre los documentos y los soportes de datos y/o audiovisuales no son del todo claros. Una eventual confusión no tendría especial relevancia en relación con la aportación al proceso, pues se trata en todos los casos de pruebas preconstituidas que han de aportarse con la demanda y/o con la contestación. Las diferencias se pueden suscitar en el posterior trámite de práctica probatoria. Los documentos en sentido propio no necesitan un acto de práctica probatoria que sea oral, contradictorio, público y con inmediación, pues basta con que el tribunal los lea y con que las partes se puedan referir a ellos sin más en sus alegaciones orales o escritas. Estaremos en el terreno de los medios de archivo y reproducción de datos, imagen y/o sonido, en cambio, en caso de que resulte necesario para formar la convicción del juez algo distinto de la mera lectura, como un visionado, una audición o la activación de algún tipo de programa informático: en estos casos la práctica en público, de forma oral y contradictoria, así como la inmediación son requisitos irrenunciables para la eficacia de la prueba.

La LEC hace una distinción fundamental entre documentos públicos y privados (de hecho, se regulan en secciones diferentes dentro del capítulo dedicado a los medios de prueba). De forma general se suele entender que un documento público es aquel en cuya confección ha participado un fedatario público (*v.g.*, un Notario o un Letrado de la A. de J.), mientras que los demás son documentos privados. Esta tradicional dicotomía, sin embargo, se ve perturbada por una tercera categoría, la de los documentos «oficiales», esto es, aquellos que provienen de una administración pública u otro organismo oficial. En rigor, estos documentos no son públicos (dada la ausencia de fedatario público al elaborarlos); pero lo cierto es que se les pueden reconocer mayores garantías de autenticidad. Por eso, el legislador ha considerado oportuno asimilar al documento público algunos documentos oficiales, en concreto los expedidos por funcionarios legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones (aunque no sean, en rigor, fedatarios públicos).

Que un documento sea público o privado es algo independiente, en todo caso, de su soporte (papel o electrónico).

> En consecuencia, un documento electrónico puede ser soporte de:

a) Documentos públicos, cuando estén firmados electrónicamente por funcionarios que tengan legalmente atribuida la facultad de dar fe pública, judicial, notarial o administrativa, siempre que actúen en el ámbito de sus competencias.

b) Documentos expedidos y firmados electrónicamente por funcionarios o empleados públicos en el ejercicio de sus funciones públicas, conforme a su legislación específica.

c) Documentos privados.

1.2. Documentos públicos: forma de aportación y control de su autenticidad

Teniendo en cuenta lo anterior, el art. 317 LEC nos da una definición de lo que entiende por documento público «a efectos de prueba en el proceso» –esto es, dejando al margen cualesquiera distinciones doctrinales– y que engloba los siguientes:

1º. Las resoluciones y diligencias de actuaciones judiciales de toda especie y los testimonios que de ellas expidan los Letrados de la A. de J.

2º. Los documentos autorizados por notario.

3º. Los documentos intervenidos por corredores de comercio, así como las certificaciones de las operaciones en que hubieran intervenido corredores, siempre que las hayan expedido ellos con referencia al libro registro que han de llevar.

Debe tenerse en cuenta que, desde 2001, los Corredores de Comercio han dejado de existir como cuerpo autónomo y se han integrado en el de notarios. Pero, por supuesto, pueden aún existir y ser eficaces documentos intervenidos por ellos antes de ese momento.

4º. Las certificaciones que expidan los Registradores de la Propiedad y Mercantiles de los asientos registrales.

5º. Los documentos expedidos por funcionarios públicos que estén legalmente facultados para dar fe en lo que se refiere al ejercicio de sus funciones.

6º. Los documentos expedidos –en circunstancias análogas a las anteriores– por los funcionarios de órganos del Estado, de las Administraciones públicas o de otras entidades de Derecho público que hagan referencia a archivos y registros de éstos.

7º. Los documentos extranjeros que, según el Derecho Internacional, tengan la eficacia probatoria propia de los documentos públicos, así como aquellos que reúnan dos condiciones: 1º, que al otorgar el documento se hayan observado los requisitos de la ley del lugar para que el documento haga prueba plena en juicio; 2º, que el documento esté autenticado o legalizado, lo que normalmente se conseguirá mediante su «apostilla» (art. 323.1 y 2).

La «apostilla» es un trámite muy sencillo, a través del cual se coloca sobre un documento público o administrativo una anotación que certifica la autenticidad de la firma y que le permite ser reconocidos y desplegar plena eficacia como documento público o administrativo en cualquier otro Estado que sea firmante del

> XII Convenio de La Haya, de 5 de octubre de 1961, por el que se suprime la exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros. Para obtener la apostilla basta con acudir a ciertas dependencias oficiales (v.g., el Ministerio de Justicia o sus gerencias territoriales, Secretarías de Gobierno de los Tribunales Superiores de Justicia, Colegios Notariales), que varían en función del tipo de documento de que se trate.

Los documentos públicos podrán presentarse por copia simple, ya sea en soporte papel o, en su caso, en soporte electrónico a través de imagen digitalizada. Si se impugna la autenticidad de la copia podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios (art. 267).

Aportado el documento público en cualquiera de las formas anteriores, es posible que la parte contraria impugne la autenticidad del documento en sí –no de la copia–. En tal caso, si se quiere que despliegue todos los efectos probatorios que la ley le atribuye, es preciso proceder a una comprobación o cotejo entre el documento y su original o matriz, en los términos establecidos en los arts. 320 a 322.

1.3. Documentos privados: forma de aportación y control de su autenticidad

Son documentos privados todos aquellos a los que no pueda atribuirse el carácter de públicos (art. 324), lo que incluye también a los documentos confeccionados en el extranjero, cuando no reúnan las condiciones del art. 323. De forma expresa se asimilan a los documentos privados los libros de los comerciantes (que se regirán, en lo demás, por las leyes mercantiles).

Los documentos privados se aportarán al proceso en original o mediante copia autenticada por fedatario público. Estos documentos se unirán a los autos, pero si le resultan necesarios a la parte para otros fines, podrá pedir que se deje testimonio de ellos en autos, y que se devuelvan los originales o copias fehacientes presentadas. También podrán ser presentados mediante imágenes digitalizadas. Cuando la parte solo posea una copia simple del documento privado, podrá presentarla; esta copia, sin embargo, solo surtirá los mismos efectos probatorios que el original si su fidedignidad no es cuestionada por alguna de las demás partes (art. 268). De forma especial, los libros de los comerciantes podrán aportarse como tales, pero también podrá llevarse al proceso su soporte informático (art. 327).

En caso de que se haya impugnado la autenticidad de un documento privado, la parte que lo presentó podrá pedir el cotejo pericial de letras, o bien proponer cualquier otro medio de prueba que resulte útil y pertinente a tal fin.

> El cotejo de letras se regula expresamente en los arts. 349 a 351 LEC, como una modalidad especial de prueba pericial. En ellos se establecen los que se consideran documentos indubitados, la forma de suplir su ausencia, la intervención del perito en el acto del juicio y la eficacia probatoria de su informe.

Cuando el documento se haya presentado mediante copia reprográfica (normalmente, fotocopia), también puede ser objeto de impugnación no ya la

autenticidad del documento en sí, sino la exactitud de la reproducción (art. 334.1). A tal fin se procederá al pertinente cotejo con el original (que será efectuado por el Letrado de la A. de J., a no ser que las partes soliciten que lo efectúe un perito: art. 334.3).

> En caso de que no sea posible el cotejo con el original, el documento solo podrá valorarse conforme a las reglas de la sana crítica, atendiendo al resultado de las demás pruebas (art. 334.1). Quedará privado, pues, de la especial eficacia probatoria que podría haber tenido en caso de que hubiese quedado acreditada la exactitud de la reproducción y del propio documento.

1.4. Eficacia probatoria de los documentos

La distinción entre documento público y privado es de gran trascendencia, pues la eficacia probatoria que tienen asignada uno y otro puede ser diversa.

Los documentos públicos 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 hayan intervenido en ella (art. 319.1). La valoración de los documentos públicos, por tanto, no es libre para el tribunal, que no puede dejar de aplicar cuanto dispone este precepto.

> Es importante, en todo caso, tener claros los límites sobre los que se proyecta la eficacia probatoria establecida en la LEC: aquello que el fedatario percibe con sus sentidos. Por eso, una escritura pública de compraventa hace prueba plena de que un día determinado, X y Z comparecieron en la notaría de N y ante el notario manifestaron que uno compraba y el otro vendía. De lo que no hace prueba plena la escritura es de que realmente tuvieran intención de comprar (y no de simular una compra), o de que no concurría una situación de engaño en X acerca de las cualidades de la cosa comprada, o de que además de la cantidad expresada en la escritura se abonó por el comprador una cantidad de dinero adicional.
>
> Solo de forma excepcional, en materia de usura, podrá el tribunal resolver el asunto formando libremente su convicción (art. 319.3).

Cuando se trate de documentos administrativos u oficiales no incluidos en el art. 317 (esto es, cuando el funcionario que los haya expedido no esté facultado para dar fe), su eficacia probatoria vinculante está supeditada al dato de que otros medios de prueba no desvirtúen la certeza de lo documentado: no habiendo prueba en contrario, por tanto, el tribunal está vinculado por el contenido del documento (art. 319.3). Nos encontramos así ante un supuesto de eficacia probatoria análoga a la del interrogatorio de las partes (art. 316.1).

Tratándose de documentos privados, harán prueba plena en el proceso, igual que los públicos, si su autenticidad no ha sido impugnada por la parte a la que perjudiquen (art. 326.1). Si esa autenticidad se impugnó y se corroboró, los documentos privados harán igualmente prueba plena. Si tras el cotejo de letras no se pudo corroborar la autenticidad del documento o si, impugnada la autenticidad, la parte que lo presentó no solicitó ni el cotejo de letras ni ninguna otra diligencia a tal fin, el tribunal valorará el documento de forma libre, esto es, conforme a las reglas de la sana crítica (art. 326.2). Lo mismo sucederá cuando se hubiera

impugnado la exactitud de la copia reprográfica y no hubiera sido posible cotejarla con el original (art. 334.1).

> Tratándose de documentos electrónicos, los apartados 3 y 4 del art. 326 LEC se remiten al Reglamento EiDAS. Si se utilizó un servicio electrónico de confianza «no cualificado» –es decir, que no cumple los estándares establecidos en el Reglamento–, en caso de necesidad o de impugnación de la autenticidad, integridad, precisión de la fecha y hora o de otras características del documento, será preciso efectuar una diligencia equivalente al cotejo, normalmente a través de una pericia electrónica. Si, en cambio, se utilizó un servicio de confianza cualificado en los términos del Reglamento, entonces se presumirá que el documento reúne la característica cuestionada y que el servicio de confianza se ha prestado correctamente; en caso de impugnación, la carga de realizar la comprobación corresponderá a quien haya formulado la impugnación, no a quien aportó el documento. Si dichas comprobaciones obtienen un resultado negativo, quien formuló la impugnación habrá de asumir las costas, gastos y derechos asociadas a la comprobación –además, si el tribunal entiende que la impugnación fue temeraria, podrá imponerle una multa de 300 a 1200 euros.

1.5. Tiempo de aportación de los documentos al proceso

Cuando estamos en presencia de documentos resulta impropio hablar de proposición, admisión y práctica probatoria en el sentido en que estos términos se utilizan respecto de los demás medios de prueba. Porque lo necesario, para los documentos, es que se aporten al proceso, de forma que lleguen a poder del tribunal y este pueda examinarlos –y en este examen consiste, en rigor, la práctica de la prueba–. Del modo o forma en que los documentos deben aportarse o presentarse al tribunal ya nos hemos ocupado. Pero todavía queda por estudiar otra cuestión, de extremada relevancia práctica: el momento en que puede y/o debe tener lugar esa introducción de los documentos en el proceso.

En principio, la LEC presume que cada una de las partes dispone de los documentos que necesita para probar los hechos que la favorecen en el proceso o que está en condiciones de procurárselos sin dificultades. Por eso, la regla general es la de que los documentos que las partes pretendan utilizar como prueba han de acompañarse a la demanda o a la contestación (art. 265.1.1º), sin que puedan ser admitidos con posterioridad (preclusión).

Sea como fuere, la regla general de presentación de los documentos con la demanda y la contestación está sujeta a una serie de excepciones, que la flexibilizan y tratan de adecuarla a las necesidades reales de la práctica:

1ª. Así, en primer término, cuando las partes al presentar la demanda o la contestación no dispongan de algún documento por razones que no les sean imputables, podrán en ese momento limitarse a designar el archivo, protocolo o lugar en que se encuentre, o bien el registro, libro registro, actuaciones o expediente del que se pretenda obtener una certificación (art. 265.2 I). Estos documentos se aportarán al proceso en el momento en que se obtengan (art. 270.1.3º).

> Eso sí, dado que el actor es en principio libre de decidir cuándo interpone la demanda (y, por tanto, de esperar a tal fin hasta disponer de cuantos documentos considere de utilidad probatoria), si lo que pretende aportar al proceso se encuentra en un archivo, protocolo, expediente o registro del que se puedan obtener copias fehacientes, se presumirá que pudo disponer de ello y acompañarlo a la demanda, de manera que no podrá limitarse a efectuar la designación prevista ni le será permitida la aportación posterior (art. 265.2 II).

2ª. Asimismo, el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio los documentos cuyo interés o relevancia solo se haya puesto de relieve a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda (art. 265.3). Aunque no se diga expresamente, también podrá acudirse aquí al sistema de «designación de archivos» (y con mayor razón, aunque se trate del actor).

3ª. Después de la demanda y la contestación y, cuando proceda, después de la audiencia previa al juicio, todavía resultará admisible la presentación de documentos en tres supuestos (art. 270):

> – Cuando sean de fecha posterior a esos momentos, siempre que no se hubiesen podido confeccionar ni obtener tampoco antes de esos momentos («documentos nuevos»).
>
> – Cuando, aun siendo anteriores a esos momentos, la parte que los presente justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia («documentos de nueva noticia»).
>
> – Cuando se trate de alguno de los documentos a que se refirió la parte al designar archivos al amparo del art. 265.

4ª. En los casos en que se permite la alegación de hechos nuevos o de nueva noticia que sean de relevancia para la decisión del pleito (art. 286), será posible la aportación inmediata de los documentos destinados a acreditarlos si todavía se está desarrollando o está por desarrollarse el acto del juicio. En caso contrario, el documento se aportará en el marco de las denominadas diligencias finales (cuando el proceso ya solo esté pendiente de sentencia: art. 435.1.3ª). Se trata de una regla complementaria de la anterior, pues resulta posible que los documentos nuevos o de nueva noticia se refieran precisamente a hechos nuevos o de nueva noticia.

5ª. Finalmente, y extendiendo al máximo el momento de preclusión definitiva, se permite la aportación al proceso, incluso dentro del plazo para dictar sentencia, de las resoluciones judiciales o administrativas que se hayan dictado o notificado en fecha no anterior al momento de formular las conclusiones, cuando puedan resultar condicionantes o decisivas para resolver el litigio (art. 271.2).

> Presentado el documento que recoge la sentencia o la resolución administrativa se dará traslado de él a las demás partes para que, en plazo común de cinco días, puedan formular las alegaciones y peticiones que estimen convenientes. Mientras tanto quedará en suspenso el plazo para dictar sentencia. El tribunal tendrá que resolver sobre la admisión y alcance del documento en la sentencia.

Cuando se presente algún documento fuera de los momentos procesales descritos, el tribunal lo inadmitirá de oficio o a instancia de parte, por medio de providencia, mandando devolverlo a quien lo hubiere presentado (art. 272). Si por razón del momento fuera posible, las partes podrán alegar en el acto del juicio (o en la vista del juicio verbal) que no procede tomarlo en consideración, debiendo el tribunal resolver en ese momento (art. 270.2). Contra la resolución rechazando el documento por extemporáneo no cabrá recurso alguno, aunque la parte podrá tratar de hacerlo valer como prueba en segunda instancia.

Finalmente, es importante tener en cuenta que la aportación de un documento en el momento procesal oportuno no basta por sí sola para que el tribunal deba utilizarlo a la hora de formar su juicio sobre los hechos: es necesario, además, que la parte que aportó los documentos formule la petición expresa de que estos se admitan. En el marco del juicio ordinario, esta petición ha de hacerse en la audiencia previa al juicio, en la etapa de este acto en que se proponen las pruebas. En el marco del juicio verbal, habrá de hacerse en la vista, cuando llegue el momento de proposición probatoria. El tribunal deberá pronunciarse en ese momento sobre su admisión, con arreglo a los parámetros generales de utilidad y pertinencia.

1.6. Aportación de documentos en poder de la parte contraria o de tercero

Como ya se ha dicho antes, la ley presupone que los documentos se encuentran en poder de las partes interesadas en hacerlos valer, o que al menos estas pueden tener acceso a ellos sin dificultades. Puede ocurrir, sin embargo, que en la realidad estos documentos se encuentren en poder precisamente de la parte contraria (a la que se puede presumir interesada en que no lleguen a conocimiento del tribunal) o bien en poder de un tercero (bajo la influencia del adversario o poco dispuesto a cooperar con la parte interesada en aportar el documento). Como se explicó en la lección 21 al hacer referencia al acceso a las fuentes de prueba, es esta una materia en relación con la cual no existe una regulación completa y sistemática, sino que se solapan herramientas diversas que, además, no siempre aseguran de forma suficiente el objetivo perseguido.

1º. En ciertos supuestos, a esta finalidad subvienen algunas diligencias preliminares –pero ha de tenerse en cuenta que se trata de *numerus clausus* y no cubren todas las potenciales situaciones en que puede ser necesario acceder a documentos.

> Por ejemplo, la petición de exhibición del acto de última voluntad (art. 256.1.3º), de los documentos y cuentas de la sociedad o comunidad (art. 256.1.4º), del contrato de seguro (art. 256.1.5º) o de ciertos documentos del sujeto frente a quien se plantea ejercer una acción en materia de propiedad intelectual e industrial (art. 256.1.7º y 8º).
>
> Si la persona requerida en virtud de alguna de estas diligencias preliminares no atendiera el requerimiento de exhibición y el tribunal aprecia –es de suponer que a instancia de parte– indicios suficientes de que pueden hallarse en un lugar determinado, ordenará la entrada y registro de dicho lugar,

procediéndose, si se encuentran, a ocupar los documentos y a ponerlos a disposición del solicitante (art. 261.2ª). Si se tratara de documentos contables, se podrán tener por ciertos de cara al juicio posterior las cuentas y datos que presente el solicitante (art. 261.4ª).

2º. De forma especial, cuando se trata de litigios para el ejercicio de acciones de daños derivados de conductas contrarias a las normas de competencia y de litigios por infracción de secretos empresariales se puede acudir a las medidas de acceso a fuentes de prueba de los arts. 283 bis a) y sigs. LEC, a través de las cuales también se puede acceder a documentos en poder de la parte contraria o de terceros.

3º. En un plano general –con independencia, pues, de las opciones sectoriales anteriores–, la LEC establece un deber de exhibición documental entre partes en su art. 328. La regla general se enuncia de forma muy amplia: cada parte puede solicitar de las demás la exhibición de los documentos que se refieran al objeto del proceso o a la eficacia de los medios de prueba.

A partir de aquí, sin embargo, empiezan las dificultades:

a) La solicitud debe ir acompañada de copia simple del documento, si existe y se dispone de ella; si no, se indicará el contenido del documento en los términos más exactos posibles. Se trata de una norma pensada para evitar una implantación a nuestro sistema de las reglas de *discovery* propias del proceso civil estadounidense y que impide también que se formulen peticiones muy abiertas o genéricas. Ahora bien, no siempre se dispondrá de copia del documento y, sobre todo, no será en todos los casos sencillos identificar el documento en cuestión, precisamente cuando la parte contraria niega su propia existencia.

b) La LEC no señala cuál es el momento procesal oportuno para solicitar esa exhibición de documentos. Al hablar el art. 328 de «partes» se suele entender que el proceso ya está en marcha y que no se trata, por tanto, de una diligencia preliminar previa al proceso: parece, pues, que no puede utilizarse este mecanismo antes de incoar el litigio, lo que a menudo puede forzar a la parte a modificar su pretensión con posterioridad, una vez que ya ha accedido a él. Lo razonable, en todo caso, sería entender que esa solicitud de exhibición debe hacerse antes del momento en que precluiría la posibilidad de aportar el documento en cuestión, si estuviera en poder del interesado en ello; en la práctica, no obstante, suele ser frecuente que este tipo de peticiones se formulen directamente en la audiencia previa al juicio.

c) Lo que la ley permite es una exhibición del documento, esto es, que la parte interesada lo vea y lo examine, pero no su entrega al solicitante. Si el requerido se aviene al requerimiento, pero no está dispuesto a desprenderse del documento, se extenderá testimonio de este por parte del Letrado de la A. de J. (art. 332).

d) Tampoco son siempre suficientes las consecuencias anudadas al incumplimiento del deber de exhibición. Si el requerido se niega de forma injustificada a la exhibición, el tribunal, tomando en consideración las restantes

pruebas, podrá atribuir valor probatorio a la copia simple presentada al solicitar la exhibición y también a la versión que el solicitante dio del contenido del documento.

> Esta regla, sin embargo, no es de aplicación automática y solo tiene utilidad clara cuando el litigante al menos posee una copia simple; cuando no dispone de esa copia no resulta fácil imaginar cuál sería la versión del contenido del documento a la que atribuir eficacia probatoria…

Por suerte, la ley no se para necesariamente aquí. A juicio del tribunal, y atendidas las circunstancias del caso concreto, podrá también formularse requerimiento judicial de aportación del documento al proceso (hasta ahora lo único que había era un requerimiento de la parte contraria) (art. 329). El problema, de nuevo, es que la ley no dice expresamente qué puede hacer el tribunal en caso de que su requerimiento no se atienda; puede pensarse tanto en acudir a la entrada y registro (regulada en sede de diligencias preliminares) como en la atribución de valor probatorio a la copia simple o a la versión del solicitante. Ahora bien, para ello es preciso que el tribunal llegue a la conclusión de que el documento existe y de que la parte requerida para aportarlo no quiere hacerlo. En muchos casos, sin embargo, el argumento de la parte requerida para negarse a exhibirlo será simplemente que el documento no ha existido nunca o que no se encuentra en su poder…

e) Cuando los documentos se encuentren en poder de terceros el deber de colaboración es menor. En principio solo se requerirá a los terceros que exhiban documentos de su propiedad cuando así lo pida una de las partes y el tribunal entienda que su conocimiento es necesario para poder dictar sentencia. A tal efecto, el tribunal ordenará la comparecencia personal del tercero que los tenga en su poder y, tras oírle, resolverá lo procedente (art. 330.1). El problema es que la negativa del tercero a aportar o exhibir los documentos no lleva aparejadas las mismas consecuencias que la negativa de la parte contraria, lo cual no es razonable. Una eventual entrada y registro en dependencias del tercero se podría justificar con base en el deber general de colaborar con la Administración de Justicia (art. 118 CE). Dar por cierta la versión del documento efectuada por la parte que solicitó la exhibición puede ser, en cambio, algo excesivo, al menos en principio, porque la conducta de un tercero no debería perjudicar a un litigante; sin embargo, es obvio que en muchos casos existen vínculos entre el tercero requerido y la parte a la que la exhibición documental perjudicaría (v.g., son empresas que pertenecen al mismo grupo societario).

> En el supuesto especial de que ese tercero sea el Estado, una Comunidad Autónoma, una Entidad Local o alguna otra entidad de Derecho Público, no podrá negarse a expedir las certificaciones y testimonios que les soliciten los tribunales, ni oponerse a exhibir cuantos documentos obren en sus dependencias y archivos (excepción: cuando se trate de documentación reservada o secreta). Esta obligación es extensiva a las entidades y empresas que realicen servicios públicos (art. 332).

2. Los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen y los medios para el archivo de datos

2.1. La reproducción de la palabra, el sonido y la imagen

La ley dispensa un tratamiento análogo al de los documentos a las actuaciones de «reproducción de la palabra, el sonido y la imagen» (arts. 382-383 LEC). La fuente probatoria son los soportes electrónicos o de otro tipo en que han quedado registrados imágenes y/o sonidos; y el medio probatorio consiste en su reproducción en el proceso, con el objetivo de que el juzgador tome contacto por medio de los sentidos (vista y/u oído) con objetos *lato sensu* (imágenes y/o sonidos-palabras).

> Ejemplo. Un sujeto contrata con una compañía de telefonía móvil una serie de servicios a cambio de una tarifa. El contrato no se documenta por escrito, sino, como ocurre con frecuencia, a través de la grabación de la conversación mantenida entre el cliente y el operador de la compañía. Para acreditar la existencia del contrato y los términos del consentimiento prestado por el cliente habrá que escuchar la grabación de la mencionada conversación.

En estos casos, la ley presupone la existencia de una filmación, grabación o soporte análogo, y permite a las partes proponer como prueba su reproducción ante el tribunal. A tal efecto, estos soportes reciben el mismo tratamiento que los documentos (art. 265.1.2º), porque son pruebas preconstituidas, de manera que habrán de aportarse junto con la demanda o la contestación (serán de aplicación, en general, las reglas referidas a los documentos y a su tiempo de aportación). Al proponerla, será obligatorio acompañar transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso.

> El art. 382.2 LEC permite a la parte que proponga este medio de prueba la aportación de los dictámenes y otros medios de prueba instrumentales que considere convenientes. No queda claro cuál ha de ser el momento de aportación de los elementos anteriores, aunque lo más razonable será entender que –al menos si se trata de dictámenes periciales y de documentos– habrán de introducirse junto con el soporte de la filmación o de la grabación. También podrán las otras partes aportar dictámenes y otros medios de prueba auxiliares cuando cuestionen la autenticidad y exactitud de lo reproducido.

La práctica probatoria consistirá en la visión o audición de las filmaciones y grabaciones en el acto del juicio oral o de la vista, sirviéndose el tribunal de los medios técnicos necesarios. Podrá también el tribunal acordar la transcripción literal de las palabras grabadas, que se unirá al acta (art. 383.1). Los soportes de la imagen o el sonido habrán de conservarse por el tribunal, que evitará que puedan sufrir alteraciones. Es importante que esa reproducción se haga de forma pública y contradictoria, porque las partes tienen derecho a poner de manifiesto eventuales contradicciones, el carácter irónico o hiperbólico de algunas afirmaciones, etc.: en este punto, pues, no reciben el mismo tratamiento que los documentos, que pueden ser leídos directamente por el propio juzgador en su despacho.

La valoración de estas reproducciones es libre: así lo señala expresamente el art. 382.3.

2.2. Los instrumentos para el archivo de datos

La ley somete a las mismas reglas la aportación al proceso de los instrumentos que permiten archivar, conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas (*v.g.*, un *pendrive* o una memoria externa). La fuente probatoria es la información contenida en esos soportes y el medio probatorio consistirá en convertirlos en elementos comprensibles para el juzgador, normalmente a través de la utilización de los programas informáticos correspondientes.

Dado que se trata de pruebas preconstituidas deberán aportarse con la demanda y la contestación, y respecto de ellos la práctica probatoria consistirá en una reproducción de su contenido ante el tribunal, acompañada de los dictámenes y demás pruebas auxiliares que se consideren precisas (art. 384). La valoración, también aquí, será libre.

LECCIÓN 23

LA PRUEBA PERICIAL, EL RECONOCIMIENTO JUDICIAL Y LAS PRESUNCIONES

1. La prueba pericial: 1.1. Concepto; 1.2. El dictamen de peritos obtenido fuera del proceso; 1.3. El dictamen de peritos designado por el tribunal; 1.4. La intervención del perito en el juicio; 1.5. Valoración del dictamen pericial. — 2. El reconocimiento judicial: 2.1. Concepto; 2.2. Objeto; 2.3. Sujetos; 2.4. Proposición y práctica. — 3. Las presunciones: 3.1. Concepto; 3.2. Clases; 3.3. Tratamiento.

1. LA PRUEBA PERICIAL: EL DICTAMEN DE PERITOS

1.1. Concepto

Mediante la prueba pericial una o varias personas con conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos informan al tribunal sobre aquellos para que este pueda valorar hechos o circunstancias relevantes en el proceso y, dado el caso, adquirir certeza sobre ellos. Esta transmisión de información que el perito realiza al tribunal se concreta en un dictamen, que la LEC regula en sus arts. 335 a 352.

El perito se configura así como aquella persona que dispone de conocimientos especiales de los que el tribunal carece, pero que resultan necesarios para una correcta explicación de los hechos objeto del proceso. La prueba pericial se relaciona, por tanto, con las máximas de la experiencia como objeto de prueba en el proceso civil. El perito es, en todo caso, un sujeto ajeno al proceso y a los hechos que en él deben enjuiciarse: por eso se dice del perito que es fungible, a diferencia del testigo, cuya experiencia personal es insustituible.

El perito es una persona con conocimientos no jurídicos (de índole científica, artística, técnica o práctica: art. 335.1), que habrá de poseer el título oficial correspondiente a la materia objeto del dictamen y a su naturaleza y ser «acreditados expertos» en ella. Cuando se trate de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, se conforma la ley con que se trate de una persona «entendida» en aquellas materias (art. 340). Por definición, quien realiza y efectúa el informe o dictamen pericial es siempre una o varias personas físicas. No obstante, es posible –y a menudo frecuente– que el dictamen se solicite de Academias e Instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia (art. 340.2): por ejemplo, acudir a un Instituto de Toxicología cuando se trate de determinar el carácter nocivo para la salud de una determinada sustancia. Cuando así suceda, la institución deberá expresar cuál es la concreta persona o personas directamente encargadas de preparar el dictamen (art. 340.3).

En la medida en que aporta al proceso conocimientos extrajurídicos de los que el juzgador no dispone, se debe reconocer al perito una importante función como auxiliar del tribunal: con sus conocimientos complementa las lagunas de este y contribuye así a que pueda efectuar con corrección su juicio sobre los hechos. Precisamente por ello es fundamental preservar la objetividad y la imparcialidad del perito. A tal efecto está prevista la posibilidad de recusar a los peritos o de hacerles objeto de tacha, así como el deber que tienen estos, en ciertos supuestos, de abstenerse.

> Además, al emitir su dictamen, el perito ha de manifestar, bajo juramento o promesa, que ha actuado y actuará con la mayor objetividad posible, tomando en consideración tanto lo que favorezca como lo que perjudique a cualquiera de las partes (art. 335.2). Los arts. 459 y 460 del Código Penal castigan la conducta de los peritos que falten a la verdad maliciosamente en su dictamen, o la alteren con reticencias, inexactitudes o silenciando hechos o datos relevantes que le fueran conocidos.

La LEC prevé dos formas de encargar los dictámenes periciales y de introducirlos en el proceso. Es posible, en primer lugar, que la parte interesada busque un perito, le encomiende la emisión de un dictamen al margen del proceso y lo aporte de manera similar a como lo haría si se tratara de un documento. Pero también podrá pedirse del tribunal que, en el marco del propio proceso, designe un perito y le encomiende la redacción de un informe. Ambas modalidades son admisibles y depende de las preferencias o posibilidades de las partes el optar por una u otra.

1.2. El dictamen de peritos obtenido fuera del proceso

La LEC asume como posible y normal que las partes procedan por su cuenta a la selección de los peritos y a la obtención de informes periciales sobre aquellas cuestiones de hecho que les resulten oportunas de cara al proceso. Cómo se elige al perito –siempre que cumpla con las condiciones del art. 340– y cómo se le remunera es así una cuestión ajena al proceso. La ley se limita a señalar en el art. 336 que estos informes deberán aportarse por escrito con la demanda o con la contestación –igual que sucede con los documentos–, acompañados en su caso de los demás documentos, instrumentos o materiales adecuados para exponer el parecer del perito sobre lo que haya sido objeto de la pericia (art. 336.1 y 2): son, por tanto, pruebas preconstituidas.

Cuando se trate del actor, puede presumirse que le ha sido posible acompañar a su demanda los informes periciales que considere oportunos; de ahí que no deban admitírsele con posterioridad. Ahora bien, si justifica que la defensa de su derecho no le ha permitido demorar la interposición de la demanda –*v.g.*, porque estaba por finalizar un plazo de caducidad o de prescripción–, se le permitirá expresar en ella cuáles son los dictámenes de los que pretende valerse, que habrá de aportar en cuanto disponga de ellos y, en todo caso, cinco días antes de iniciarse la audiencia previa al juicio ordinario o en un plazo de treinta días desde la presentación de la demanda en el verbal (art. 337.1). Algo semejante sucede con la carga del demandado de aportar dictámenes periciales en la

contestación: si justifica en ella que no le fue posible pedirlos y obtenerlos dentro del plazo para contestar –lo que puede suceder si el dictamen reviste una mediana envergadura–, podrá anunciarlos y aportarlos en cuanto disponga de ellos (siempre dentro de los mismos límites temporales que el actor: en todo caso cinco días antes de la audiencia previa en el juicio ordinario y dentro de los treinta días siguientes a la presentación de la contestación en el verbal).

> El art. 336.5 LEC está pensado para facilitar las labores del perito del demandado, de modo que se le permita acceso a cosas o lugares necesarios para hacer el dictamen: a instancia de parte, el tribunal podrá acordar que se permita al demandado examinar por medio de abogado o perito las cosas y los lugares cuyo estado y circunstancias sean relevantes para su defensa o para la preparación de los informes periciales que pretenda presentar. Asimismo, cuando se trate de reclamaciones por daños personales, podrá instar al actor para que permita su examen por un facultativo, a fin de preparar un informe pericial.

Es posible que la necesidad o utilidad de un dictamen se ponga de manifiesto como consecuencia de lo alegado por el demandado en la contestación, o de las alegaciones o pretensiones complementarias que el art. 426 LEC permite a las partes en la audiencia previa al juicio. En tal caso, los informes se podrán aportar al proceso con al menos cinco días de antelación a la celebración del juicio o de la vista (art. 338).

En cualquier caso, ha de quedar claro que en todos estos supuestos en que el dictamen se admite en un momento posterior a la demanda y a la contestación, sigue siendo cuestión ajena al proceso la selección del perito y la elaboración por este de su informe. Ahora bien, que la parte pueda seleccionar libremente al perito ha de cohonestarse con la posibilidad de controlar su imparcialidad y de poner de relieve aquellas circunstancias que puedan colocarla en entredicho. A tal fin se prevé (arts. 343 y 344 LEC) un sistema de «tachas» a los peritos, equivalentes a las de los testigos: mediante la tacha no se invalida el dictamen, pero se pone en conocimiento del tribunal algún hecho de relevancia que evidencia o puede evidenciar una pérdida de imparcialidad en el perito, y que influirá en el momento de valorarlo.

> En concreto, las circunstancias que permiten la tacha de un perito son las siguientes:
>
> 1º. Ser cónyuge o pariente por consanguinidad o afinidad, dentro del cuarto grado civil de una de las partes o de sus Abogados o Procuradores.
>
> 2º. Tener interés directo o indirecto en el asunto o en otro semejante.
>
> 3º. Estar o haber estado en situación de dependencia o de comunidad o de contraposición de intereses con alguna de las partes o con sus Abogados o Procuradores.
>
> 4º. Amistad íntima o enemistad con cualquiera de las partes o sus Procuradores o Abogados.
>
> 5º. Cualquier otra circunstancia que les haga desmerecer en el concepto profesional.

> Cuando los dictámenes se aportaron con la demanda o la contestación, las tachas habrán de proponerse en la audiencia previa al juicio. Si se aportaron más tarde, no podrán formularse después del juicio. Al formularlas se podrá proponer la prueba conducente a justificarlas (excepto la testifical). Ahora bien, la formulación de la tacha no supone la apertura de ningún incidente: la prueba propuesta se practicará en el juicio; cualquier interesado podrá a su vez acudir al tribunal para contradecir o negar la tacha, aportando los documentos que considere pertinentes. El tribunal, dado el caso, tendrá en cuenta la tacha y su eventual negación o contradicción en el momento de valorar la prueba.

1.3. El dictamen de perito designado por el tribunal

La ley también permite a las partes solicitar del tribunal la designación de peritos: en concreto, la petición al tribunal de que designe un perito se hará por el demandante en la demanda y por el demandado en la contestación a la demanda. En estos casos la prueba pericial se elabora y se obtiene dentro del marco del propio proceso, estando regulado por la ley todo el mecanismo de preparación y práctica de la prueba. Este segundo sistema de obtener el dictamen pericial no está sujeto a requisitos o condiciones especiales, sino que está previsto, en general, cuando así lo soliciten el demandante o el demandado en sus respectivos escritos de demanda y contestación. Las partes también pueden solicitarlo con posterioridad, cuando la utilidad o necesidad del dictamen se derive de la contestación o de las alegaciones complementarias formuladas en la audiencia previa al juicio (art. 339.2). Cuando la parte solicite al tribunal la designación del perito deberá abonar sus honorarios: la designación judicial no convierte al perito en gratuito.

Las partes, por tanto, pueden preferir encomendar la elaboración del dictamen a un perito designado por el tribunal o a uno elegido por ellas mismas. Que el perito lo designe el tribunal tiene la ventaja de que su informe tenderá a ser considerado más imparcial, aunque genera el riesgo de no poder conocer a priori cuál será su sentido; también tiene sentido cuando una parte no se considera capaz por sí sola de buscar y seleccionar a un perito que pudiera elaborar el dictamen (v.g., cuando no está asistida de abogado). Y, a la inversa, cuando un litigante decide encargar el dictamen a un perito de su elección tiene siempre la opción de no presentarlo si su contenido no le resulta favorable; en contrapartida, es posible que el juzgador tienda a considerarlo menos imparcial y, por ende, menos fiable en caso de duda o de contradicción.

Debe tenerse en cuenta, además, que cada parte es libre de optar por el sistema de designación de perito que prefiera, sin que la elección del demandante condicione la del demandado: es posible que el demandante haya aportado con su demanda un dictamen pericial acerca de una serie de cuestiones y que el demandado, en su contestación, solicite al tribunal que designe un perito para emitir un informe sobre esas mismas cuestiones; y viceversa. Aunque resultaría lógico entender que la opción por un método pericial excluye al otro para cada concreta parte, lo cierto es que la ley no prohíbe que el mismo litigante que aporta con su demanda o contestación un dictamen elaborado por un perito de su elección solicite al mismo tiempo que el tribunal designe también a un perito que dictamine sobre los mismos extremos.

Como regla solo se designará un único perito, conforme al procedimiento establecido en el art. 341: mediante sorteo de entre quienes figuren en unas listas de personas dispuestas a actuar como peritos, listas que deben facilitar anualmente los colegios profesionales y entidades análogas. Esta designación debe hacerse en el plazo de cinco días desde la presentación de la contestación a la demanda; en los cinco días subsiguientes se comunicará al perito designado como titular que dispondrá de otros cinco días para manifestar si acepta el cargo. Si así lo hace, se efectuará su nombramiento. Para poder negarse es preciso que aduzca justa causa y que el tribunal la considere suficiente: en tal caso, será sustituido por el siguiente a él en la lista, y así sucesivamente (art. 342.2).

> Excepcionalmente, cuando ambas partes hayan solicitado la designación judicial del perito y estén de acuerdo en que lo desempeñe una determinada persona o entidad lo acordará así el tribunal, sin necesidad de acudir a ningún sorteo.
>
> El perito designado por el tribunal tiene el deber de abstenerse, si concurre en él alguna de las causas de abstención previstas en la LOPJ para jueces y magistrados (art. 105). Si la causa de abstención ya concurría en el momento de su designación, el perito no aceptará el cargo y lo sustituirá el suplente. Si se produce después de la aceptación del cargo, el perito deberá proponer su abstención al tribunal, quien decidirá si la acepta o no, previa audiencia de las partes y sin posibilidad de recurso.

El perito, en su condición de profesional, tiene derecho a una remuneración (honorarios). Teniendo en cuenta que, a menudo, para la elaboración de su dictamen resulta preciso efectuar ciertos desembolsos, la ley le reconoce el derecho a solicitar de la parte que propuso su intervención una provisión de fondos (= un anticipo), presentando a tal fin un presupuesto de lo que sería su futura factura. En caso de que la parte no acceda voluntariamente, el tribunal la requerirá para que lo haga en un plazo de cinco días; si, transcurrido dicho plazo, la cantidad no se ha abonado, el perito quedará eximido de emitir el dictamen y no podrá ya procederse a una nueva designación (art. 342.3).

> Si el perito hubiera sido designado de común acuerdo y uno de los litigantes no consignara la parte de la provisión de fondos que le corresponda, la otra parte podrá ofrecerse a completar la cantidad que falte (eso sí, el objeto del dictamen se reducirá a los puntos que a ella le interesen) o bien podrá pedir que se le devuelva la cantidad que anticipó, en cuyo caso el perito quedará eximido de emitir el dictamen y no podrá procederse ya a una nueva designación.

El perito designado judicialmente, además, dispone de un procedimiento privilegiado para reclamar el cobro de lo que se le deba (si ha habido provisión de fondos, la diferencia entre lo anticipado y lo realmente debido): a tal fin, una vez haya terminado la práctica de la prueba pericial el perito presentará su factura o minuta de honorarios, a la que se dará la tramitación prevista para la tasación de costas (para el caso de que la parte considere que los honorarios son excesivos).

Al margen de su deber genérico de abstenerse, tanto los peritos titulares como los suplentes designados por el tribunal mediante sorteo podrán ser recusados por las partes (art. 124.1). No se conforma aquí la ley con un sistema de tachas y ha optado por un sistema de denuncia de la falta de imparcialidad del

perito que conduce a su exclusión de la función inicialmente encomendada: si, tras el incidente de recusación, el tribunal considera concurrente una causa, el perito recusado será sustituido por el suplente.

Son causas que permiten recusar a los peritos las previstas en la LOPJ para los jueces y magistrados, así como otras tres, previstas en el art. 124.3 LEC:

1º. Haber dado anteriormente sobre el mismo asunto dictamen contrario a la parte recusante, dentro o fuera del proceso.

2º. Haber prestado servicios como perito al litigante contrario, o ser dependiente o socio de aquél.

3º. Tener participación en sociedad, establecimiento o empresa que sea parte en el proceso.

Nótese, por tanto, cómo el ámbito de la abstención y de la recusación de los peritos son en parte distintos: y es que causas de abstención, si se atiende al tenor del art. 105, son solo las previstas en la LOPJ, mientras que las de recusación son más numerosas. La consecuencia lógica será que, cuando concurra alguna de las circunstancias previstas en el art. 124.3, el perito no podrá abstenerse y tendrá que esperar a ser recusado.

La recusación se formulará por escrito –firmado por abogado y procurador–, en el que se expresará la causa y los medios para probarla. Si la causa de recusación es anterior a la designación del perito, el escrito ha de presentarse dentro de los dos días siguientes al de la notificación del nombramiento. Si es posterior a la designación, pero anterior a la emisión del dictamen, el escrito podrá presentarse antes del día señalado para el juicio, o al comienzo de éste (art. 125.2). El incidente de recusación se sustanciará según lo dispuesto en los arts. 126 y 127, con posible práctica probatoria. La resolución que se dicte no será recurrible, pero la parte interesada podrá reproducir la cuestión en la instancia superior.

Después del juicio ya no será posible la recusación. Ahora bien, las causas de recusación existentes en el momento de emitir el dictamen pero conocidas después se podrán poner de manifiesto al tribunal antes de que dicte sentencia, para que las tenga en cuenta. Si ello no fuere posible, se podrán poner de relieve al tribunal competente para la segunda instancia. Significa esto que las causas de recusación pasan a partir de ese momento a asemejarse a las tachas que pueden formularse contra los peritos designados por las partes.

Una vez nombrado, el perito dispondrá para elaborar su dictamen del plazo que le haya indicado el tribunal (art. 346). Lo efectuará siguiendo los métodos y procedimientos propios de la rama del conocimiento de que se trate; y habrá de remitírselo al órgano judicial por medios telemáticos. Si, por su naturaleza, se requiere el reconocimiento de lugares, objetos o personas o la realización de operaciones análogas, estas podrán ser presenciadas por las partes y sus defensores, siempre que ello no impida o dificulte la labor del perito y así lo admita el tribunal (art. 345). Además, el reconocimiento por parte del perito de un lugar, objeto o persona puede coincidir con el que haga el propio órgano judicial (art. 356).

Al margen de los casos en que las partes así lo prefieren, la ley también prevé el recurso a un perito designado por el tribunal en dos situaciones singulares:

a) Respecto de aquellas partes que sean titulares del derecho de asistencia jurídica gratuita (art. 339.1). Forma parte del contenido del derecho a la asistencia jurídica gratuita la denominada «asistencia pericial gratuita» y que consiste en la designación por el tribunal del perito que ha de intervenir, sin que deba la parte abonar sus honorarios. La parte beneficiaria de asistencia jurídica gratuita no tiene el derecho de elegir el perito de su preferencia y arrojar después sobre el sistema el pago de sus honorarios.

b) Al margen de la solicitud de parte, también podrá de oficio el tribunal designar perito –y encomendarle un dictamen– pero únicamente cuando la pericia sea pertinente en procesos sobre filiación, capacidad y matrimoniales (art. 339.5).

1.4. La intervención del perito en el juicio

El informe pericial, en principio, debe ser suficiente por sí solo para poner en conocimiento del tribunal las reglas de la ciencia, arte o técnica en cuestión, así como las conclusiones a que el perito haya llegado respecto de los hechos objeto del proceso. Por eso, para que pueda ser valorado como prueba, será suficiente con su presentación al tribunal: a estos efectos el dictamen del perito recibe un tratamiento análogo al de un documento.

No obstante, es posible que, para una mejor valoración y comprensión de su contenido, el tribunal o las partes consideren procedente la intervención del perito en el acto del juicio, para realizar cuantas explicaciones o aclaraciones se consideren oportunas, para someterlo a crítica y contradicción, o para solicitar alguna ampliación de su contenido (art. 347). Esto, en la práctica, se suele traducir en un interrogatorio contradictorio del perito.

Esta facultad está prevista por la ley con independencia de que el informe se elaborara fuera del proceso o en aplicación de las reglas sobre designación por el tribunal. En el primer caso, los arts. 337.2 y 338.2 II permiten que las partes soliciten, una vez aportados los dictámenes, que los peritos autores comparezcan en el juicio. Cuando el informe haya sido encargado por el tribunal (de oficio o a instancia de parte), es el art. 346 el que faculta a las partes para solicitar esa intervención y al tribunal para decretarla de oficio.

El interrogatorio del perito deberá practicarse preferentemente por videoconferencia cuando este resida fuera de la demarcación judicial del tribunal; se aplican, en todo caso, las reglas generales sobre presencia telemática.

1.5. Valoración del dictamen pericial

De forma expresa establece el art. 348 LEC que los dictámenes periciales se valorarán según las reglas de la sana crítica. Significa esto que los tribunales no se encuentran vinculados por la opinión de los peritos, a pesar de reconocerles unos conocimientos científicos, artísticos, técnicos o prácticos de los que ellos mismos carecen. La opción contraria supondría tanto como equiparar a los peritos con los jueces y magistrados, salto lógico totalmente incompatible con nuestro sistema jurisdiccional. En todo caso, a la hora de valorar los informes periciales, resulta

evidente que los tribunales deberán tener en cuenta ciertos factores relevantes: *v.g.*, si el perito lo designó la parte libremente o el tribunal por sorteo; si ha sido tachado o no, y si la tacha ha sido contradicha o no con suficiente poder de convicción; o cuál ha sido el resultado que se ha derivado de la intervención del perito en el acto del juicio. Es frecuente, de hecho, que en la misma causa existan dictámenes periciales de signo opuesto, presentados por cada una de las partes. Corresponde al tribunal determinar cuál resulta más convincente –y explicarlo en su sentencia– o aplicar las reglas sobre carga de la prueba en caso de duda. Lo que en modo alguno permite la ley es que el juez, en caso de dictámenes contradictorios, encargue un tercer dictamen a un perito dirimente: la prueba de oficio, salvo en algunos asuntos de Derecho de familia, está prohibida en nuestro ordenamiento.

2. El reconocimiento judicial

2.1. Concepto

El reconocimiento judicial es el medio de prueba a través del cual se busca que el juzgador tome contacto directo con determinados objetos, lugares o personas, que guardan relación con los hechos que han de ser enjuiciados. Esta toma de contacto ha de producirse sensorialmente, a través de los sentidos: aunque lo más habitual a estos efectos suela ser pensar en la vista, no cabe excluir supuestos en que el sentido básico en que se funde esta prueba sea otro (*v.g.*, el oído cuando se trate de un litigio de responsabilidad civil por contaminación acústica; o el tacto, si se alega cumplimiento defectuoso del contrato por el que el demandado había quedado obligado a entregar unas planchas de piedra pulida de una determinada textura). Se aspira con ello a formar la convicción del tribunal, ya sea de forma directa, ya sea en la medida en que se permite con ello una mejor apreciación de los demás hechos y pruebas.

La LEC no regula expresamente la valoración del reconocimiento judicial, aunque resulta evidente que habrá de hacerse libremente, con sujeción a las reglas de la sana crítica.

2.2. Objeto

Según el art. 353, el reconocimiento judicial puede recaer sobre algún lugar, objeto o persona.

> En este último supuesto (reconocimiento judicial de personas, al que se suele acudir en los procesos para la adopción de medidas de apoyo a personas con discapacidad), prevé el art. 355 que la práctica probatoria consista en la realización de un interrogatorio por el tribunal, en el que se respetará en todo caso la dignidad y la intimidad de la persona (quizá, por tanto, más que interrogatorio, deba hablarse de entrevista, como hace el art. 759.1.1º). Este interrogatorio o entrevista podrá practicarse, en función de las circunstancias, a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal; y sólo podrán intervenir en él las partes si el tribunal no lo considera perturbador para el buen fin de la diligencia.

2.3. Sujetos intervinientes

Como ya se ha dicho antes, la finalidad del reconocimiento es que el juzgador tome contacto directo con determinadas fuentes de prueba. Es él, por tanto, el sujeto principal de esta prueba. A pesar de ello, la ley prevé también la participación en esta diligencia de otros sujetos.

Así, en primer término, podrán concurrir las partes, sus procuradores y sus abogados, que podrán hacer al tribunal las observaciones que estimen oportunas (art. 354.2). Se trata, en definitiva, de una garantía de la práctica contradictoria de este medio de prueba.

Además, y teniendo en cuenta que no siempre las partes disponen de los conocimientos necesarios para formular las anteriores observaciones, se les permite acompañarse de alguna persona técnica o práctica en la materia (art. 353.2). También puede el propio tribunal, de oficio, requerir la intervención de alguna de estas personas. Estas personas «entendidas» no son, en rigor, peritos, pues su función no es la de emitir dictamen alguno, sino tan solo la de orientar en parte la labor de reconocimiento que ha de efectuar el tribunal. Por eso, no parece preciso someterlas a ningún régimen especial de abstención, recusación o tacha. Eso sí, antes de oír sus declaraciones u observaciones, el tribunal les recibirá juramento o promesa de decir verdad (art. 354.3).

Finalmente, la ley ha previsto también la posible concurrencia del reconocimiento judicial y del pericial (art. 356), o del interrogatorio de algún testigo (art. 357). En tales casos, también intervendrán estos sujetos en la práctica del reconocimiento judicial.

2.4. Proposición y práctica

Dado que la LEC en este punto no contiene previsión especial de ningún género, son de aplicación las reglas generales, de forma que habrá de proponerse la práctica de esta prueba en la audiencia previa al juicio (juicio ordinario) o en el trámite escrito del art. 438.8, tras la contestación a la demanda (juicio verbal). Al proponerla, la parte habrá de expresar cuáles son los extremos principales sobre los que pretende que recaiga el reconocimiento y también indicará si pretende concurrir al acto de su práctica con alguna persona entendida en la materia (art. 353.2).

Si resulta admitida, habrá de practicarse o bien en el juicio o vista (cuando el reconocimiento, por razón de su objeto, sea posible dentro de ese acto: art. 300.1.4º) o bien con anterioridad al juicio o vista (si lo anterior no resulta posible: art. 429.4).

> Si ha de llevarse a efecto antes del juicio o de la vista, el tribunal señalará con al menos cinco días de antelación el día y hora en que habrá de practicarse el reconocimiento (art. 353.3). Antes de que se realice, la parte contraria podrá proponer a su vez que el reconocimiento se extienda a otros extremos de su interés y también habrá de manifestar si asistirá acompañada de persona entendida en la materia (art. 353.2).

Llegado el momento indicado, el tribunal habrá de decidir si considera conveniente o no oír las observaciones o declaraciones de las personas entendidas que acompañen a las partes y procederá sin más al reconocimiento, según lo que requieran las circunstancias del caso y la naturaleza de aquello que ha de constituir su objeto. Si resultan necesarias, el tribunal estará facultado para acordar las medidas precisas para que este pueda efectuarse, entre las que se incluye –porque lo dice expresamente el art. 354.1– la orden de entrada en el lugar que deba reconocerse o en que se halle el objeto o la persona que se deban reconocer.

Como ya se dijo antes, la práctica de esta prueba puede coincidir con la realización del reconocimiento pericial (art. 356), siempre que ambas actuaciones hayan de recaer sobre el mismo lugar, objeto o persona. En tal caso, si el tribunal –de oficio o a instancia de parte– considera conveniente esta simultaneidad, lo ordenará mediante providencia.

> Ha de notarse, en todo caso, que el reconocimiento pericial a que se refiere aquí la LEC no constituye en sí mismo un acto de práctica probatoria, sino tan solo un acto previo a la elaboración del dictamen del perito.

Y también es posible la coincidencia entre el reconocimiento judicial y el interrogatorio de un testigo o de la parte contraria, en la medida en que la vista del lugar o de las cosas o personas pueda contribuir a la claridad de sus declaraciones (art. 357).

A efectos de dejar constancia en el proceso de su práctica y de sus resultados, el Letrado de la A. de J. levantará acta detallada del reconocimiento judicial practicado: en concreto, exige el art. 358 que en el acta se consignen con claridad las percepciones y apreciaciones del tribunal, así como las observaciones que se hayan hecho por los intervinientes en ellas; también se dejará constancia del resultado del reconocimiento pericial, así como de las declaraciones de testigos o partes, si concurrieron con la práctica del reconocimiento judicial.

En los casos en que resulte posible, el levantamiento del acta deberá sustituirse por la utilización de medios de grabación de la imagen y el sonido, a través de los cuales también se dejará constancia de lo que haya sido objeto de reconocimiento judicial y de las manifestaciones de quienes hayan intervenido en él; el Letrado de la A. de J. garantizará la autenticidad e integridad de la grabación.

3. LAS PRESUNCIONES

3.1. Concepto

Reguladas en los arts. 385 y 386 LEC, las presunciones se configuran como un mecanismo autónomo para la fijación de los hechos en el proceso, al mismo nivel que la prueba, la admisión de hechos y la notoriedad.

La presunción es una operación intelectual que consiste en tener por cierto un hecho –el hecho presunto– a partir de la fijación formal como cierto de otro –el hecho base o indicio–. En la presunción, por tanto, hay una operación lógico-

deductiva, en virtud de la cual de la certeza de un hecho se pasa a la certeza de otro.

> *Ejemplo.* Si una persona lleva gafas –hecho indicio– puede deducirse (o presumirse) que esa persona tiene un defecto en la vista –hecho presunto–.

Existen en la presunción hasta tres elementos:

1º. Un hecho base o indicio (o varios), que ha de ser cierto, esto es, ha de haber sido fijado formalmente como cierto en el proceso, ya sea mediante prueba o mediante su admisión.

2º. Un enlace entre ese hecho indicio y el hecho presunto, que permite pasar de la certeza del primero a la certeza del segundo. El fundamento de ese enlace o vínculo entre indicio y hecho presunto es la existencia de un juicio de probabilidad cualificada: dándose el hecho base, es muy probable que se haya dado o se esté dando también el hecho presunto. Y ese juicio de probabilidad cualificada descansa, a su vez, en las máximas de la lógica y de la experiencia (la lógica y la experiencia demuestran la alta probabilidad de que, habiendo sucedido A –hecho indicio– haya sucedido también B –el hecho presunto–).

3º. Inexistencia de prueba en contrario: como la presunción descansa en un juicio de probabilidad, ha de darse cabida a la posibilidad de que, en el caso concreto, no pueda aplicarse. Así, a pesar de la existencia de indicios, no podrá utilizarse la presunción si: a) en el caso concreto alguna de las partes ha logrado probar la inexistencia del hecho presunto; b) en el caso concreto, falta el enlace entre el hecho indicio y el que pretende fijarse a través de la presunción.

3.2. Clases

De modo tradicional, se utilizan dos criterios para clasificar las presunciones.

a) Presunciones legales y presunciones judiciales.

— Se dice que una presunción es *legal* cuando es el propio legislador quien la ha previsto en una norma: la ley señala expresamente que uno o varios hechos han de ser tenidos como indicios de otro u otro, de manera que, probados aquellos, se tendrán también por ciertos estos. El juzgador, por consiguiente, no habrá de esforzarse en demostrar la existencia de enlace lógico entre los indicios y el hecho presunto: acreditados los primeros, la ley le obliga a tener por cierto el segundo… salvo eventual prueba en contrario.

> *Ejemplo.* El art. 116 CC: «Se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges».

A través de la presunción legal se busca facilitar la fijación como cierto de un hecho, bien porque su prueba no es sencilla, bien porque existen razones que no la hacen aconsejable.

— La presunción es *judicial* (también se las llama presunciones *hominis*) cuando no la formula la ley, sino directamente el juzgador al dictar sentencia. En

este caso, el tribunal habrá de justificar expresamente que su deducción se funda en las reglas de la lógica y la experiencia.

b) Presunciones *iuris tantum* y presunciones *iuris et de iure*.

— Se dice que una presunción es *iuris tantum* cuando admite prueba en contrario, esto es, cuando el enlace entre el hecho base y el hecho presunto puede evitarse en el caso concreto. Toda presunción judicial es, por definición, de este tipo.

— En cambio, una presunción es *iuris et de iure* cuando no se admite la prueba en contrario: en estos casos, la concurrencia del hecho indicio se equipara a la concurrencia del hecho presunto, puesto que si se prueba el primero, se tendrá por cierto el segundo. Las presunciones *iuris et de iure* solo se dan en el ámbito de las presunciones legales. Pero, como regla, las presunciones que establece la ley lo son *iuris tantum* –es decir, son susceptibles de destrucción mediante la prueba en contrario–; para que lo sean *iuris et de iure*, debe el legislador señalarlo de forma expresa.

3.3. Tratamiento de las presunciones

Las presunciones, según se ha dicho, no son medios de prueba: una presunción no es una actividad que se proponga por las partes y que deba practicarse por el tribunal. Al contrario, son operaciones intelectuales que debe formular el tribunal al término del proceso, al decidir el contenido de la sentencia, sirviéndose para formularlas de los hechos probados y admitidos. El momento decisivo de las presunciones, por tanto, es el de la sentencia.

Sin embargo, las partes no resultan extrañas a las presunciones. Porque se fijan como ciertos por la vía de la presunción aquellos hechos que no se pueden acreditar de otra manera (normalmente, a través de pruebas): en la práctica, se acude a la presunción cuando se está ante hechos difíciles de probar (*v.g.*, los hechos psíquicos: que la parte contraria tenía mala fe o que había dolo en su conducta al incumplir el contrato).

La parte, sabedora de la dificultad de probar directamente ciertos hechos, intentará durante el proceso fijar como ciertos, al menos, los indicios de los que el tribunal podrá después deducir en la sentencia la certeza de aquéllos. Y, tanto en sus escritos de alegaciones, como al formular sus conclusiones, formulará su juicio sobre las consecuencias lógico-deductivas de tales indicios, es decir, sugerirá al tribunal la formulación de una presunción.

Y, por el mismo motivo, cuando una parte advierta que su contraria está tratando de sentar, con sus alegaciones y sus pruebas, una presunción que no se corresponde con la realidad, deberá esforzarse en efectuar la prueba en contrario: demostrando –según se ha dicho– que el pretendido hecho presunto no existe, o bien que en el caso concreto no hay enlace suficiente entre los hechos que la parte contraria ofrece como indicios y el hecho presunto.

LECCIÓN 24

LA TERMINACIÓN NORMAL DEL PROCESO Y LA SENTENCIA

1. Conclusiones orales e informes. — 2. Las diligencias finales. — 3. La sentencia: estructura interna. — 4. La motivación de la sentencia. — 5. Exhaustividad y congruencia de la sentencia: 5.1. Ideas generales; 5.2. Incongruencia por omisión de pronunciamiento; 5.3. Incongruencia por exceso; 5.4. Incongruencia por desviación; 5.5. Términos de comparación para discernir la congruencia; 5.6. Fundamento de los deberes de exhaustividad y congruencia; 5.7. Tratamiento de la falta de exhaustividad y de la incongruencia. — 6. La condena con reserva. — 7. La condena de futuro.

1. CONCLUSIONES ORALES E INFORMES

Como ya se ha visto en lecciones anteriores, en el marco del juicio ordinario el acto del juicio se dedica primordialmente a la práctica de los medios de prueba. Ahora bien, terminada la práctica de las pruebas, el acto del juicio no termina de inmediato, sino que se abre el turno para que las partes formulen oralmente sus conclusiones y sus informes (arts. 431 y 433.2-4 LEC). Conclusiones e informes son actos diferentes: las conclusiones se centran en los hechos, los informes en los argumentos de carácter jurídico.

— A través de las conclusiones las partes pueden valorar el resultado de las pruebas practicadas y precisar los hechos relevantes del proceso que se consideran probados o no probados. No pueden las partes alegar hechos nuevos, sino precisar los ya alegados a la vista del resultado de las pruebas.

— En lo que respecta a los informes, su finalidad es una última exposición de los fundamentos jurídicos en que se apoyen las pretensiones de las partes. No cabe modificar el aspecto jurídico de la causa de pedir, pero sí perfilarlo a la vista de los hechos que se estiman probados o no probados.

En cuanto a la forma de realizarlos, primero formularán todas las partes sus conclusiones sobre los hechos y, posteriormente, se abrirá un nuevo turno para que expongan sus informes, siempre de manera oral. Debe tenerse en cuenta que conclusiones e informes se llevan a cabo en unidad de acto, nada más termine la práctica de las pruebas: por eso, el abogado ha de haberlas preparado con antelación, pues normalmente no dispondrá de un tiempo adicional para ello.

Las conclusiones y los informes son figuras que la LEC solo contempla como diferenciadas en el juicio ordinario. En el marco del juicio verbal, el artículo 447.1 LEC se limita a señalar, de forma más escueta, que una vez practicadas las pruebas, el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones: es razonable entender, no obstante, que las partes aprovechen ese turno de palabra no solo para efectuar su propia valoración del

resultado de las pruebas practicadas, sino también para volver a incidir en sus fundamentos jurídicos.

2. LAS DILIGENCIAS FINALES

Una vez efectuadas las conclusiones y formulados los informes, queda concluido el acto del juicio (juicio ordinario) o la vista (juicio verbal), de modo que se abre el plazo para que el tribunal dicte sentencia. En principio, este plazo es de veinte días en el juicio ordinario y de diez en el juicio verbal: en la práctica, sin embargo, su incumplimiento está exento de consecuencias jurídicas.

No obstante, mientras discurre el plazo para dictar sentencia, es aún posible que se practiquen las llamadas «diligencias finales», que son actuaciones probatorias excepcionales, posibles tanto en el marco del juicio ordinario como en el del juicio verbal (arts. 434 a 436 y 445).

La regla general es que estas diligencias finales se acordarán *solo a instancia de parte* y el tribunal resolverá esa solicitud conforme a las siguientes reglas:

1º. No es procedente acordar la práctica como diligencia final de cualquier diligencia de prueba que se hubiese podido proponer por las partes, bien en el momento establecido como regla (la audiencia previa o el trámite del art. 438.8), bien en momentos posteriores.

> Ejemplo: no se puede proponer la declaración de un testigo cuya existencia ya se conocía en la audiencia previa o antes del juicio; pero sí podrá proponerse por esta vía que declare como testigo una persona cuya existencia se ha conocido después.

2º. Es procedente acordar la práctica como diligencias finales de las pruebas que se admitieron, pero que no pudieron practicarse por causas ajenas al que las propuso.

> Ejemplo: se propuso en tiempo y forma la declaración de un testigo que, sin embargo, no acudió al juicio a pesar de haber sido citado por el tribunal (v.g., porque estaba enfermo); se puede «insistir», por la vía de las diligencias finales, para que se le vuelva a citar si ya está en condiciones de hacerlo.

3º. Es procedente acordar como diligencias finales la práctica de pruebas pertinentes y útiles que se refieran a hechos ocurridos o conocidos una vez precluidos los actos de alegación ordinariamente previstos, es decir, pruebas que versen sobre hechos nuevos o de nueva noticia (art. 286: escrito de ampliación de hechos).

Excepcionalmente, el tribunal *de oficio* podrá acordar diligencias finales para la nueva práctica de prueba sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, cuando los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad de las partes y siempre que haya motivos para pensar que las nuevas actuaciones permitirán

adquirir certeza sobre los hechos. Debe notarse, en todo caso, que se trata de repetir actos de prueba ya llevados a cabo en el acto del juicio.

> Ejemplo. Un testigo, propuesto por una parte, acudió a declarar el día señalado para el juicio y, durante el interrogatorio, el juzgador y las partes advirtieron que se hallaba bajo los efectos del alcohol; el tribunal puede acordar, de oficio o a instancia de parte, que vuelva a ser citado para ser interrogado, si hay indicios de que en esta segunda ocasión acudirá en estado normal.

Como puede apreciarse, el legislador ha querido evitar que las diligencias finales sirvan para eludir las exigencias de un debido cuidado durante el curso de la instancia y de la preclusión de las facultades de proposición probatoria. Por ello, las diligencias finales solo pueden utilizarse para que el tribunal pueda adquirir certeza sobre hechos alegados que, pese al comportamiento diligente de la parte que tenía la carga de probarlos, permanecen dudosos.

En cuanto al procedimiento para su adopción, las diligencias se han de acordar mediante auto (no recurrible) dentro del plazo para dictar sentencia y se practicarán en el plazo de veinte días, tras los cuales las partes disponen de un plazo adicional de cinco días para presentar un escrito en el que resuman y valoren su resultado. A continuación, volverá a computarse el plazo para dictar sentencia.

3. LA SENTENCIA: ESTRUCTURA INTERNA

El tribunal debe poner fin a la primera instancia del proceso civil de declaración dictando una sentencia en la que resuelva el fondo de la controversia. En cuanto a su estructura interna, son los arts. 208 y 209 LEC los que ofrecen las pautas que ha de seguir el tribunal al dictar una sentencia por escrito:

a) Las sentencias serán siempre motivadas y contendrán, en párrafos separados y numerados, los antecedentes de hecho y los fundamentos de derecho en los que se base la subsiguiente parte dispositiva o fallo. En concreto:

1. En el encabezamiento deberán expresarse los 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 y procuradores y el objeto del juicio.

2. En los antecedentes de hecho se consignarán, con la claridad y la concisión posibles y en párrafos separados y numerados, las pretensiones de las partes o interesados, los hechos en que las funden que hubieren sido alegados oportunamente y tengan relación con las cuestiones que hayan de resolverse, las pruebas que se hubiesen propuesto y practicado y los hechos probados, en su caso → Se sienta así el llamado ***juicio de hecho*** de la sentencia.

3. En los fundamentos de derecho se expresarán, en párrafos separados y numerados, 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 haya de dictarse, con expresión concreta de las normas jurídicas aplicables al caso → Se sienta así el llamado ***juicio de derecho*** de la sentencia.

4. El ***fallo*** o ***parte dispositiva*** contendrá, numerados, los pronunciamientos correspondientes a las pretensiones de las partes, aunque la estimación o desestimación de todas o algunas de dichas pretensiones pudiera deducirse de los fundamentos jurídicos, así como el pronunciamiento sobre las costas. También determinará, en su caso, la cantidad objeto de la condena, sin que pueda reservarse su determinación para la ejecución de la sentencia.

b) Las sentencias incluirán la mención del lugar y fecha en que se adopten y la indicación del tribunal que las dicte, con expresión del juez o magistrados que lo integren y su firma, e indicación del nombre del ponente, cuando el tribunal sea colegiado.

c) En la sentencia se indicará si la misma es firme o si cabe algún recurso contra ella, con expresión, en este último caso, del recurso que proceda, del órgano ante el que debe interponerse y del plazo para recurrir.

> Estas indicaciones finales de la sentencia no son vinculantes para las partes, en caso de que sean erróneas. Sin embargo, la jurisprudencia suele ser flexible para con los litigantes que, de buena fe, se atuvieron a ellas.

Debe recordarse, por otro lado, que el art. 210 LEC permite el dictado de ***sentencias orales*** en el ámbito del juicio verbal, salvo en los asuntos en que no intervenga abogado. La sentencia que se dicte oralmente deberá mencionar expresamente las pretensiones de las partes, las pruebas propuestas y practicadas, los hechos probados, las razones y fundamentos legales del fallo, con expresión de las normas concretas aplicables al caso. La sentencia oral se dictará al concluir el acto de la vista en presencia de las partes y habrá de ser posteriormente redactada por el juez.

4. MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Más importantes que las exigencias relativas a la estructura externa de la sentencia son las que afectan a su contenido: en este punto, la ley exige en todo caso que las sentencias sean motivadas, exhaustivas y congruentes (art. 218 LEC).

Empezando por la motivación de la sentencia, suele decirse que debe ser de dos tipos o, si se quiere, que ha de versar sobre dos cuestiones distintas:

1º. Motivación fáctica, en relación con el juicio de hecho: el tribunal tiene el deber de enumerar los hechos que considera probados y las razones por las que se consideran probados, es decir, la valoración de las pruebas o los otros mecanismos de fijación de hechos que se han tenido en cuenta.

2º. Motivación jurídica, en relación con el juicio de derecho: el tribunal tiene el deber de enumerar los fundamentos de derecho que han servido de base a la decisión, es decir, la explicación de la aplicación e interpretación que se ha hecho del derecho en el caso concreto.

Debe tenerse en cuenta, en todo caso, que el deber de motivar las sentencias tiene un fundamento constitucional doble: de un lado, el art. 120.3 CE impone el

deber de motivar las sentencias; además, hay que recordar que el justiciable tiene derecho a obtener una resolución judicial motivada, derecho este que se incluye dentro del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). De conformidad con la doctrina del Tribunal Constitucional, la motivación cumple dos funciones básicas:

— Garantiza el sometimiento del juez a la ley o, si se prefiere, al sistema de fuentes del derecho establecido en la Constitución. Al estar obligado a motivar sus decisiones, el tribunal carece de margen para caer en la arbitrariedad: al fin y al cabo, la motivación solo merece consideración de tal si los argumentos y razones ofrecidos resultan aparentemente razonables, lógicos y compatibles con el ordenamiento aplicado.

— Satisface el interés general de la comunidad en conocer las razones que determinan las decisiones judiciales –con lo que se evita toda posible arbitrariedad– y permite fundamentar eventuales recursos frente a ellas. Y es que solo conociendo las razones de la decisión estará la parte perjudicada por ella en condiciones de poder impugnarla, cuestionando ante el tribunal superior la validez y/o la corrección jurídica de sus razonamientos.

5. EXHAUSTIVIDAD Y CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA

5.1. Ideas generales

El art. 218 LEC proclama la exigencia de que las sentencias, además de motivadas, sean exhaustivas y congruentes. Se trata, sin duda, de los requisitos internos de la sentencia más importantes, aunque, en la práctica, suscitan numerosas dificultades.

Con la referencia a la exhaustividad de las sentencias se alude a la exigencia de que estas sean completas; y lo son, como veremos seguidamente, cuando dan respuesta a todas las pretensiones formuladas por las partes.

En cuanto a la congruencia, se hace referencia con ella a la necesaria existencia de una correlación entre la sentencia y las pretensiones de los litigantes, esto es, a que los pronunciamientos de la sentencia sean respuesta a las pretensiones formuladas por las partes, tanto demandante como demandada.

Exhaustividad y congruencia son dos requisitos que aparecen muy estrechamente unidos; tan es así, que la falta de exhaustividad, tradicionalmente, es considerada también como una falta de congruencia.

Definir con precisión lo que es, en positivo, la congruencia de las sentencias resulta poco fructífero. Lo más útil es partir de un planteamiento inverso: una sentencia es congruente cuando no es incongruente; y definir las causas o vicios de incongruencia resulta, al menos en teoría, algo más sencillo. En concreto, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en entender que son tres los tipos de incongruencia que pueden viciar una sentencia: la incongruencia por omisión de pronunciamiento, la incongruencia por exceso y la incongruencia por desviación.

5.2. Incongruencia por omisión de pronunciamiento

Como se acaba de decir, las sentencias han de ser exhaustivas: el tribunal tiene el deber de pronunciarse en la sentencia sobre todas las pretensiones deducidas oportunamente por las partes; la omisión de este deber da lugar a la llamada incongruencia por omisión de pronunciamiento. La falta de exhaustividad de una sentencia integra así el primer supuesto de incongruencia.

Las pretensiones a las que debe dar respuesta el tribunal son tanto las formuladas por el actor (acciones), como las efectuadas por el demandado (excepciones y, eventualmente, reconvenciones). Todas ellas han de encontrar en la sentencia una respuesta –es decir, un pronunciamiento–, sea favorable o desfavorable.

> Ejemplo 1. El demandante solicitó que el demandado fuera condenado a pagarle 100 en concepto de capital y 15 en concepto de intereses. El tribunal, en la sentencia, condenó al demandado a pagar los 100 de capital, pero no se pronunció sobre la petición de condena al pago de los intereses.
>
> Ejemplo 2. El demandante solicitó que el demandado fuera condenado a pagarle 100 y el demandado alegó la excepción de pago. El tribunal, en la sentencia, condenó al demandado a pagar 100, pero no se pronunció expresamente acerca de la excepción formulada por el demandado.
>
> En ambos casos, la sentencia no ha sido exhaustiva: en el primero, el tribunal ha omitido pronunciarse sobre la pretensión del demandante de que el demandado sea condenado a pagarle 15 en concepto de intereses; y en el segundo, el tribunal omitió pronunciarse sobre la pretensión defensiva del demandado, que solicitó su absolución por haber pagado ya la cantidad reclamada.

La exigencia de exhaustividad a las sentencias pone de relieve cómo, en nuestro ordenamiento procesal, no está permitida la denominada «desestimación tácita de pretensiones»: el silencio del tribunal en relación con alguna pretensión válidamente deducida en el proceso no puede entenderse como un rechazo o desestimación implícito o tácito, sino que supone en todo caso la omisión de un pronunciamiento debido –que convierte a la sentencia en incorrecta–.

> En el ejemplo 1 anterior, el silencio del tribunal acerca de la reclamación de intereses no puede entenderse como una desestimación tácita; igual que, en el ejemplo 2 anterior, tampoco la estimación de la acción puede entenderse como una desestimación tácita de la excepción de pago formulada por el demandado. En el primer caso, el actor tiene derecho a que el tribunal se pronuncie sobre su petición de intereses, aunque sea para rechazarla o rebajarla; y el mismo derecho le asiste al demandado, en el segundo caso, a que el tribunal se pronuncie sobre la excepción de pago, aunque sea para desestimarla.

El art. 209.4ª LEC prohíbe este fenómeno de la «desestimación tácita», cuando afirma que la sentencia debe contener, 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».

5.3. La incongruencia por exceso

Este tipo de incongruencia –también denominada incongruencia por *ultra petitum*– se produce cuando en la sentencia se concede más de lo pedido por el demandante: el tribunal accede a la pretensión del actor pero, además de concederle lo pedido, le otorga algo más, un *plus* no pedido.

Este exceso puede ser cuantitativo, cuando se otorga más de lo pedido, pero bajo el mismo concepto o título.

> Ejemplo: Aunque el demandado debía 150 al actor por un préstamo impagado, este solicitó al tribunal únicamente que fuera condenado a pagarle 100. El tribunal, sin embargo, condenó al demandado a pagar 150, en concepto de préstamo no devuelto.

El exceso también puede ser cualitativo, cuando además de lo que pidió, se le otorga al actor algo diverso, es decir, bajo un concepto o título diverso al esgrimido por él.

> Ejemplo: El demandante solicitó que el demandado fuera condenado a pagarle 100 en concepto de capital de un préstamo impagado. El tribunal en la sentencia, sin embargo, le condenó no solo a pagar el capital, sino también 15 en concepto de intereses, a pesar de que el actor no lo había solicitado del tribunal.

En cambio, no puede decirse que la sentencia en que el tribunal conceda menos de lo pedido por el actor sea, por ese solo motivo, una sentencia incongruente: no existe la llamada incongruencia por defecto o por *infra petitum*. Una sentencia que concede menos de lo pedido será incongruente únicamente si el tribunal omitió pronunciarse sobre alguna de las pretensiones del demandante y de ahí se deriva que este haya obtenido menos de lo que pidió; pero estaríamos, en tal caso, ante una incongruencia por omisión de pronunciamiento.

> Ejemplo: Si el actor solicitó que se condenara al demandado al pago de 100 y el juez en la sentencia le condena a pagar solo 50, la sentencia no es incongruente, siempre que el juez se haya pronunciado sobre todo lo pedido, sino que es una sentencia que desestima en parte la petición –*v.g.*, porque el actor no ha demostrado que se le deban más de 50, o porque el demandado opuso con éxito la excepción de pago parcial de 50–. La situación sería distinta si el demandante hubiera acumulado en su demanda dos acciones frente al mismo demandado, reclamando en una la condena al pago de 50 por una cuota impagada de un préstamo y 50 por otra cuota impagada de un préstamo diverso: si el tribunal en la sentencia condena al demandado al pago de 50 por la primera cuota, pero no se pronuncia sobre la segunda, está concediendo al actor menos de lo que pidió, pero por la sencilla razón de que ha omitido pronunciarse respecto de la segunda de las acciones ejercitadas acumuladamente.

En definitiva, una sentencia que concede al actor menos de lo pedido no es, por ese hecho, incongruente, siempre que se pronuncie sobre todo lo pedido.

5.4. La incongruencia por desviación

Se dice que una sentencia es incongruente por desviación –también se habla de incongruencia por *extra petitum*– cuando resuelve sobre algo distinto de lo

pedido por las partes, esto es, cuando se pronuncia sobre cosa distinta a la pedida por las partes.

El tribunal cae en incongruencia al desviarse de las pretensiones formuladas por las partes: concede algo distinto a lo pedido por demandante o demandado, con lo que, en el fondo, es como si entendiera que estos le han formulado pretensiones diversas a las realmente ejercitadas.

Se produce, pues, este tipo de incongruencia cuando el tribunal altera o bien la acción ejercitada por el demandante, o bien la excepción opuesta por el demandado.

1º. En cuanto a la ***acción*** del demandante, si el tribunal no quiere ser incongruente debe limitarse en la sentencia a resolver solo sobre lo que sea objeto del proceso, teniendo en cuenta los sujetos, el *petitum* y la causa de pedir (con sus elementos fácticos y jurídicos) que forman parte del mismo, esto es, respetando los elementos identificadores de la acción:

a) Sujetos: la sentencia solo puede pronunciarse respecto de los sujetos que son partes del proceso; y será, por tanto, incongruente si se pronuncia sobre un tercero, ya sea en sustitución de quien fue inicialmente demandado, o junto a él.

> Ejemplo 1. El actor solicitó que se condenara a A a pagarle 100 y el tribunal, sin embargo, condena a B a pagárselos, por entender que, de las actuaciones, se deduce que es B quien realmente se los debe.
>
> Ejemplo 2. El actor tenía un crédito solidario frente a A y B. Dirigió su demanda únicamente frente a A, solicitando que fuera condenado a pagarle el importe íntegro del crédito, conforme a las reglas de la solidaridad. El tribunal, sin embargo, en la sentencia condena tanto a A como a B al pago del crédito.

b) *Petitum*: es incongruente la sentencia que concede al demandante una tutela que no es la que él pidió, sino que es diversa.

> Ejemplo. Ante el incumplimiento por B de un contrato bilateral, A solicita al amparo del art. 1124 CC que B sea condenado a cumplirlo; el tribunal, sin embargo, considera que el cumplimiento es imposible y por eso dicta una sentencia en la que, al amparo de la alternativa prevista en el precepto citado del CC, procede a resolver el contrato.

c) Causa de pedir: es incongruente la sentencia que se aparta de la causa de pedir en que el actor ha sustentado su acción, esto es, cuando no se atiene a los hechos alegados, así como cuando no respeta la fundamentación jurídica en que el demandante se basó.

— En cuanto a los elementos fácticos: existe incongruencia si el tribunal funda su sentencia en hechos no alegados oportunamente por las partes. Y también es incongruente la sentencia que se aparta de los hechos fundamentales admitidos por las partes.

> Ejemplo. El actor interpuso frente al demandado una acción en la que solicitaba su condena al pago de 100 en concepto de préstamo impagado. En la audiencia previa, sin embargo, al fijar los hechos controvertidos, el actor

reconoció que el demandado ya le había devuelto 25. El tribunal, sin embargo, condena en sentencia al demandado a pagar íntegramente los 100 inicialmente reclamados.

— En cuanto al elemento jurídico de la causa de pedir, la sentencia no puede condenar o absolver apartándose de la causa de pedir aducida por las partes.

Ejemplo. Si el actor solicitó que el demandado fuera condenado a pagarle una indemnización ante unos daños causados, según su demanda, por culpa contractual, no puede el tribunal condenar a pagarlos por culpa extracontractual.

No obstante, el tribunal no está totalmente vinculado por los fundamentos de derecho alegados por las partes. Solo está vinculado por el fundamento o título jurídico alegado, pero no por los preceptos alegados o por los principios jurídicos citados o por la doctrina jurisprudencial aducida por las partes. A esto se refiere el art. 218.1 II LEC: «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». Es esta una norma de gran importancia, que recoge la regla *iura novit curia* (el tribunal conoce el derecho) y cuyo significado es el siguiente:

1º. Como regla general, el derecho no tiene que ser probado por las partes (salvo la costumbre o el derecho extranjero).

2º. El tribunal debe aplicar el derecho que conoce, como estime más acertado, siempre que no cambie la causa de pedir o título jurídico en que se basa la pretensión.

3º. El juez, con base en el principio *iura novit curia*, puede corregir los errores u omisiones de las partes en la cita de las normas o de los principios del derecho aplicables.

En definitiva, la máxima *iura novit curia* supone que no es necesario que las partes prueben el derecho vigente y lo aleguen con toda precisión, pero sí que tienen la carga de formular el fundamento jurídico de sus pretensiones. Este fundamento jurídico es el que no podrá ser modificado por el tribunal, pues cometería incongruencia (y causaría indefensión a la parte).

Utilizando un símil, podría decirse que la calificación jurídica, la perspectiva jurídica o la fundamentación jurídica aducidas por el actor –y que el juez no puede alterar sin incurrir en incongruencia y colocar en indefensión a la parte contraria– vienen a ser como las lentes o los cristales graduados a través de los cuales se pretende enfocar el caso desde un punto de vista jurídico. En función del tipo de lentes con que se vea la realidad esta puede parecer distinta, pues el foco se pone sobre ciertos elementos fácticos y no alcanza, en cambio, a otros. Incurre así en incongruencia el tribunal cuyo cambio de enfoque jurídico determina una visión del asunto con un enfoque diferente al planteado por el demandante al fundar su pretensión. Al usar una «lente jurídica» diferente a aquella propuesta por la parte actora el tribunal está enfocando el caso de forma también diferente: si la nueva lente –la usada por el juez en la sentencia– pone el foco en hechos que no

se veían –o no con tanta nitidez– usando la lente propuesta por el demandante, se produce un fenómeno de alteración de los hechos relevantes para el enjuiciamiento del caso, que coloca al demandado en una posición de indefensión: las partes han desplegado su actividad alegatoria y probatoria mirando el caso a través del enfoque jurídico elegido libremente por la parte actora y han podido legítimamente dejar de lado de esa actividad ciertos extremos fácticos y/o jurídicos que no eran relevantes desde esa perspectiva; si el juzgador cambia la perspectiva jurídica en la sentencia dichos extremos pueden cobrar una importancia que no merecían con arreglo a la calificación anterior, con la consiguiente «sorpresa» (= indefensión) que eso provoca en el demandado («de haberlo sabido –podría decir este– mi estrategia habría sido otra»).

¿Dónde queda el *iura novit curia* en este símil? Si la calificación, la fundamentación o la perspectiva jurídica son las lentes graduadas con que se ve jurídicamente la realidad de un caso, las concretas normas jurídicas en que se sostienen dicha calificación, fundamentación o perspectiva son la montura de las gafas que incorporan dichas lentes y que todo observador de la realidad jurídica debe ponerse: las concretas normas jurídicas son el soporte de las calificaciones jurídicas, pero es posible tener varias gafas aparentemente distintas –porque varía la montura– que, sin embargo, llevan incorporadas lentes de la misma graduación y que sirven para corregir el mismo defecto de visión. Si de unas gafas a otras solo cambia la montura, pero no los cristales, el tribunal únicamente habrá alterado las normas jurídicas que sostienen la pretensión de la parte actora –la montura que sostiene la «lente jurídica»–, pero no la calificación jurídica en sí y, por tanto, no habrá incurrido en incongruencia: la realidad se sigue viendo de la misma forma. Por el contrario, si el cambio de montura va acompañado de un cambio de lentes, la realidad se verá de forma distinta y habrá vicio de incongruencia por desviación.

Con esta cuestión de la incongruencia y de la alteración de la dimensión jurídica de la causa de pedir sucede, pues, como con muchas personas que tienen problemas de visión: en ocasiones, tienen varias gafas, con la misma graduación, pero con monturas distintas: si la graduación de la lente es la misma, aunque varíe la montura, se está viendo la realidad del mismo modo. Podría decirse así que aplica correctamente la máxima *iura novit curia* el tribunal que cambia la montura de las gafas con que el actor expuso el caso en su demanda, pero manteniendo los cristales: se sirve de una norma jurídica distinta, pero no altera la forma de ver el caso desde una perspectiva jurídica. Ahora bien, tampoco es extraño que una misma persona tenga gafas «para ver de cerca» y otras «para ver de lejos», cada una con su montura y con cristales que tienen propiedades ópticas distintas: si el tribunal, con el argumento de cambiar de montura, aplica al caso unos «cristales graduados» distintos, está incurriendo en incongruencia.

> Ejemplo. El demandante reclama la propiedad de una finca frente al demandado por entender que la ha adquirido por usucapión (prescripción adquisitiva). El tribunal incurre en incongruencia si en la sentencia le declara propietario por haber heredado la finca, pues aunque el resultado sea el mismo, los hechos de los que dependen uno y otro título jurídico (usucapión v. herencia) son distintos y el actor solo ha alegado el primero: si el tribunal estimase la

demanda por herencia estaría sorprendiendo al demandado, que no se vio en la tesitura de defenderse de esa hipotética calificación jurídica alegando hechos o motivos jurídicos que habrían podido desvirtuarla.

En cambio, habría aplicación aceptable del principio *iura novit curia* si el demandante, en aplicación del art. 1957 CC, hubiera pretendido la aplicación de la prescripción *entre presentes* con buena fe y justo título pero el tribunal, apreciando la existencia de buena fe y justo título, considerase que se trataba de prescripción entre ausentes, siempre que hubiera quedado acreditado en juicio que la posesión duró al menos veinte años.

2º. Procede analizar ahora la debida congruencia que el tribunal debe observar respecto de las ***excepciones*** del demandado. También se produce incongruencia por desviación cuando el tribunal altera las excepciones o defensas del demandado, es decir, cuando funda la desestimación de la demanda en hechos impeditivos, extintivos o excluyentes no aportados al proceso por la parte demandada.

Ejemplo. El actor en su demanda solicitó que B fuera condenado a pagarle 100, en concepto de préstamo no reembolsado. En su contestación, B alegó la excepción de pago, afirmando que ya había devuelto el capital prestado. El tribunal, en sentencia, sin embargo, le absuelve considerando que el crédito ya había prescrito.

3º. *Diferencias* entre la incongruencia por desviación (*extra petitum*) y la incongruencia por exceso (*ultra petitum*): es cierto que, al igual que sucede en la incongruencia por desviación, también se concede cosa distinta de la pedida en la incongruencia por exceso. La distinción consiste en que en la incongruencia por exceso se concede todo lo pedido y un *plus* no pedido, mientras que en la incongruencia por desviación se *sustituye* alguno de los pronunciamientos pedidos por otro no pedido.

Diferencias entre la incongruencia por desviación y la incongruencia por omisión de pronunciamiento: la incongruencia por desviación envuelve una omisión de pronunciamiento, ya que el tribunal, al pronunciarse sobre cosa distinta de la pretendida por alguna de las partes, en el fondo está dejando de pronunciarse sobre aquello que fue pretendido por aquélla. La diferencia está en que en la incongruencia por omisión simplemente falta alguno de los pronunciamientos debidos, mientras que en la incongruencia por desviación se sustituye el pronunciamiento debido por otro no pedido por las partes.

5.5. Términos de comparación para discernir la congruencia

Para determinar si el juzgador ha incurrido en incongruencia a la hora de dictar sentencia es preciso efectuar una comparación entre dos términos: de un lado, lo pretendido por las partes y, de otro, lo decidido por el tribunal.

El primer término de comparación lo integran, por tanto, las pretensiones formuladas por las partes: el tribunal ha de pronunciarse sobre todas ellas y de forma congruente, esto es, sin conceder más y sin alterarlas al pronunciarse sobre ellas. Eso sí, el tribunal solo tiene el deber de pronunciarse sobre las pretensiones

que hayan sido válida y oportunamente efectuadas en el proceso, es decir, realizadas en los momentos procesales establecidos.

> Ejemplo. El tribunal tiene el deber de pronunciarse sobre las acciones ejercitadas por el actor en su demanda y sobre las excepciones alegadas en la contestación. Ahora bien, si el actor, *v.g.*, al término del juicio, intentara en su informe final añadir una petición nueva al tribunal, no tendrá éste el deber de pronunciarse sobre ella; es más, si lo hiciera estaría siendo incongruente.

El segundo término de comparación lo integran los pronunciamientos efectuados por el tribunal en la sentencia: lo habitual es que el tribunal se pronuncie sobre las pretensiones de las partes en el fallo o parte dispositiva; ahora bien, también se pueden encontrar auténticos pronunciamientos en la fundamentación de la sentencia, especialmente en relación con las excepciones del demandado, o en relación con los hechos o fundamentos jurídicos que integran la causa de pedir de la acción del demandante. Por eso, para valorar si una sentencia es congruente, habrá que analizarla en su totalidad.

> Ejemplo. El tribunal ha manifestar en los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho de su sentencia cuáles son los hechos que considera probados. Es en ese lugar de la sentencia donde expresará cuáles son los hechos que tendrá en cuenta para dictar la sentencia y donde puede detectarse una incongruencia, si resulta que considera que es cierto un hecho constitutivo no aportado por el actor, o un hecho impeditivo, extintivo o excluyente no aportado por el demandado. En el fallo, muy posiblemente, se limitará a estimar la pretensión, sin hacer referencia expresa en ese lugar a los hechos tenidos en cuenta; o bien procederá a desestimarla, sin manifestar tampoco en ese lugar cuál es la excepción que le ha determinado a hacerlo.

Además, en caso de que en la demanda se haya producido una acumulación de acciones debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1º. Si la acumulación es eventual, el tribunal solo ha de pronunciarse sobre la acción ejercitada de forma eventual en caso de desestimación de la acción principal; pero si estima la principal, ni debe ni puede pronunciarse sobre la ejercitada a título subsidiario.

2º. Si se acumulan una acción principal y otra accesoria, la desestimación de la principal hace innecesario entrar a decidir sobre la accesoria; pero si se estima la principal, entonces es necesario pronunciarse sobre la accesoria.

5.6. Fundamento de los deberes de exhaustividad y congruencia

Los deberes de exhaustividad y congruencia tienen fundamentos diversos.

El fundamento de la exigencia de que los tribunales hayan de pronunciarse en los procesos civiles sobre todas las pretensiones deducidas por las partes y decidir todos los puntos litigiosos se encuentra en el derecho fundamental a la tutela judicial y en la prohibición de la autotutela: los justiciables nos vemos forzados a acudir a los tribunales para obtener la tutela de nuestros derechos; y si estos pudieran dejar de resolver sobre nuestras peticiones de tutela, se estaría legitimando una vuelta a la autotutela.

En cambio, el fundamento de la exigencia de congruencia en sentido estricto –esto es, de la prohibición de exceso y de desviación– es el principio dispositivo: en los procesos civiles se discute sobre derechos privados, disponibles por sus titulares (las partes); es el demandante el que determina el objeto del proceso y el que, en consecuencia, decide cuál es el ámbito sobre el que estará facultado para pronunciarse el tribunal. Las potestades del órgano jurisdiccional se circunscriben así a juzgar si ha de concederse o no la tutela jurídica solicitada por las partes en uso de su poder de disposición y no cualquier otra tutela jurídica.

5.7. Tratamiento procesal de la falta de exhaustividad y de la incongruencia

Dado que es la ley procesal la que exige que las sentencias sean exhaustivas y congruentes, es evidente que una sentencia no exhaustiva o incongruente es jurídicamente incorrecta, de modo que la parte perjudicada por ella podrá «reaccionar» frente a ella: el tribunal no ha respetado las normas procesales reguladoras de la sentencia.

Cuando alguno de los litigantes considere que la sentencia es incongruente por exceso o por desviación, tendrá la carga de recurrirla en apelación, para que sea el tribunal superior jerárquico –normalmente, la Audiencia Provincial– el que corrija el defecto y sustituya la sentencia incongruente por otra que no lo sea. En caso de que la Audiencia Provincial no corrija la incongruencia y, también, en caso de que la propia Audiencia Provincial incurra ella en incongruencia al resolver el recurso de apelación nos hallaremos ante el mismo defecto procesal, que podrá denunciarse en su caso por los cauces del recurso de casación. Es más, si se dieran los exigentes requisitos establecidos por la ley, cabría incluso acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional, dado el fundamento constitucional que tiene el deber judicial de congruencia.

En cambio, si el litigante considera que la sentencia no es exhaustiva, es decir, que el tribunal ha omitido en ella algún pronunciamiento, antes de recurrirla en apelación tendrá la carga de solicitar al tribunal que la dictó que la complete, emitiendo el pronunciamiento debido. De conformidad con el art. 215.2 LEC, esta petición habrá de formularse a instancia de parte dentro de los cinco días siguientes a contar desde la notificación de la sentencia; pero también lo puede hacer de oficio el tribunal, en idéntico plazo (art. 215.3 LEC). Mientras el tribunal resuelve esta petición queda en suspenso el plazo para recurrir la sentencia. Si el tribunal se niega a completar la sentencia o si, una vez completada, el litigante la considera perjudicial para su posición jurídica, podrá ya recurrirla en apelación (y, en su caso, posteriormente podrá formular frente a la sentencia de segunda instancia recurso de casación por este mismo motivo).

6. La condena con reserva

En algunas ocasiones, en el momento de interponer la demanda el actor no está en condiciones de determinar con precisión a cuánto asciende el importe de la cantidad de dinero que reclama como condena al tribunal. Pues bien, a pesar de esta circunstancia, el art. 219 LEC no permite al actor formular su demanda sin determinar el importe que reclama y solicitando que ese importe se determine más tarde, en ejecución de sentencia. Al contrario, en términos generales, cuando se trata de ejercitar condenas al pago de cantidades de dinero, el precepto solo le deja al demandante dos opciones:

— La primera opción consiste en cuantificar exactamente el importe que se reclama y justificarlo por medio de pruebas, de modo que el tribunal, en sentencia, habrá de determinar si es ese u otro inferior –nunca superior– el importe al que condena al demandado.

— La segunda opción consiste en no realizar esa cuantificación del importe reclamado, pero exigiéndosele entonces al actor que en su demanda fije con claridad y precisión las bases para su liquidación, que deberá consistir en una simple operación aritmética. En tal caso, se admite que el tribunal, en su sentencia, no determine el importe al que condena y se limite a fijar las bases de liquidación, que se efectuará en la ejecución de la sentencia. En este segundo supuesto se puede decir que el tribunal ha dictado una condena con reserva de liquidación.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la noción de «bases de liquidación» que utiliza la LEC es muy restrictiva: solo hay verdaderas bases aceptables cuando permiten una liquidación que se lleve a cabo sin necesidad de realizar enjuiciamientos fácticos que requieran valoración probatoria.

> Ejemplo. El actor solicita la condena al pago de una cantidad de dinero derivada de un contrato de prestación de servicios financieros, así como el pago de intereses remuneratorios, que han de determinarse con arreglo a una serie de fórmulas establecidas en el propio contrato. El tribunal puede efectuar respecto de los intereses una condena genérica, sin liquidarlos: para hacer la cuantificación en ejecución no hace falta discutir ni la fórmula ni las bases de liquidación, sino que el único elemento variable es el transcurso del tiempo.

Por el contrario, si el demandante no es capaz de cuantificar el importe que reclama, y tampoco puede fijar bases para la liquidación, no puede aspirar a una sentencia que condene de forma abstracta a una cantidad de dinero que ni se determina, ni resulta tampoco determinable sin necesidad de tener en cuenta variables fácticas que la parte demandada pueda legítimamente cuestionar. En estos casos, el art. 219 LEC solo le permite obtener una sentencia que declare genéricamente su derecho a obtener el pago del deudor, pero que no podrá ser ejecutada directamente –por tener carácter ilíquido la deuda–. Para proceder a cuantificar el importe de la deuda el acreedor, cuando esté en condiciones de hacerlo, habrá de incoar un nuevo proceso declarativo, que tendrá como único

objetivo la liquidación de la cantidad debida; la sentencia que se dicte en este segundo proceso declarativo será ya título ejecutivo.

7. LA CONDENA DE FUTURO

De ordinario, es preciso aguardar hasta el efectivo incumplimiento de la prestación debida para reclamar de los tribunales una sentencia que condene a su satisfacción. Sin embargo, en determinados supuestos, antes incluso de la llegada del vencimiento, existen indicios más que suficientes de los que se puede deducir el incumplimiento futuro. En estas situaciones, y bajo ciertas condiciones, es posible solicitar del tribunal una «condena de futuro»: se puede obtener una sentencia que, a pesar de que la obligación aún no ha vencido, ordene al deudor el cumplimiento de la prestación en el futuro, cuando llegue su vencimiento; de este modo, si llega el momento del vencimiento y el deudor no cumple, el acreedor podrá acudir directamente a la vía de la ejecución forzosa.

La LEC se ocupa de las condenas de futuro en su art. 220:

> «1. Cuando se reclame el pago de intereses o de prestaciones periódicas, la sentencia podrá incluir la condena a satisfacer los intereses o prestaciones que se devenguen con posterioridad al momento en que se dicte.
> 2. En los casos de reclamaciones de rentas periódicas, cuando la acción de reclamación se acumule a la acción de desahucio por falta de pago o por expiración legal o contractual del plazo, y el demandante lo hubiere interesado expresamente en su escrito de demanda, la sentencia, el auto o el decreto incluirán la condena a satisfacer también las rentas debidas que se devenguen con posterioridad a la presentación de la demanda hasta la entrega de la posesión efectiva de la finca, tomándose como base de la liquidación de las rentas futuras, el importe de la última mensualidad reclamada al presentar la demanda.»

La regla general se contiene en el apartado 1, mientras que en el apartado 2 se establece una regla especial que tiene como finalidad tutelar mejor al propietario del inmueble alquilado en el contexto de un proceso de desahucio. Si se analiza la regla general (art. 220.1), se aprecia cómo el tenor literal del precepto parece ceñir la posibilidad de las condenas de futuro al pago de intereses o de prestaciones periódicas: los incumplimientos pasados son indicios claros de los incumplimientos futuros, razón por la cual se permite solicitar en la misma demanda –y obtener, en su caso, en la misma sentencia– una condena al pago de todos ellos, tanto los ya devengados en el momento de la demanda y de la sentencia, como de aquellos que se devenguen hasta el momento de la completa satisfacción del acreedor a través de la ejecución forzosa.

Al margen de las situaciones descritas en el art. 220 LEC, debe señalarse que la jurisprudencia ha venido admitiendo las condenas de futuro con algo más de flexibilidad, aunque siempre supeditadas a la existencia de un interés especial: ha de acreditarse en el proceso el riesgo actual del incumplimiento futuro.

Así, a título de ejemplo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección 4ª) de 24 de febrero de 1999 condenó a pagar a una institución sanitaria y a una compañía de seguros una indemnización a los hijos de una paciente infectada por el VIH debido a una negligencia médica «pero sólo cuando el fallecimiento se produzca y siempre que en ejecución de sentencia se acredite que fue ocasionado por las enfermedades cuyo contagio es imputable a los demandados».

LECCIÓN 25

CRISIS PROCESALES Y TERMINACIÓN ANORMAL DEL PROCESO

1. El desarrollo anormal del proceso y las crisis procesales: 1.1. La prejudicialidad penal en el proceso civil; 1.2. La prejudicialidad laboral o administrativa en el proceso civil; 1.3. La prejudicialidad civil en el proceso civil; 1.4. La prejudicialidad constitucional: la cuestión de inconstitucionalidad; 1.5. La cuestión prejudicial sobre Derecho de la Unión Europea. — **2.** Los modos de terminación anormal del proceso: 2.1. Renuncia del actor; 2.2. Allanamiento del demandado; 2.3. Desistimiento; 2.4. Transacción; 2.5. Caducidad de la instancia; 2.6. Terminación del proceso en caso de desaparición del interés legítimo por satisfacción extraprocesal de las pretensiones o por otras causas; 2.7 Sobreseimiento del proceso por causas distintas del desistimiento y la caducidad de la instancia.

1. EL DESARROLLO ANORMAL DEL PROCESO Y LAS CRISIS PROCESALES

Se llaman «crisis procesales» aquellas situaciones anómalas que se producen durante la sustanciación de un proceso y que alteran su curso normal.

> Un ejemplo claro es el planteamiento de una declinatoria por falta de competencia territorial: la ley no prevé como normal que el demandado formule declinatoria y, de hecho, su interposición altera el desarrollo del proceso tal y como está diseñado de ordinario en la ley, porque es preciso suspenderlo, dar audiencia al actor y resolver la cuestión; además, si la declinatoria por competencia territorial es estimada, el asunto habrá de ser remitido al tribunal que resulte competente, para que se reanude en esa nueva sede.

Algunas crisis procesales provocan una terminación anormal del proceso, en los términos que se verán en epígrafes posteriores. Otras, en cambio, no provocan la terminación anticipada del proceso, pero que sí obligan a darle, en algún punto, una tramitación diferente y pueden incluso acabar provocando su suspensión durante un cierto periodo de tiempo.

Dentro de esta noción general de las crisis procesales nos interesan ahora aquellas que tienen su origen en el planteamiento de una cuestión prejudicial en el proceso civil. En términos generales, se puede decir que es «prejudicial» todo aquello que funciona como decisión previa, como antecedente lógico de una decisión posterior. Son cuestiones prejudiciales en el proceso civil, por tanto, todas aquellas que constituyen un *prius*, un antecedente de aquello que constituye el objeto del proceso civil: no se pide al tribunal civil que se pronuncie a título principal sobre ellas, pero le es preciso resolverlas para poder pronunciarse sobre el fondo del litigio. En concreto, se plantean como cuestiones prejudiciales asuntos o cuestiones que, por sí mismas, podrían constituir el objeto autónomo de un proceso distinto. Hay prejudicialidad en el proceso civil, por tanto, cuando el tribunal que conoce de él debe resolver una determinada cuestión como

antecedente lógico para poder enjuiciar aquello que le ha sido sometido por las partes en sus pretensiones.

Se dice que la prejudicialidad puede ser homogénea o heterogénea:

— Hay prejudicialidad homogénea cuando se plantea como cuestión prejudicial un asunto de naturaleza civil o mercantil, esto es, un asunto del que podrían conocer los tribunales del orden civil, en caso de que se planteara de forma autónoma como objeto de un proceso singular.

— Hay prejudicialidad heterogénea cuando la cuestión que se plantea como antecedente lógico de la sentencia civil no es de naturaleza civil o mercantil, sino de carácter penal, laboral o administrativo: si se planteara su enjuiciamiento a título principal, le correspondería a tribunales de un orden jurisdiccional distinto al civil.

Nuestra legislación regula de forma diversa de qué forma deben proceder los tribunales civiles en caso de que se suscite, durante el desarrollo del proceso, una cuestión prejudicial de tipo penal, laboral, administrativa, civil, constitucional o de Derecho de la Unión Europea.

1.1. La prejudicialidad penal en el proceso civil

Durante la sustanciación de un proceso civil se le puede poner de manifiesto al tribunal la comisión de uno o de varios hechos que revistan apariencia delictiva, especialmente a través de las alegaciones en que las partes fundan sus pretensiones.

> *Ejemplo.* A interpone frente a B demanda pidiendo que sea condenada a cumplir un contrato. B se defiende alegando que el contrato es nulo, pues consintió en firmarlo ante las amenazas a que A lo había sometido. Aunque el objeto del proceso civil es decidir si procede o no la condena de B, al tribunal civil se le ha puesto de manifiesto la comisión de un hecho punible (unas amenazas); se trata de una cuestión prejudicial, pues la estimación o no de la demanda depende de que realmente B hubiera sufrido o no las amenazas (si es cierto, el contrato es nulo y la demanda debe ser desestimada; si es falso, el contrato es válido y cabrá la condena). Lo que ocurre es que es una cuestión prejudicial de naturaleza penal y, por tanto, heterogénea: para decidir si se han cometido o no las amenazas la jurisdicción corresponde a los tribunales penales, no a los civiles.

En estos casos, cuando al tribunal civil se le ponga de manifiesto la comisión de un hecho punible, y dado que él no puede perseguirlo, surge de inmediato un deber: el tribunal civil tiene que poner el hecho en cuestión en conocimiento del Ministerio Fiscal, para que este, a su vez, promueva la apertura del correspondiente proceso penal para investigarlo y, eventualmente, castigar a su responsable (art. 40.1 LEC). Esta decisión del tribunal civil permite que se abra, dado el caso, un proceso penal, pero no tiene en principio incidencia sobre el proceso civil.

Ahora bien, la constatación de una cuestión prejudicial penal en el marco de un proceso civil sí que puede provocar su suspensión, si se dan ciertas condiciones (art. 40.2 LEC):

1ª. Que se acredite al tribunal civil que ya está abierto un proceso penal en el que se estén investigando, como hechos aparentemente delictivos, alguno o algunos de los que fundamenten las pretensiones de las partes en el proceso.

> Y ese proceso penal se puede haber abierto a instancia de parte, de oficio por un juez penal o a consecuencia de la puesta en conocimiento del hecho en virtud de lo dispuesto en el art. 40.1 LEC.

2ª. Que la decisión del tribunal penal acerca del hecho objeto del proceso penal pueda tener influencia decisiva en la resolución sobre el asunto civil.

> En consecuencia: 1) se ha de tratar de una auténtica cuestión prejudicial, pues ha de haber coincidencia parcial entre el ámbito del proceso penal y el del proceso civil; 2) ha de ser necesario, para un adecuado enjuiciamiento del litigio al amparo de la normativa civil, tener en cuenta el carácter punible o no de la conducta enjuiciada penalmente.

En estos casos, el tribunal civil debe suspender el proceso hasta que concluya el proceso penal. Ahora bien, la suspensión no es inmediata: el tribunal civil tramitará el proceso hasta el final y lo suspenderá solo cuando esté pendiente de sentencia. En consecuencia, no se dictará sentencia civil hasta que haya concluido el proceso penal, de modo que la sentencia civil se pueda adecuar a lo establecido en la penal (art. 40.6 LEC).

Al margen de lo anterior, que es la regla general, se ha previsto una especialidad en los casos de falsedad documental, esto es, cuando alguno de los documentos aportados por alguna de las partes es aparentemente falso. En tal caso, la suspensión del proceso civil al que se aportó el documento se acordará de forma inmediata (sin esperar, por tanto, a que haya quedado concluso para sentencia), siempre que conste la existencia de proceso penal por falsedad documental y que el documento pueda ser decisivo para resolver el fondo del asunto (art. 40.4 LEC). Ahora bien, se puede evitar esta suspensión, o se le puede poner fin, si la parte a la que pudiera beneficiar el documento (lo haya aportado ella o no, aunque será lo normal) renuncia a él, en cuyo caso el documento será excluido de los autos (art. 40.5 LEC); esta renuncia evita la paralización del proceso civil, pero no impide que se siga desarrollando el proceso penal.

1.2. La prejudicialidad laboral o administrativa en el proceso civil

En el marco de un proceso civil se pueden suscitar cuestiones laborales o administrativas como antecedentes necesarios para poder resolver sobre el fondo.

> *Ejemplo.* A vendió una parcela a B, afirmando que el terreno era urbanizable, según el Plan General de Ordenación Urbana del municipio. Celebrada la compraventa, a B se le deniega la licencia para construir una vivienda, alegando que conforme al Plan parcial, que modifica en parte el PGOU, la fina es rústica. B interpone demanda frente a A, solicitando la anulación de la compraventa por no poseer la finca la característica pactada. Para resolver el litigio el tribunal civil tiene que resolver una cuestión administrativa: si la finca es rústica o urbanizable, en función de la prevalencia que deba darse al PGOU o al Plan Parcial. Si esta cuestión fuese el objeto de un proceso autónomo, se debería sustanciar ante los tribunales del orden administrativo.

En estos casos, la regla general es la de que los tribunales civiles están facultados para resolver estas cuestiones prejudiciales no penales: es decir, el tribunal civil podrá pronunciarse sobre cuestiones laborales o administrativas, cuando estas constituyan antecedentes lógicos de lo que es objeto principal del proceso civil (art. 42.1 LEC). Ahora bien, el pronunciamiento se hará a los solos efectos prejudiciales, razón por la cual no tendrá nunca efectos de cosa juzgada (art. 42.2 LEC).

Existe, sin embargo, una excepción. En los casos en que lo prevea la ley, o si lo piden ambas partes conjuntamente, o una con el consentimiento de la otra, el tribunal civil podrá suspender el proceso civil en curso, antes de dictar sentencia, a la espera de que sobre la cuestión prejudicial se pronuncien los tribunales del orden correspondiente (contencioso-administrativo o social). En tal caso, el tribunal civil quedará vinculado por la resolución judicial laboral o administrativa que se dicte (art. 42.3 LEC).

1.3. La prejudicialidad civil en el proceso civil

Puede suceder, asimismo, que estén tramitándose de forma simultánea dos procesos civiles diferentes, con objetos diversos, pero conexos, de forma tal que el objeto de uno de ellos sea prejudicial respecto del otro. Si se resolvieran de forma separada se correría el riesgo de que se dictasen sentencias contradictorias. Como primera solución se prevé que se decrete la acumulación de procesos (art. 76.1.1º LEC): si ambos objetos se resuelven en una sola sentencia, el peligro se elimina.

Ahora bien, la acumulación de procesos está sujeta a una serie de requisitos estrictos. Por eso, en los casos en que no resulte procedente la acumulación de procesos, el art. 43 LEC prevé una solución subsidiaria: el tribunal que esté conociendo del proceso cuyo objeto sea «dependiente» puede decretar, a instancia de parte, la suspensión del proceso, a la espera de que concluya el proceso de objeto principal o prejudicial: la suspensión se mantendrá hasta que el proceso de objeto principal termine por sentencia firme, que tendrá entonces efectos vinculantes para el tribunal del proceso suspendido, dada la eficacia positiva de la cosa juzgada material.

Debe quedar claro, además, que el proceso que debe suspenderse no es necesariamente el más moderno –es decir, el que comenzó más tarde–, sino que todo depende de cuál sea la relación entre objetos procesales.

> Ejemplo. En un primer proceso A demandó a B solicitando que fuera condenado a pagarle una cláusula penal prevista en un contrato debido al retraso en que había incurrido a la hora de efectuar una de las prestaciones contempladas en el contrato. Estando en curso el proceso, B interpone demanda solicitando la anulación del contrato en su conjunto, por vicio grave en el consentimiento. Dada la relación entre los objetos de ambos procesos, procedería la suspensión del primero, porque el pronunciamiento sobre validez o nulidad del contrato –objeto del segundo proceso– es prejudicial de un eventual pronunciamiento sobre cumplimiento de una de sus cláusulas –objeto del primer proceso.

1.4. La prejudicialidad constitucional: la cuestión de inconstitucionalidad

De conformidad con lo previsto en el art. 35 LOTC, cuando un juez o tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional, al efecto de que este determine si efectivamente la norma es válida o no.

> El nuestro es un modelo de control centralizado de la constitucionalidad de las normas con rango legal. Los tribunales ordinarios no pueden declarar por sí mismos la inconstitucionalidad de una ley, pues es algo que está reservado al Tribunal Constitucional.

El planteamiento de la cuestión supone, pues, que el tribunal –civil, en nuestro caso– no se atreve a resolver el fondo del litigio hasta tener claro si la ley en principio aplicable es constitucional. A tal fin, planteará la cuestión, para que la resuelva el Tribunal Constitucional. Como se trata de una duda o cuestión que afecta al contenido del fallo, y no a la tramitación del proceso, el órgano judicial solo podrá plantear la cuestión una vez concluso el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia. Lo que queda en suspenso, por tanto, es el plazo para dictar sentencia, pero una vez que se ha desarrollado ya toda la actividad procesal.

Al formular su cuestión al TC, el tribunal deberá concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, el precepto constitucional que se supone infringido y especificar o justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión. Antes de someter la cuestión al TC, el órgano judicial civil ha de oír a las partes y al Ministerio Fiscal para que en el plazo común e improrrogable de diez días puedan alegar lo que deseen sobre la pertinencia de plantear la cuestión de inconstitucionalidad, o sobre el fondo de esta.

El planteamiento de la cuestión de constitucionalidad dará lugar a un proceso ante el Tribunal Constitucional. La cuestión podrá ser inadmitida de plano si el TC considera que faltaban las condiciones procesales para formularla o que la cuestión en sí es notoriamente infundada. Si la cuestión se admite, el proceso civil seguirá en suspenso hasta que el TC dicte sentencia. La sentencia del TC vinculará, por supuesto, al tribunal que formuló la cuestión prejudicial, pero también a cualquier otro: al fin y al cabo, si declara la inconstitucionalidad de la norma, el precepto habrá quedado expulsado del ordenamiento.

1.5. La cuestión prejudicial de Derecho de la Unión Europea

De modo similar, también está prevista la posibilidad de que un proceso civil quede en suspenso como consecuencia del planteamiento de una cuestión prejudicial de Derecho de la Unión Europea. En concreto, el art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea establece que será competencia exclusiva del Tribunal de Justicia de la UE pronunciarse, con carácter prejudicial, sobre dos cuestiones:

a) la interpretación de los Tratados (Derecho originario).

b) la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión (Derecho derivado).

El Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre esas cuestiones de oficio, sino porque los órganos judiciales nacionales de los Estados miembros le formulan cuestiones prejudiciales. Estas cuestiones no se plantean en abstracto, sino en relación con litigios concretos, si el tribunal nacional estima necesaria una decisión al respecto del Tribunal de Justicia de la UE para poder emitir su fallo. En algunos casos, la duda afecta de modo directo a una disposición del Derecho europeo originario o derivado, cuando es directamente aplicable al caso. Pero lo frecuente en la práctica es que el tribunal nacional deba aplicar una norma interna a un caso concreto y se plantee la compatibilidad de esa norma con el Derecho de la Unión, originario o derivado.

> Los jueces españoles han dado muestra de un alto nivel de *activismo* en los últimos años a la hora de plantear cuestiones prejudiciales al TJUE, especialmente en relación con la eficacia de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores. En algunos casos, las dudas eran sustantivas o materiales: v.g., ¿es conforme al Derecho de la UE la doctrina jurisprudencial en virtud de la cual los consumidores afectados por préstamos hipotecarios con cláusula suelo solo tenían derecho a la devolución de las cantidades indebidamente cobradas por las entidades bancarias a partir del 13 de mayo de 2013? En otros casos, en cambio, se han planteado dudas acerca de la compatibilidad con el Derecho de la UE de determinadas normas procesales: v.g., ¿es conforme con el Derecho de la UE la norma procesal española que no permite al deudor ejecutado oponerse a la ejecución de una hipoteca alegando que algunas cláusulas del contrato son abusivas?

Cuando la necesidad de contar con una interpretación «autorizada» del Derecho europeo se plantee en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal. En otro caso, el planteamiento de la cuestión será meramente facultativo.

En todo caso, el art. 4 bis LOPJ establece que, cuando un tribunal español decida plantear una cuestión prejudicial europea, lo hará de conformidad con la jurisprudencia del TJUE y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes. Lo resuelto por el TJUE, a su vez, vinculará al tribunal nacional que formuló la cuestión.

2. Los modos de terminación anormal del proceso

La Ley de Enjuiciamiento Civil considera que, como regla, la primera instancia del proceso civil de declaración debe concluir por medio de una sentencia en la que el tribunal, tras un debate contradictorio entre las partes, se pronuncie sobre el fondo de la controversia, tras formular los oportunos juicios de hecho y de derecho. Esta regla, sin embargo, presenta una serie de excepciones, que nos

colocan ante supuestos de terminación «anormal» del proceso; y esta «anomalía» puede derivar de dos elementos diversos: de un lado, puede suceder que el proceso termine sin sentencia, esto es, sin solución para la controversia; de otro, es también posible que el proceso concluya por sentencia, pero sin que la formación de la misma haya ido precedida de un debate contradictorio de las partes y de un auténtico juicio del tribunal. Como veremos seguidamente, buena parte de estos modos anormales de terminación del proceso son manifestación del poder de disposición de las partes sobre el objeto del proceso o sobre el proceso mismo.

La LEC se ocupa de ellos en los arts. 19 a 22, que abordan la renuncia, el allanamiento, el desistimiento, la transacción y la desaparición sobrevenida del interés, así como el abandono del proceso para someterse a arbitraje o su suspensión para someterse a mediación o a cualquier otro medio adecuado de solución de controversias – incluidos los casos de derivación a mediación o a MASC propuesta por el tribunal–.

Todos estos actos de disposición sobre el proceso o sobre su objeto podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia, o de los recursos o de la ejecución de sentencia, con una excepción: en el marco de un recurso de casación no serán posibles cuando ya se haya señalado día para la deliberación, votación y fallo del recurso.

2.1. La renuncia

La renuncia (arts. 19.1 y 20.1 LEC) es un acto del demandante por el que manifiesta su voluntad de no obtener la tutela solicitada. Como consecuencia de la renuncia, el tribunal debe dictar una sentencia absolutoria sobre el fondo, que tendrá fuerza de cosa juzgada material.

La renuncia es un acto de disposición, por lo que, para ser válida, debe recaer sobre materia disponible y no ser contraria al interés general o al orden público y no hacerse en perjuicio de tercero.

La renuncia puede producirse en cualquier momento del proceso –salvo que se esté en fase de recurso de casación y ya se haya señalado día para la deliberación votación y fallo del recurso–, ha de ser expresa y, si la formula el procurador, ha de tener poder especial para ello (art. 25.2 LEC).

La renuncia puede ser total o parcial. Solo cuando la renuncia es total procede la terminación anticipada del proceso. La renuncia parcial es posible cuando el proceso presenta una pluralidad de objetos o cuando la única pretensión ejercitada tiene una dimensión cuantitativa que le hace divisible

> Ejemplo 1. El actor dirigió demanda frente a A y frente a B solicitando que fueran condenados al pago de una deuda que habían contraído de forma mancomunada: el actor puede renunciar a su acción frente a A, pero mantener su acción frente a B.
>
> Ejemplo 2. El actor dirigió demanda frente a su deudor solicitando que fuera condenado al pago de 100.000: el actor, en este caso, puede renunciar a reclamar el pago de 30.000, manteniendo su acción por los 70.000 restantes.

En los casos de acumulación de acciones, la renuncia parcial (a una o a varias, pero no a todas) está sujeta a un límite: la renuncia no puede limitarse a una acción, si esta es prejudicial de la otra.

Ejemplo. No cabe renunciar a la acción de declarativa de parentesco, manteniendo la acción de condena a pagar alimentos con base en ese parentesco.

La renuncia, cuando es parcial, no provoca la terminación del proceso; pero sí que debe ser tenida en cuenta por el tribunal al dictar la sentencia, pues le vincula a la hora de fijar el contenido de la sentencia en los puntos objeto de renuncia.

El objeto de la renuncia (aquello a lo que renuncia el actor) puede ser doble: cabe renunciar a la acción ejercitada o cabe renunciar al derecho subjetivo privado cuya supuesta infracción ha motivado la incoación del proceso.

Si el actor renuncia al derecho subjetivo privado que afirma tener frente al demandado, dicho derecho se extingue como consecuencia de esa renuncia, lo que arrastra consigo a la acción ejercitada (derecho subjetivo público).

Ahora bien, también es posible que el actor sólo renuncie a su acción, esto es, al derecho subjetivo público ejercitado: en estos casos, es aún posible que subsista el derecho subjetivo privado en que se funda la acción, aunque desprovisto ya de toda posible protección jurisdiccional.

Las consecuencias de esta renuncia a la acción son diversas en función de los tipos de derechos que fundamentan las acciones:

— Acciones basadas en derechos reales: los derechos reales pueden servir de fundamento a múltiples acciones; así, con base en el derecho de propiedad puede ejercitarse una acción reivindicatoria o una acción declarativa del dominio. No puede dudarse de que la renuncia a la acción meramente declarativa del dominio no implica renuncia al derecho de propiedad en que se basa, pues el contenido de este es más amplio que el de aquella.

— Acciones basadas en derechos de crédito: en principio, cada crédito puede servir de fundamento solo a una acción. De ahí que la renuncia a la acción tenga como consecuencia que el derecho de crédito carece del respaldo de una acción, es decir, no habrá mecanismos jurisdiccionales para lograr su cumplimiento. Si se renuncia a obtener una tutela jurisdiccional consistente en que se condene a pagar una cantidad en concepto de capital e intereses en virtud de un contrato de préstamo, no se renuncia necesariamente al derecho subjetivo de crédito. Se sigue teniendo el derecho a que se devuelva el capital y los intereses, pero se carece de acción. Y si el deudor paga, no podrá luego reclamar por pago de lo indebido. Estas son las que se denominan *obligaciones naturales*.

En aquellos casos en que, en abstracto, es posible tanto la renuncia a la acción como la renuncia al derecho subjetivo privado, el demandante que renuncie tendrá la carga de precisar cuál es el objeto de su renuncia: de no hacerlo, ha de presumirse que renuncia al derecho subjetivo privado.

Con carácter general, la renuncia conduce a la imposición de las costas al actor (art. 395 LEC), dado que ha sido él quien ha provocado la existencia de un

proceso al que posteriormente él mismo decide poner fin forzando al tribunal a dictar una sentencia desestimatoria de su pretensión.

2.2. El allanamiento

El allanamiento (art. 21 LEC) es el acto del demandado por el que manifiesta su conformidad con la pretensión del actor y declara su voluntad de que se conceda al actor la tutela solicitada.

Como acto de disposición que es, el allanamiento precisa poder especial (si lo efectúa el procurador) y, para ser válido, debe recaer sobre materia disponible y no ser contrario al interés general o al orden público y no hacerse en perjuicio de tercero.

La consecuencia del allanamiento válido será que el tribunal deberá dictar sentencia condenatoria del demandado allanado, con fuerza de cosa juzgada.

El allanamiento puede ser total o parcial, en términos equivalentes a los expuestos en relación con la renuncia:

> — Si se ha ejercitado una acción, cabe el allanamiento parcial en caso de que tenga contenido cuantitativo.
>
> — Si hay varias acciones, cabe el allanamiento parcial siempre que el allanamiento de una de las pretensiones no prejuzgue a las demás.
>
> — En el caso de litisconsorcio necesario, el allanamiento solo será eficaz si lo manifiestan todos los litisconsortes.

Si se ha producido un allanamiento parcial, el proceso no terminará de forma anticipada, sino que seguirá adelante respecto de las pretensiones no afectadas por el allanamiento. No obstante, si lo pide el demandante, el tribunal habrá de dictar un auto acogiendo las pretensiones objeto de allanamiento, siempre que sean susceptibles de pronunciamiento separado: y este auto podrá ser objeto de ejecución forzosa, mientras continúa el proceso declarativo respecto de lo demás.

En caso de allanamiento durante el proceso, las costas se impondrán al demandado que se allana, en aplicación del principio del vencimiento (art. 395.2 LEC).

No obstante, si el demandado se allana *antes de contestar a la demanda*, no se le impondrán las costas, salvo que el tribunal aprecie mala fe en el demandado o abuso por su parte del servicio público de Justicia (art. 395.1 LEC).

> Este precepto pretende evitar la automática condena en costas de quienes encuentran en la demanda la primera reclamación formal del demandante respecto de ellos.

Y se entenderá que existe, en todo caso, mala fe si, antes de presentar la demanda, se hubiera requerido al demandado de forma fehaciente y justificada para que cumpliera la obligación, o cuando hubiera rechazado el acuerdo ofrecido o la participación en un medio adecuado de solución de controversias.

> En estos casos puede presumirse que el demandado ha abusado extraprocesalmente y ha forzado al actor a formular una demanda con la que después se allana: es razonable hacerle asumir los costes de un proceso forzado por él.

Por otro lado, la LOEP ha introducido un nuevo apartado 3 en el art. 395 LEC, en virtud del cual se condenará en costas a la parte demandada que no hubiera acudido, sin causa que lo justifique, a un medio adecuado de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo o así lo hubiera acordado el tribunal durante el proceso y luego se allane, salvo que el tribunal, en decisión debidamente motivada, aprecie circunstancias excepcionales para no imponérselas.

> No está muy claro el sentido de la norma, pues la regla de base que contiene ya se deduce de las reglas anteriores (hay condena en costas si el allanamiento se produce durante el curso del proceso, sin necesidad de especificar las circunstancia; y también la hay si el demandado se allana antes de contestar, en caso de no haber acudido a un MASC). Por eso, con el nuevo precepto o bien se trata de reforzar la regla de base y transmitir el mensaje de que no acudir a un MASC obligatorio tiene consecuencias en materia de costas; o bien, por el contrario, lo relevante es el inciso final, que permite al tribunal «escapar» de la regla general y liberar al demandado que se allane de la condena en costas, a pesar de haber desatendido el deber de acudir a un MASC, cuando el tribunal lo considere justificado.

2.3. El desistimiento

El desistimiento (art. 20.2 y 3 LEC) es la declaración del actor de su voluntad de que no prosiga el proceso iniciado por él y de que no se dicte resolución que se pronuncie sobre el objeto del proceso. La consecuencia de esta declaración de voluntad es el sobreseimiento, esto es, que se dicte resolución final sin pronunciamiento sobre el objeto del proceso y, por tanto, sin fuerza de cosa juzgada material: por ello, el demandante podrá en un momento posterior reiterar su demanda frente al mismo demandado.

El desistimiento no siempre es eficaz por la simple decisión unilateral del actor: el demandado, a partir de un determinado momento, puede tener interés en que se dicte sentencia sobre el fondo, en especial cuando ya ha hecho una serie de esfuerzos y gastos tendentes a su definitiva absolución con fuerza de cosa juzgada material. Por eso, a partir de un determinado momento, es preciso tener en cuenta la voluntad del demandado, lo que permite hablar en estos casos de «bilateralidad» del desistimiento.

Será directamente eficaz el desistimiento unilateral del actor hasta que el demandado sea emplazado para contestar a la demanda. También cabe el desistimiento unilateral, en cualquier momento, si el demandado se encuentra en rebeldía. En todos estos casos, la simple manifestación de su desistimiento por el actor determina el deber del tribunal de sobreseer el proceso, sin dar audiencia al demandado.

Tras el emplazamiento del demandado, la dinámica del desistimiento es distinta, pues del escrito de desistimiento del actor se dará traslado al demandado por un plazo de diez días:

— Si el demandado presta su conformidad o no se opone, el Letrado de la A. de J. dictará decreto de sobreseimiento.

— El demandado, no obstante, puede también oponerse al desistimiento, acreditando que posee un interés legítimo en que el proceso continúe y concluya con sentencia: en este caso, el juez resolverá lo que estime oportuno (puede, en consecuencia, acceder a la petición de desistimiento, aunque se haya opuesto el demandado; pero también puede rechazarla).

En materia de costas, el art. 396 LEC establece que si el desistimiento es unilateral se imponen las costas al actor y que si se produce con consentimiento del demandado no se imponen las costas a ninguno.

> Lo que no aclara la ley es lo que sucede si se produce sin el consentimiento del demandado: lo razonable es que el juez decida en cada caso concreto en función de las causas aducidas por el demandado para oponerse al desistimiento, pues una solución generalizada podría tener efectos perjudiciales (si nunca se pudieran imponer las costas al actor el resultado podría ser injusto para el demandado; pero si se le impusieran siempre al actor, es evidente que el demandado podría tener un incentivo para oponerse, a pesar de que pudiera convenirle este desenlace del proceso).

El desistimiento también es posible durante la tramitación de un recurso, pero sus consecuencias son diferentes: quien desiste en fase de recurso desiste del recurso interpuesto, lo que comportará de ordinario la firmeza de la resolución recurrida –a no ser que se hubiera formulada frente a ella recurso por alguna otra de las partes. Ya se ha señalado, además, que no es posible desistir del recurso de casación una vez que ya se ha señalado el día para la deliberación, votación y fallo.

2.4. La transacción

El art. 1809 CC define la transacción como el contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación del pleito o ponen término al pleito ya comenzado. De acuerdo con esta norma se distinguen dos tipos de transacción:

— Una transacción previa al proceso y que tiende a evitarlo.

> La transacción previa es un resultado al que puede llegarse de varias maneras: la negociación sin más entre las partes, pero también un procedimiento más formalizado de mediación.

— Una transacción realizada pendiente el proceso y que sirve para ponerle fin: esta es la que nos interesa ahora, en la medida en que provoca una terminación anormal del proceso civil pendiente. Si las partes llegan a un acuerdo sobre lo que es objeto de la controversia, será ese acuerdo el que determine la solución del conflicto, lo que hará innecesaria la continuación del proceso y, sobre todo, que el tribunal dicte sentencia.

En el ámbito del proceso civil, los arts. 19.2 y 19.3 LEC permiten efectuar una distinción más precisa entre transacción judicial y transacción extrajudicial.

a) Es extrajudicial la transacción que se negocia al margen del proceso y cuyo contenido ni se pone en conocimiento del tribunal, ni se somete a su homologación: en estos casos, las partes se limitarán a comunicar al tribunal que han llegado a una transacción, lo que determinará la conclusión inmediata del proceso, sin mayores especialidades y sin sentencia sobre el fondo –se tratará, pues, de un sobreseimiento.

b) La transacción es judicial cuando su contenido se pone en conocimiento del tribunal que conoce del proceso y se somete a su homologación: en este caso, el tribunal, si la considera admisible (por no vulnerar el orden público ni los derechos de terceros), dictará un auto homologándola y decretará igualmente la terminación inmediata del proceso, ordenando su sobreseimiento. Ahora bien, la homologación del tribunal otorga al acuerdo transaccional una eficacia especial: la transacción tendrá fuerza ejecutiva, de modo que, en caso de que una de las partes incumpla aquello a lo que se obligó, la contraria podrá acudir directamente al proceso de ejecución forzosa, sin tener que pasar por un previo proceso de declaración.

La LEC admite la transacción (judicial) en cualquier momento del proceso; es más, en el marco del juicio ordinario se promoverá por el tribunal la transacción de las partes tanto al comienzo como al final de la audiencia previa al juicio; lo mismo se hará durante la vista del juicio verbal.

Además, en todo momento pueden pedir las partes al tribunal que suspenda el proceso para someterse a un procedimiento de mediación o a otro medio adecuado de solución de controversias que permita igualmente llegar a una solución del litigio acordada entre ellas. Igualmente puede ser el propio tribunal (el juez o el Letrado de la A. de J., según el momento y el contexto) quien sugiera a las partes derivar la solución de la controversia a una mediación u otro tipo de MASC, si se considera procedente en función de las circunstancias del caso, especialmente cuando no hubiera sido posible llevar la actividad negociadora con carácter previo al proceso. Para que esta derivación sea operativa será precisa la conformidad de las partes. Si la mediación o el MASC culminan con un acuerdo, las partes habrán de comunicárselo al tribunal, para que sobresea el proceso; si así se le pide, el tribunal podrá homologarlo, para dotarlo de fuerza ejecutiva. En caso de que la mediación o el MASC no tengan éxito, cualquiera de las partes podrá pedir al tribunal la reanudación del proceso.

> Existen reglas especiales cuando esta derivación a mediación se produce en el marco de la audiencia previa del juicio ordinario (art. 429.2) o de la vista del juicio verbal (art. 443.2), con el objetivo de fijar un plazo a la negociación –y a la suspensión del proceso. En todo caso, si las

2.5. La caducidad de la instancia

La caducidad de la instancia (arts. 237 a 240 LEC) supone la terminación del proceso en caso de que transcurran ciertos períodos de tiempo sin que se registre ninguna actuación procesal. Se parte de la idea de que la pendencia de un proceso civil no puede prolongarse indefinidamente, porque ello produciría graves trastornos para la Administración de Justicia.

De acuerdo con el art. 237 LEC se producirá la caducidad de la instancia si no se registra actividad procesal alguna en el plazo de dos años, cuando el proceso se hallare en primera instancia, o de un año, cuando se halle en segunda instancia o en vía de recurso extraordinario y siempre que la paralización no se deba a fuerza mayor o a cualquier causa que no sea imputable a las partes.

En el proceso civil rige el impulso procesal de oficio, por lo que parece que la caducidad nunca se producirá; al fin y al cabo, el impulso de oficio debería impedir una paralización de las actuaciones. Sin embargo, lo anterior no es del todo cierto. Según los arts. 19.4, 19.5 y 179 LEC, las partes pueden solicitar (y obtener) que el juez acuerde la paralización temporal del proceso por un plazo máximo de sesenta días (sobre todo, con la finalidad de negociar o de explorar un MASC): agotado el periodo de suspensión acordada, sin embargo, la reanudación del proceso no es automática, sino que solo se producirá si alguna de las partes la solicita. Por ello, si ninguna de las partes pide al tribunal la reanudación del proceso paralizado, en los cinco días siguientes a aquel en que finaliza el periodo de suspensión concedida el tribunal decretará el archivo provisional de los autos. En tales casos, cabe que, con el paso adicional del tiempo, se produzca la caducidad de la instancia.

El efecto de la caducidad de la instancia es la terminación del proceso, pero sus consecuencias son distintas según en qué fase se encuentre ese proceso:

— Si el proceso se encuentra en primera instancia, tiene el mismo efecto que un desistimiento y deja abierta la posibilidad de interponer nueva demanda sobre el mismo objeto.

— Si se produce en segunda instancia o pendiente un recurso extraordinario, se tiene por firme la resolución recurrida.

En caso de terminación del proceso por caducidad de la instancia no se impondrán las costas a ningún litigante.

> Los apartados 3, 4 y 5 del art. 179 LEC, introducidos por el Real Decreto-ley 5/2023, han dado cabida a un sistema de suspensión del proceso por la concurrencia de ciertas circunstancias que afecten al abogado (fallecimiento, accidente o enfermedad grave de cónyuge o de parientes, por accidente o enfermedad propia, por nacimiento y cuidado de menor). Este tipo de situaciones, sin embargo, no pueden ser el detonante de una paralización del proceso que pueda desembocar en la caducidad de la instancia, sino que se trata de normas que buscan una mejor conciliación entre la vida personal y profesional de los abogados.

2.6. Satisfacción extraprocesal y desaparición sobrevenida del interés legítimo

El art. 22 LEC se ocupa de la eficacia que, sobre el proceso, pueden tener ciertos acontecimientos sobrevenidos con posterioridad a su incoación. Es posible, en efecto, que una vez interpuesta la demanda se produzcan ciertos hechos que priven al demandante del interés legítimo en obtener la tutela que ha solicitado del tribunal. Si se recuerda, el interés legítimo es una de las condiciones de la acción (= uno de los requisitos para tener derecho a una sentencia favorable) y se identifica con la necesidad de acudir al proceso para solucionar la controversia jurídica. Si desaparece el interés, el proceso ya no es necesario y debe ponérsele fin de manera inmediata.

La ley distingue dos grandes bloques de supuestos en que se puede entender producida esta desaparición sobrevenida del interés legítimo:

— De un lado, cuando se produce la llamada «satisfacción extraprocesal de la pretensión», esto es, cuando el actor obtiene, al margen del proceso y de las decisiones del tribunal, aquello a lo que aspiraba a través de su demanda.

> Ejemplo: el demandado paga al demandante la cantidad reclamada en la demanda o pone en su posesión la cosa objeto de la acción reivindicatoria.

— De otro lado, también es posible que desaparezca el interés y que el proceso deje de ser necesario sin que el demandante haya visto satisfechas sus pretensiones.

> Los ejemplos aquí pueden ser muy variados: cuando desaparece la cosa objeto de la acción reivindicatoria, si de esa desaparición no es responsable el demandado (art. 1182 CC); o cuando fallece uno de los cónyuges, en caso de que se esté ejercitando una acción de divorcio (art. 88 CC).

En cuanto se constate la existencia de un acontecimiento que haya provocado la desaparición del interés legítimo del demandante, se pondrá de manifiesto esta circunstancia ante el tribunal. En la práctica, lo normal será que el demandado solicite la terminación del proceso, aunque no cabe descartar que lo haga el actor. Si las dos partes están de acuerdo, el Letrado de la A. de J. pondrá fin al proceso por medio de un decreto, pero sin que proceda la condena en costas. Si alguna de las partes mantiene la subsistencia del interés legítimo en obtener la tutela pretendida, el Letrado de la A. de J. convocará a las partes a una comparecencia ante el juez para debatir sobre esta cuestión. Terminada la comparecencia, el tribunal decidirá mediante auto si debe o no continuar el juicio, con imposición de costas a quien viere rechazada su pretensión. El auto que resuelva sobre esta cuestión será recurrible en apelación.

> Es posible, de forma especial, que el interés legítimo alegado para continuar con el proceso se circunscriba a la satisfacción de las costas causadas: el litigante que ha visto satisfecha extraprocesalmente su pretensión en cuanto al fondo aspira al reembolso de las costas y no se conforma con una terminación sin más del proceso. Cuando ese sea el motivo aducido, se dará audiencia a la otra parte y el tribunal acordará en todo caso la terminación del proceso, aunque podrá

condenar en costas conforme a los criterios del art. 395 LEC –es decir, usando las reglas sobre costas del allanamiento.

2.7. Sobreseimiento del proceso por otras causas

Al margen de los casos anteriores, hay que tener en cuenta que la LEC también contempla otros supuestos en los que el proceso termina de forma anormal, esto es, sin sentencia (a través de un auto de sobreseimiento). Esto sucede, al menos, en los supuestos siguientes:

— Cuando el tribunal estima la declinatoria (salvo que lo haga por falta de competencia territorial, en cuyo caso remitirá las actuaciones sin más al tribunal competente).

— Cuando el tribunal estima alguna excepción procesal, en el marco de la audiencia previa al juicio (juicio ordinario) o en el trámite del art. 438.10 (juicio verbal).

— Cuando las partes, durante la pendencia del proceso, someten la controversia a arbitraje y solicitan al tribunal que decrete en consecuencia el sobreseimiento del proceso (se trata, en el fondo, de un supuesto especial de desistimiento pactado).

LECCIÓN 26

EL RECURSO DE APELACIÓN Y LA SEGUNDA INSTANCIA

1. Cuestiones generales: la segunda instancia civil y el recurso de apelación. — 2. Alegaciones en segunda instancia: determinación del objeto del proceso en segunda instancia. — 3. La prueba en segunda instancia. — 4. Tramitación de la segunda instancia. — 5. La sentencia: congruencia y prohibición de *reformatio in peius*.

1. CUESTIONES GENERALES: LA SEGUNDA INSTANCIA CIVIL Y EL RECURSO DE APELACIÓN

La segunda instancia es la serie o sucesión de actos que, con la finalidad de dictar una nueva sentencia sobre un caso, se desarrollan ante un tribunal de categoría superior a aquel ante el que se suscitó por primera vez ese mismo caso. Su regulación la efectúan los arts. 455 a 467 LEC.

Con carácter general, se suele admitir en la mayoría de los ordenamientos, como en el nuestro, que los asuntos civiles se resuelvan tras un posible doble examen a cargo de dos órganos jurisdiccionales distintos y de distinta categoría. Esta opción se funda en la conciencia de la falibilidad humana, que permite concebir como posible que una sentencia judicial sea errónea o equivocada.

Apelación y segunda instancia no son términos sinónimos. La segunda instancia siempre comienza por medio de un recurso de apelación, pero no todo recurso de apelación abre la segunda instancia: la segunda instancia solo se abre por medio de recurso de apelación frente a la sentencia –o auto– que haya puesto fin a la primera instancia, esto es, frente a resoluciones definitivas.

> Como se recordará, las resoluciones pueden ser definitivas –ponen fin al proceso– o interlocutorias –se dictan en el marco del proceso, pero no le ponen fin–. La regla general en nuestro sistema procesal civil es que frente a las resoluciones interlocutorias solo cabe el recurso de reposición (no devolutivo), para no entorpecer el desarrollo de la instancia con apelaciones que obligarían a paralizarlo constantemente. Solo cuando la ley expresamente lo prevea cabrá formular una apelación frente a una resolución interlocutoria, que no abrirá en sentido propio una segunda instancia. Así sucede, por ejemplo, con el auto que acuerda la suspensión del proceso civil por prejudicialidad civil en virtud del art. 43 LEC.

El recurso de apelación que abre la segunda instancia y conforme al cual se tramita la segunda instancia presenta una serie de características definitorias:

— Es un recurso devolutivo: esto significa que ha de ser resuelto por un tribunal distinto y jerárquicamente superior de aquel que dictó la resolución recurrida. Se suele denominar tribunal *a quo* al que dictó la sentencia impugnada, y tribunal *ad quem* al que ostenta la competencia funcional para resolver el recurso.

> En concreto, y según es sabido, si la sentencia de primera instancia la dictó un juez de alguna de las Secciones del Tribunal de Instancia, la competencia funcional para resolver el recurso de apelación corresponde a la Audiencia Provincial. En los excepcionales supuestos en que la sentencia de primera instancia ha sido dictada por un Juez de Paz, debería resolver la apelación la Sección Civil (o Única) del Tribunal de Instancia del partido judicial: ocurre, sin embargo, que las sentencias dictadas en asuntos de cuantía inferior a 3000 euros no son apelables, lo que excluye directamente a las dictadas por los Jueces de Paz.
>
> Debe notarse igualmente que el art. 82 bis.3 LOPJ establece la necesidad de crear secciones especializadas en las Audiencias Provinciales encargadas de conocer de los recursos frente a las resoluciones dictadas en primera instancia por las Secciones de lo Mercantil, cuando haya más de cinco plazas en la provincia. También es posible especializar secciones de las Audiencias Provinciales para otras materias propias de las Secciones Civiles.

— El recurso de apelación tiene, en principio, carácter suspensivo: sin embargo, la LEC ha establecido un régimen muy amplio de ejecución provisional de las sentencias definitivas de condena, de modo que el recurso ya no puede utilizarse como subterfugio para retrasar el cumplimiento de lo debido.

— El recurso de apelación es un recurso ordinario: en consecuencia, podrá impugnarse la sentencia en apelación aduciendo cualquier defecto o incorrección que se aprecie en ella.

— Como excepción a la regla general de recurribilidad, no habrá recurso de apelación frente a las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando esta no supere los 3.000 euros.

En casos especiales, además, el derecho a recurrir se encuentra supeditado a ciertas condiciones, en los términos establecidos por el art. 449 LEC:

> 1. En los procesos que lleven aparejado el lanzamiento (p.ej., un proceso de desahucio), no se admitirán al demandado los recursos de apelación o casación si, al interponerlos, no acredita tener satisfechas las rentas vencidas y las que con arreglo al contrato deba pagar adelantadas. Estos recursos, además, se declararán desiertos, cualquiera que sea el estado en que se hallen, si durante la sustanciación de los mismos el demandado recurrente dejare de pagar los plazos que venzan o los que deba adelantar.
>
> 2. En los procesos en que se pretenda la condena a indemnizar los daños y perjuicios derivados de la circulación de vehículos de motor no se admitirán al condenado a pagar la indemnización los recursos de apelación o casación, si, al interponerlos, no acredita haber constituido depósito del importe de la condena más los intereses y recargos exigibles en el establecimiento destinado al efecto.
>
> 3. En los procesos en que se pretenda la condena al pago de las cantidades debidas por un propietario a la comunidad de vecinos, no se admitirá al condenado el recurso de apelación o casación si, al interponerlos, no acredita tener satisfecha o consignada la cantidad líquida a que se contrae la sentencia condenatoria.

En el ordenamiento procesal civil español la segunda instancia no está construida como un nuevo proceso (*novum iudicium*), desvinculado de la primera

instancia, en el que puedan plantearse cualquier tipo de pretensiones y practicarse cualquier tipo de pruebas. De forma diversa, la segunda instancia en nuestro proceso civil está diseñada como un nuevo debate sobre lo que ya fue objeto de la primera instancia (*revisio prioris instantiae*), aunque mediatizado por el contenido de la sentencia que se recurre: las partes pueden sostener en segunda instancia las mismas pretensiones que sostuvieron en la primera –y no otras–, solo que lo hacen a la luz de la sentencia de primera instancia. En consecuencia, el tribunal de segunda instancia está llamado a revisar el juicio/sentencia de la primera instancia, tanto en sus aspectos fácticos como jurídicos, pero, de ordinario, solo sobre la base de los materiales de la primera instancia y sin que quepa un sustancial cambio de planteamiento del caso.

> Ejemplo. A interpuso demanda frente a B solicitando que fuera condenado a pagarle una cantidad de dinero. El juez de la primera instancia dicta sentencia por la que absuelve a B. Durante la segunda instancia, la pretensión de A sigue siendo la de obtener la condena de B, para lo cual tiene que demostrar que la sentencia absolutoria es incorrecta.

Debe señalarse, también en el plano de lo general, que en segunda instancia sigue rigiendo el principio dispositivo. Por eso, es posible que las partes lleguen a algún pacto o transacción, que deje sin efecto el recurso y la propia sentencia de instancia impugnada. También puede allanarse la parte recurrida, lo que determinará la estimación sin más del recurso, en los términos planteados por el recurrente. Y, a la inversa, puede el recurrente desistir de su recurso, lo que determinará que cobre firmeza la sentencia dictada en primera instancia –con una excepción: no se podrá desistir del recurso de casación una vez se haya señalado la fecha para su deliberación, votación y fallo.

2. LAS ALEGACIONES EN SEGUNDA INSTANCIA

La segunda instancia se concibe, según se ha dicho, como un nuevo debate contradictorio destinado a convencer al tribunal *ad quem* de que debe revocar la sentencia recurrida y sustituirla por otra que acoja las pretensiones sostenidas por el recurrente en la primera instancia. En consecuencia, se puede distinguir en ella una actividad alegatoria y una posterior actividad probatoria.

En cuanto a las alegaciones, sirven para definir las pretensiones de las partes, que en segunda instancia ocuparán una de estas dos posiciones: apelante/recurrente o apelada/recurrida. Y nótese que las posiciones activa y pasiva durante la segunda instancia no se corresponden necesariamente con las de la primera instancia (si la sentencia recurrida estimó la acción del demandante, será recurrente o apelante el demandado condenado).

Las alegaciones de las partes definen el objeto de la segunda instancia, sobre la base de lo que fue objeto de la primera instancia (*tantum devolutum quantum appellatum*). Esto significa que, en segunda instancia, cada una de las partes podrá pretender lo mismo que en la primera y con apoyo en los mismos argumentos de hecho y de derecho que hizo valer en la primera. La pretensión de quien recurre es

siempre la de que la Audiencia Provincial revoque la sentencia dictada en primera instancia y la sustituya por otra favorable a su posición jurídica, en la que acoja su pretensión de primera instancia. Lo único que puede ocurrir es que el objeto de la segunda instancia sea más reducido que el de la primera: esto sucederá cuando no se hayan impugnado todos los pronunciamientos de la sentencia de primera instancia; en tal caso, el tribunal de segunda instancia solo podrá revocar y sustituir por otros los pronunciamientos impugnados, pues los no impugnados son firmes e intangibles.

2.1. Alegaciones de la parte apelante

Quien apela la sentencia y provoca el comienzo de la segunda instancia es quien se considera perjudicado por la sentencia de primera instancia, en la medida en que no acogió sus pretensiones (ya sea su acción, si fue el demandante; o bien sus excepciones, si fue el demandado). Pues bien, teniendo en cuenta todo lo que se ha dicho hasta ahora, su actividad alegatoria en la segunda instancia irá dirigida a conseguir una doble meta:

1º. De un lado, convencer al tribunal de segunda instancia de que la sentencia de primera instancia es incorrecta y debe, en consecuencia, ser revocada. Para ello, podrá aducir cualquier razón que considere concurrente, aunque cabe reconducir los posibles vicios de la sentencia a alguna de estas tres categorías:

a) El apelante puede sostener que la sentencia debe ser revocada porque el tribunal ha efectuado una incorrecta reconstrucción de los hechos: el juez de la primera instancia fijó como ciertos hechos que no lo son, o como inciertos hechos que se consideran ciertos; se somete a crítica, por tanto, el juicio de hecho de la sentencia recurrida, denunciando una incorrecta valoración de la prueba.

b) El apelante puede sostener que la sentencia debe ser revocada porque el tribunal ha efectuado una incorrecta aplicación del ordenamiento jurídico al caso controvertido: *v.g.*, el juez de la primera instancia no aplicó la norma que era aplicable, no calificó correctamente los hechos o no la interpretó de forma correcta.

c) El apelante puede sostener que la sentencia debe ser revocada porque se ha cometido una infracción procesal durante la primera instancia, esto es, porque el contenido de la sentencia está viciado por la infracción de una norma procesal. En concreto, la infracción procesal puede haberse cometido:

> — Durante la tramitación de la primera instancia: *v.g.*, porque el tribunal se consideró competente para conocer del asunto, a pesar de no serlo; o porque consideró, erróneamente, que el demandante tiene capacidad procesal. En estos casos, es imprescindible, para poder fundar el recurso en la infracción procesal, que el recurrente no haya «consentido» la infracción procesal en el momento en que se cometió: es necesario que haya recurrido en reposición la resolución en que se consumara la infracción procesal o que haya formulado protesta frente a ella, si fuera irrecurrible.

— En la propia sentencia: *v.g.*, porque no se han aplicado correctamente las normas sobre carga de la prueba o sobre congruencia de las sentencias (las normas procesales reguladoras de la sentencia).

2º. De otro lado, y una vez sentada la incorrección de la sentencia de primera instancia, el recurrente debe formular las alegaciones dirigidas a obtener del tribunal *ad quem* una sentencia que acoja las pretensiones sostenidas en la primera instancia: esto es, y desde la óptica del recurrente, se le pide a la Audiencia Provincial que dicte la sentencia que debería haber dictado el juez de la primera instancia si no hubiera incurrido en alguno de los defectos descritos. Ahora bien, y según lo que ya se ha dicho, el recurrente solo puede fundar esta pretensión en los fundamentos de hecho y de derecho que ya adujo válidamente (es decir, en tiempo y forma) durante la primera instancia.

2.2. Alegaciones de la parte apelada

Frente a las alegaciones del apelante, la parte apelada –esto es, quien no interpuso el recurso de apelación frente a la sentencia– puede adoptar una triple actitud.

1º. En primer término, puede adoptar una actitud pasiva, de ausencia de reacción, que no acarrea especiales consecuencias.

2º. Puede también oponerse a la apelación: sus alegaciones, en tal caso, irán dirigidas a pedir a la Audiencia Provincial que confirme la sentencia recurrida, en la medida en que no ha incurrido en ninguno de los defectos que le atribuye el apelante. La parte apelada que se opone a la apelación, por tanto, «defiende» la sentencia de primera instancia (cabe suponer que porque le beneficia totalmente o en parte –pero suficiente a su juicio–).

3º. Puede, finalmente, impugnar también ella la sentencia (o, como también se dice, «adherirse» a la apelación). En efecto, es habitual que la sentencia de primera instancia haya causado perjuicio a ambas partes, porque ha sido parcialmente estimatoria/desestimatoria. En estos casos ambas partes podrían desde un principio interponer cada una su propio recurso de apelación, que acabarán acumulándose en una tramitación única, para ser resueltos en la misma sentencia. Pero también es posible que el recurso de apelación solo lo haya interpuesto inicialmente una de las partes, pues la otra, aunque perjudicada, se conforma con la estimación o desestimación parcial: en este tipo de situación, la parte apelada puede aprovechar su escrito de toma de posición frente a la apelación para impugnar también ella la sentencia en lo que le perjudica.

Se trata, como se puede apreciar, de una segunda oportunidad para apelar que se ofrece a quien inicialmente no recurrió y que tiene como fundamento la evitación de apelaciones «preventivas»: si no se previera esta posibilidad de adhesión o impugnación posterior, es posible que todos los litigantes apelaran las sentencias «por si acaso», pues si solo apelara la parte contraria sería esta la única potencial beneficiaria del recurso, mientras que la posición de quien no apeló solo podría verse empeorada o, a lo sumo, mantenerse.

Debe tenerse en cuenta, además, que la apelación «adhesiva» que permite la ley no es una apelación «supeditada»: si el apelante inicial desiste de su recurso no decae la apelación adhesiva, sino que el recurso se mantiene para resolverla.

3. LA PRUEBA EN SEGUNDA INSTANCIA

A través del recurso de apelación se pide al tribunal que revoque la sentencia impugnada y la sustituya por otra en que acoja la pretensión del recurrente: y para ello, la Audiencia Provincial debe formular, a su vez, sus propios juicios de hecho y de derecho en relación con las alegaciones de las partes (recuérdese, especialmente, que el recurso de apelación puede fundarse en la denuncia de una incorrecta formulación del juicio de hecho en la sentencia de primera instancia).

Pues bien, la regla general es la de que el tribunal de segunda instancia no practicará de nuevo las pruebas, sino que fundará sus decisiones en relación con los hechos controvertidos sobre la base de las pruebas practicadas en la primera instancia (de ahí la importancia de la documentación o grabación de los actos probatorios).

No obstante, esta regla general presenta varias excepciones, contempladas en el art. 460 LEC, que contempla los casos en que pueden practicarse pruebas en segunda instancia:

a) Se pueden aportar en segunda instancia los documentos que se encuentren en alguno de los casos previstos en el art. 270 y que no hayan podido aportarse en la primera instancia.

> Recuérdese (lección 22) que la parte que no puede aportar documentos con sus escritos de alegaciones iniciales puede identificarlos y anunciar que los aportará cuando disponga de ellos (algo que puede suceder durante el curso de la primera instancia, pero también cuando el proceso ya está en segunda instancia, dado que no depende de la voluntad del litigante).

b) Se puede solicitar y obtener la práctica de las siguientes pruebas:

> 1ª. Las pruebas que hubieren sido indebidamente denegadas en la primera instancia, siempre que se hubiere formulado recurso de reposición de la resolución denegatoria en el propio acto de la audiencia previa o de la vista y se hubiere formulado la oportuna protesta frente a su desestimación, también ese momento.
>
> 2ª. Las pruebas propuestas y admitidas en la primera instancia que, por cualquier causa no imputable al que las hubiere solicitado, no hubieren podido practicarse, ni siquiera como diligencias finales.
>
> 3ª. Las pruebas que se refieran a hechos de relevancia para la decisión del pleito que sean nuevos o de nueva noticia.

c) El demandado declarado en rebeldía que, por cualquier causa que no le sea imputable, se hubiere personado en los autos después del momento establecido

para proponer la prueba en la primera instancia podrá pedir en la segunda que se practique toda la prueba que convenga a su derecho.

4. La tramitación de la segunda instancia

1º. Interposición del recurso

El recurso de apelación que abre la segunda instancia se ha de interponer en el plazo de 20 días siguientes a la notificación de la resolución impugnada, por medio de escrito presentado ante la Audiencia Provincial. Al escrito de interposición habrá que acompañar copia de la resolución que se recurre y en él se habrán de expresar las razones o fundamentos en que se base su impugnación.

Recibido el escrito de interposición, el Letrado de la A. de J. habrá de informar de inmediato al tribunal *a quo* (el que dictó la resolución recurrida) de la interposición del recurso y de la parte que lo haya hecho, y en un máximo de tres días le requerirá para que le envíe las actuaciones.

El Letrado de la A. de J. del tribunal *a quo* remitirá los autos y emplazará a las partes no recurrentes para que comparezcan ante la Audiencia Provincial en el plazo de diez días.

2º. Admisión

Recibido el escrito de interposición, el tribunal debe limitarse a comprobar si concurre el requisito de plazo, si la resolución es recurrible y si se han respetado las exigencias adicionales que la ley impone en ciertos asuntos. En consecuencia, puede:

— Inadmitir el recurso: si no se han observado esos requisitos, el tribunal dictará auto inadmitiendo a trámite el recurso y acordando la devolución de las actuaciones al tribunal *a quo*; contra este auto no cabe recurso alguno.

— Admitir el recurso: Si la resolución impugnada fuera apelable y el recurso se hubiera interpuesto dentro de plazo, el Letrado de la A. de J. tendrá por interpuesto el recurso.

Contra la decisión de admitir la apelación no cabe recurso, pero la parte recurrida podrá alegar la inadmisibilidad de la apelación en la oposición al recurso.

3º. Oposición al recurso e impugnación de la sentencia

Del escrito de interposición se debe dar traslado a las demás partes, que en el plazo de diez días pueden:

— Presentar escrito de oposición a la apelación.

— Presentar escrito de impugnación de la resolución apelada en aquellos pronunciamientos que le resulten perjudiciales (adhesión a la apelación). En este caso, el recurrido se convierte, a la vez, en recurrente. De este escrito debe darse traslado al apelante principal para que, en el plazo de diez días, manifieste lo que tenga por conveniente.

Los documentos que pretenda aportar la parte apelada deben acompañarse a este escrito, en el que, dado el caso, se solicitará la práctica de pruebas, si se dan las condiciones antes descritas.

4º. Admisión de documentos y pruebas y posible celebración de vista

El tribunal debe decidir a continuación si admite o no los documentos aportados junto con los escritos de interposición y de oposición o impugnación, así como si admite las pruebas que se hayan propuesto.

A partir de ese momento la tramitación puede ser distinta según que se celebre o no vista ante él:

a) Sin vista

Si no se ha propuesto prueba o si toda la propuesta ha sido inadmitida, el tribunal acordará la no celebración de vista. En tal caso, se dictará sentencia en el plazo de un mes desde el día siguiente a aquel en el que se hubieran recibido los escritos de oposición o impugnación de la parte apelada.

b) Con vista

La Audiencia debe acordar la celebración de una vista oral:

— Cuando se hubiere propuesto y admitido la práctica de alguna prueba, de modo que pueda practicarse con inmediación.

— Cuando, pese a que no se haya propuesto y admitido ninguna prueba, el tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere necesaria la celebración de la vista.

La decisión sobre la celebración de la vista tiene que adoptarse dentro de los diez días siguientes a la recepción del escrito de oposición y/o de impugnación, y la vista se celebrará dentro del mes siguiente, con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. La sentencia se dictará en los diez días siguientes a la terminación de la vista.

5. La sentencia de segunda instancia

A la hora de dictar sentencia, el tribunal debe analizar si la impugnación se ha basado o no en la infracción de normas y garantías procesales, o bien en otros motivos.

1º. Si la impugnación no se fundó en infracción procesal alguna, entonces el tribunal habrá de dictar una sentencia en la que decidirá si confirma o si revoca, total o parcialmente, la sentencia recurrida. En caso de que revoque la sentencia recurrida, deberá dictar en su lugar una nueva sentencia.

Ahora bien, en cualquiera de los casos –confirmación o revocación– la sentencia de segunda instancia sustituye a la de primera instancia.

2º. Si la apelación se fundó, exclusivamente o no, en la infracción de alguna norma o garantía procesal, entonces hay que hacer una serie de distinciones:

a) Si el tribunal considera que no concurre la infracción procesal denunciada, analizará en su caso si concurren los demás defectos que pudieran

haberse achacado a la sentencia y dictará la sentencia que corresponde, según lo que se ha visto antes.

b) Si el tribunal considera que concurre la infracción procesal, su proceder será diferente en función del tipo de infracción de que se trate:

— Si el tribunal estima que se ha cometido una infracción procesal en la sentencia (*v.g.*, considera que la sentencia es incongruente) revocará la sentencia impugnada y dictará otra sentencia ajustada a Derecho.

— En cambio, si el tribunal considera que se ha cometido una infracción procesal durante la tramitación de la primera instancia, el tribunal declarará la nulidad de las actuaciones y repondrá el proceso al momento en que se encontrasen cuando se produjo la infracción, es decir, mandará volver a la primera instancia, para que a partir de ese momento prosiga de nuevo la tramitación. En estos casos, por tanto, la primera instancia se reanudará allí donde se incurrió en nulidad, de modo que volverá a dictarse una sentencia que, a su vez, podría volver a ser recurrida.

Eso sí, debe tenerse en cuenta que algunas infracciones procesales pueden subsanarse durante la tramitación de la segunda instancia. Esto es lo que sucede, por ejemplo, si el apelante considera que el juez de la primera instancia debió haber admitido una prueba pero este la rechazó; si se pide en segunda instancia que se practique esa prueba y la Audiencia Provincial la admite, el defecto habrá quedado corregido y no será preciso anular las actuaciones.

— En cambio, si el tribunal considera que se ha cometido una infracción procesal que determina la nulidad radical de todo el proceso (v.g., la falta de jurisdicción o de competencia objetiva), se limitará en sentencia a declarar la nulidad de las actuaciones sin más. Será carga del demandante inicial volver a incoar el proceso como y ante quien corresponda.

En cualquiera de los casos, la sentencia de segunda instancia debe ser exhaustiva y congruente con lo que fue objeto de la segunda instancia, dado que aquí también rige el principio dispositivo.

Ahora bien, además de los anteriores, se añade un requisito a la sentencia de segunda instancia: la prohibición de *reformatio in peius*. La sentencia de segunda instancia no puede ser más gravosa para el apelante que la sentencia de primera instancia, es decir, no puede colocar al apelante en una situación peor que la que le provocó la sentencia apelada. Esta prohibición, sin embargo, no será aplicable en el caso de que la otra parte también hubiere impugnado la sentencia: en ese caso, la estimación de las pretensiones de una de las partes necesariamente perjudicará a la otra. Esta es la explicación, según se apuntó antes, de que se admita la adhesión a la apelación.

LECCIÓN 27

EL RECURSO DE CASACIÓN

1. El recurso de casación como recurso extraordinario. — 2. Resoluciones recurribles. — 3. Competencia. — 4. Motivos del recurso de casación: 4.1. Infracciones procesales; 4.2. Infracciones sustantivas. — 5. Sustanciación del recurso. — 6. La sentencia y sus efectos.

1. EL RECURSO DE CASACIÓN COMO RECURSO EXTRAORDINARIO

El establecimiento de una segunda instancia tiene como fundamento la falibilidad humana. Se entiende que hay más garantías de acierto en la decisión si la misma se obtiene tras admitir la posibilidad de que sean dos órganos jurisdiccionales distintos los que puedan examinar el caso.

Sin embargo, el establecimiento de recursos ulteriores frente a la sentencia dictada en segunda instancia no puede tener el mismo fundamento. Dos instancias parecen suficientes, en la inmensa mayoría de los casos, para garantizar el acierto en la decisión y no parece que un número mayor de instancias pueda suponer, en proporción al esfuerzo que comportaría, una mayor justicia en la decisión. Además, podría llegarse a una espiral interminable de instancias.

Por ello, se adivina que la finalidad perseguida por el legislador al establecer recursos frente a las sentencias de apelación debe ser, al menos en parte, otra. Así, tradicionalmente ha existido frente a estas resoluciones el recurso de casación: se trata de un recurso extraordinario, creado durante la Revolución Francesa, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de las leyes emanadas de la Asamblea, representante de la soberanía nacional. En su origen la casación tuvo una función política: garantizar la recta aplicación de las leyes por los tribunales inferiores, evitando que, al resolver el litigio, los tribunales pudieran convertirse en creadores de normas, desconociendo las emanadas del poder legislativo. Por tanto, la casación, en su origen, tenía una función *nomofiláctica* (= tutelar la norma, las leyes sustantivas), no se dirigía a tutelar los intereses del concreto justiciable sino a la defensa objetiva de la legalidad.

En España, el recurso de casación se introdujo a lo largo del siglo XIX y se encomendó al Tribunal Supremo. Su evolución lo convirtió en un instrumento al servicio de hasta tres fines distintos y, en buena medida, antitéticos:

— La protección del derecho del litigante: el recurso de casación permitía ofrecer una solución justa al caso, cuando se considerase que la sentencia de segunda instancia es incorrecta.

— El control del respeto a la legalidad, tanto sustantiva como procesal: el recurso de casación permitía controlar que los tribunales inferiores aplicaban correctamente las normas sustantivas y procesales, pues podían revocarse en casación las sentencias en que se infringían.

— La creación de jurisprudencia: que exista un Tribunal Supremo y que vaya fraguando con sus sentencias un cuerpo de doctrina sobre la interpretación correcta de las normas.

En función de a cuál de estas finalidades se ha querido dar primacía, los requisitos de acceso al recurso de casación han sido diversos, al igual que lo ha sido su configuración legal.

En cualquier caso, en el momento de redacción de la LEC de 2000 la situación en que se encontraba la Sala Primera del Tribunal Supremo era de absoluto colapso, ante la sobrecarga de trabajo. La consecuencia era que no se podía alcanzar con un mínimo de razonabilidad ninguna de las tres finalidades perseguidas por el recurso de casación.

Para paliar esta situación, la LEC de 2000 diseñó un sistema de recursos frente a la sentencia de segunda instancia que buscaba reforzar el papel del Tribunal Supremo como creador de jurisprudencia y defensor de la legalidad sustantiva: a tal fin, era necesario que se le liberase de buena parte de su carga de trabajo, para lo cual se acudió a derivar parte de las antiguas competencias del Tribunal Supremo a los Tribunales Superiores de Justicia.

Para lograrlo, la LEC optó por la creación de una dualidad de recursos frente a la sentencia de segunda instancia, que estaban diseñados como alternativos y excluyentes, y que estaban atribuidos a órganos jurisdiccionales diferentes.

De un lado, se creó el «recurso extraordinario por infracción procesal», del que habrían de conocer las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia y por medio del cual se podrían recurrir las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales cuando se considerase que habían incurrido en infracción de preceptos procesales.

De otro, subsistía ante la Sala Primera del Tribunal Supremo (para ciertas materias, también en los TSJ) el recurso de casación, que se reservaba para impugnar las sentencias de apelación cuando se denunciase la infracción de normas sustantivas.

Como se ha dicho, ambos recursos estaban concebidos como alternativos y excluyentes, tanto simultánea como sucesivamente: un mismo litigante no podría presentar ambos, sino que debería optar entre uno y otro, en caso de que considerase que la sentencia de segunda instancia había incurrido tanto en infracción procesal como en infracción sustantiva. Si el mismo litigante interponía ambos simultáneamente, el recurso de casación se habría de tener por no presentado.

Este régimen de recursos extraordinarios frente a las sentencias de segunda instancia diseñado por la LEC, sin embargo, no llegó nunca a entrar en funcionamiento. La razón es que, para atribuir a las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ el conocimiento de los recursos extraordinarios por infracción procesal, era necesaria una específica norma de competencia funcional, que debía incluirse en la LOPJ y que obligaba a reformarla. Pues bien, durante el proceso de

tramitación parlamentaria de la LEC, al proyecto de LEC se acompañaba un proyecto de reforma de la LOPJ –entre otras cosas, para incluir los recursos extraordinarios por infracción procesal en el ámbito de competencia de los TSJ–. Sin embargo, no se obtuvo la mayoría necesaria en el Congreso para aprobar esa reforma de la LOPJ, lo que obligó a prever un régimen transitorio para aplicarlo en tanto se aprobase la necesaria reforma de la LOPJ. La LOPJ se reformó en múltiples ocasiones desde enero de 2000, pero ninguna de las reformas atribuyó a los TSJ la competencia funcional para conocer del recurso extraordinario por infracción procesal: la consecuencia es que el régimen transitorio estuvo en vigor durante más de 20 años, hasta julio de 2023.

> Ese régimen transitorio se contenía en la Disposición Final Decimosexta de la LEC y representó durante más de dos décadas la realidad de los recursos extraordinarios en nuestro sistema de justicia civil. El elemento más relevante de la situación transitoria era que existían ambos recursos –el de casación y el extraordinario por infracción procesal– pero, a pesar de la intención inicial del legislador, no eran alternativos, sino que cabía utilizarlos conjuntamente. Es más, si los litigantes presentaban recursos distintos, se acumulaban. En consecuencia, ambos recursos se tramitaban conjuntamente y se decidían por el mismo tribunal: no llegó a existir, por tanto, la diferenciación de vías procesales.

La situación normativa ha cambiado radicalmente a resultas del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, que operó un cambio radical en la regulación del recurso de casación civil. En efecto, con el nuevo sistema se vuelve a la unidad de recursos, esto es, a la existencia frente a las sentencias dictadas en segunda instancia de un único recurso, el de casación, que podrá fundarse tanto en motivos sustantivos como en motivos procesales.

> La técnica legislativa, no obstante, es cuestionable, porque el cambio se introduce por la vía del decreto-ley, a la que, según la Constitución, solo debe acudirse en casos de urgente necesidad. El Gobierno adujo la situación de sobrecarga de trabajo del Tribunal Supremo para justificar la evitación de los trámites legislativos ordinarios, pero es un motivo claramente insuficiente, que en rigor serviría para regular por decreto-ley cualquier reforma procesal.

El recurso de casación es un recurso extraordinario. Y esto significa, al menos, lo siguiente:

— El recurso no puede interponerse frente a cualquier resolución, sino solo frente a aquellas que expresamente determine la ley.

— El recurso no puede sustentarse en cualquier motivo, sino solo en aquellos expresamente previstos por la ley.

— Su ámbito, como regla, está restringido al examen y corrección de cuestiones jurídicas, no fácticas: el juicio de hecho de la sentencia de segunda instancia es en principio intocable e incuestionable. El TS y, en su ámbito, el TSJ no pueden alterar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, sino que deben tener por ciertos y por inciertos los hechos reconocidos como tales en la sentencia.

De forma excepcional, según se verá más adelante, el art. 477.5 permite impugnar en casación la valoración de la prueba y la fijación de hechos aduciendo un error de hecho que sea «patente e inmediatamente verificable a partir de las propias actuaciones».

2. RESOLUCIONES RECURRIBLES

Solo son recurribles en casación determinadas resoluciones que, además, cumplan con ciertas exigencias adicionales:

1º. *Clases de resolución recurribles en casación*

a) Las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales que pongan fin a la segunda instancia.

Esto significa que la sentencia debe haber resuelto un recurso de apelación frente a una sentencia dictada en primera instancia: se excluyen, por tanto, aquellas decisiones dictadas por las Audiencias Provinciales que se pronuncian sobre cuestiones procesales, pero no sobre el fondo del asunto (v.g., la resolución por la que se resuelve el recurso de apelación frente a un auto que inadmite a trámite una demanda en primera instancia).

Además, se exige que la Audiencia Provincial haya actuado como órgano colegiado: se excluyen, en consecuencia, las sentencias dictadas en apelación en procesos que se hubieran tramitado en primera instancia como juicios verbales por razón de la cuantía (art. 82.2.1º LOPJ), pues en tal caso para conocer del recurso de apelación la Audiencia se constituirá con un solo magistrado. Recuérdese, además, que en los juicios verbales de cuantía inferior a 3000 euros no cabe siquiera recurso de apelación, de modo que tampoco procederá el ulterior recurso de casación.

b) Los autos y sentencias dictados en apelación en procesos sobre reconocimiento y ejecución de sentencias extranjeras en materia civil y mercantil al amparo de los tratados y convenios internacionales o, en su caso, de Reglamentos de la Unión Europeo.

En estos casos es la normativa supranacional la que determina la recurribilidad de las resoluciones, sin que la LEC pueda imponer requisitos que limiten lo previsto en aquella. Por eso, las exigencias adicionales sobre interés casacional que se verán seguidamente no son de aplicación a estas resoluciones.

c) Finalmente, serán también recurribles en casación las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en los recursos contra las resoluciones judiciales que agotan la vía administrativa dictadas en materia de propiedad industrial por la Oficina Española de Patentes y Marcas.

2º. *Exigencias de las sentencias dictadas en segunda instancia para ser recurribles en casación*

No todas las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales son recurribles en casación, sino que además es preciso que concurra en ellas alguna de las siguientes exigencias:

a) Son sentencias dictadas en procesos que tuvieran por objeto la tutela judicial civil de derechos fundamentales susceptibles de recurso de amparo. Se trata, v.g., de las sentencias dictadas en procesos civiles para la protección del derecho al honor, a la intimidad o a la propia imagen, en ejercicio del derecho de rectificación o para la tutela del derecho a la protección de datos (como las pretensiones para hacer valer el llamado «derecho al olvido»).

b) Concurre «interés casacional». En general, se entiende que existe interés casacional en los casos en que resulta necesaria la intervención del Tribunal Supremo para preservar la jurisprudencia, unificarla o crearla. Por eso, la LEC distingue los siguientes casos:

— Cuando la sentencia recurrida se oponga a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo: en estos casos, se hace necesaria la intervención del Tribunal Supremo para preservar su propia jurisprudencia.

— Cuando la sentencia recurrida resuelva puntos o cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales: aquí lo necesario es unificar la jurisprudencia «menor» a través de la creación de jurisprudencia por parte del Tribunal Supremo.

— Cuando la sentencia aplique normas sobre las que no existe doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo (algo que, v.g., será más fácil que suceda si se trata de normas de reciente incorporación al ordenamiento).

> Cuando se trate de recursos de casación de los que deba conocer la Sala Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, se entenderá que existe interés casacional cuando la sentencia recurrida se oponga a doctrina jurisprudencial o no exista dicha doctrina del TSJ sobre normas de Derecho civil foral de la Comunidad Autónoma, o resuelva puntos o cuestiones en relación con dichas normas sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

Además de los tres supuestos anteriores, la Sala Primera del TS o, en su caso, las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ podrán entender que existe «interés casacional notorio» cuando la sentencia impugnada se haya dictado en un proceso en el que la cuestión litigiosa sea de interés general para la interpretación uniforme de la ley estatal o autonómica. Y, según el art. 477.4, se entenderá que existe este interés general cuando la cuestión afecte potencial o efectivamente a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.

> La redacción no es especialmente acertada, pues le falta la precisión deseable en toda norma de la que puede depender el acceso de los justiciables al último nivel de enjuiciamiento. Pero transmite la voluntad del legislador de conceder al TS (o a los TSJ) un cierto grado de discrecionalidad para seleccionar aquellos asuntos que consideren de interés para sentar, asentar o modificar su jurisprudencia.

3. COMPETENCIA

Como regla, la competencia funcional para conocer del recurso de casación le corresponde a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

No obstante, conocerán de estos recursos las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia si se dan las tres siguientes condiciones:

a) el recurso se ha interpuesto frente a sentencias dictadas por Audiencias Provinciales de su demarcación;

b) el recurso se funda en la infracción de normas de Derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma, con independencia de que este sea el único motivo o se formule junto con otros.

> Esto no limita la existencia de este recurso de casación ante los TSJ a las Comunidades Autónomas que disponen de Derecho civil foral (Galicia, País Vasco, Navarra, Aragón, Cataluña y Baleares). Otras Comunidades Autónomas, aunque carecen de Derecho foral, han aprobado normas civiles dentro de su ámbito de competencia legislativa, cuya infracción podría fundar un recurso de casación.

c) el Estatuto de Autonomía ha previsto esa atribución de competencia (lo han hecho todos).

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que esta competencia tiene un límite, derivado del art. 5.4 LOPJ: si el recurso de casación se funda, en todo o en parte, en infracción de precepto constitucional, la competencia para decidir el recurso corresponderá siempre al Tribunal Supremo.

> En muchas de las Comunidades Autónomas con Derecho civil foral o especial propio se han aprobado leyes especiales reguladoras del recurso de casación, a través de las cuales se introducen las especialidades que se consideran necesarias en atención a las singularidades del Derecho material aplicable.

4. MOTIVOS DEL RECURSO DE CASACIÓN

Una vez constatado que la sentencia dictada en segunda instancia es recurrible en casación) y determinado quién será el tribunal competente para conocer del recurso, es preciso determinar cuáles son los motivos en que se puede fundar la impugnación. El art. 477.2 los enuncia de forma muy escueta: «el recurso de casación habrá de fundarse en infracción de norma procesal o sustantiva».

Es preciso delimitar, en consecuencia, qué infracciones pueden encajar en una u otra categoría, sin olvidar la exigencia de que debe concurrir en todo caso interés casacional, esto es, que la infracción de norma procesal o sustantiva genere el deber del Tribunal de crear, unificar o preservar la jurisprudencia en relación precisamente con el precepto cuya infracción se denuncie.

4.1. Infracciones procesales

A través del recurso de casación se pueden impugnar las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales cuando se les impute la infracción de una norma procesal que haya afectado al desenlace del proceso en perjuicio del recurrente (de lo contrario no existiría gravamen o interés para recurrir). Aprovechando la categorización ofrecida por la LEC hasta junio de 2023 en relación con el derogado recurso extraordinario por infracción procesal, cabe agrupar los hipotéticos motivos de casación por infracción procesal en alguna de las siguientes categorías:

1º. Infracción de las normas sobre competencia internacional, jurisdicción o competencia objetiva, funcional o territorial (solo si es improrrogable). También han de entenderse incluidos los supuestos en que se denuncia la indebida aplicación de las normas sobre sumisión a arbitraje o a mediación.

2º. Infracción de las llamadas «normas procesales reguladoras de la sentencia», esto es, aquellas reglas procesales que le marcan al tribunal los términos en que ha de resolver la controversia, al margen de lo que se derive del derecho sustantivo. Encajan en esta categoría las normas relativas a la exhaustividad y congruencia de las sentencias; las normas sobre carga de la prueba; las normas relativas a la motivación de las sentencias; las normas relativas a la valoración de la prueba, cuando esta sea legal o tasada; las normas sobre cosa juzgada; las normas que regulan la forma y contenido de las sentencias, así como su invariabilidad; o las normas relativas a la votación y fallo de los asuntos.

3º. Infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso, es decir, infracción de las normas que establecen el procedimiento que ha de seguirse. Cabe considerar que el TS solo se considerará obligado a resolver recursos de casación por esta razón si la infracción procesal es de entidad; el umbral de la gravedad puede situarse en que la infracción determine la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión (*v.g.*, si se ha dictado una sentencia bajo violencia o intimidación, art. 238 LOPJ).

4º. Como regla, una incorrecta valoración de la prueba o una incorrecta fijación de hechos no podrá ser motivo de recurso de casación, «salvo error de hecho, patente e inmediatamente verificable a partir de las propias actuaciones»: v.g., el tribunal funda su sentencia en un documento que expresa con claridad algo totalmente distinto de lo que el tribunal indica en su sentencia.

> Esta regla tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional acerca del alcance de los derechos fundamentales del art. 24 CE en el proceso civil. Así, una incorrecta valoración de la prueba por la Audiencia Provincial no es en sí misma un motivo para formular un recurso de casación, pues la regla es que, al tratarse de un recurso extraordinario, no cabe cuestionar el juicio de hecho. Ahora bien, el Tribunal Constitucional sí que ha reconocido que es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva una valoración de la prueba que sea claramente absurda, arbitraria o irrazonable. En consecuencia, sí que cabrá formular recurso de casación frente al juicio de hecho de una sentencia de apelación si se demuestra que la valoración probatoria en que se funda supera el umbral de lo intolerable en

términos de irrazonabilidad y/o arbitrariedad. En la práctica, por supuesto, el problema se hallará en la determinación de cuándo existe un error patente e inmediatamente verificable…

Al margen de lo anterior, debe poder sostenerse un recurso de casación por infracción de normas procesales en la vulneración de cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE, esto es, la vulneración de cualquiera de las garantías constitucionales del proceso civil. Muchas de las vulneraciones al art. 24 CE, sin duda, encajan en las categorías identificadas hasta ahora (v.g., la incongruencia de la sentencia es contraria al derecho a la tutela judicial efectiva); pero, en cualquier caso, el art. 5.4 LOPJ reconoce el derecho a denunciar en casación cualquier infracción de precepto constitucional.

Sea cual sea el motivo, el art. 477.6 LEC exige un presupuesto de admisibilidad del recurso: si hubiera sido posible, la infracción tiene que haberse denunciado en la primera y/o en la segunda instancia, en función de cuándo se hubiera cometido –y, si se cometió en primera instancia, la denuncia debe haberse reproducido en segunda instancia.

Ejemplo. El demandado considera que el tribunal elegido por el demandante carece de competencia objetiva: ante todo, tiene la carga de formular declinatoria en tiempo y forma y, si esta es desestimada, tiene la carga de recurrir en reposición el auto del tribunal; pero, además, debe volver a aducir este defecto al recurrir la sentencia en apelación. Solo si ha agotado todas estas opciones podrá sostener un recurso de casación en la infracción de las normas procesales sobre competencia objetiva.

Además, si la infracción procesal que se denuncia fuera subsanable, deberá haberse pedido la subsanación en la instancia o instancias oportunas.

Ejemplo. La Audiencia Provincial, al resolver el recurso de apelación, dejó sin responder uno de los motivos de recurso, de modo que incurre en omisión de pronunciamiento (infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia). Antes de interponer recurso de casación la parte perjudicada debe proponer el incidente de integración de resoluciones incompletas, para dar a la Audiencia la oportunidad de subsanar el defecto. Si el recurrente no lo hace, su recurso de casación será inadmisible en relación con este motivo, por no haber intentado agotar la vía previa de la subsanación.

4.2. Infracciones sustantivas

El recurso de casación puede sostenerse en todo caso en la infracción de las normas sustantivas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso: es decir, que se ha aplicado incorrectamente una norma sustantiva.

Ejemplo. Se denuncia en casación que el tribunal ha aplicado de forma incorrecta las normas sobre prescripción, porque ha considerado que operaba el plazo general de cinco años en vez del plazo especial de tres previsto para ciertos tipos de relación contractual.

Un recurso de casación tendrá tantos motivos como infracciones procesales o sustantivas se atribuyan a la sentencia de segunda instancia formalmente. Es

posible, por tanto, que el recurso de casación incluya uno o varios motivos procesales junto a uno o varios motivos sustantivos.

5. SUSTANCIACIÓN DEL RECURSO

La tramitación del recurso de casación está repartida entre el tribunal *a quo* y el tribunal *ad quem*.

1º. *Interposición del recurso*: se efectúa a través de la presentación de un escrito ante la Audiencia Provincial (el tribunal *a quo*), en el plazo de veinte días desde la notificación de la sentencia. En el escrito de interposición se expresará el cauce de acceso a la casación y se justificará la concurrencia del interés casacional invocado. Igualmente se expondrán, con la necesaria extensión, los fundamentos del recurso, teniendo claro que el recurso se articulará en motivos y que cada motivo habrá de dedicarse a una sola infracción. Desde un punto de vista estrictamente formal, cada motivo se iniciará con un encabezamiento, con la cita precisa de la norma infringida y el resumen de la infracción cometida; el motivo se desarrollará después de forma detenida. El Tribunal Supremo, al amparo del art. 481.8, ha determinado la extensión máxima y el formato de los escritos de interposición del recurso de casación (no deben exceder las 25 páginas a letra Times New Roman 12, con espaciado interlineal de 1,5; para esta y otras cuestiones hay que atenerse al Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2023).

En el escrito de interposición se podrá pedir la celebración de vista, si se considera necesaria para la mejor defensa de la posición jurídica del recurrente; esta petición, sin embargo, no es vinculante para el Tribunal Supremo (o el TSJ).

Al escrito de interposición se acompañarán copia de la sentencia impugnada y, cuando sea procedente, texto de las sentencias que se aduzcan como fundamento del interés casacional. En su caso, en el escrito de interposición, además de fundamentarse el recurso de casación, se habrá de manifestar razonadamente la inexistencia de doctrina jurisprudencial relativa a la norma que se estime infringida.

2º. *Primera admisión:* El tribunal *a quo* analiza si se cumplen los requisitos para tener por interpuesto el recurso: que la resolución es recurrible, que el recurso se ha interpuesto en plazo y que, en el caso de las infracciones procesales, se haya efectuado la previa denuncia o el previo intento de subsanación en los términos antes vistos. Si es así, el Letrado de la A. de J. tendrá por interpuesto el recurso; si no, el Letrado de la A. de J. lo pondrá en conocimiento de la Audiencia Provincial para que se pronuncie sobre la admisión del recurso. Si lo inadmite, dictará un auto frente al que cabe recurso de queja ante el TS (o el TSJ).

En caso de admisión de la interposición, la Audiencia Provincial, dentro de los cinco días siguientes, remite los autos al tribunal *ad quem* y emplaza a las partes por término de 30 días. Si el recurrente no comparece ante el TS o el TSJ dentro de ese plazo, se declarará desierto el recurso y la resolución recurrida ganará firmeza.

3º. *Segunda admisión*: Recibidas las actuaciones por el TS o el TSJ, el letrado de la A. de J. volverá a comprobar los requisitos generales de recurribilidad

de la sentencia; si no concurren, inadmitirá la casación por decreto –algo que, en principio, debería estar reservado al Tribunal, no al letrado de la A. de J. y que corre el riesgo de declararse inconstitucional.

Si el letrado de la A. de J. considera que concurren los requisitos generales de recurribilidad, elevará las actuaciones a la Sección de Admisión de la Sala Primera del TS o a la Sala de lo Civil y Penal del TSJ, para que se pronuncie sobre la admisión del recurso. La «Sección de Admisión de la Sala Primera» no está regulada como tal en ningún otro precepto; tampoco lo están su composición y sus reglas de funcionamiento, algo que, nuevamente, arroja el reproche de la inconstitucionalidad sobre esta parte de la regulación introducida por Decreto-ley en 2023.

Sea como fuere, la Sección de Admisión de la Sala Primera o el TSJ decidirán sobre la admisión del recurso en función de su apreciación acerca de la concurrencia o no de interés casacional, en cualquiera de sus modalidades. Si consideran que no concurre, inadmitirán la casación por providencia y declararán que la sentencia de la Audiencia es firme. Si admiten el recurso dictarán un auto en el que expresarán las razones por las que la Sala Primera del TS o la Sala de lo Civil y Penal del TSJ deben pronunciarse sobre la cuestión o cuestiones planteadas en el recurso (es posible, en todo caso, una admisión parcial). La resolución en la que se decide sobre la admisión o inadmisión del recurso no es recurrible.

4º. *Sustanciación ante el tribunal «ad quem»*: Admitido total o parcialmente el recurso, la sustanciación pasa por las siguientes fases:

a) Alegaciones de las demás partes: se les da traslado de copia del escrito de interposición y un plazo de veinte días para alegar, tanto respecto de la admisibilidad del recurso como respecto de la procedencia de los motivos alegados.

b) Vista: la Sala ha de decidir si celebra o no vista. Esta solo se celebrará si el tribunal lo considera conveniente para la mejor impartición de justicia.

6. La sentencia y sus efectos

Como regla, el recurso de casación se resolverá por sentencia. Si se han acumulado diversos motivos, se resolverán primero aquellos cuya eventual estimación determine una reposición de las actuaciones o la nulidad de las actuaciones.

En la práctica, esto significa que habrán de examinarse y decidirse primero los motivos de casación por infracción de norma procesal cometida durante la tramitación de la primera o de la segunda instancia: su estimación puede determinar que deban devolverse las actuaciones al momento en que se cometió la infracción (*v.g.*, se excluyó indebidamente a una de las partes de la audiencia previa al juicio) o, directamente, que todas las actuaciones deban declararse nulas (*v.g.*, porque el tribunal que conoció del proceso en primera instancia carecía de competencia objetiva).

Si el Tribunal considera que no concurren los motivos aducidos, desestimará el recurso y confirmará la sentencia recurrida.

Si considera que concurre alguno de los motivos aducidos, el contenido y alcance de su sentencia será diverso en función del motivo en cuestión.

a) Si se estima el recurso por infracción de las normas de jurisdicción o competencia, es decir, por considerar que se actuó con falta de jurisdicción o competencia, se declarará la nulidad de todo lo actuado. Las partes, en su caso, podrán usar de su derecho ante quien corresponda.

b) Si el motivo por el que se estima el recurso de casación es una infracción procesal cometida durante la tramitación del procedimiento, entonces se retrotraen las actuaciones al momento en que se hubiese cometido la infracción denunciada.

c) Si el motivo por el que se estima el recurso es una infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia, entonces el Tribunal la anulará y la sustituirá por otra que considere conforme a Derecho.

d) Si el motivo por el que se estima el recurso de casación es la infracción de norma sustantiva, el Tribunal casará (= anulará), en todo o en parte, la sentencia recurrida y resolverá sobre el fondo del asunto según proceda.

Lo anterior, sin embargo, presenta una excepción: el recurso de casación no se resolverá por medio de sentencia, sino por auto, cuando el Tribunal considere que ya hay doctrina jurisprudencial sobre la cuestión o cuestiones planteadas y que la sentencia recurrida se opone a dicha doctrina. En tal caso, el Tribunal Supremo (o el TSJ), en vez de resolver sobre el fondo del asunto, se limitará a casar la sentencia recurrida y devolverá el asunto a la Audiencia Provincial de la que procedía, para que la Audiencia dicte nueva resolución ajustada a dicha doctrina jurisprudencial.

> Esta previsión, introducida por el RD-Ley 5/2023, aporta una ventaja y varios inconvenientes.
>
> La ventaja es clara: permite al TS (o al TSJ) estimar un recurso de casación sin tener que asumir el esfuerzo de redactar una nueva sentencia sobre el fondo del asunto. Esto, a su vez, debería fomentar una mayor tasa de admisión de los recursos de casación que se funden en la infracción de la doctrina jurisprudencial, pues la carga de trabajo que comporta su resolución no es exagerada.
>
> Pero los inconvenientes también han de señalarse. De un lado, se recarga de trabajo a las Audiencias Provinciales, que también están saturadas. Asimismo, no queda claro el tipo de resolución que estas han de dictar y el régimen de recursos frente a esta: cabe entender que, siendo una nueva sentencia que pone fin a la segunda instancia, volvería a ser recurrible en casación, quizá por motivos distintos o porque la Audiencia no se ha atenido realmente a la doctrina jurisprudencial. Y, desde una perspectiva más global, convierte a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (o de los TSJ) en auténtica fuente del ordenamiento jurídico –no solo sustantivo, también procesal–, pero lo hace «por la puerta de atrás», obligando a las Audiencias a aplicarla tras recordarles su vigencia. Se trata de un cambio en el sistema de fuentes del Derecho cuya legitimidad resulta más que cuestionable.

En cualquiera de las situaciones analizadas, es importante tener claro que frente a la sentencia o al auto que se dicte por la Sala Primera del Tribunal Supremo –o por las Salas de lo Civil y Penal de los TSJ– no cabrá ya recurso alguno.

Serán posibles, en su caso, algunos remedios extraordinarios, pero no serán propiamente recursos, sino mecanismos para anular o rescindir una sentencia que ya es firme (cfr. lección 29).

LECCIÓN 28

LA COSA JUZGADA

1. Nociones generales. — 2. La cosa juzgada formal. — 3. La cosa juzgada material: 3.1. Función negativa o excluyente; 3.2. Función positiva o prejudicial. — 4. El ámbito de la cosa juzgada material: 4.1. Resoluciones que pueden producir cosa juzgada material: 1º. Sentencias; 2º. Los procesos sumarios; 3º. Los pronunciamientos sobre cuestiones procesales; 4.2. Los llamados «límites» de la cosa juzgada material: 1º. Los límites subjetivos de la cosa juzgada material; 2º. Los límites objetivos de la cosa juzgada material; 3º. Los límites temporales de la cosa juzgada material. — 5. Identidad o conexión de los objetos de procesos distintos y funciones de la cosa juzgada. — 6. Tratamiento procesal de la cosa juzgada material: 6.1. Tratamiento procesal de la eficacia negativa; 6.2. Tratamiento procesal de la eficacia positiva.

1. Nociones generales

Las resoluciones judiciales producen una serie de efectos, de muy diversa índole: así, las sentencias condenatorias tienen efectos ejecutivos, gracias a los cuales, en caso de incumplimiento por el demandado, podrá solicitarse la apertura del correspondiente proceso de ejecución forzosa; las sentencias estimatorias de una acción constitutiva, una vez que son firmes, producen precisamente el efecto constitutivo, esto es, se opera el cambio jurídico pretendido por el actor en su demanda. Junto a estos, existe otro conjunto de efectos que producen las resoluciones judiciales firmes *porque son firmes* y que se conocen con el nombre de *cosa juzgada*. La cosa juzgada es, por tanto, el conjunto de efectos que producen las resoluciones judiciales cuando son firmes. Y ya sabemos que son firmes las resoluciones judiciales cuando frente a ellas no se prevé ningún recurso por el legislador, así como cuando no se ha interpuesto frente a ellas el recurso legalmente previsto.

Estos efectos de las resoluciones judiciales firmes que se engloban bajo la expresión «cosa juzgada» se pueden producir en dos ámbitos diversos:

— De un lado, las resoluciones firmes producen efectos de cosa juzgada en el marco del propio proceso en que se han dictado: se habla entonces de cosa juzgada *formal*.

— De otro lado, las resoluciones firmes también proyectan sus efectos sobre procesos distintos de aquél en que se han dictado: se trata de la cosa juzgada *material*.

2. La cosa juzgada formal

La cosa juzgada formal designa el conjunto de efectos que producen las resoluciones judiciales firmes dentro del proceso en que se dictan, efectos que consisten en una especial vinculación del tribunal y de las partes a lo acordado en dichas resoluciones.

La cosa juzgada formal es un efecto propio de todas las resoluciones judiciales firmes, sean providencias, autos o sentencias. La LEC la regula en el art. 207. Cabe distinguir dos vertientes o aspectos de la cosa juzgada formal:

— De un lado, una eficacia o vinculación negativa: cuando una resolución es firme, se dice que pasa en autoridad de cosa juzgada formal y eso significa que es invariable e inimpugnable; el tribunal no puede ya revocarla y sustituirla por otra distinta.

— De otro, una eficacia o vinculación positiva: además de lo anterior, el tribunal ha de «respetar» sus decisiones firmes, es decir, ha de atenerse a lo resuelto en ellas, no le está permitido en momentos posteriores del proceso proveer de forma distinta o contraria.

> *Ejemplo 1.* En la audiencia previa al juicio, el tribunal admite que se practique en el juicio el interrogatorio del testigo A. El auto del tribunal admitiendo esta prueba no es recurrido, de modo que pasa a ser firme. En consecuencia, el tribunal está obligado a permitir la declaración del testigo en el juicio y, si hace falta, a citarle para que acuda al acto del juicio.
>
> *Ejemplo 2.* El demandado trató de introducir en la audiencia previa al juicio un documento que podría haber aportado junto con su contestación a la demanda. El tribunal lo rechaza por medio de resolución que adquiere firmeza. En consecuencia, el tribunal ya no podrá admitir la aportación de ese documento en un momento ulterior del proceso.

3. La cosa juzgada material

La cosa juzgada material es cierto efecto propio de algunas resoluciones judiciales firmes, generalmente sentencias, consistente en una concreta fuerza de vincular en otros procesos a cualesquiera órganos jurisdiccionales, respecto del contenido de esas resoluciones (De la Oliva). Es decir, se habla de cosa juzgada material para referirse a los efectos que ciertas resoluciones firmes producen sobre procesos distintos y posteriores a aquel en que aquéllas se dictaron.

La cosa juzgada material de una resolución presupone la cosa juzgada formal, esto es, su firmeza. Además, y a diferencia de lo que sucede con la cosa juzgada formal, no todas las resoluciones judiciales firmes producen efectos de cosa juzgada material, sino solo algunas de ellas.

La cosa juzgada material presenta, a su vez, dos vertientes o funciones: una negativa o excluyente; y otra positiva o prejudicial.

3.1. Función negativa o excluyente

Cuando se inicia un (segundo) proceso con el mismo objeto que el ya decidido por sentencia firme sobre el fondo en un proceso anterior, la vinculación de la cosa juzgada material obliga al tribunal del segundo proceso a ponerle fin a la mayor brevedad posible y a no dictar una nueva resolución sobre el mismo objeto (art. 222.1 LEC). Se trata, por tanto, de una manifestación del principio *non bis in idem*: un mismo objeto procesal no puede ser enjuiciado dos veces, de modo que la primera sentencia firme tiene la eficacia de obligar al tribunal que conozca del segundo proceso a ponerle fin de inmediato y le impide dictar sentencia sobre el fondo.

Por eso mismo, la función negativa de la cosa juzgada material funciona como un óbice procesal: si existe ya sentencia firme sobre lo que es objeto de un proceso, existe un óbice que impide que el segundo proceso se desarrolle válidamente y concluya por sentencia sobre el fondo. Esta es la razón de que, como veremos más adelante, esta eficacia de la sentencia se haga valer a través de la excepción (procesal) de cosa juzgada.

3.2. Función positiva o prejudicial

Si se incoa un segundo proceso de cuyo objeto formen parte cuestiones ya decididas en una anterior sentencia firme, el juzgador del segundo proceso estará vinculado por ella, de modo que deberá atenerse en los puntos comunes a lo ya decidido en aquella sentencia y no puede resolverlos en sentido contrario o diferente (art. 222.4 LEC). En este caso, el objeto de ambos procesos no es idéntico, sino conexo: el objeto de uno de ellos (el primero, resuelto por sentencia firme) forma parte del objeto (más amplio) del segundo de ellos, es antecedente lógico de lo que se ha de decidir en él. Para que opere la cosa juzgada material en esta función positiva o prejudicial es imprescindible que las partes de ambos procesos sean las mismas.

> *Ejemplo:* A y B celebraron un contrato, que A considera nulo. Por eso, A ejercita en un primer proceso una acción pidiendo al tribunal que declare la nulidad de ese contrato. Este proceso concluye por sentencia firme en la que se desestima la pretensión de nulidad. Con posterioridad, y tras comprobar que A no realiza la prestación a que se obligó en virtud del contrato, B interpone demanda frente a ella solicitando que sea condenada a su cumplimiento. En su contestación a la demanda, A interpone la excepción de nulidad del contrato. Los objetos de ambos procesos son distintos, pero conexos: el objeto del primero lo constituye una acción de nulidad de un contrato, el objeto del segundo es una acción de condena al cumplimiento de ese contrato. Ahora bien, una parte de lo que ha de ser enjuiciado en el segundo proceso (si el contrato es o no nulo, como alega el demandado A en su excepción material) ya ha sido resuelto por sentencia firme en el primer proceso: en consecuencia, el tribunal del segundo proceso está vinculado por la sentencia del primero, de modo que habrá de considerar forzosamente que el contrato no es nulo, lo que conducirá a que deba desestimar en todo caso la excepción de nulidad del demandado. Ello se debe a la eficacia positiva o prejudicial de la cosa juzgada material de la primera sentencia, habida cuenta de que las partes en ambos procesos son las mismas.

La cosa juzgada material, en sus dos funciones (negativa y positiva), es una institución al servicio de la paz y de la seguridad jurídicas: sería contrario a estas exigencias que pudieran desarrollarse varios procesos, de modo sucesivo, sobre el mismo objeto, pues entonces las controversias nunca llegarían a estar definitivamente zanjadas (*non bis in idem*); e igual de contraproducente sería también que, respecto de una misma cuestión, pudiera haber pronunciamientos diversos, incluso contradictorios, aunque se emitan en procesos distintos.

4. EL ÁMBITO DE LA COSA JUZGADA MATERIAL

La cosa juzgada material conlleva una vinculación especialmente intensa sobre otros tribunales en el marco de otros procesos. En esta medida, supone una limitación a la independencia de los tribunales a la hora de resolver los casos que se les someten. Por eso, su ámbito no es absoluto: no todas las resoluciones firmes pueden producir esta eficacia que, además, está sujeta a ciertos límites.

4.1. Resoluciones que pueden producir cosa juzgada material

La cosa juzgada material solo la producen las sentencias firmes que se pronuncien sobre el fondo del litigio, siempre que se dicten en un proceso plenario.

1º. *Sentencias*

La regla general es la de que solo pueden producir efectos de cosa juzgada material las sentencias firmes, pero no las providencias o los autos. En el caso de los autos, no obstante, sí que producirán estos efectos en los casos en que la ley expresamente lo prevea.

2º. *Los procesos sumarios*

Se ha dicho antes que solo producen efectos de cosa juzgada las sentencias dictadas en procesos plenarios: en consecuencia, no producen estos efectos las sentencias dictadas en procesos sumarios.

Según se verá más adelante, los procesos civiles declarativos pueden ser plenarios o sumarios.

Un proceso es plenario cuando en él las partes pueden formular cuantas pretensiones consideren que les competen, pueden sustentarlas en cualesquiera alegaciones y pueden valerse de todas las pruebas útiles y pertinentes a su alcance: la defensa de su posición jurídica, sea como demandante o como demandado, es *plena*. Como regla, los procesos civiles declarativos son plenarios.

Un proceso sumario es un proceso especial: por ello, solo serán sumarios aquellos procesos a los que el legislador atribuya esta condición. El legislador ha previsto procesos sumarios para la tutela de ciertas parcelas del ordenamiento jurídico en las que considera que es especialmente conveniente que el proceso pueda desarrollarse de forma rápida y sin obstáculos. Para conseguir esta rapidez, en los procesos sumarios están limitadas las posibilidades de alegación y prueba de las partes: no se puede ejercitar en ellos cualquier pretensión, ni se puede el

demandado defender con cualquier excepción, y puede que ni siquiera se admita cierto tipo de pruebas. En un proceso sumario, por tanto, el debate sobre la relación controvertida no es pleno: se limita a ciertas cuestiones, como forma de que el proceso sea sencillo y pueda ser más rápido.

> Como veremos más adelante, existen procesos sumarios para la tutela de la posesión (los antiguos *interdictos*), para la tutela de los derechos reales inscritos y en materia de desahucio.

Como compensación por la sumariedad y la limitación de las posibilidades de defender en plenitud la posición jurídica de las partes (en especial, la del demandado), la sentencia que pone fin a un proceso sumario no tiene eficacia de cosa juzgada material: en consecuencia, puede acudirse a un posterior proceso plenario, con plenas posibilidades de alegación y prueba, en el que se decida de forma definitiva sobre la cuestión litigiosa, sin que el juez esté vinculado por la decisión recaída en el proceso sumario.

3º. *Los pronunciamientos sobre cuestiones procesales*

Como regla, las resoluciones que ponen fin al proceso sin entrar en el fondo por apreciar la ausencia de un presupuesto procesal o la concurrencia de un óbice procesal no tienen fuerza de cosa juzgada material: *v.g.*, el auto que, en la audiencia previa al juicio, estima la excepción procesal de falta de representación legal de la parte demandante.

> Se discute, sin embargo, si pueden producirla determinadas resoluciones procesales, como puede ser el auto firme que estima una declinatoria por falta de jurisdicción o de competencia objetiva: si ya se ha declarado de manera firme que los tribunales españoles, o los tribunales civiles, o los jueces de lo mercantil no pueden conocer válidamente de una pretensión, resulta razonable que, si la misma pretensión vuelve a formularse ante el mismo tipo de tribunal, deba necesariamente abstenerse de conocer de ella, por la fuerza vinculante de la resolución firme anterior. En este sentido se pronunció la STJUE de 15 de noviembre de 2012 en el asunto *Gothaer Allgemeine Versicherung* (C-456-11).

Tampoco producen estos efectos las demás resoluciones que, sin poner fin al proceso, decidan sobre cuestiones procesales.

4.2. Los llamados «límites» de la cosa juzgada material

La aptitud de una sentencia firme sobre el fondo dictada en un proceso plenario para producir efectos de cosa juzgada material está sujeta a una serie de límites, que fijan, en definitiva, el ámbito o entorno en que se despliega esta especial eficacia vinculante. Es habitual señalar que la cosa juzgada material está sujeta a límites subjetivos, objetivos y temporales.

1º. *Los límites subjetivos de la cosa juzgada material*

Como regla, la vinculación negativa o positiva en que consiste la cosa juzgada material solo opera si las partes de los distintos procesos son las mismas: *res iudicata inter partes*. Esto significa que los efectos de cosa juzgada solo se proyectan sobre quienes han sido parte en el proceso en que se dictó la sentencia

firme. Se trata, en el fondo, de una exigencia del principio de audiencia: debe evitarse, en la medida de lo posible, que una resolución judicial afecte directamente a sujetos que no han tenido oportunidad de participar en el proceso correspondiente.

No obstante, existen casos excepcionales en los que la cosa juzgada alcanza a sujetos distintos de los que litigaron en el proceso en que se dictó la resolución con fuerza de cosa juzgada. Se trata de los previstos en el art. 222.3 LEC:

— La cosa juzgada afectará, además de a las partes, también a sus herederos y causahabientes: les afecta la cosa juzgada a causa de esa sucesión en la situación jurídica de sus causahabientes. Se aceptan unos resultados procesales, pese a no haber intervenido en el proceso, por la misma razón que los sucesores aceptan unos resultados económicos, pese a no haber intervenido en los negocios correspondientes.

— La cosa juzgada afectará también a «los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en los artículos 11 y 11 bis de esta ley».

Los procesos a que se refiere el art. 11 LEC son aquellos en que ciertas entidades (como las asociaciones de consumidores, el Ministerio Fiscal o las autoridades administrativas estatales o autonómicas competentes en materia de consumo) ejercitan acciones colectivas para la tutela de los intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios. En estos procesos, según el art. 222.3, la cosa juzgada se extiende a todos los consumidores y usuarios, aunque no hayan participado en el proceso –esa es, de hecho, la esencia de los procesos colectivos y de la legitimación extraordinaria en que se sostienen: la actuación de un solo sujeto en interés y por cuenta de otros les acaba afectando a todos.

> Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo (STS núm. 123/2017, de 24 de febrero) ha limitado esta extensión en la eficacia de cosa juzgada a los consumidores no personados que estuvieran determinados individualmente en la sentencia, pero no a los demás (es decir, aquellos no determinados individualmente en la sentencia, aunque fueran igualmente titulares de los derechos e intereses puestos en tela de juicio en el proceso).

En cuanto al art. 11 bis LEC, se ocupa de los procesos para la defensa del derecho a la igualdad de trato y no discriminación, que funcionan con esquemas similares a los de tutela de los consumidores: aunque el proceso se promueva por alguna de las entidades a que se refiere el art. 11 bis, la sentencia que se dicte afectará a todas las personas concernidas por la conducta discriminatoria que fue objeto de enjuiciamiento.

— Producirán efectos de cosa juzgada frente a todos las sentencias sobre estado civil, matrimonio, filiación, maternidad, paternidad y medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica a partir de su inscripción o anotación en el Registro Civil. La razón para establecer en estos casos una cosa juzgada *erga*

omnes es el singular interés público inherente a los pronunciamientos sobre estas cuestiones.

— Las sentencias sobre impugnación de acuerdos societarios afectarán a todos los socios, aunque no hubieran litigado: no es necesario que en el proceso participen todos los socios, aunque todos tienen la posibilidad de intervenir; ahora bien, intervengan o no, la sentencia les afectará.

2º. *Los límites objetivos de la cosa juzgada material*

Con los límites objetivos de la cosa juzgada material se alude a aquellos elementos de la sentencia firme que despliegan la especial vinculación en que la cosa juzgada consiste. Como regla general, se dice que la cosa juzgada se proyecta justamente sobre «lo juzgado», es decir, sobre aquello que ha sido objeto de enjuiciamiento en el proceso. En consecuencia:

a) Producen efectos de cosa juzgada los pronunciamientos de la sentencia sobre la acción afirmada por el actor como pretensión, o sobre las varias acciones (en casos de proceso con pluralidad de objetos), así como los pronunciamientos sobre las pretensiones ejercitadas por el demandado en la reconvención.

b) La cosa juzgada comprende también lo que está implícita pero necesariamente negado por la afirmación contenida en la parte dispositiva de la sentencia y lo que está implícita pero necesariamente afirmado por la negación contenida en la parte dispositiva de la sentencia.

> *Ejemplo:* A demanda a B pidiendo que se declare su propiedad exclusiva sobre la finca X. El juez dicta sentencia firme declarativa del dominio de A, lo que supone que implícitamente está negando el dominio de B. Si la cosa juzgada no incluyera lo implícitamente negado, B podría demandar a A para que se declare la propiedad sobre la misma finca, con el argumento absurdo de que la sentencia ha dicho que A es propietario, pero no ha dicho expresamente que B no lo sea...

c) La cosa juzgada también afecta a los fundamentos jurídicos del fallo.

> *Ejemplo:* A pide que se condene a B a pagar el precio de una compraventa. Antecedente lógico para que el juez pueda condenar será la existencia y validez del contrato, aunque expresamente no se haya pedido un pronunciamiento sobre esa validez, que se da por supuesta en la demanda y en la sentencia. Si la sentencia es estimatoria y gana firmeza, la existencia y validez del contrato, que es fundamento del fallo, es cuestión que queda abarcada por la cosa juzgada porque el juez tendrá que analizarlo y, aunque no se pronuncie expresamente, para condenar tendrá que partir de la validez del contrato. En consecuencia, si B interpone posteriormente demanda frente a A solicitando la nulidad del contrato, ese segundo proceso se verá afectado por la cosa juzgada del primero.

d) La cosa juzgada no afecta a las cuestiones prejudiciales no civiles que tienen carácter no devolutivo.

> *Ejemplo:* Si un trabajador demanda ante los tribunales civiles a un empresario, para pedir una indemnización por daños y perjuicios, el tribunal civil tendrá que partir de la existencia de un contrato de trabajo (cuestión prejudicial laboral) para decidir si procede o no la indemnización pedida. Pero la cosa

juzgada no afecta a esa cuestión porque el tribunal no tiene competencia para pronunciarse sobre ella a título principal, sino que se examina a los solos efectos de entrar a resolver el asunto civil objeto del proceso.

e) La cosa juzgada no cubre los pronunciamientos sobre excepciones procesales, por las mismas razones por las que no producen cosa juzgada las resoluciones judiciales que se pronuncian sobre cuestiones procesales.

f) En cambio, la cosa juzgada sí que se predica de los pronunciamientos sobre las excepciones materiales.

Ejemplo: En el proceso 1, A demanda a B el cumplimiento de un contrato. B opone la excepción de nulidad, pero el tribunal la desestima y le condena al cumplimiento. En el proceso 2, B demanda a A solicitando que se declare la nulidad del contrato: este segundo proceso se ve afectado por la cosa juzgada del pronunciamiento desestimatorio de la excepción de nulidad recaído en el primer proceso.

3º. *Los límites temporales de la cosa juzgada*

En principio, los efectos de cosa juzgada no están sujetos a plazo alguno de duración máxima: la solución que en las sentencias se ofrece a los conflictos tiene vocación de duración indefinida en el tiempo (de ahí la vinculación entre cosa juzgada y seguridad jurídica). Lo que ocurre es que las decisiones jurisdiccionales resuelven situaciones jurídicas a la luz de las circunstancias concurrentes en el momento en que se desarrolla el proceso, pero esas circunstancias pueden variar a lo largo del tiempo, por la concurrencia de hechos modificativos.

Por eso, puede suceder que una determinada relación jurídica fuera enjuiciada por sentencia firme y que, posteriormente, se hayan producido unos hechos que la hayan alterado (hechos, en todo caso, que no pudieron tenerse en cuenta al resolver el proceso): si, tras esa modificación, surge una controversia y se solicita de los tribunales una nueva decisión sobre la relación jurídica en cuestión, la sentencia dictada en el primer proceso no producirá efectos de cosa juzgada, porque como consecuencia del cambio lo que se había juzgado en el primer proceso es distinto de lo que se pretende juzgar después, en el segundo.

Ahora bien, hay que insistir en que esta inoperancia de la cosa juzgada de la primera sentencia no se debe al simple transcurso del tiempo, sino a la concurrencia de hechos nuevos (que, claro está, solo pueden producirse con el paso del tiempo).

Por eso, más que preguntarnos cuánto dura la cosa juzgada, lo que realmente interesa es fijar el momento a partir del cual unos hechos nuevos pueden considerarse modificativos de la situación enjuiciada y no comprendidos por la eficacia de cosa juzgada de la sentencia: los hechos que se hayan producido con anterioridad a ese momento, se hayan alegado o no en el primer proceso, quedan cubiertos por la cosa juzgada de la sentencia y no podrán utilizarse válidamente como fundamento de una pretensión ulterior; los hechos producidos en un momento posterior, en cambio, escapan a la cosa juzgada y podrán determinar

válidamente el objeto de un segundo proceso, que no se verá afectado por la cosa juzgada de la sentencia que puso fin al primero.

La regla básica en este punto la establece el art. 222.2 LEC:

> «Se consideran hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen».

Esta regla de preclusión se completa con la establecida en el art. 400 LEC:

> «1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.
>
> La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda ya la contestación.
>
> 2. De conformidad con lo dispuesto en al apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.»

Cabe decir, a la luz de los preceptos de la LEC que regulan las facultades de alegación fáctica del demandado, que esta preclusión se produce, para el demandante con la ampliación de la demanda y, para el demandado, con la contestación a la demanda. En consecuencia, es posible que los hechos nuevos surjan cuando todavía no ha concluido el primer proceso en el que se decide sobre una situación jurídica.

Lo mismo que se ha expuesto respecto de los hechos sucede respecto de los fundamentos jurídicos. Cabe la posibilidad de que las partes dejen de someter al tribunal títulos o fundamentos jurídicos que podrían haber sido utilizados como causa de pedir en el proceso. Por las mismas razones, existe una regla de preclusión respecto de los títulos jurídicos no aportados al proceso pero que razonablemente pudieron haberlo sido: solo en el caso de que los títulos jurídicos sean posteriores, o de conocimiento posterior, al último momento procesal en que pudieron ser utilizados podrán servir como fundamentos de un segundo proceso.

En conclusión, deben quedar alcanzados por la cosa juzgada los hechos y los títulos jurídicos existentes y conocidos –o razonablemente apreciables– antes de que precluyera la posibilidad de aportarlos al proceso.

5. IDENTIDAD O CONEXIÓN DE LOS OBJETOS DE PROCESOS DISTINTOS Y FUNCIONES DE LA COSA JUZGADA MATERIAL

Para poder verificar si, en un caso concreto, debe operar sobre el segundo proceso la eficacia vinculante de la cosa juzgada de una sentencia firme anterior, es necesario hacer una comparación de objetos procesales: en concreto, los

términos de comparación son el objeto del segundo proceso y el objeto de la cosa juzgada del primer proceso.

— El objeto del primer proceso, a estos efectos, se define por la acción que ejercita el demandante (delimitada por sujetos, *petitum* y causa de pedir, en su doble dimensión fáctica y jurídica), así como por las excepciones materiales que haya opuesto el demandado.

— En cuanto al objeto de la cosa juzgada de la sentencia dictada en el primer proceso, se delimita según se ha visto antes (límites subjetivos, objetivos y temporales).

La función negativa o excluyente de la cosa juzgada opera en el caso de identidad de objetos procesales: los sujetos son jurídicamente los mismos (son físicamente los mismos o se les extiende la cosa juzgada), el *petitum* es el mismo y la causa de pedir es la misma.

La función positiva o prejudicial entra en juego cuando exista conexión entre el objeto de un proceso y el objeto del otro proceso concluido con resolución firme sobre el fondo. No basta cualquier conexión: el art. 222.4 LEC requiere, ante todo, identidad jurídica de sujetos y que lo decidido en sentencia firme forme parte de lo que se ha de decidir en el segundo proceso (generalmente por prejudicialidad).

6. TRATAMIENTO PROCESAL DE LA COSA JUZGADA CIVIL

Hemos de ocuparnos, por último, de la forma de hacer valer los efectos de cosa juzgada material de las sentencias firmes, que son distintos según que se trate de la función negativa o de la función positiva.

6.1. Tratamiento procesal de la función negativa de la cosa juzgada material

La existencia de sentencia firme dictada en proceso anterior constituye un óbice procesal que se proyecta sobre el proceso posterior que pretendiera entablarse sobre el mismo objeto (*non bis in idem*). La eficacia excluyente de este óbice puede hacerse valer tanto de oficio, como a instancia de parte:

1º. De oficio: la función negativa de la cosa juzgada material es cuestión de orden público, que el tribunal del segundo proceso puede apreciar de oficio en cualquier momento. Cuando así suceda, el tribunal dará audiencia a las partes y después sobreseerá el proceso, sin resolver sobre el fondo.

Se trata, sin embargo, de algo escasamente probable, a no ser que el tribunal ante quien se interponga el segundo proceso sea quien dictó la sentencia firme en el primero.

2º. A instancia de parte: el óbice procesal en que se traduce la función negativa de la cosa juzgada material integra una genuina excepción procesal, que el demandado tendrá la carga de alegar en el segundo proceso, en su contestación a la demanda. Si se trata de un juicio ordinario, el tribunal resolverá al respecto en

la audiencia previa al juicio. Si el segundo proceso es un juicio verbal, la resolución se llevará a cabo en la vista. En ambos casos, la estimación de la excepción de cosa juzgada determinará el sobreseimiento del proceso.

El tratamiento de la cosa juzgada en su función negativa se completa con la posibilidad de recurrir en apelación la sentencia que, en el segundo proceso, haya resuelto de nuevo el fondo de la controversia (y cabrá interponer, ulteriormente, recurso de casación –por infracción procesal, dada que esta es la naturaleza de las normas sobre cosa juzgada).

6.2. Tratamiento procesal de la función positiva de la cosa juzgada material

En este caso, la alegación de la eficacia positiva de la cosa juzgada material puede interesar tanto al demandante como al demandado. En consecuencia, ambos podrán hacerla valer en sus respectivos escritos de alegaciones. Y quien la alegue deberá acompañar la sentencia en que se funda la prejudicialidad, como documento público relativo al fondo.

Será en la sentencia de fondo donde, en su caso, el tribunal hará operativa la función positiva de la cosa juzgada material, resolviendo de conformidad con la sentencia anterior vinculante: así, v.g., en la sentencia del segundo proceso tendrá por existente el contrato cuya validez fue establecida en sentencia anterior firme.

Si el tribunal del segundo proceso no se atuviera a lo establecido de forma vinculante en sentencia firme anterior estaría vulnerando un mandato contenido en una norma procesal. La sentencia que dictara sería recurrible en apelación Cabe recurrir en apelación la sentencia que haya infringido y, eventualmente, cabría por este motivo un posterior recurso de casación por infracción procesal (porque las normas relativas a la eficacia positiva de la cosa juzgada material forman parte de las normas procesales reguladoras de la sentencia).

LECCIÓN 29

MEDIOS DE RESCISIÓN Y NULIDAD DE SENTENCIAS FIRMES

1. Cuestiones generales. — 2. La revisión. — 3. La audiencia al rebelde. — 4. El incidente de nulidad de actuaciones tras sentencia firme. — 5. El amparo ante el Tribunal Constitucional.

1. CUESTIONES GENERALES

Una vez dictada sentencia firme, el ordenamiento jurídico hace prevalecer la seguridad jurídica sobre la justicia: se asume la firmeza de la sentencia, aunque su resultado pueda ser injusto. Solo de forma excepcional, ante situaciones en que se aprecia una injusticia especialmente grave y flagrante, se admite la posibilidad de que la sentencia firme sea rescindida o anulada: se trata de casos en que se permite atacar y dejar sin efecto la cosa juzgada.

En abstracto, cabe imaginar dos grandes bloques de motivos que pueden provocar una injusticia grave y flagrante en las resoluciones judiciales:

— Por motivos de fondo: la sentencia es injusta porque la aplicación del ordenamiento que se hizo en el caso concreto es gravemente incorrecta.

— Por motivos procesales: la sentencia firme se ganó injustamente, a través de un proceso en que se cometieron graves irregularidades.

A pesar de que ambas situaciones puede considerarse igualmente graves, lo cierto es que, como regla, nuestro ordenamiento solo permite impugnar la cosa juzgada (es decir, las sentencias firmes) por motivos procesales, pero (prácticamente) nunca por motivos de fondo.

> Esto último –impugnar con éxito una sentencia firme por motivos de fondo– solo puede lograrse por la vía del proceso de amparo, si se demuestra que lo decidido por la sentencia vulnera algún derecho fundamental. Ejemplo: la STC 167/2013, de 13 de octubre, anuló la sentencia que tras reconocer la filiación de un menor respecto de su padre cuando este ya había cumplido cuatro años, le había obligado a utilizar como primer apellido el paterno, a pesar de que no lo había usado hasta entonces. Entendió el TC que la sentencia vulneraba el derecho del menor a su propia imagen y su interés en seguir manteniendo como primer apellido el de su madre, por el que era conocido en los ámbitos familiar, social y escolar.

Además, no existe una sola vía para promover la impugnación de la cosa juzgada, sino tres diversas: la revisión, la audiencia al rebelde y el incidente de nulidad de actuaciones tras sentencia firme. Procede cada una de ellas en función de cuál sea la irregularidad procesal que haya sucedido. Además, su naturaleza

jurídica no es la misma. La revisión y la audiencia al rebelde son instrumentos para obtener la *rescisión* de sentencias firmes: y ello, presupone, que las sentencias son inicialmente válidas y eficaces, pero que se puede lograr que queden privadas de sus efectos. El incidente de nulidad de actuaciones es un instrumento para que se declare la *nulidad* de una sentencia firme: la sentencia no era realmente válida, pero su simple existencia le da una apariencia de validez y eficacia que se quiere destruir por esta vía. En último término, en caso de recurso infructuoso a las vías anteriores –si es que era procedente alguna de ellas–, siempre podrá intentarse la vía del amparo constitucional, en caso de que la injusticia de la resolución firme comporte lesión de un derecho fundamental y revista especial trascendencia constitucional.

2. LA REVISIÓN

La revisión es un medio extraordinario de rescisión de sentencias firmes que la LEC regula en los arts. 509 a 516. Se basa en motivos tasados a través de los que el justiciable pone de manifiesto que la sentencia se ha dictado injustamente.

La revisión no es un recurso en sentido propio (pues se proyecta sobre resoluciones firmes), sino una acción impugnativa autónoma que da lugar a la apertura de un proceso nuevo y distinto de aquel en el que se dictó la sentencia cuya rescisión se pide: el objeto de ese nuevo proceso consiste precisamente en la rescisión de la sentencia firme.

2.1. Ámbito de la revisión

Conforme a la LEC, la revisión se dirige frente a sentencias firmes, cualquiera que sea el órgano jurisdiccional que las hubiere dictado. La jurisprudencia exige que haya sido dictada en un proceso plenario: porque si el proceso es sumario, la sentencia que le ponga fin no tiene eficacia de cosa juzgada y no impide la incoación de un ulterior proceso; no sería necesaria, por tanto, la rescisión que proporciona la revisión.

2.2. Motivos

La revisión solo procede por los motivos taxativamente fijados en el art. 510 LEC:

a) Si después de pronunciada la sentencia, se recobraren u obtuvieren documentos decisivos, de los que no se pudo disponer por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.

> Es necesario para que prospere este motivo: a) que los documentos existieran durante la pendencia del proceso anterior; b) que no pudieran aportarse por fuerza mayor o por obra de la parte contraria; c) que se trate de documentos decisivos, es decir, que de su tenor se deduzca que el fallo podría haber sido distinto.

b) Si la sentencia hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignorase una de las partes haber sido declarados falsos o cuya falsedad se declare después penalmente.

> Es necesario para que prospere la revisión: a) que la falsedad sea declarada en un proceso penal (lo que supone que se condene a alguien por falsedad documental respecto de dicho documento); b) que la sentencia penal fuera posterior a la posibilidad de alegarla en el proceso o, si es anterior, que se acredite su ignorancia; c) que el documento sea decisivo, es decir, que haya tenido influencia en el resultado del pleito.

c) Si la sentencia hubiera recaído en virtud de prueba testifical o pericial y los testigos o peritos hubieran sido condenados por falso testimonio dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.

d) Si la sentencia se hubiera ganado injustamente en virtud de violencia, cohecho u otra maquinación fraudulenta. Es éste el motivo de revisión más frecuentemente utilizado, lo que obliga a precisar el significado de sus términos;

> — El cohecho supone la existencia de condena penal por este delito.
>
> — La violencia puede ser física o psíquica y puede haber recaído sobre algún miembro del tribunal o sobre alguna parte. Debe haber sido de influencia en el resultado del pleito.
>
> — En cuanto a la maquinación fraudulenta, puede ser cualquier conducta dolosa o gravemente culposa que dificulte la conducta del adversario y que haya tenido influencia en el resultado del pleito. Es muy frecuente alegar por esta vía la ocultación por el demandante del domicilio del demandado, que conduce a que este sea emplazado por edictos y no tenga conocimiento del proceso.

e) Asimismo se podrá interponer demanda de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas.

2.3. Sujetos

Conforme al art. 509 LEC, la competencia para conocer del proceso de revisión corresponde de ordinario a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. No obstante, serán competentes las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia cuando se trate de la revisión de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales con sede en la respectiva Comunidad Autónoma en materia de derecho civil foral o especial propio de la Comunidad Autónoma (si así lo prevé el correspondiente Estatuto de Autonomía).

La revisión puede instarla quien hubiera sido parte perjudicada por la sentencia; y habrá de dirigirse la demanda frente a todos los demás sujetos que hubieren sido partes en el proceso anterior (o sus causahabientes).

En el caso de que la revisión se funde en sentencia dictada por el TEDH, la legitimación corresponderá en exclusiva a quien hubiera sido demandante ante ese tribunal, no a otro sujeto que se encuentre en una situación análoga.

2.4. Desarrollo del proceso de revisión

Antes que nada, el art. 512 LEC sujeta la acción de revisión a dos tipos de ***plazos***, ambos de caducidad:

— Existe, en primer lugar, un plazo absoluto de 5 años desde la fecha de la publicación de la sentencia. Pasado ese plazo, la demanda de revisión será siempre inadmitida.

— Existe, además, un plazo relativo de 3 meses desde el día en que se descubrieren los documentos decisivos, el cohecho, la violencia o el fraude, o en que se hubiere reconocido o declarado la falsedad.

Este régimen de plazos es distinto, sin embargo, cuando la revisión se funde en sentencia dictada por el TEDH: en tal caso habrá un plazo de un año, a contar desde la firmeza de la resolución del TEDH.

Además, para interponer la demanda de revisión es necesario acompañar un documento justificativo de haber hecho un *depósito* de 300 euros. Este requisito es subsanable conforme al art. 513.2 LEC. Si no se subsana, la demanda se inadmitirá. La finalidad del depósito es evitar demandas de revisión manifiestamente infundadas o temerarias. Si se estima la demanda, el depósito se devuelve; pero se pierde en caso de desestimación de la demanda.

El proceso de revisión comienza por demanda, a la que se deben acompañar los documentos procesales y de fondo pertinentes y, en particular, el documento justificativo del depósito previo. Examinada la concurrencia de los presupuestos de admisibilidad, el tribunal dicta auto de admisión de la demanda y solicita la remisión de los autos del pleito cuya sentencia se impugna. A continuación, el tribunal emplaza a cuantos hubieren litigado en el proceso, o a sus causahabientes, para que contesten a la demanda de revisión. A partir de ahí se siguen los trámites del juicio verbal, es decir, se citará a las partes para la vista y en ella será oído el Ministerio Fiscal, dado el interés público de esta materia.

Cuando la revisión se funde en sentencia dictada por el TEDH será preciso comunicar la existencia del proceso a la Abogacía General del Estado, que podrá intervenir sin tener la condición de parte, esto es, como *amicus curiae*, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la ejecución de la sentencia del TEDH.

La interposición de demanda de revisión no suspende automáticamente la ejecución de la sentencia (si fuera así proliferarían las demandas de revisión con meros fines dilatorios), pero la suspensión de la ejecución puede solicitarse conforme al art. 566 LEC: (i) a instancia de parte, previa audiencia del Ministerio Fiscal; (ii) si las circunstancias del caso lo aconsejan (es decir, si parece prudente, ante el riesgo de que se generen daños irreversibles, visto lo aparentemente fundado de la demanda de revisión); y (iii) previa prestación de caución por el

valor de lo litigado y los daños y perjuicios que pudieran irrogarse por la falta de ejecución.

2.5. Efectos

Si se desestima la demanda de revisión, la sentencia firme queda invariada y se condena en costas al demandante, que pierde su depósito.

Si se estima la demanda de revisión, se rescindirá la sentencia impugnada, se mandará expedir certificado del fallo, se remitirán los autos al tribunal del que procedan y se devolverá el depósito al demandante. A continuación, las partes podrán usar de su derecho según les convenga como si el proceso anterior no hubiera existido (salvo que lo impidan las reglas de caducidad o de prescripción).

En cualquier caso, contra la sentencia que resuelva la revisión no cabrá la interposición de recurso alguno.

3. La audiencia al rebelde

La audiencia al rebelde es un expediente procesal de carácter excepcional que la ley pone en manos de quien ha sido condenado en un proceso en el que permaneció constantemente en rebeldía por causas ajenas a su voluntad y, si se cumplen determinados requisitos, permitirá la rescisión de la sentencia firme. Se regula en los arts. 501 a 508 LEC.

En nuestro proceso civil, la rebeldía deriva del hecho objetivo de la incomparecencia del demandado, pero esta incomparecencia puede ser voluntaria o involuntaria. La rebeldía involuntaria puede obedecer bien a que el demandado no tuvo conocimiento del proceso o bien a que, pese a tener conocimiento de este, hubo alguna causa que le impidió comparecer. En tales casos sucede que, a pesar de que el proceso se ha desarrollado respetando las normas, el demandado no ha tenido realmente la oportunidad de defenderse por causas que no le son imputables. El principio de audiencia, que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva y la prohibición de indefensión del art. 24 CE exigen que al demandado se le dé la oportunidad de defenderse que no tuvo.

El proceso de audiencia al rebelde permite rescindir la sentencia firme dictada frente al demandado rebelde, siempre que su rebeldía haya sido involuntaria, aunque no en todos los casos en que su rebeldía haya sido involuntaria, sino únicamente si se dan los presupuestos definidos legalmente. En otros casos, la firmeza de la sentencia ganada contra el rebelde involuntario se puede combatir a través de la revisión –*v.g.*, cuando hubo maquinación fraudulenta– o a través del incidente de nulidad de actuaciones –*v.g.*, cuando la primera citación o el primer emplazamiento se efectuaron irregularmente–. A diferencia de la revisión, la audiencia al rebelde no se limita a rescindir la sentencia firme, sino que provoca una nueva tramitación del proceso, que incluya a la parte demandada.

3.1. Presupuestos de la audiencia

La audiencia al rebelde procede solo cuando el demandado ha permanecido constantemente en rebeldía y siempre que concurra alguna de las siguientes causas:

a) Fuerza mayor ininterrumpida que impidió al rebelde comparecer, pese a haber tenido conocimiento del proceso.

> *Ejemplo.* Nada más recibir el emplazamiento para contestar a la demanda, y mientras lo llevaba en su poder, el demandado sufre un accidente de tráfico que lo deja en estado de coma y del que tarda meses en recuperarse.

b) Desconocimiento del proceso, cuando la citación o emplazamiento se hubiese producido personalmente (art. 161 LEC), pero esta no hubiese llegado a poder del demandado rebelde por causa que no le sea imputable.

> Cabe pensar en los supuestos en que el emplazamiento o citación se realiza a través de tercera persona (conserje de la finca, empleado del demandado, familiar del destinatario) y esta no cumple su deber de entrega al destinatario.

c) Desconocimiento del proceso cuando el demandado rebelde haya sido citado o emplazado por edictos (art. 164 LEC), siempre que haya estado ausente del lugar en que se haya seguido el proceso o de cualquier otro lugar del Estado o de la CCAA en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado los edictos.

> Hay que entender que para que proceda la audiencia por este motivo es necesario que la citación edictal se haya realizado correctamente, es decir, cumpliendo los requisitos del art. 164 LEC, porque, en otro caso, lo que procede es la nulidad de actuaciones. En cuanto al requisito de «haber estado ausente del lugar», resulta drástico y anticuado y parece imponer a los ciudadanos la carga de estar al tanto de los edictos. Es más, la referencia al lugar de seguimiento del proceso o a cualquier otro lugar del Estado o de las Comunidades Autónomas en cuyos Boletines Oficiales se hubiesen publicado los edictos no tiene sentido desde que se creó el Tablón Edictal Judicial Único: los edictos ya no se publican en el tablón de anuncios del tribunal (lugar en que se haya seguido el proceso) ni en los Boletines Oficiales. Por eso, se puede sostener que lo que la LEC quiere exigir es que el sujeto no haya tenido posibilidad de conocer la citación edictal. Esto, antes de la «era digital», podía asumirse como creíble si la persona había estado físicamente ausente del lugar del proceso, pues no habría podido pasar por la sede del tribunal y leer los edictos; y si los edictos se habían publicado en un Boletín Oficial, el desconocimiento podía asumirse si no se había estado en el ámbito territorial del Boletín en cuestión, pues no es fácil leer el Boletín Oficial de Canarias cuando se reside en el País Vasco. Se trata, obvio es decirlo, de una lógica un tanto decimonónica que, como se ha señalado, pierde su sentido cuando el edicto se publica en un espacio electrónico accesible desde cualquier lugar y al que cualquier ciudadano puede suscribirse para recibir alertas. Por ello, a mi juicio, el requisito debe interpretarse para dar cobertura a las situaciones en que el sujeto esté en condiciones de acreditar de forma verosímil que no tenía forma de acceder al Tablón Edictal Judicial Único –será una cuestión fáctica asociada con factores como la edad, la «alfabetización digital» y la «brecha digital». En cualquier caso, la previsión sigue teniendo sentido mientras, por razón de plazos,

siga siendo posible solicitar la rescisión de sentencias dictadas en rebeldía antes de la creación del Tablón Edictal Judicial Único.

3.2. Procedimiento

Ante todo, la demanda ejercitando la acción de audiencia al rebelde está sometida a ciertos ***plazos***, establecidos en el art. 502 LEC. Su duración depende del modo en que se haya notificado la sentencia al demandado rebelde (recuérdese que esa notificación se hará personalmente –si el domicilio es conocido– o por edictos –si no lo es–):

— El plazo para solicitar la audiencia al rebelde es de veinte días, desde la notificación de la sentencia firme, si dicha notificación se hubiera realizado personalmente al demandado rebelde.

— El plazo será de cuatro meses, a partir de la publicación del edicto de notificación de la sentencia firme, si ésta no se notificó personalmente.

Estos plazos pueden prolongarse si subsiste la fuerza mayor que impidió al rebelde comparecer. En todo caso, hay un plazo absoluto de 16 meses desde la notificación personal o edictal de la sentencia firme, transcurrido el cual no cabe la audiencia al rebelde.

La ***competencia*** para resolver las demandas de audiencia al rebelde corresponde al tribunal que hubiere dictado la sentencia que devino firme (art. 501 LEC).

El procedimiento de audiencia al rebelde se tramita por el cauce del juicio ordinario y en él serán partes el rebelde, como demandante, y todos los demás que hubiesen sido partes en el proceso en el que se dictó la sentencia firme, como demandados. No se suspende automáticamente la ejecución de la sentencia, pero cabe obtener esa suspensión conforme al art. 566 LEC (en los mismos términos, antes vistos, que cuando se interpuso demanda de revisión)

Tras la sustanciación del juicio ordinario, el tribunal dicta sentencia estimando o desestimando la audiencia.

Si la estima, se producen los siguientes efectos:

— Se rescinde la sentencia firme.

— No se imponen las costas a ninguno de los litigantes, salvo que el tribunal aprecie temeridad.

— Se remite certificación de la sentencia estimatoria al tribunal que hubiera conocido del proceso en primera instancia (salvo que sea el que resolvió la audiencia).

Con esto termina la llamada fase *rescindente* de la audiencia al rebelde y comienza la fase *rescisoria*. La fase rescisoria se desarrolla ante el tribunal que conoció del proceso en primera instancia y, conforme a los arts. 507 y 508 LEC, se le aplican las siguientes reglas:

— Se entregan los autos por diez días al demandado para que pueda alegar lo que convenga a su derecho en la forma prevista para la contestación a la demanda. Si el demandado no formulase alegaciones y peticiones en este trámite, se entenderá que renuncia a ser oído y se dictará sentencia en los mismos términos que la rescindida, frente a la que no cabe recurso alguno.

— Se da traslado de las alegaciones y documentos presentados a la parte contraria, por plazo de diez días.

— En adelante, se siguen los trámites del juicio declarativo que corresponda hasta dictar sentencia, frente a la que cabrán los recursos previstos en la ley.

4. El incidente de nulidad de actuaciones tras sentencia firme

El incidente de nulidad de actuaciones es una acción impugnativa autónoma que se dirige frente a sentencias firmes (u otras resoluciones que pongan fin al proceso), mediante la cual se puede denunciar, en algunos casos, los defectos que generan nulidad, siempre que no haya sido posible ponerlos de manifiesto durante la pendencia del proceso. Es decir, es un instrumento para anular sentencias y autos firmes que hayan puesto fin al proceso, cuando se hayan cometido vicios procesales graves que no haya habido oportunidad de corregir en el marco del proceso en que se produjeron. Su regulación se efectúa en el art. 241 LOPJ, porque es común a todos los órdenes jurisdiccionales.

4.1. Ámbito de aplicación y motivos

El objeto o ámbito de aplicación del incidente de nulidad de actuaciones después de sentencia firme se concreta en el art. 241 LOPJ con los siguientes términos:

> «la nulidad de actuaciones fundada en cualquier vulneración de un derecho fundamental de los referidos en el artículo 53.2 de la Constitución, siempre que no haya podido denunciarse antes de recaer resolución que ponga fin al proceso y que, en uno y siempre que dicha resolución no sea susceptible de recurso ordinario ni extraordinario».

La clave, por tanto, es que se denuncie la infracción de algún derecho fundamental de los que podrían fundar, en el futuro, una demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional: en la práctica, se trata prácticamente siempre de alguno de los componentes del conjunto de derechos que se integran en el art. 24 CE (v.g., que la resolución no está motivada, que es incongruente). Son necesarios, además, dos requisitos básicos: en primer lugar, que la infracción no haya podido denunciarse en un momento anterior al dictado de la resolución que ponga fin al proceso; en segundo término, que el proceso haya terminado ya por resolución firme.

En definitiva, lo que cabe denunciar por esta vía son: a) de un lado, las sentencias firmes que se han dictado en rebeldía involuntaria del demandado, cuando esa rebeldía deriva de la nulidad del primer emplazamiento del demandado o de su indebida exclusión del proceso en un momento posterior; b) las

infracciones procesales que se han cometido precisamente en la última resolución que se dicta en el proceso, aquella que le pone (v.g., la sentencia dictada por el Tribunal Supremo al resolver un recurso de casación).

4.2. Sujetos

La competencia para conocer del incidente de nulidad de actuaciones corresponde al mismo tribunal que dictó la sentencia o resolución firme.

> Este es el gran problema del incidente de nulidad de actuaciones: como regla, los tribunales serán reacios a admitir sus propios errores, máxime si se les imputa la lesión de un derecho fundamental.

El art. 241 LOPJ reconoce legitimación para instar el incidente de nulidad de actuaciones a «quienes sean parte legítima o hubieran debido serlo», es decir, a quienes hayan sido partes en el proceso donde se dictó la sentencia firme cuya rescisión se pretende. Es obvio que quien promueva el incidente será aquella parte que haya padecido la indefensión o que resulte perjudicada por el vicio de incongruencia denunciado. Pero además de esta, serán también partes en el incidente todas las que lo fueron en el proceso previo (como demandadas).

4.3. Procedimiento

El ejercicio de esta acción anulatoria por la vía del incidente de nulidad de actuaciones está sujeto a un doble ***plazo***:

— Existe, primero, un plazo absoluto de 5 años desde la notificación de la sentencia o resolución (nótese, sin embargo, que a veces el defecto puede ser la falta de notificación de esta resolución).

— Además, se debe observar un plazo relativo de 20 días desde la notificación de la sentencia o resolución o desde que se tuvo conocimiento del vicio causante de indefensión.

El incidente se promueve por medio de un escrito –que debería revestir la forma de demanda–, al que podrán acompañarse los documentos en que la parte se funde. El tribunal deberá inadmitirlo a trámite, mediante providencia sucintamente motivada, si se pretenden suscitar otras cuestiones distintas de las propias del incidente. Frente a esta providencia no cabe recurso alguno.

Si se admite a trámite, no se suspende la ejecución o eficacia de la sentencia o resolución firme, salvo que de procederse a la ejecución el incidente pudiera perder su finalidad.

Admitido el escrito, se da traslado a las demás partes del proceso para que, en un plazo común de cinco días, puedan hacer alegaciones y aportar documentos. Aunque la ley no lo establece expresamente, cabrá que se practiquen pruebas, en cuyo caso habría que celebrar una vista, con arreglo a las normas del juicio verbal.

El incidente se resolverá por medio de auto, que será irrecurrible.

Si se desestima la solicitud, se condenará en costas al solicitante y se le podrá imponer una multa –de 90 a 600 euros– si se aprecia temeridad.

Si se estima la solicitud, se repondrán las actuaciones al momento inmediatamente anterior al defecto que la haya originado y se seguirá el procedimiento legalmente establecido. No obstante, si el vicio fuera de incongruencia se ha entendido hasta ahora que el propio tribunal dictará sentencia congruente.

5. El amparo ante el Tribunal Constitucional

Tal y como establece el art. 53 de la Constitución, y recuerda el art. 41 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que la propia LOTC establece, y sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia.

En concreto, el llamado «recurso» de amparo constitucional protege frente a las violaciones de los derechos fundamentales y libertades públicas que tengan su origen en disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. Y es indudable que, entre los poderes públicos cuyos actos pueden lesionar derechos fundamentales, se encuentran los órganos jurisdiccionales.

Por eso, el art. 44.1 LOTC permite interponer recurso de amparo frente a las violaciones de los derechos fundamentales y libertades públicas que tengan su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial, siempre que se cumplan los requisitos siguientes:

a) Que se hayan agotado todos los medios de impugnación previstos por las normas procesales para el caso concreto dentro de la vía judicial.

> Este agotamiento de la vía previa impide recurrir directamente en amparo cada vez que una actuación judicial lesione –aparentemente– un derecho fundamental. De hecho, si la lesión se ha cometido en la resolución que pone fin al proceso, antes de formular demanda de amparo será necesario interponer el incidente de nulidad de actuaciones.

b) Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron, acerca de los que, en ningún caso, entrará a conocer el Tribunal Constitucional.

> Es decir, se puede recurrir en amparo porque un órgano jurisdiccional ha vulnerado un derecho fundamental en el curso de un proceso, pero no porque un particular ha lesionado un derecho fundamental de otro.

c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso, si hubo oportunidad, la vulneración del derecho constitucional tan pronto como, una vez conocida, hubiera lugar para ello.

Debe tenerse en cuenta que, en puridad, el amparo constitucional no es un verdadero recurso, pues se propone frente a resoluciones judiciales firmes: es, por

ello, un proceso autónomo y nuevo, que tiene por objetivo que el Tribunal Constitucional verifique si se ha vulnerado o no un derecho fundamental; en caso de que haya sido así, el TC podrá anular la resolución judicial en cuestión. Por eso, el amparo constitucional se suma a los mecanismos que permiten obtener la nulidad de sentencias firmes.

En concreto, según el art. 55.1 LOTC, la sentencia que otorgue el amparo contendrá alguno o algunos de los pronunciamientos siguientes:

a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación en su caso de la extensión de sus efectos.

b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.

c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

La regulación de la tramitación del recurso de amparo ha sido objeto de sucesivas modificaciones, a través de las que se ha buscado restringir cada vez más su admisibilidad, vista la sobrecarga de trabajo del Tribunal Constitucional.

En concreto, el plazo para interponer el recurso de amparo será de treinta días, a partir de la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial (art. 44.2 LOTC).

El recurso de amparo constitucional se iniciará mediante demanda en la que se expondrán con claridad y concisión los hechos que la fundamenten, se citarán los preceptos constitucionales que se estimen infringidos y se fijará con precisión el amparo que se solicita para preservar o restablecer el derecho o libertad que se considere vulnerado. En todo caso, la demanda justificará la especial trascendencia constitucional del recurso (art. 49.1 LOTC).

El recurso de amparo debe ser objeto de una decisión de admisión a trámite, que corresponderá a una Sección del TC compuesta por tres Magistrados. Para que proceda la admisión es necesario que el contenido del recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional en razón de su especial trascendencia constitucional, que se apreciará atendiendo a su importancia para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales (art. 50.1 LOTC). Esta exigencia de acreditar la especial trascendencia constitucional del recurso se ha erigido, de hecho, en uno de los mayores obstáculos prácticos para el acceso al recurso de amparo (la STC 155/2009, de 25 de junio, se encarga de definir los supuestos en que cabe entender que concurre esa especial trascendencia constitucional).

Admitida la demanda de amparo, se requerirá con carácter urgente al juez o tribunal que conoció del procedimiento precedente para que, en plazo que no podrá exceder de diez días, remita las actuaciones o testimonio de ellas. El juez o tribunal cumplimentará el envío dentro del plazo señalado y emplazará a quienes fueron parte en el procedimiento antecedente para que puedan comparecer en el proceso constitucional en el plazo de diez días (art. 51 LOTC).

Recibidas las actuaciones y transcurrido el tiempo de emplazamiento, se dará vista de las mismas a quien promovió el amparo, a los personados en el proceso, al Abogado del Estado, si estuviera interesada la Administración Pública, y al Ministerio Fiscal. La vista será por plazo común que no podrá exceder de veinte días, y durante el podrán presentarse las alegaciones procedentes. Presentadas las alegaciones o transcurrido el plazo otorgado para efectuarlas, se señalará día para la vista, en su caso, o deliberación y votación. La Sala, o en su caso la Sección, pronunciará la sentencia que proceda en el plazo de 10 días a partir del día señalado para la vista o deliberación (art. 52 LOTC).

LECCIÓN 30

LAS COSTAS EN EL PROCESO CIVIL

1. Gastos y costas en el proceso civil. — 2. La condena en costas: criterios para su imposición. — 3. La tasación de costas. — 4. La tasa judicial.

1. GASTOS Y COSTAS EN EL PROCESO CIVIL

El proceso civil –como, en general, toda actividad jurisdiccional– conlleva una serie de costes económicos. Algunos de estos costes son sufragados directamente por el Estado –o por las Comunidades Autónomas con competencias transferidas en materia de Justicia–: es lo que sucede con los gastos de personal (*v.g.*, salarios de Jueces y Magistrados, Letrados de la A. de J., Fiscales, personal auxiliar) y de funcionamiento ordinario de la Administración de Justicia (*v.g.*, adquisición y mantenimiento de edificios judiciales, materiales de oficina, equipos informáticos), sin los cuales no podría desarrollarse ningún proceso.

> No obstante, en algunos casos se exige a los litigantes el pago de una tasa judicial, que también contribuye a sostener el funcionamiento de la Administración de Justicia.

El resto de los gastos originados en el proceso deben ser sufragados por los litigantes. En general, se llama *gastos procesales* a todos los nacidos con ocasión de un proceso, esto es, a los que traen su causa directa e inmediata de la existencia de un proceso –lo que incluye los gastos motivados por la preparación del proceso–, incluso aunque puedan resultar caprichosos o superfluos.

> Así, y a modo de ejemplo, son gastos procesales los honorarios que deben pagarse al abogado, el arancel debido al procurador, la retribución de los peritos, la indemnización a los testigos, el arancel del Notario a quien se solicita un requerimiento de pago o el del Registrador que debe expedir una certificación, así como los viajes y desplazamientos para la obtención de fuentes de prueba.

En general, los gastos procesales han de ser pagados por la parte a cuya instancia se han efectuado las actuaciones que los han generado (art. 241.1 LEC): quien solicita el libramiento de copia de una escritura a un Notario, quien contrata los servicios de un Abogado, quien encarga a un perito la elaboración de un dictamen, y así sucesivamente. Estos gastos, además, deben ser pagados a medida que se vayan produciendo; es más, los titulares de créditos derivados de actuaciones procesales podrán reclamarlos del litigante que deba abonarlos sin necesidad de esperar siquiera a que el proceso haya finalizado y con independencia del eventual pronunciamiento que recaiga sobre las costas (art. 241.2 LEC).

> Más aún, en determinados supuestos el ordenamiento atribuye a estos terceros acreedores ciertos instrumentos privilegiados para una rápida exacción de lo que se les debe. Esto es lo que ocurre al menos con los procedimientos siguientes: a) para que el procurador obtenga provisión de fondos de su mandante (art. 29

LEC); b) para que el procurador cobre de su mandante sus derechos y los gastos que le haya suplido (art. 34 LEC); c) para que el abogado cobre de su cliente los honorarios que le son debidos (art. 35 LEC); d) para que el perito designado judicialmente cobre de la parte que solicitó el dictamen (art. 342.3 LEC); e) para que los testigos cobren del litigante que los propuso la indemnización que se les debe (art. 375 LEC); f) para que los Notarios y Registradores cobren los honorarios que se les deban.

Ahora bien, de entre los gastos, el legislador ha atribuido a algunos el carácter de *costas procesales*. De forma general, puede decirse que son costas procesales aquellos gastos que se pueden considerar necesarios –o al menos útiles– para la defensa de la pretensión de cada litigante y que, por eso mismo, serán reembolsables en caso de que exista condena en costas. En concreto, son costas procesales los gastos que se enumeran en los siete apartados del art. 241.1 pfo. II LEC:

1º. Honorarios de la defensa y de la representación técnica cuando sean preceptivas.

> En caso de no ser preceptiva la intervención de abogado y procurador, también se considerarán costas estos honorarios si el juez aprecia temeridad en la conducta del condenado en costas o si el domicilio de la parte representada y defendida se encuentra en lugar distinto a aquél en que se ha tramitado el juicio (art. 32.5 LEC).

Debe tenerse en cuenta que no todos estos honorarios pueden considerarse costas en el sentido de ser reembolsables si existe condena en costas: cuando se trate de las cantidades debidas a abogados u otros profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel (*v.g.*, peritos), solo será reembolsable como máximo una cantidad que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso –a estos efectos, las pretensiones de cuantía inestimable se estimarán en 18.000 euros.

2º. Inserción de anuncios o edictos que de forma obligada deban publicarse en el curso del proceso.

3º. Depósitos necesarios para la interposición de recursos.

4º. Derechos de peritos y demás abonos que tengan que realizarse a personas que hayan intervenido en el proceso.

5º. Copias, certificaciones, notas, testimonios y documentos análogos que hayan de solicitarse conforme a la ley, salvo los que se reclamen por el tribunal a registros y protocolos públicos, que serán gratuitos.

6º. Derechos arancelarios que deban abonarse como consecuencia de actuaciones necesarias para el desarrollo del proceso.

7º. La tasa judicial.

2. LA CONDENA EN COSTAS: CRITERIOS PARA SU IMPOSICIÓN

Como se acaba de adelantar, cada parte debe pagar los gastos –incluidos los que se pueden considerar costas– causados a su instancia a medida que se van generando. Sin embargo, esto no significa que dicho litigante deba soportar definitivamente todo ese coste económico; es posible que al final del proceso el tribunal, en la sentencia, *condene en costas* a uno de los litigantes. La *condena en costas* significa que el litigante a quien se le impone debe reembolsar a la parte contraria el importe de aquellos gastos que sean en sentido estricto costas procesales.

El tribunal, en la sentencia, está obligado en todo caso a pronunciarse sobre las costas originadas durante el proceso. Los criterios que guían este pronunciamiento –y, por tanto, los supuestos en que procede condenar en costas a alguno de los litigantes– constituyen, sin duda, un elemento de la mayor relevancia práctica a la hora de afrontar un proceso judicial. En efecto, estas reglas condicionan la perspectiva de lograr un reembolso de las costas o, a la inversa, el riesgo de no lograrlo o, incluso, de tener que asumir el reembolso de sus costas a la parte contraria. Quien litiga activamente, igual que quien se defiende de una demanda, ha de asumir que no solo está en juego en el proceso la decisión sobre el fondo de la controversia, sino también el coste del propio proceso, tanto el coste propio como el de la parte contraria.

2.1. Pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia

El pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia está condicionado por dos variables: de un lado, si una de las partes ha visto totalmente o no estimadas sus pretensiones; de otro, cuál ha sido su actitud en relación con el intento de solución negociada de la controversia, que es como regla condición de procedibilidad.

Sobre estas premisas, el art. 394 LEC ha establecido las siguientes reglas:

1º. *Vencimiento total*

Habrá condena en costas cuando el tribunal haya rechazado todas las pretensiones de uno de los litigantes, es decir, cuando se ha producido el denominado *vencimiento total* de una de las partes (art. 394.1 LEC). Así, cuando se han estimado todas las pretensiones del actor, se condenará en costas al demandado (pues se han desestimado todas sus defensas); e, inversamente, si se rechazaron todas las peticiones del actor, será éste el condenado al pago de las costas.

> El fundamento de esta regla es sencillo: la necesidad de servirse del proceso para obtener la razón no debe perjudicar a quien tiene la razón. Por eso, si el actor se ve en la necesidad de demandar para que la parte contraria satisfaga su pretensión, es razonable que sea el demandado quien asuma el coste del proceso para el actor. De no ser así, la satisfacción no sería completa, pues habría que deducirle el coste del proceso. Y, a la inversa, si un sujeto resulta indebidamente demandado y resulta absuelto, ha de tener derecho al reembolso de las costas

> invertidas en su defensa, pues de lo contrario se le habría irrogado un perjuicio injusto.

Esta regla general de condena en costas en caso de vencimiento total está sujeta a dos excepciones:

a) De forma excepcional el tribunal no condenará en costas al litigante vencido si aprecia, y así lo razona, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho; para esto segundo, se tendrá en cuenta la jurisprudencia recaída en casos similares.

> Cuando el caso es difícil se considera que la conducta de quien demanda o de quien se defiende resulta legítima y, por tanto, aunque la pretensión resulte desestimada, no se considera proporcionado hacer arrostrar a la parte perdedora con los costes de la defensa de la posición jurídica de la ganadora.

b) Cuando la participación en un MASC sea legalmente preceptiva o haya sido aceptada por las partes durante el proceso, no habrá pronunciamiento de costas a favor de aquella parte que hubiere rehusado expresamente o por actos concluyentes, y sin justa causa, participar en aquel medio al que hubiese sido efectivamente convocada.

> En consecuencia, por muy convencido que esté uno de que su posición jurídica es correcta y de que «tiene la razón», ha de participar activamente en un MASC, aunque solo sea a los efectos de no poner en peligro la expectativa de condena en costas a su favor. Téngase en cuenta que participar en un MASC no significa tener que llegar a un acuerdo; pero el legislador parece querer sancionar la conducta o la actitud de quien, de entrada, «desprecia» la vía del MASC negándose a participar siquiera en aquel.
>
> Es más, haber sido la parte que haya propuesto acudir a un MASC genera una especie de «escudo protector» frente a la condena en costas, si la parte contraria ha rehusado participar en la actividad negociadora (art. 394.4).

Por otro lado, la imposición de la condena en costas no significa que deban abonarse en su integridad a la parte contraria todas las costas en que esta haya incurrido. El art. 394.3 señala que el litigante vencido sólo estará obligado a pagar, de la parte que corresponda a los abogados y demás profesionales que no estén sujetos a tarifa o arancel, una cantidad total que no exceda de la tercera parte de la cuantía del proceso, por cada uno de los litigantes que hubieren obtenido tal pronunciamiento; a estos solos efectos, las pretensiones inestimables se valorarán en 24.000 euros, salvo que, en razón de la complejidad del asunto, el tribunal disponga otra cosa. Esta limitación, sin embargo, no operará cuando el tribunal declare la temeridad del litigante condenado en costas.

2º. *Vencimiento parcial*

En caso de *vencimiento parcial*, no habrá condena en costas (art. 394.2 LEC): quiere esto decir que si la estimación o la desestimación de las pretensiones fuere parcial, cada parte deberá abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, sin que ninguna de ellas tenga derecho a que la contraria le reembolse nada.

Si todas las partes tienen «algo de razón», es legítimo que hayan demandado o se hayan defendido y, por tanto, no es proporcionado imponer reembolsos.

Esta regla general de ausencia de condena en costas en los casos de vencimiento parcial está sujeta a tres excepciones:

a) En algunos casos, la jurisprudencia entiende que procede la condena en costas cuando, aunque el vencimiento no haya sido total, sí que ha sido «sustancial».

> Ejemplo. Tras un accidente se solicitan daños y perjuicios por un importe de 100.000 euros y el tribunal, en sentencia, tras valorar la prueba pericial, considera que lo debido son 95.000.

b) Excepcionalmente, a pesar del vencimiento parcial, se podrá condenar en costas a uno de los litigantes si el tribunal aprecia que ha litigado con temeridad (= mala fe).

c) Si alguna de las partes no ha acudido, sin causa que lo justifique, a un medio adecuado de solución de controversias, cuando fuera legalmente preceptivo o así se hubiera aceptado durante el proceso, se la podrá condenar al pago de las costas, en decisión debidamente motivada, aun cuando la estimación de la demanda sea parcial.

> Se trata, pues, de forzar indirectamente el intento de MASC, ante el riesgo de ver alterada la aplicación general de las reglas sobre imposición de la condena en costas.

3º. *Allanamiento y desistimiento*

a) Si ha habido *allanamiento*, el tribunal debe dictar sentencia estimatoria. Por eso, en caso de allanamiento, el tribunal deberá condenar en costas al allanado (art. 395.2 LEC).

Esta regla, no obstante, tiene una importante excepción: si el allanamiento se produce antes de la contestación a la demanda, el demandado no será condenado en costas (art. 395.1 LEC).

> Se busca con ello incentivar el allanamiento inicial con una exoneración del deber de reembolsar las costas padecidas por el actor; además, se tiene en cuenta que la recepción de la demanda puede ser la primera reclamación de la prestación que se efectúe al demandado, que no ha tenido entonces ocasión de evitar el litigio mediante el cumplimiento voluntario.
>
> Esta excepción tiene, a su vez, otra excepción: a pesar de que el allanamiento sea inicial (esto es, previo a la contestación a la demanda), habrá condena en costas si el tribunal aprecia mala fe en el demandado o abuso por su parte del servicio público de Justicia; y se entenderá que existe, en todo caso, mala fe si, antes de presentar la demanda, se hubiera requerido al demandado de forma fehaciente y justificada para que cumpliera la obligación, o cuando hubiera rechazado el acuerdo ofrecido o la participación en un medio adecuado de solución de controversias. En estos casos, puede presumirse que el demandado ha abusado extraprocesalmente y ha forzado al actor a formular una demanda con la que

después se allana: es razonable hacerle asumir los costes de un proceso forzado por él.

b) Si el proceso ha terminado por *desistimiento*, la ley distingue en función de la bilateralidad o no de este. Si el desistimiento no requería del consentimiento del demandado, será el actor condenado al pago de todas las costas (art. 396.1 LEC). En cambio, si el desistimiento fue consentido por el demandado, no habrá condena en costas (art. 396.2 LEC).

> Lo que no aclara la ley es lo que sucede si se produce sin el consentimiento del demandado: lo razonable es que el juez decida en cada caso concreto en función de las causas aducidas por el demandado para oponerse al desistimiento, pues una solución generalizada podría tener efectos perjudiciales (si nunca se pudieran imponer las costas al actor el resultado podría ser injusto para el demandado; pero si se impusieran al actor, es evidente que el demandado podría tener un incentivo para oponerse, a pesar de que pudiera convenirle este desenlace del proceso).

En cualquier caso, si la sentencia de primera instancia omitió pronunciarse sobre las costas, o bien a juicio de uno de los litigantes erró al pronunciarse sobre las costas (*v.g.*, porque condenó en costas cuando no debía, o no condenó en costas cuando debía), podrá ser recurrida en apelación por este motivo. Es incluso posible que el pronunciamiento sobre las costas sea el único objeto de la apelación, de manera que la decisión sobre el fondo del litigio quedaría firme a pesar de la apelación, que se contraería a la modificación de la sentencia en lo tocante a las costas.

2.2. Pronunciamiento sobre las costas en apelación y casación

No solo la sentencia de primera instancia debe pronunciarse sobre las costas. Dado que también durante las ulteriores fases del proceso se generan costas, deben los tribunales superiores pronunciarse sobre ellas en la sentencia que ponga fin a los recursos de apelación y casación, conforme a los siguientes criterios.

1º. *Recurso de apelación*

A las costas del recurso de apelación se les aplicarán las reglas del art. 394, de modo que se impondrán a la parte que vea totalmente desestimadas sus pretensiones (sea el recurrente, si se rechazó totalmente el recurso, o el recurrido, si este se estimó: art. 398.1).

Debe advertirse que esta regla se refiere a las costas del recurso de apelación, no a las de la primera instancia. En relación con estas, puede suceder que la estimación o desestimación del recurso afecte igualmente al pronunciamiento sobre las costas de la primera instancia.

> Ejemplo. La sentencia dictada en primera instancia absolvió al demandado, con lo que condenó en costas al demandante. Este recurre y logra la estimación total de su recurso, con lo que se revoca la sentencia absolutoria y se sustituye por otra de condena. En consecuencia: la parte demandada y recurrida será condenada a pagar no solo las costas de la apelación (porque fue vencida en

él), sino también a pagar las de la primera instancia (porque la sentencia ha pasado a serle completamente desfavorable).

2º. *Recurso de casación*

Las reglas sobre costas en el recurso de casación son distintas.

— Si se rechazan todas las pretensiones del recurrente (= *desestimación total del recurso*), será este condenado al pago de las costas del recurso, salvo que la Sala aprecie circunstancias especiales que justifiquen otro pronunciamiento (art. 398.2 LEC).

Se aplica aquí, por tanto, la regla del vencimiento que también opera en primera instancia y en apelación.

— En cambio, si el recurso es *estimado total o parcialmente*, no habrá condena en costas a ninguno de los litigantes (art. 398.3 LEC).

En este caso no opera la regla del vencimiento, de modo que quien vence el recurso no se ve reembolsado de los gastos a los que tuvo que hacer frente para conseguir hacer valer su posición jurídica. La explicación es clara: la parte contraria –perdedora en el recurso– contaba a su favor con una sentencia de segunda instancia favorable, razón por la cual tenía sentido su oposición al recurso de casación.

3. LA TASACIÓN DE COSTAS

Si se produce condena en costas, uno de los litigantes ha de reembolsar al otro las costas procesales padecidas por aquel (pero no significa, v.g., que el condenado en costas deba pagar al abogado de su contrario la parte de su minuta aún pendiente de cobro, sino que debe abonarle a su contrario lo que este haya debido pagar a su abogado). Por eso, la efectividad de la condena en costas se produce cuando el beneficiario reclama del condenado el pago de todas las sumas reembolsables. Si el condenado no paga voluntariamente, el beneficiario habrá de reclamar su pago a través de un procedimiento especial, con dos fases: una primera, en la que se liquida el importe debido en concepto de costas y que recibe el nombre de *tasación de costas*; y una segunda, en la que se procede a la ejecución inmediata por la cantidad resultante de la liquidación, mediante el embargo y enajenación de los bienes del condenado. Importa resaltar que la tasación de costas –y, con ella, el cobro de lo debido– solo podrá solicitarse una vez sea firme la condena en costas.

La tasación de costas aparece regulada en los arts. 242 a 246 LEC, que atribuyen el mayor protagonismo en la tasación al Letrado de la A. de J.; será tarea del tribunal resolver las impugnaciones que se presenten contra la tasación, cuando esto suceda.

El procedimiento para la tasación de costas comienza a petición del beneficiario de la condena en costas, que aportará justificante de los gastos en que haya incurrido que sean reembolsables. El Letrado de la A. de J. efectuará los

ajustes que considere procedentes y efectuará la tasación, que pondrá en conocimiento de las partes.

El beneficiario de la condena en costas podrá impugnarla por no haberse incluido en ella gastos debidamente justificados y reclamados, o en no haber incluido la totalidad de la minuta del abogado o del perito, o de los aranceles del procurado.

La parte condenada en costas, por su parte, podrá impugnar la tasación aduciendo que se han incluido partidas, derechos o gastos indebidos; también podrá alegar que es excesivo el importe de los honorarios de abogados y peritos, o de los aranceles del procurador.

Además, podrá solicitar la exoneración de su pago o la moderación de su cuantía cuando: i) hubiera formulado una propuesta a la parte contraria una propuesta en el marco de un MASC o esa propuesta la hubiera formulado un tercero neutral; ii) la parte contraria no la hubiera aceptado; iii) la resolución judicial que haya puesto fin al proceso sea sustancialmente coincidente con el contenido de esa propuesta. En estos casos, con arreglo a las normas sobre condena en costas, la parte actora habrá ganado el proceso y habrá obtenido la condena en costas a su favor. Ahora bien, lo cierto es que el proceso podría haberse evitado si la parte actora hubiera aceptado la oferta recibida en el MASC, pues el resultado obtenido en el proceso ha sido sustancialmente igual. Siendo así, parece que la LEC permite al Letrado de la A. de J. exonerar de la condena en costas, o reducir/moderar su alcance, dejando en sus manos la alteración del contenido de una decisión judicial (aunque luego se pueda controlar en vía de recurso).

4. LA TASA JUDICIAL

Se habla de tasa, en general, para referirse a los importes que deben pagarse en algunos casos para acceder a determinados servicios o prestaciones públicos. Tasa judicial, por tanto, sería el importe que habría de pagar quien quisiera acceder a un proceso judicial, cantidad con la que el litigante estaría contribuyendo al sostenimiento de los costes estructurales de la Administración de Justicia. Cobrar o no tasas judiciales es una decisión que corresponde al legislador: mientras no impidan un acceso efectivo a la justicia, son constitucionalmente admisibles; de hecho, el panorama comparado es muy variado en este punto (hay países en que se cobran tasas muy elevadas –como Inglaterra– y otros, en cambio, en que serían impensables –es el caso de Francia, por ejemplo–). En España, durante mucho tiempo, la regla fue el abono de tasas judiciales, hasta que se suprimieron en 1984.

La Ley 35/2002 las reintrodujo de forma muy limitada (solo para grandes empresas) y la Ley 10/2012, de 20 de noviembre, volvió a generalizar en nuestro ordenamiento la figura de las tasas judiciales: en un contexto de grave crisis económica y de enorme austeridad pública, se exigieron tasas también a las personas físicas y, por supuesto, a las personas jurídicas, sin ningún tipo de restricción. Se pretendía con ello disuadir de la interposición de demandas temerarias –fomentando tal vez los mecanismos de solución extrajudicial de

controversias– y financiar el servicio de asistencia jurídica gratuita y la implantación de las nuevas tecnologías en nuestra administración de justicia.

Se produjo una reacción bastante virulenta en ámbitos jurídicos y sociales hasta que en 2015 se produjo un cambio legislativo que volvió a excluir a las personas físicas de la obligación del pago de tasas. Además, y a consecuencia del planteamiento de un recurso de inconstitucionalidad, la STC 140/2016 declaró la inconstitucionalidad de determinadas partidas (en concreto, un importe variable que se cobraba en función de la cuantía del pleito), así como la exigencia del pago de tasas para interponer recursos. A resultas de estos cambios, la situación actual es la que se describe a continuación.

4.1. Hecho imponible y devengo

En el ámbito jurisdiccional civil, el *hecho imponible* de la tasa lo constituye la realización de los siguientes actos procesales:

a) La interposición de la demanda en toda clase de procesos declarativos y de ejecución de títulos ejecutivos extrajudiciales, la formulación de reconvención y la petición inicial del proceso monitorio y del proceso monitorio europeo.

b) La solicitud de concurso necesario y la demanda incidental en procesos concursales.

c) La oposición a la ejecución de títulos judiciales.

El devengo de la tasa se produce precisamente al interponer el escrito de demanda o la petición inicial del proceso monitorio, al formular el escrito de reconvención, al solicitar el concurso o al formular la oposición a la ejecución.

4.2. Sujetos pasivos

Son sujetos pasivos de la tasa (= están obligados a abonarla) quienes promuevan el ejercicio de la potestad jurisdiccional y realicen el hecho imponible (es decir, quien interponga demanda o reconvención).

> Se entenderá que se realiza un único hecho imponible cuando en el escrito ejercitando el acto procesal que constituye el hecho imponible se acumulen varias acciones principales, que no provengan de un mismo título. En este caso, para el cálculo del importe de la tasa se sumarán las cuantías de cada una de las acciones objeto de acumulación.

4.3. Exenciones

El sistema de tasas judiciales presenta una serie de exenciones, de carácter objetivo y subjetivo, que reducen su ámbito de aplicación.

Exenciones objetivas: por razón de la materia, no devengarán tasa judicial las siguientes actuaciones procesales:

— La interposición de demanda cuando se trate de los procedimientos especialmente establecidos para la protección de los derechos fundamentales y libertades públicas, así como contra la actuación de la Administración electoral.

— La solicitud de concurso voluntario por el deudor.

— La presentación de petición inicial del procedimiento monitorio y la demanda de juicio verbal en reclamación de cantidad cuando la cuantía de las mismas no supere 2000 euros. No se aplicará esta exención cuando en estos procedimientos la pretensión ejercitada se funde en un documento que tenga el carácter de título ejecutivo extrajudicial de conformidad con lo dispuesto en el art. 517 LEC.

— La interposición de la demanda de ejecución de laudos dictados por las Juntas Arbitrales de Consumo.

— Las acciones que, en interés de la masa del concurso y previa autorización del juez de lo Mercantil, se interpongan por los administradores concursales.

— Los procedimientos de división judicial de patrimonios, salvo en los supuestos en que se formule oposición o se suscite controversia sobre la inclusión o exclusión de bienes, devengando la tasa por el juicio verbal y por la cuantía que se discuta o la derivada de la impugnación del cuaderno particional a cargo del opositor, y si ambos se opusieren a cargo de cada uno por su respectiva cuantía.

Exenciones subjetivas: no se exigirá el pago de tasa judicial a determinadas categorías de sujetos:

— Las personas físicas.

— Las personas jurídicas a las que se les haya reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, acreditando que cumplen los requisitos para ello de acuerdo con su normativa reguladora.

— El Ministerio Fiscal.

— La Administración General del Estado, las de las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los organismos públicos dependientes de todas ellas.

— Las Cortes Generales y las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas.

4.4. Base imponible y cuota tributaria

La base imponible de la tasa judicial coincide con la cuantía del proceso; si la cuantía del proceso es indeterminada o resulta imposible su determinación, se valorará en 18.000 euros. En los casos de acumulación de acciones, la base imponible estará integrada por la suma de las cuantías correspondientes a las pretensiones ejercitadas o a las distintas acciones acumuladas.

En cuanto a la cuota tributaria, se trata de una cantidad fija, independiente de la cuantía del proceso:

— Para demandas de juicio verbal y cambiario: 150 euros.

— Para demandas de juicio ordinario: 300 euros.

— Para peticiones iniciales de proceso monitorio, de proceso monitorio europeo o incidente concursal: 100 euros.

— Para ejecución de títulos extrajudiciales o para la oposición a la ejecución de títulos judiciales: 200 euros.

> Cuando después de la oposición del deudor en un monitorio se siga un proceso ordinario se descontará de la tasa la cantidad ya abonada en el proceso monitorio.

b) Por otra parte, deben tenerse en cuenta algunas reglas especiales:

— Se efectuará una devolución del 60% del importe de la cuota pagada cuando se alcance una solución extrajudicial del litigio (la devolución se hará sin devengo de intereses de demora).

— Los sujetos pasivos tendrán derecho a la devolución del 20% del importe de la cuota de la tasa cuando se acuerde una acumulación de procesos (de nuevo, sin devengo de intereses de demora).

— Se establece una bonificación del 10% para los supuestos en que se utilicen medios telemáticos en la presentación de los escritos que originan la exigencia de la misma y en el resto de las comunicaciones con los tribunales.

4.5. Tratamiento procesal de la tasa judicial

El sujeto pasivo de la tasa habrá de proceder a su autoliquidación conforme al modelo oficial y a su ingreso en el Tesoro Público antes de llevar a cabo el hecho imponible. El justificante de pago de la tasa con arreglo al modelo oficial, debidamente validado, acompañará a todo escrito procesal mediante el que se realice el hecho imponible de este tributo.

En caso de que no se acompañase dicho justificante por no haberse realizado el pago mismo o por haberse omitido su aportación, o cuando la liquidación efectuada fuera errónea, el Letrado de la A. de J. requerirá al sujeto pasivo para que lo aporte o corrija la liquidación en el plazo de diez días, no dando curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada. La ausencia de subsanación de tal deficiencia o de corrección de la liquidación, tras el requerimiento del Letrado de la A. de J., dará lugar a la preclusión del acto procesal y a la consiguiente continuación o finalización del procedimiento, según proceda.

4.6. Tasa judicial y costas

Tal y como establece el art. 241.1 LEC, la tasa judicial tiene naturaleza de costa procesal. En consecuencia, si se produce condena en costas, lo pagado como tasa judicial por el beneficiario habrá también de serle reembolsado por la parte contraria.

LECCIÓN 31

LA EJECUCIÓN FORZOSA: CUESTIONES GENERALES

1. Naturaleza y función del proceso de ejecución: 1.1. Ejecución y declaración; 1.2. Ejecución y responsabilidad; 1.3. Naturaleza de la actividad ejecutiva. — 2. Acción ejecutiva, título ejecutivo y responsabilidad. — 3. El título ejecutivo: naturaleza jurídica: 3.1. Títulos ejecutivos judiciales; 3.2. Títulos ejecutivos extrajudiciales

1. NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

En términos generales, cabe recordar que el proceso (judicial) es el instrumento para el ejercicio de la función jurisdiccional. Y la función jurisdiccional, por su parte, es la función del Estado consistente en la tutela y realización del ordenamiento jurídico, esto es, en decir y en hacer lo jurídico en el caso concreto o, como señala el art. 117 CE, en «juzgar y hacer ejecutar lo juzgado».

El proceso de ejecución es el instrumento para llevar a cabo la segunda de las vertientes de la función jurisdiccional, es decir, la que guarda relación con *realizar* el ordenamiento jurídico, *hacer* lo jurídico, *ejecutar* lo juzgado.

En concreto, el proceso de ejecución puede definirse inicialmente como el conjunto de actividades jurídicamente regladas tendentes a obtener una transformación de la realidad, de manera que ésta se adecue a lo que es conforme a derecho en un caso concreto: la esencia de la actividad ejecutiva es, por tanto, la transformación de la realidad.

En efecto, hay que recordar que los tribunales, en materia civil, actúan solo cuando una parte solicita su tutela ante una situación de conflicto jurídico. De ordinario, el primer paso es la sustanciación de un proceso de declaración, que puede servir de cauce para el ejercicio de pretensiones de tres tipos: meramente declarativas, constitutivas y de condena. Al término del proceso de declaración el demandante que vio lesionado su derecho puede obtener una sentencia firme que lo reconozca y que condene al demandado a realizar una prestación que lo satisfaga.

Ahora bien, la existencia de una sentencia de condena no produce por sí misma ningún cambio en la realidad extraprocesal: si D debía a A 1000 euros y un tribunal le condena a devolvérselos, la simple existencia de la sentencia no supone que los 1000 euros hayan regresado desde el patrimonio de D al patrimonio de A. Si el deudor no cumple voluntariamente la sentencia de condena, será necesario *forzar* un cambio en la realidad, de modo que esta se acomode a lo establecido en la sentencia, pues en ella se proclama lo que es jurídico en el caso concreto. El proceso de ejecución es el instrumento necesario para lograr estos cambios.

Se ha dicho antes que el proceso de ejecución sirve para transformar la realidad, de modo que se adecue a *lo que es conforme a derecho en un caso concreto*. Esta segunda parte de la definición nos coloca ante la noción básica de «título ejecutivo»: el título ejecutivo es un documento muy especial, en el que se contiene una definición de lo que es jurídico o conforme a derecho en un caso concreto. El ejemplo más paradigmático de documento que es título ejecutivo es la sentencia de condena; ahora bien, como se verá también, existen otros documentos que ostentan la condición de título ejecutivo (los llamados «títulos ejecutivos extrajudiciales»). Lo propio del título ejecutivo es que en él se establece quién tiene derecho a qué en un caso concreto (el acreedor a que su deudor le devuelva 1000 euros, el propietario de un solar a que la constructora edifique en él las viviendas a que se comprometió...): de este modo, en el título ejecutivo se contiene la expresión abstracta del resultado concreto al que se ha de llegar con la ejecución forzosa, a través de la transformación de la realidad que ésta implica. Se puede decir así también que la ejecución forzosa es la actividad de transformación de la realidad para lograr su adecuación al contenido de un título ejecutivo.

La existencia del proceso de ejecución es clave para una adecuada tutela de los derechos de los justiciables: si el Estado no puede forzar la transformación de la realidad para satisfacer los derechos reconocidos en los títulos ejecutivos, éstos no estarían realmente protegidos por el ordenamiento. En consecuencia, el Estado está obligado a poner el proceso de ejecución a disposición de los justiciables, pues de lo contrario la tutela judicial no será completa y se correría el riesgo de un retorno a ciertas manifestaciones de la autotutela. En este sentido, nuestro Tribunal Constitucional ha proclamado en numerosas ocasiones que el derecho a obtener la ejecución forzosa forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva que proclama el art. 24.1 CE.

1.1. Ejecución y declaración

Siguiendo un esquema ideal, la tutela de los derechos de los justiciables en el ámbito civil requiere una primera sustanciación del proceso de declaración, que iría seguido, en su caso, del proceso de ejecución. Así, en términos generales, se suele decir que el proceso de ejecución sigue en el tiempo al proceso de declaración y que a través del proceso de ejecución se consigue que sea efectivo el resultado logrado en el proceso de declaración.

Sin embargo, en la realidad, esta secuencia entre ambos procesos no es necesaria, de modo que resulta posible tanto la declaración sin posterior ejecución, como la ejecución no precedida de declaración (y a veces seguida de declaración).

1º. Puede suceder que *el proceso de declaración no vaya seguido del proceso de ejecución* en varias situaciones:

a) Cuando el condenado cumple voluntariamente la sentencia: no habrá ejecución puesto que el acreedor carece de interés legítimo en obtenerla.

b) Cuando la ejecución no sea posible, dado el contenido de la sentencia. En relación con esto, debe tenerse en cuenta que la ejecución solo procede respecto de sentencias condenatorias; con mayor propiedad, debe decirse que la ejecución

procede respecto de los pronunciamientos condenatorios contenidos en las sentencias. En consecuencia:

— No cabe la ejecución de las sentencias absolutorias, salvo en lo que se refiere a la eventual condena en costas impuesta al actor que no venció.

— No cabe la ejecución de los pronunciamientos meramente declarativos: a través de ellos no se pretende ningún cambio de la realidad –solo que se declare la existencia, inexistencia o modo de ser de una relación o situación jurídica–, por lo que no tiene sentido su ejecución (pero sí será posible la ejecución de la condena en costas que se contenga en sentencias meramente declarativas).

— No cabe la ejecución de los pronunciamientos constitutivos: a través de ellos se produce un cambio jurídico, pero el cambio se alcanza sin más con la firmeza de la sentencia, lo que hace innecesaria la ejecución (así, *v.g.*, la firmeza de la sentencia de divorcio provoca por sí sola el cambio en el estado civil de los cónyuges). Sí será posible, en cambio, la ejecución de la condena en costas que se contenga en las sentencias constitutivas, así como la de los pronunciamientos accesorios de naturaleza condenatoria (*v.g.*, en una sentencia de divorcio se condena a uno de los cónyuges a abonar una pensión compensatoria al otro).

En definitiva, lo importante de cara a la ejecución forzosa son los pronunciamientos concretos de una resolución judicial y no la «etiqueta» genérica que pueda ponérsele a esa sentencia (como sentencia condenatoria, absolutoria, declarativa o constitutiva).

2º. También es posible –y en la práctica muy frecuente– *que el proceso de ejecución no vaya precedido de un proceso de declaración*. Esto es lo que sucede cuando el acreedor tiene su crédito documentado en un título ejecutivo extrajudicial, es decir, en un documento confeccionado con ciertas garantías del que se deduce fehacientemente la existencia de su crédito. En principio, cuando el deudor no paga a su acreedor, este tiene la carga de demandarlo en un proceso declarativo para obtener una sentencia de condena que constituya título ejecutivo y le permita instar la ejecución forzosa. Ahora bien, cuando el acreedor dispone de un título ejecutivo extrajudicial, en caso de impago puede solicitar directamente el despacho de la ejecución (= la apertura del proceso de ejecución) frente al deudor: accede directamente a la ejecución forzosa, sin pasar por un previo proceso de declaración.

Los títulos ejecutivos extrajudiciales, como puede apreciarse, otorgan una tutela privilegiada a los créditos documentados en ellos.

1.2. Ejecución y responsabilidad

El proceso de ejecución conlleva el uso de la fuerza (de ahí que se hable de ejecución *forzosa*): el Estado entra en la esfera patrimonial del deudor-condenado y realiza sobre él las actividades necesarias para lograr una transformación de la realidad.

Esta inmisión del poder público en el patrimonio del ejecutado está legitimada por la existencia de *responsabilidad*: el concepto de responsabilidad, por tanto, se encuentra en el núcleo de la ejecución forzosa.

Se dice que hay responsabilidad cuando el patrimonio de una persona está sujeto a la actividad coercitiva del Estado, por cuanto le es exigible una prestación. Como se verá un poco más adelante, la responsabilidad (= exigibilidad por la fuerza de una prestación) está asociada a su constancia en un título ejecutivo.

Es legítimo que el Estado actúe sobre el patrimonio del ejecutado contra su voluntad, porque el ejecutado es responsable: por eso mismo, la actividad ejecutiva solo es lícita en caso de que realmente exista y subsista esa responsabilidad en el momento en que se abre y se desarrolla el proceso de ejecución contra el deudor. Si, por la razón que sea, esa responsabilidad ya no existe (*v.g.*, porque el deudor pagó voluntariamente), la ejecución forzosa será ilícita.

Teniendo en cuenta lo anterior, puede decirse que el proceso de ejecución es el conjunto de actividades que desarrollan los órganos judiciales para transformar la realidad y con ello hacer efectiva la responsabilidad que se deduce de un título ejecutivo.

1.3. Naturaleza de la actividad ejecutiva

La actividad ejecutiva, como actividad procesal, se define por las siguientes características:

a) *La actividad ejecutiva tiene carácter público:* el proceso de ejecución existe en la medida en que hay un conflicto jurídico de base; y, como es sabido, el Estado tiene el monopolio del uso de la fuerza para la solución de las controversias. En consecuencia, no pueden dejarse en manos privadas las actividades que son propias del proceso de ejecución (por eso, los árbitros no pueden ejecutar los laudos que ellos mismos han dictado).

b) *La actividad ejecutiva es una actividad jurisdiccional:* dado que sirve para la tutela del ordenamiento jurídico y la resolución de controversias, el proceso de ejecución ha de estar encomendado en exclusiva a los órganos jurisdiccionales; no es, por lo mismo, una actividad administrativa. Hay que tener en cuenta que todo proceso de ejecución necesita, para su desarrollo, de una serie de enjuiciamientos, que han de ser emitidos por sujetos independientes, imparciales y objetivamente desinteresados: solo los tribunales de justicia pueden tramitar procesos de ejecución revestidos de las debidas garantías.

> No obstante, tras la reforma operada en el proceso civil por la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, lo cierto es que este rasgo se encuentra un tanto desdibujado: en materia de ejecución forzosa, la reforma procesal tuvo como objetivo incrementar las funciones que los Letrados de la A. de J. pueden desempeñar de forma autónoma; pero los Letrados de la A. de J. carecen en su actuación de la independencia propia de jueces y magistrados, ya que se encuentran organizados de forma jerárquica y pueden recibir instrucciones

vinculantes. Así lo ha reconocido, de hecho, el TJUE en su sentencia de 16 de febrero de 2017 (asunto C-503/15, *Margarit Panicello*).

c) *La actividad ejecutiva conlleva el empleo de la fuerza, de la coacción:* la actividad ejecutiva va dirigida a una transformación de la realidad, que ha de llevarse a cabo a menudo contra la voluntad de quien no hace frente de manera voluntaria a su responsabilidad. El proceso de ejecución, por tanto, necesita de la coerción o fuerza pública para llegar a buen término, lo que explica también su carácter público.

d) *La actividad ejecutiva está construida como una actividad sustitutiva:* el legislador ha querido que, a través del proceso de ejecución, el Estado sustituya –en la medida en que resulte jurídicamente posible– al ejecutado o responsable. A través del proceso de ejecución, el tribunal realiza en sustitución del deudor una serie de actos que son el equivalente de los que un deudor diligente llevaría a cabo para satisfacer plenamente a su acreedor.

> Ejemplo. El deudor diligente que quiere pagar a su acreedor buscará activos líquidos en su patrimonio que entregarle directamente a este y, en caso de no haberlos, venderá bienes suficientes para obtener la cantidad de dinero con la que pagar. Pues bien, a través de la ejecución forzosa el tribunal realiza en sustitución del deudor y sobre el patrimonio del deudor los actos de disposición necesarios para alcanzar ese fin: el tribunal vende válidamente los bienes del deudor y paga con ellos al acreedor, lo que pone de relieve cómo un tercero (el Estado a través del tribunal) sustituye al deudor en la disposición sobre su patrimonio.

e) *La actividad ejecutiva se rige por el principio dispositivo:* el proceso de ejecución forzosa civil sirve para la tutela de derechos e intereses privados, razón por la cual debe estar regida por el principio dispositivo (al igual que el proceso civil de declaración). En consecuencia, la ejecución solo comenzará a instancia de parte (no de oficio), será el ejecutante el que determine qué es lo que pretende a través de la ejecución forzosa y hay que reconocer igualmente a las partes un poder de disposición sobre el proceso (así, el ejecutante puede renunciar a la ejecución o puede llegar a acuerdos con el ejecutado que sean vinculantes para el tribunal).

De forma singular, el art. 565.1 señala que en cualquier momento de la ejecución las partes pueden someterse a mediación o a cualquier otro medio adecuado de solución de controversias, como forma de llegar a un acuerdo acerca del mejor modo de lograr la satisfacción del acreedor sin pasar por el proceso de ejecución. Cuando las partes acuerden someterse a mediación o a otro MASC el proceso de ejecución se suspenderá. Si no llegan a un acuerdo, la parte interesada podrá solicitar la reanudación de la ejecución. En caso de que se llegue a un acuerdo que se cumpla o que convierta en innecesaria la ejecución, el tribunal la archivará, aunque se podrá pedir en todo caso la homologación de lo acordado –que dará lugar a un nuevo título ejecutivo, que podrá fundar una nueva ejecución en caso de incumplimiento.

f) *Heterogeneidad de cada concreto proceso de ejecución respecto de los demás:* aunque la ley establezca una serie de cauces para la sustanciación del

proceso de ejecución, lo cierto es que su concreto desarrollo está muy condicionado por la concreta realidad que ha de transformarse. Existen muchas circunstancias extraprocesales que condicionan el desarrollo de una ejecución forzosa (el patrimonio del ejecutado, la actitud de éste y del ejecutante) y que hacen que, incluso externamente, difícilmente dos procesos de ejecución se parezcan entre sí (a diferencia de lo que ocurre con los procesos declarativos, que se tramitan todos externamente con arreglo a los mismos patrones).

En relación con esto, existe en el plano legal una distinción muy importante entre dos grandes bloques dentro del proceso de ejecución: esta distinción se efectúa en función de la prestación que pretenda obtenerse y permite hablar de ejecución dineraria y de ejecución no dineraria, como dos realidades normativamente bastante alejadas.

La *ejecución dineraria* es la que pretende la satisfacción del ejecutante por medio de la entrega de una cantidad de dinero: la integran, por tanto, el conjunto de actividades necesarias para lograr que del patrimonio del ejecutado pase una determinada cantidad de dinero al del acreedor.

La *ejecución no dineraria* es la que pretende la satisfacción del ejecutante por medio de la realización de una prestación distinta a la entrega de una cantidad de dinero, es decir, que consista en dar, hacer o no hacer algo: forman la ejecución no dineraria el conjunto de actividades precisas para obtener *in natura* la prestación debida.

2. Acción ejecutiva, título ejecutivo y responsabilidad

El proceso de ejecución es un instrumento para la satisfacción de derechos e intereses, al que se acude en situaciones de conflicto jurídico. Como es sabido, el Estado ha asumido el monopolio de la función jurisdiccional, con lo que queda excluido el recurso a la autotutela también en el ámbito de la ejecución forzosa. Como compensación por este monopolio de la ejecución, el Estado se halla obligado a reconocer a los justiciables una serie de derechos relacionados con la ejecución forzosa; de este modo, el Estado también está asumiendo una serie de obligaciones respecto de los justiciables en este ámbito.

Son dos los derechos básicos que el Estado, a través de los tribunales, reconoce a los ciudadanos: el derecho al despacho de la ejecución y la acción ejecutiva.

a) *El derecho al despacho de la ejecución* es el derecho que tiene el justiciable cuyo crédito (*lato sensu*) no ha sido satisfecho de acudir al órgano jurisdiccional y obtener de él la apertura del proceso de ejecución (= «despacho» de la ejecución). Se trata, pues, de un derecho que obliga al Estado, a través de los tribunales, a dar comienzo formalmente a un proceso de ejecución.

El derecho al despacho de la ejecución no es un derecho absoluto, sino que se encuentra supeditado a la concurrencia de dos requisitos:

— En primer término, es preciso que concurran los presupuestos procesales (relativos a la competencia del tribunal y a la personalidad de las partes) y que no concurran óbices procesales: al igual que en el proceso de declaración, también la validez del proceso de ejecución está condicionada por el respeto a una serie de normas procesales.

— En segundo lugar, es indispensable que quien solicita la ejecución forzosa disponga de un título ejecutivo, es decir, de un documento en el que consta qué es conforme a derecho en el caso concreto. Sin título ejecutivo no habrá nunca proceso de ejecución (*nulla executio sine titulo*); pero basta con la aportación por parte de un sujeto de un título ejecutivo que sea formalmente regular para que el tribunal (presupuesta su competencia y la capacidad de las partes) esté obligado a despachar la ejecución.

b) *La acción ejecutiva* es el derecho que tiene el ejecutante a que el tribunal, una vez despachada la ejecución, lleve a cabo todas las actuaciones precisas para satisfacer su crédito. Si está prohibida la autotutela, es razonable reconocer que el acreedor tiene derecho a que el tribunal lleve a cabo todas las actividades necesarias para transformar la realidad y adecuarla al contenido del título ejecutivo, con lo que se logrará la satisfacción de su derecho. Por eso, puede definirse también la acción ejecutiva como el derecho –de contenido concreto– a que el tribunal haga efectiva, en beneficio del ejecutante y sobre el patrimonio del ejecutado, la responsabilidad contenida en el título ejecutivo.

La noción de acción ejecutiva supone, como puede apreciarse, la traslación al ámbito del proceso de ejecución del concepto de acción en sentido concreto que se estudió respecto del proceso de declaración: el derecho a obtener de los tribunales un resultado concreto que satisfaga el derecho lesionado del justiciable.

La acción ejecutiva está condicionada por dos presupuestos, de naturaleza diversa.

— En primer término, un presupuesto formal: que exista un título ejecutivo. Sin título ejecutivo no puede hablarse de acción ejecutiva, pues no puede existir proceso de ejecución en el que satisfacer la pretensión del ejecutante.

— En segundo lugar, y sobre todo, la acción ejecutiva está condicionada por la concurrencia de un presupuesto jurídico-material: la existencia (o subsistencia) de la responsabilidad en el ejecutado. Solo si el ejecutado es responsable hay acción ejecutiva y, por consiguiente, será lícito el proceso de ejecución.

Debe notarse, en efecto, que el título ejecutivo es un documento en el que se refleja una responsabilidad que existe en el momento en que el documento se confecciona; ahora bien, nada garantiza que, desde que se creó el título ejecutivo y hasta el momento en que el ejecutante solicita el despacho de la ejecución, no se hayan producido ciertos hechos que hayan extinguido la responsabilidad (*v.g.*, el deudor pagó la deuda o realizó la prestación debida) o la hayan minorado (*v.g.*, se produjo un pago parcial).

Ahora bien, a pesar de que es posible que la acción ejecutiva ya no exista en el momento en que se despacha la ejecución, lo cierto es que a quien solicita el despacho de la ejecución –y, en general, la tutela judicial ejecutiva– no le hace falta acreditar al comienzo del proceso que tiene acción ejecutiva, sino que su existencia se debe presumir por la simple existencia de un título ejecutivo que así lo acredita.

En consecuencia, de cara a despachar la ejecución el tribunal no tiene que estar convencido de que el ejecutante tiene acción ejecutiva, debido a la especial fuerza que el ordenamiento reconoce al título ejecutivo. En nuestro ordenamiento, la simple existencia del título ejecutivo y su aportación obligan al tribunal a presumir que existe acción ejecutiva, es decir, que la persona respecto de la que se solicita el despacho de la ejecución sigue siendo responsable.

Las cosas, de hecho, no podrían ser de otro modo: y es que si fuera necesario analizar antes de despachar la ejecución que subsiste la responsabilidad del ejecutado, ello obligaría a sustanciar un proceso –más o menos breve– de naturaleza declarativa y el título ejecutivo perdería todo su valor.

El título ejecutivo, pues, acredita por sí solo y de forma suficiente que subsiste la responsabilidad del ejecutado. Por ello, al ejecutante le basta con estar en posesión de un título ejecutivo no sólo para obtener el despacho de la ejecución, sino también el desarrollo íntegro del proceso de ejecución hasta lograr la plena satisfacción de su derecho.

Todo lo anterior, sin embargo, no puede conducir a la conclusión de que la acción ejecutiva no desempeña ningún papel dentro del proceso de ejecución: al contrario, como ya se ha dicho, sin acción ejecutiva la ejecución forzosa no será lícita, pues se estará transformando la realidad en beneficio de un sujeto que no tiene derecho a ello. En efecto, es posible que el ejecutante, «abusando» del título ejecutivo, promueva el comienzo de un proceso de ejecución a pesar de que el ejecutado ya ha quedado liberado de su responsabilidad: en estos casos, la ejecución forzosa será ilícita.

Lo que ocurre es que el tribunal, de oficio, no puede controlar si la ejecución es o no lícita, esto es, si hay o no acción ejecutiva: es carga del ejecutado oponerse a la ejecución cuando es ilícita, alegando y probando que no hay acción ejecutiva, es decir, que ya no existe responsabilidad.

Reiterando ideas ya expuestas, hay que insistir en que en la práctica al ejecutante solo le hace falta estar en posesión de un título ejecutivo formalmente regular para obtener la apertura de un proceso de ejecución y para que, una vez abierto, el proceso se desarrolle hasta la completa satisfacción del ejecutante. El ejecutante, pues, no tiene que probar –ni siquiera acreditar– que tiene acción ejecutiva: es carga del ejecutado, en su caso, demostrar su ausencia.

3. El título ejecutivo

Como se deduce de lo expuesto hasta ahora, el título ejecutivo es uno de los conceptos clave del proceso de ejecución, pues constituye la base de toda ejecución forzosa: el título ejecutivo contiene la determinación de lo que es conforme a Derecho en el caso concreto y, con ello, ofrece el resultado al que debe llegarse tras la actividad de transformación de la realidad en que consiste la ejecución forzosa.

Por definición, el título ejecutivo es siempre un documento –o tiene siempre un apoyo documental– que tiene una doble función: forzar el despacho de la ejecución y acreditar la existencia de la acción ejecutiva. Por eso mismo, no cualquier documento puede tener la consideración de título ejecutivo. Al contrario, solo serán título ejecutivo aquellos documentos a los que expresamente la ley les otorgue esta condición: en consecuencia, los títulos ejecutivos constituyen en nuestro ordenamiento una lista cerrada (son *numerus clausus*). Además, y teniendo en cuenta las fuertes consecuencias que se anudan a un documento que es título ejecutivo, el legislador no puede ser absolutamente libre a la hora de decidir cuáles son los documentos a los que otorga fuerza ejecutiva (= son título ejecutivo). Como regla, es imprescindible que un documento reúna las dos siguientes condiciones:

— Que sea un documento fehaciente, es decir, que se haya confeccionado con una serie de garantías que no permitan dudar de su autenticidad. Cuando se trata de títulos ejecutivos judiciales, esta fehaciencia proviene de la fe pública judicial del Letrado de la A. de J.; en el caso de los extrajudiciales, se anuda a la intervención en su confección de un fedatario público.

— Que refleje con la suficiente precisión la existencia de una responsabilidad, lo que incluye: a) el contenido de la responsabilidad (= la prestación debida); b) la legitimación activa (= quién tiene derecho a recibir la prestación); y c) la legitimación pasiva (= quién debe realizar la prestación, quién es el titular del patrimonio responsable).

Es habitual afirmar también que el título ejecutivo tiene *carácter abstracto*: esto significa que lo importante de este documento es que refleja la existencia de una responsabilidad, sin importar cuál sea el origen de esa responsabilidad y sin que, en consecuencia, el tribunal ante el que se presenta el título ejecutivo deba/pueda tener en consideración cuál es el origen de esa responsabilidad a la hora de despachar la ejecución.

Asimismo, debe también notarse que en ocasiones debe hablarse de la existencia de *títulos ejecutivos complejos*:

— En primer término, hay supuestos en los que el título ejecutivo nace de la conjunción de dos o más documentos: cada uno de ellos, considerado aisladamente, carece de fuerza ejecutiva, pero su aportación conjunta obliga al tribunal a despachar la ejecución.

— En segundo lugar, en ocasiones el título ejecutivo nace de la conjunción entre un documento (que por sí solo carece de fuerza ejecutiva) y una cierta

conducta del demandado requerido de pago: es lo que sucede, por ejemplo, en el proceso monitorio y en el juicio cambiario.

La distinción más importante, de todos modos, es la que se efectúa entre los *títulos ejecutivos judiciales* y los *títulos ejecutivos extrajudiciales*.

Son títulos ejecutivos judiciales aquellos en cuya confección ha intervenido un órgano jurisdiccional, es decir, que se han creado en el marco de un proceso judicial.

Son títulos ejecutivos extrajudiciales aquellos en cuya confección no ha intervenido un órgano jurisdiccional, es decir, que se han creado al margen del proceso.

La distinción entre títulos ejecutivos judiciales y extrajudiciales es de gran importancia, porque en determinados aspectos la regulación del proceso de ejecución es distinta en función de la naturaleza del título ejecutivo. Así, como veremos, la defensa del ejecutado es más amplia cuando el título es extrajudicial que cuando es judicial. Estas diferencias de régimen jurídico tienen una explicación: la existencia de un título ejecutivo judicial presupone la previa existencia de un proceso declarativo, en el que el demandado habrá podido defenderse plenamente, lo que legitima un trato más «duro» en el posterior proceso de ejecución; en cambio, cuando el título es extrajudicial dicho proceso declarativo previo no ha existido, lo que aconseja que se adopten unas mayores precauciones.

El listado con los documentos que nuestro ordenamiento considera títulos ejecutivos se contiene, sobre todo, en el art. 517.2 LEC. Fuera de la LEC, también en algunas leyes especiales se contienen otros títulos ejecutivos, pero ha de insistirse en la idea de que sólo serán títulos ejecutivos aquellos documentos a los que la ley –la LEC u otra– expresamente les atribuya esta condición.

3.1. Títulos ejecutivos judiciales

Del conjunto de documentos que el art. 517.2 LEC enumera como títulos ejecutivos, merecen la calificación de títulos ejecutivos judiciales los siguientes:

a) *La sentencia de condena firme* (art. 517.2.1º LEC). Se trata, sin duda, del título ejecutivo por excelencia. En la práctica forense recibe el nombre de *«ejecutoria»* el documento en el que se consigna una sentencia firme. No obstante, esta previsión legal debe ser objeto de varias precisiones:

— Lo realmente importante es que existan en la sentencia pronunciamientos condenatorios, de ahí que puedan ejecutarse también los pronunciamientos de condena en costas contenidos en sentencias absolutorias, meramente declarativas o constitutivas.

— La firmeza de la sentencia (*rectius*, del pronunciamiento condenatorio) no es imprescindible para que esta tenga fuerza ejecutiva: también es título ejecutivo la sentencia de condena que no es firme, es decir, que ha sido recurrida; respecto de esta última es posible, como se verá, la llamada ejecución provisional.

b) *Los laudos o resoluciones arbitrales* (art. 517.2.2º LEC). Aunque no se hayan dictado por jueces, sino por árbitros, la ley les otorga la misma consideración, de modo que su ejecución queda sujeta al mismo régimen jurídico. Nótese, además, que el carácter público de la actividad ejecutiva impide que los laudos arbitrales sean ejecutados por los árbitros: serán los jueces quienes se encarguen de su ejecución forzosa.

c) *Los acuerdos de mediación* y los *acuerdos alcanzados* por las partes en cualquier otro *medio adecuado de solución de controversias*, siempre que estén elevados a escritura pública (art. 517.2.2º LEC).

> Debe notarse que, aunque las escrituras públicas son título ejecutivo extrajudicial, cuando contienen un acuerdo de mediación o alcanzado en un MASC reciben el tratamiento de título ejecutivo judicial, con las consecuencias que esto comporta –la posición del acreedor es más ventajosa.

d) Las resoluciones que aprueben u homologuen *transacciones judiciales y acuerdos logrados en el proceso*, acompañadas, si fuere necesario para constancia de su concreto contenido, de los correspondientes testimonios de las actuaciones (art. 517.2.3º LEC). Ha de recordarse que las transacciones alcanzadas por las partes pueden someterse a la homologación del tribunal, lo que les otorga fuerza ejecutiva: en caso de incumplimiento, el acreedor de la prestación objeto de transacción podrá reclamar su ejecución forzosa, sin tener que pasar por un previo proceso declarativo.

> ***e)*** *El llamado «auto de cuantía máxima»*, es decir, el auto que establezca la cantidad máxima reclamable en concepto de indemnización, dictado en los supuestos previstos por la ley en procesos penales incoados por hechos cubiertos por el Seguro Obligatorio de Responsabilidad Civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor (art. 517.2.8º LEC). Se trata de una resolución que se dicta por un tribunal penal, en el marco de un proceso penal, cuando éste concluye sin que el tribunal haya podido válidamente pronunciarse sobre la responsabilidad civil *ex delicto*, pero cuando considera que es efectivamente debida una indemnización. Debe notarse que el auto de cuantía máxima lo dicta un tribunal penal, pero ha de ser ejecutado por los tribunales del orden civil.
>
> ***f)*** Las *demás resoluciones* [...] que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución (art. 517.2.9º LEC). A modo de ejemplo, este es el caso del auto que aprueba el allanamiento parcial en un proceso declarativo (art. 21.2 LEC), que puede ser ejecutado mientras se sigue desarrollando el proceso respecto de las pretensiones que no fueron objeto de allanamiento.

Respecto de todos los títulos ejecutivos judiciales, el art. 518 LEC establece una importante *regla de caducidad*: la acción ejecutiva fundada en un título ejecutivo judicial caducará si no se interpone la correspondiente demanda ejecutiva dentro de los cinco años siguientes a la firmeza de la sentencia o resolución.

3.2. Títulos ejecutivos extrajudiciales

Los títulos ejecutivos extrajudiciales nos colocan ante situaciones en que es posible, en caso de conflicto jurídico, acudir directamente al proceso de ejecución, sin tener que promover y vencer previamente un proceso declarativo.

Existen, pues, ciertos documentos que otorgan a quienes figuran en ellos como acreedores el derecho a cobrar su crédito de forma directa, sin necesidad de lograr la previa condena de su deudor al pago de la cantidad debida. La existencia de estos documentos responde a la mera voluntad del legislador, que lo ha considerado oportuno por razones de política económica: como regla, son título ejecutivo extrajudicial los documentos en que constan los créditos de los llamados «acreedores profesionales» (normalmente, entidades financieras y bancarias), que obtienen una tutela privilegiada para sus créditos en caso de impago; este acceso directo del acreedor al proceso de ejecución en caso de impago abarata los costes, lo que debería repercutir beneficiosamente en el sistema financiero general.

Debe tenerse en cuenta, además, que el legislador solo otorga la condición de títulos ejecutivos extrajudiciales a documentos que acrediten deudas dinerarias, pero no prestaciones de naturaleza diversa.

Del listado del art. 517.2 LEC, son extrajudiciales los siguientes títulos ejecutivos:

a) *Las escrituras públicas* (art. 517.2.4º LEC): los créditos dinerarios consignados en escritura pública, por tanto, pueden ser reclamados directamente en vía ejecutiva. Debe tenerse en cuenta que es consustancial a la escritura pública su otorgamiento ante notario (es decir, ante un fedatario público). En concreto, se otorga valor de título ejecutivo a la copia de la escritura matriz que se haya expedido con carácter ejecutivo a instancia del interesado.

> Cuando un negocio jurídico se otorga por medio de escritura pública, el original (llamado también «matriz») permanece en el protocolo del notario ante quien se otorga. Por eso, los protagonistas del negocio solo reciben del notario una copia de la escritura original. De conformidad con el art. 233 del Reglamento Notarial, solo tiene valor de título ejecutivo aquella copia que el interesado solicite que se expida con ese carácter (desde el inicio, o en un momento posterior).

b) Las *pólizas de contratos mercantiles* (art. 517.2.5º LEC).

> Se suele llamar póliza al documento que refleja un contrato mercantil y que no alcanza el estatus de una escritura pública. En concreto, es título ejecutivo el testimonio expedido por el notario del original de la póliza debidamente conservada en su Libro-Registro o la copia autorizada de la misma, acompañada en su caso de la certificación que acredite que la liquidación de la cantidad reclamada se ha realizado del modo previsto en la propia póliza.

> ***c)*** Los *títulos al portador o nominativos*, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas y los cupones, también vencidos, de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos y estos, en todo caso, con los libros talonarios (art. 517.2.6º LEC). Los títulos al portador o nominativos a que se refiere aquí la LEC no son los llamados títulos cambiarios (letras de cambio, cheques y pagarés), pues no tienen fuerza ejecutiva (aunque existe un proceso especial, el juicio cambiario, para obtener su cobro de forma más rápida). La LEC se refiere aquí, sobre todo, a las acciones y obligaciones emitidas por las sociedades, de las que se deduce el derecho de accionistas y obligacionistas al pago de unas sumas de dinero (como los dividendos).

d) Los *certificados no caducados expedidos por las entidades encargadas de los registros contables respecto de los valores representados mediante anotaciones en cuenta* a los que se refiere la Ley del Mercado de Valores, siempre que se acompañe copia de la escritura pública de representación de los valores o, en su caso, de la emisión, cuando tal escritura sea necesaria, conforme a la legislación vigente (art. 517.2.7º LEC). Lo previsto en este precepto debe entenderse partiendo de lo previsto en el anterior: la esencia del título ejecutivo es la de ser un documento; cuando las acciones y obligaciones no se emiten en papel, sino a través de anotaciones en cuenta (como sucede en la generalidad de los casos), es preciso de algún modo dotarlas de un soporte documental susceptible de ser presentado ante un tribunal para solicitar el despacho de la ejecución; ése es el rol que cumplen los certificados a que se refiere este precepto.

e) Los demás [...] documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución (art. 517.2.9º LEC).

- Esto sucede, *v.g.*, con los documentos que garantizan la devolución de las cantidades abonadas a cuenta por los compradores de vivienda sobre plano, garantía que debe prestar la promotora o constructora (todo ello con arreglo a la Ley 57/1968 de 27 de julio, aún vigente).

- También encajan en esta remisión las facturas electrónicas, en los términos del art. 2 ter de la Ley 56/2007 de medidas de impulso de la sociedad de la información. A tal fin, es necesario que así lo hayan acordado las partes expresamente, de modo que el carácter ejecutivo figure en la factura y el acuerdo entre las partes figure en un anexo, en el que también se ha de hacer referencia a la relación jurídica subyacente que haya originado la emisión de la factura. Se excluye, no obstante, que puedan tener carácter ejecutivo las facturas electrónicas en las relaciones con consumidores y usuarios, así como las que tengan por destinatarios a los órganos, organismos y entidades integrantes del sector público.

En general, los documentos que, según ley, pueden ser título ejecutivo extrajudicial tienen su fuerza ejecutiva condicionada a que se cumplan una serie de requisitos, establecidos en el art. 520 LEC:

— Que reflejen una deuda en dinero efectivo (también se admite que la deuda sea en moneda extranjera convertible, así como en cosa o especie computable en dinero).

— Que la cantidad de dinero debida esté determinada y exceda de 300 euros; este límite de cantidad, no obstante, podrá obtenerse mediante la adición de varios títulos ejecutivos.

Además, y a diferencia de lo que sucede con los títulos ejecutivos judiciales, no existe una norma específica que establezca un plazo de caducidad, aunque eso no significa que estos títulos ejecutivos tengan una vigencia indefinida: lo que sucede con ellos es que se producirá la caducidad o la prescripción, conforme a la normativa sustantiva, del derecho de crédito documentado en el título ejecutivo extrajudicial.

LECCIÓN 32

LOS SUJETOS DE LA EJECUCIÓN

1. El tribunal de la ejecución: 1.1. Criterios de atribución de la competencia; 1.2. Tratamiento procesal; 1.3. El papel del Letrado de la A. de J. y de los procuradores en la ejecución. — 2. Las partes del proceso de ejecución: 2.1. Ejecutante y ejecutado; 2.2. Régimen de la postulación en el proceso de ejecución; 2.3. Los terceros y su tutela en el proceso de ejecución

En todo proceso de ejecución intervienen, cuando menos, los siguientes sujetos:

— El órgano jurisdiccional, dentro del cual tienen funciones diferenciadas el juez –también denominado «juez ejecutor» o «ejecutor» a secas– y el Letrado de la A. de J.

— El ejecutante (también llamado acreedor ejecutante), que es el particular que solicita la tutela ejecutiva.

— El ejecutado (también llamado deudor ejecutado), que es el particular respecto de quien se solicita el desarrollo de la actividad ejecutiva.

1. EL TRIBUNAL DE LA EJECUCIÓN

Como la ejecución forzosa tiene naturaleza jurisdiccional, se hace preciso averiguar cuál es el tribunal competente para conocer de cada concreto proceso de ejecución, dado que el despacho de la ejecución está condicionado por el hecho de que se presente la demanda ejecutiva ante el tribunal competente (y a la inversa: si se presenta la demanda ejecutiva ante un tribunal incompetente, no se despachará la ejecución). La determinación del órgano jurisdiccional competente servirá también para fijar el Letrado de la A. de J. al que le corresponderá el desarrollo de una parte importante de las tareas propias de la ejecución forzosa.

1.1. Criterios de atribución de la competencia

El art. 545 LEC establece las reglas de competencia para conocer del proceso de ejecución, que varían en función del título ejecutivo en que se apoye el ejecutante.

a) Cuando el título ejecutivo es una *resolución judicial* o una resolución dictada por un Letrado de la A. de J. que tenga fuerza ejecutiva, será competente para ordenar la apertura de la ejecución forzosa el tribunal que conoció del proceso

en primera instancia (art. 545.1 LEC): se trata, pues, de una norma de competencia funcional.

Hay que tener claro que el tribunal ejecutor no tiene por qué ser necesariamente un juez de la Sección Civil del Tribunal de Primera Instancia: pueden ser también un Juez de Paz o, sobre todo, un juez de la Sección de Familia, Infancia y Capacidad o de la Sección de lo Mercantil, quienes hayan conocido del proceso en primera instancia. Además, también hay que insistir en que el tribunal que haya conocido del asunto en primera instancia tampoco tiene por qué ser necesariamente el que dictó la resolución que se ejecuta: esto sucede, *v.g.*, cuando la demanda fue desestimada en primera instancia, pero estimada en apelación por la Audiencia Provincial y/o en casación por el Tribunal Supremo.

b) Cuando el título ejecutivo es un *acuerdo* o una *transacción* acordada en el proceso –incluidos los casos en que se haga llegado al acuerdo por derivación a un MASC durante el proceso–, la competencia corresponde al tribunal que los homologó o aprobó (art. 545.1 LEC): nos hallamos, nuevamente, ante una norma de competencia funcional.

c) Cuando el título ejecutivo es un *acuerdo logrado en un acto de conciliación previa*, la competencia también corresponde al tribunal que tramitó el expediente de conciliación siempre que se trate de asuntos de la competencia del propio tribunal (art. 147.2 LJV), esto es, el Juez de Paz o el Letrado de la A. de J. de la Sección Civil del Tribunal de Instancia (o de la Sección de lo Mercantil cuando se trate de materias de su competencia), del domicilio del requerido y, si el sujeto requerido es una persona jurídica, adicionalmente los del lugar del domicilio del solicitante siempre que en él tenga el requerido delegación, sucursal, establecimiento u oficina abierta al público o representante autorizado (art. 140.1 LJV). En otro caso, la competencia está dada al Tribunal de Instancia al que hubiere correspondido conocer de la demanda de un hipotético proceso declarativo ordinario.

d) Cuando el título ejecutivo es un *laudo arbitral*, no resulta posible acudir a normas de competencia funcional, lo que obliga a determinar a quién corresponde tanto la competencia objetiva como la territorial.

— En cuanto a la competencia objetiva, se atribuye a las Secciones Civiles (o Únicas) del Tribunal de Instancia (art. 545.2 LEC).

— La competencia territorial, por su parte, se atribuye con arreglo a un criterio fijo: corresponderá la ejecución del laudo arbitral al Tribunal de Instancia del lugar en que se haya dictado el laudo (art. 545.2 LEC): debe tenerse en cuenta que es obligatorio que en todo laudo arbitral se especifique el lugar en que se dicta (art. 37.5 LA).

e) Cuando el título ejecutivo es un *acuerdo de mediación*, la competencia objetiva corresponde a las Secciones Civiles (o Únicas) de los Tribunales de Instancia y la territorial a los del lugar donde se hubiera firmado el acuerdo (art. 545.2 LEC).

f) Cuando se trata de la ejecución de *títulos ejecutivos extrajudiciales* y del llamado *«auto de cuantía máxima»*, tampoco puede acudirse a normas de competencia funcional, pues no ha habido proceso judicial previo (en el caso del auto de cuantía máxima sí que ha habido actividad judicial, es cierto, pero ante un tribunal del orden penal).

La competencia objetiva está atribuida, como regla, a las Secciones Civiles de los Tribunales de Instancia. En cuanto a la competencia territorial, el art. 545.3 LEC permite al ejecutante optar entre tres fueros distintos:

— Se puede acudir a los fueros generales previstos por los arts. 50 y 51 LEC (domicilio del ejecutado y «pequeño domicilio» en el caso de profesionales, empresarios y personas jurídicas).

— Se puede interponer la demanda ejecutiva ante el tribunal del lugar de cumplimiento de la obligación según el título.

— También se podrá acudir a los tribunales de cualquier lugar donde existan bienes del ejecutado que resulten embargables: este fuero especial está pensado para agilizar la ejecución forzosa, pues evita que se tenga que acudir al auxilio judicial.

La opción entre estos tres criterios es libre para el ejecutante, de modo que no existe preferencia alguna entre ellos.

Si son varios los ejecutados, el ejecutante puede acudir a cualquiera de los tribunales ante los que podría presentar la demanda ejecutiva a título individual frente a cada uno de ellos.

* La competencia para conocer del proceso de ejecución es siempre *improrrogable*: en consecuencia, no se aplicarán en ningún caso las normas sobre sumisión expresa y sumisión tácita (art. 545.3 LEC).

1.2. Tratamiento procesal

En cuanto al *tratamiento procesal*, existen dos posibles mecanismos para poner de relieve que la demanda ejecutiva se ha interpuesto ante un tribunal incompetente:

a) Tratamiento procesal de oficio: el propio tribunal ejecutor, al recibir la demanda ejecutiva, ha de analizar si es o no competente. En el caso de que se considere incompetente, denegará el despacho de la ejecución al tiempo que indica cuál es, a su juicio, el tribunal competente para ello (art. 546.1 LEC). Ahora bien, esta apreciación de oficio de la falta de competencia solo podrá realizarse en el momento de decidir sobre la admisión de la demanda ejecutiva, si se refiere a la competencia territorial: una vez despachada ejecución, el tribunal no podrá, de oficio, revisar su competencia territorial (art. 546.2 LEC). Sí que será posible una apreciación de oficio posterior en caso de ausencia de competencia funcional (títulos ejecutivos judiciales) u objetiva (títulos extrajudiciales y arbitrales).

b) Tratamiento procesal a instancia de parte: si el tribunal no ha apreciado de oficio su falta de competencia y el ejecutado considera que el tribunal no es

competente, deberá poner de relieve el defecto a través de la declinatoria. El ejecutado tendrá la carga de interponerla en un plazo de cinco días a contar desde que recibió la primera notificación que se le haga en el proceso de ejecución: lo normal es que se trate de la notificación del auto que despacha ejecución, dado que hasta ese momento la actividad ejecutiva se lleva a cabo sin contar con el ejecutado y sin informarle de su realización (*inaudita parte debitoris*).

La declinatoria se sustanciará conforme a las reglas generales de la LEC. Si se estima la declinatoria por falta de competencia objetiva o de competencia funcional, el tribunal se abstendrá sin más de seguir conociendo del proceso de ejecución. Si la declinatoria se estima por falta de competencia territorial, aunque la ley no lo dice expresamente, parece razonable entender que el tribunal debe remitir las actuaciones al tribunal que, a su juicio, sea competente para que se siga sustanciando el proceso de ejecución.

1.3. El papel del Letrado de la A. de J. y de los procuradores en la ejecución

Debe ponerse de relieve, asimismo, el indudable protagonismo del Letrado de la A. de J. en el proceso de ejecución: de modo general, el ***Letrado de la A. de J.*** debe llevar a cabo todas las actuaciones que no estén expresamente encomendadas por la ley al juez.

La ley reserva al juez las decisiones más relevantes del proceso de ejecución, como el despacho de la ejecución o la resolución de las principales incidencias que en ella se plantean y que exigen un enjuiciamiento fáctico y/o jurídico (*v.g.*, resolver la oposición del ejecutado, o decidir las tercerías de dominio y de mejor derecho: cfr. art. 545.5 LEC). El resto de cuestiones están en manos del Letrado de la A. de J.: así, por ejemplo, le corresponde a él averiguar los bienes del ejecutado, decretar el embargo de bienes, adoptar medidas para asegurarlos, organizar y celebrar las subastas (art. 545.4 LEC).

Los Letrados de la A. de J., como es bien sabido, pueden adoptar dos tipos de resolución judicial: el decreto y la diligencia de ordenación. En principio, los Letrados de la A. de J. resolverán por medio de diligencia de ordenación, salvo que expresamente se establezca en la ley que han de hacerlo por decreto (art. 545.6 y 7 LEC).

> * Al margen de lo anterior, la práctica ha acuñado la existencia de la denominada *«Comisión del Juzgado»*, integrada por el Letrado de la A. de J. (como fedatario) y el antiguo agente judicial (hoy en día, funcionario del Cuerpo de Auxilio Judicial, en calidad de agente de la autoridad): esta comisión tiene encomendada la realización de aquellas actuaciones materiales que hayan sido ordenadas por el tribunal ejecutor o por el propio Letrado de la A. de J. y que deban efectuarse fuera de la sede del tribunal (*v.g.*, ejecutar una diligencia de embargo, realizar un lanzamiento en el marco de un desahucio). Se trata de tareas que, allí donde existen, también son realizadas por los «servicios comunes procesales».
>
> * Debe ponerse de relieve, por último, la importancia que cobra también en el proceso de ejecución el *auxilio judicial*, dado que con frecuencia deben

realizarse actuaciones materiales en lugares situados fuera de la circunscripción en que ejerce sus funciones el tribunal ejecutor (*v.g.*, cuando debe embargarse algún bien situado fuera de esa circunscripción). Es importante tener en cuenta que los jueces de Paz están excluidos de la realización de actuaciones de auxilio judicial en el ámbito de la ejecución forzosa (art. 170 LEC). En materia de ejecución, además, el contenido material de las actuaciones hace que el auxilio judicial no pueda sustituirse por actuaciones telemáticas.

La reforma introducida por la LOEP ha buscado, asimismo, otorgar un cierto de margen de actuación a ***los procuradores*** en el proceso de ejecución. Ya sabemos que su función básica consiste en la representación procesal de los litigantes y que, en reformas anteriores, se les había habilitado igualmente para actuar como notificadores, esto es, para llevar a cabo actos de comunicación en sustitución de los funcionarios judiciales. Con la LOEP esas posibles funciones del procurador se expanden al proceso de ejecución. Se ha previsto que, allí donde lo permita la ley, el procurador podrá llevar a cabo «determinadas actuaciones materiales propias del proceso de ejecución» (cfr. arts. 23, 26 y 539 LEC; art. 543 LOPJ). La expresión es muy amplia, pues en general el proceso de ejecución se compone en gran medida de actuaciones materiales, algunas de las cuales comportan el uso de la fuerza pública. Y ha de tenerse en cuenta que los procuradores no son funcionarios públicos, sino profesionales liberales, como los abogados. Por eso, es importante tener en cuenta ciertos factores que delimitan el ámbito de actuación de los procuradores en el proceso de ejecución, al menos por el momento:

1. No cualquier actuación material de la ejecución puede desarrollarse por el procurador, sino solo aquellas en relación con las cuales la ley lo prevea expresamente.

Es necesario, en consecuencia, «rastrear» en la LEC qué concretos actos de la ejecución se pueden llevar a cabo por procurador. En todo caso, el art. 543.2 LOPJ contiene varias exclusiones.

— De un lado, se dejan fuera, en su conjunto, las ejecuciones hipotecarias de vivienda habitual, las derivadas de procesos en materia de familia y las de las sentencias de por impago de rentas o cantidades debidas en viviendas habituales.

— Además, y sea cual sea el contexto, se les prohíbe también llevar a cabo una concreta actuación, el lanzamiento de ocupantes de finca con posterioridad a la subasta, si esta es vivienda habitual.

2. Es necesario que lo solicite la parte ejecutante, que además habrá de sufragar su coste, que no tendrá la consideración de costa reembolsable: por defecto, pues, el sistema sigue en manos del tribunal y de sus funcionarios.

El ejecutante ha de solicitarlo porque, en principio, la intervención del procurador –de *su* procurador– está prevista en su propio beneficio. Cabe suponer que al ejecutante le interesa encomendar actuaciones ejecutivas al procurador porque considera que será más eficaz que los funcionarios

> judiciales –al menos en lo que afecta a la rapidez–. Resulta llamativa, en consecuencia, la privatización que subyace a esta opción legislativa: la actuación del procurador tiene un coste que no existe cuando la ejecución está en manos de los funcionarios judiciales…

3. Es el juez quien, en todo caso, ha de autorizar la actuación del procurador y, al hacerlo, le delega sus funciones. El procurador, en consecuencia, actúa como delegado del juez y esto es lo que, según el esquema legal, legitima el desarrollo por su parte de actuaciones materiales que pueden comportar el uso de la fuerza o la amenaza del uso de la fuerza.

Esta delegación, a mi juicio, es muy cuestionable. Por mucho que cuente con la petición del ejecutante, se proyecta sobre el ejecutado la actuación coactiva de otro particular sin su consentimiento. El legislador es consciente de lo peculiar de lo situación y por eso señala que las actuaciones de los procuradores serán impugnables ante el Letrado de la A. de J.; además, contra el decreto del Letrado de la A. de J. que resuelva la impugnación podrá interponerse recurso de revisión.

> Es paradójico, en todo caso, que el control del modo en que se ejerce una función delegada por el juez se atribuya, en primer término, a alguien distinto del propio juez…

El procurador a quien el juez encomienda el desarrollo de actuaciones materiales en un proceso de ejecución no puede, a su vez, subdelegar ese poder a otra persona, salvo que se trate de quien le sustituya conforme a los criterios generales de sustitución entre procuradores contemplados en la LOPJ.

2. LAS PARTES DEL PROCESO DE EJECUCIÓN

2.1. Ejecutante y ejecutado

En el proceso civil de declaración es el demandante quien decide quiénes serán las partes del proceso: él decide si interpone la demanda solo o junto con otros, y frente a quién interpone la demanda. Pero su decisión es vinculante para el tribunal y delimita el ámbito subjetivo del proceso.

En el proceso de ejecución, en cambio, las reglas son parcialmente distintas, pues es el auto que contiene la orden general de ejecución y despacha la ejecución el que determina el ámbito subjetivo del proceso: serán ejecutante y ejecutado los sujetos a quienes les atribuya esta condición el auto judicial.

En efecto, será parte ejecutante el sujeto que ha obtenido a su favor el despacho de la ejecución; y será parte ejecutada el sujeto frente a quien se ha despachado la ejecución. Es evidente que el tribunal ejecutor solo puede despachar la ejecución respecto de personas que se lo hayan pedido y frente a personas respecto de las cuales se haya solicitado ese despacho en la demanda ejecutiva: sin embargo, no todos los que interponen demanda ejecutiva se convertirán, por su sola voluntad, en ejecutantes; y tampoco, por el solo hecho de dirigir frente a ellos la demanda ejecutiva, se despachará ejecución frente a todos los sujetos indicados en ella.

Antes bien, el tribunal solo puede despachar la ejecución a favor de quienes ostenten legitimación activa para ser ejecutantes; y, asimismo, solo puede despacharla respecto de quienes, estando incluidos en la demanda ejecutiva, ostenten la legitimación pasiva.

Lo relevante, pues, es determinar qué personas tienen derecho a obtener el despacho de la ejecución y frente a qué personas puede despacharse la ejecución, es decir, quiénes ostentan la *legitimación activa* y la *pasiva*. La regla general es la de que tanto la legitimación activa como la pasiva se desprenden del título ejecutivo: la legitimación activa corresponde a quien figura como acreedor en el título y la pasiva a quien figura en él como deudor. Esta regla, sin embargo, presenta numerosas excepciones, sobre todo en lo que respecta a la legitimación pasiva.

1º. *La legitimación activa*

La legitimación activa para ser ejecutante corresponde a los siguientes sujetos:

a) Quien figura como acreedor en el título ejecutivo (regla general).

b) La persona que, sin figurar en el título como acreedor, sea el sucesor de este, ya sea en virtud de negocio jurídico *inter vivos*, ya sea su sucesor *mortis causa*.

> *Ejemplo 1.* A ganó el pleito a D, que fue condenado a pagarle X euros. Finalizado el pleito, A fallece y le sucede su hijo B: B es ahora el acreedor de X, aunque no figure como tal en la sentencia (= título ejecutivo).
>
> *Ejemplo 2.* El Banco A prestó un dinero a D y la operación se documentó en una póliza intervenida por notario (= título ejecutivo extrajudicial). Posteriormente el Banco A es absorbido por la entidad B, que asumirá con ello la condición de acreedora de D, aunque no figure como tal en el título ejecutivo.

El sucesor del acreedor que pretende obtener el despacho de la ejecución ha de acreditar fehacientemente su condición ante el tribunal ejecutor, dado que esta no se desprende del título ejecutivo. En principio, junto con su demanda ejecutiva deberá aportar los documentos que acrediten fehacientemente su condición de sucesor de quien figura como acreedor en el título ejecutivo. Si el tribunal ejecutor los considera suficientes, despachará ejecución sin más, pues estará convencido de que quien interpone la demanda ejecutiva está legitimado como acreedor ejecutante. En caso de que no lo considere suficiente, habrá de tramitarse un breve incidente, regulado en el art. 540 LEC.

> En él habrán de intervenir las personas frente a las que se pretende que se despache ejecución. Al término de este incidente, y a luz de lo alegado y probado en él, caben dos posibilidades:
>
> — Si el tribunal ejecutor se considera convencido de la sucesión, despachará la ejecución.
>
> — Si no es así, el sujeto que afirmaba ser sucesor del acreedor no podrá obtener el despacho de la ejecución sobre la base de ese título y sólo le quedará la

alternativa de acudir a un proceso de declaración posterior en el que obtener título ejecutivo.

En cualquier caso, la resolución que pone fin al incidente en la que se declara si el solicitante es o no sucesor de quien figura como acreedor en el título ejecutivo tiene carácter sumario, es decir, no produce efectos de cosa juzgada: en consecuencia, no prejuzgará el sentido de un eventual proceso ulterior en que vuelva a discutirse a título plenario sobre esta cuestión.

En el caso de que se hubiera despachado ya ejecución cuando se produzca la sucesión, se notificará el cambio al ejecutado, continuándose la ejecución a favor de quien resulte ser sucesor (previa tramitación, en su caso, del incidente del art. 540 LEC).

2º. *La legitimación pasiva*

La legitimación pasiva en el proceso de ejecución puede corresponder a los siguientes sujetos:

a) La persona que figura como deudor o responsable en el título ejecutivo (art. 538.2.1º LEC).

b) La persona que, sin figurar en el título como deudor o responsable, sea su sucesor (*inter vivos* o *mortis causa*). El ejecutante que pretende el despacho de la ejecución frente a esta persona tiene la carga de demostrar la sucesión aportando, junto con la demanda ejecutiva, los documentos necesarios que la acrediten. En caso de que el tribunal no esté convencido plenamente de la sucesión, se tramitará el incidente previsto en el art. 540. En el caso de que se hubiera despachado ya ejecución, se notificará la sucesión al ejecutante, según proceda, continuándose la ejecución frente a quien resulte ser sucesor.

c) Quien no figura en el título como deudor, pero ha de responder de la deuda consignada en el título por disposición legal o afianzamiento acreditado en documento público (art. 538.2.2º LEC). Esta disposición permite, *v.g.*, dirigir la demanda ejecutiva –y la ejecución– frente al fiador del deudor en los casos en que la fianza no se ha documentado en el mismo documento que el negocio jurídico principal que ostenta la condición de título ejecutivo.

d) Quienes no figuren en el título ejecutivo como deudores o responsables pero sean propietarios de bienes especialmente afectos al pago de la deuda por la que se procede, siempre que la afección derive de la ley o se acredite mediante documento fehaciente. La ejecución respecto de estos sujetos solo podrá proyectarse sobre los bienes especialmente afectos, pero nunca sobre el resto de su patrimonio (art. 538.2.3º LEC).

Ejemplo 1. El Banco A prestó a D una cantidad de dinero y el préstamo se documentó en escritura pública (= título ejecutivo). En garantía de devolución del préstamo, se constituyó una hipoteca sobre una finca propiedad de D. Más tarde, D vende esta finca a X. A pesar del cambio de titularidad, la finca sigue estando afecta al pago de la deuda: por eso, si D deja de pagar el crédito, podrá despacharse la ejecución frente a X, aunque solo podrá dirigirse la ejecución sobre la finca, no sobre el resto del patrimonio de X.

Ejemplo 2. Conforme al art. 9.1. e) de la Ley de Propiedad Horizontal, «el adquirente de una vivienda o local en régimen de propiedad horizontal, incluso con título inscrito en el Registro de la Propiedad, responde con el propio inmueble adquirido de las cantidades adeudadas a la comunidad de propietarios para el sostenimiento de los gastos generales por los anteriores titulares hasta el límite de los que resulten imputables a la parte vencida de la anualidad en la cual tenga lugar la adquisición y al año natural inmediatamente anterior. El piso o local estará legalmente afecto al cumplimiento de esta obligación». Las viviendas, por tanto, están legalmente afectas al pago de las cantidades que debe aportar cada copropietario a la comunidad para el levantamiento de los gastos comunes. El sujeto A, propietario de la vivienda X, deja de pagar las cuotas debidas. Con posterioridad, vende el inmueble a D. En este caso, y para lograr el cobro de las cantidades no pagadas por A, la comunidad que tenga título ejecutivo frente a A puede presentar demanda ejecutiva frente a D, para proyectar la ejecución sobre la vivienda legalmente vinculada al pago de la deuda.

3º. *Supuestos especiales de legitimación pasiva*

Al margen de lo anterior, la LEC contempla una serie de supuestos especiales de atribución de legitimación pasiva en el proceso de ejecución.

a) *Ejecución frente a deudores solidarios* (art. 542 LEC)

Cuando en el título ejecutivo figuran varios deudores unidos por lazos de solidaridad, el acreedor no tiene la carga de dirigir la ejecución frente a todos ellos. Puede limitarse a solicitar el despacho de la ejecución frente a uno o varios –normalmente los más solventes– reclamando el importe íntegro de la deuda. Obviamente, los deudores frente a los que no se despachó la ejecución no responderán en ese proceso de ejecución.

b) *Ejecución frente a entidades sin personalidad jurídica* (art. 544 LEC)

En estos casos se puede dirigir la demanda ejecutiva frente a esa entidad, aunque carezca de personalidad jurídica, porque el Derecho procesal le reconoce la capacidad para ser parte. Es lo que sucede, *v.g.*, en el caso de los créditos documentados en un título ejecutivo y que se tengan frente a una herencia yacente o una sociedad mercantil irregular. También se puede solicitar el despacho de la ejecución frente a un socio, miembro o gestor de estas entidades siempre que el acreedor acredite la condición de este sujeto como socio, miembro o gestor y acredite que este sujeto ha actuado frente a terceros, en el tráfico jurídico, en nombre de esa entidad.

c) *Ejecución frente a asociaciones o entidades temporales* (art. 543 LEC)

Cuando en el título ejecutivo aparezcan como deudores uniones o agrupaciones de diferentes empresas o entidades (como las UTEs –unión temporal de empresas– o las agrupaciones de interés económico), solo podrá despacharse ejecución directamente frente a sus socios, miembros o integrantes si, por acuerdo de estos o por disposición legal, respondieran solidariamente de los actos de la unión o agrupación. En los casos en que la ley expresamente establezca el carácter subsidiario de la responsabilidad de los miembros o

integrantes de estas uniones o agrupaciones, para el despacho de la ejecución frente a los socios, miembros o integrantes será preciso acreditar la insolvencia de las uniones o agrupaciones.

d) *Ejecución sobre bienes gananciales* (art. 541 LEC, art. 1373 CC)

La LEC y el CC regulan la situación que se plantea en los casos en que uno de los cónyuges figura como deudor en un título ejecutivo y, despachada la ejecución, se produce el embargo de algún bien ganancial.

En primer lugar, ha de quedar claro que la comunidad de gananciales no tiene personalidad jurídica, por lo que no se permite despachar ejecución frente a ella: la ejecución se despachará en todo caso frente al cónyuge que resulte deudor según el título.

Producido el embargo de un bien ganancial, debe notificarse en todo caso el embargo en sí y la pendencia del proceso de ejecución al cónyuge no deudor (es decir, aquél que no figura como deudor en el título ejecutivo).

Las posibilidades de reacción que se le ofrecen al cónyuge no deudor en este caso se hallan en función de la naturaleza de la deuda en cuya virtud se procede:

1º. *Si la deuda es privativa*, ello no impide el embargo de bienes gananciales en caso de que los bienes privativos no fueran suficientes, o no existieran. Ahora bien, el cónyuge no deudor tiene a su vez una doble opción.

— Puede consentir el embargo del bien ganancial, lo que le otorgará un crédito frente a la comunidad de gananciales que se hará efectivo en el futuro, cuando esta se disuelva y liquide (en caso de separación, de divorcio, de fallecimiento o de cambio de régimen económico matrimonial).

— Puede también solicitar la disolución y la liquidación de la comunidad de gananciales. Si ejerce este derecho, se suspende la ejecución forzosa respecto de los bienes gananciales embargados, en tanto se efectúan las operaciones de liquidación y partición de la sociedad de gananciales; de hecho, estas operaciones las efectuará el propio tribunal ejecutor, para evitar fraudes. Concluidas estas operaciones, la ejecución se reanuda, pero se proyectará únicamente respecto de los bienes que, tras la liquidación, se hayan asignado al cónyuge deudor.

2º. *Si la deuda es ganancial*, entonces es admisible que la ejecución forzosa se proyecte sobre bienes gananciales, sin que exista forma legal de evitarlo. Ahora bien, el cónyuge no deudor, una vez notificado de la existencia de la ejecución, podrá incorporarse al proceso de ejecución con plenitud de derechos como parte del proceso. En concreto, puede oponerse a la ejecución aduciendo como argumento que la deuda no tiene el carácter ganancial que se le atribuye en el título ejecutivo y/o en el auto que despacha la ejecución, sino que tiene carácter privativo. En tal caso, se sustanciará la oposición a la ejecución y al término del incidente de oposición el tribunal habrá de decidir sobre la naturaleza de la deuda. Hay que tener en cuenta que el acreedor tiene en todo caso la carga de acreditar su carácter ganancial. Si el tribunal estima que la deuda es ganancial, la ejecución

seguirá su curso. Pero si estima que es privativa, entonces el cónyuge no deudor podrá ejercer su derecho a la disolución de la comunidad de gananciales, en los términos antes vistos.

2.2. Régimen de la postulación en el proceso de ejecución

Dada la complejidad técnica del proceso de ejecución, la regla general es la de la postulación preceptiva, de modo que las partes en el proceso de ejecución tienen que estar necesariamente representadas por procurador y asistidas por abogado (art. 539.1 LEC). Existen, sin embargo, tres excepciones:

— No es preceptiva la postulación cuando se trata de la ejecución de resoluciones dictadas en procesos declarativos en los que esta tampoco era preceptiva: esto es lo que sucede con las sentencias dictadas en juicios verbales, por razón de la cuantía, cuya cuantía no exceda de 2000 euros.

— Tampoco es necesaria la postulación para la ejecución derivada de procesos monitorios, cuando la cantidad reclamada no exceda de los 2000 euros.

— Para la ejecución derivada de un acuerdo de mediación o un laudo arbitral se requerirá la intervención de abogado y procurador siempre que la cantidad por la que se despache ejecución sea superior a 2000 euros.

Debe notarse que estas excepciones no se refieren nunca a la ejecución de títulos extrajudiciales, para la que será siempre preceptiva la postulación, con independencia de la cantidad reclamada.

2.3. Los terceros y su tutela en el proceso de ejecución

De forma equivalente a lo que sucede en el ámbito de los procesos declarativos, puede decirse en términos generales que es tercero todo sujeto que no sea parte de un concreto proceso de ejecución.

En sentido más técnico, solo merecen la condición de terceros aquellos sujetos que, sin ser parte, ostenten un interés especial en el proceso de ejecución, en la medida en que pueden verse afectados por su desarrollo o su resultado (que es irrevocable). Existen diversas categorías de sujetos que guardan algún vínculo con la ejecución forzosa y cuya posición jurídica, por ello, resulta merecedora de la protección del ordenamiento.

La ley concede a estos terceros diversas vías para defender sus intereses; si no se sirven de ellas en tiempo y forma, podrán padecer perjuicios irreparables.

Pueden señalarse, al menos, las tres siguientes categorías de terceros en un proceso de ejecución:

a) Los terceros ocupantes de inmuebles que sean objeto de la ejecución, que pueden quedar privados de su posesión y a los que se ofrece la oportunidad de acreditar su derecho a permanecer en ellos a pesar de la actividad ejecutiva.

b) Los terceros acreedores del ejecutado, dado que la ejecución dineraria reduce el patrimonio del deudor y, con ello, la garantía patrimonial para el resto de los acreedores. Algunos de estos terceros acreedores pueden tener un privilegio o

un crédito preferente frente al acreedor ejecutante: ello les faculta para introducirse en el proceso de ejecución y lograr el cobro preferente de su crédito, a través de la llamada «tercería de mejor derecho». Los restantes acreedores –no preferentes– están en general interesados en que la ejecución afecte lo menos posible a la masa patrimonial del ejecutado, que es la garantía de sus propios créditos, razón por la que se les permite participar en determinadas actuaciones del proceso (*v.g.*, en la tasación de los bienes embargados, pues de ella dependen en último término las cantidades que pueden obtenerse en subasta).

c) Los terceros propietarios de bienes indebidamente vinculados al proceso de ejecución, que pueden defenderse a través de la llamada «tercería de dominio».

Cada una de estas herramientas de tutela se estudiará en el momento oportuno.

LECCIÓN 33

ESTRUCTURA COMÚN DE LOS PROCESOS DE EJECUCIÓN

1. La demanda ejecutiva. — 2. El comienzo de la ejecución forzosa: despacho de la ejecución y primeras medidas ejecutivas. — 3. La acumulación de ejecuciones. — 4. Las costas de la ejecución. — 5. La defensa del ejecutado en el proceso de ejecución: nociones generales. — 6. La oposición a la ejecución. — 7. La impugnación de actos ejecutivos concretos. — 8. La suspensión de la ejecución. — 9. La terminación de la ejecución forzosa.

1. LA DEMANDA EJECUTIVA

En sentido propio, el proceso de ejecución comienza en el momento en que el juez ejecutor dicta el auto que contiene la orden general de ejecución y que despacha la ejecución. Ahora bien, en el proceso de ejecución –al igual que en el de declaración– también rige el principio dispositivo: en consecuencia, el tribunal solo despachará la ejecución a instancia de parte, es decir, a petición del acreedor interesado en la ejecución.

La demanda ejecutiva es el acto de parte a través del cual se solicita al juez ejecutor que despache la ejecución. El simple hecho de que se presente la demanda no significa que, necesariamente, se vaya a despachar la ejecución: esto se hará solo si el juez ejecutor lo considera procedente, tras analizar la demanda ejecutiva y el título ejecutivo.

El contenido de la demanda ejecutiva lo detalla el art. 549 LEC. Este precepto exige que en la demanda ejecutiva se expresen los siguientes extremos:

— El título ejecutivo en el que se funda la ejecución forzosa.

— La persona o personas frente a las que se pretende despachar la ejecución.

— La tutela ejecutiva que se pretende, es decir, la satisfacción a la que aspira el ejecutante.

— Si está en condiciones de hacerlo y es procedente, el ejecutante indicará los bienes susceptibles de embargo del ejecutado: con ello hará posible que el Letrado de la A. de J. decrete el embargo de esos bienes nada más se dicte el auto despachando ejecución, con lo que ganará tiempo y, a la vez, evitará maniobras del deudor dirigidas a colocar esos bienes fuera del alcance del tribunal.

— También expresará en la demanda ejecutiva las medidas de localización o averiguación del patrimonio del ejecutado que solicite, en caso de que sea necesario.

La demanda ejecutiva deberá acompañarse presentada de una serie de documentos, enumerados en el art. 550 LEC.

a) La acreditación del apoderamiento al procurador, a través de la certificación del registro electrónico de apoderamientos judiciales o la referencia al número asignado por dicho registro.

Sin embargo, no habrá de acreditarse el poder cuando la intervención del procurador no sea preceptiva y cuando se trate de la ejecución de sentencias, puesto que el apoderamiento lo es tanto para la declaración como para la ejecución, de modo que ya consta por definición en las actuaciones. Por eso, tampoco hace falta si se trata de la ejecución de transacciones o acuerdos aprobados judicialmente.

b) El título ejecutivo (hay que tener en cuenta que, cuando el título ejecutivo sea complejo, esto exigirá la aportación de varios documentos).

> Si el título ejecutivo es una sentencia, decreto, acuerdo o transacción que conste ya en los autos, no será preciso aportarlo.
>
> Si el título ejecutivo es un laudo, es necesario aportar también el convenio arbitral y los documentos que acreditan que el laudo ha sido notificado a las partes.
>
> Si el título ejecutivo es un acuerdo de mediación o un acuerdo alcanzado en el marco de un MASC elevado a escritura pública, habrá que aportar también copia de las actas de la sesión constitutiva y final del procedimiento de mediación o de MASC.

c) Los documentos que acrediten los precios o cotizaciones aplicados para computar en dinero deudas no dinerarias, cuando no se trate de datos oficiales o de público conocimiento.

d) Aquellos otros documentos que la ley exija según las circunstancias: encajan en esta previsión, *v.g.*, los documentos que acrediten fehacientemente la sucesión en la condición de acreedor o de deudor de quienes figuren en el título (cfr. lección 32).

e) Al presentar la demanda ejecutiva, deberá acompañarse también el justificante de haber abonado la correspondiente tasa judicial, siempre que se trate de títulos ejecutivos extrajudiciales [art. 2 a) de la Ley 10/2012 de tasas judiciales]. No deben abonarse tasas judiciales, en cambio, cuando se trata de la ejecución de títulos judiciales, pues se entiende que la tasa pagada por la interposición de la demanda inicial del proceso declarativo cubre la ejecución forzosa. El importe de la tasa será de 200 euros.

> En caso de que no se acompañe a la demanda ejecutiva el justificante de abono de la tasa judicial, el Letrado de la A. de J. requerirá al ejecutante para que lo aporte en el plazo de diez días, no dando curso al escrito hasta que tal omisión fuese subsanada. La ausencia de subsanación dará lugar a la preclusión del acto procesal, de modo que la demanda ejecutiva quedará archivada sin que el juez haya llegado a pronunciarse sobre ella.

f) Debe tenerse en cuenta que para presentar una demanda ejecutiva *no* es requisito de procedibilidad el intento previo de negociación a través de un medio adecuado de solución de controversias (art. 5.3 LOEP).

2. El comienzo de la ejecución forzosa: despacho de la ejecución y primeras medidas ejecutivas

La demanda ejecutiva ha de presentarse ante el tribunal que se considere competente para la ejecución. De la demanda ejecutiva no se da traslado al ejecutado, puesto que la ejecución forzosa se despacha siempre sin dar audiencia a la parte deudora (*inaudita parte debitoris*): se pretende con ello evitar que se pueda frustrar la ejecución forzosa como consecuencia de conductas maliciosas del ejecutado, en caso de que este hubiera estado advertido de las intenciones del ejecutante.

El tribunal ejecutor ha de decidir acerca del despacho de la ejecución a la sola vista de la demanda ejecutiva. Pero no lo hará de forma automática, sino tras una previa comprobación de tres cuestiones distintas (art. 551.1 LEC):

a) Debe verificar que concurren los presupuestos procesales: es decir, debe verificar su propia competencia y la capacidad de las partes.

b) Debe comprobar la regularidad formal del título ejecutivo. Esto significa un control tanto interno como externo de que el documento aportado por el ejecutante como título ejecutivo es en efecto título ejecutivo, es decir, que ese documento cumple con los requisitos que marca la ley para calificarlo como tal. Así, *v.g.*, si se aporta como título ejecutivo una escritura pública, debe verificar que se trata de una copia expedida por el notario con fuerza ejecutiva con arreglo al art. 233 RN (control externo). Y, en este mismo caso, también ha de comprobar que la escritura pública refleja una deuda líquida con un importe superior a 300 € (control interno).

c) Si el título ejecutivo es extrajudicial, debe verificar que ninguna de las cláusulas que sirven de fundamento a la ejecución o que determinan la cantidad exigible sea abusiva. Esto presupone, a su vez, que el acreedor ejecutante sea un empresario o profesional y que el deudor frente a quien se solicita el despacho de la ejecución tenga la condición de consumidor y usuario (solo en ese contexto se puede hablar de abusividad en sentido estricto).

> *Ejemplo.* Es abusiva la cláusula que asocia el vencimiento de todo el crédito al impago de una sola cuota; también lo es aquella que, en un préstamo con tipo de interés variable, lo concreta con un redondeo al alza; o la que impone al deudor el pago de unos gastos que debería soportar el acreedor.
>
> El deber de control de oficio sobre el carácter abusivo de la cláusula se limita a los títulos extrajudiciales por una razón bien sencilla: si el título es judicial, el deudor habrá tenido la oportunidad de denunciar el carácter abusivo de la cláusula en el proceso previo a la confección del título ejecutivo.

d) Debe comprobar que el ejecutado no se halla en situación de concurso o de preconcurso (arts. 600 y ss. del Texto Refundido de la Ley Concursal), pues entonces no se pueden despachar ejecuciones singulares. A tal fin, con carácter previo a que el tribunal decida sobre el despacho de la ejecución, el Letrado de la A. de J. llevará a cabo la oportuna consulta al Registro Público Concursal.

e) Debe cerciorarse, por último, de que la tutela ejecutiva solicitada es conforme con la naturaleza y el contenido del título ejecutivo: que la transformación de la realidad que se pide en la demanda ejecutiva sea la realmente autorizada por el título ejecutivo.

> *Ejemplo.* El tribunal condenó en sentencia a A, B y C al pago de 1500 € de forma mancomunada. El acreedor interpone demanda ejecutiva sólo frente a A –el más solvente de los tres–, pero solicita en ella la entrega de los 1500 €: se trata de una tutela no autorizada por el título ejecutivo (= la sentencia), puesto que si la deuda es mancomunada solo pueden obtenerse 500 € de cada uno de ellos.

En cualquier caso, ha de quedar claro que el tribunal ejecutor no está autorizado en este momento para comprobar si subsiste la responsabilidad del ejecutado, es decir, para verificar si hay acción ejecutiva: la existencia de responsabilidad debe presumirse de la existencia de un título ejecutivo formalmente regular. Será carga del ejecutado, en su caso, la de oponerse a la ejecución demostrando la extinción de su responsabilidad.

> La única excepción a esta regla, según se acaba de ver, es el control sobre el carácter abusivo de alguna de las cláusulas contenidas en un título ejecutivo extrajudicial.

Si el juez considera que se cumplen los requisitos antes expresados, habrá de despachar la ejecución. Ahora bien, estará obligado a respetar el llamado plazo de espera o de «cortesía» del art. 548 LEC, siempre que se trate de títulos ejecutivos judiciales y resoluciones arbitrales: no se podrá despachar ejecución en virtud de un título ejecutivo judicial sin que hayan transcurrido al menos veinte días desde la notificación de la resolución al ejecutado; se entiende que es un periodo de tiempo en que cabe esperar el cumplimiento voluntario por parte del deudor. Se trata, eso sí, de un plazo dirigido al juez, que no podrá dictar auto despachando la ejecución en ese intervalo; ahora bien, el ejecutante sí que podrá presentar la demanda ejecutiva el día siguiente a la notificación de la resolución, aunque no podrá obtener el despacho en tanto no se haya agotado el plazo que nos ocupa.

> De forma especial, sin embargo, este plazo de espera no rige en la ejecución de resoluciones de condena de desahucio por falta de pago de rentas o cantidades debidas, o por expiración legal o contractual del plazo (art. 549.4 LEC; si se trata de la vivienda habitual, habrán de haberse cumplido ciertos requisitos durante la tramitación del proceso).

Si el juez ejecutor considera que falta algún requisito para el despacho de la ejecución, pero entiende que el defecto es subsanable, ofrecerá al ejecutante un plazo para la subsanación de dicho defecto. Si este subsana el defecto en el plazo fijado, el juez despachará la ejecución. Si el acreedor no subsana el defecto, o si el defecto apreciado por el juez no es subsanable, dictará un auto denegando el despacho de la ejecución. Este auto es recurrible en apelación, aunque el ejecutante podrá plantear de modo previo y facultativo un recurso de reposición (art. 552.2 LEC). Estos recursos se sustanciarán solo con la parte ejecutante, de modo que no

se dará traslado de ellos al ejecutado (por la misma razón por la que el despacho de la ejecución se acuerda *inaudita parte debitoris*).

La firmeza del auto que deniega el despacho de la ejecución comporta como consecuencia que el acreedor solo podrá hacer valer sus derechos acudiendo a un proceso declarativo… siempre que no se lo impida la fuerza de cosa juzgada de la resolución en que fundó su demanda ejecutiva (art. 552.3 LEC).

La reacción del tribunal es diferente si considera que alguna de las cláusulas contenidas en el título ejecutivo (siempre que este sea extrajudicial) tiene carácter abusivo. En tal caso, debe dar audiencia a las partes por quince días, es decir, las partes disponen de quince días para presentar al tribunal ejecutor un escrito con sus argumentos a favor o en contra de considerar que la cláusula es abusiva. Una vez agotado el plazo de audiencia, el tribunal acordará lo procedente. Si estima que la cláusula cuestionada es abusiva, se le plantean dos opciones, en función de la función de la cláusula en cuestión dentro del contrato: a) el tribunal denegará el despacho de la ejecución si la cláusula abusiva es la que determina la prestación reclamada en la ejecución (v.g., determina el precio del servicio o el valor del bien transmitido); b) si no es así, despachará la ejecución sin aplicar la cláusula abusiva (v.g., si se trata de la cláusula que fija intereses moratorios, despachará ejecución por el principal, pero no incluirá partida alguna de intereses moratorios, en virtud del art. 83 TRLGDCU). El auto en el que el tribunal se pronuncie sobre la abusividad, una vez sea firme, producirá efectos de cosa juzgada.

Si el juez considera que concurren todos los requisitos para ello, dictará auto conteniendo la orden general de ejecución y el despacho de la ejecución, en el que habrá de pronunciarse sobre los siguientes extremos (art. 551.2 LEC):

> 1º. La persona o personas a cuyo favor se despacha la ejecución y la persona o personas contra quien se despacha ésta.
>
> 2º. Si la ejecución se despacha en forma mancomunada o solidaria –en caso de que sean varios los ejecutados.
>
> 3º. Si la ejecución es dineraria, la cantidad por la que se despacha la ejecución, por todos los conceptos.
>
> 4º. Las precisiones que resulte necesario realizar respecto de las partes o del contenido de la ejecución, según lo dispuesto en el título ejecutivo.
>
> 5º. Si el título ejecutivo es extrajudicial y documenta un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el juez habrá de expresar que las cláusulas que sirven de fundamento a la ejecución y que determinan la cantidad exigible no son abusivas: es necesario, por tanto, que el juez se pronuncie expresamente sobre esta cuestión, para que quede claro que ha analizado esta cuestión y que su valoración ha sido positiva.
>
> 6º. Si así lo ha pedido el ejecutante, el juez habrá de determinar qué actuaciones materiales del proceso de ejecución delega en su procurador. (recuérdese que solo es posible hacerlo respecto de aquellas en que la ley lo prevea expresamente).

El auto con la orden general y el despacho de la ejecución marca el comienzo del proceso de ejecución aunque, en rigor, este comienzo se produce en dos tiempos: una vez dictado el auto por el juez, sea en el mismo día o en el día siguiente, el Letrado de la A. de J. habrá de dictar un decreto («decreto de medidas»), que será complementario del auto judicial y en el que habrá de disponer lo siguiente (art. 551.3 LEC):

1º. Las medidas ejecutivas concretas que resultaren procedentes, incluido si fuera posible el embargo de bienes (y se tratará, en principio, de los bienes señalados por el ejecutante en su demanda ejecutiva)

2º. Las medidas de localización y averiguación de los bienes del ejecutado que procedan (normalmente, las que le haya pedido el ejecutante en la demanda ejecutiva).

3º. El contenido del requerimiento de pago que deba hacerse al deudor, en los casos en que la ley establezca este requerimiento –y se precisará igualmente si el requerimiento lo hará un funcionario del tribunal o el procurador del ejecutante.

Esta atribución de tareas al Letrado de la A. de J. se explica si se tiene en cuenta que le corresponde a él la concreción de los bienes del ejecutado a los que ha de extenderse el despacho de la ejecución, la adopción de todas las medidas necesarias para la efectividad del despacho, ordenando los medios de averiguación patrimonial que fueran necesarios, así como las medidas ejecutivas concretas que procedan.

En otros términos, el juez se limita a decidir la apertura formal del proceso de ejecución y a determinar los sujetos del proceso y la responsabilidad que habrá de hacerse efectiva a través de aquel. El resto de cuestiones serán decididas y dispuestas directamente por el Letrado de la A. de J.

El auto que despacha ejecución, así como el decreto de medidas del Letrado de la A. de J., se notificarán al ejecutado (o a su procurador, en caso de que ya constara quién es: en los casos de títulos judiciales), junto con una copia de la demanda ejecutiva, pero sin citarle ni emplazarle (art. 553 LEC): la participación del ejecutado no es necesaria para el desarrollo y terminación del proceso de ejecución (recuérdese su naturaleza sustitutiva); por eso, al ejecutado se le comunica el despacho de la ejecución para que si lo desea pueda participar y adoptar una actitud de defensa de sus intereses.

Además, el auto despachando ejecución se pondrá por el Letrado de la A. de J. en conocimiento del Registro Público Concursal, para que, en su caso, pueda haber una coordinación entre el proceso de ejecución y un hipotético proceso concursal que se abriera frente al ejecutado.

Dictados el auto despachando ejecución y el decreto de medidas, sin oír al ejecutado, y sin esperar tampoco a que se le hayan notificado el despacho y el decreto, se llevarán a efecto las medidas de localización y averiguación del patrimonio del ejecutado, así como la práctica de los embargos acordados.

Cuando el título ejecutivo es extrajudicial es preciso, como regla, requerir personalmente de pago al deudor antes de proceder al embargo de sus bienes y de llevar a efecto las medidas de averiguación patrimonial (cfr. lo que se dirá al respecto en la lección 34). La finalidad de este requerimiento es darle al deudor una oportunidad para pagar voluntariamente, dado que no ha habido proceso previo. Ahora bien, aunque haya que requerir de pago al deudor, y en aras de la eficacia de la ejecución forzosa, se prevén dos reglas especiales:

a) Se puede practicar el embargo, a instancia del ejecutante, si no se ha encontrado al ejecutado en el domicilio que conste en el título ejecutivo (es decir, tras un primer intento fallido de requerimiento y sin que el ejecutado sepa aún nada de la existencia de la ejecución; art. 582 II LEC).

b) Se puede proceder sin más a desarrollar las medidas de averiguación patrimonial, si lo pide el ejecutante acreditando que la demora en la localización e investigación de bienes podría frustrar el buen fin de la ejecución (art. 554.2 LEC).

El auto que despacha ejecución no es susceptible de recurso alguno por el ejecutado (art. 551.4 LEC), aunque este podrá formular oposición a la ejecución. De forma singular, si la ejecución es de título extrajudicial y la ha instado un empresario contra un consumidor, ya se ha visto que el auto despachando ejecución contendrá un pronunciamiento del juez sobre el carácter no abusivo de las cláusulas en que se funda la ejecución o la determinación de la cantidad debida: en tal caso, se le indicará expresamente al deudor que puede oponerse a esa valoración y que, si no lo hace, no podrá ya impugnarla en un momento posterior.

Todas estas previsiones tienen su origen en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de cláusulas abusivas, que obligan al juez ejecutor a analizar de oficio la posible existencia de cláusulas abusivas y a informar al deudor de sus posibilidades de defensa y reacción frente a ellas.

Por su parte, el decreto de medidas del Letrado de la A. de J. podrá ser objeto de un recurso directo de revisión, aunque sin efecto suspensivo, ante el tribunal que hubiere dictado la orden general de ejecución (art. 551.5 LEC).

El ejecutante, en cambio, sí puede recurrir el auto que despacha ejecución, en caso de que este no satisfaga plenamente todas las peticiones formuladas en la demanda ejecutiva: respecto de las peticiones no acogidas en el auto, puede entenderse producida una denegación parcial del despacho de la ejecución que, según se vio antes, sí será susceptible de recurso, tanto de apelación, como de previa y potestativa reposición (art. 552.2 LEC).

3. La acumulación de ejecuciones

En determinados supuestos, la ley permite que dos o más procesos de ejecución que se están tramitando de manera separada se acumulen, de forma que pase a existir una sola ejecución forzosa: se consigue con ello una mayor economía procesal.

El art. 555 LEC distingue dos situaciones:

a) Es posible, en primer término, que los diversos procesos de ejecución tengan el mismo ejecutante y el mismo ejecutado: en tal caso, se acordará su acumulación a instancia de cualquiera de las partes o bien de oficio por el Letrado de la A. de J. Esta acumulación, por tanto, será obligatoria, pues está claro que sirve para el ahorro de costes.

b) También puede suceder que se estén siguiendo varios procesos de ejecución frente al mismo ejecutado, pero con ejecutantes distintos: en tal caso, se decretará la acumulación a instancia de cualquiera de los ejecutantes, pero solo si el Letrado de la A. de J. que se esté ocupando de tramitar el proceso más antiguo lo considera más conveniente para la satisfacción de todos los acreedores ejecutantes.

Debe tenerse en cuenta que, en general, lo que más interesa a los ejecutantes es que el proceso de ejecución permita obtener la mayor cantidad posible de dinero y, a tal fin, suele ser preferible una sola ejecución forzosa, pues las costas que se generan son menores

En este caso, además, debe tenerse en cuenta que existe un límite implícito, el de que el patrimonio del deudor sea suficiente para hacer frente en vía ejecutiva a todos los créditos: de no ser así estaríamos ante un supuesto de insolvencia del deudor común, de modo que lo que procedería sería sobreseer las ejecuciones y abrir un proceso concursal.

En cualquiera de los supuestos mencionados, la petición de acumulación se sustanciará en la forma prevenida en los arts. 74 y sigs. LEC: se seguirán, por tanto, las reglas para la tramitación de la acumulación de procesos declarativos.

Finalmente, como regla especial, debe tenerse en cuenta que, si la ejecución se dirige exclusivamente sobre bienes especialmente hipotecados, sólo podrá acordarse la acumulación a otros procesos de ejecución cuando estos últimos se sigan para hacer efectiva otras garantías hipotecarias sobre los mismos bienes.

4. LAS COSTAS DE LA EJECUCIÓN

Las costas de la ejecución son, como regla general, a cargo del ejecutado, sin necesidad de que una resolución judicial se las imponga expresamente (art. 539.2 LEC). Esto quiere decir que con cargo al patrimonio del deudor habrán de obtenerse las sumas necesarias no solo para cubrir el capital y los intereses del crédito en virtud del cual se procede (si la ejecución es dineraria), sino también todos aquellos gastos en que haya incurrido el ejecutante y que merezcan la calificación legal de costas. Ha de recordarse que, en general, las costas procesales son objeto de reembolso de una parte a la otra. Por eso, hasta que no se liquiden las costas (normalmente al final de la ejecución), el ejecutante deberá satisfacer los gastos y costas que se vayan produciendo, a modo de «adelanto». Obviamente, si se trata de actuaciones que se realizan a instancia del ejecutado o de otros sujetos, sus costes deberán ser pagados por quien haya solicitado la actuación de que se trate.

Por otra parte, existen algunas actuaciones del proceso de ejecución para las que la ley prevé expresamente pronunciamiento sobre costas: por ejemplo, el incidente de oposición a la ejecución o la declinatoria. En estos casos, las partes deberán satisfacer los gastos y costas que les correspondan conforme a lo previsto en el art. 241 LEC, sin perjuicio de los reembolsos que procedan tras la decisión del tribunal o, en su caso, del Letrado de la A. de J. sobre las costas.

Existe, finalmente, una regla muy especial en el art. 575.1 bis LEC, para los casos en que la ejecución se proyecta sobre la vivienda habitual del deudor ejecutado: las costas exigibles no podrán superar el 5% de la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva. El precepto, motivado por la crisis económica, tiene un claro objetivo tuitivo y un marco primordial de aplicación en las ejecuciones hipotecarias.

5. La oposición a la ejecución

En términos generales, la ejecución forzosa produce siempre un perjuicio al ejecutado, que este, sin embargo, está jurídicamente obligado a padecer, con todas sus consecuencias. Ahora bien, el ordenamiento jurídico le concede al ejecutado la posibilidad de reaccionar y defenderse en caso de que la ejecución sea ilícita, ya sea porque en su conjunto la ejecución nunca debió comenzar, o bien porque en su desarrollo se ha cometido algún tipo de infracción jurídica.

Según lo anterior, cabe distinguir dos grandes tipos de reacción del ejecutado ante la ejecución, que le permiten a su vez pretender –con fundamento, claro está– dos resultados bien diversos:

— En primer lugar, el deudor puede tener derecho a que termine sin más el proceso de ejecución, es decir, que la ejecución se sobresea sin satisfacer al ejecutante. El ejecutado podrá pretender este resultado cuando considere que la ejecución nunca debió existir, porque es ilícita en su conjunto. A esto se le llama, técnicamente, *oposición a la ejecución*.

— En segundo lugar, el deudor puede tener derecho no ya al sobreseimiento de la ejecución, pero sí a que se corrijan o modifiquen ciertas actuaciones llevadas a cabo y que suponen una infracción de las normas procesales. En efecto, las normas procesales que rigen la ejecución forzosa establecen siempre garantías para las partes, que se pierden en caso de infracción normativa. En estos supuestos se habla de *impugnación de actos ejecutivos concretos*.

5.1. Estructura general de la oposición a la ejecución

El ejecutado puede oponerse a la ejecución en su conjunto, pretendiendo su sobreseimiento, cuando considera que esta nunca debió despacharse: a través de la oposición a la ejecución, por tanto, se pone de manifiesto que falta alguna de las condiciones de las que depende su validez. La LEC, en este punto, establece que el ejecutado puede oponerse a la ejecución por dos grandes tipos de razones:

— *Por defectos procesales*: en estos casos, lo que sostiene el ejecutado es que el ejecutante no tiene derecho al despacho de la ejecución, a pesar de que el tribunal la hubiera despachado. La oposición a la ejecución por defectos procesales nos coloca, por lo tanto, ante la denuncia de defectos en relación con presupuestos procesales y, sobre todo, con el título ejecutivo (recuérdese que de ambos extremos depende el derecho al despacho de la ejecución).

— *Por motivos de fondo*: lo que sostiene el deudor en estos casos es que el ejecutante no tiene acción ejecutiva o, lo que es igual, que ya se ha extinguido la responsabilidad que se acredita en el título ejecutivo, de modo que el acreedor ya carece de derecho a que se transforme en su beneficio la realidad.

Por otra parte, y desde un punto de vista procedimental, existen dos grandes posibilidades para instrumentar la oposición a la ejecución, es decir, para que el deudor ponga de relieve la existencia de las razones (procesales o de fondo) por las que, a su juicio, la ejecución es ilícita. En abstracto, cabe imaginar una oposición a la ejecución «desde dentro» del proceso de ejecución y una oposición «desde fuera» de él.

— La oposición a la ejecución se instrumenta *«desde dentro»* del proceso cuando se permite que el ejecutado, como parte del proceso de ejecución, dirija una petición al juez ejecutor aduciendo una o varias causas de oposición y solicitando el sobreseimiento de la ejecución. Esta petición del deudor genera un incidente dentro del proceso de ejecución, al término del cual el tribunal decidirá si acuerda o no su sobreseimiento: en caso afirmativo, a través de su oposición el deudor habrá conseguido evitar la ejecución, sin padecer sus resultados. Se trata, sin lugar a dudas, de una articulación procedimental claramente ventajosa para el ejecutado.

— La oposición a la ejecución se articula *«desde fuera»* del proceso de ejecución cuando el ejecutado no está facultado para incoar un incidente en el que pueda solicitar al juez ejecutor el sobreseimiento del proceso de ejecución. En consecuencia, el ejecutado ha de soportar la ejecución forzosa, aunque le quedará la posibilidad de hacer valer sus defensas en un proceso declarativo posterior, a través del cual el ejecutado tratará de obtener una reparación de los daños que se le hayan provocado como consecuencia de haberse visto forzado a padecer una ejecución ilícita. En realidad, debe reconocerse que en estos casos no nos hallamos ante una verdadera oposición –pues no se evita la ejecución–, sino más bien ante un instrumento de resarcimiento, que sirve de compensación por la ausencia de una verdadera oposición.

Combinando los factores mencionados (fundamento y articulación procedimental de la oposición a la ejecución), se pueden formular las siguientes precisiones en relación con la regulación actual de esta materia en nuestro ordenamiento:

— La oposición a la ejecución por defectos procesales se articula siempre «desde dentro», es decir, a través de un genuino incidente de oposición.

— En cambio, la oposición a la ejecución por motivos de fondo se puede articular «desde dentro» o «desde fuera» en función de cuál sea la causa de extinción de la acción ejecutiva que se aduzca. La LEC enumera expresamente unos motivos de oposición a la ejecución por motivos de fondo, que pueden ser aducidos en un incidente de oposición a la ejecución: en consecuencia, si la causa esgrimida por el ejecutado es una de las previstas legalmente, entonces su oposición se articulará «desde dentro», por medio del incidente de oposición; en cambio, si el motivo aducido no está expresamente recogido en la ley, el ejecutado no podrá interponer incidente de oposición, de modo que no tendrá más alternativa que hacerlo valer por medio de un proceso declarativo posterior, «desde fuera».

Además, hay que apuntar que las causas de oposición que permiten acudir al incidente de oposición son diferentes en función de la naturaleza del título ejecutivo. Son más reducidas cuando el título es judicial que cuando es extrajudicial: esta diferencia se explica por el hecho de que a la creación de un título judicial le ha precedido un proceso declarativo en el que el demandado habrá podido hacer valer sus defensas; en cambio, si el título es extrajudicial, dicho proceso no ha existido y por eso es razonable que sea mayor el ámbito de defensa del ejecutado dentro del marco del proceso de ejecución.

5.2. Motivos de oposición por defectos procesales

Los motivos de oposición a la ejecución por defectos procesales ponen de manifiesto que el ejecutante no tiene derecho al despacho de la ejecución: falta algún presupuesto procesal o existe algún defecto relacionado con el título ejecutivo.

Estos motivos son los mismos sea cual sea la naturaleza del título ejecutivo y vienen enumerados en el art. 559.1 LEC:

a) Carecer el ejecutado del carácter o representación con que se le demanda.

El ejecutado niega con ello su legitimación pasiva, esto es, que no es él frente a quien se debiera despachar la ejecución: el título ejecutivo no autoriza a actuar sobre su patrimonio, de modo que el ejecutante carece de título ejecutivo frente a él.

> *Ejemplo:* El ejecutado niega ser el sucesor de quien consta como deudor en el título ejecutivo, a pesar de que el ejecutante haya convencido inicialmente al juez de lo contrario.

b) Por falta de capacidad o representación del ejecutante o por no acreditar este el carácter o representación con los que demanda.

En este caso cabe distinguir dos tipos de situación:

— El ejecutado considera que el ejecutante carece de personalidad procesal, pues no concurren en él los presupuestos procesales de personalidad.

— El ejecutado denuncia la falta de legitimación activa en el ejecutante. Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando afirma que el ejecutante no es el sucesor de quien aparece como acreedor en el título.

c) Nulidad radical del despacho de la ejecución por falta de los requisitos que la ley exige al título ejecutivo o al despacho de la ejecución. A modo de ejemplo, esto sucede cuando se ha despachado ejecución respecto de una sentencia declarativa o constitutiva; o cuando se ha producido la caducidad de la acción ejecutiva, esto es, han transcurrido más de cinco años desde la firmeza de la resolución cuya ejecución se pretende (art. 518 LEC); o cuando se ha despachado ejecución sin respetar el plazo de espera de veinte días del art. 548 LEC; o cuando el título ejecutivo es extrajudicial y el importe de la deuda no alcanza los 300 € o la deuda no es dineraria; o cuando el título ejecutivo es una escritura pública que no ha sido expedida con fuerza ejecutiva; o cuando el título ejecutivo es complejo y no se aportan todos los documentos que lo conforman; o porque el laudo o el acuerdo de mediación no cumplan los requisitos legales exigidos para llevar aparejada ejecución,

d) Si el título ejecutivo fuera un laudo arbitral no protocolizado notarialmente, su falta de autenticidad.

5.3. Motivos de fondo para la oposición

Como ya se ha apuntado antes, solo los motivos recogidos expresamente en la ley permiten una oposición a la ejecución «desde dentro», a través de un incidente de oposición. Todos estos motivos reflejan la extinción de la acción ejecutiva (= desaparición de la responsabilidad del ejecutado) y han de fundarse en todo caso en hechos que sean posteriores al momento de creación del título ejecutivo, es decir, en hechos cuya eficacia jurídica no haya precluido.

La lista de los motivos de oposición a la ejecución por razones de fondo es diversa según el tipo de título ejecutivo.

a) Cuando la ejecución se funda en alguno de los *títulos ejecutivos judiciales*, el art. 556.1 LEC señala como primer motivo de fondo para oponerse a ella el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia o resolución, siempre que se justifique documentalmente.

Con el término *pago* se hace referencia a las condenas dinerarias y con el término *cumplimiento* a aquellas cuyo objeto sea una prestación diversa. Aunque la norma no lo señale expresamente, se admite también la eficacia de los pagos o cumplimientos parciales como motivo de oposición, aunque en estos casos el resultado de la oposición, si tiene éxito, no será el sobreseimiento de la ejecución, sino la reducción de su ámbito objetivo.

> Hay que insistir en la importancia de la justificación documental del pago o cumplimiento, pues sin documento no podrá prosperar la oposición: por eso, en el tráfico jurídico es de elemental prudencia exigir siempre un justificante documental (llámese recibo o de otro modo) de las prestaciones realizadas, máxime cuando el deber de llevarlas a cabo figura en un título ejecutivo.
>
> Además, aunque el art. 556.1 LEC no lo incluya, se debe recordar que también es admisible una oposición a la ejecución «desde dentro» si la interpone el cónyuge no deudor aduciendo el carácter privativo de la deuda, en los casos de embargo de bienes gananciales. Esta alegación del cónyuge no deudor se

instrumenta como una oposición de fondo a la ejecución, admisible con independencia del tipo de título ejecutivo en virtud del cual se proceda.

También se podrá oponer la caducidad de la acción ejecutiva (cinco años, según lo visto), así como los pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución, siempre que dichos pactos y transacciones consten en documento público.

Cualquier otro motivo por el que el deudor ejecutado considere que la ejecución es improcedente –debido a la extinción de su responsabilidad– no podrá fundar un incidente de oposición, sino que se tendrá que hacer valer, en su caso, a través de un proceso declarativo posterior. Esto es lo que sucede, *v.g.*, cuando el deudor no ha pagado el importe de la condena, pero lo ha compensado con un crédito que le correspondía frente a su acreedor: la compensación es una forma de extinción de la obligación (y de la responsabilidad) diversa del pago, que no se halla expresamente comprendida en el art. 556.1 LEC.

> La STC 113/2021 ha abierto una importante fisura en relación con esta cuestión, cuando señala que «las limitaciones legales de oposición previstas en determinadas normas procesales [no] pueden imponerse con un formalismo rigorista». Sobre esta base, concedió el amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva al ejecutado que alegó vulnerabilidad económica y social sobrevenida para oponerse a la ejecución de una sentencia que ordenaba el desalojo de la vivienda que ocupaba –a pesar de que no es un motivo previsto en la LEC para oponerse a la ejecución–. El Tribunal Constitucional parece considerar que: (1) si el ejecutado aduce un motivo de oposición no previsto legalmente que suponga una genuina afectación de derechos fundamentales, el tribunal de la ejecución está obligado a hacer un análisis de la causa con criterios de proporcionalidad; (2) en consecuencia, es posible que tras ese juicio ponderativo se llegue a la conclusión de que la tutela del derecho fundamental en juego requiere estimar la oposición a la ejecución o, al menos, paralizarla temporalmente, lo que es tanto como reconocer que caben excepciones a la regla en virtud de la cual no es posible una oposición a la ejecución «desde dentro» por motivos no previstos legalmente.

b) Cuando la ejecución se funda en alguno de los *títulos ejecutivos extrajudiciales*, los motivos de fondo que permiten oponerse desde dentro a la ejecución son los señalados en el art. 557.1 LEC:

— El pago, siempre que se acredite documentalmente.

— La compensación, siempre que sea de un crédito líquido que esté documentado en un título ejecutivo.

— La pluspetición o el exceso en la computación a metálico de las obligaciones no dinerarias.

— La prescripción o caducidad de la obligación.

— La quita (= perdón parcial), la espera (= plazo de demora) y el pacto o promesa de no pedir, que consten documentalmente.

— La transacción, siempre que conste en documento público.

— Que el título contenga cláusulas abusivas.

El planteamiento de este motivo de oposición presupone que el juez, al analizar la demanda ejecutiva: i) o bien no advirtió que se trataba de una relación de consumo; ii) o bien llegó a la conclusión de que no había en el título ejecutivo ninguna cláusula abusiva, y así lo expresó en el auto despachando ejecución, advirtiendo al deudor de que, si no estaba conforme, tendría la carga de oponerse a la ejecución por este motivo.

Debe recordarse, en efecto, que la abusividad de alguna de las cláusulas de un título extrajudicial ha de analizarse y apreciarse de oficio (art. 552.1 LEC). El control se hará antes de despachar la ejecución: en ese momento, si el tribunal aprecia que alguna de las cláusulas incluidas en un título ejecutivo pueda ser calificada como abusiva, dará audiencia por quince días a las partes. Oídas estas, acordará lo procedente en el plazo de los cinco días siguientes (podrá denegar el despacho de la ejecución o limitarlo a las cantidades no vinculadas con las cláusulas que considere abusivas). La resolución que dicte entonces tendrá fuerza de cosa juzgada, de modo que ya no podrá volver a suscitarse la cuestión con ocasión de una oposición a la ejecución, si es que esta llega a despacharse.

Cualquier otro motivo de oposición habrá de hacerse valer, en su caso, en un proceso declarativo posterior. Aunque en estos casos los motivos de oposición son más numerosos que cuando el título es judicial, lo cierto es que el listado del art. 557.1 LEC no abarca todas las posibilidades. Así, por ejemplo, no puede aducirse como motivo de oposición «desde dentro» la nulidad o anulabilidad del negocio jurídico documentado en el título ejecutivo (con la salvedad del carácter abusivo de una cláusula, que determina su nulidad): siendo el título extrajudicial, en su confección ha intervenido un fedatario público que, *a priori*, garantiza la validez de los negocios otorgados ante él.

c) En el supuesto especial del llamado *«auto de cuantía máxima»*, el art. 556.3 LEC contempla los siguientes motivos:

— Los motivos de oposición previstos para los títulos judiciales.

— Los motivos de oposición previstos para los títulos extrajudiciales.

— Tres motivos adicionales, vinculados con la normativa sustantiva en materia de circulación de vehículos a motor, que es la que subyace a este tipo especial de título ejecutivo:

– La culpa exclusiva de la víctima.

– La fuerza mayor, extraña a la conducción o al funcionamiento del vehículo.

– La concurrencia de culpas.

5.4. Tramitación de la oposición

En los casos en los que el ejecutado puede oponerse a la ejecución desde dentro, deberá hacerlo suscitando el incidente de oposición a la ejecución.

La oposición ha de interponerse dentro de los diez días siguientes a la notificación del auto por el que se acuerda el despacho de la ejecución.

Este incidente comenzará con una demanda presentada por el ejecutado en la que alegará todos aquellos defectos procesales y motivos de fondo que concurran a su juicio.

En este incidente es el ejecutado el que asume el papel activo y sobre él pesa la carga de la prueba en relación con los hechos en que funde su oposición: en caso de duda, se verá perjudicada la posición del ejecutado y tenderá a fracasar la oposición a la ejecución.

> Presentada la demanda de oposición, la ley establece una tramitación por fases o «en cascada»: en primer término se resolverá sobre los defectos procesales alegados y, en un segundo momento, se enjuiciarán los motivos de fondo, si los hubiese.
>
> Interpuesta en plazo la demanda de oposición, se dará traslado de ella al ejecutante. Si en esa demanda se adujeran defectos procesales –solos o junto con otros de fondo–, el ejecutante habrá de pronunciarse por escrito, en un plazo de cinco días, solo sobre la concurrencia o no de los defectos procesales, pero no sobre los de fondo, aunque también se hayan alegado.
>
> A la vista de las alegaciones de las partes, el tribunal adopta una de las tres siguientes resoluciones –que sólo será recurrible en reposición–:
>
> 1º. Si el tribunal considera que concurre un defecto procesal subsanable, concederá al ejecutante un plazo de diez días para subsanarlo.
>
> 2º. Si considera que concurre un defecto no subsanable, o no subsanado en el plazo concedido, dictará auto estimando la oposición y sobreseyendo la ejecución, en el que además condenará en costas al ejecutante.
>
> 3º. Si considera que no concurre el defecto procesal alegado, caben a su vez dos posibles desenlaces:
>
> — Si el ejecutado no adujo motivos de fondo, se desestimará la oposición y se mandará que la ejecución siga adelante.
>
> — Si el ejecutado adujo, además del defecto procesal rechazado, algún motivo de fondo, concederá al ejecutante un nuevo plazo de cinco días para formular alegaciones al respecto. [Nótese que si en su inicial demanda de oposición el ejecutado solo adujo motivos de fondo, el incidente comenzará en este punto].
>
> Recibidas las alegaciones del ejecutante sobre los motivos de fondo, es posible la celebración de una vista para la práctica de pruebas. Si el ejecutado no acude a esa vista, se entiende que desiste de la oposición y, por tanto, su oposición es desestimada.

Al término de la vista, el tribunal ha de dictar un auto, en el cual:

— Si considera que no concurre la causa de oposición, desestima la oposición y manda seguir adelante con la ejecución.

— También manda que siga adelante la ejecución si el motivo de oposición a la ejecución le afectaba de manera parcial –aunque, claro está, seguirá adelante con un objeto más reducido–.

— Si considera concurrente la causa de oposición estimará la oposición y sobreseerá la ejecución, con condena en costas al ejecutante.

— En el caso especial de que la oposición se hubiera fundado en el carácter abusivo de alguna o de varias de las cláusulas del título ejecutivo extrajudicial, si el tribunal efectivamente aprecia ese carácter abusivo, dictará un auto determinando las consecuencias de tal carácter, decretando bien la improcedencia de la ejecución, bien despachando la misma sin aplicación de aquellas consideradas abusivas. El pronunciamiento sobre la abusividad, una vez devenga firme, tendrá eficacia de cosa juzgada.

La resolución que resuelve la oposición por motivos de fondo es recurrible en apelación. La tramitación de la apelación no suspenderá el curso de la ejecución, en caso de que la oposición hubiera sido desestimada. Si la oposición se estimó, el ejecutante puede pedir, no obstante, que se mantengan los embargos y medidas de garantía de los embargos ya adoptados, o que se adopten, siempre que preste caución para asegurar la indemnización que pueda corresponder al ejecutado si la estimación de la oposición resulta confirmada por la Audiencia Provincial.

> La LEC no regula expresamente el régimen de recursos frente a la resolución por la que el tribunal se pronuncia sobre los motivos procesales de oposición. Si la resolución es estimatoria y pone fin a la ejecución, lo lógico sería que cupiera la apelación; lo mismo habría de decirse si solo se formularon motivos procesales de oposición y esta es rechazada. En cambio, si se desestimó la oposición por motivos procesales pero también se formularon motivos de fondo, puede ser más sensato considerar que el recurso de apelación frente al auto que resuelve la oposición por motivos de fondo puede emplearse también para impugnar la decisión sobre los motivos procesales.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que la tramitación del incidente de oposición puede tener efectos suspensivos sobre la ejecución en curso:

— Se suspende la ejecución si se han alegado motivos de fondo y, además, el título ejecutivo es extrajudicial o es un auto de cuantía máxima.

> No habrá suspensión, sin embargo, si el motivo aducido es la pluspetición, a no ser que el ejecutado ponga a disposición del tribunal la cantidad que sí reconoce como debida.

— La sustanciación de la oposición a la ejecución carece de efectos suspensivos en los demás casos. Se trata, como regla, de evitar que este incidente entorpezca (incluso fraudulentamente) el avance del proceso de ejecución.

5.5. Carácter sumario de la oposición

El auto que resuelve sobre la oposición a la ejecución tiene naturaleza sumaria, es decir, no produce efectos de cosa juzgada: en este sentido, el art. 561.1 LEC señala que la oposición por motivos de fondo se resuelve «a los solos

efectos de la ejecución». En consecuencia, las cuestiones discutidas en el incidente de oposición y resueltas en el auto que le pone fin deberían poder volver a ser objeto de enjuiciamiento en un proceso posterior.

> *Ejemplo 1.* El ejecutado se opuso a la ejecución de un título extrajudicial alegando una compensación que, a juicio del ejecutante, no era posible. El tribunal, sin embargo, estimó la oposición a la ejecución. El ejecutante puede interponer después un proceso declarativo frente al ejecutado reclamando el pago y aduciendo la ineficacia de la compensación, sin que ello lo impida el auto que puso fin a la ejecución (ausencia de eficacia negativa de la cosa juzgada material) y sin que tampoco el tribunal de este segundo proceso esté jurídicamente obligado a considerar que la compensación es eficaz (ausencia de eficacia positiva de la cosa juzgada material).
>
> *Ejemplo 2.* El ejecutado se opuso a la ejecución alegando el pago (con aportación de algún documento), pero el tribunal no lo consideró suficiente para acreditar el pago y desestimó su oposición. El deudor podrá interponer después un proceso declarativo reclamando la reparación de los perjuicios, aduciendo que el pago efectivamente se produjo, y sin que ello lo impida el auto que resolvió el incidente de oposición a la ejecución.

El Tribunal Supremo, sin embargo, ha establecido una doctrina opuesta al tenor literal del art. 561.1 LEC y sostiene de forma monolítica que el auto que resuelve la oposición a la ejecución produce efectos preclusivos y de cosa juzgada, de modo que no será ya posible volver a cuestionar en un proceso posterior las cuestiones que fueron objeto de oposición o aquellas que pudieron haberlo sido.

En cualquier caso, el pronunciamiento sobre abusividad de cláusulas que se haya efectuado en el marco de una oposición a la ejecución tendrá fuerza de cosa juzgada, porque en este punto la ley sí que lo señala de forma expresa.

5.6. El proceso declarativo posterior

En los casos en que el ejecutado no puede legalmente interponer un incidente de oposición a la ejecución no le queda más alternativa que defender su posición jurídica desde fuera del proceso de ejecución, a través de un proceso declarativo (art. 564 LEC) que, normalmente, se sustancia con posterioridad, una vez que la ejecución ya ha concluido –y, por tanto, cuando el deudor ya ha padecido los perjuicios de lo que para él es una ejecución ilícita–.

En relación con este proceso declarativo posterior, interesa ahora precisar cuáles son los elementos identificadores de la acción que se ejercitará en él:

a) *Sujetos.* En este proceso posterior ostentará la condición de actor quien fue ejecutado en el proceso de ejecución. Y la demanda se dirigirá contra quien fue en él acreedor ejecutante.

b) *Petitum.* El deudor ejecutado tiene derecho a lograr una reparación lo más perfecta posible de los daños padecidos como consecuencia de la ejecución forzosa ilícita. Por ello, reclamará en primer término una indemnización por enriquecimiento injusto, para que el ejecutante le devuelva las cantidades percibidas con la ejecución. Pero, además, tendrá derecho a

reclamar la indemnización de los daños y perjuicios que se le hayan producido (*v.g.*, la diferencia entre el valor real de los bienes subastados y el dinero que se le ha devuelto).

c) *Causa de pedir*. La demanda del deudor ejecutado se fundará en aquellos hechos, posteriores a la confección del título ejecutivo –en todo caso, cuya eficacia jurídica no haya precluido– de los que se derive la extinción de la responsabilidad aparentemente acreditada por el título ejecutivo que sirvió de fundamento a la ejecución ilícita. Es importante insistir en la idea de que los hechos en que se funde esta acción han de tener eficacia jurídica en el momento de interposición de la demanda que abre el proceso declarativo posterior, esto es, que no se haya producido preclusión: no triunfará la demanda cuando se funde en hechos que pudieran haberse hecho valer en un eventual proceso anterior.

> Se ha dicho antes que este proceso declarativo suele ser posterior a la ejecución y no paralelo a ella, pues solo entonces se puede acreditar la totalidad de los daños eventualmente padecidos. No obstante, en ocasiones se formula en paralelo al proceso de ejecución con la finalidad de paralizarla al amparo del art. 43 LEC: se incoa el proceso declarativo cuando aún está pendiente el incidente de oposición a la ejecución y se solicita seguidamente la suspensión del incidente por entender que el proceso declarativo es prejudicial respecto de aquel. En la práctica esta estrategia no prospera, aunque la jurisprudencia es más proclive a hacerlo cuando la ejecución es hipotecaria y se dirige frente a la vivienda habitual del ejecutado.

6. LA IMPUGNACIÓN DE ACTOS EJECUTIVOS CONCRETOS

A diferencia de lo que sucede con la oposición a la ejecución, en estos casos el deudor no pretende el término de la ejecución, sino tan solo que se corrijan los actos realizados durante la ejecución forzosa que infrinjan la Ley.

Por esa razón, los motivos de impugnación de actos ejecutivos concretos están abiertos tanto para el ejecutado como para el ejecutante, en función de a quién de ellos perjudique la infracción procesal cometida.

La ley contempla un tratamiento que distingue en función de cuál sea el vicio que se imputa al acto ejecutivo impugnado: la impugnación procede cuando el acto ejecutivo infringe una norma procesal, pero también cuando infringe el contenido del título ejecutivo.

6.1. Impugnación de actos ejecutivos por infracción de las normas procesales

Esta impugnación es la que puede tener lugar cuando un acto concreto del proceso de ejecución se ha llevado a cabo infringiendo la norma procesal que lo regula. En este caso, la parte perjudicada por la infracción podrá pretender que ese acto se anule y que se vuelva a realizar de forma correcta. Son dos los posibles cauces para llevar a cabo esta impugnación (cfr. art. 562 LEC):

a) Como regla general, la parte a la que perjudique una infracción procesal habrá de recurrir la resolución que haya acordado dicho acto.

Si la resolución que le perjudica ha sido adoptada por el juez, podrá recurrirla en reposición siempre; y podrá acudir al recurso de apelación sólo cuando la ley lo prevea de forma expresa.

Si la resolución perjudicial ha sido dictada por el Letrado de la A. de J., el régimen de recursos variará en función del tipo de resolución: si se trata de una diligencia de ordenación, cabrá recurso de reposición ante el propio Letrado; si se trata de un decreto, entonces cabrá recurso directo de revisión ante el tribunal.

> *Ejemplo:* El Letrado de la A. de J. debe dictar una diligencia de ordenación aprobando el valor de tasación de los bienes embargados, que condiciona la postura mínima admisible en la subasta. Si una de las partes considera que la tasación no ha sido correcta (porque su resultado no se corresponde con el valor de mercado del bien), podrá recurrir la diligencia en cuestión.

b) Sin embargo, en bastantes ocasiones, se realizan en el proceso de ejecución actos contrarios a la norma procesal, sin que esos actos tengan su base en una resolución que los haya decretado: son entonces las actuaciones materiales llevadas a cabo en el proceso de ejecución las que infringen la ley procesal. En estos casos, no hay resolución alguna que se pueda recurrir; por eso, para denunciar la infracción procesal, la ley permite a la parte perjudicada dirigir un escrito al ejecutor en el que se describa la actuación contraria a la ley procesal y se solicite su revocación, o bien la actuación que considere necesaria para remediar la infracción denunciada A este escrito se le dará la misma tramitación que a un recurso de reposición, aunque sea por analogía.

> *Ejemplo:* El Letrado de la A. de J. dicta una resolución en la que genéricamente acuerda el embargo de bienes del deudor –pero sin especificar ninguno en concreto–. Esta resolución se lleva a cabo a través de la diligencia de embargo, que es una actuación en la que el agente judicial y el propio Letrado, personados en el domicilio del deudor, identifican y embargan sus bienes. Si en ese acto se embarga un bien inembargable (*v.g.*, un frigorífico), no hay resolución que impugnar, pero sí que hay un acto antijurídico: el deudor deberá dirigir un escrito al tribunal poniendo de manifiesto que el embargo del bien en cuestión es nulo y pidiendo que sea dejado sin efecto.

Es posible, tras la LOEP, que haya sido la actuación material de un procurador, actuando por delegación del juez, la que se considere perjudicial. En tal caso, cabrá impugnarla primero ante el Letrado de la A. de J. y después en revisión ante el juez.

c) Finalmente, puede suceder que la infracción cometida sea de entidad suficiente como para comportar la nulidad de actuaciones. En tal caso, habrá que acudir a las reglas generales sobre nulidad de actuaciones.

> Téngase en cuenta que una causa de nulidad de actuaciones es que una decisión haya sido adoptada por un Letrado de la A. de J., cuando le correspondía adoptarla al propio juez.

6.2. Impugnación de actos ejecutivos por infracción del título ejecutivo

Como ya se ha dicho en varias ocasiones, el título ejecutivo es la «ley especial» de cada concreto proceso de ejecución: en el proceso de ejecución todas las actuaciones deben ajustarse al contenido del título ejecutivo. Solo puede ejecutarse aquello que autorice el título y la ejecución únicamente puede llevarse a cabo de manera que se ajuste de forma estricta al contenido del título.

Por eso, cuando alguna resolución o actuación del proceso de ejecución infringe el título ejecutivo, la parte perjudicada ha de poder recurrir para conseguir que se anule dicha actuación y se vuelva a llevar a cabo, esta vez de manera conforme al título.

> *Ejemplo:* El tribunal condenó a A y a B a pagar de forma mancomunada 10.000 € a su acreedor. Despachada la ejecución frente a A, el Letrado de la A. de J. acuerda el embargo de un inmueble de su propiedad y dicta diligencia ordenando la anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad por un importe de 10.000 €. Esta diligencia infringe el contenido del título ejecutivo (la sentencia), que solo autoriza respecto de cada deudor un embargo por valor de 5.000, al no ser solidaria la condena.

La parte perjudicada por la infracción del contenido del título ejecutivo puede reaccionar de la siguiente manera:

— Si el título ejecutivo es judicial y la infracción se ha cometido en una providencia o un auto judicial, podrá interponer recurso de reposición y también recurso de apelación, que será siempre admisible. Si la infracción se ha cometido en una resolución dictada por un Letrado de la A. de J., podrá interponerse recurso de reposición, después recurso de revisión y, frente a la resolución judicial que lo desestime, recurso de apelación. Además, durante la tramitación de estos recursos, el ejecutado puede pedir la suspensión de la ejecución, siempre que preste caución.

— Si el título ejecutivo es extrajudicial, habrá que reaccionar en los mismos términos que si se tratara de una infracción procesal ordinaria.

Se advierte así cómo las reglas especiales están diseñadas para reforzar únicamente la protección a los títulos ejecutivos judiciales: se trata, en el fondo, de garantizar la intangibilidad de los fallos judiciales y asimilados, de modo que no puedan verse alterados *de facto* en el proceso de ejecución.

ESQUEMA

El ejecutado que «reacciona» frente a la ejecución forzosa que se ha despachado frente a él puede pretender dos resultados diversos (es decir, puede tener derecho a dos resultados diferentes)

Que se ponga término al proceso de ejecución = que se sobresea la ejecución forzosa → ***Oposición a la ejecución forzosa***	Que la ejecución prosiga, pero que se corrijan o modifiquen ciertas actuaciones llevadas a cabo → ***Impugnación de actos ejecutivos concretos***
El ejecutado puede tener derecho a que se sobresea la ejecución por dos grandes bloques de motivos: **1º.** Por la concurrencia de ciertos defectos procesales Cauce para denunciarlo: el incidente de oposición (desde «dentro» del proceso de ejecución): art. 559. **2º.** Por motivos de fondo (= por ausencia de acción ejecutiva) Cauce para denunciarlo: – Si el título ejecutivo es judicial y se alega el motivo previsto en el art. 556 LEC → incidente de oposición (desde «dentro» de la ejecución). – Si el título ejecutivo es judicial pero el motivo alegado no está previsto en el art. 556 LEC → proceso declarativo ordinario (desde «fuera» de la ejecución): art. 564. – Si el título ejecutivo es extrajudicial y se alega alguno de los motivos previstos en el art. 557 LEC → incidente de oposición (desde «dentro» de la ejecución). – Si el título ejecutivo es extrajudicial pero el motivo alegado no está previsto en el art. 557 LEC → proceso declarativo ordinario (desde «fuera» de la ejecución): art. 564	El ejecutado puede considerar que ciertas actuaciones del proceso de ejecución son ilícitas por dos grandes bloques de motivos: **1º.** Porque al realizar el acto en cuestión se han infringido normas procesales: art. 562. Cauce para denunciarlo: – Recursos ordinarios: reposición siempre, apelación o revisión sólo si la Ley la establece expresamente. – Escrito «atípico» dirigido al tribunal, si no hay resolución expresa. – Incidente de nulidad de actuaciones. **2º.** Porque el acto en cuestión infringe el contenido del título ejecutivo. Cauce para denunciarlo: – Si el título ejecutivo es judicial: recursos de reposición y apelación (siempre cabe apelación), o bien recurso directo de revisión (si la resolución la dictó el secretario): art. 563. – Si el título ejecutivo es extrajudicial: como si se tratara de una infracción de normas procesales.

7. LA SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN

Se entiende por suspensión de la ejecución la paralización del proceso de ejecución, que habrá de reanudarse cuando desaparezca la causa que la motivó.

La regla general en nuestro ordenamiento es la de que la suspensión de la ejecución no procede nunca, salvo en los casos en que la ley lo ordene de modo expreso o cuando lo acuerden todas las partes personadas en la ejecución (art. 565.1 LEC).

> Ya se ha visto antes que las partes pueden pactar someterse a mediación o a un MASC durante el curso de la ejecución, en cuyo caso esta se suspenderá. Se reanudará si no se llega a un acuerdo o si este no se cumple. En caso de llegarse a un acuerdo que resulte cumplido, el tribunal sobreseerá la ejecución.

De forma general, la interposición de recursos ordinarios no suspenderá, por sí misma, el curso de las actuaciones ejecutivas (art. 567 LEC). Sin embargo, si el ejecutado acredita que la resolución frente a la que recurre le produce daño de difícil reparación podrá solicitar del tribunal la suspensión de la actuación recurrida, siempre que preste caución suficiente para responder de los perjuicios que el retraso pudiera producir.

Además, en los casos en que se haya decretado la suspensión, podrán, no obstante, adoptarse o mantenerse medidas de garantía de los embargos acordados y se practicarán, en todo caso, los que ya hubieren sido acordados (art. 565.2 LEC).

De forma singular, la ley permite la suspensión de la ejecución en los siguientes supuestos:

a) Si se interpone una demanda de revisión de la sentencia que es objeto de ejecución, o de audiencia al condenado en rebeldía en dicha sentencia (art. 566 LEC).

> En estos casos, el tribunal competente para la ejecución podrá ordenar, a instancia de parte y si las circunstancias del caso lo aconsejaran, que se suspendan las actuaciones de ejecución de la sentencia. Para acordar la suspensión el tribunal deberá exigir al que la pida caución por el valor de lo litigado y los daños y perjuicios que pudieren irrogarse por la inejecución de la sentencia. Antes de decidir sobre la suspensión de la ejecución de la sentencia objeto de revisión, el tribunal oirá el parecer del Ministerio Fiscal.
>
> Se alzará la suspensión de la ejecución y se ordenará que continúe cuando le conste al tribunal de la ejecución la desestimación de la revisión o de la demanda de rescisión de sentencia dictada en rebeldía.
>
> Se sobreseerá la ejecución cuando se estime la revisión o cuando, después de rescindida la sentencia dictada en rebeldía, se dicte sentencia absolutoria del demandado.
>
> Cuando, rescindida la sentencia dictada en rebeldía, se dicte sentencia con el mismo contenido que la rescindida o que, aun siendo de distinto contenido, tuviere pronunciamientos de condena, se procederá a su ejecución,

considerándose válidos y eficaces los actos de ejecución anteriores en lo que fueren conducentes para lograr la efectividad de los pronunciamientos de dicha sentencia.

b) En situaciones concursales (art. 568 LEC)

El tribunal suspenderá la ejecución, en el estado en que se halle, en cuanto le sea notificado que el ejecutado se encuentra en situación de concurso.

c) *En los casos de prejudicialidad penal* (art. 569)

Si se encontrase pendiente causa criminal en que se investiguen hechos de apariencia delictiva que, de ser ciertos, determinarían la falsedad o nulidad del título ejecutivo o la invalidez o ilicitud del despacho de la ejecución, el tribunal que conozca de ella, oídas las partes y el Ministerio Fiscal, acordará la suspensión de la ejecución. No obstante, la ejecución podrá seguir adelante si el ejecutante presta caución suficiente para responder de lo que perciba y de los daños y perjuicios que la ejecución produzca al ejecutado.

8. LA TERMINACIÓN DE LA EJECUCIÓN

La ejecución forzosa solo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante (art. 570 LEC). Así, si la ejecución es dineraria, terminará en cuanto se le haya pagado al acreedor ejecutante todo lo que se le deba por todos los conceptos (capital, intereses y costas, tanto del proceso declarativo –si lo hubo– , como las de la ejecución forzosa). Y si la ejecución no es dineraria habrá terminado en cuanto se hayan realizado las actuaciones previstas legalmente para la satisfacción del ejecutante: debe tenerse en cuenta, no obstante, que con frecuencia la ejecución no dineraria se acaba convirtiendo en dineraria, de modo que su terminación requerirá el cobro por parte del ejecutante de ciertas sumas de dinero.

Cuando se produzca la completa satisfacción del ejecutante será el Letrado de la A. de J. quien habrá de acordar formalmente su terminación, para lo cual dictará un decreto que será recurrible directamente en revisión.

Sea como fuere, una vez abierto un proceso de ejecución, no se produce nunca la caducidad de la instancia: una ejecución forzosa, por tanto, puede permanecer abierta durante un periodo muy largo de tiempo y puede también pasar por largos periodos de inactividad judicial. El fundamento de lo anterior se encuentra en lo dispuesto en el art. 1911 CC, en virtud del cual los deudores responderán del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, *presentes y futuros*. Si en el momento en que se despacha la ejecución el patrimonio del deudor es insuficiente para afrontar íntegramente la responsabilidad, la ejecución permitirá posiblemente obtener una satisfacción parcial; la insolvencia del ejecutado impedirá seguir realizando actos ejecutivos, pero lo cierto es que la ejecución seguirá formalmente abierta, de modo que si en algún momento el deudor viene a mejor fortuna, el acreedor podrá pedir sin más la reanudación de la ejecución, sin que sea preciso volver a despacharla y con independencia del tiempo que haya pasado.

Es cierto que, según el art. 518 LEC, la acción ejecutiva fundada en títulos ejecutivos judiciales caduca a los cinco años. Pero hay que tener claro que la caducidad se produce solo si en esos cinco años el acreedor no insta el despacho de la ejecución; en cambio, una vez despachada la ejecución, no habrá ya más caducidades, de modo que una paralización de la ejecución por más de cinco años en modo alguno determina la caducidad –ni de la instancia, ni de la acción ejecutiva–.

> Debe advertirse, no obstante, que nuestro ordenamiento admite lo que se llaman mecanismos de «segunda oportunidad» o de «exoneración del pasivo insatisfecho» (*fresh start*) en ciertos casos en que el deudor persona física ha caído en situación de insolvencia: si se cumplen una serie de condiciones muy estrictas, se pueden dar por liquidadas todas las deudas que pesaban frente a una persona, incluidas aquellas que ya estuvieran tratando de satisfacerse en vía ejecutiva. Estos mecanismos, no obstante, requieren de la previa incoación de un proceso concursal, razón por la cual están regulados en la Ley Concursal (en concreto, en sus arts. 486 y sigs.).

LECCIÓN 34

LA EJECUCIÓN DINERARIA (I)
LIQUIDACIÓN DEL TÍTULO Y EMBARGO DE BIENES

1. Las condenas pecuniarias y la ejecución dineraria. — 2. La liquidación del título ejecutivo: 2.1. Determinación de la cantidad por la que se despacha ejecución en el caso de deudas líquidas; 2.2. Determinación de la cantidad por la que se despacha ejecución en el caso de deudas liquidables; 2.3. Determinación de la cantidad por la que se despacha ejecución en el caso de deudas ilíquidas; 2.4. La ampliación de la ejecución. — 3. El requerimiento de pago. — 4. El embargo de bienes: aspectos generales. — 5. Requisitos que han de cumplir los bienes para poder ser embargados. — 6. Pertenencia de los bienes al ejecutado, embargo de bienes de terceros y tercería de dominio: 6.1. La oposición previa al embargo; 6.2. La tercería de dominio; 6.3. La tercería registral. — 7. Las fases del embargo: 7.1. Localización de los bienes del ejecutado; 7.2. Selección de los bienes: el orden de los embargos; 7.3. La traba y sus efectos; 7.4. La preferencia del ejecutante y la tercería de mejor derecho. — 8. Las medidas de garantía del embargo: 8.1. Depósito judicial; 8.2. Orden de retención de pagos; 8.3. Anotación preventiva de embargo; 8.4. Administración judicial. — 9. El reembargo y el embargo de sobrante: 9.1. El reembargo; 9.2. El embargo de sobrante. — 10. Vicisitudes del embargo: 10.1. Mejora del embargo; 10.2. Reducción del embargo; 10.3. Modificación del embargo; 10.4. Alzamiento del embargo.

1. LAS CONDENAS PECUNIARIAS Y LA EJECUCIÓN DINERARIA

Se dice que la ejecución es dineraria cuando va destinada a la obtención de una cantidad de dinero con cargo al patrimonio del ejecutado: en otros términos, cuando se procede en virtud de un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulta el deber de entregar una cantidad de dinero (art. 571 LEC).

En términos generales, se dice que toda ejecución dineraria se compone de dos grandes fases:

— El embargo de bienes: esta fase engloba todas las actuaciones que van dirigidas a determinar los bienes sobre los que se ha de proyectar la actuación ejecutiva, a vincularlos efectivamente a la ejecución y establecer sobre ellos determinadas medidas de garantía.

— La realización forzosa –también llamada procedimiento o vía de apremio–: la integran todas las actuaciones necesarias para satisfacer el crédito del ejecutante con los bienes embargados, normalmente a través de las operaciones precisas para obtener dinero a partir de los bienes embargados.

No obstante, con carácter previo a estas actividades, es necesario determinar cuál es el importe concreto de dinero que ha de obtenerse en la ejecución forzosa.

Esta determinación tiene siempre un límite claro, que es la cantidad que solicite el ejecutante en su demanda ejecutiva, dentro del marco establecido por el título ejecutivo. Ahora bien, debe tenerse en cuenta que, en términos generales, las deudas de dinero –incluidas las reflejadas en un título ejecutivo– pueden ser de tres tipos diversos:

a) *Líquidas*: La deuda es líquida –a efectos de ejecución forzosa– cuando el título ejecutivo expresa el importe de la deuda en cifras, letras o guarismos, y lo relaciona con la moneda de curso legal (art. 572.1 LEC).

> *Ejemplo*: Se ha dictado sentencia estimatoria que condena al demandado al pago de 8.356,25 €.

b) *Liquidables*: La deuda es liquidable –siempre a efectos de ejecución forzosa– cuando el título ejecutivo no expresa su importe en cifras, letras o guarismos, pero sí que contiene las bases para proceder a su cuantificación a través de simples operaciones matemáticas. Se contienen en el título ejecutivo todos los elementos necesarios para la cuantificación.

> *Ejemplo*: Una sentencia que condena al demandado al pago de 5.000 € (importe líquido) más intereses. Los intereses no están determinados, pero su importe puede calcularse tomando los elementos (base, periodo y tipo) que contiene el propio título ejecutivo.

> *Ejemplo*: Una sentencia que condena al demandado al pago de 5.000 dólares USA: el dólar no es moneda de curso legal en nuestro país, pero para su cuantificación basta con acudir al tipo de cambio oficial.

c) *Ilíquidas*: La deuda es ilíquida –a efectos de ejecución forzosa– cuando el título ejecutivo no expresa su importe exacto, ni fija tampoco las bases para cuantificarlo; es decir, no pueden extraerse del título ejecutivo todos los elementos necesarios para realizar la cuantificación, que requerirá en consecuencia de valoraciones fácticas y/o jurídicas, que habrán de hacerse sobre la base de elementos ajenos al propio título.

> *Ejemplo*: Una resolución judicial condena al demandado a que indemnice al demandante los daños y perjuicios producidos por su negativa a aportar un documento en el marco del proceso.

A efectos prácticos, la distinción entre deudas liquidables e ilíquidas es muy importante. Cuando una deuda es liquidable, se admite que el acreedor ejecutante pueda proceder unilateralmente a su liquidación en la propia demanda ejecutiva, sin que la falta de participación del deudor en las operaciones liquidatorias pueda generarle indefensión a este último: no se altera, por tanto, la regla de que la ejecución se insta y se despacha *inaudita parte debitoris*. En cambio, cuando una deuda es ilíquida, su cuantificación requiere operaciones fácticas y/o jurídicas que deben realizarse en todo caso previa audiencia del deudor, pues los elementos relevantes para la cuantificación no se hallan en el título ejecutivo: en consecuencia, antes de despachar la ejecución el deudor deberá ser citado para participar en las operaciones de liquidación del importe de la deuda.

2. LA LIQUIDACIÓN DEL TÍTULO EJECUTIVO

La ley prevé reglas diversas para la cuantificación o liquidación de la cantidad por la que se ha de despachar la ejecución, en función del tipo de deuda que figure en el título ejecutivo, con independencia en principio de que este sea judicial o extrajudicial.

2.1. Determinación de la cantidad por la que se despacha ejecución en el caso de deudas líquidas

Cuando el título ejecutivo contiene una deuda líquida, la determinación de la cantidad por la que se despacha la ejecución no debería plantear especiales dificultades: basta con atender al importe solicitado por el ejecutante en su demanda ejecutiva y con comprobar que se corresponde con el establecido en el título ejecutivo (o, al menos, que no lo supera, pues el acreedor puede pedir menos de lo que autoriza el título ejecutivo). En la práctica, sin embargo, la situación es más compleja, dado que el acreedor tiene derecho a obtener en la ejecución forzosa un importe superior al capital principal indicado en el título ejecutivo:

— De un lado, el ejecutante tiene derecho a cobrar las ***costas*** que le genere el proceso de ejecución; además, si el título es judicial, es posible que el deudor también hubiera sido condenado al pago de las costas en el proceso de declaración previo, de modo que el acreedor podrá también reclamarlas a través del proceso de ejecución.

— De otro, el ejecutante también puede tener derecho al cobro de intereses: si el título es extrajudicial, tendrá derecho al cobro de los intereses pactados en él; si el título es judicial, puede tener derecho al cobro de los intereses moratorios en caso de que el tribunal haya condenado en la sentencia al deudor a pagarlos y, además, tendrá derecho al cobro de los llamados intereses *procesales*.

1º. *Previsión de intereses y costas*

El ejecutante tiene que expresar en la demanda ejecutiva la cantidad que reclama y para ello ha de desglosarla en dos partidas distintas:

a) En una primera partida expresará los importes líquidos que solicita que ya estén vencidos en el momento de presentación de la demanda ejecutiva: en esta partida, por tanto, se incluye el capital principal, junto con los intereses (moratorios y procesales) vencidos hasta la fecha de presentación de la demanda ejecutiva, así como, en su caso, las costas del previo proceso declarativo –una vez hayan sido tasadas–.

b) Las cantidades anteriores, sin embargo, no agotan los importes a cuyo cobro tiene derecho el acreedor: en efecto, también tiene derecho a cobrar los intereses (procesales) que venzan mientras se tramita la ejecución, así como las costas de la ejecución forzosa, que son de cuenta del deudor (art. 539.2 LEC). Tanto intereses como costas se devengan desde el momento de presentación de la demanda ejecutiva y hasta la completa satisfacción del ejecutante. Por eso mismo, en el momento inicial del proceso no es posible saber a cuánto ascenderán: en consecuencia, la ley establece que, respecto de esta segunda partida, se realice en

la demanda ejecutiva una previsión de intereses y costas que, sumada a la primera partida, determinará el importe total por el que se despachará la ejecución (art. 575.1 LEC).

Como ya se ha dicho, en un principio el ejecutante no puede conocer el importe exacto al que ascienden estos intereses y costas. Ahora bien, la Ley le permite cobrarlos dentro del proceso de ejecución ya abierto; por eso, fijada la previsión o estimación del importe al que ascenderán, la ejecución se desarrollará como si el importe de esta estimación fuera una cantidad que ya es debida. Será al término de la ejecución forzosa cuando se determinen esos intereses y esas costas y se hagan, en su caso, los ajustes pertinentes.

Sin embargo, la ley ofrece dos reglas para calcular esa estimación de intereses y costas al inicio del proceso, al efecto de ir obteniendo unas sumas que en principio resulten suficientes para cubrir su importe:

— Regla general: no se le permite al ejecutante reclamar bajo ese concepto más del 30% de lo que reclame como deuda vencida.

— Regla especial: de forma excepcional, sí se permite que se reclame más de ese 30%, si en la demanda ejecutiva se acredita de forma suficiente y necesaria la razón que lo justifica.

2º. *Cobro de intereses en la ejecución*

Como regla general, el ejecutante tiene derecho a cobrar dentro del proceso de ejecución, además del capital principal, los intereses que se hayan devengado.

Si el título ejecutivo es extrajudicial, se deberán intereses si así lo prevé el título y en los términos en los que lo prevea el título.

En cambio, si se trata de la ejecución de una sentencia (o de un laudo arbitral, o de un acuerdo de mediación), existe una regla especial, establecida por el art. 576 LEC, que introduce los llamados «intereses procesales» o «intereses por la mora procesal»: desde que se dicte en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley.

> Ha de advertirse que esta regla es aplicable a todo tipo de resoluciones judiciales de cualquier orden jurisdiccional (no sólo civil), así como a los laudos arbitrales y a los acuerdos de mediación que impongan el pago de una cantidad líquida (art. 576.3 LEC).

El fundamento de esta previsión es fomentar el cumplimiento voluntario e inmediato de las sentencias y evitar la interposición de recursos con ánimos meramente dilatorios: en efecto, el incremento de dos puntos sobre el interés legal implica una sanción para el deudor, a quien no le resulta económicamente indiferente un pago inmediato o un pago posterior.

Los intereses procesales se devengarán *ope legis*: no es necesario que el actor los haya pedido en su demanda declarativa, ni tampoco que el tribunal expresamente haya condenado al deudor a pagarlos en su sentencia. En consecuencia, el acreedor tendrá en todo caso derecho a cobrarlos en la ejecución forzosa, siempre que lo solicite en su demanda ejecutiva.

> En cambio, los intereses moratorios ordinarios solo podrán reclamarse en la demanda ejecutiva si efectivamente la sentencia condenó a pagarlos (para lo cual, asimismo, es imprescindible que en la demanda que dio origen al proceso declarativo se hubiera solicitado que el deudor fuera condenado a pagarlos).

El periodo de devengo de los intereses procesales discurre desde que se dicta la sentencia en primera instancia y hasta la completa satisfacción del ejecutante.

La base de los intereses procesales es la cantidad líquida que se exprese en la resolución. Sin embargo, en los casos de revocación parcial, el tribunal resolverá sobre los intereses de demora procesal conforme a su prudente arbitrio, razonándolo al efecto: de modo que si la sentencia de primera instancia se recurriera y fuera parcialmente revocada (al alza o a la baja), serán la Audiencia Provincial o el Tribunal Supremo los que deban resolver de forma expresa cuál es la base de los intereses procesales.

El tipo del interés procesal es el interés del dinero incrementado en dos puntos.

> El interés legal del dinero, como es sabido, se fija anualmente, normalmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

Existen, sin embargo, dos excepciones a esta regla de fijación del interés procesal:

— En los casos en que exista pacto entre las partes en cuanto a los intereses, el interés que se devengará será el pactado por las partes, que puede ser superior o inferior al ordinario.

— En los casos en que una ley, de forma expresa, prevea un interés distinto.

> **a)** Esto es lo que sucede, *v.g.*, en materia de ***seguros***, donde la legislación ha establecido recargos notables, dirigidos a evitar retrasos en los pagos de indemnizaciones por parte de las compañías aseguradoras. En concreto, el art. 20.4 de la Ley del Contrato de Seguro establece que la indemnización por mora se impondrá de oficio por el órgano judicial y consistirá en el pago de un interés anual igual al del interés legal del dinero vigente en el momento en que se devengue, incrementado en el 50%; estos intereses se considerarán producidos por días, sin necesidad de reclamación judicial. Además, transcurridos dos años desde la producción del siniestro, el interés anual no podrá ser inferior al 20%.
>
> **b)** Y también es lo que ocurre cuando resulta de aplicación la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las ***operaciones comerciales***. Esta norma establece reglas especiales en materia de mora e intereses cuando derivan de operaciones comerciales que den lugar a la

entrega de bienes o a la prestación de servicios realizadas entre empresas o entre empresas y la Administración (no, por tanto, cuando intervienen consumidores):

— De ordinario, el plazo de pago que debe cumplir el deudor, si no hubiera fijado fecha o plazo de pago en el contrato, será de treinta días naturales después de la fecha de recepción de las mercancías o prestación de los servicios, incluso cuando hubiera recibido la factura o solicitud de pago equivalente con anterioridad (se puede pactar una ampliación, pero nunca superior a 60 días).

— El deudor, además, incurre en mora de forma automática, según lo dispuesto en el art. 5: «El obligado al pago de la deuda dineraria surgida como contraprestación en operaciones comerciales incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por esta Ley automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido, sin necesidad de aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del acreedor».

— El interés de demora que deberá pagar el deudor será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, el siguiente: la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales. Este tipo legal especial de interés de demora se aplicará durante los seis meses siguientes a su fijación. El Ministerio de Economía y Hacienda publicará semestralmente en el «Boletín Oficial del Estado» el tipo de interés resultante. Debe tenerse en cuenta que este tipo de interés suele ser muy superior al legal.

Los intereses procesales y los intereses moratorios ordinarios son incompatibles de forma simultánea, pero sí que son compatibles de forma sucesiva: una misma deuda no puede devengar al mismo tiempo intereses moratorios ordinarios e intereses procesales, pero sí se admite que devengue intereses moratorios hasta un determinado momento y, a partir de entonces, que devengue intereses procesales.

En concreto, los intereses moratorios se devengan desde que el deudor incurre en mora y hasta que se dicte sentencia en primera instancia en la que se condene al pago de una cantidad líquida. A partir de ese momento, lo que se devengan son intereses procesales.

En consecuencia, debe notarse cómo en la demanda ejecutiva los intereses se reclaman en las dos partidas a las que ya hemos hecho referencia anteriormente:

— En la primera partida (correspondiente a la deuda vencida), se incluirán los intereses moratorios (vencidos todos, por definición) y los intereses procesales que ya hayan vencido hasta ese momento.

— En la segunda partida (previsión de intereses y costas), se reclamarán los intereses procesales que hayan de vencer desde ese momento hasta la completa satisfacción del ejecutante.

2.2. Determinación de la cantidad por la que se despacha ejecución en el caso de deudas liquidables

Si el título ejecutivo contiene una deuda liquidable, la liquidación o cuantificación de la deuda habrá de hacerse efectuando las operaciones matemáticas que sean necesarias sobre las bases que contenga el propio título.

Es el ejecutante el que tiene la doble carga (1) de efectuar las operaciones liquidatorias en la demanda ejecutiva y (2) de acreditar que las ha efectuado conforme establece el título, es decir, ateniéndose a las bases que establece el título.

A continuación, el juez ejecutor deberá verificar que esa liquidación se ha efectuado ateniéndose a esas bases: si la considera correcta, despachará la ejecución por el importe solicitado; si considera que no es así, no podrá despachar la ejecución por la cantidad que le hubiera reclamado el ejecutante, sino por la cantidad que a su juicio sea la correcta.

En la LEC se contienen, además, una serie de reglas para ciertos supuestos especiales de deudas liquidables:

1º. *Ejecución por saldo de operaciones*

Es posible que en el título ejecutivo extrajudicial se documente una deuda cuyo importe sea el resultado de un saldo de operaciones (v.g., la cantidad pendiente de pago de un préstamo garantizado con hipoteca): en estos casos podrá despacharse ejecución por el importe del saldo resultante de las operaciones derivadas del contrato, siempre que (1) se haya pactado en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución será la resultante de (2) la liquidación efectuada por el acreedor en la forma convenida por las partes en el propio título ejecutivo. Para que se despache la ejecución es preciso que (3) el acreedor acredite haber notificado previamente al ejecutado y al fiador, si lo hubiere, la cantidad exigible resultante de la liquidación (art. 572.2 LEC).

2º. *Deudas con intereses variables*

Cuando la cantidad reclamada provenga de un préstamo o crédito en el que se hubiera pactado un interés variable, el ejecutante expresará en la demanda ejecutiva las operaciones de cálculo que arrojan como saldo la cantidad determinada por la que pide el despacho de la ejecución. Lo mismo habrá de hacer cuando la cantidad reclamada provenga de un préstamo o crédito en el que sea preciso ajustar las paridades de distintas monedas y sus respectivos tipos de interés (art. 574 LEC).

3º. *Deudas en moneda extranjera*

Es posible que el título ejecutivo contenga una deuda expresada en moneda extranjera. En tal caso, de conformidad con el art. 577 LEC, el capital principal habrá de pagarse al ejecutante en la moneda extranjera que conste en el título; en cambio, las costas y los intereses procesales habrán de pagarse en la moneda nacional. En lo relativo al capital, esto significa que si el ejecutado no dispone de una cantidad de dinero en esa moneda extranjera, habrá que comprar esa cantidad de moneda extranjera con lo que se haya obtenido de la ejecución forzosa.

Ahora bien, aunque al término de la ejecución haya que entregar al ejecutante moneda extranjera, el juez ejecutor necesita conocer, aunque sea de manera aproximada, el importe en moneda nacional de la deuda en moneda extranjera. Y lo necesita porque será necesario para poder orientar las actuaciones ejecutivas que ha de llevar a cabo el Letrado de la A. de J. (*v.g.*, para saber cuántos y qué bienes han de ser embargados).

Por eso, el ejecutante tiene la carga de ofrecer en la demanda ejecutiva la equivalencia en moneda nacional de la deuda extranjera.

— Si la moneda está admitida a cotización oficial, la deuda es liquidable y esta conversión se hará aplicando el tipo de cambio vigente, el día de presentación de la demanda ejecutiva: de este modo, los riesgos derivados de la fluctuación de los cambios habrán de ser asumidos por el ejecutado.

— Si la moneda no está admitida a cotización oficial, en cambio, la deuda es ilíquida y su liquidación no podrá realizarla unilateralmente el acreedor ejecutante en la demanda ejecutiva.

2.3. Determinación de la cantidad por la que se despacha ejecución en el caso de deudas ilíquidas

Cuando el título contiene una deuda ilíquida, no resulta factible que el ejecutante proceda directamente y por sí mismo a su liquidación en la demanda ejecutiva, porque se hace preciso conocer ciertos elementos que son necesarios para la liquidación pero que son ajenos o extraños al título ejecutivo (esto es, no constan en él).

Como esos elementos no constan en el título, no resulta posible una liquidación unilateral de la deuda, llevada a cabo por el ejecutante en su demanda ejecutiva. En consecuencia, para cuantificar el importe de la deuda es precisa la tramitación de un incidente contradictorio, en el que se dará audiencia a ambas partes (arts. 712 a 720 LEC). Al término de ese incidente, el tribunal dictará un auto en el que establecerá cuál es el importe de esa deuda. De no hacerse así las cosas, se provocaría indefensión al ejecutado, pues se estaría tomando una decisión que le afecta sin darle audiencia.

Recuérdese, además, que para las sentencias el art. 219 LEC prohíbe las condenas dinerarias ilíquidas (lección 24).

La tramitación de este incidente está prevista, en especial, para los siguientes supuestos:

— Cuando sea necesario determinar el equivalente pecuniario de una prestación no dineraria.

— Cuando sea preciso fijar la cantidad debida en concepto de daños y perjuicios causados por, *v. gr.*, una medida cautelar improcedente o la revocación de una ejecución provisional.

— Cuando sea preciso determinar el importe líquido de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase.

— Cuando sea necesario determinar el saldo resultante de una rendición de cuentas de una administración.

— Para determinar el importe en euros de una deuda en moneda extranjera no admitida a cotización oficial.

El incidente para la liquidación de deudas ilíquidas se regula en los arts. 712 a 720 LEC: es posible que se llegue a la cuantificación de la deuda por acuerdo de las partes y, si no hay acuerdo, se hará sobre la base de las pruebas que se practiquen (de forma especial, los informes periciales).

El incidente comenzará con un escrito de quien solicite la liquidación, en el que incluirá una relación detallada de todos los elementos que han de computarse a dinero (*v.g.*, los daños y perjuicios, la prestación no dineraria), junto con su valoración, acompañando los dictámenes y documentos oportunos.

De esta petición se dará traslado a la parte contraria, para que en diez días conteste lo que estime conveniente.

— Si el deudor se conforma con la liquidación realizada, el tribunal la aprobará sin más y podrá procederse a la ejecución [y se entenderá que el deudor presta su conformidad si deja pasar el plazo de diez días sin contestar o se limita a oponerse genéricamente, sin concretar los puntos en que discrepa, ni expresar las razones y el alcance de la discrepancia].

— Si el deudor se opone motivadamente a la petición del actor se procederá a la liquidación por los trámites del juicio verbal y se dará traslado al acreedor para que pueda presentar escrito de impugnación de la oposición. La especialidad de este incidente de liquidación de los arts. 712 y ss. LEC radica en que el tribunal, de oficio o a instancia de parte, puede nombrar un perito para que dictamine sobre la efectiva producción de los daños y su evaluación en dinero. En tal caso, fijará el plazo para que emita dictamen y lo entregue en el tribunal y la vista oral no se celebrará hasta pasados diez días a contar desde el siguiente al traslado del dictamen a las partes. Dentro de los cinco días siguientes a la vista, el tribunal dictará un auto en el que fijará la cantidad que deba abonarse al acreedor. Este auto será apelable, sin efecto suspensivo.

2.4. La ampliación de la ejecución

Como regla general el ejecutante solamente puede reclamar en su demanda ejecutiva el cobro de las cantidades que ya estén vencidas y se le adeuden en el momento de su interposición. Ahora bien, en la práctica es frecuente que el título ejecutivo contenga deudas de tracto sucesivo.

Ejemplo: En una póliza de préstamo mercantil el deudor se obliga a devolver en 24 plazos la cantidad prestada.

Ejemplo: Una sentencia de divorcio condena al pago de alimentos en favor de los hijos menores, por períodos mensuales.

En estos casos, el acreedor puede interponer la demanda ejecutiva en cuanto se le deba algún importe, sin tener que esperar al vencimiento completo de todos los períodos de la deuda. Ahora bien, en la demanda solo podrá reclamar aquella parte de la deuda que haya vencido y que no se haya pagado aún.

Si durante la tramitación del proceso de ejecución por esa parte de la deuda se produce el vencimiento, seguido del incumplimiento, de nuevos plazos, la ley permite al ejecutante solicitar que se amplíe la ejecución a dichas nuevas porciones de la deuda (art. 578 LEC). De no ser así, el ejecutante se vería forzado a interponer una nueva demanda ejecutiva para reclamar los nuevos plazos vencidos (y así sucesivamente cada vez que venza un nuevo plazo o porción).

Esta petición de ampliación de la ejecución a los plazos que vayan venciendo con posterioridad se puede hacer de dos formas (art. 578 LEC):

— El ejecutante puede solicitar al ejecutor que proceda a ampliar la ejecución cada vez que se produzca un nuevo vencimiento seguido de incumplimiento: con cada nuevo vencimiento se presenta un escrito solicitando la ampliación que, de ser admitido por el tribunal, provocará un incremento del importe por el que la ejecución se entiende despachada.

— En la propia demanda ejecutiva el ejecutante le puede pedir al ejecutor que esa ampliación sea automática (sin necesidad de peticiones especiales), cada vez que se produzca el vencimiento de un nuevo plazo. En tal caso, habrá de acreditarle suficientemente y con antelación las fechas en que se producirán los nuevos vencimientos.

3. El requerimiento de pago

Despachada la ejecución forzosa, la LEC contempla ciertos supuestos en los cuales, antes de proceder al embargo de bienes, es necesario requerir de pago al ejecutado (arts. 580 a 583 LEC).

Este requerimiento de pago no procede cuando se trata de la ejecución de títulos judiciales (resoluciones judiciales, resoluciones del Letrado de la A. de J., resoluciones arbitrales, resoluciones que aprueben transacciones o acuerdos alcanzados dentro del proceso, acuerdos de mediación): la razón es que la propia resolución (*v.g.* la sentencia de condena) ya lleva implícito ese requerimiento u orden de pago; por eso, despachada la ejecución, se entra directamente a realizar las actividades ejecutivas.

En cambio, como regla, sí procede el requerimiento de pago cuando el título es extrajudicial: la razón se encuentra en que la ejecución forzosa puede ser, en este caso, la primera reclamación formal de pago que se le haga al deudor y, por tanto, debe dársele la oportunidad del pago voluntario (esto es, de evitar el pago «en moneda de ejecución», que siempre resulta más gravoso).

Por esto mismo, cuando el título sea extrajudicial, no procederá dicho requerimiento de pago en este momento de la ejecución si el acreedor ya hubiera requerido previamente de pago al deudor al menos con diez días de antelación a la presentación de la demanda ejecutiva y siempre que a la demanda acompañe el acta notarial que acredite dicho requerimiento (de donde se deduce que el requerimiento de pago ha de haber sido notarial).

El requerimiento de pago –cuando proceda– se ordenará por el Letrado de la A. de J. en el decreto que ha de dictar después de que el tribunal haya despachado la ejecución (el «decreto de medidas»). Se requerirá de pago por la cantidad reclamada como principal y los intereses que hayan vencido hasta la presentación de la demanda ejecutiva, así como por las costas en que haya incurrido el acreedor hasta ese momento.

El requerimiento se practica por los funcionarios judiciales o, si así lo ha pedido el ejecutante, por su procurador. Se efectuará en el domicilio del ejecutado que figura en el título ejecutivo; podrá hacerse también a través de la sede judicial electrónica, en caso de que el ejecutado esté obligado a relacionarse con la Administración de Justicia a través de medios electrónicos. Además, si lo pide el ejecutante, el requerimiento podrá hacerse en cualquier otro lugar en que se halle el ejecutado, incluso de forma accidental (v.g., en el hotel donde se hospeda o en la casa de un familiar donde se encuentra de vacaciones).

Si no se encuentra al ejecutado en su domicilio se procederá al embargo de bienes, si así lo pide el ejecutante; en todo caso, se intentará un nuevo requerimiento, conforme a las reglas de la ley sobre notificación mediante entrega y, en su caso, para la comunicación por edictos.

En cambio, si se le encuentra y se le requiere de pago, caben tres alternativas:

— Que el ejecutado pague en el acto la cantidad reclamada: en tal caso, se da por terminada la ejecución.

— Que el ejecutado consigne la cantidad reclamada: en ese caso la ejecución prosigue, pero con la consignación se evita el embargo de bienes. Esta forma de actuar solo tiene sentido cuando el ejecutado se proponga oponerse a la ejecución. De hecho, si el ejecutado no formula su oposición en el plazo legal, la cantidad consignada se entregará al ejecutante.

— Que el ejecutado ni pague, ni consigne: entonces se procede de inmediato al embargo de bienes.

En cuanto a las costas, en principio el ejecutado ha de pagarlas también cuando sea requerido de pago, salvo que acredite una causa no imputable a él que le hubiera impedido pagar el crédito antes de que el acreedor hubiera promovido la ejecución.

> En los casos en que proceda el requerimiento de pago, no podrá adoptarse medida ejecutiva alguna en tanto no se haya practicado, en los términos que se acaban de exponer. No obstante, si lo pide el ejecutante, sí que se puede proceder de forma inmediata a la puesta en práctica de las medidas de averiguación patrimonial (art. 554.2 LEC).

4. El embargo de bienes: aspectos generales

Como ya se señaló, el embargo de bienes integra el primer bloque de actividades propias de la ejecución dineraria. Debe notarse, no obstante, que el término «embargo» tiene dos acepciones, una amplia y otra restringida.

— En sentido restringido, el embargo es la vinculación o afección de un bien del ejecutado al proceso de ejecución: la actividad ejecutiva se proyectará sobre los bienes que hayan sido embargados, pero no podrá afectar a cualquier otro de los bienes del ejecutado que no hayan sido embargados. El embargo es un requisito imprescindible para que sea lícita una posterior actividad ejecutiva sobre ese bien: nunca podrá subastarse un bien que no haya sido previamente embargado. Al embargo, concebido en sentido estricto, se le denomina también «traba».

— En sentido amplio, se entiende por embargo de bienes el conjunto de actividades que son necesarias para llegar a esta vinculación de un bien concreto al proceso de ejecución y para garantizar esa vinculación del bien al proceso de ejecución. Desde este punto de vista, el embargo de bienes está integrado por una serie de actividades o fases diversas: 1º, averiguación y localización de bienes del ejecutado; 2º, selección de los bienes que se embargarán; 3º, traba o afección de los bienes (= embargo en sentido restringido); 4º, garantía del embargo acordado.

5. Requisitos que han de cumplir los bienes para poder ser embargados

El embargo de bienes se proyecta siempre sobre los bienes del ejecutado, dado que es el patrimonio del deudor el que responde del cumplimiento de sus obligaciones (art. 1911 CC). De forma más precisa, debe señalarse que el deudor no es titular de bienes, sino de derechos sobre bienes: por ello, en rigor, lo que se embarga es el derecho que el deudor tiene sobre ciertos bienes, sean corporales o de otro tipo.

No todo derecho es susceptible de embargo. Ha de tratarse de bienes/derechos que sean patrimoniales, alienables y que no hayan sido expresamente declarados inembargables.

a) Son patrimoniales aquellos derechos que son susceptibles de valoración económica. Es lógico que solo puedan embargarse los bienes patrimoniales, dado que la finalidad de la ejecución es la obtención de una cantidad de dinero.

> Como ejemplo de derechos no patrimoniales se pueden mencionar los derechos de la personalidad, las potestades familiares, los títulos académicos o los derechos políticos.

b) Son alienables aquellos derechos que son susceptibles de transmisión autónoma o independiente, es decir, que pueden cambiar de titular, sin que ese cambio de titularidad suponga una reducción o desaparición de su valor económico. Se trata nuevamente de una exigencia lógica, pues la forma habitual de obtener dinero de los bienes embargados es a través de su transmisión a un tercer adquirente, a cambio de un precio.

A título de ejemplo, no son derechos alienables y, por tanto, no pueden ser embargados, los siguientes: los bienes de dominio público o comunales; los derechos de uso y habitación; el arrendamiento de viviendas; y los derechos accesorios, como las servidumbres o los derechos reales de garantía (*v.g.*, la hipoteca).

c) Como regla, todos los derechos patrimoniales y alienables son embargables. Sin embargo, el legislador ha querido expresamente que ciertos derechos –a pesar de cumplir las condiciones anteriores– no puedan ser objeto de embargo y los ha declarado *expresamente inembargables*, de modo que no podrán utilizarse en el proceso de ejecución para satisfacer el crédito del ejecutante. La inembargabilidad de los bienes puede obedecer a diversos fundamentos:

— Razones de interés o utilidad pública: ciertas leyes especiales proclaman la inembargabilidad de algunos bienes de interés o utilidad pública, como las vías de ferrocarril.

— Razones de respeto a la libertad religiosa: el art. 606.3 LEC establece que son inembargables «los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas».

— Razones de interés social, contempladas en los aptdos. 1 y 2 del art. 606, y en los arts. 607 y 608 LEC. En general, estos preceptos tratan de asegurar al ejecutado un mínimo vital que preserve su dignidad. En concreto, se dispone la inembargabilidad de los siguientes bienes:

– El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo.

– En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia.

– Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada.

– Finalmente, el valor que la sociedad otorga a los animales de compañía explica también que desde diciembre de 2021 sean estos absolutamente inembargables (art. 605.1), sin perjuicio de la embargabilidad de las rentas que los mismos puedan generar (v.g., si se trata de un perro con pedigrí que resulta ganador en concursos o cuyos dueños explotan como semental o en publicidad).

Un análisis especial merece la embargabilidad de los salarios y equivalentes. La regla general, establecida en el art. 607.1 LEC, es la de que es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional (SMI).

En lo que excedan del SMI, los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones se embargarán conforme a una escala (art. 607.2 LEC):

1.º Para la primera cuantía adicional hasta la que suponga el importe del doble del salario mínimo interprofesional, el 30 por 100.

2.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un tercer salario mínimo interprofesional, el 50 por 100.

3.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un cuarto salario mínimo interprofesional, el 60 por 100.

4.º Para la cuantía adicional hasta el importe equivalente a un quinto salario mínimo interprofesional, el 75 por 100.

5.º Para cualquier cantidad que exceda de la anterior cuantía, el 90 por 100.

Para la aplicación de estas escalas deberá tenerse en cuenta el salario neto, es decir, se deducirán los descuentos derivados de la legislación fiscal o de seguridad social (art. 607.5 LEC).

Estas reglas también se aplican a los ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas (art. 607.6 LEC).

Si el ejecutado es beneficiario de más de una percepción, se acumularán todas para deducir de una sola vez la parte inembargable. Y serán igualmente acumulables los salarios, sueldos y pensiones, retribuciones o equivalentes de los cónyuges cuando el régimen económico que les rija no sea el de separación de bienes.

Asimismo, en atención a las cargas familiares del ejecutado, el tribunal podrá aplicar una rebaja de entre un 10 a un 15 por 100 en los porcentajes establecidos en los números 1º, 2º, 3º y 4º mencionados –pero no en el 5º– (art. 607.4 LEC).

Finalmente, debe tenerse en cuenta que la regla de inembargabilidad del SMI y las escalas para embargar lo que exceda del SMI no se aplicarán cuando se proceda en ejecución de una sentencia que condene al pago de alimentos, en todos los casos en que la obligación de satisfacerlos nazca directamente de la Ley, incluyendo los pronunciamientos de las sentencias dictadas en procesos de nulidad, separación o divorcio sobre alimentos debidos al cónyuge o a los hijos. Tampoco se aplicará esta regla cuando se trate de la ejecución de una pensión compensatoria y el ejecutante acredite una necesidad económica que pueda ponderarse con la situación económica del ejecutado. En estos casos, así como en los de las medidas cautelares correspondientes, el tribunal fijará la cantidad que puede ser embargada (art. 608 LEC). Debe tenerse en cuenta que, en estos casos, la atención a la necesidad de subsistencia con dignidad del ejecutado puede chocar con la misma necesidad en los acreedores de los alimentos.

Existe, además, una regla especial adicional, contenida en el art. 1 del Real Decreto-ley 8/2011, de 1 de julio, de medidas de apoyo a los deudores hipotecarios. Su ámbito de aplicación es el proceso de ejecución que se despacha contra el deudor hipotecario una vez terminada la ejecución hipotecaria, cuando en esta no se ha conseguido obtener el cobro íntegro de la cantidad adeudada. Cuando esto sucede, la entidad bancaria puede promover, al amparo del art. 579 LEC, que continúe la ejecución sobre el resto del patrimonio del deudor, conforme a las reglas ordinarias. En consecuencia, será posible el embargo de sueldos, salarios, pensiones y asimilados. Pues bien, en estos casos la cantidad

> inembargable establecida en el art. 607.1 LEC (= la que no exceda del SMI) se incrementará en un 50 por ciento y además en otro 30 por ciento del salario mínimo interprofesional por cada miembro del núcleo familiar que no disponga de ingresos propios regulares, salario o pensión superiores al salario mínimo interprofesional. A estos efectos, se entiende que integran el núcleo familiar el cónyuge o pareja de hecho, los ascendientes y descendientes de primer grado que convivan con el ejecutado.
>
> Los salarios, sueldos, jornales, retribuciones o pensiones que sean superiores al salario mínimo interprofesional y, en su caso, a las cuantías que resulten de aplicar la regla para la protección del núcleo familiar prevista en el apartado anterior, se embargarán conforme a la escala prevista en el artículo 607.2 LEC.

d) En la práctica es muy frecuente el embargo de cuentas abiertas en entidades crédito (v.g., cuentas corrientes y similares): se trata de un embargo de créditos perfectamente posible dado el carácter patrimonial de su objeto. Ahora bien, no es extraño que las cuentas tengan varios titulares. En principio, cuando esto suceda, solo puede embargarse la parte correspondiente al deudor ejecutado (el resto no le pertenece y su embargo daría pie, como se verá en breve, a la necesidad de formular una tercería de dominio). El problema es que en la práctica no siempre está claro qué parte corresponde a cada uno de los titulares. El art. 588.3 LEC, como regla supletoria, señala que si se trata de cuentas de titularidad indistinta con solidaridad activa frente al depositario o de titularidad conjunta mancomunada, se entenderá que el saldo corresponde a partes iguales a los titulares de la cuenta, salvo que conste una titularidad material de los fondos diferente.

Resulta igualmente habitual que los salarios, sueldos, pensiones y retribuciones se abonen mediante transferencia a la cuenta bancaria del perceptor, lo que obliga a combinar la regla general de embargabilidad de los saldos en cuenta corriente con las reglas sobre inembargabilidad de los salarios y equivalentes. A tal fin, el art. 588.4 LEC establece que se considerará sueldo, salario, pensión, retribución o su equivalente el importe ingresado en dicha cuenta por ese concepto en el mes en el que se practique el embargo o, en su defecto, en el mes anterior: solo a esos importes se les aplicarán las reglas de los arts. 607 y 608 LEC; el resto se considerará como ahorro del ejecutado y será, en consecuencia, embargado.

e) Si se embargan bienes que no sean patrimoniales o alienables, o que sean inembargables, el embargo será nulo de pleno derecho. En consecuencia:

— El tribunal puede apreciar el defecto de oficio y alzar el embargo (a pesar de que el embargo, en sentido propio, lo haya trabado el Letrado de la A. de J.).

— El ejecutado podrá denunciar la nulidad del embargo acudiendo a los cauces de impugnación de actos ejecutivos concretos. La eventual transmisión de estos bienes en pública subasta quedará paralizada por esta impugnación, siempre que no se infrinjan las normas de protección a terceros de buena fe.

6. PERTENENCIA DE LOS BIENES AL EJECUTADO, EMBARGO DE BIENES DE TERCEROS Y TERCERÍA DE DOMINIO

En principio, la lógica jurídica obliga a entender que solo es admisible el embargo de bienes que pertenezcan al ejecutado. Ahora bien, es importante tener en cuenta que a la hora de proceder al embargo de bienes el Letrado de la A. de J. no puede efectuar una investigación exhaustiva acerca de la titularidad de los bienes que se propone embargar, sino que no le queda más alternativa que fundarse en apariencias: el juicio acerca de la pertenencia de los bienes al ejecutado se apoya únicamente en indicios, en los signos externos apreciados por el Letrado de la A. de J. por sí solo o actuando con la comisión del juzgado. Así, por ejemplo, el indicio más fuerte de titularidad de un bien mueble es su posesión por el deudor ejecutado.

Esta forma de proceder, sobre la base de apariencias, es la única compatible con el proceso de ejecución: si se exigiera al tribunal –en concreto, al Letrado de la A. de J.– la certeza absoluta de que un bien pertenece al ejecutado antes de embargarlo, la ejecución no sería operativa. Ahora bien, es evidente que con ello se suscita un peligro: el de que en un caso concreto la apariencia no se corresponda con la titularidad efectiva del bien o derecho. En consecuencia, es posible que el Letrado de la A. de J. embargue bienes de terceros, creyendo erróneamente que pertenecen al ejecutado, porque las apariencias del caso le han inducido a cometer ese error.

Aunque pueda parecer extraño, el embargo trabado sobre bienes de terceros no es nulo, sino meramente anulable: en consecuencia, es plenamente eficaz y sirve válidamente de base a una ulterior realización forzosa del bien del tercero embargado.

Por eso, el tercero tendrá la carga de poner de relieve el error del Letrado de la A. de J. al atribuir la titularidad del bien embargado al ejecutado. Es más, si el tercero no aprovecha los instrumentos que el ordenamiento le ofrece para defender su posición jurídica, tendrá que soportar las consecuencias de la ejecución forzosa válida sobre ese bien: al ser válido el embargo, lo será también la realización forzosa del bien, de modo que *de facto* las deudas del ejecutado se habrán pagado con el patrimonio del tercero… Es cierto que este tercero podría ejercitar acciones de enriquecimiento injusto frente al deudor ejecutado, pero lo que no podrá nunca es anular la subasta y recuperar el bien erróneamente embargado.

El Derecho procesal ha habilitado tres instrumentos para que se pueda proteger al tercero frente a un eventual embargo trabado por error sobre sus bienes: la oposición previa al embargo, la tercería de dominio y la llamada «tercería registral».

6.1. La oposición previa al embargo

En caso de que el Letrado de la A. de J., en el momento de ir a efectuar el embargo de un bien, albergue dudas razonables acerca de si dicho bien pertenece al ejecutado o a un determinado tercero, no llevará a cabo el embargo, sino que lo

dejará en suspenso y pondrá en conocimiento del tercero la inminencia del embargo (art. 593 LEC). Al tercero –posible titular del bien en cuestión– se le concederá un plazo de cinco días para acreditar que, efectivamente, dicho bien le pertenece. Si en dicho plazo este tercero acredita de forma fehaciente su titularidad sobre el bien en cuestión, el secretario se abstendrá de embargarlo. En caso contrario, se procederá a la traba del bien.

> Como puede apreciarse, esta oposición no es un cauce de reacción frente a un embargo erróneamente trabado, sino un instrumento para prevenir dicho embargo erróneo. Y es que, una vez trabado el embargo sobre un bien, el tribunal no está facultado para alzarlo de oficio: solo podrá hacerlo a instancia del tercer titular del bien indebidamente embargado, que tendrá la carga de interponer la tercería de dominio.

6.2. La tercería de dominio

La tercería de dominio es el instrumento principal que otorga el ordenamiento al tercero cuyos bienes han sido embargados en la creencia errónea de que pertenecían al ejecutado (arts. 595 a 604 LEC). A través de la tercería de dominio, el tercero –llamado «tercerista»–, verdadero titular de los bienes embargados, pretende el alzamiento del embargo sobre el bien, de modo que logre sustraerlo del proceso de ejecución.

1º. *Objeto de la tercería de dominio*

La tercería de dominio se articula como un incidente dentro del proceso de ejecución, a través del cual el tercerista ejercita una acción en sentido propio, cuyos elementos son los siguientes:

— Sujetos: La demanda del tercerista ha de dirigirse en todo caso frente al ejecutante, dado que el tercerista pretende privarle del derecho a que el bien embargado se utilice para la satisfacción de su crédito.

El tercerista está obligado también a dirigir su demanda frente al ejecutado en el caso de que haya sido el ejecutado el que haya designado como propios, a efectos del embargo, los bienes que en realidad eran del tercero (en estos casos, por tanto, se plantea un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario legal o propio).

> En los casos en que la demanda de tercería no deba dirigirse frente al ejecutado, y aunque no se le haya demandado, podrá este sujeto intervenir en el procedimiento con *status* pleno de parte; para facilitar esa intervención hay que notificarle la admisión a trámite de la demanda de tercería.

— *Petitum*: A través de la acción objeto de la tercería de dominio, el tercerista pretende el alzamiento del embargo sobre sus bienes. Por lo tanto, la tercería de dominio no es una acción reivindicatoria, sino una acción de carácter constitutivo, a través de la cual se pretende un cambio jurídico: que el bien trabado deje de estarlo. Es importante insistir en esto: la tercería de dominio no busca la recuperación de la posesión (pues de nada sirve si el embargo, como afección, subsiste), sino que se levante el embargo indebidamente trabado sobre el bien (pues solo así el bien queda sustraído a la ejecución forzosa y se conjura el peligro de que sea objeto de una realización forzosa).

— Causa de pedir: El tercerista ha de fundar su acción en el hecho de ser dueño de los bienes embargados o, dado el caso, en ser titular de un derecho que legalmente le permita oponerse al embargo o a la realización forzosa (*v.g.*, no es propietario del bien, pero lo tiene en *leasing* desde hace tiempo y tiene la expectativa de llegar en breve plazo a ser su propietario pagando el residuo). La titularidad del tercerista ha de ser previa al embargo del bien: es decir, la tercería de dominio ha de fundarse en un derecho existente sobre el bien con anterioridad al embargo.

2º. *Tiempo de la tercería de dominio*

La tercería de dominio puede interponerse únicamente durante un cierto lapso de tiempo, transcurrido el cual precluye:

— El momento inicial es el del embargo del bien en cuestión.

> Nótese que el ordenamiento no regula –realmente, no puede hacerlo– el modo en que el tercero llega a tener conocimiento de que se ha trabado erróneamente un embargo sobre su bien.

— El momento final es aquel en el que quede consumada, conforme al derecho privado, la transmisión del bien embargado a un tercero o al propio ejecutante, en función de los diversos mecanismos de realización forzosa empleados (*v.g.*, cuando se perfecciona la venta en subasta pública).

3º. *Tramitación de la tercería de dominio*

La tercería de dominio se tramita por los cauces del juicio verbal, con una serie de especialidades:

a) Juez competente: la tercería de dominio ha de interponerse ante el Letrado de la A. de J. responsable de la ejecución, pero será competente para resolverla el tribunal que dictó el auto conteniendo la orden general y despacho de la ejecución (competencia funcional).

b) La interposición de la tercería de dominio provoca la suspensión de la realización forzosa sobre el bien en cuestión (el bien sigue embargado, pero no podrá subastarse).

c) Para evitar que fraudulentamente se busque la suspensión del proceso de ejecución interponiendo tercerías infundadas, se contemplan dos precauciones:

— Al tercerista solo se le admitirá la demanda si la acompaña de un principio de prueba por escrito de su pretensión (es decir, ha de aportar junto con su demanda de tercería un documento del que, al menos en apariencia, se deduzca su derecho).

— El Letrado de la A. de J. puede exigirle al tercerista que preste caución para responder de los eventuales perjuicios que pueda causarle al ejecutante la suspensión de la realización forzosa, en caso de que la tercería sea después desestimada.

d) Si el demandado no contesta a la demanda de tercería se entiende que admite los hechos alegados por el tercerista, lo cual conduce a que se estime la tercería.

e) La tercería de dominio se resuelve por medio de auto, no por sentencia.

— Si el tribunal estima la tercería, decretará el alzamiento del embargo y de las eventuales medidas de garantía practicadas.

— Si el tribunal desestima la tercería, el bien podrá ser objeto de realización forzosa.

f) El auto por el que se resuelve la tercería de dominio carece de efectos de cosa juzgada, puesto que en el proceso de tercería lo que se pretende es el alzamiento del embargo, pero no un pronunciamiento irrevocable acerca de a quién pertenece el bien embargado. Por eso, resulta admisible que en un ulterior proceso declarativo se discuta acerca de la titularidad del bien o derecho, objeto de la tercería de dominio.

6.3. La tercería registral

Como es bien sabido, el ordenamiento otorga una protección jurídica reforzada a los titulares de derechos reales sobre inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad. En el plano que ahora nos ocupa, esta especial protección se manifiesta de dos formas distintas (art. 38 III LH):

a) El Letrado de la A. de J. no puede embargar un bien inmueble si consta en los autos, mediante certificación registral, que dicho bien está inscrito a favor de un tercero, distinto del ejecutado.

b) Si ya se ha embargado un bien inmueble, en cuanto conste en las actuaciones, mediante certificación registral, que dicho bien está inscrito a favor de tercero, el tribunal deberá alzar el embargo de forma inmediata y automática. Evidentemente, la inscripción del derecho del tercero en el Registro ha de ser previa a la anotación preventiva del embargo.

Son varias las vías a través de las cuales puede llegar al tribunal la certificación registral de la que se deduce el error a la hora de decretar el embargo (así, cuando el Registrador remite al tribunal la certificación de dominio y cargas –cfr. lección 35– o cuando el Registrador le remite la nota denegando la anotación preventiva de embargo). También puede ser el propio tercero, titular del bien inmueble erróneamente embargado, el que aporte al tribunal la certificación registral de su derecho: se habla entonces en sentido propio de «tercería registral». Esta aportación por parte del tercero de la certificación registral es semejante, en cuanto a su finalidad, a la tercería de dominio, pero presenta la clara ventaja de que el resultado (= alzamiento del embargo) se consigue de forma inmediata, sin necesidad de que se tramite proceso alguno.

7. LAS FASES DEL EMBARGO

Como ya se dijo antes, en sentido amplio el embargo comprende un conjunto de actuaciones necesarias para llegar a la traba de bienes y, en su caso, para garantizarla. Esas actuaciones se realizan de forma escalonada, por fases.

7.1. Localización de los bienes del ejecutado

Antes de poder embargar bienes, es preciso conocer su existencia. Para conocer la existencia de los bienes del ejecutado se abren varias posibilidades.

1º. En primer término, es habitual que el propio ejecutante, antes de presentar la demanda ejecutiva, realice una investigación para determinar o conocer elementos patrimoniales del ejecutado, que sean susceptibles de embargo: lo hará acudiendo, sobre todo, a Registros públicos que son accesibles a cualquier interesado (*v.g.*, el Registro de la Propiedad).

Si estas investigaciones tienen éxito, el ejecutante designará en la demanda ejecutiva los bienes que haya encontrado, de modo que el Letrado de la A. de J., una vez que el tribunal haya despachado la ejecución, pueda ordenar directamente su embargo en el decreto que debe dictar a continuación.

2º. En segundo término, puede suceder que el ejecutante haya fracasado en sus investigaciones previas (sea porque no encontró ningún bien, o porque los que encontró son insuficientes para hacer frente al importe total de la deuda) o bien que haya preferido no realizarlas. En tal caso, podrá contar con la colaboración del tribunal –en concreto, del Letrado de la A. de J.–, que puede decretar ciertas medidas de localización o averiguación del patrimonio del ejecutado. Lo habitual es que estas medidas se acuerden en el decreto que el Letrado debe dictar después de que el tribunal haya despachado la ejecución. Son de dos tipos:

a) *La manifestación de bienes del ejecutado* (art. 589 LEC): el Letrado de la A. de J. dirige un requerimiento al ejecutado para que proporcione una relación de bienes o derechos suyos, susceptibles de embargo, en cantidad suficiente para cubrir lo debido.

> Este requerimiento ha de hacerlo de oficio el Letrado de la A. de J. siempre que el ejecutante no haya designado bienes en la demanda ejecutiva o cuando, habiéndolos designado, haya expresado en la demanda que son insuficientes para cubrir la deuda.
>
> Para reforzar la eficacia de este requerimiento al ejecutado, se incluyen en él dos apercibimientos:
>
> — Si no atiende el requerimiento podrá ser perseguido penalmente por desobediencia.
>
> — Se le pueden imponer multas coercitivas periódicas, hasta conseguir que cumpla ese requerimiento.
>
> Estos apercibimientos tienen sentido cuando se sabe o se intuye que el ejecutado posee activos que, de algún modo, están ocultos. Ahora bien, en muchos casos el deudor no podrá hacer manifestación de bienes suficientes por la sencilla razón de que carece de ellos: el ejecutado puede hallarse en

situación de insolvencia probable, inminente o actual. Por eso, el art. 589.3 LEC señala que el letrado de la A. de J., en estos casos de falta de respuesta al requerimiento, informará al ejecutado de que tiene la opción de comunicar al tribunal que ha iniciado o que tiene intención de iniciar negociaciones con acreedores para alcanzar un plan de reestructuración, lo que determinaría la paralización de la ejecución durante dicha negociación en los términos legalmente previstos. También le advertirá de que, si está ya en situación de insolvencia y no inicia dichas negociaciones, tiene el deber de solicitar la declaración de concurso de acreedores.

b) *La investigación judicial del patrimonio del ejecutado* (arts. 590 y 591 LEC): el ejecutante puede pedir al Letrado de la A. de J. que se dirija a entidades financieras, organismos o registros públicos y, en general, a personas físicas o jurídicas, que puedan tener información acerca del patrimonio del ejecutado. El Letrado requerirá a las personas designadas por el ejecutante para que faciliten un listado o relación de los elementos patrimoniales del ejecutado de los que tengan constancia.

Es carga del ejecutante identificar a las personas a las que debe dirigirse el tribunal. Y, además, el Letrado de la A. de J. solo debe atender a esta petición si se trata de obtener información que el ejecutante no pudiera haber obtenido por sí mismo.

Entre estas entidades se incluye expresamente la Agencia Tributaria, aunque según el art. 113 LGT su obligación de informar lo es a título subsidiario. En la práctica, también se acude con frecuencia a la Tesorería General de la Seguridad Social. La obtención de esta información se articula normalmente a través de una herramienta informática denominada «Punto Neutro Judicial», que pone en contacto al órgano judicial con las diversas entidades públicas y privadas llamadas a colaborar (entidades bancarias, TGSS, AEAT, catastro, DG de Tráfico –para ver los vehículos a su nombre–, entre otras).

La información obtenida por estos cauces será, en todo caso, confidencial. Y, además, a los terceros a los que se dirija este requerimiento se les informará de su deber de colaborar, pudiendo apercibírseles con la imposición de multas coercitivas periódicas.

En ciertos partidos judiciales, en los que el número de jueces es grande, es frecuente que exista una «oficina de averiguación patrimonial», que auxilia a los diversos tribunales a la hora de llevar a cabo estas tareas.

7.2. Selección de los bienes: el orden de los embargos

En general, los bienes del ejecutado se embargan a medida que se van conociendo, sin necesidad de efectuar ningún tipo de selección, hasta que el Letrado de la A. de J. considere que el valor presumible de los bienes ya embargados será suficiente para satisfacer al ejecutante.

Es posible, sin embargo, que en unidad de acto o tiempo llegue a conocimiento del Letrado de la A. de J. la existencia de una pluralidad de bienes del ejecutado: en caso de que no resulte necesario el embargo de todos ellos para cubrir la cantidad debida, el Letrado deberá hacer una selección de los bienes que

embargará y de los que quedarán libres del embargo. Para ello, el art. 592 LEC establece una serie de criterios:

1º. No se deben embargar bienes cuyo valor exceda de la cantidad por la que se despacha ejecución, a no ser que no se conozcan más bienes o que los conocidos de menor valor sean insuficientes.

2º. Si existiere un pacto al respecto entre ejecutante y ejecutado, dicho pacto vinculará al Letrado de la A. de J. a la hora de proceder al embargo.

3º. Como regla, se ha de optar por el embargo de aquellos bienes cuya enajenación resulte a la vez más sencilla y menos onerosa para el ejecutado.

4º. Si no procede la aplicación de los anteriores criterios, o si dichos criterios no son conducentes, el Letrado de la A. de J. debe atenerse al orden de embargos que viene establecido en el art. 592.2 LEC.

> 1º Dinero o cuentas corrientes de cualquier clase.
> 2º Créditos y derechos realizables en el acto o a corto plazo, y títulos, valores u otros instrumentos financieros admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de valores.
> 3º Joyas y objetos de arte.
> 4º Rentas en dinero, cualquiera que sea su origen y la razón de su devengo.
> 5º Intereses, rentas y frutos de toda especie.
> 6º Bienes muebles o semovientes, acciones, títulos o valores no admitidos a cotización oficial y participaciones sociales.
> 7º Bienes inmuebles.
> 8º Sueldos, salarios, pensiones e ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas.
> 9º Créditos, derechos y valores realizables a medio y largo plazo.
> También podrá decretarse el embargo de empresas cuando, atendidas todas las circunstancias, resulte preferible al embargo de sus distintos elementos patrimoniales.

El precepto establece así una clasificación de todos los posibles bienes del ejecutado, e impide al Letrado de la A. de J. el embargo de bienes incluidos en una categoría si no se han embargado antes –o no existen– bienes incluidos en categoría o categorías anteriores. Si el Letrado altera el orden de los embargos, el ejecutado tiene derecho a exigirle que haga las rectificaciones oportunas (esto es, que alce el embargo sobre ciertos bienes, pero que embargue bienes no embargados). De hecho, a través de esta vía puede acabar forzándose al deudor a poner en conocimiento del Letrado de la A. de J. bienes o derechos que aún no habían aflorado.

7.3. La traba y sus efectos

1º. Según el art. 587 LEC, la *traba* o embargo en sentido estricto de los bienes se puede producir de dos maneras y en dos momentos diferentes:

a) *Por decreto del Letrado de la A. de J*: si el Letrado de la A. de J. conoce la existencia de bienes embargables concretos, dictará un decreto en el que acuerde su embargo, de modo que el embargo se entiende producido en ese mismo

momento (cosa distinta es que el embargo, existente desde ese momento, no sea aún «visible»).

> Así, si el ejecutante designó bienes conocidos del ejecutado en la demanda ejecutiva, el Letrado de la A. de J. acordará su embargo en el decreto que ha de dictar inmediatamente después del auto en el que el juez despacha la ejecución. Asimismo, cuando el ejecutado, a instancia del Letrado de la A. de J., le remite una manifestación de sus bienes, ordenará este entonces el embargo de los bienes incluidos en la relación.

b) *Mediante diligencias de embargo*: cuando el Letrado de la A. de J. no tiene conocimiento de bienes concretos susceptibles de embargo, decretará el embargo de bienes del ejecutado de forma genérica, es decir, sin hacer referencia a ningún bien concreto. Sobre la base de esa orden se lleva a la práctica la diligencia de embargo. La Comisión del Juzgado se desplaza al lugar del domicilio del ejecutado, o a otro lugar donde se sospeche que haya bienes del ejecutado, y se procede al embargo levantando un acta, en la que se describen los bienes que se embargan. En este caso, se entienden embargados los bienes desde el momento en que se hayan incluido en la relación consignada en el acta.

2º. Una vez trabado el embargo, produce dos grandes *efectos*, uno de ellos respecto del tribunal ejecutor y el otro respecto del ejecutante.

a) El tribunal adquiere la potestad de actuar sobre el bien trabado, para hacer efectiva la responsabilidad del ejecutado: el embargo le autoriza para «sustituir» al ejecutado de cara a disponer de los bienes embargados, lo que le permitirá efectuar sobre el bien en cuestión todas las actividades propias de la realización forzosa.

El tribunal pasa así a tener un poder de disposición sobre el bien embargado, gracias al cual puede sustituir válidamente al ejecutado a la hora de proceder a su enajenación forzosa.

b) El ejecutante adquiere el derecho a percibir el producto de lo que se obtenga de la realización forzosa del bien embargado: adquiere el derecho a que los bienes embargados se utilicen para la satisfacción de su crédito.

Ahora bien, el embargo no le otorga ningún tipo de preferencia. En principio, si no se produce ninguna incidencia, el ejecutante percibirá lo que se obtenga tras la realización forzosa de los bienes embargados. Pero es posible que exista un tercer acreedor del ejecutado, cuyo crédito sea preferente al del ejecutante. Si ese tercer acreedor percibe el peligro de que la ejecución forzosa llegue a vaciar de contenido el patrimonio del ejecutado, estará interesado en hacer valer su privilegio o preferencia, de modo que pueda cobrar su crédito con preferencia al ejecutante. A tal efecto, habrá de ejercitar la llamada «tercería de mejor derecho».

7.4. La preferencia del ejecutante y la tercería de mejor derecho

La tercería de mejor derecho es el cauce para que los terceros acreedores, que tengan créditos preferentes respecto del ejecutante, hagan valer su preferencia.

A través de la tercería de mejor derecho se pretende que el ejecutor declare la preferencia del crédito del tercerista y que, en consecuencia, ordene que las cantidades obtenidas en el proceso de ejecución se destinen al pago del crédito del tercerista, con preferencia al pago del crédito del ejecutante inicial. Por tanto, a través de la tercería de mejor derecho, el tercero, acreedor privilegiado, interviene en el proceso de ejecución incoado por otro acreedor, con la finalidad de que los bienes embargados en dicho proceso sirvan, antes que nada, para la satisfacción de su crédito.

1º. *Objeto de la tercería de mejor derecho*

La tercería de mejor derecho envuelve el ejercicio de una o de dos acciones, según las circunstancias concurrentes en el caso concreto (arts. 614 a 620 LEC).

En todo caso, la tercería de mejor derecho supone siempre el ejercicio de una acción constitutiva del tercerista frente al ejecutante: a través de ella se pretende el reconocimiento de la preferencia del crédito del tercerista sobre el del ejecutante y, como consecuencia de ello, que el derecho a satisfacerse en primer término con el producto de los bienes embargados pase del ejecutante al tercerista.

Esta acción constitutiva encuentra su fundamento en las normas civiles, mercantiles, laborales, administrativas y tributarias en materia de preferencia de créditos (pero no en las normas concursales, que solo se aplican en el contexto de un proceso concursal).

De hecho, esta acción constitutiva del tercerista frente al ejecutante es la única que debe ejercitar el tercerista cuando su crédito se encuentra documentado en un título ejecutivo.

> Ahora bien, aunque el ejecutado no deba ser demandado (porque el tercerista ya tiene título ejecutivo frente a él), habrá que notificarle el auto que admite a trámite la demanda de tercería, para que pueda intervenir en defensa de su posición jurídica, si así lo considera oportuno.

En cambio, cuando el crédito del tercerista no está documentado en un título ejecutivo, el tercerista debe ejercitar en la tercería de mejor derecho una segunda acción, en concreto una acción de condena frente al ejecutado.

> En efecto, debe insistirse en la idea de que el tercerista pretende el cobro forzoso de su crédito en el marco del proceso de ejecución; y esto solo le está permitido a quien dispone de título ejecutivo. Si el tercerista ya disponía de título ejecutivo antes de interponer su tercería, en caso de que la gane estará legitimado para obtener el cobro forzoso, pues tiene título ejecutivo: no tiene sentido que ejercite una acción de condena frente al ejecutado, pues ya tiene lo que le aportaría el éxito de esa acción (el título ejecutivo). En cambio, si no dispone de título ejecutivo, es imprescindible que lo obtenga, pues de lo contrario, aunque se reconociera la preferencia de su crédito sobre el del ejecutante, no sería legítimo el cobro del tercerista en el marco de una ejecución forzosa: de ahí que resulte necesario obtener un título ejecutivo, a través del ejercicio de una acción de condena frente al ejecutado –con la ventaja de que el ordenamiento le permite incluir dentro de la tercería de mejor derecho esta acción de condena–.

2º. *Tiempo de la tercería de mejor derecho*

La tercería de mejor derecho está sujeta a límites temporales.

a) En cuanto al momento inicial, se halla en función del tipo de preferencia que afirme ostentar el tercerista.

— Si se trata de una preferencia general, la tercería procederá desde que se despache la ejecución.

— En cambio, si se trata de una preferencia especial (= que recae sobre un bien concreto), entonces la tercería procederá desde el momento en que se embargue el concreto bien al que se refiere el privilegio o preferencia.

b) En cuanto al momento final del ejercicio de la tercería, es aquel en que las cantidades de dinero obtenidas en el proceso de ejecución se entreguen al ejecutante.

3º. *Tramitación de la tercería de mejor derecho*

La tercería de mejor derecho se concibe como un incidente dentro del proceso de ejecución, que se sustancia por los cauces del juicio verbal, con una serie de especialidades:

a) Juez competente: será competente para conocer de la tercería de mejor derecho el tribunal que esté conociendo de la ejecución forzosa (competencia funcional).

b) La demanda no se admitirá si el tercerista no aporta un principio de prueba por escrito de su crédito.

c) La admisión a trámite de la tercería no suspenderá la realización forzosa, pero sí impide que se entreguen al ejecutante las cantidades obtenidas, que quedarán depositadas en el tribunal hasta que se resuelva la tercería.

d) Si los demandados no contestan a la demanda se entenderá que admiten los hechos alegados en la demanda (lo que conducirá, de ordinario, a la estimación de la tercería).

e) La tercería de mejor derecho se resuelve por sentencia, no por auto. En ella el tribunal habrá de pronunciarse acerca de la existencia del privilegio y el orden en que los créditos deben ser satisfechos en la ejecución.

En caso de que se estime la tercería de mejor derecho, se pagará primero al tercerista, con el producto de lo obtenido y, solo después, con el sobrante, se pagará el crédito del ejecutante inicial. No obstante, no se entregará al tercerista cantidad alguna procedente de la ejecución mientras no se haya satisfecho al ejecutante inicial las tres quintas partes de las costas causadas en la ejecución.

8. LAS MEDIDAS DE GARANTÍA DEL EMBARGO

En general, desde que se traba el embargo y hasta que se pueda proceder a la realización forzosa es necesario el transcurso de cierto tiempo. Durante ese lapso de tiempo pueden producirse ciertos acontecimientos que dejen sin efecto el embargo trabado: es posible que por motivos naturales los bienes embargados desaparezcan, se destruyan o pierdan su valor; o puede suceder que el ejecutado, maliciosamente, aproveche ese tiempo para llevar a cabo ciertas actuaciones que perjudiquen la eficacia del embargo (*v.g.*, puede transmitir el bien a un tercero de forma irreivindicable, ocultarlo, constituir sobre él cargas o gravámenes que disminuyan su valor). De ocurrir esto, los bienes no podrían ser objeto de realización forzosa o se obtendría de ellos un valor inferior al que tenían cuando fueron embargados.

Para evitar que estos riesgos lleguen a materializarse, el ordenamiento jurídico ha previsto ciertas medidas de garantía de la traba. La adopción de estas medidas no es necesaria ni imprescindible, aunque en la práctica es muy conveniente: el embargo existe y el bien se encuentra jurídicamente vinculado a la ejecución forzosa aunque no se hayan adoptado medidas de garantía; pero sin estas el embargo no es «visible» para terceros y esto puede perjudicar su eficacia. El carácter potestativo de las medidas de garantía del embargo tiene como consecuencia que el tribunal no pueda decretarlas de oficio, sino que solo procede su adopción a instancia del ejecutante (aunque lo razonable es que se soliciten siempre).

Las medidas de garantía que se prevén son distintas en función de los bienes embargados. En función del tipo de bienes serán distintos los peligros y, también, las formas de conjurarlos.

8.1. Depósito judicial

El depósito judicial –también llamado a veces secuestro– es la medida de garantía adecuada cuando lo embargado sean bienes muebles o semovientes (arts. 624 a 628 LEC).

Tratándose de este tipo de bienes, el principal peligro para la eficacia del embargo es que el deudor los oculte, destruya o transmita a un tercero de forma irreivindicable (art. 464 CC). Este peligro se evita confiando los bienes en depósito a una persona, que tendrá que guardarlos y retenerlos a disposición del tribunal ejecutor, hasta que este determine a quién han de ser entregados (normalmente, a quien los haya adquirido en la subasta).

Puede ser depositario un tercero (es lo habitual), el ejecutante y, en algunos supuestos, también se permite que lo sea el ejecutado: esto último será posible cuando el bien sea de muy difícil traslado y custodia, o también cuando este los emplee para la realización de una actividad productiva (es preferible que los conserve, para que siga obteniendo rendimientos económicos).

8.2. Orden de retención de pagos

Se ha de acudir a esta medida de garantía (arts. 621 a 623 LEC) cuando se hayan embargado los créditos que el ejecutado tuviera frente a terceros (*v.g.*, cuando se hayan embargado sueldos, rentas o saldos de cuentas corrientes).

En estos casos, concurre el peligro de que el tercero, ignorando que ha sido embargado el crédito respecto del cual él es deudor, pague al ejecutado y que el ejecutado, recibido el cobro, lo oculte, lo transfiera a terceros o disponga de él. Para evitar este resultado se acude a la orden de retención de pagos: el Letrado de la A. de J. comunica al deudor del ejecutado la existencia del embargo y le ordenará que la cantidad embargada no se pague al ejecutado, sino que quede retenida a disposición del propio tribunal o que se abone directamente al ejecutante.

> Estas comunicaciones también puede hacerlas el procurador del ejecutante, a su costa, si así se le pide al Letrado de la A. de J.

Si el deudor del ejecutado contraviniera esta orden, sería de aplicación lo dispuesto por el art. 1165 CC: su pago no tendría eficacia liberatoria, de modo que seguirá debiendo al ejecutado la cantidad en cuestión.

8.3. Anotación preventiva de embargo

La anotación preventiva de embargo (art. 629 LEC) es la medida de garantía que procede cuando se embargan bienes inmuebles. En este caso, planean sobre el embargo dos clases de peligro:

— Que el bien embargado se transmita de forma irreivindicable a un tercero de buena fe (tercero hipotecario), en los términos del art. 34 LH.

— Que el ejecutado constituya sobre el inmueble cargas o gravámenes que reduzcan su valor económico (*v.g.*, que lo hipoteque).

Estos peligros derivan de que los inmuebles, como regla, son bienes registrados: la no constancia en el Registro de la Propiedad de la existencia del embargo hace que el embargo no pueda oponerse frente a estos terceros que adquieren el bien o en cuyo favor se constituyan cargas sobre ese bien.

La forma de conjurar estos peligros consiste en dar trascendencia registral a la existencia del embargo sobre el inmueble, lo que se consigue a través de la anotación preventiva de embargo.

Una vez anotado en el Registro, ese embargo tiene efectos *erga omnes*, de manera que todo aquel que adquiera derechos sobre el inmueble con posterioridad a la anotación preventiva del embargo ha de estar a las resultas del proceso de ejecución. En consecuencia, quien adquiere un inmueble e inscribe su dominio con posterioridad a la anotación preventiva de embargo, ha de saber que el bien podrá ser válidamente vendido en pública subasta; y quien adquiere un derecho sobre el bien (*v.g.*, un derecho de hipoteca o una servidumbre) y lo inscribe con posterioridad a la anotación preventiva de embargo, ha de saber que el bien se podrá vender en pública subasta como si su derecho no existiera, de modo que la venta en pública subasta conducirá a su extinción.

En tanto que medida de garantía, la anotación preventiva de embargo ha de solicitarla el ejecutante. El Letrado de la A. de J. la acordará y expedirá por medios telemáticos un mandamiento al Registrador, para que extienda en ese mismo momento el asiento de presentación: en los sesenta días siguientes se presentará el original del mandamiento, para que el Registrador practique la anotación propiamente dicha (aunque con efectos que se retrotraen a la fecha del asiento de presentación).

> El mandamiento también puede ser diligenciado por el procurador del ejecutante, a su costa, si así se solicita. En tal caso, la comunicación del Registrador con el tribunal se canalizará a través del procurador.

En la anotación preventiva de embargo ha de hacerse constar el importe de la obligación por la que procede el embargo de bienes: es el límite de cantidad oponible a terceros.

La anotación preventiva de embargo tiene una duración inicial de cuatro años, transcurridos los cuales caduca: no obstante, podrá prorrogarse por periodos iguales, siempre que la prórroga se solicite antes de la caducidad de la anotación inicial. También procede la cancelación de la anotación preventiva de embargo si se alza el embargo (*v.g.*, porque prospera una tercería de dominio) o si se produce la enajenación forzosa del inmueble.

8.4. Administración judicial

Esta medida de garantía (arts. 630 a 633 LEC) procede cuando se han embargado bienes productivos (especialmente, empresas). El peligro en estos casos consiste en que el ejecutado descuide la gestión del bien productivo o incluso, de forma maliciosa, realice gestiones fraudulentas.

La solución pasa por controlar de alguna manera dicha gestión:

— Se puede sustituir al ejecutado al frente de la gestión de la empresa, nombrando en su lugar a un administrador judicial.

— De manera menos incisiva, cabe mantener al ejecutado en la gestión, pero bajo el control de un interventor judicial, designado por el tribunal, que fiscalice su gestión.

9. El reembargo y el embargo de sobrante

9.1. El reembargo

El hecho de que un bien haya sido ya embargado no impide que, subsistiendo dicho embargo, pueda ser objeto de un segundo o ulterior embargo. Se llama «reembargo» al embargo de un bien que ya está embargado (art. 610 LEC). Como regla, el reembargo se produce cuando existen diversos procesos de ejecución seguidos por diferentes acreedores contra el mismo deudor y motivados por deudas distintas.

1º. Cuando sobre un mismo bien concurren varios embargos, se hace preciso determinar cuál es el primer embargo (preferente) y cuál es el reembargo (el embargo posterior):

— La regla general es que la preferencia la determina la fecha del embargo (que se comprueba verificando la fecha del decreto de embargo o la fecha en que se levantó acta de la diligencia de embargo).

— Cuando se trata de bienes inmuebles, la preferencia la determina la fecha de la anotación previa de embargo (la más antigua).

2º. La existencia del reembargo tiene consecuencias distintas en función de cuál sea la naturaleza del bien reembargado.

— En términos generales, el segundo embargo (reembargo) no permite la realización forzosa del bien mientras subsista el primer embargo. Si, como consecuencia del primer embargo, el bien es realizado forzosamente y se transmite a un tercero, el segundo embargo (reembargo) se extingue al haber quedado vacío de contenido.

Ahora bien, si el primer embargo se extingue o se alza por motivos distintos a la enajenación forzosa del bien (*v.g.*, porque triunfó la oposición del ejecutado al primer proceso de ejecución), el segundo embargo pasa a ocupar el lugar del primero y permite que se proceda a la realización forzosa en beneficio de este segundo ejecutante.

— Cuando los bienes son inmuebles, las consecuencias del reembargo son distintas. En estos casos, aunque el primer embargo subsista, el segundo embargo (el reembargo) puede permitir una realización forzosa del bien, en beneficio del segundo ejecutante. Ocurre, sin embargo, que la anotación preventiva del primer embargo subsiste, no se cancela como causa de la realización forzosa: por tanto, quienes adquieran el bien reembargado lo adquieren con una carga (el primer embargo) y esto repercute en la cantidad de dinero que puede obtenerse con la venta, en pública subasta, sobre la base del segundo embargo.

9.2. El embargo de sobrante

Distinto del reembargo es el llamado «embargo de sobrante» (art. 611 LEC). Hay embargo de sobrante cuando el objeto del embargo, a instancia del ejecutante, es la cantidad que sobre tras la realización forzosa de los bienes embargados en otro proceso de ejecución, si es que queda algo, tras la completa satisfacción del ejecutante del primer embargo.

En este caso, el objeto del embargo no existe en el momento en que se practica, sino que se trata del embargo de un bien futuro.

La existencia del embargo del sobrante debe ser comunicada al tribunal que conoce de la ejecución forzosa en que se decretó el embargo inicial: este, una vez pagada la deuda, conservará el sobrante a disposición del proceso en que se ordenó su embargo.

10. VICISITUDES DEL EMBARGO

Una vez decretado el embargo, pueden producirse una serie de vicisitudes, en función de que varíen las circunstancias concurrentes en el momento de su adopción (art. 612 LEC).

10.1. Mejora del embargo

Significa el embargo de nuevos bienes, inicialmente no trabados. Debe procederse a la mejora del embargo cuando se constata que los bienes inicialmente embargados no serán suficientes para cubrir los importes que se han de obtener a través de la ejecución forzosa.

Esto sucede, *v.g.*, cuando se interpone una tercería de dominio (dado que, si prospera, el bien dejará de estar vinculado a la ejecución) o cuando se solicita y se obtiene la ampliación de la ejecución.

A veces, la mejora del embargo no se traduce en el embargo de nuevos bienes, sino en la modificación de las medidas de garantía: si se embargó un bien inmueble, puede ser suficiente con incrementar el importe garantizado y darle reflejo registral a ese incremento en la anotación preventiva de embargo.

10.2. Reducción del embargo

Significa que se procede al alzamiento del embargo respecto de uno o varios bienes. Debe procederse a la reducción del embargo cuando se ha disminuido el importe del crédito reclamable en la ejecución (*v.g.*, porque prosperó en parte una oposición a la ejecución) o porque se ha constatado que no es necesaria la realización forzosa de todos los bienes inicialmente embargados para satisfacer el crédito.

De forma análoga a lo que sucede con la mejora, la reducción también puede traducirse en una minoración de la cantidad garantizada con la anotación preventiva de embargo.

10.3. Modificación del embargo

Se produce cuando el tribunal sustituye el embargo de uno o varios bienes –respecto de los que se alza el embargo– por el embargo de otros bienes –inicialmente no embargados–. Esto es lo que sucede, *v.g.*, cuando el ejecutado alega que se ha vulnerado el orden de los embargos del art. 592.2 LEC.

10.4. Alzamiento del embargo

Significa el levantamiento de la traba sobre el bien, que deja de estar vinculado al proceso de ejecución, de modo que no podrá ya utilizarse para satisfacer el crédito del ejecutante. Son muy variadas las causas por las que puede proceder el alzamiento de un embargo: entre ellas se encuentran la enajenación forzosa del bien, la estimación de la oposición a la ejecución y la estimación de la tercería de dominio.

LECCIÓN 35

LA EJECUCIÓN DINERARIA (II)
REALIZACIÓN FORZOSA Y EJECUCIÓN HIPOTECARIA

1. Introducción. — 2. El pago o entrega directa al ejecutante. — 3. La venta a través del mercado secundario oficial de valores o fedatario público. — 4. La venta en subasta judicial pública: la subasta de bienes muebles: 4.1. Preparación de la subasta; 4.2. Desarrollo de la subasta y aprobación del remate; 4.3. El pago por el rematante. — 5. La subasta de bienes inmuebles: 5.1. Titularidad y titulación de los bienes inmuebles; 5.2. El régimen de subsistencia y cancelación de cargas; 5.3. La existencia de sujetos diversos al ejecutado afectados por la ejecución; 5.4. Desarrollo de la subasta. — 6. Otras formas de realización forzosa: 6.1. Los convenios de realización; 6.2. La realización por persona o entidad especializada. — 7. La adjudicación en pago: 7.1. Supuestos en que procede; 7.2. Efectos. — 8. La administración forzosa o administración para pago. — 9. La ejecución sobre bienes hipotecados: 9.1. El título ejecutivo; 9.2. El tribunal competente; 9.3. Las partes; 9.4. Desarrollo del proceso. — 9.5. La defensa del ejecutado; 9.6. Tutela del ejecutado en los casos de préstamo hipotecario con cláusula de vencimiento anticipado. 9.7. «Código de Buenas Prácticas» y dación en pago; 9.8. La venta extrajudicial de bienes hipotecados.

1. INTRODUCCIÓN

La realización forzosa, también llamada procedimiento de apremio, es el conjunto de actividades que se llevan a cabo para satisfacer el crédito del ejecutante con los bienes embargados.

No existe un único sistema de realización forzosa, sino que se han previsto varios, a los que se acudirá en función de la naturaleza de los bienes embargados o de las concretas circunstancias que concurran en cada caso. La idea general es que a través de los mecanismos de realización forzosa se trata de obtener dinero a partir de los bienes embargados, con el que pagar el crédito del ejecutante. Ahora bien, no siempre se satisface de este modo el interés del acreedor, porque no siempre resulta posible la conversión de los bienes embargados en dinero; así, en ocasiones no queda más remedio que acudir a la vía de la adjudicación en pago.

2. EL PAGO O ENTREGA DIRECTA AL EJECUTANTE

Se acude a esta vía de realización forzosa cuando lo embargado sea dinero en efectivo, el saldo de cuentas corrientes, divisas convertibles (previa conversión, en su caso), salarios, sueldos o equivalentes y, en general, bienes cuyo valor nominal coincida con su valor de mercado (art. 634 LEC).

Dada la naturaleza de los bienes embargados, no son precisas actividades especiales para «convertir en dinero» los bienes embargados, de ahí que la realización forzosa, en estos casos, consista en la entrega por el tribunal al ejecutante de las cantidades embargadas (recuérdese que estas cantidades, como regla, estarán a disposición del tribunal ejecutor, puesto que respecto de ellas se habrá acordado una orden de retención de pagos).

Hay que contar con la posibilidad de que los pagos no sean completos, es decir, que sean fraccionados o periódicos: esto sucede, por ejemplo, en el caso del embargo de sueldos o pensiones, en que se van haciendo los pagos a medida que se van recibiendo por el tribunal los importes de las retenciones de pagos que el empresario debe realizar al trabajador.

> También se puede acudir a esta vía, en un caso especial: cuando el ejecutado haya consignado la cantidad por la que se despachó ejecución, en aquellos casos en los que su intención era oponerse a la ejecución. Si fracasa esa oposición, esa cantidad se entrega directamente al ejecutante.

Tratándose de cuentas corrientes, de salarios o equivalentes (es decir, de créditos), debe recordarse que el embargo está asegurado con una orden de retención de pagos y existen dos opciones para proceder al pago al acreedor:

— El deudor del ejecutado entrega la cantidad embargada al tribunal para que este, posteriormente, se la entregue al ejecutante (con el inconveniente de que la realización de esta última entrega puede comportar en ocasiones una duración temporal más prolongada de lo que puede imaginarse).

— Se permite también que el Letrado de la A. de J. ordene que el deudor del ejecutado entregue directamente al ejecutante las cantidades embargadas (arts. 607.7 y 621.3 LEC), rindiendo cuentas trimestralmente.

3. La venta a través del mercado secundario oficial de valores o a través de fedatario público

En caso de que se hayan embargado acciones, obligaciones u otros valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial de valores (*v.g.*, en la Bolsa), la realización forzosa consistirá en la venta de estos bienes con arreglo a las leyes que rigen esos mercados de valores (art. 635.1 LEC). En la práctica, esto supone encomendar la venta a las Sociedades y Agencias de Valores, previstas en la Ley de Mercado de Valores.

En caso de que las acciones o participaciones societarias embargadas no cotizaran en Bolsa, la realización forzosa se hará atendiendo a las disposiciones estatutarias y legales sobre enajenaciones de acciones y participaciones, respetando los derechos de adquisición preferente que pudieran tener otros socios (así, v.g., el letrado de la A. de J. ofrecerá a otros socios su adquisición). A falta de disposiciones especiales, o cuando estas no produzcan efecto (v.g., ningún otro socio adquiere las acciones) la venta de las acciones o participaciones se hará a través de subasta judicial (art. 635.2 LEC).

4. La venta en subasta judicial pública: la subasta de bienes muebles

La ley ha previsto la venta en pública subasta como un sistema genérico de realización forzosa, que debe utilizarse cuando se hayan embargado bienes para los que no se haya dispuesto un sistema específico, siempre y cuando no proceda en el caso concreto alguna de las alternativas que se ofrecen a las partes.

La LEC regula de forma separada la venta en pública subasta de bienes inmuebles y la de los bienes muebles: la regulación general es la establecida para la subasta de los bienes muebles, mientras que para los bienes inmuebles se regulan una serie de especialidades –eso sí, de mucha importancia.

La venta en pública subasta es el resultado de un conjunto de actuaciones que se van sucediendo en el tiempo, a las que en ocasiones se denomina «fases» de la subasta. Las subastas judiciales solo pueden desarrollarse de forma electrónica, a través del «Portal de Subastas» alojado en la página web del Boletín Oficial del Estado (https://subastas.boe.es/).

4.1. Preparación de la subasta

a) Lo primero que debe hacerse antes de proceder a la subasta es determinar el valor de mercado de los bienes que se sacan a subasta. Esta operación, denominada tasación o avalúo, sirve de punto de referencia para determinar el valor de subasta y, a partir de este, la postura mínima admisible en la subasta. Salvo que haya acuerdo entre ejecutante y ejecutado al respecto, el avalúo de los bienes lo efectuará un perito (cfr. arts. 637 a 639 LEC).

b) Una vez tasados los bienes, pueden agruparse varios bienes en un lote, que se sacará a licitación por un precio único: esta *formación de lotes* se hace cuando se considera que el lote se venderá con mayor facilidad o a mejor precio que sus componentes por separado.

Teniendo en cuenta las dos operaciones anteriores, señala la ley que no se podrá convocar la subasta de bienes o lotes de bienes cuando, por su valor de tasación, se prevea que en la subasta no se obtendrá una cantidad de dinero suficiente, ni siquiera, para cubrir los costes de la propia subasta (art. 643.2 LEC).

c) Tasados los bienes –y formados en su caso los lotes–, el Letrado de la A. de J. deberá *convocar* la celebración de la subasta, determinando el inicio y el final del periodo de veinte días en que esta se hallará abierta (art. 644 LEC).

> En este decreto, entre otros extremos, se informará al ejecutado de que, en el plazo de diez días, puede comunicar al tribunal su deseo de facilitar el mejor desarrollo de la subasta, pudiendo consentir la inspección del bien por los interesados. A tal efecto deberá facilitar, dentro de ese plazo, sus datos de contacto, así como fotografías y cuanta información disponga respecto al estado actual del bien y su situación posesoria. Si así lo hiciera, y se tratara de la subasta

de un inmueble, podrá beneficiarse de una reducción de la deuda que puede alcanzar hasta un 2 por ciento del importe por el que se adjudicara.

d) Es preciso, además, dar publicidad a la subasta, de modo que su celebración sea conocida por los eventuales postores o licitadores. La regla general es que las subastas se *anuncien* a través del propio Portal de Subastas del BOE (art. 646 LEC). A instancia del ejecutante o del ejecutado, también será posible darle a la subasta una publicidad adicional, utilizando los medios públicos o privados que sean más adecuados a la naturaleza y al valor de los bienes (incluida la publicidad por Internet). Los gastos que conlleve esta publicidad adicional habrán de ser sufragados por quien la haya solicitado (aunque en el caso del ejecutante, tendrá derecho a su inclusión en la liquidación de las costas de la ejecución: art. 645.2 LEC).

e) Para ser admitido como licitador para participar en una subasta es preciso disponer de una acreditación, que se consigue tras haber depositado el 10% del valor de subasta de los bienes por el que se desee pujar o un mínimo de 1.000 euros si el resultado de aplicar dicho porcentaje fuera menor; este depósito se hará a través del sistema establecido en el propio Portal de Subastas (art. 647 LEC).

El Letrado de la A. de J. está facultado para elevar o reducir este porcentaje del depósito, considerando las circunstancias de la subasta.

El ejecutante también podrá participar como licitador, sin que se le exija depósito o aval; no hará falta que efectivamente concurran a la subasta otros postores. Habrá de participar, en todo caso, si pretende adjudicarse los bienes al término de la subasta –pero no podrá pedir la adjudicación de los bienes si no ha habido pujas en la subasta.

El ejecutante y los acreedores posteriores son los únicos que pueden pujar con derecho a ceder el remate a un tercero y sin necesidad de manifestar expresamente que lo hacen con esa intención.

«Ceder el remate a un tercero» significa que si el licitador obtiene el remate a su favor (= se le adjudica el bien en la subasta) puede transmitir su posición jurídica a otra persona sin que se entienda que se ha producido una segunda transmisión del bien, lo cual resulta ventajoso a efectos fiscales. Los requisitos de la cesión se detallan en el art. 647.3 LEC.

Los depósitos se devuelven a los postores una vez concluida la subasta, salvo al rematante. Los demás postores que hayan hecho pujas inferiores podrán pedir que se retengan sus depósitos hasta que el rematante pague la diferencia de precio para adjudicarse el bien.

Es posible, asimismo, que la *subasta* quede *desierta*, cuando no concurre ningún postor. En tal caso, el ejecutado puede pedir el alzamiento del embargo sobre los bienes afectados (art. 651).

Al fin y al cabo, si nadie ha querido registrarse para licitar por ellos es que los bienes carecen de valor económico real, lo que les priva de una de las cualidades necesarias para ser embargables.

4.2. Desarrollo de la subasta y aprobación del remate

La subasta se desarrollará durante un periodo de veinte días naturales, aunque no podrá finalizar en días inhábiles. Estará supervisada por el Letrado de la A. de J. (cfr. arts. 648 y 649 LEC). Mientras está abierto el periodo de subasta los diversos licitadores pueden ir haciendo pujas a través del Portal de Subastas, con arreglo a los tramos que el propio software dispone. Durante el periodo de celebración de la subasta el Portal no informará de la existencia o inexistencia de pujas ni de su cuantía, de modo que estas tendrán carácter secreto. En la fecha del cierre de la subasta y a continuación del mismo, el Portal de Subastas remitirá al Letrado de la A. de J. la información certificada de la postura telemática que hubiera resultado vencedora, con el nombre, apellidos y dirección electrónica del licitador. Corresponde al Letrado decidir entonces si, en vista de esa postura, se puede aprobar o no el remate.

El remate es el negocio jurídico en virtud del cual se entiende celebrada una transmisión en pública subasta: la aprobación del remate, por tanto, hace nacer en el mejor postor (el rematante) el deber de pagar el precio ofrecido y el derecho a que se le entregue en propiedad el bien subastado.

La aprobación del remate también le corresponde al Letrado de la A. de J. Se trata de un negocio jurídico en el que el tribunal sustituye el poder de disposición del ejecutado sobre el bien: como se ha dicho, al aprobar el remate se perfecciona una relación contractual en la que el rematante quedará obligado a pagar la diferencia entre el depósito y el precio final del bien y en la que el tribunal, en sustitución del ejecutado, queda obligado a entregarle al rematante la posesión del bien subastado.

> El remate es, por tanto, un negocio jurídico traslativo de la propiedad, que se diferencia de la compraventa, al menos, en dos elementos esenciales: la determinación del precio no se hace mediante fijación unilateral del vendedor o mediante negociación entre vendedor y comprador, sino a través de subasta; y, sobre todo, quien transmite la propiedad no es el propietario, sino el Estado, que ha adquirido la potestad de hacerlo a través del embargo, sustituyendo así al ejecutado.

La aprobación del remate está condicionada por cuál sea el importe de la mejor postura efectuada en la subasta (art. 650 LEC). En este punto se contemplan varias posibilidades:

a) Si la mejor postura sea igual o superior al 50% del valor de subasta, el Letrado de la A. de J. debe aprobar el remate.

b) Si quien hizo la mejor postura igual o superior al 50 % del valor de subasta fue el ejecutante, se abren dos escenarios:

— Si la cantidad ofrecida es igual o inferior al principal reclamado en la ejecución, se dictará sin más decreto de adjudicación y se le pondrá en posesión de los bienes.

— Si la cantidad ofrecida es superior al principal reclamado en la ejecución, se hará por el Letrado de la A. de J. una liquidación de lo que se deba al ejecutante por principal, intereses y costas. El ejecutante dispondrá de 10 días para consignar y pagar la diferencia, si la hubiere, entre lo que realmente se le debe y la cantidad ofrecida, y entonces se dictará el decreto de adjudicación y se le hará entrega de los bienes. Si no lo hace, se dice que la subasta cae en quiebra, de modo que habrá de volver a celebrarse.

c) Si la mejor postura es inferior al 50% del valor de subasta, el Letrado de la A. de J. no aprobará aún el remate, sino que informará de ello al ejecutado y le concederá un plazo de diez días para presentar a un tercero dispuesto a pagar el 50% del avalúo o, al menos, una cantidad que sea suficiente para cubrir el crédito del ejecutante. Si el ejecutado no consigue hacer uso de esta facultad, el Letrado de la A. de J. podrá aprobar el remate en favor del mejor postor si concurre *alguna* de las tres condiciones siguientes:

– Que la mejor postura supere el 30% del valor de subasta.

– Que, aunque no llegue al 30% del valor de subasta, la mejor postura es suficiente para cubrir el crédito del ejecutante.

– Que, a pesar de no llegar al 30% del valor de subasta, ni cubrir el crédito del ejecutante por completo, el Letrado de la A. de J. lo estime necesario, a tenor de las circunstancias del caso concreto.

d) Si no se puede aprobar el remate, el Letrado de la A. de J. habrá de alzar el embargo, si así se lo pide el ejecutado.

4.3. El pago por el rematante

Una vez aprobado el remate por el Letrado de la A. de J., el rematante dispone de un plazo de diez días para consignar en el tribunal la diferencia entre lo que depositó para participar en la subasta y el precio final por el que se aprobó el remate. Si lo hace, se le entregará la posesión del bien subastado y el Letrado de la A. de J. dictará un decreto de adjudicación del bien al adquirente. Y, si no lo hace, caben tres posibilidades:

a) En la subasta, algún otro postor hizo una puja inferior a la del rematante, pero admisible, y pidió que su depósito quedara retenido en tanto el rematante no pagara el precio. En tal caso, el rematante perderá el depósito y el remate se aprobará a favor de ese segundo mejor postor.

b) La cantidad depositada para participar en la subasta, y que el rematante pierde, resulta suficiente para cubrir las costas de la subasta y también el crédito por el que se despachó la ejecución (situación que será muy poco habitual). En este caso, se pagará con el depósito al ejecutante y la ejecución forzosa terminará, de modo que se alzará el embargo sobre el bien del ejecutado.

c) La cantidad dada en depósito, y que ha perdido el rematante, no es suficiente para cubrir tales costes y no existen otros postores en cuyo favor aprobar un nuevo remate. En ese caso, se dice que la subasta «cae en quiebra» y esto

significa que ha de volver a celebrarse otra subasta, en idénticas condiciones que la anterior (art. 653 LEC).

Una vez que el rematante haya pagado, el precio del remate se entregará al ejecutante, en pago de la cantidad por la que se despachó la ejecución. Si el precio del remate sobrepasa esa cantidad, se retendrá el remanente a disposición del tribunal, hasta que se efectúe la liquidación de lo que se deba al ejecutante en concepto de intereses procesales vencidos durante la ejecución y de las costas de la ejecución. Una vez pagadas estas cantidades adicionales, y si hubiera aún remanente, se entregará al ejecutado (cfr. art. 654 LEC).

5. La subasta de bienes inmuebles

Si los bienes que deben subastarse pertenecen a la clase de los inmuebles, establecen los arts. 655 a 675 LEC ciertas normas específicas, añadidas a las comunes ya estudiadas. Se justifican estas especialidades por la mayor entidad económica que suelen tener los inmuebles, pero, sobre todo, por su carácter de bienes registrados (o, al menos, registrables), lo que obliga a aclarar su situación jurídica antes y después de la venta en pública subasta: por eso, habrá que poner en relación los preceptos de la LEC con los concordantes de la Ley Hipotecaria.

Dado que los inmuebles son bienes registrados –o registrables–, debe el Letrado de la A. de J., tanto antes de proceder al avalúo como después de celebrada la subasta, realizar determinadas operaciones para obtener toda la información posible sobre la concreta situación registral de la finca y para adecuar el Registro de la Propiedad a lo que resulte de la venta en subasta.

Además, su valor económico y su condición de bienes registrables hacen que, con frecuencia, estén constituidos sobre los inmuebles otros derechos, además del derecho del ejecutado y el del ejecutante (derivado del embargo o de la hipoteca). Es preciso también que la existencia de estos derechos se acredite en el proceso de ejecución y que se determine si se verán o no afectados por la realización forzosa (y que, en caso afirmativo, se conceda a sus titulares cauces para la defensa de sus intereses).

5.1. Titularidad y titulación de los bienes inmuebles

Ante todo, es preciso que quede constancia definitiva en el proceso de la titularidad del ejecutado sobre el inmueble. A tal fin, y una vez embargado este, podrá el Letrado de la A. de J., de oficio o a instancia de parte, requerir al ejecutado para que presente en el plazo de diez días los títulos de propiedad de que disponga –si el bien está inscrito en el Registro– (art. 663 I LEC).

La existencia de estos títulos resulta de gran trascendencia, pues servirán para reforzar la transmisión del inmueble a quien lo adquiera en la subasta, evitando eventuales contiendas posteriores acerca de la titularidad del bien subastado.

Si el ejecutado presenta los títulos, deberá el ejecutante manifestar si los encuentra suficientes, pudiendo proponer, en su caso, la subsanación de las faltas que aprecie en ellos (art. 663 II LEC).

Si el deudor no los presenta dentro del plazo señalado, el Letrado de la A. de J. podrá emplear, a instancia del ejecutante, los apremios que considere oportunos a tal fin; y, si fracasan, o si no se consideró conducente acudir a ellos, los títulos en cuestión se obtendrán, en su caso, de los registros o archivos en que se encuentren (y, para facilitar esta búsqueda, se facultará al procurador del ejecutante para que acuda a aquellos lugares: art. 664 I LEC).

Si no existen escrituras u otros títulos de dominio, pero la propiedad corresponde al ejecutado, entonces podrá pedirse que se supla la falta de titulación por los medios establecidos con carácter general por la Ley Hipotecaria (art. 664 II LEC): normalmente habrá que acudir a un expediente de dominio o a un acta de notoriedad (arts. 199 y 200 LH).

Con todo, si el acreedor ejecutante no tiene especial interés en que la titulación esté completa, podrá pedir que los bienes se saquen a pública subasta sin titulación o con titulación incompleta, siempre que esta circunstancia se exprese en los edictos (art. 665 LEC y art. 140 regla 5ª RLH). En tal caso, los licitadores deben conformarse con los títulos de propiedad que haya; ni pueden exigir otros, ni pueden reclamar después del remate por insuficiencia o defecto de los títulos; al contrario, por el mero hecho de participar en la subasta se entenderá que aceptan como suficiente la titulación que consta en autos o que no exista titulación (art. 669.2 LEC). Y si la finca resulta adjudicada, el rematante habrá de verificar la inscripción omitida antes o después del otorgamiento de la escritura de venta, según se decida. Los gastos o inconvenientes que ello pueda originar serán de su cuenta, lo que redundará, normalmente, en un menor precio de venta (art. 140, regla 5ª RLH).

5.2. El régimen de subsistencia y cancelación de cargas

En cuanto se embarga un bien inmueble, y al mismo tiempo que requiere la aportación de los títulos, el Letrado de la A. de J. habrá de dirigir mandamiento al Registro donde se halle inscrito el inmueble, para que le remita una certificación, conocida como «certificación de dominio y cargas», en la que han de constar una serie de extremos (art. 656.1º LEC):

1º. La titularidad del dominio y demás derechos reales que recaigan sobre el bien o derecho embargado.

2º. Los derechos de cualquier naturaleza que existan sobre el bien registrable embargado, en especial una relación completa de las cargas inscritas que lo graven o, en su caso, que se halla libre de cargas. En este segundo concepto, por tanto, se incluirán las hipotecas, censos, anotaciones preventivas de embargo anteriores y posteriores a la del ejecutante y demás cargas o gravámenes inscritos que pesan sobre la finca, si es que existen.

Esta certificación de cargas también podrá ser solicitada por el procurador del ejecutante, una vez anotado el embargo, si así lo autoriza el Letrado de la A. de J.

La certificación de cargas cumple esta importante doble finalidad: a) sirve para informar a los eventuales compradores de las cargas y gravámenes anteriores en los que deberán subrogarse; b) permite conocer la existencia de eventuales acreedores posteriores al ejecutante.

En efecto, con frecuencia el inmueble que se saca a pública subasta está gravado con hipotecas, anotaciones preventivas de embargo u otras cargas reales que garantizan créditos anteriores o posteriores al crédito del ejecutante. Se plantea entonces el problema de precisar cómo afectan estas cargas a quien compra en pública subasta y cuál es la situación jurídica en que quedan los titulares de los demás derechos reales sobre la finca vendida anotados en el Registro de la Propiedad.

a) Las ***cargas posteriores*** a la del acreedor ejecutante, sin excepción, quedan canceladas como consecuencia de la venta en pública subasta. El principio de prioridad juega a favor del ejecutante y le permite cobrar íntegramente su crédito con preferencia a los acreedores comunes que hayan inscrito su derecho con posterioridad. Estos solo cobrarán si, satisfecho el ejecutante, aún sobra dinero del pagado por el remate. Así lo dice de modo expreso el art. 672 LEC. Y el que adquiere el bien en la subasta lo adquiere libre de las cargas posteriores a la anotación preventiva del embargo practicada a instancia del ejecutante.

b) En cuanto a las ***cargas anteriores*** –o «preferentes»– a la del ejecutante, se pueden imaginar en abstracto dos posibilidades: o bien se mantienen subsistentes y el rematante se subroga en la responsabilidad que garantizan (*principio de subsistencia de cargas*, o de subrogación o de asunción de cargas); o bien las cargas se cancelan como consecuencia de la venta en subasta y se destina preferentemente a su pago el precio obtenido en el remate, de suerte que el ejecutante solo cobrará cuando hayan sido satisfechos todos los acreedores con cargas anteriores (*principio de cancelación de cargas*).

La LEC ha optado por el sistema de subsistencia de las cargas anteriores: el adquirente del inmueble en la subasta ha de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes inscritos con anterioridad a la anotación preventiva de embargo de que trae causa la realización forzosa y habrá de subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos (art. 670.5 LEC).

Ahora bien, siendo así las cosas, nadie ofrecerá en subasta un precio cercano al valor del inmueble si no se le rebajan de alguna manera las cantidades –cargas– en cuyo pago ineludiblemente debe subrogarse. Por eso, la ley manda que, antes de salir a subasta los bienes, se deduzca de su avalúo el importe de todas las cargas y derechos anteriores al gravamen por el que se ha despachado ejecución cuya preferencia resulte de la certificación de dominio y cargas. El resultado será el valor de salida a subasta del bien, esto es, aquel que se tendrá en cuenta a la hora de determinar las posturas mínimas admisibles y aplicar las reglas sobre aprobación del remate (art. 666 LEC).

Por ello, si el valor de las cargas o gravámenes iguala o excede del determinado para el bien, el Letrado de la A. de J. dejará en suspenso la ejecución

sobre ese bien (art. 666.2 LEC). Y es que, en esta situación, es difícil decir que el inmueble, en las condiciones en que ha sido embargado, tenga valor patrimonial alguno.

5.3. La existencia de sujetos diversos al ejecutado afectados por la ejecución

De la certificación de dominio y cargas, o bien a través de otras vías –*v.g.*, por iniciativa de los interesados–, puede deducirse la existencia de sujetos diversos al ejecutado que, sin embargo, pueden resultar afectados por la realización forzosa del inmueble. Como regla, se tratará de sujetos titulares de derechos sobre el inmueble, cuya posición en el proceso de ejecución puede ser muy diversa, en función de si sus derechos subsistirán o si, por el contrario, la enajenación forzosa determinará su extinción.

De la regulación de la LEC sobre el particular puede deducirse la existencia de los siguientes supuestos:

1º. *Titulares de derechos preferentes*

Como ya se ha visto, los titulares de derechos preferentes –por ser su inscripción anterior a la anotación preventiva de embargo o hipoteca de la que trae causa la subasta– no se verán afectados por el resultado de la realización forzosa, pues sus derechos subsistirán y el adquirente del inmueble se subrogará en la responsabilidad derivada de ellos.

Sin embargo, no es infrecuente que tarde en producirse la adecuación del Registro a la realidad y que consten en él como subsistentes cargas y gravámenes que ya se han extinguido (*v.g.*, aunque conste inscrita una hipoteca con anterioridad al embargo, es posible que el crédito asegurado por aquella ya se haya pagado y que solo falte proceder a su cancelación formal) o que se han reducido.

Es de trascendental importancia para el éxito de la subasta que solo se consideren como subsistentes las cargas anteriores que realmente existan, pues de lo contrario se produciría una minoración indebida del avalúo, que permitiría adjudicar el remate por un precio muy inferior a aquel que correspondería si no se hubieran deducido indebidamente las cargas ya extintas.

Por ello, el Letrado de la A. de J. ha de dirigirse de oficio a los titulares de los créditos anteriores para que informen sobre la subsistencia actual del crédito garantizado y su cuantía (art. 657 LEC).

A la vista de la información suministrada por los acreedores, el ejecutante podrá pedir al tribunal que libre mandamientos al Registro para dejar constancia en él de la extinción o minoración de las cargas que soporta el inmueble (arts. 657.2 LEC y 144 LH). Y, por supuesto, esta información se tendrá también en cuenta –una vez adaptado el Registro a la realidad– a la hora de proceder a la fijación del valor de los bienes de cara a la subasta (art. 666.1 II LEC).

2º. *Titular inscrito distinto del ejecutado*

Si de la certificación de dominio y cargas expedida por el Registrador resulta que el bien embargado se encuentra inscrito a nombre de persona distinta del ejecutado, el Letrado de la A. de J., oídas las partes personadas, ordenará alzar el embargo (art. 658 LEC, art. 38 III LH).

Se ha puesto de relieve, por tanto, un error en la atribución de la titularidad de los bienes de cara a su embargo [recuérdese cuanto se dijo en relación con la llamada «tercería registral»].

> A pesar de lo anterior, no se alzará el embargo en tres supuestos:
>
> 1º. Cuando el procedimiento se siga contra el ejecutado en concepto de heredero de quien apareciere como dueño en el Registro.
>
> 2º. Cuando el embargo se hubiera trabado teniendo en cuenta tal concepto.
>
> 3º. Cuando la inscripción de dominio a nombre de persona distinta del ejecutado sea posterior a la anotación del embargo en cuya virtud se procede.

3º. *Titulares de derechos inscritos posteriormente*

Los titulares de derechos inscritos con posterioridad al embargo o hipoteca en virtud de la cual se procede han de saber que sus derechos se extinguirán una vez sea aprobado el remate y se adjudique el bien en subasta. Su posición es, por ello, expectante y la LEC arbitra diversos cauces para la defensa de sus intereses.

a) Ha de comunicárseles la existencia del proceso de ejecución a aquellos sujetos cuyos derechos figuren en la certificación de dominio y cargas, siempre que su domicilio conste en el Registro (art. 659.1 LEC). Tales comunicaciones deberá efectuarlas el Registrador en el domicilio que conste en el Registro.

A los titulares de derechos posteriores que, además, los hayan inscrito con posterioridad al momento en que deben efectuarse estas comunicaciones –es decir, posteriores al momento en que el Letrado de la A. de J. requirió que se librara la certificación de dominio y de cargas– no se les practicará comunicación alguna; no obstante, en cuanto acrediten al tribunal la inscripción de su derecho, se les dará la intervención prevista en el proceso de ejecución para la defensa de sus intereses (art. 659.2 LEC).

b) Los titulares de derechos inscritos con posterioridad podrán tomar parte en el avalúo del inmueble (arg. *ex* art. 659.2 LEC). Dado que podrán tomar el sobrante del remate para satisfacer sus créditos, tienen interés en que el precio de salida sea lo más alto posible, para que también lo sea la postura mínima admisible.

c) Cualquiera de estas personas, antes del remate, puede satisfacer el importe del crédito, intereses y costas, dentro del límite de responsabilidad que resulte del Registro, y subrogarse con ello en la posición del ejecutante hasta donde alcance el importe satisfecho (art. 659.3 LEC). En los casos en que económicamente le resulte rentable –y a él le compete valorarlo– consigue con ello evitar la extinción de su derecho.

d) Los acreedores posteriores tienen derecho a que el remanente del precio del remate, una vez satisfecho íntegramente el ejecutante, se destine al pago de sus créditos (art. 672.1).

> A tal fin, el Letrado de la A. de J. requerirá a los titulares de créditos inscritos posteriormente para que, en el plazo de treinta días, acrediten la subsistencia y exigibilidad de sus créditos y presenten liquidación de los mismos. Se suscitará así un incidente con el interesado que solicitó el requerimiento y los acreedores concurrentes, al término del cual el Letrado de la A. de J. decidirá cómo ha de procederse a la distribución de las sumas. Se trata de una decisión que carece de fuerza de cosa juzgada, pues quedan a salvo «las acciones que pudieran corresponder a los acreedores posteriores para hacer valer sus derechos como y contra quien corresponda» (art. 672.2 II *i.f.* LEC). La constitucionalidad de este incidente, sin embargo, resulta cuestionable, en la medida en que se atribuye al Letrado de la A. de J. la potestad de tomar decisiones sobre derechos materiales ajenos al contexto procesal.

4º. *El «tercer poseedor»*

Se llama «tercer poseedor» a quien adquirió –cualquiera que fuere el modo de adquisición– la propiedad de un bien gravado con alguna carga. Ya se dijo que en estos casos, para evitar que se burle indirectamente la garantía adquirida por el acreedor, la ley permite extender lícitamente la ejecución sobre esos bienes, aunque ello suponga hacer efectiva la responsabilidad en bienes que pertenecen a un tercero.

Para la LEC solo es «tercer poseedor» el que adquirió después del embargo o hipoteca –o, mejor, el que inscribió su derecho en fecha posterior a la anotación preventiva de embargo o después de haberse consignado registralmente el comienzo del procedimiento de apremio (art. 662.1 LEC)–, pero antes de que se consumara la venta o adjudicación en pago en la subasta. Se trata, por tanto, de quien adquiere bienes embargados o hipotecados, estando ya en marcha el proceso de ejecución.

Este sujeto –«tercer poseedor»– ha de saber que, en caso de culminar el procedimiento de apremio con la venta o adjudicación en pago, su derecho quedará extinguido y su inscripción registral será cancelada. Por ello, la LEC arbitra una serie de vías para facilitarle la defensa de sus intereses:

a) Dado que su adquisición es posterior al comienzo del procedimiento de apremio, no se le habrá de efectuar comunicación alguna (art. 659.2 LEC: la inscripción de su derecho es posterior a la emisión de la certificación de dominio y cargas). Pero en cualquier momento podrá comparecer en el tribunal en que se siga la ejecución y, acreditando la inscripción de su título, podrá pedir que se le exhiban los autos en la oficina judicial, de forma que se entiendan con él también las actuaciones a partir de ese momento: se le trata, por tanto, como parte desde entonces (arg. *ex* art. 538.3 LEC).

b) Si la ejecución es lícita y formalmente correcta, la mejor forma de evitar la desaparición de su derecho es que el tercer poseedor, antes de la aprobación del remate o de la adjudicación, «libere el bien» pagando lo que se deba al acreedor

por principal, intereses y costas, dentro de los límites de la responsabilidad a que esté sujeto el bien (art. 662.3 LEC). Consigue con ello evitar la transmisión irreivindicable del bien a un tercero, que conduciría a la desaparición de su derecho, aunque se coloca en la posición registral del ejecutante –asumiendo las cargas anteriores a aquella en cuya virtud se estaba procediendo a la ejecución forzosa–.

Lo que ha de pagar el tercer poseedor para liberar el bien y evitar la extinción de su derecho no tiene por qué coincidir con el importe total debido realmente al ejecutante: porque su responsabilidad se contrae solo a las cantidades que para la satisfacción del principal, intereses y costas aparecieran consignadas en la anotación preventiva de embargo o en la inscripción de hipoteca en el momento en que el tercer poseedor inscribió su derecho (arts. 662. 3 y 613.3 LEC). La liberación del bien por el tercer poseedor no conduce, por ello, de modo necesario al fin del proceso de ejecución, pues esta puede proseguir para la obtención de los intereses y costas no cubiertos por dichas inscripciones: pero –esto es lo importante– habrá de dirigirse sobre otros bienes del ejecutado inicial, no sobre el inmueble «liberado».

5º. *Los ocupantes del inmueble*

La situación posesoria del inmueble es de la máxima relevancia a la hora de arbitrar un sistema eficaz de subastas. Ante todo, los postores han de saber de antemano si existe en la finca o no alguna persona, distinta del ejecutado, que la esté poseyendo y si, en caso afirmativo, la posesión de ese tercero podrá subsistir o no una vez se haya consumado la ejecución; es igualmente básico que cualquier postor pueda saber de antemano si, en caso de ganar el remate, podrá obtener o no el lanzamiento de los ocupantes del inmueble, en caso de que carezcan de derecho a permanecer en él tras la venta. De todo lo anterior depende su interés por la finca y también el precio que están dispuestos a pagar.

La información acerca de la existencia de estos terceros ocupantes puede haber llegado al proceso por vías diferentes (v.g., se deduce de la manifestación de bienes del ejecutado o que lo ha indicado así el ejecutante –art. 661.1 LEC). En cualquier caso, al anunciar la subasta, se debe expresar, con el mayor detalle posible, la situación posesoria del inmueble o que, por el contrario, este se encuentra desocupado (art. 661.1 II LEC). En caso de ocupación, se podrá hacer constar en el anuncio la previa declaración judicial de que el ocupante tiene, o no, derecho a permanecer en él tras la adjudicación al rematante (art. 661.2 II LEC).

En relación con esto último, el ejecutante podrá pedir que, antes del anuncio de la subasta, el tribunal declare que el ocupante u ocupantes no tienen derecho a permanecer en el inmueble, una vez que se haya enajenado. A tal fin se seguirá un incidente, regulado en el art. 675 LEC.

> En concreto, desde que el Letrado de la A. de J. tenga constancia de la existencia e identidad del tercer ocupante, le requerirá para que, en diez días, presente al tribunal los títulos que justifiquen su situación. Lo haya hecho o no, el ejecutante podrá promover un incidente (cfr. art. 675.3 LEC), al término del cual

> el tribunal hará la declaración solicitada, siempre que considere que el ocupante lo es de mero hecho o que carece de título suficiente; en caso contrario, declarará su derecho a la permanencia. Su declaración, sea cual fuere su sentido, no es recurrible, pero carece de fuerza de cosa juzgada: aunque se declare el derecho del ocupante a permanecer, quedan a salvo las acciones que pudieran corresponder al futuro adquirente para desalojarlo (art. 661.2 I LEC).

En caso de que el tribunal haya formulado la declaración de que el ocupante no tiene derecho a permanecer, una vez adquirido el inmueble por el rematante se podrá proceder directamente al lanzamiento (= desalojo) de aquel en el día y hora que se hubieran indicado al hacer la declaración a que se refiere el art. 661 LEC.

Si esa declaración no se hubiera formulado con anterioridad, una vez adquirido el inmueble por el rematante, podrá este pedir el lanzamiento de los ocupantes, previa tramitación de un incidente –que se sustanciará según lo antes visto– en el que se declare su falta de derecho a la permanencia y en el que habrá de señalarse el día y hora exacta en que se producirá el lanzamiento. Este incidente se sustanciará ante el tribunal, siempre que no haya transcurrido un año desde la adquisición del inmueble por el rematante o adjudicatario: es una alternativa más rápida –y, por ello, más ventajosa– que un proceso de desahucio. Transcurrido ese plazo, para obtener el desalojo habrá que acudir al proceso declarativo que corresponda (art. 675.2 *i.f.* LEC).

5.4. Desarrollo de la subasta

En cuanto a la subasta en sí misma considerada, la subasta de bienes inmuebles se rige por las normas de la subasta de bienes muebles, aunque con algunas salvedades, entre las que cabe mencionar las siguientes:

1º. *Posible conciliación o intermediación previa*

En caso de que (i) el inmueble que deba subastarse sea la vivienda habitual del ejecutado, (ii) el acreedor sea una empresa de vivienda o un gran tenedor de vivienda y (iii) el deudor se encuentre en situación de vulnerabilidad económica, solo podrá pasarse a la fase de apremio y, por tanto, a la subasta, si el acreedor acredita que se ha sometido a un procedimiento de conciliación o intermediación establecido a tal fin por las administraciones públicas competentes, en el que se analicen las circunstancias de ambas partes y las posibles ayudas y subvenciones existentes.

> El art. 655 bis LEC, introducido por la Ley 12/2023, de 24 de mayo, por el derecho a la vivienda, detalla qué se entiende por gran tenedor de vivienda, cómo se acredita la concurrencia o no de vulnerabilidad económica en el deudor y cómo se acredita, asimismo, haberse sometido al procedimiento de conciliación o intermediación.

2º. *Posibles «visitas» al inmueble subastado*

Mientras esté abierta la subasta, cualquier interesado podrá pedir al tribunal que le permita inspeccionar el inmueble (no es sensato adquirir un inmueble sin haberlo visto). El tribunal comunicará esta solicitud a quien lo esté poseyendo y le pedirá su consentimiento. Para incentivar esta cooperación, el art. 669.3 LEC

señala que si el deudor poseedor consiente la inspección del inmueble y colabora para facilitar el mejor desarrollo de la subasta, podrá pedir una reducción de la deuda de hasta el 2 por ciento del valor en que se hubiera aprobado el remate (también podrá pedir esta reducción el deudor que no sea poseedor pero haya instado al poseedor a que permita la inspección y coopere).

3º. *Aprobación del remate y actuaciones subsiguientes*

Para la aprobación del remate tras la subasta de inmuebles rigen los mismos criterios ya vistos para la subasta de bienes muebles, aunque con algunas especialidades:

a) Para tomar parte en la subasta la cantidad que se ha de consignar será el 20% del valor de subasta de los bienes, o un mínimo de 1000 euros si el resultado de aplicar el porcentaje fuera inferior.

b) Se incrementan en un 20 por 100 las cifras que determinan la postura mínima admisible según el momento y las circunstancias; de modo que allí donde el art. 650 se conforma con un 50 por 100, el art. 670 reclama un 70 por 100, y allí donde se señala un 30 por 100 para los muebles, se exige un 50 por 100 en el caso de los inmuebles.

> Con una salvedad: la cantidad que ha de ofrecer el tercero designado por el ejecutado en el caso de que el mejor postor no haya llegado al 70% ha de ser del 60% del valor de subasta.

c) Dado el mayor valor de los bienes inmuebles, el plazo para que el rematante consigne la diferencia entre el depósito y el precio definitivo se incrementa, pasando a ser de veinte días (art. 670.1 LEC).

d) Cuando la subasta queda desierta, las reglas son también distintas. Como regla general, si lo pide el ejecutado, procederá el alzamiento del embargo. Pero esto no siempre beneficia al ejecutado, pues habrán de embargarse otros bienes y, en todo caso, no se amortizará el crédito objeto de ejecución. Por eso, la ley abre la puerta a que se intente, a pesar de todo, obtener algún rendimiento del bien en cuestión:

La primera posibilidad es que, una vez haya finalizado la subasta desierta, el ejecutado, por sí o a propuesta del ejecutante, designe una persona que esté dispuesta a adjudicarse el bien por un importe que sea igual o superior al 50 por ciento de su valor de subasta. También se podrá adjudicar por la cantidad suficiente para lograr la completa satisfacción del derecho del ejecutante, sin que pueda ser inferior al 40 por ciento del valor de subasta. En este caso, la adjudicación del bien supondrá la terminación de la ejecución por completa satisfacción del ejecutante, quedando liberados el resto de bienes que pudieran garantizar el pago de lo reclamado. Si la petición de adjudicación fuera por importe inferior, el letrado o letrada de la Administración de Justicia responsable de la ejecución, oídas las partes, resolverá a la vista de las circunstancias del caso.

Como opción residual, las partes de la ejecución pueden solicitar, de común acuerdo, la celebración de nueva subasta, o proponer otras formas de satisfacción del derecho del ejecutante.

e) Por lo que se refiere al destino de las sumas obtenidas en la subasta, ha de tenerse en cuenta lo que se dijo sobre el pago a los acreedores posteriores (art. 673 LEC).

f) Quien adquirió el bien en la subasta ha de poder promover su inscripción en el Registro. A tal fin, será título bastante el testimonio expedido por el Letrado de la A. de J., en el que se comprenda el decreto de aprobación del remate y en el que se exprese que ya se ha consignado el precio, así como las demás circunstancias que exija la legislación hipotecaria (art. 673 LEC).

g) Además, se mandará cancelar la anotación o inscripción de la que trae su causa el remate, así como todas las inscripciones o anotaciones posteriores (art. 674 LEC). Y, como ya se vio, si el inmueble estaba ocupado por terceros: a) se procederá directamente a su lanzamiento, en caso de haberse obtenido previamente declaración judicial de que no tienen derecho a permanecer tras la enajenación; b) si no se dispone de aquélla, en el plazo de un año se podrá instar un incidente sumario para lograr dicha declaración y proceder al desalojo (art. 675 LEC).

6. El convenio de realización

Además de la venta en pública subasta, la ley permite que el ejecutante y el ejecutado puedan pactar una forma distinta de realización forzosa a la venta en pública subasta: es decir, que lleguen a un acuerdo cuyo resultado sea la satisfacción del crédito del ejecutante con los bienes embargados, pero sin que se celebre la venta en subasta de tales bienes. A estos acuerdos se los llama «convenios de realización» (art. 640 LEC).

El contenido de un convenio de realización no está predeterminado por la ley, aunque cabe pensar, sobre todo, en que el ejecutante y el ejecutado estén de acuerdo en que el bien sea adquirido por un tercero, que esté dispuesto a pagar un precio previsiblemente equivalente o superior al que el bien alcanzaría en la pública subasta (pero sin tener que someterse a los plazos y a los «riesgos» de una subasta judicial).

Para que este acuerdo sea válido y pueda sustituir a la subasta, es preciso que sea aprobado por el Letrado de la A. de J.: este debe comprobar que el pacto no se esté celebrando en perjuicio de terceros y, además, si el bien al que se refiere el convenio de realización es un inmueble, la ley exige que solo pueda aprobarse el convenio con el consentimiento de los terceros acreedores posteriores y de los terceros poseedores, si los hubiera. A tal fin, la aprobación de un convenio de realización requiere la celebración de una comparecencia ante el Letrado de la A. de J.con todos los interesados.

Aprobado el convenio, el Letrado de la A. de J. suspende la ejecución forzosa, pero no la sobresee, de modo que subsisten el embargo y las medidas de

garantía del embargo; el Letrado de la A. de J., además, señalará el plazo dentro del cual el convenio deberá ser cumplido. Si se cumple el convenio y se satisface al ejecutante, el Letrado de la A. de J.sobreseerá la ejecución forzosa. Si no se cumple el convenio, el ejecutante podrá pedir al Letrado de la A. de J. que alce la suspensión de le ejecución y que convoque pública subasta respecto de los bienes en cuestión.

Una modalidad específica de convenio de realización es aquella por la que se encomiende la realización a una persona o entidad especializada, a la que puede resultar razonable acudir cuando los bienes embargados disfruten de un mercado propio y especializado (*v.g.*, joyas, objetos de arte, automóviles, productos agrícolas). Nada impide, si así lo delega el juez, que se encomiende la realización de la venta extrajudicial al procurador el ejecutante.

La realización por persona o entidad especializada está sujeta a reglas especiales, incluida la normativa de ordenación del comercio minorista.

Tanto si la venta se produce como consecuencia de un convenio de realización, como si se produce por persona o entidad especializada, se aplicarán las normas generales sobre subsistencia y cancelación de cargas, en caso de que lo vendido sean bienes inmuebles (art. 640.4 LEC).

7. La administración forzosa o administración para pago

La administración forzosa –a veces llamada también administración para pago– es un mecanismo de realización forzosa, también alternativo a la subasta, al que puede acudirse cuando los bienes tienen carácter productivo (*v.g.*, cuando se trata de empresas) (cfr. arts. 676-680 LEC). En este caso, el bien embargado no se enajena a un tercero, sino que, de forma transitoria, se encomienda su administración al ejecutante, quien tendrá derecho a percibir los rendimientos del bien y a aplicarlos al pago de la cantidad por la que se despachó la ejecución. A cambio, el ejecutante estará obligado a rendir cuentas periódicamente de su administración.

Cuando el ejecutante haya satisfecho de este modo su crédito, se pondrá fin a la administración, que será restituida al ejecutado.

En caso de que el ejecutante no logre resarcirse de su crédito, o no con la rapidez con la que lo esperaba, podrá poner fin a la administración forzosa y pedirle al Letrado de la A. de J. que proceda a la realización forzosa del bien por otros medios.

8. La ejecución sobre bienes hipotecados

Al margen de la ejecución ordinaria, la LEC regula un proceso especial de ejecución hipotecaria, previsto como un cauce privilegiado para la tutela de los acreedores hipotecarios.

Como es bien sabido, la hipoteca es un derecho real de garantía que vincula un bien inmueble al pago de una deuda de dinero. Por tanto, en caso de impago del crédito, el acreedor hipotecario tiene el derecho a satisfacer su crédito con el producto del bien hipotecado.

En términos generales, el acreedor hipotecario que ve insatisfecho su crédito dispone de tres cauces distintos de actuación procesal:

a) Puede, en primer lugar, acudir a un proceso de declaración ejercitando una acción de condena frente al deudor hipotecario. Obtenida la sentencia de condena, podrá acudir a la ejecución forzosa. Esta vía ofrece como ventaja la cosa juzgada de la sentencia condenatoria, pero presenta el gran inconveniente del tiempo que media entre el inicio del proceso declarativo y la completa satisfacción del crédito no pagado, aparte de que supone no aprovechar la ventaja que representa el derecho real de garantía.

b) En segundo término, y dado que la hipoteca se constituye siempre a través de una escritura pública que refleja también el préstamo, el acreedor dispone de un título ejecutivo extrajudicial (art. 517.2 LEC). En consecuencia, sin necesidad de la previa sustanciación de un proceso de declaración, el acreedor hipotecario puede acudir a un proceso de ejecución, en los términos generales que ya se han estudiado. Esta forma de proceder, sin embargo, presenta el inconveniente –al menos a juicio de los acreedores hipotecarios más representativos (las entidades financieras)– de que no tutela suficientemente el crédito hipotecario, porque en él las posibilidades de defensa del ejecutado son amplias y, además, el incidente de oposición a la ejecución tiene eficacia suspensiva. Presenta, sin embargo, una importante ventaja: la de que permite proyectar la actividad ejecutiva sobre todo el patrimonio del deudor ejecutado y no slo sobre el bien hipotecado.

c) Finalmente, y como concesión a los acreedores hipotecarios, el legislador ha diseñado un procedimiento de ejecución especial, el «procedimiento de ejecución hipotecaria», regulado en los arts. 681 a 698 LEC. Es un proceso de ejecución que se caracteriza por su rapidez y su eficacia, así como por la dureza con que en él se trata al deudor ejecutado: las posibilidades de defensa «desde dentro» que tiene el ejecutado son más reducidas, lo que hace que, en la práctica, la ejecución se despache y se lleve a cabo sin que el ejecutado pueda entorpecerla.

Como contrapartida frente a esta rapidez y a esta dureza de la ejecución, se establece una limitación en cuanto al objeto de la actividad ejecutiva: por los cauces de este proceso especial la actividad ejecutiva sólo podrá desarrollarse frente al bien hipotecado, pero no frente al resto del patrimonio del ejecutado. Además, y como consecuencia de lo dispuesto en la legislación sustantiva, existe también un límite en cuanto a la cantidad que puede recibir el ejecutante con cargo al producto del bien hipotecado: no podrá recibir por los cauces de este proceso más del importe del crédito inscrito en el Registro de la Propiedad; y, en cuanto a los intereses, solamente podrá recibir las dos últimas anualidades vencidas y la parte vencida de la anualidad en curso.

La dureza del proceso de ejecución frente al ejecutado lo ha convertido en objeto de fuertes críticas, especialmente durante los años más duros de la crisis económica, en que buena parte de las ejecuciones hipotecarias se despachaban frente a las viviendas habituales de personas físicas (consumidores) que no habían podido asumir el pago de los préstamos hipotecarios suscritos para financiar su compra. La apreciación por el Tribunal de Justicia de la UE de que algunos elementos del proceso de ejecución hipotecaria no eran compatibles con la normativa europea en materia de protección a los consumidores ha provocado importantes cambios legislativos en los últimos años. También ha influido la Ley 5/2019 reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, aprobada para trasponer igualmente una directiva europea tuitiva de los consumidores.

En caso de que la ejecución hipotecaria concluya sin una completa satisfacción del crédito del ejecutante, podrá este solicitar una continuación de la ejecución forzosa sobre el resto del patrimonio del ejecutado. Ahora bien, a partir de este momento el desarrollo del proceso será conforme a las reglas ordinarias de la ejecución forzosa.

El proceso de ejecución hipotecaria está construido sobre la base de las reglas generales de toda ejecución dineraria, aunque con una serie de especialidades, que se analizarán seguidamente.

8.1. El título ejecutivo

El título ejecutivo es la escritura pública de constitución de la hipoteca. Ahora bien, para que la escritura pública permita el acceso a este proceso especial de ejecución será preciso que cumpla con dos requisitos adicionales (art. 682.2 LEC):

a) Las partes, en la propia escritura, han de tasar la finca hipotecada a los efectos de determinar después su valor de salida a subasta. Para evitar abusos y prácticas fraudulentas, se exige que ese valor de tasación no sea inferior al 75 por cien del valor señalado en la tasación.

La tasación, además, no puede realizarse libremente por las partes, sino que ha de atenerse a lo dispuesto por el artículo 18 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre.

b) Ha de contener el domicilio del ejecutado, para la práctica de las notificaciones y requerimientos que puedan ser necesarios en un eventual proceso de ejecución posterior. En caso de que exista un hipotecante no deudor, también habrá de figurar su domicilio. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que los actos de comunicación se realizarán por medios electrónicos cuando sus destinatarios estén obligados, legal o contractualmente, a relacionarse con la administración de justicia por estos medios. En virtud del art. 683 LEC, tanto el deudor como al hipotecante no deudor pueden cambiar el domicilio que hubieren designado, con sujeción a las reglas que establece el precepto.

El domicilio que consta en la escritura no tiene por qué ser el domicilio civil real del deudor. Por eso, puede suceder en la práctica que no se encuentre en dicho lugar al ejecutado, a la hora de notificarle el auto despachando la ejecución y el requerimiento de pago. En principio, según el art. 686.3 LEC, si se intenta sin

éxito requerir al ejecutado en el domicilio que resulte del Registro, habrá que acudir a la notificación edictal. El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha matizado esta conclusión: a su juicio, se vulnera el derecho de defensa del ejecutado cuando se acude a la notificación edictal sin haber intentado antes la notificación en otro domicilio del ejecutado distinto del que figura en el escritura y en el Registro, cuando dicho domicilio era conocido por el acreedor ejecutante (que podía habérselo suministrado al tribunal).

Es importante distinguir el contrato de préstamo hipotecario garantizado con hipoteca del negocio en sí de constitución de la garantía hipotecaria: están estrechamente ligados, pues el préstamo se concede debido a la existencia de una garantía sólida de devolución del capital y de los intereses, el derecho real de hipoteca sobre un inmueble. La Ley 5/2019, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, se centra primordialmente en reforzar la posición jurídica de los consumidores que contratan con entidades financieras sus préstamos hipotecarios, asegurando, v.g., que estén libres de cláusulas abusivas o que sean formal y materialmente transparentes –y arroja a tal fin unos deberes importantes sobre los notarios, dado que este tipo de contratos se han de documentar en escritura pública–. Sus efectos se proyectan, por tanto, de forma primordial sobre el contrato de préstamo en sí; ahora bien, como en la escritura de constitución de la hipoteca se reflejan los elementos clave del préstamo garantizado, su repercusión sobre la ejecución es evidente.

8.2. El tribunal competente

Para conocer del proceso especial de ejecución hipotecaria será competente la Sección Civil (o Única) del Tribunal de Instancia del lugar donde radique la finca hipotecada (art. 684 LEC).

Si la finca hipotecada se hallase en varios partidos judiciales, o bien estuvieran hipotecadas varias fincas situadas en distintos partidos judiciales, será competente el Tribunal de Instancia de cualquiera de esos lugares, a elección del acreedor ejecutante.

No cabe ni sumisión expresa, ni sumisión tácita. En aplicación de las normas generales, el órgano judicial está obligado a controlar de oficio su competencia en el momento de admitir la demanda ejecutiva (art. 684.2 LEC); y si el ejecutado considera que el juez es incompetente, podrá denunciarlo mediante la declinatoria.

8.3. Las partes

1º. *Legitimación activa*

En aplicación de las reglas generales, la legitimación activa en el proceso de ejecución hipotecaria le corresponde a quien figure como acreedor en la escritura de constitución de la hipoteca y en el Registro de la Propiedad (art. 130 LH).

También debería resultar de aplicación la regla general (art. 540 LEC) que permite despachar ejecución a favor de quien acredite ser sucesor de quien figura como acreedor en el título ejecutivo. Se trata de un fenómeno habitual,

especialmente como consecuencia del reciente fenómeno de redistribución del «mapa bancario» español. Pues bien, en la práctica ha suscitado problemas la cesión masiva de créditos hipotecarios asociada a las fusiones y absorciones de entidades de crédito. La cesión del crédito hipotecario es posible (art. 149 LH), pero ha ocurrido con cierta frecuencia que las cesiones no llegan a inscribirse en el Registro de forma individualizada. ¿Hay legitimación activa para el proceso de ejecución hipotecaria sin respaldo registral? Aunque la jurisprudencia no es unánime, de forma mayoritaria se ha decantado por reconocer legitimación activa en el proceso de ejecución hipotecaria al cesionario, pese a la falta de inscripción en el Registro de la Propiedad de la cesión del crédito hipotecario, siempre que acredite su sucesión en los términos del art. 540 LEC.

2º. *Legitimación pasiva*

La demanda ejecutiva en el proceso de ejecución hipotecaria deberá dirigirse frente al deudor y, en su caso, frente al hipotecante no deudor o frente al tercer poseedor de los bienes hipotecados (art. 685.1 LEC).

El hipotecante no deudor es el sujeto que garantiza con un inmueble propio el pago de una deuda ajena. Interviene en la escritura de constitución de la hipoteca con el acreedor y, como titular del bien hipotecado, responde de la deuda exclusivamente con ese bien, sin que las responsabilidades derivadas del incumplimiento del deudor puedan extenderse al resto de su patrimonio. Se trata, pues, de una especie de fiador real, que asume una responsabilidad limitada al bien hipotecado.

El tercer poseedor, según se ha visto ya, es el sujeto que adquiere la propiedad de un bien gravado con una hipoteca. Para que pueda dirigirse la demanda ejecutiva contra él es preciso que haya acreditado al acreedor la adquisición de los bienes hipotecados. La responsabilidad del tercer poseedor es más amplia que la del hipotecante no deudor: según el art. 126 LH, si requerido de pago el tercer poseedor, este no paga ni desampara los bienes, será responsable con los suyos propios, además de con los hipotecados, de los intereses devengados desde el requerimiento y de las costas procesales a que su morosidad diera lugar. Sucede, eso sí, que en lo que exceda del valor del bien hipotecado, su responsabilidad no se puede hacer efectiva en el propio proceso de ejecución hipotecaria.

8.4. Desarrollo del proceso de ejecución

El proceso especial de ejecución hipotecaria habrá de instarse mediante demanda ejecutiva, acompañada del título ejecutivo (art. 685 LEC). Presentada la demanda ejecutiva, el tribunal analizará si procede o no despachar la ejecución, según las reglas habituales.

Cuando (i) el acreedor hipotecario sea un gran tenedor de vivienda, (ii) el inmueble hipotecado sea la vivienda habitual del deudor hipotecario y (iii) el deudor hipotecario esté en situación de vulnerabilidad económica no se admitirá la demanda ejecutiva −y, por tanto, no se despachará la ejecución− si el acreedor no acredita haberse sometido al procedimiento de conciliación o intermediación establecido a tal fin por las administraciones públicas competentes, en el que se

analicen las circunstancias de ambas partes y las posibles ayudas y subvenciones existentes (con arreglo a lo establecido en el art. 685.2 LEC).

En caso de que se dicte auto despachando ejecución, y dado que el título es extrajudicial, será preciso hacer el requerimiento de pago al ejecutado (a no ser que éste ya se hubiera efectuado con antelación por conducto notarial y se acreditase en la demanda ejecutiva) (art. 686 LEC).

Asimismo, al igual que en cualquier otra ejecución que se proyecta sobre inmuebles, el Letrado de la A. de J. habrá de solicitar del Registro la correspondiente certificación de dominio y cargas, para cerciorarse de que la hipoteca subsiste y sin cancelar. Por eso, si resulta de esa certificación que la hipoteca en que el acreedor fundó su demanda ejecutiva no existe o ha sido cancelada, se sobreseerá sin más la ejecución (art. 688 LEC).

En el proceso especial de ejecución hipotecaria no existe una fase de embargo de bienes, a diferencia de lo que es habitual en la ejecución dineraria: la razón se encuentra en que la actividad ejecutiva solo se va proyectar sobre un bien, el bien hipotecado, que ya ha sido previamente afectado o vinculado a la satisfacción de un crédito, pues en eso consiste precisamente la hipoteca (se suele decir, en este sentido, que la hipoteca es una especie de «embargo pactado» entre las partes). Esto hace que el embargo sea innecesario, teniendo en cuenta que, además, la actividad ejecutiva no se va a poder proyectar respecto de otros bienes del ejecutado.

Por eso, dado que no existe fase de embargo, una vez que se haya despachado la ejecución y que se haya requerido infructuosamente de pago al ejecutado, el ejecutante podrá, siempre que hayan transcurrido veinte días desde el requerimiento, solicitar que se pase directamente a la realización forzosa de la finca hipotecada; también podrán solicitar la celebración de la subasta el deudor o el tercer poseedor (art. 691.1 LEC). Pero es importante poner de relieve que sólo se procederá a la subasta a instancia de parte, no de oficio.

Como especialidad adicional de este proceso se da la posibilidad de que el ejecutante, una vez despachada la ejecución, solicite del tribunal que se le conceda la administración forzosa de la finca, mientras esta no se venda en pública subasta (art. 690 LEC). Durante el tiempo que dure esta administración, el acreedor obtendrá los rendimientos de la finca y los aplicará al pago de su crédito (v.g., si hay inquilinos, se les notificará que en lo sucesivo han de pagar la renta al acreedor que ha obtenido la administración). Esta administración forzosa es siempre provisional y nunca podrá durar más de dos años. Transcurrido ese plazo, el acreedor habrá de rendir cuentas al Letrado de la A. de J., como requisito para poder proseguir con la ejecución (si fuera necesario).

8.5. La defensa del ejecutado en el proceso de ejecución hipotecaria

El proceso especial de ejecución hipotecaria se caracteriza por la dureza con la que es tratado el ejecutado. Esta dureza se traduce en una reducción de sus posibilidades de defensa frente al proceso de ejecución.

El trato riguroso que padece el ejecutado en nuestro proceso de ejecución hipotecaria ha sido severamente criticado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en varias ocasiones: las más relevantes fueron, sin duda, la STJUE de 14 de marzo de 2013, recaída en el asunto C-415/11, *Mohamed Aziz c. Catalunyacaixa*, y la STJUE de 17 de julio de 2014, recaída en el asunto C-169/14, *Sánchez Morcillo y Abril García c. Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*. El primero de ellos guarda relación con la posibilidad de denunciar en el seno del propio proceso de ejecución hipotecaria el carácter abusivo de las cláusulas en que se funda la ejecución o que sirven para determinar una parte de la cantidad adeudada. El segundo, por su parte, pone de manifiesto la desigualdad que sufría el ejecutado a la hora de impugnar el auto que resuelve la oposición a la ejecución. Ambas sentencias de la Justicia europea dieron lugar a sendas reformas de la LEC.

El ejecutado dispone con normalidad, de los mecanismos de impugnación de actividades ejecutivas concretas, para garantizar que el proceso de ejecución se desarrolle conforme a lo dispuesto en la ley: rigen, por tanto, las reglas generales sobre impugnación de actos ejecutivos concretos (cfr. lección 33). Y también deben aplicarse con normalidad las reglas sobre oposición a la ejecución por motivos procesales.

Es cierto que la LEC no alude expresamente a estas posibilidades cuando se ocupa de regular la ejecución hipotecaria, pues solo aborda la oposición por motivos de fondo. Ahora bien, la solución expuesta se impone dada la aplicación supletoria de las reglas generales del proceso de ejecución.

En cambio, cuando se trata de la oposición a la ejecución por motivos de fondo, el ejecutado no dispone de los mismos medios previstos para los títulos extrajudiciales. Al contrario, sólo puede oponerse «desde dentro» a la ejecución si concurre alguno de los siguientes motivos (art. 695.1 LEC):

— Extinción de la garantía (es decir, del derecho de hipoteca), siempre que lo acredite por medio de una certificación del Registro de la Propiedad de cancelación de la hipoteca.

— Extinción de la obligación garantizada, siempre que lo acredite mediante una escritura pública de carta de pago.

— Pluspetición, cuando la hipoteca garantice el saldo de una cuenta corriente entre el ejecutante y el ejecutado, en los términos establecidos por el art. 695.1.2ª LEC (pero en este caso la oposición es parcial).

— El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.

Recuérdese que, en virtud de lo dispuesto en los arts. 551 y 552 LEC, el tribunal, de oficio, debe analizar este extremo y podría apreciar el carácter abusivo de alguna cláusula en el momento de decidir sobre el despacho de la ejecución (en los términos analizados en la lección 33).

Formulada la oposición, el Letrado de la A. de J. suspenderá la ejecución y convocará a las partes a una comparecencia ante el tribunal que despachó la ejecución.

Si se estima la oposición por extinción de la garantía o de la obligación garantizada, el tribunal sobreseerá la ejecución. Si se estima la oposición por pluspetición, fijará la cantidad por la que haya de seguirse la ejecución. En el caso de que aprecie el carácter abusivo de una cláusula que fundamente la ejecución, sobreseerá la ejecución; si es abusiva, en cambio, una cláusula diversa, se proseguirá con la ejecución sin aplicar dicha cláusula (lo que puede determinar una minoración de la cantidad que ha de obtenerse, v.g., si es abusiva la cláusula por la que se fijan los intereses moratorios). Cuando se haya formulado oposición por este último motivo el tribunal debe pronunciarse expresamente en el auto sobre el carácter abusivo de las cláusulas examinadas y, una vez sea firme, su pronunciamiento tendrá eficacia de cosa juzgada.

Contra el auto que ordene el sobreseimiento de la ejecución, la inaplicación de una cláusula abusiva o la desestimación de la oposición fundada en el carácter abusivo de una cláusula, podrá interponerse recurso de apelación.

Fuera de estos casos (es decir, si se desestima la oposición fundada en algún motivo distinto al carácter abusivo de una cláusula), los autos que decidan la oposición no serán susceptibles de recurso alguno y sus efectos se circunscribirán exclusivamente al proceso de ejecución en que se dicten. No tendrán, por ello, fuerza de cosa juzgada.

Al margen de los motivos expresamente contemplados en el art. 695 LEC, esto es, si el ejecutado considera que la ejecución hipotecaria es improcedente por cualquier otro motivo, no podrá oponerse a la ejecución («desde dentro»), sino que tendrá que hacerlo «desde fuera», es decir, tendrá que interponer una demanda declarativa frente el ejecutante, en reclamación de daños y perjuicios y/o del enriquecimiento injusto, derivados de la ejecución hipotecaria que se llevó a cabo. En el marco de este proceso declarativo, y siempre que la ejecución hipotecaria aún no haya concluido cuando se interponga la demanda, el ejecutado podrá obtener una medida cautelar: la retención de la cantidad que se obtenga a través de la realización forzosa de la finca hipotecada, a los efectos de garantizar el pronto cobro de la cantidad que, eventualmente, se le reconozca como debida en la sentencia que se dictase en ese proceso declarativo (eso sí, esa retención está supeditada a los requisitos y exigencias que establece el art 698.2 LEC). Ahora bien, lo que el deudor no puede conseguir como medida cautelar en ese proceso es la suspensión de la ejecución hipotecaria en sí misma, de modo que la finca se venderá a un tercero o se la adjudicará el acreedor de forma irrevocable. En caso de resultar vencedor en el proceso declarativo, el deudor solo conseguirá una indemnización, pero no la recuperación de la propiedad.

> En la práctica, no obstante, se intenta sortear este límite acudiendo a la suspensión por prejudicialidad civil (art. 43 LEC): se formula incidente de oposición en la ejecución hipotecaria por abusividad de alguna cláusula al tiempo que se interpone un proceso declarativo de anulación total o parcial del préstamo hipotecario por ese mismo motivo; estando pendientes ambos, se solicita la suspensión del incidente de oposición a la ejecución hipotecaria por prejudicialidad sobre él del proceso declarativo –y esto, cuando se consigue (no

es, ni mucho menos, práctica consolidada), comporta dejar en suspenso la ejecución hipotecaria en cuanto tal hasta que se resuelve el proceso declarativo.

8.6. Tutela del ejecutado en los casos de préstamo hipotecario con cláusula de vencimiento anticipado

Es frecuente que los préstamos hipotecarios contengan una cláusula de vencimiento anticipado del crédito: en virtud de esta cláusula, aunque la devolución de la deuda esté fraccionada en periodos o plazos diversos, el impago de alguna o de varias cuotas genera, automáticamente, el vencimiento de todas las cuotas posteriores. De este modo, cuando se produce el impago parcial –el que afecte al número de cuotas establecidas en el contrato– se produce también el vencimiento anticipado de las restantes: la consecuencia es que el acreedor puede reclamar en el proceso de ejecución hipotecaria no solo la cuota o cuotas cuyo impago se produjo, sino el conjunto de la deuda que aún restara por pagar.

En este punto, sin embargo, están previstos una serie de límites y atemperamientos.

a) Sobre la validez de la cláusula de vencimiento anticipado

En general, para poder hacer operativa una cláusula de vencimiento anticipado por la vía de la ejecución hipotecaria es necesario: 1) que hayan vencido al menos tres plazos mensuales sin cumplir el deudor su obligación de pago o un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a tres meses; 2) que se haya hecho constar por el notario en la escritura de constitución de la hipoteca (art. 693.1 LEC).

Ahora bien, si el deudor hipotecario es un consumidor y el bien hipotecado es su vivienda o un inmueble que adquiera para uso residencial la validez de la cláusula de vencimiento anticipado está sujeta a límites mucho más estrictos, establecidos en el art. 24 de la Ley de crédito inmobiliario. En concreto, es necesario que la cuantía de las cuotas (por capital o intereses) vencidas y no satisfechas supere ciertos umbrales:

– El 3% de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la primera mitad de la duración del préstamo. Se considera cumplido este requisito si las cuotas vencidas y no pagadas equivalen al impago de doce mensualidades o se ha dejado de pagar un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a doce meses.

– El 7% de la cuantía de la cuantía del capital concedido, si la mora se produjera dentro de la segunda mitad de la duración del préstamo. Se considera cumplido este requisito si las cuotas vencidas y no pagadas equivalen al impago de quince mensualidades o se ha dejado de pagar un número de cuotas tal que suponga que el deudor ha incumplido su obligación por un plazo al menos equivalente a quince meses.

Además, será necesario que el prestamista requiera de pago al deudor y le conceda un plazo mínimo de un mes para cumplir, advirtiéndole de que, si no lo atiende, reclamará el reembolso total adeudado del préstamo.

b) Sobre la posibilidad de revertir el vencimiento anticipado

En todo proceso de ejecución, el ejecutado puede siempre liberarse y liberar sus bienes pagando la cantidad por la que se despachó la ejecución, más los intereses y costas. Ahora bien, en principio, en caso de que se haya producido el vencimiento anticipado y de que se haya despachado la ejecución por todo el crédito, el ejecutado solo podrá liberar el bien hipotecado pagando la deuda pendiente íntegra y no solo las cuotas cuyo impago inicial generó el vencimiento anticipado del crédito (lo cual lo coloca ante una situación realmente difícil).

Ahora bien, en beneficio del deudor hipotecario, el art. 693.3 dispone lo siguiente:

— El acreedor hipotecario, a su libre arbitrio, puede conceder al ejecutado la facultad de liberarse y liberar la finca hipotecada, consignando antes de que se cierre la subasta las cantidades debidas hasta ese momento (no todo el crédito, solo la cantidad vencida en la fecha de presentación de la demanda ejecutiva, con los vencimientos del préstamo y los intereses de demora que se hayan ido produciendo y hayan sido también impagados).

— Además, si la finca hipotecada es la vivienda habitual del ejecutado, el ejecutado tendrá derecho a liberarla en los términos antes descritos, sin necesidad de que consienta el acreedor. El ejecutado, sin embargo, no tiene un derecho ilimitado a liberar la finca hipotecada: liberado un bien por primera vez, el ejecutado podrá liberarlo en segunda o ulteriores ocasiones si han mediado por lo menos tres años entre la fecha de la liberación anterior y la fecha del requerimiento de pago judicial o extrajudicial efectuado por el acreedor.

En cualquiera de los dos supuestos, el deudor habrá de pagar también las costas, aunque se tasarán con el límite del art. 575.1 bis LEC (es decir, no más del 5% de la cantidad reclamada).

8.7. «Código de Buenas Prácticas» y dación en pago

La coyuntura de grave crisis económica experimentada por nuestro país desde 2008 determinó un incremento enorme en los impagos de los créditos hipotecarios y una proliferación de los procesos de ejecución hipotecaria. Como respuesta a las reclamaciones sociales de cierta flexibilidad, se aprobaron determinadas medidas a favor de los deudores hipotecarios especialmente vulnerables. Entre ellas destaca el *Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos*, cuyo objetivo es procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago cuando la garantía recae sobre su vivienda habitual, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria (art. 1).

Estas medidas están pensadas para aplicarse a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión. Y se extienden igualmente a los fiadores y avalistas hipotecarios del deudor principal, también respecto de su vivienda habitual.

El *umbral de exclusión* está definido en el art. 3.1 del RDLey de forma muy prolija. La concurrencia de los requisitos establecidos en la norma pone de manifiesto, sin duda, la existencia de una grave situación de insuficiencia de recursos en la unidad familiar.

El RDLey protege a los deudores hipotecarios situados dentro del umbral de exclusión a través de diversas medidas, algunas de carácter sustantivo, otras de carácter procesal, en tanto que vinculadas a la ejecución hipotecaria. La pieza clave del sistema es la aprobación de un *«Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual»*. El Código de Buenas Prácticas es de adhesión voluntaria para las entidades de crédito pero, una vez aceptado, genera ciertas expectativas, facultades y derechos para los deudores hipotecarios.

a) En primer término, los deudores hipotecarios pueden solicitar de la entidad crediticia la *reestructuración de su deuda hipotecaria* al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma: se trata, en otros términos, de renegociar los términos del contrato de préstamo, para poder hacer viable su pago y evitar así que la entidad financiera se vea en la tesitura de instar la ejecución hipotecaria.

Esta reestructuración puede comportar, en concreto:

i) una carencia en la amortización de capital de cinco años, de modo que el capital correspondiente a las cuotas de ese periodo podrá o bien pasarse a una cuota final al término del préstamo o bien prorratearse en las cuotas restantes, o realizarse una combinación de ambos sistemas.

ii) una ampliación del plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo.

iii) una reducción del tipo de interés aplicable a Euribor + 0,25 por cien durante el plazo de carencia.

iv) una inaplicación de las cláusulas limitativas de la bajada del tipo de interés.

b) Existen, no obstante, deudores para los que el plan de reestructuración resulta inviable dada su situación económico financiera. Como alternativa a la reestructuración, estos deudores podrán solicitar una *quita en el capital pendiente de amortización* (en los términos previstos por el Código de Buenas Prácticas), que la entidad tendrá facultad para aceptar o rechazar en el plazo de un mes a contar desde la acreditación de la inviabilidad del plan de reestructuración.

Esta medida también podrá ser solicitada por aquellos deudores que se encuentren en un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que ya se haya producido el anuncio de la subasta. Y también podrán pedirla aquellos deudores que, estando incluidos en el umbral de exclusión, no han podido optar a la dación en pago por presentar la vivienda cargas posteriores a la hipoteca.

c) Para aquellos deudores hipotecarios en relación con los cuales no resulte viable ni la reestructuración ni la quita en el capital pendiente de amortización, el Código de Buenas Prácticas contempla el derecho a solicitar la *dación en pago de*

su vivienda habitual. En estos casos la entidad estará obligada a aceptar la entrega del bien hipotecado por parte del deudor, a la propia entidad o tercero que ésta designe, quedando definitivamente cancelada la deuda. Los términos en que el Código de Buenas Prácticas contempla la dación en pago son los siguientes:

> — La dación en pago ha de pedirse en el plazo de doce meses desde la solicitud de la reestructuración (esto significa que, para llegar a ella, es preciso haber analizado previamente con la entidad financiera la viabilidad de las medidas anteriores).
>
> — La dación en pago supondrá la cancelación total de la deuda garantizada con hipoteca y de las responsabilidades personales del deudor y de terceros frente a la entidad por razón de la misma deuda.
>
> — El deudor, si así lo solicita en el momento de pedir la dación en pago, podrá permanecer durante un plazo de dos años en la vivienda en concepto de arrendatario, satisfaciendo una renta anual del 3 por cien del importe total de la deuda en el momento de la dación. Durante dicho plazo el impago de la renta devengará un interés de demora del 10 por cien.
>
> — Esta medida no será aplicable en los supuestos que se encuentren en procedimiento de ejecución en los que ya se haya anunciado la subasta, o en los que la vivienda esté gravada con cargas posteriores.

Debe notarse que, para poder optar a la quita en el capital pendiente de amortización y a la dación en pago, los deudores hipotecarios, además de hallarse dentro del umbral de exclusión, deben cumplir ciertos requisitos adicionales (art. 3.2 RDLey).

Ha de señalarse, por último, que el RDLey (art. 3 bis) también pretende tutelar a los fiadores, avalistas e hipotecantes no deudores que se encuentren en el umbral de exclusión: estos sujetos podrán exigir que la entidad bancaria agote el patrimonio del deudor principal antes de reclamarles la deuda garantizada, aun cuando en el contrato hubieran renunciado expresamente al beneficio de excusión.

8.8. La venta extrajudicial de bienes hipotecados

Al margen de los cauces descritos hasta ahora, el acreedor hipotecario también puede realizar la garantía hipotecaria al margen del proceso judicial a través de la venta extrajudicial, siempre que así se haya previsto expresamente en la escritura de constitución de la hipoteca (art. 129.2 LH). Esta venta consiste en una subasta pública ante notario en la que se han de respetar las garantías previstas en los artículos 234 a 236 RH para la adecuada protección del deudor y de otros sujetos que pueden verse afectados. Se trata de una vía, en principio, más rápida y barata, en la que los sujetos no han de estar representados por procurador ni asistidos de abogado. Presenta, sin embargo, un grave problema: si el deudor, el hipotecante no deudor, el tercer poseedor o cualquier otro interesado se oponen a la venta extrajudicial por cualquier motivo, su oposición se ha de sustanciar, con carácter general, a través del proceso declarativo que corresponda ante el juez competente, sin que, con carácter general, se suspenda la venta extrajudicial. Es posible, por tanto, que realizada la venta extrajudicial, se acabe dejando sin efecto como consecuencia de la estimación de la oposición por el juez competente.

El Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos se ha ocupado también de someter a ciertos límites y garantías este procedimiento de ejecución extrajudicial, en aquellos casos en que el procedimiento se siga contra la vivienda habitual del deudor (art. 12).

LECCIÓN 36

EJECUCIÓN DE CONDENAS NO DINERARIAS

1. Reglas comunes a toda ejecución no dineraria. — 2. Ejecución de condenas de dar: 2.1. Condenas a la entrega de cosas muebles determinadas; 2.2. Condenas a la entrega de cosas genéricas o indeterminadas; 2.3. Condenas a la entrega de bienes inmuebles. — 3. Ejecución de condenas de hacer: 3.1. Condenas de hacer fungible o «no personalísimo»; 3.2. Condenas de hacer infungible o «personalísimo»; 3.3. El supuesto especial de las condenas a emitir una declaración de voluntad— 4. Ejecución de condenas de no hacer.

1. REGLAS COMUNES A TODA EJECUCIÓN NO DINERARIA

Cuando se habla de ejecución de condenas no dinerarias se hace referencia a la ejecución de sentencias que condenan a hacer algo –cualquier cosa–, a no hacer algo –también cualquier cosa– y a dar algo que no sea una cantidad de dinero (fundamentalmente entregar la posesión de una cosa mueble o inmueble –o varias).

> La regulación positiva de la ejecución de condenas no dinerarias se encuentra en los arts. 699 a 711 LEC.

Hay que tener en cuenta, además, que la ejecución de condenas no dinerarias supone siempre la existencia de un título ejecutivo judicial (recuérdese que los títulos ejecutivos extrajudiciales solo se refieren a obligaciones dinerarias), con las consecuencias que de ello se derivan de cara a la eventual oposición a la ejecución.

La finalidad de la ejecución dineraria es conseguir la prestación debida por el ejecutado o, en su caso, un resultado equivalente (*v.g.*, una prestación similar, pero realizada por otro). El problema al que se enfrenta la ejecución dineraria es precisamente el de que en ocasiones determinadas circunstancias pueden hacer que resulte imposible obtener la prestación debida u otra similar: es lo que sucede, por ejemplo, si se ha destruido la cosa que debía entregarse o si el sujeto condenado a realizar una prestación personalísima se niega recalcitrantemente a llevarla a cabo. En estos casos, la ejecución no dineraria se acaba convirtiendo en ejecución dineraria, dirigida a entregar al ejecutante una cantidad de dinero que equivalga al valor de la prestación debida, o al resarcimiento de los daños que haya padecido.

Como se verá, la regulación de la LEC es distinta en función del tipo de prestación que deba obtenerse. No obstante, sí que se han previsto unas disposiciones comunes a toda ejecución no dineraria, que son las que corresponden al inicio de la ejecución.

Para el comienzo de la ejecución de una condena no pecuniaria será precisa la presentación de demanda ejecutiva, acompañada de los documentos oportunos y, por supuesto, de título ejecutivo formalmente regular. Tras analizarla, el juez habrá de despachar ejecución –si se cumplen los requisitos para ello–. En el auto con la orden general y despacho de la ejecución se requerirá al ejecutado para que, dentro del plazo que el tribunal estime adecuado, cumpla en sus propios términos lo que establezca el título ejecutivo (arts. 699 y 705 LEC).

Además, y como complemento del mandato judicial, se prevén otras dos actuaciones:

1) En el requerimiento, el tribunal podrá apercibir al ejecutado con el empleo de apremios personales o multas pecuniarias (art. 699 II).

2) El Letrado de la A. de J. –pero solo si se solicitó por el ejecutante en la demanda ejecutiva–, una vez despachada la ejecución por el juez, podrá acordar las medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena, en los casos en que el requerimiento no pudiera tener cumplimiento inmediato (art. 700). De forma especial, entre esas medidas de garantía alude el precepto al embargo de bienes del ejecutado en cantidad suficiente para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias y las costas de la ejecución. El ejecutado podrá evitar este embargo prestando una caución.

Si con lo anterior no se consigue el resultado perseguido, la ejecución seguirá adelante, pero con disposiciones diversas en función del tipo de prestación debida.

2. EJECUCIÓN DE CONDENAS DE DAR

La LEC otorga un tratamiento en parte dispar a las condenas de dar según la cosa que haya de ser objeto de entrega: cosas muebles determinadas, cosas genéricas o indeterminadas y bienes inmuebles.

2.1. Condenas a la entrega de cosas muebles determinadas

Cuando lo que ha de entregarse es una cosa mueble determinada y el ejecutado no ha cumplido en plazo el mandato judicial de entrega, el principal escollo con el que puede toparse el proceso de ejecución radica en que el ejecutado no ponga voluntariamente al ejecutante en posesión de aquella y se ignore el lugar donde se encuentra y puede ser habida.

Por eso, cuando la ubicación de la cosa es conocida por el tribunal, transcurrido infructuosamente el plazo de entrega fijado en el auto despachando ejecución, deberá el Letrado de la A. de J. ordenar que la cosa en cuestión se tome de la posesión del ejecutado y se entregue al acreedor ejecutante. En concreto el art. 701.1 le faculta al Letrado de la A. de J. para emplear los apremios que resulten precisos; si considera necesario proceder a la entrada en lugares cerrados, el Letrado de la A. de J.recabará la autorización del tribunal hubiera ordenado la ejecución y, por supuesto, podrá auxiliarse de la fuerza pública si fuera necesario.

Nótese, pues, que los jueces civiles están facultados también para autorizar entradas y registros en lugares cerrados (incluidos los domicilios).

Pero, en caso de ignorarse la ubicación de la cosa que ha de entregarse –o si esta no se encuentra en el lugar previsto al ir a buscarla–, los mecanismos anteriores fracasan. La ley, sin embargo, hace un esfuerzo por localizarlos facultando al Letrado de la A. de J. para que interrogue al ejecutado o a terceros, para que digan si la cosa está o no en su poder y si saben dónde se encuentra (art. 702.2 LEC).

En último término, y ante el fracaso de las medidas anteriores, no tiene la ley más alternativa que rendirse a la evidencia de que la cosa no puede ser habida: procederá entonces que la ejecución se convierta en pecuniaria y que su objeto no sea ya la entrega de la cosa, sino el pago de una compensación en dinero (art. 701.3).

2.2. Condenas a la entrega de cosas genéricas o indeterminadas

Si la sentencia condena a la entrega de una cierta cantidad de un determinado género (10 toneladas de pimientos, 1.000 m^3 de madera de pino), el art. 702 distingue hasta tres posibilidades diversas de actuación:

1) Si la cosa genérica –a cuyo dar condena la sentencia– se encuentra en poder del ejecutado y este se niega a entregarla, el acreedor puede solicitar del Letrado de la A. de J. que le ponga en posesión de las cosas objeto de la condena, conforme a lo antes visto (art. 702.1 LEC).

2) Quien sea acreedor de una cosa indeterminada o genérica, puede pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor (1096 II CC). Esto significa que, si la cosa genérica debida existe en el mercado, el acreedor puede también optar por pedir al Letrado de la A. de J. que le faculte para adquirirla de un tercero y a costa del ejecutado (702.1 *i.f.*). En caso de que el ejecutante se decante por esta opción, deberá solicitarlo expresamente del Letrado de la A. de J., el cual, a la vez que accede a esta petición, ordenará el embargo de bienes suficientes para pagar la adquisición –si es que no se procedió antes conforme al art. 700 LEC o los bienes embargados entonces no fueran suficientes–.

3) Es igualmente posible que, por lo tardío del momento, la adquisición de las cosas genéricas o indeterminadas, conforme a alguno de los dos procedimientos anteriores, ya no satisfaga el interés del ejecutante. En tal caso, podrá este manifestárselo así al Letrado de la A. de J., quien ejecutará la sentencia como si fuera pecuniaria, con el objeto de entregar al ejecutante el equivalente en dinero de las cosas y los daños y perjuicios que hubieran podido causársele.

2.3. Condenas a la entrega de bienes inmuebles

La LEC le dedica a esta importante cuestión dos preceptos (arts. 703 y 704), aplicables cualquiera que sea la causa de la condena a proceder a la entrega de los bienes inmuebles. Y esto incluye que se trate de sentencias ganadas en procesos de desahucio.

La ejecución de condenas a la entrega de bienes inmuebles será relativamente sencilla en los casos en que se encuentre deshabitado, pero puede complicarse notablemente si lo ocupa el ejecutado o una tercera persona.

1º. *Régimen general*

El régimen general viene establecido en el art. 703.1, a tenor del cual el Letrado de la A. de J. «ordenará de inmediato lo que proceda según el contenido de la condena y, en su caso, dispondrá lo necesario para adecuar el Registro al título ejecutivo». Será carga del ejecutante proponer en la demanda ejecutiva la adopción de las medidas que resulten convenientes a la luz de las circunstancias del caso concreto y será tarea del Letrado de la A. de J. comprobar que, *a priori*, resultan conducentes y respetuosas con las exigencias del principio de proporcionalidad.

Así, es posible que baste con proceder a un cambio de cerraduras en las puertas de acceso al inmueble; o que se presente al ejecutante como nuevo dueño ante el poseedor legítimo del inmueble (*v.g.*, el inquilino, de modo que en lo sucesivo le pague la renta al ejecutante); o que el Letrado de la A. de J. se limite a ordenar las inscripciones registrales oportunas; o que deba procederse al desalojo del ejecutado, si es que el inmueble no constituye su vivienda habitual ni la de las personas que de él dependan. Se suele llamar «lanzamiento» al conjunto de actuaciones –que pueden incluir el uso de la fuerza pública– a través de las cuales se materializa el desalojo de un inmueble y su puesta a disposición del ejecutante.

De manera un tanto casuista, y pensando de forma especial en el desahucio de inmuebles tras la resolución del contrato de arrendamiento, establece la ley unas reglas especiales sobre el modo de proceder en caso de que surjan ciertas incidencias.

a) En el inmueble que ha de entregarse hay cosas que no son objeto del título ejecutivo y a las que, por tanto, el ejecutante no tiene derecho: en tal caso, constatada la situación –normalmente tras la entrega al ejecutante de la posesión del inmueble–, el Letrado de la A. de J. requerirá al ejecutado para que las retire dentro del plazo que señale –que habrá de ser adecuado a las circunstancias del caso–. Si no lo hace en plazo, tales cosas «se considerarán bienes abandonados a todos los efectos» (703.1 II *i.f.*): en consecuencia, podrá el ejecutante deshacerse de ellos sin que pueda entenderse que causa daño a nadie o, por supuesto, podrá adquirir la propiedad sobre ellos por ocupación (art. 610 CC). Nos hallamos, por tanto, ante un precepto de naturaleza sustantiva, aunque pensado para dotar de eficacia a una norma procesal.

b) Existen en la finca cosas no separables, como plantaciones o instalaciones necesarias para la utilización ordinaria del inmueble, que el ejecutado manifiesta ser de su propiedad (*v.g.*, porque se pone fin al arrendamiento rústico cuando aún no se ha procedido a la cosecha por parte del arrendatario): tal circunstancia no es óbice para el desalojo y entrega del inmueble al ejecutante, aunque el ejecutado tendrá derecho al abono de su valor (arts. 452 y 455 CC). Pues bien, para evitarle al ejecutado tener que acudir a un proceso declarativo posterior en reclamación de esas cantidades, la LEC le permite instar una decisión

judicial al respecto en el marco del proceso de ejecución, siempre que lo haga en el plazo de cinco días a partir del desalojo (art. 703.2).

c) En el acto del lanzamiento el ejecutante pone de relieve la existencia de desperfectos en el inmueble originados por el ejecutado o los ocupantes: en tal caso, estos quedarán obligados a su reparación y, para asegurar la efectividad del cumplimiento, se permitirá que el tribunal, a instancia del ejecutante, acuerde la retención y constitución en depósito de bienes suficientes del posible responsable. A petición del ejecutante, estos daños se liquidarán en el propio proceso de ejecución, por los cauces del incidente regulado en los arts. 712 y sigs. (vid. lección 34).

En principio, si se está ejecutando una sentencia recaída en un juicio de desahucio de finca urbana, la entrega efectiva de la posesión de la finca al ejecutante, si se acredita ante el Letrado de la A. de J., determina que se dé por finalizada la ejecución. Sin embargo, si el ejecutante lo pide, la ejecución se mantendrá para que se levante acta del estado en que se encuentra la finca –para poder aplicar lo dispuesto en el párrafo anterior.

2º. *Regímenes especiales*

Si el bien inmueble objeto de ejecución es la vivienda habitual del ejecutado o de las personas que de él dependan, se aplicarán las reglas anteriores, pero con una especialidad: la ejecución no podrá ser inmediata, sino que habrá de concedérseles un plazo de un mes para desalojarlo voluntariamente –que podrá prorrogarse por un mes más si existe motivo fundado– (art. 704.1); además, habrá que comunicar en todo caso al ejecutado el día y la hora exacta del lanzamiento.

Más complicadas serán las cosas en caso de que el inmueble que deba entregarse esté ocupado por terceras personas distintas del ejecutado y de quienes compartan con él la utilización de aquel. Porque, en principio, son personas no afectadas por el título ejecutivo y frente a ellas, en consecuencia, no puede dirigirse la actividad ejecutiva. Esta circunstancia, sin embargo, constituye un importante portillo al fraude y provoca a menudo una injustificada insatisfacción para el ejecutante. Por ello, la LEC ha arbitrado la posibilidad de promover, en el marco del proceso de ejecución, un incidente cuyo objetivo es, en definitiva, lograr extender la eficacia ejecutiva del título sobre estos terceros, si concurren ciertos requisitos. En concreto, en cuanto el Letrado de la A. de J. conozca la existencia de estos terceros (cabe suponer que a través del ejecutante), les notificará el auto despachando ejecución y les emplazará para que presenten en breve plazo ante el tribunal los títulos que les den derecho a permanecer en el inmueble. Si el tribunal considera que esos títulos no existen o no legitiman su permanencia, lo declarará así y el ejecutante podrá pedir y obtener su lanzamiento.

3. EJECUCIÓN DE CONDENAS DE HACER

La ley distingue, para su ejecución forzosa, las condenas de hacer «no personalísimo» o fungible y las condenas de hacer «personalísimo» o infungible o insustituible.

Sea ordinario o personalísimo el hacer a que condena la sentencia, despachada ejecución y antes de acordar medidas ejecutivas más severas, la LEC ordena al juez que conceda al ejecutado un plazo para que lo realice (arts. 699 y 705). El plazo habrá de ajustarse a la naturaleza del hacer y demás circunstancias concurrentes –pues no es lo mismo, a modo de ejemplo, construir un edificio que pintar una pared–; aunque deberá ser preferiblemente corto, pues las dilaciones en la ejecución solo favorecen al deudor. Si el ejecutado realiza correctamente y dentro de plazo la conducta que el juez le ordena, ahí puede terminar el proceso de ejecución.

Si el deudor no realiza la conducta a que condena la sentencia dentro del plazo o no la realiza correctamente, la ejecución continúa por cauces diversos, en función de que el hacer sea «ordinario» (fungible) o sea de carácter personalísimo (infungible).

3.1. Condenas de hacer fungible o «no personalísimo»

Cuando el hacer a que condena la sentencia es de carácter fungible o no personalísimo (la construcción de un puente, la programación de un ordenador, la limpieza de un edificio), al acreedor le es jurídica y económicamente indiferente que lo realice el deudor o que sea un tercero quien lo haga. Por eso, si el ejecutado no lo llevara a cabo en el plazo señalado, el ejecutante podrá pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, o reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios (art. 706.1 LEC).

Si el ejecutante optara por el resarcimiento de los daños y perjuicios, la ejecución se transforma sin más en pecuniaria, prosiguiendo con la cuantificación del importe de aquellos, a la que se procederá según lo previsto en los arts. 712 y sigs. (art. 706 2. II).

Algo más complicadas pueden ser las cosas si el ejecutante prefiere optar por encargar la realización de la prestación a un tercero a costa del ejecutado.

> La ley establece que el encargo lo hará directamente el ejecutante (art. 706.1 y 2), aunque deberá haber sido previamente autorizado por el Letrado de la A. de J. De ello puede deducirse que será también el ejecutante quien habrá de elegir al tercero que haya de realizar la prestación.
>
> Para evitar el riesgo de insolvencia del ejecutado –al fin y al cabo, el encargo a tercero supone la creación de una relación contractual entre este y el ejecutante–, se reconoce el derecho del ejecutante a obtener con cargo al patrimonio del ejecutado una suma de dinero suficiente para hacer frente a la factura que presente el tercero.
>
> A tal fin, habrá que comenzar por una valoración del coste de dicho hacer, que se encomendará a un perito tasador; esta tasación debe ser aprobada por el Letrado de la A. de J. a través de decreto, en el que se requerirá asimismo al ejecutado para que deposite la cantidad resultante o afiance su pago. En caso de que no lo haga, se procederá al embargo de sus bienes –o se aprovechará, en su caso, el embargo ya practicado en virtud del art. 700– y a su realización forzosa hasta obtener la suma que sea necesaria (art. 706 2. I).

La ley regula de forma singular un supuesto especial de condena de hacer no personalísimo: aquella cuyo objeto es la publicación de la sentencia en medios de comunicación (art. 707 LEC).

> Despachada la ejecución, el Letrado de la A. de J. requerirá al ejecutado para que contrate los anuncios procedentes; si no lo hace, podrá hacerlo el ejecutante a costa del ejecutado, previa obtención de los fondos precisos con cargo al patrimonio de este.

3.2. Condenas de hacer infungible o «personalísimo»

Si la conducta que debe realizar el ejecutado es de carácter personalísimo o infungible, solo el deudor puede realizarla, pues solo su prestación puede satisfacer *in natura* el interés del ejecutante. Lo que hace la ley, por tanto, es disponer una serie de instrumentos para tratar de vencer las resistencias de quienes deben llevar a cabo una prestación de estas características.

El primero de estos instrumentos es la amenaza expresa de sanción penal por delito de desobediencia.

El segundo, y más importante, son las multas coercitivas: se trata de sanciones pecuniarias que impone el tribunal al deudor ejecutado en caso de que no cumpla su mandato y mientras no lo cumpla –es por ello habitual que tengan carácter periódico–. Así, en caso de que, transcurrido el plazo inicialmente fijado por el juez al despachar la ejecución, la prestación no se haya realizado, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregarle un equivalente pecuniario de la prestación o bien solicitar que se apremie al ejecutado con multas coercitivas.

Si el ejecutante optó por obtener el equivalente pecuniario de la prestación de hacer incumplida, la ejecución se transformará en pecuniaria, previa liquidación del importe debido según los arts. 712 y sigs. Ahora bien –y esto es importante–, en la misma resolución en que se mande seguir adelante con la ejecución por equivalente pecuniario se impondrá al ejecutado una multa coercitiva única, cuyo importe puede ascender hasta el 50% del valor de la prestación incumplida (arts. 709.2 y 711).

El ejecutante también puede optar por solicitar al Letrado de la A. de J. que apremie al ejecutado con la imposición de multas coercitivas. En concreto, está previsto que se le imponga una multa por cada mes que transcurra sin llevar a cabo el hacer debido. El importe de cada una de las multas mensuales no podrá exceder del 20% del valor del hacer en cuestión (art. 711). Además, con periodicidad trimestral, se reiterarán los requerimientos al ejecutado para que haga aquello que debe. Esta situación, sin embargo, no puede sostenerse de forma indefinida. Transcurrido un año de apremios infructuosos, considera la ley que no habrá forma de doblegar la voluntad del ejecutado y de obtener la satisfacción *in natura*, y opta por un sustitutivo: la ejecución proseguirá para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación.

3.3. El supuesto especial de las condenas a emitir una declaración de voluntad

En algunas ocasiones, la prestación a que se comprometió el deudor consiste en la emisión de una declaración de voluntad (otorgar un contrato de compraventa, instrumentar unas letras de cambio, elevar a escritura pública un contrato celebrado en documento privado, etc.).

Desde luego, la conducta consistente en la emisión de una declaración de voluntad es, técnicamente, una conducta de hacer personalísimo y, por tanto, infungible: si el deudor que está obligado a querer algo no lo quiere, resulta imposible que otra persona quiera por él, de modo que el querer de este último produzca los mismos efectos jurídicos. Ahora bien: esto no significa que las condenas a la emisión de una declaración de voluntad tengan que seguir forzosamente el régimen previsto en el art. 709 para las condenas de hacer personalísimo, pues aunque la conducta consistente en la emisión de una declaración de voluntad sea infungible «naturalmente», puede ser «jurídicamente» fungible.

> La fungibilidad *natural* de una conducta supone que puede ser realizada por otra persona distinta del ejecutado con resultado equivalente. Pero una conducta es *jurídicamente fungible* cuando puede ser sustituida por el juez en cuanto que titular de la potestad jurisdiccional. Quiere esto decir que cualquier conducta destinada a modificar el mundo de las relaciones jurídicas –crearlas, modificarlas o extinguirlas– es jurídicamente fungible. Al Derecho le basta otorgar a la actuación del juez los mismos efectos que otorga a la declaración de voluntad del deudor, sin necesidad de acudir a la ficción de que la declaración de voluntad ha sido efectivamente emitida. De hecho, todas las conductas que están destinadas a innovar en el ámbito de las relaciones jurídicas privadas son, normalmente, declaraciones de voluntad y todas ellas son jurídicamente fungibles.

Al ocuparse de la ejecución de este tipo de condenas se pueden distinguir hasta tres hipótesis diferentes (art. 708 LEC).

1) La declaración de voluntad que debió emitir el ejecutado debe recaer sobre un objeto preciso y con un contenido perfectamente determinado: son situaciones en las que se sabe con certeza «qué es lo que el ejecutado debe querer», porque están determinados tanto los elementos esenciales del negocio jurídico, como sus elementos accesorios. En este caso, transcurrido el plazo de espera del art. 548 LEC, si el condenado no ha emitido voluntariamente la declaración de voluntad, dictará el juez –cabe suponer que a instancia del ejecutante– un auto en el que sustituirá la voluntad de aquel y tendrá por celebrado el negocio jurídico en cuestión: «el tribunal, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad». Y, como complemento de lo anterior, podrá pedir el ejecutante que se libre, con testimonio del auto, mandamiento de anotación o inscripción en el Registro o Registros que correspondan, según el contenido y objeto de la declaración de voluntad.

> Esto sucede, *v.g.*, si en el proceso se pretendió el otorgamiento de un contrato de compraventa o la cancelación de una hipoteca, y la sentencia fue

estimatoria. En todos estos casos, la declaración de voluntad necesaria la emite el juez por medio de auto y puede procederse a la realización de los actos que sean complementarios como si hubiera sido emitida por el deudor (*v.g.* otorgar una escritura pública, ordenar una cancelación en un Registro público, etc.).

2) El objeto sobre el que debe recaer la declaración de voluntad no está perfectamente determinado, pero sí están presentes todos los elementos esenciales del contrato (faltan por determinar, pues, elementos accesorios del negocio jurídico): en este caso, si el condenado no emite la declaración de voluntad dentro del plazo de espera de veinte días, dictará el juez un auto sustituyendo su voluntad, en el que además determinará los elementos accesorios del negocio previa audiencia de las partes y ateniéndose a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico (art. 708.2 I).

3) El contenido de la declaración de voluntad (aquello que el condenado debe «querer» porque se lo ordena la sentencia) no se encuentra suficientemente determinado con anterioridad, porque no están determinados los elementos esenciales del negocio o contrato: en tal caso, si el condenado no emite voluntariamente su declaración en el plazo de espera, no habrá más ejecución que la procedente por los daños y perjuicios causados al ejecutante.

Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando el deudor nada ha dicho de los pactos y condiciones de una concreta declaración negocial; o no han sido fijados los elementos esenciales de un contrato –el precio de una compraventa, la calidad de ciertos bienes en una permuta, etc.

4. EJECUCIÓN DE CONDENAS DE NO HACER

Cuando el deudor fue condenado a abstenerse de realizar algún tipo de conducta (o a tolerar una conducta ajena sobre su esfera patrimonial), carece de sentido hablar de ejecución forzosa en tanto no haga aquello que le está prohibido. Solo cuando se ha realizado lo que no se podía –cuando se ha «quebrantado» la sentencia– tiene sentido hablar de actividad ejecutiva. Entonces entran en juego las reglas establecidas por el art. 710 LEC.

1) Cuando el quebrantamiento de la sentencia no sea susceptible de reiteración en el futuro, la ejecución se contraerá a la indemnización de los daños y perjuicios irrogados al ejecutante. Además, si el «hacer» prohibido pero efectuado se materializó en algo «tangible», se requerirá al ejecutado para que lo deshaga a su costa, si fuere posible (cfr. arts. 1098 II y 1099 CC); a tal fin, se le intimará con la imposición de multas coercitivas mensuales.

2) Si, por el contrario, no puede excluirse una reiteración futura en el quebrantamiento del mandato contenido en la sentencia, las actividades ejecutivas que se pueden desencadenar tras la constatación del primer incumplimiento pueden tener hasta un contenido triple:

— En primer término, se dirigirá la ejecución a indemnizar al ejecutante de los daños y perjuicios producidos por el primer incumplimiento.

— Además, y en caso de que el quebrantamiento se hubiera materializado en una realidad «tangible», será también cometido del proceso de ejecución que se deshaga lo mal hecho, si fuera posible.

— Finalmente, también se habrán de efectuar por el órgano judicial las actividades precisas tendentes a evitar que se produzca otro incumplimiento de la sentencia en el futuro: a tal fin, se dirigirá un requerimiento al ejecutado para que se abstenga en el futuro de quebrantar nuevamente la sentencia y se le apercibirá de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial, si lo hace.

LECCIÓN 37

LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

1. Introducción. — 2. Resoluciones susceptibles de ejecución provisional. — 3. Tramitación de la ejecución provisional. — 4. Oposición a la ejecución provisional. 4.1. Motivos comunes a toda oposición; 4.2. Motivos de la oposición a la ejecución provisional de condenas no dinerarias; 4.3. Motivos de oposición a la ejecución provisional de condenas dinerarias; 4.4. Procedimiento de oposición a la ejecución provisional; 4.5. Suspensión de la ejecución provisional de condenas pecuniarias. — 5. Confirmación o revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada: 5.1. Confirmación; 5.2. Revocación.

1. INTRODUCCIÓN

El título ejecutivo judicial por antonomasia es la sentencia firme de condena (art. 517.1.1º LEC). Ahora bien, la ley también permite la ejecución de las sentencias de condena, aunque no sean firmes: se habla entonces de ejecución provisional, que es aquella que se efectúa respecto de sentencias que están siendo objeto de recurso ante un tribunal superior a aquel que las dictó.

Nuestra legislación opta claramente por la ejecución provisional, como forma de reforzar la protección de los acreedores (pueden obtener antes la satisfacción de su derecho, al tiempo que se evitan los recursos meramente dilatorios) y como muestra de confianza en la calidad de la primera instancia. Esto se traduce en tres rasgos claros:

— Todas las sentencias de condena de primera o de segunda instancia que contengan pronunciamientos de condena son provisionalmente ejecutables, salvo las expresamente excluidas por la ley.

— La ejecución provisional puede solicitarse en cualquier momento, mientras esté pendiente un recurso frente a la sentencia que se pretende ejecutar.

— La ejecución provisional de sentencias de condena no exige que el solicitante preste caución para responder de lo obtenido, de los daños y perjuicios y de las costas en el caso de revocación de la sentencia.

El inconveniente que presenta toda ejecución provisional es evidente: siempre es posible que, tras el recurso, se dicte una resolución que deje sin efecto la sentencia ejecutada a título provisional; en tal caso, no queda más remedio que arbitrar los mecanismos para deshacer aquellas actuaciones ejecutivas que puedan ser deshechas y para indemnizar los perjuicios que al ejecutado le haya provocado la actividad ejecutiva. El hecho de que la LEC no exija de entrada la prestación de una caución para obtener la ejecución provisional es una muestra de su opción favorable al acreedor.

2. RESOLUCIONES SUSCEPTIBLES DE EJECUCIÓN PROVISIONAL

Como regla general (art. 524.2 LEC) son susceptibles de ejecución provisional las *sentencias de condena que no sean firmes*.

La referencia del artículo a las sentencias de condena excluye la ejecución provisional de las sentencias que contienen pronunciamientos meramente declarativos o constitutivos. Esto es lógico, porque estas sentencias por su propia naturaleza no son susceptibles de ejecución forzosa propiamente dicha.

> También son susceptibles de ejecución provisional los autos definitivos que contengan pronunciamientos de condena: por ejemplo, el auto que resuelve el incidente de liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y rendición de cuentas del art. 716 LEC; o los acuerdos homologados a los que lleguen las partes durante la audiencia previa –arts. 415.2 y 428.2–, aunque sean impugnados.

La excepción, pues, es que una sentencia condenatoria no sea susceptible de ejecución provisional. Es lo que sucede, en virtud del art. 525 LEC, con las siguientes:

1.º Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil, así como sobre las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso.

> En realidad, los pronunciamientos principales recaídos en la mayoría de estos procesos no son de condena, sino constitutivos o meramente declarativos, por lo que, no siendo susceptibles de ejecución forzosa, tampoco pueden ser provisionalmente ejecutables. Lo importante de esta norma no está en lo que excluye de la ejecución provisional, sino en lo que incluye, es decir, en haber hecho la salvedad de que sí son provisionalmente ejecutables los pronunciamientos de condena sobre relaciones patrimoniales recaídos en estos procesos (*v.g.*, el pago de una pensión alimenticia).

2.º Las sentencias que condenen a emitir una declaración de voluntad.

> En tal caso, según se vio antes, la ejecución consiste en la sustitución jurídica de la voluntad del deudor, efectuada por el tribunal. Y no es razonable que esa sustitución pueda estar condicionada de algún modo al desenlace de un recurso (de modo que, v.g., un contrato privado esté «provisionalmente» elevado a escritura pública).

3.º Las sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial.

> Nuevamente aquí nos encontramos con pronunciamientos de carácter declarativo o constitutivo, que en ningún caso serían ejecutables.

4.º Las sentencias extranjeras de condena no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los tratados internacionales vigentes en España o en las normas de Derecho de la Unión Europea (que sí la permiten en muchos supuestos).

5º. Tampoco procede la ejecución provisional de los pronunciamientos de carácter indemnizatorio de las sentencias que declaren la vulneración de los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

> Esta norma fue introducida en la LEC en diciembre de 2003, como consecuencia de las presiones de los medios de comunicación, temerosos de la ejecución provisional de condenas por lesiones a la privacidad.

3. TRAMITACIÓN DE LA EJECUCIÓN PROVISIONAL

La ejecución provisional, en cuanto a su desarrollo, es igual que una ejecución definitiva u ordinaria. Lo que ocurre, como ya se ha expuesto, es que siempre concurre el peligro de que la sentencia que está siendo ejecutada resulte revocada total o parcialmente: por eso, se suele decir que más que de ejecución provisional, hay que hablar de ejecución condicional (condicionada a que la sentencia resulte confirmada tras la sustanciación del recurso). Esta circunstancia es la que explica las principales especialidades que presenta la ejecución provisional respecto de la ordinaria: afectan a la oposición y a lo que debe hacerse en caso de una eventual revocación de la sentencia ejecutada.

Por lo que se refiere a las cuestiones generales, debe tenerse en cuenta lo siguiente:

— La *competencia* para la ejecución provisional corresponde, en todo caso, al tribunal que hubiera conocido del proceso en primera instancia, con independencia de que la sentencia provisionalmente ejecutable sea la dictada en primera instancia o en segunda instancia (arts. 524.2 y 535.2 LEC).

— La legitimación para instar la ejecución provisional corresponde a quien haya obtenido un pronunciamiento a su favor en la sentencia de condena (art. 526 LEC). En caso de vencimiento parcial es así posible que se recurra la sentencia respecto de los pronunciamientos desfavorables y, a la vez, se inste la ejecución provisional de los pronunciamientos favorables.

> Ahora bien, debe notarse que, respecto de los pronunciamientos favorables, si la parte contraria no concurre, la ejecución no será provisional, sino definitiva, pues la resolución judicial, en esos extremos, es firme.

— La ejecución provisional solo puede despacharse a instancia de parte legítima, que habrá de presentar una solicitud ante el tribunal competente que puede revestir la forma de demanda ejecutiva – acomodándose a los requisitos que para toda demanda ejecutiva prevé el art. 549–. A la demanda o solicitud se le deben acompañar los documentos habituales (señalados en el art. 550 LEC).

— La ejecución provisional puede solicitarse en cualquier momento desde la notificación de la resolución que tenga por interpuesto el recurso devolutivo y

siempre antes de que haya recaído sentencia en dicho recurso. En concreto, respecto de la ejecución provisional de sentencias de condena dictadas en primera instancia, el art. 527.1 fija dos momentos a partir de los cuales puede instarse la ejecución provisional: desde la notificación de la resolución que tenga por interpuesto el recurso de apelación o desde el traslado a la parte apelante del escrito de la apelada adhiriéndose al recurso.

> Recuérdese que la parte inicialmente apelada puede «adherirse» a la apelación cuando se le notifique el recurso de la contraria, respecto de aquellos pronunciamientos que en un principio había consentido, pero que le son desfavorables y que no quiere que ganen firmeza una vez constatado que habrá apelación (lección 26).

— Solicitada la ejecución provisional, el tribunal la despachará salvo que la sentencia no sea provisionalmente ejecutable o no contenga pronunciamientos de condena en favor del solicitante (art. 527.3 LEC). Aunque el precepto no lo diga, hay que entender que el tribunal puede denegar el despacho de la ejecución provisional cuando falte cualquier otro presupuesto de la misma: *v.g.*, que el tribunal no tenga competencia. Si se trata de un defecto subsanable, el tribunal debe permitir su subsanación antes de denegar el despacho de la ejecución (art. 231 LEC).

Frente al auto que deniega el despacho de la ejecución cabe recurso de apelación. En cambio, frente al auto que despacha la ejecución no cabe recurso alguno, sin perjuicio de que el ejecutado pueda formular oposición a la ejecución.

Si el ejecutado cumple con lo dispuesto en el auto despachando ejecución provisional en el plazo de veinte días desde que le fue notificado no serán a su cargo las costas del proceso de ejecución (art. 527.5).

> Se trata, con ello, de reconocerle al ejecutado un equivalente al plazo de espera de veinte días previsto para la ejecución de resoluciones firmes (art. 548), que le permita cumplir «voluntariamente» y evitar así el pago de las costas.

4. Oposición a la ejecución provisional

Despachada la ejecución provisional, se llevará a cabo del mismo modo que una ejecución ordinaria o definitiva (art. 524.1 y 3). En lo que se refiere a la ejecución forzosa *stricto sensu* no existen, pues, diferencias entre una ejecución provisional y una ejecución definitiva. Pero sí que existen diferencias en lo que se refiere al ámbito de la oposición a la ejecución, así como en la previsión de normas específicas para el caso de revocación de la sentencia provisionalmente ejecutada.

Empezando por lo primero, hay que decir que la oposición a la ejecución provisional es parcialmente diferente a la oposición a la ejecución ordinaria, tanto por sus motivos, como por su tramitación.

Los motivos de oposición a la ejecución provisional son los siguientes:

4.1. Motivos comunes a toda oposición

Cualquiera que sea la naturaleza de la condena cuya ejecución provisional se ha despachado, el art. 528.2.1ª LEC permite al ejecutado oponerse si se ha despachado la ejecución provisional respecto de una sentencia que no sea provisionalmente ejecutable o que no contenga pronunciamientos de condena. Ahora bien, a pesar de lo restrictivo del tenor literal de este precepto, hay que entender que también puede denunciarse cualquier infracción de las normas sobre solicitud y despacho de la ejecución (*v.g.*, defectos en la demanda ejecutiva o ausencia de los documentos que deben acompañarla).

Además, el ejecutado podrá oponerse alegando el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, que habrá de justificar documentalmente, y también alegando la existencia de pactos o transacciones que se hubieran convenido y documentado en el proceso para evitar la ejecución provisional.

> Lo singular de estos dos motivos de oposición es que habrán de tramitarse conforme a lo dispuesto para la oposición a la ejecución ordinaria o definitiva: esto significa que no se van a aplicar las reglas especiales que veremos seguidamente, sino las normas generales de tramitación de la oposición a la ejecución.

4.2. Motivos de la oposición a la ejecución provisional de condenas no dinerarias

Como motivo específico de oposición a la ejecución provisional en este caso se prevé la imposibilidad o extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actividades ejecutivas, de restaurar la situación anterior a la ejecución provisional o de compensar económicamente al ejecutado mediante el resarcimiento de los daños o perjuicios que se le causaren, si la sentencia fuera revocada.

Los casos en que no sea posible la restitución *in natura* pueden resultar frecuentes, pero la compensación económica, salvo insolvencia del ejecutante, siempre será posible. Por ello, si no se quiere desvirtuar el motivo y hacerlo depender de la mayor o menor solvencia del ejecutante, hay que entender que la imposibilidad o extrema dificultad de reparación o compensación se refiere a aquellos casos en que la ejecución provisional causará un daño que va más allá del mero desplazamiento patrimonial que dicha ejecución traerá consigo (piénsese, *v.g.*, en el caso de que el cumplimiento de la obligación de hacer o no hacer puede conllevar graves consecuencias financieras para la empresa que aboquen a su cierre o a su concurso).

4.3. Motivos de oposición a la ejecución provisional de condenas dinerarias

De acuerdo con el art. 528.3 LEC, las características de la oposición en estos casos son las siguientes:

1.º No cabe oposición a la ejecución provisional en su conjunto, sino solo a actividades ejecutivas concretas: el ejecutado no puede pedir el sobreseimiento de la ejecución en cuanto tal, sino denunciar que un acto ejecutivo concreto le

perjudica injustamente; en la práctica, esto se traduce en que el acto perjudicial es el hecho de que el tribunal proyecte la actividad ejecutiva sobre un determinado bien (desde el momento en que lo embarga).

2.º La oposición a esas actividades ejecutivas concretas solo puede fundarse en la absoluta imposibilidad de restauración o compensación al ejecutado en caso de revocación de la sentencia: el ejecutado alega que, si la ejecución se proyecta sobre un bien determinado y como consecuencia de ello es objeto de enajenación forzosa, el perjuicio derivado de la pérdida de ese bien será irreparable en caso de que después la sentencia ejecutada a título provisional resulte revocada por el tribunal superior.

3.º El ejecutado tiene la carga de indicar medidas alternativas, esto es, otros bienes que pueden utilizarse para satisfacer el interés del ejecutante: el ejecutado, para evitar el resultado perjudicial ya descrito, ofrece al tribunal que la actividad ejecutiva se proyecte sobre otro u otros bienes diferentes, con valor análogo e idéntica capacidad de satisfacer al ejecutante.

4.º El ejecutado tiene la carga de ofrecer caución suficiente para responder de la demora en la ejecución si las medidas alternativas no fuesen aceptadas por el tribunal y el pronunciamiento de condena fuese posteriormente confirmado: esto quiere decir que si el ejecutado demuestra que la actividad ejecutiva sobre un cierto bien le puede causar perjuicios irreparables, pero que, a la vez, no puede ofrecer alternativas, su oposición a la ejecución puede prosperar si ofrece una caución en dinero; pero el importe de la caución no se corresponde con el valor de la deuda reclamada, sino con el de los daños que puede causar al acreedor el hecho de que la ejecución provisional no se sustancie, de modo que tenga que esperar hasta la firmeza para obtener la ejecución y la satisfacción de su crédito (cabe pensar, pues, que esa caución ha de cubrir los intereses que devengará la cantidad debida hasta que la sentencia gane firmeza).

4.4. Procedimiento de oposición a la ejecución provisional

El escrito de oposición a la ejecución provisional tiene que presentarse al tribunal de la ejecución en el plazo de los cinco días siguientes al de la notificación de la resolución que acuerda el despacho de la ejecución o las actuaciones concretas a las que el ejecutado se oponga (art. 529.1 LEC).

Del escrito de oposición y documentos que le acompañen se dará traslado al ejecutante y a quienes estuvieren personados en la ejecución provisional para que, en el plazo de cinco días, hagan alegaciones.

En caso de oposición a la ejecución provisional de sentencias de condena no dineraria, si el ejecutado hubiera alegado imposibilidad o extrema dificultad de reparación o compensación, podrá el ejecutante ofrecer caución suficiente para garantizar esa restauración o compensación en el caso de que la sentencia sea revocada: con ello, puede enervar la oposición a la ejecución provisional.

Tras las alegaciones, el tribunal resuelve el incidente de oposición mediante un auto frente al que no cabe recurso alguno. Los efectos de este auto son diferentes

según sea desestimatorio o estimatorio y, en este caso, en función de cuál fuera el motivo de oposición:

— Si se desestima la oposición a la ejecución provisional o a medidas ejecutivas concretas, la ejecución seguirá adelante.

— Si se estima la oposición por alguno de los motivos comunes a toda ejecución provisional, se declarará no haber lugar a que prosiga la misma y se levantarán los embargos y medidas de garantía adoptados.

— Si se estima la oposición por el motivo específico previsto para las condenas no dinerarias, es decir, por resultar imposible o muy difícil restaurar la situación anterior hay que distinguir dos casos: a) Si el ejecutante hubiera ofrecido caución, el tribunal valorará si es suficiente para garantizar el eventual resarcimiento del ejecutado y, en caso afirmativo, continuará la ejecución. b) Si el ejecutante no hubiera ofrecido caución o ésta no se considera suficiente, el tribunal dejará en suspenso la ejecución, pero subsistirán los embargos y medidas de garantías adoptados.

— Si la oposición se refiere a actuaciones ejecutivas concretas de la ejecución provisional de condena dineraria y el tribunal aprecia la imposibilidad de restaurar la situación o compensar al ejecutado, puede adoptar dos decisiones: a) La primera es considerar que las medidas alternativas indicadas por el ejecutado son posibles y de eficacia similar a las acordadas. En ese caso, la estimación de la oposición implica la revocación de las medidas adoptadas y su sustitución por las indicadas por el ejecutado. b) La segunda decisión es aceptar el ofrecimiento de caución hecho por el ejecutado y fijar la cuantía de dicha caución. En ese caso, se revocará la concreta actividad ejecutiva objeto de oposición, pero no se adoptará medida alternativa alguna.

> Téngase en cuenta, según se ha dicho antes, que este procedimiento ha de seguirse solamente cuando se formule oposición a la ejecución provisional fundada en alguno de los motivos establecidos en los aptdos. 2 y 3 del art. 528 LEC (es decir, los examinados en 4.2 y 4.3). En cambio, si la oposición se funda en el pago o cumplimiento de lo ordenado en la sentencia, o bien en la existencia de transacciones dirigidas a evitar la ejecución provisional, entonces habrá que seguir el procedimiento ordinario de oposición a la ejecución definitiva (art. 528.4 LEC).

4.5. Suspensión de la ejecución provisional de condenas pecuniarias

Con independencia de la facultad de formular oposición a actividades ejecutivas concretas, o de la posibilidad de oponerse a la ejecución alegando el pago, el ejecutado puede obtener la suspensión de la ejecución provisional si pone a disposición del ejecutante la cantidad objeto de la condena más los intereses y costas (art. 531 LEC). Consigue con ello evitar la ejecución provisional, al tiempo que confía en el éxito de su recurso frente a la sentencia.

> Se trata de una facultad limitada a las condenas dinerarias líquidas (si son ilíquidas solo podrá ejercitarse por el ejecutado tras la liquidación), que puede ejercitarse en cualquier momento del proceso de ejecución provisional. Una vez

verificado por el Letrado de la A. de J. que la cantidad depositada cubre el principal, los intereses y las costas devengadas en la ejecución, esta se sobreseerá; si la cantidad entregada no es suficiente, se reanudará la ejecución provisional para obtener lo que reste.

5. CONFIRMACIÓN O REVOCACIÓN DE LA SENTENCIA PROVISIONALMENTE EJECUTADA

Ya se ha dicho varias veces que sobre toda ejecución provisional pende la incertidumbre de si la sentencia será confirmada o revocada por el tribunal que conoce del recurso.

5.1. Confirmación

En caso de confirmación de la sentencia ejecutada provisionalmente se hace necesario distinguir, en primer término, si la sentencia confirmatoria es firme o no (art. 532 LEC). Si la sentencia confirmatoria deviene firme seguirá adelante la ejecución, pero como definitiva u ordinaria. Si la sentencia confirmatoria no deviene firme (porque se interpone frente a ella un ulterior recurso), seguirá adelante la ejecución, pero continuará siendo una ejecución provisional, con las consecuencias que ello conlleva.

Por otra parte, si la sentencia es solo parcialmente confirmatoria, seguirá adelante la ejecución, pero únicamente respecto de la parte de la condena confirmada.

5.2. Revocación

En caso de revocación hay que intentar ante todo promover la restitución *in natura*, esto es, hay que tratar de devolver la realidad al estado en que se hallara antes de que se iniciara la actividad ejecutiva; y si no es posible, el ejecutado tendrá derecho a obtener una compensación económica por parte del ejecutante, es decir, un resarcimiento de los daños y perjuicios padecidos. Además, para evitar que el ejecutado tenga que instar un proceso declarativo para obtener esa satisfacción, la ley permite que su liquidación se lleve a cabo a través de un incidente que se sustancia en el seno del propio proceso de ejecución provisional.

1º. *Revocación de condenas dinerarias*

Si se revoca una condena dineraria, el ejecutante viene obligado a devolver la cantidad que hubiere percibido, más las costas y los daños y perjuicios causados al ejecutado. La liquidación de la cantidad que el ejecutante debe abonar al ejecutado se realiza por el procedimiento de los arts. 712 y sigs. Esta regla es aplicable cuando la sentencia sea totalmente revocatoria y además devenga firme.

La LEC introduce ciertas matizaciones para el caso de que la revocación sea solo parcial y para el caso de que la sentencia revocatoria no sea firme:

— Si la revocación es parcial, solo se devolverá al ejecutado la diferencia entre la cantidad percibida por el ejecutante y la resultante de la revocación parcial, cantidad que se incrementará con el interés legal del dinero. Nótese que aquí la

LEC no impone las costas de la ejecución al ejecutante. La razón puede ser que si la revocación es solo parcial, la ejecución provisional no ha sido indebida o inútil. No obstante, este criterio puede ser puesto en tela de juicio cuando la revocación, aun siendo parcial, alcanza a una gran parte de la condena.

— Si la sentencia revocatoria no fuera firme, el ejecutado puede, no obstante, proceder conforme a las reglas anteriores sin esperar a la firmeza de la sentencia. Pero como se trata de una revocación provisional porque la sentencia revocatoria puede, a su vez, ser confirmada o revocada en vía de recurso, al ejecutante se le concede la facultad de formular oposición a actuaciones ejecutivas concretas en los términos previstos en el art. 528.3 LEC.

2º. *Revocación de condenas no dinerarias*

En caso de que se revoque una condena no dineraria cabe distinguir, a su vez, dos supuestos (art. 534 LEC):

— Revocación de condena a entregar cosa determinada: Se restituirá el bien al ejecutado, más los frutos o rentas o el valor pecuniario de su utilización (previa liquidación conforme a los arts. 712 y sigs. LEC). Si la restitución fuera imposible, el ejecutado podrá pedir la indemnización de los daños y perjuicios, que se liquidarán también conforme a los arts. 712 y sigs. LEC.

— Revocación de condena de hacer: Si la prestación objeto de condena se hubiese realizado, el ejecutado podrá pedir que se deshaga lo hecho y que se indemnicen los daños y perjuicios causados. Es claro que si no se puede deshacer lo hecho, procederá solo el resarcimiento económico.

Tanto en uno como en otro caso, el ejecutante inicial que deba restituir, deshacer o indemnizar, podrá formular oposición en los términos previstos en el art. 528 LEC.

LECCIÓN 38

LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. Concepto, naturaleza jurídica y función. — 2. Contenido y alcance de las medidas cautelares. — 3. Los presupuestos para la adopción de las medidas cautelares. — 4. El procedimiento para la adopción de las medidas cautelares. — 5. Variabilidad y sustitución de las medidas cautelares. — 6. La extinción de las medidas cautelares.

1. CONCEPTO, NATURALEZA JURÍDICA Y FUNCIÓN

Entre el momento en que se produce la lesión de un derecho subjetivo y el momento en que este es completamente reparado por los órganos jurisdiccionales es necesario el transcurso de un espacio de tiempo, que puede ser considerablemente largo. En concreto, ha de tramitarse todo un proceso declarativo –a veces, con varias instancias y una posible vía posterior de recurso extraordinario–; solo cuando haya sentencia estará el demandante en posesión de un título ejecutivo, que le permitirá el acceso al proceso de ejecución, a través del cual ya alcanzará la satisfacción de su pretensión.

Durante el tiempo que dura la tramitación del proceso de declaración es posible, sin embargo, que se produzcan ciertos hechos que, en la práctica, hagan imposible o muy difícil una satisfacción real del derecho del demandante una vez obtenga –si es que la obtiene– sentencia favorable.

Así, es posible que el propio demandado, de mala fe, efectúe conductas que imposibiliten o dificulten la ejecución de la sentencia que eventualmente se dicte: *v.g.*, oculta o malbarata su patrimonio, de forma que, aunque el actor obtenga condena pecuniaria, no encuentre en fase de ejecución bienes sobre los que proyectarla; o bien, si la demanda versa sobre la titularidad de un inmueble, lo transmite irreivindicablemente a un tercero de buena fe (art. 34 LH), de manera que, aunque el actor venza en el proceso, no podrá llegar a adquirirlo.

También es posible que a la ejecución le amenacen riesgos independientes de la buena o mala fe del demandado: *v.g.*, que por el transcurso del tiempo las cosas objeto del litigio se deterioren; o que el simple hecho de tener que esperar al momento de la sentencia del proceso declarativo sea de por sí perjudicial a los intereses del demandante.

> Por ejemplo, imagínese que un empresario se está viendo perjudicado por un acto de competencia desleal del demandado, que corre el riesgo de expulsarle del mercado de forma inminente: en este caso, cuando llegue la sentencia favorable –si es que llega–, el demandante estará fuera del mercado y es posible que ya no pueda volver a entrar en él.

En todos estos casos concurre lo que se ha denominado peligro de demora procesal o *periculum in mora*: el riesgo de que durante la pendencia del proceso se produzcan situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria (art. 728.1 LEC).

La institución de las medidas cautelares es el remedio previsto por el sistema procesal para paliar este peligro: las medidas cautelares son las actuaciones que puede decretar el órgano judicial para evitar que se frustre la efectividad de la sentencia a la que se aspira en un proceso declarativo. Sirven así para asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que pueda llegar a dictarse.

> Cuando se trata de procesos en los que se ejerciten acciones de condena, asegurar la efectividad de la sentencia es equivalente a asegurar su ejecución, porque la tutela que dispensan las sentencias de condena se hace «efectiva» mediante su ejecución.
>
> Pero el *periculum in mora* no solo amenaza a los procesos en que se ejercitan acciones de condena: también es concebible cuando se ejercitan acciones mero-declarativas o constitutivas. Respecto de estas acciones, sin embargo, no puede hablarse de ejecución, pues no aspiran a obtener condena alguna: por eso, en estos casos no puede decirse que su efectividad se garantice asegurando su ejecución; pero, insistimos, eso no significa que no sea necesaria la adopción de medidas cautelares.

Así, la nota característica esencial de las medidas cautelares es la *instrumentalidad*: su finalidad es hacer posible que la tutela que dispensa el proceso de declaración pueda ser realmente efectiva y llevada a la práctica (en su caso, a través de un proceso de ejecución). Las medidas cautelares, por tanto, no constituyen un fin en sí mismas, sino que solo pueden existir en la medida en que exista ya un proceso civil de declaración –o si es inminente su comienzo– y siempre que se demuestre que existe un peligro en la demora. Por eso, desaparecido el proceso declarativo (al que se denomina «proceso principal») las medidas cautelares deben decaer a su vez.

> El estudio de las medidas cautelares nos devuelve, por tanto, al contexto del proceso civil de declaración –recuérdese que hasta este momento nos hemos centrado en el estudio de la ejecución forzosa–. Las medidas cautelares son previas o simultáneas a un proceso declarativo, en el que se aspira a obtener un título ejecutivo. No tiene sentido hablar, por tanto, ni de «ejecutante» ni de «ejecutado». Ahora bien, las medidas cautelares tienen siempre en mente a la ejecución forzosa, pues se trata con ellas de asegurar el éxito de una eventual y futura ejecución.

2. CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares solo podrán adoptarse a instancia de parte, si las solicita el demandante –o, en su caso, el demandado reconviniente, respecto de la acción ejercitada a título reconvencional–. Su adopción, por tanto, se sujeta a las exigencias del principio dispositivo y a una elemental regla de congruencia: la de que el tribunal no podrá acordar medidas cautelares que resulten más gravosas para el demandado que las solicitadas por el actor (art. 721.2).

En cuanto a su contenido, la LEC concede al demandante la facultad de diseñar por sí mismo y proponer al tribunal la medida cautelar que considere más adecuada para paliar el *periculum in mora* que concurra en cada caso (art. 726). Le señala, eso sí, dos límites o exigencias que han de respetarse en todo caso y con las que se trata de evitar que las medidas cautelares se soliciten como «instrumento de presión» sobre el demandado:

1º. La actuación que la parte proponga como medida cautelar ha de ser exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso (art. 726.1.1ª: es decir, que lo que la parte pide sea realmente una medida cautelar y no un instrumento de presión sobre la parte contraria).

2º. La actuación propuesta como medida cautelar no ha de ser susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado (art. 726.1.2ª): se trata, por tanto, de respetar las más elementales exigencias de proporcionalidad.

Ahora bien, teniendo en cuenta que a menudo las situaciones de peligro en la demora son bastante homogéneas y frecuentes, la LEC establece también un catálogo con «ejemplos» de medidas cautelares que se pueden solicitar, pensado para ahorrar a los litigantes la tarea de tener que idear o diseñar la medida adecuada, si consideran procedente alguna de las expresamente contempladas en la LEC. A estas medidas cautelares «típicas» se refiere el art. 727 LEC. Al regularlas, el legislador define una situación prototípica, a la que se suele asociar una modalidad de peligro «estándar» y para la que se considera *a priori* que la medida cautelar más idónea y proporcional es la que se propone: se suele utilizar la expresión *situación jurídica cautelable* para referirse a estos casos ya previstos y a los que el legislador asocia una medida cautelar de nombre y contenido predefinidos por él mismo. Entre estas medidas cautelares «típicas» merecen destacarse las siguientes:

a) *El embargo preventivo*: está especialmente pensado para asegurar la ejecución de las condenas pecuniarias. Consiste en el embargo de bienes del demandado, que quedan así vinculados o afectados (recuérdese el concepto de embargo) a la eventual ejecución forzosa de la sentencia estimatoria que se obtenga –si es que se obtiene–. Se contrarresta con el embargo preventivo el peligro de que el demandado oculte o dilapide su patrimonio durante la tramitación del proceso de declaración. Con esta medida se permite el embargo de bienes y, por supuesto,

la adopción de las medidas adecuadas de garantía del embargo –que son las que acaban siendo realmente útiles–; pero no será posible el paso a la realización forzosa mientras el actor no disponga de título ejecutivo (es decir, mientras no obtenga una sentencia favorable).

b) *La anotación preventiva de la demanda*: cuando la demanda verse sobre bienes inmuebles, el peligro que le acecha consiste en que estos puedan ser transmitidos a terceros de buena fe, de forma que su adquisición sea irreivindicable y la sentencia favorable sea letra muerta. Para evitarlo, se hace constar en el Registro de la Propiedad la existencia del proceso sobre el bien inmueble, a través de la anotación preventiva de la demanda: se rompe con ello cualquier posibilidad de que un tercero adquiera de buena fe el inmueble, pues se presume que todo adquirente posterior a la anotación conocía la existencia del litigio y ha de asumir su resultado, sea cual sea.

> Además, se quiere otorgar una eficacia análoga a otras actuaciones distintas de la interposición de una demanda y, a tal efecto, también podrá ser objeto de anotación preventiva en el Registro:
>
> i) el inicio de un medio de solución de controversias;
>
> ii) la incoación de un arbitraje;
>
> iii) la incoación de un proceso en el extranjero.

c) *La intervención o administración judicial de bienes litigiosos*: cuando el actor pretenda la entrega de bienes productivos (*v.g.*, plantaciones, empresas), el riesgo radica en que el demandado descuide su gestión durante la pendencia del proceso de declaración, o incluso que deliberadamente la lleve mal. Para asegurarse de que el bien mantiene su productividad –de modo que, si el actor gana el proceso, lo adquiera en las mismas condiciones de productividad que tenía cuando presentó la demanda–, se pide del tribunal que nombre un interventor o un administrador, que supervise la gestión del demandado (en el caso del interventor) o incluso que le sustituya en ella (en el caso del administrador).

d) *El depósito de cosa mueble*: si la demanda versa sobre bienes muebles, para evitar que puedan desaparecer –dolosa o fortuitamente– o transmitirse irreivindicablemente a terceros, se permite que, como medida cautelar, se depositen en manos de un tercero en tanto se decide sobre su titularidad en el proceso de declaración.

e) *Medidas cautelares anticipatorias*: es también posible que se acuerden como medidas cautelares órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se espera de la sentencia estimatoria, aunque con una eficacia provisional, limitada a lo que dure el proceso de declaración.

> Así, si lo que se pretende con la demanda es que el demandado cese en una conducta que se considera competencia desleal (*v.g.*, una asociación de farmacéuticos que demanda a una cadena de supermercados porque vende productos médicos), la sentencia estimatoria ordenará esa cesación de cara al futuro; ahora bien, también se permite que, como medida cautelar, y de forma provisional, mientras dura el proceso, se ordene esa misma cesación (que,

mientras dure el proceso, la cadena de supermercados tenga prohibida la venta de esos productos): si la sentencia es favorable, entonces la cesación provisional se convertirá en definitiva; y si es desestimatoria, entonces se levantará la orden provisional de cesación.

En estos casos, la diferencia entre el contenido de la medida cautelar y el de la eventual sentencia estimatoria se reduce tan solo al carácter provisional que tiene la primera. Por eso, a estas medidas cautelares se las llama *anticipatorias*: porque, dado que su contenido es idéntico, anticipan al comienzo del proceso –que es cuando se acuerdan las medidas cautelares– la producción de los efectos que, como regla, sólo deberían producirse tras su conclusión.

De forma específica, el art. 727.7ª permite que se acuerden como medidas cautelares tres tipos de actuaciones de naturaleza anticipatoria.

— La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad (que venía llevándose a cabo hasta entonces).

— La orden judicial de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta (esto es, la prohibición de empezar a llevar a cabo una conducta).

— La prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo (*v.g.*, en caso de que la empresa que suministra fluido eléctrico a otra amenazara con interrumpir esta prestación, se le puede ordenar que siga haciéndolo mientras dura el proceso).

f) Además de las previstas en la LEC, también se prevén medidas cautelares en ciertas leyes especiales, para la protección de determinados derechos: de forma singular, en la Ley de Propiedad Intelectual, en la de Patentes (aplicable supletoriamente en materia de marcas) o en la de Secretos Empresariales.

3. LOS PRESUPUESTOS PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La adopción de una medida cautelar se encuentra condicionada por la concurrencia de cuatro presupuestos:

a) El *peligro de demora procesal* o «*periculum in mora*»: ya se definió antes como el riesgo de que, durante la pendencia del proceso declarativo, se produzcan situaciones de hecho o de derecho que dificulten o imposibiliten la ejecución o la efectividad de la sentencia estimatoria que eventualmente se dicte. Es el solicitante de las medidas cautelares quien tiene la carga de acreditar al tribunal la concurrencia de este peligro, pues como punto de partida no puede presumirse que el demandado lo sea de mala fe.

b) La *apariencia de buen derecho* o «*fumus boni iuris*»: dado que suponen actuaciones sobre la esfera personal y patrimonial del demandado antes de que exista certeza acerca de a quién corresponden los derechos en disputa, es imprescindible antes de adoptar una medida cautelar que el tribunal compruebe

que existe, al menos, una apariencia favorable a la pretensión del demandante. En otros términos, es preciso que, a juzgar por los indicios o apariencias, resulte probable que, al final del proceso, se dictará una sentencia favorable para el solicitante de la medida cautelar. El solicitante de la medida cautelar tiene también la carga de acreditar la concurrencia del *fumus boni iuris*, normalmente a través de documentos de los que se desprenda una apariencia favorable a su pretensión; pero si no dispone de documentos, se le permitirá acudir a otros medios de prueba (*v.g.*, testimonios, informes periciales, reconocimiento judicial), que habrá de proponer en el mismo escrito en el que solicite las medidas cautelares.

c) La *caución* o *fianza*: ha de tenerse siempre presente que las medidas cautelares suponen la asunción por el solicitante –y por el tribunal– de un riesgo importante, el de que al final del proceso no se dicte la sentencia estimatoria que se esperaba. Se pone entonces de manifiesto que se produjo una inmisión en la esfera del demandado que ha podido serle perjudicial: si al final del proceso la sentencia hubiera sido estimatoria, habría debido arrostrar el propio demandado las consecuencias de ese perjuicio; pero, en caso contrario, es el demandante, que se benefició de las medidas cautelares, quien ha de reparar ese daño sufrido por el demandado. Y, para asegurarse de que podrá hacerlo en caso de que haya lugar a ello, se le exige que al solicitar las medidas cautelares ofrezca una caución suficiente.

El tribunal, al decidir sobre la adopción o no de las medidas cautelares solicitadas, deberá establecer si la caución ofrecida es suficiente o no, en cuyo caso fijará su importe. Para hacerlo, atenderá a la naturaleza y contenido de la pretensión, pero también a la valoración que realice sobre el *fumus boni iuris*: en otros términos, el tribunal puede compensar una apariencia más débil de lo deseable con una caución más elevada de lo habitual. Y, una vez acordada la medida, será requisito imprescindible para que pueda ejecutarse que el demandante constituya efectivamente la caución que haya determinado el tribunal.

> La caución podrá constituirse en dinero efectivo, mediante aval bancario pagadero a primer requerimiento o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.

d) Finalmente, la instrumentalidad de las medidas cautelares hace que sea presupuesto para su adopción la *pendencia* o la *inminencia del proceso principal*.

— Como regla, solo pueden adoptarse medidas cautelares cuando el proceso principal ya ha comenzado: en concreto, para la ley lo habitual es que las medidas cautelares se soliciten con la demanda, de manera que se decida sobre ellas en los momentos iniciales del proceso (art. 730.1). Cuando así suceda, será el propio tribunal competente para conocer del proceso principal quien resolverá también sobre las medidas cautelares.

— Es igualmente posible solicitar las medidas cautelares en un momento posterior a la presentación de la demanda. La ley exige entonces al solicitante que acredite por qué no las solicitó con la demanda, es decir, que justifique las

circunstancias sobrevenidas desde el momento de la demanda hasta el momento de solicitud posterior de las medidas cautelares que le han movido a pedirlas tardíamente (art. 730.4). En este caso, será también competente el tribunal que esté conociendo de la demanda principal. Si el proceso principal estuviera ya en segunda instancia o en fase de casación, serán los tribunales que estén conociendo de esos recursos quienes decidan sobre la solicitud (art. 723.2).

— Finalmente, también se admite la posibilidad de adoptar medidas cautelares con carácter previo a la demanda, es decir, antes de que el proceso haya comenzado. En estos casos, es la inminencia del proceso principal la que concede virtualidad a las medidas cautelares. En concreto, será posible esta solicitud adelantada cuando se acrediten razones de urgencia o necesidad: es decir, cuando el *periculum in mora* sea inminente y haya que conjurarlo de forma urgente, pero al mismo tiempo al demandante le falte tiempo para preparar en condiciones una demanda sobre el fondo. Cuando así suceda, se le permite solicitar de forma inmediata las medidas cautelares, pero estas quedarán automáticamente sin efecto si el demandante no presenta la demanda en el plazo de veinte días a contar desde la adopción de las medidas; además, se le condenará en costas y se declarará que es responsable de los daños y perjuicios que la medida alzada haya producido al sujeto respecto del cual se adoptaron las medidas (art. 730.2).

> En estos casos, será competente para conocer de la solicitud de medidas cautelares el mismo tribunal que lo sería para conocer de la demanda (art. 723.1) y será este tribunal también aquel ante el que deba presentarse la demanda en el plazo de veinte días. Cuando se le soliciten medidas cautelares con carácter previo a la demanda, el tribunal debe controlar de oficio su jurisdicción y su competencia (art. 725): si considera que carece de jurisdicción, de competencia objetiva o de competencia territorial, se abstendrá de conocer del asunto, de forma que el solicitante deberá reproducir su petición de medidas cautelares ante tribunal con jurisdicción y competencia. Ahora bien, si lo que falta es la competencia territorial, pero se aprecia la concurrencia de una situación de urgencia, el tribunal podrá ordenar «a prevención» las medidas que resulten más urgentes, remitiendo posteriormente los autos al tribunal que resulte competente.

e) También es posible solicitar y obtener medidas cautelares antes del inicio de un procedimiento de solución adecuada de controversias o durante su pendencia. Aunque, en rigor, se trata de medidas adoptadas con carácter previo a la demanda, existen unas reglas especiales en el art. 730.2.

— Si en el marco del MASC se alcanza un acuerdo, habrá que informar al tribunal. En el acuerdo las partes han de pronunciarse sobre el alzamiento, mantenimiento o modificación de las medidas cautelares adoptadas. De hecho, a pesar del acuerdo sobre el fondo de la controversia, pueden discrepar sobre este extremo, en cuyo caso será el tribunal quien decida lo que corresponda en función de las circunstancias del caso.

— Si no se alcanza un acuerdo en el MASC, cualquiera de las partes puede solicitar el alzamiento de la medida cautelar en el plazo de veinte días desde la terminación del proceso negociador. Esto significa que si la demanda se interpone

durante esos veinte días podrá solicitarse del juez el mantenimiento de las medidas ya acordadas, si subsisten sus presupuestos.

De forma singular, si la medida acordada hubiera sido la anotación preventiva del procedimiento de solución extrajudicial, podrá solicitarse la anotación preventiva de demanda, que producirá sus efectos desde la fecha de la anotación anterior –con lo que se genera una especie de continuidad entre ambas anotaciones preventivas.

4. EL PROCEDIMIENTO PARA LA ADOPCIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

La LEC regula un procedimiento uniforme para la solicitud y adopción de las medidas cautelares. Ha de tenerse en cuenta que respecto de las medidas cautelares también puede hablarse de una primera fase de declaración y de una ulterior fase de ejecución: en primer término, es necesaria una actividad procesal para comprobar que concurren los presupuestos de la medida solicitada, al término de la cual se dictará una resolución adoptándola; y, cuando la naturaleza de la medida lo requiera, será necesario que a esa actividad declarativa le sigan las actuaciones necesarias para lograr la adaptación de la realidad al contenido de la medida cautelar.

a) Las medidas cautelares se adoptarán como regla a instancia de parte (el demandante), que habrá de solicitarlas (en la demanda, antes de ella o después de ella) justificando la concurrencia de todos sus requisitos, y ofreciendo caución suficiente (art. 732). Una vez solicitada la medida, es posible que el tribunal deba tomar su decisión previa audiencia de la parte contraria, o bien sin darle audiencia. La regla general es que debe darse audiencia previa al demandado; pero se pueden acordar *inaudita parte debitoris* en dos supuestos (art. 733):

— Si el solicitante acredita razones de urgencia: es necesaria una inmediata decisión sobre la medida cautelar, de forma que si la decisión se demora durante el tiempo necesario para citar y oír a la otra parte, puede perder su efectividad.

— Si el solicitante acredita que la audiencia previa del demandado puede comprometer el buen fin de la medida cautelar: *v.g.*, si el demandado sabe que se pide frente a él un embargo preventivo, ocultará sus bienes antes de que puedan ser embargados.

b) Cuando proceda decidir sobre las medidas cautelares sin la audiencia de la parte contraria, su tramitación será la siguiente: el tribunal, recibida la solicitud de las medidas, en la que también se le pide su adopción *inaudita altera parte*, la acordará mediante auto sin más trámites –siempre que sea procedente– en el plazo de cinco días. El demandado no podrá recurrir ese auto, pero dispondrá de un plazo de veinte días, contados desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares, para formular oposición ante el mismo tribunal que las acordó (arts. 739-741).

> Esa oposición podrá fundarse en cualesquiera argumentos o razones que, a su juicio, hagan improcedente la medida cautelar. El escrito de oposición se trasladará a la parte solicitante y se celebrará una vista, en la que se practicarán las pruebas pertinentes. Al término de la vista, el tribunal decidirá si mantiene o si revoca las medidas cautelares en un auto, que será apelable, aunque sin efectos suspensivos.

c) Cuando deba decidirse sobre las medidas previa audiencia de la parte contraria –es decir, en los supuestos ordinarios–, la tramitación es distinta (arts. 734-736). Recibida la solicitud, el tribunal dará traslado de ella al demandado y convocará a las partes a una vista, que se celebrará dentro de los diez días siguientes. En la vista, las partes expondrán sus argumentos y se practicará la prueba relativa a la concurrencia o ausencia de los presupuestos de las medidas solicitadas –también se podrá discutir sobre el importe y naturaleza de la caución. Terminada la vista, y en cinco días, el tribunal decidirá por auto. Si adopta la medida cautelar, deberá fijar también la forma, cuantía y tiempo en que deba prestarse la caución por el solicitante. Este auto será recurrible en apelación, pero sin efectos suspensivos (de forma que, mientras se tramita la apelación ante la Audiencia Provincial, la medida se llevará a efecto). Si el tribunal deniega la medida, el auto será también apelable.

d) En cualquiera de los casos (con o sin audiencia del demandado), una vez acordada la medida cautelar, el solicitante tendrá que prestar la caución en el plazo que se le haya señalado antes de que se dé paso a cualquier acto de cumplimiento de aquélla. Prestada la caución, el tribunal debe comprobar mediante providencia su idoneidad y suficiencia (art. 737). Hecho esto, el tribunal procederá de oficio a darle cumplimiento, empleando si fuera necesario los mismos medios que para la ejecución de las sentencias (art. 738).

> **e)** El art. 721.3 contempla un supuesto muy especial en el que es posible adoptar de oficio una medida cautelar. El punto de partida es el siguiente: está pendiente un proceso declarativo en el que un consumidor solicita *a título individual* que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual, pero ese proceso queda en suspenso por prejudicialidad civil (art. 43), porque se está tramitando otro proceso *colectivo* en el que se está enjuiciando la validez de esa misma cláusula. Es posible, en tal caso, que el acreedor que ostenta la condición de empresario o profesional haya incoado un proceso de ejecución, al amparo de ese contrato (si está documentado en un título ejecutivo extrajudicial), frente a ese deudor consumidor, en el que la cláusula supuestamente abusiva sea determinante de la ejecutividad o de la cantidad que ha de obtenerse. La prosecución de la ejecución, que no se ve frenada por el proceso individual que ha quedado en suspenso, puede causar un perjuicio irreparable al deudor consumidor, si finalmente se declara, tanto a nivel colectivo como individual, que la cláusula es abusiva. Para evitar ese resultado el tribunal podrá, de oficio y sin que deba prestarse caución, acordar las medidas cautelares que considere necesarias: v.g., se puede paralizar la ejecución en curso, si afecta a un bien cuya venta en pública subasta no podrá después revertirse.

5. Variabilidad y sustitución de las medidas cautelares

Las resoluciones judiciales sobre medidas cautelares son, por definición, provisionales y variables. Quiere esto decir que cualquier cambio de circunstancias que afecte a sus requisitos puede conducir a que deban modificarse o, incluso, dejarse sin efecto. En consecuencia:

— A pesar de que el tribunal hubiese denegado una petición de medidas cautelares, el actor podrá reproducir su solicitud en un momento posterior, si acredita que han cambiado las circunstancias existentes en el momento de la primera petición (art. 736.2).

— Si, tras la primera instancia, se dicta sentencia que solo es parcialmente estimatoria, el tribunal podrá acordar una modificación de las medidas cautelares (art. 744.2).

— En cualquier momento, el demandado podrá pedir al tribunal la sustitución de las medidas cautelares pedidas o acordadas frente a él por una caución que sea suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare (art. 746). Esta petición podrá hacerse en la propia vista previa a la adopción de medidas cautelares, o en la fase de oposición (si se acordaron *inaudita parte*), o en un momento posterior, estando ya en vigor las medidas. Ahora bien, el demandado no tiene derecho a esa sustitución, sino que, pedida por él, el tribunal decidirá si accede o no a ella en función de una serie de variables: el fundamento de la solicitud de medidas cautelares, la pretensión de condena ejercitada, la apariencia jurídica favorable a la posición del demandado, si la medida ha de restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave o desproporcionado respecto del aseguramiento que la medida representa para el solicitante (art. 746.2).

6. La extinción de las medidas cautelares

Las medidas cautelares tienen una eficacia temporalmente limitada: puesto que son instrumentales, no pueden durar más que el proceso al que sirven; pero, además, pueden ocurrir otras circunstancias que conduzcan a su extinción incluso antes de que termine el proceso principal.

a) Así, en primer término, las medidas cautelares se extinguen una vez termine el proceso declarativo mediante sentencia firme.

— Si la sentencia firme es favorable al demandante, las medidas cautelares se mantendrán transitoriamente durante el plazo de veinte días que es preciso esperar antes de dar comienzo al proceso de ejecución (vid. art. 548). Si, transcurrido ese plazo, el actor no ha presentado demanda ejecutiva, las medidas se alzarán (art. 731.1). Pero si el actor presenta demanda ejecutiva, entonces las medidas cautelares se pueden «convertir» en ejecutivas: quiere decir esto que los efectos producidos por las medidas cautelares se aprovecharán, si es posible y conveniente, para la ejecución forzosa. Así, si ya se había acordado el embargo

preventivo, cuando se despache la ejecución no hará ya falta proceder al embargo de bienes, pudiendo solicitarse directamente la realización forzosa.

— Si la sentencia firme es desestimatoria de la demanda, entonces las medidas cautelares han de alzarse y se repondrán las cosas al estado anterior. Lo mismo habrá de hacerse en caso de que el actor renuncie a la acción o si tiene lugar el desistimiento (art. 745 II).

b) Antes de que se dicte sentencia firme también pueden alzarse las medidas cautelares en los siguientes supuestos:

— Tras la primera o la segunda instancia se dicta sentencia desestimatoria, que es recurrida: esta sentencia, aunque aún no sea firme, pone de relieve que el *fumus boni iuris* no era acertado y que, al menos en apariencia, el solicitante no tiene derecho a la medida cautelar. Por eso, en estos casos se ha de alzar la medida cautelar, a no ser que el demandante, que recurrió la sentencia desfavorable a su posición, solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta, y el tribunal, tras oír a la parte contraria, y atendiendo a las circunstancias del caso, y previo aumento del importe de la caución, acceda a esta petición (art. 744.1).

— Tras la primera o la segunda instancia, el actor obtiene sentencia favorable, que es recurrida por el demandado: si el actor solicita la ejecución provisional de la sentencia, se alzarán también las medidas cautelares (art. 731.2).

— Si el proceso queda en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida cautelar, también deberá ésta ser alzada (art. 731.1 II).

c) En los casos vistos en que se produzca el alzamiento de la medida cautelar por alguna razón que ponga de relieve la ausencia de derecho del demandante a obtener una sentencia favorable, tendrá el demandado, perjudicado por las medidas, derecho a ser indemnizado de los daños y perjuicios que se le hubieren causado. El tribunal, al alzar la medida cautelar, debe pronunciarse sobre esta responsabilidad y, a petición del demandado, se procederá a su determinación y cuantificación por el procedimiento establecido en los arts. 712 y sigs. Una vez hecho lo anterior, se requerirá de pago al solicitante de la medida y, si no pagara de inmediato, se procederá de forma inmediata a su exacción forzosa: el auto por el que se cuantifican los daños y perjuicios es así título ejecutivo, que permite al demandado cobrarse directamente el importe de los daños que le provocó la medida cautelar que se alzó (y lo hará, antes que nada, haciendo efectiva la caución que debió prestar el demandante para obtener la medida cautelar).

LECCIÓN 39

EL PROCESO MONITORIO

1. Consideraciones generales. — 2. Ámbito del proceso monitorio. — 3. Competencia. — 4. Procedimiento: 4.1. Petición inicial; 4.2. Admisión de la petición; 4.3. Requerimiento de pago; 4.4. Conductas posibles del deudor. —5. Especialidades del proceso monitorio en materia de propiedad horizontal. — 6. El llamado «proceso monitorio notarial».

1. Consideraciones generales

El proceso monitorio es un proceso especial diseñado para permitir el cobro sencillo y rápido de créditos dinerarios. En síntesis, el acreedor se limitará a presentar una simple solicitud, sin necesidad de intervención de procurador y abogado, acompañada de documentos que constituyan un principio de prueba de la existencia de la deuda. Si el Letrado de la A. de J. considera que los documentos aportados constituyen una buena apariencia jurídica de la deuda, requerirá al deudor para que «pague» o «dé razones», apercibiéndole de que si no paga ni se opone se despachará contra él ejecución. Si, en cambio, el deudor se opone, su discrepancia con el acreedor se resolverá por los cauces del juicio que corresponda según la cuantía de la deuda reclamada.

La idea que subyace al proceso monitorio es que en el tráfico jurídico existe un número elevado de relaciones jurídicas de las que nacen créditos pecuniarios, que se plasman en documentos que, sin ser títulos ejecutivos, sí constituyen un principio de prueba sobre la existencia de la deuda (piénsese, por ejemplo, en una factura o en un albarán de entrega). La experiencia demuestra que las deudas plasmadas en este tipo de documentos son, en la mayoría de los casos, deudas pecuniarias realmente existentes que constituyen la prestación debida por el deudor ante la entrega de un bien o la recepción de un servicio. Con el proceso monitorio se busca un punto intermedio entre el proceso declarativo tradicional –más lento y costoso– y el acceso directo a la ejecución forzosa –algo para lo que el acreedor habría de poseer ya un título ejecutivo, judicial o extrajudicial–.

2. Ámbito del proceso monitorio

De conformidad con el artículo 812 LEC, podrá acudir al proceso monitorio quien pretenda de otro el pago de una deuda dineraria, vencida y exigible, siempre que la deuda se acredite a través de alguno de los documentos legalmente previstos.

Por lo tanto, la deuda cuyo pago puede exigirse a través del proceso monitorio debe reunir las siguientes características:

1. Debe ser una *deuda dineraria*. Puede tratarse de una deuda dineraria nacida de cualquier tipo de relación jurídica, aunque a la vista de los documentos que deben acompañar a la petición inicial, parece que el legislador piensa fundamentalmente en relaciones contractuales.

2. *Deuda de cantidad determinada (líquida)*. La deuda debe consistir en la entrega de una cantidad cierta y determinada o cuya determinación pueda alcanzarse a través de simples operaciones aritméticas. Se admite que pueda tratarse de una deuda en moneda extranjera, siempre que esté admitida a cotización oficial.

3. *Deuda vencida y exigible*. Solo podrán reclamarse por esta vía aquellas deudas que no dependan de una contraprestación por parte del demandante: no es que se exija que la obligación sea pura, pero sí que el acreedor, en caso de que estuviera obligado a algo frente al deudor, ya lo hubiera efectuado.

4. *Deuda de cualquier importe*.

> Cuando se introdujo en 2000 el proceso monitorio, se estableció un límite cuantitativo de 30.000 euros, que en 2009 se elevó a 250.000 euros. En 2011, sin embargo, se optó por suprimir el límite (aunque es evidente que si la cuantía es muy elevada el deudor se opondrá siempre y el proceso monitorio fracasará como tal).

5. *Deuda acreditada documentalmente*. El legislador no exige al acreedor una prueba plena de su derecho como condición de acceso al proceso monitorio, pero sí un principio de prueba, esto es, uno o varios documentos. Así, de acuerdo con el artículo 812 LEC, se pueden distinguir dos grandes bloques de documentos a efectos del proceso monitorio:

a) Documentos «simples» (art. 812.1): se engloban aquí dos tipos diversos de documentos:

1. Documentos, cualquiera que sea su forma, clase o soporte físico, que aparezcan firmados por el deudor o con su sello, impronta o marca o cualquier otra señal, física o electrónica, proveniente del deudor.

2. Documentos creados unilateralmente por el acreedor (esto es, sin sello, marca o firma del deudor), siempre que sean de los que habitualmente son usados en el tráfico jurídico en el tipo de relación jurídica de que se trate. A título de ejemplos, la LEC cita las facturas, albaranes de entrega, certificaciones, telegramas o telefax.

> Como se verá más adelante, si se aporta alguno de estos dos tipos de documentos la admisión a trámite de la petición inicial del proceso monitorio no será automática, sino que el Letrado de la A. de J. valorará, en cada caso, si constituyen o no un principio de prueba suficiente del derecho del solicitante (art. 815 LEC).

b) Documentos «reforzados» (art. 812.2): se engloban en este caso dos situaciones diversas:

3. La suma de dos o más documentos: de un lado, el documento comercial acreditativo de una relación anterior duradera (*v.g.*, un contrato de suministro de electricidad o de telefonía móvil), acompañado, de otro lado, por el documento en que conste la deuda (*v.g.*, una o varias facturas del concreto suministro no pagado).

> En principio, con el documento en que consta la deuda ya bastaría para iniciar el proceso monitorio. Ahora bien, si además se acredita que la deuda se enmarca en una relación comercial duradera, los efectos son distintos de cara a la admisión de la petición inicial: si se aporta solo el documento en que conste la deuda, el Letrado de la A. de J. tiene que valorar, antes de admitir la solicitud, si el documento constituye un principio de prueba suficiente; en cambio, si se aportan también los documentos que acreditan la relación duradera, se debe necesariamente admitir la petición inicial del monitorio.

4. La certificación de impago de las cantidades debidas en concepto de gastos comunes de comunidades de propietarios de inmuebles urbanos. Estos documentos por sí solos también son acreditativos de la deuda a los efectos del proceso monitorio, sin que el tribunal tenga que valorar su suficiencia.

3. COMPETENCIA

La competencia objetiva para conocer del proceso monitorio corresponde a las Secciones Civiles (o Únicas) de los Tribunales de Instancia (art. 813 LEC). Dentro de ellos, sin embargo, la sustanciación de los procesos monitorios está encomendada a los Letrados de la A. de J.

> Con la aprobación en 2015 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, sin embargo, se ha dado cabida a la posibilidad de tramitación de un procedimiento equivalente al monitorio ante notario (véase lo que se dice más adelante al respecto).

La competencia territorial se establece a favor del Tribunal de Instancia del domicilio o residencia habitual del deudor (art. 813 LEC). Si no fuera conocido el domicilio del demandado, podrá presentarse la petición inicial del proceso monitorio ante el órgano jurisdiccional del lugar en que el deudor pudiera ser hallado a efectos del requerimiento de pago (cfr. art. 155 LEC).

Los fueros de competencia territorial del proceso monitorio son improrrogables y no cabe, por tanto, ni sumisión expresa ni sumisión tácita. En consecuencia con ello, el tribunal deberá verificar de oficio su competencia objetiva y territorial.

Es más, si, tras la realización de las correspondientes averiguaciones por el Letrado de la A. de J. sobre el domicilio o residencia del deudor, estas son infructuosas o el deudor es localizado en otro partido judicial, el juez dictará auto dando por terminado el proceso, haciendo constar tal circunstancia y reservando al acreedor el derecho a instar de nuevo el proceso ante el Tribunal competente.

4. PROCEDIMIENTO

4.1. Petición inicial

El artículo 814 LEC dispone que el proceso monitorio comience a través de un escrito muy sencillo, llamado «petición inicial», en el que deberá expresarse lo siguiente:

— La identidad y domicilio del acreedor.

— La identidad y domicilio del deudor o el lugar donde pueda ser hallado.

— El origen y cuantía de la deuda que se reclama.

A la petición se deberá acompañar alguno de los documentos a los que se refiere el artículo 812 LEC.

Para la presentación de la petición inicial no será necesario valerse de procurador y abogado. Por eso, existen impresos normalizados de petición inicial, que podrán ser rellenados por los acreedores y presentados en la propia sede del órgano judicial; también pueden obtenerse a través de la sede judicial electrónica. Es, sin duda, la sencillez de la petición inicial la que justifica que no sea necesaria la postulación técnica: sin embargo, en caso de que el deudor no pague (y exista oposición o ejecución forzosa), sí que será preceptiva la intervención de abogado y procurador, en caso de que la cuantía del crédito sea superior a 2000 euros.

4.2. Admisión de la petición

Presentada la petición inicial, procede decidir sobre su admisión o inadmisión y, en el primer caso, requerir de pago al deudor (art. 815.1 LEC).

A tal fin, el Letrado de la A. de J. debe controlar dos extremos:

1º. Debe verificar si concurren los presupuestos procesales del proceso monitorio y los requisitos procesales de la petición inicial. Si no concurre alguno de estos presupuestos o requisitos, el Letrado de la A. de J. habrá de requerir al acreedor para que subsane el defecto. Si el defecto no es subsanado o no es subsanable, entonces el Letrado de la A. de J. dará cuenta al juez, para que resuelva lo que proceda: solo el juez puede inadmitir a trámite la petición inicial.

2º. Debe examinar la tipicidad y suficiencia de los documentos aportados como principio de prueba. Este examen de los documentos cumple una doble finalidad:

a) Comprobar que la deuda reclamada entra dentro del ámbito del proceso monitorio, es decir, que se trata de una deuda dineraria, líquida y exigible.

b) Comprobar que el documento aportado es alguno de los mencionados en el art. 812 LEC. Si es así, caben dos posibilidades:

— Si se trata de alguno de los documentos previstos en el art. 812.2 LEC (documentos «reforzados»), el Letrado de la A. de J. procederá sin más a admitir la petición inicial: esto es, si se trata de la documentación de una relación comercial

duradera más el documento en que conste la deuda o si se trata de una certificación de impago de deuda por gastos comunes de comunidad de propietarios.

— Si se trata de alguno de los documentos previstos en el art. 812.1 LEC (documentos «simples»), el Letrado de la A. de J. debe valorar si el documento aportado constituye o no un principio de prueba del derecho del peticionario.

Sobre la base de este examen, el Letrado de la A. de J. debe decidir acerca de la admisión a trámite de la petición inicial.

— Si el Letrado de la A. de J. considera que la petición es admisible, dictará un decreto ordenando que se requiera de pago al deudor.

— Si considera que la petición no es admisible, dará cuenta al juez para resuelva lo que corresponda sobre la admisión a trámite de la petición inicial. Si el juez considera que no procede la admisión, deberá dictar un auto de inadmisión, que será recurrible en apelación. Si la considera admisible, deberá dictar un auto ordenando que se requiera de pago al deudor.

La ley trata de forma diferenciada otras dos situaciones:

a) Cantidad incorrecta: puede suceder que de la documentación aportada con la petición se desprenda que la cantidad reclamada no es correcta. En tal caso, el Letrado de la A. de J. dará traslado al juez, quien, en su caso, mediante auto podrá plantear al acreedor si acepta o rechaza una propuesta de requerimiento de pago por un importe inferior al inicialmente solicitado.

b) Cláusula abusiva: si se considera que la deuda se funda en un contrato celebrado entre un empresario y un consumidor, el letrado de la A. de J. no efectuará requerimiento de pago, sino que dará cuenta al juez. Si el juez considera que alguna de las cláusulas que constituye el fundamento de la petición o que hubiese determinado la cantidad exigible pudiera ser calificada como abusiva, podrá plantear al acreedor una propuesta de requerimiento de pago por una cantidad inferior (en concreto, la que resulte de excluir de la cantidad inicialmente reclamada las cantidades que deriven de la aplicación de la cláusula: v.g., unos intereses que sean abusivos).

En ambos casos (cantidad incorrecta y cláusula abusiva), el acreedor debe aceptar o rechazar la propuesta en diez días. Si no se manifiesta en ese plazo se entiende que la acepta. La aceptación determinará que se requiera de pago al deudor por la cantidad ofrecida. Ahora bien, sea tácita o expresa, la aceptación no se puede entender como renuncia parcial a su pretensión, sino más bien como renuncia a tratar de cobrarla por la vía del proceso monitorio: el acreedor siempre podrá intentar reclamarla por los cauces del procedimiento declarativo que corresponda.

En caso de rechazo de la propuesta se tendrá al acreedor por desistido del proceso monitorio, de modo que solo podrá hacer valer su pretensión por los cauces del procedimiento declarativo que corresponda. El acreedor no puede impugnar directamente el auto por el que el juez le ofrece una cantidad inferior, sino que habrá de rechazarla y esperar a que se dicte la resolución teniéndolo por

desistido del proceso monitorio, frente a la que podrá formular directamente recurso de apelación.

4.3. Requerimiento de pago

Si el Letrado de la A. de J. estima que debe admitir la petición inicial –también cuando el acreedor acepta el ofrecimiento de requerimiento por cantidad inferior que le haya hecho el juez–, dictará un decreto por medio del cual requerirá al deudor para que, en el plazo de veinte días, pague al peticionario, acreditándolo ante el tribunal, o comparezca ante el tribunal y alegue sucintamente, en escrito de oposición, las razones por las que considera que no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada, todo ello bajo apercibimiento de que si no paga ni se opone, se despachará contra él ejecución.

La notificación del requerimiento se llevará a cabo en la forma prevista en el art. 161 LEC, es decir, mediante entrega de copia de la resolución en el domicilio, residencia o en el lugar donde pueda ser hallado el deudor, bien personalmente o bien a través de las personas mencionadas en el precepto. No cabe, con carácter general, la notificación mediante edictos.

> Como se verá, solo es posible la notificación por edictos cuando se trata de procesos monitorios en materia de propiedad horizontal, para reclamar el cobro de las cantidades debidas por los copropietarios morosos.
>
> Si las averiguaciones del Letrado de la A. de J. sobre el domicilio o residencia del deudor son infructuosas o el deudor es localizado en otro partido judicial, el juez dictará auto dando por terminado el proceso, haciendo constar tal circunstancia y reservando al acreedor el derecho a instar de nuevo el proceso ante el tribunal competente (art. 813 III LEC).

4.4. Conductas posibles del deudor

Tres son las conductas posibles del deudor frente al requerimiento de pago: pagar, no comparecer u oponerse.

1º. *Pago*

En primer lugar, el deudor puede atender al requerimiento de pago y pagar la cantidad debida. En tal caso, una vez que lo acredite ante el tribunal, se le hará entrega del justificante de pago y se archivarán las actuaciones.

2º. *Ausencia de comparecencia*

Si el deudor no comparece –o, cosa extraña, comparece y no se opone–, el Letrado de la A. de J. dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio y dará traslado al acreedor para que inste el despacho de la ejecución, para lo que bastará con que presente una mera solicitud. La incomparecencia o inactividad del deudor tiene el efecto de abrir para el acreedor las puertas de la ejecución forzosa, que se seguirá por el cauce previsto para la ejecución de sentencias. Desde el despacho de la ejecución, la deuda devengará el interés procesal al que se refiere el art. 576 LEC (interés legal incrementado en dos puntos o, en su caso, el pactado por las partes).

Para la sustanciación de la ejecución el solicitante deberá valerse de abogado y procurador si la cantidad reclamada excede de 2000 euros.

A partir de ese momento, el deudor podrá formular la oposición prevista para títulos ejecutivos judiciales (816.2). Esto significa que la oposición solo puede basarse en hechos extintivos o excluyentes acaecidos con posterioridad al plazo de veinte días del requerimiento y, además, solo cabe por los motivos tasados previstos en el art. 556 LEC.

Debe destacarse, por último, la previsión del art. 816.2 LEC en cuya virtud:

— El solicitante del proceso monitorio no puede pretender después en un proceso declarativo ordinario la cantidad obtenida a través del proceso monitorio.

— Tampoco el deudor ejecutado podrá pretender después en un proceso declarativo ordinario la devolución de la cantidad obtenida con la ejecución.

Esto significa que, aunque en el monitorio no se ha juzgado realmente la procedencia o no de la deuda reclamada, los efectos que el legislador anuda a la incomparecencia del deudor son los mismos que si se hubiese dictado una sentencia firme de condena en rebeldía del demandado: no podrá iniciarse otro proceso entre las mismas partes y con el mismo objeto (efecto negativo de cosa juzgada).

3º. *Oposición*

En tercer lugar, el deudor puede oponerse al requerimiento de pago. La oposición se rige por las siguientes reglas:

— Debe formularse por escrito en el plazo de veinte días dado en el requerimiento.

— Se aplicarán las reglas generales sobre postulación y defensa. Por tanto, el deudor deberá ser representado por procurador y asistido de abogado cuando la cuantía reclamada supere los 2000 euros.

— En el escrito de oposición, el deudor tendrá que alegar, de forma fundada y motivada, las razones por las que, a su entender, no debe, en todo o en parte, la cantidad reclamada. Si la oposición se basa en pluspetición, el tribunal despachará ejecución por la cantidad reconocida como debida.

La oposición del deudor tiene como consecuencia que el asunto haya de resolverse definitivamente en el proceso declarativo que corresponda por la cuantía (teniendo la sentencia que se dicte fuerza de cosa juzgada). Ahora bien, tras la oposición, las consecuencias procedimentales son distintas según la cuantía de la deuda reclamada.

1.º Si la cuantía de la deuda no excede la propia del juicio verbal (15.000 euros), el Letrado de la A. de J. dictará decreto dando por terminado el proceso monitorio y acordando seguir la tramitación por los cauces del juicio verbal. A tal fin, dará traslado de la oposición al actor, para que pueda impugnarla en el plazo de diez días. Los escritos clave del juicio, por tanto, serán la oposición del deudor y la impugnación a la oposición del acreedor. Seguidamente, se abrirá el trámite

del art. 438.8 LEC, para que las partes hagan la proposición probatoria y, en su caso, soliciten la citación para la vista de aquellos sujetos a los que pretendan interrogar y cuya presencia no puedan asegurar por sí mismas. El tribunal, al resolver sobre la proposición probatoria, decidirá igualmente sobre la celebración o no de vista, conforme a las reglas propias del juicio verbal en relación con este extremo.

> Cuando el proceso monitorio se hubiera incoado para reclamar el cobro de rentas debidas por contrato de arrendamiento, en caso de oposición del deudor la conversión se hará siempre a juicio verbal, con independencia de la cantidad reclamada.

2.º Si la cuantía de la deuda excede de la propia del juicio verbal, la ley deja en manos del acreedor incoar o no el juicio ordinario. Si el acreedor no presentara demanda en el plazo de un mes desde el traslado del escrito de oposición, el Letrado de la A. de J. dictará decreto sobreseyendo las actuaciones y condenando en costas al acreedor (las costas provocadas por la oposición del deudor). Si presenta demanda dentro del mencionado plazo, el Letrado de la A. de J. deberá dictar en todo caso decreto poniendo fin al proceso monitorio, pero dará traslado al demandado conforme a lo previsto para el juicio ordinario, salvo que la considere inadmisible, en cuyo caso dará cuenta al juez para que resuelva lo que corresponda.

5. ESPECIALIDADES DEL PROCESO MONITORIO EN MATERIA DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Cuando se acude al proceso monitorio para reclamar el pago de las cantidades debidas en concepto de gastos comunes por un comunero a la comunidad de propietarios, se darán una serie de especialidades, dirigidas a reforzar la posición jurídica de la comunidad (cfr. art. 21 LPH):

> 1ª. Además de las cantidades debidas a título principal, la comunidad de propietarios podrá reclamar por los cauces del proceso monitorio los gastos que haya originado el requerimiento previo de pago al vecino moroso. La comunidad también podrá reclamar los honorarios de abogado y los derechos de procurador, en caso de que se sirva de ellos (y ello aunque, según se ha visto, su intervención no es siempre preceptiva). También se podrán incluir en la petición inicial del procedimiento monitorio las cuotas aprobadas que se devenguen hasta la notificación de la deuda, así como todos los gastos y costes que conlleve la reclamación de la deuda, incluidos los derivados de la intervención del secretario administrador, que serán a cargo del deudor.
>
> 2ª. También podrá ser demandado el titular registral, a efectos de soportar la ejecución sobre el inmueble inscrito a su nombre.
>
> 3ª. Para instar la reclamación a través del procedimiento monitorio habrá de acompañarse a la demanda un certificado del acuerdo de liquidación de la deuda. En este certificado deberá constar el importe adeudado y su desglose. Además del certificado deberá aportarse el documento acreditativo en el que conste haberse notificado al deudor, pudiendo también hacerse de forma

subsidiaria en el tablón de anuncios o lugar visible de la comunidad durante un plazo de, al menos, tres días.

4ª. Si el documento que se acompaña a la petición inicial del proceso monitorio es la certificación de impago, la admisión de la petición será obligatoria.

5ª. En materia de competencia territorial hay una especialidad: además del fuero del tribunal del domicilio o residencia habitual del deudor, se permite acudir al tribunal del lugar en que se encuentre la finca, a elección del demandante. Se trata de un fuero alternativo que favorece a la comunidad acreedora, especialmente cuando se trata de segundas residencias o de fincas que el propietario destina a arrendamiento.

6ª. El requerimiento de pago puede notificarse por edictos, en caso de que fracase el requerimiento personal en el domicilio del deudor o en el piso o local que hubiese originado los gastos cuyo pago se intenta por el cauce del proceso monitorio.

7ª. En caso de que el deudor formule oposición al requerimiento de pago, la comunidad de propietarios, mientras se desarrolla el procedimiento ordinario que corresponda, podrá obtener como medida cautelar el embargo preventivo de los bienes del deudor, sin necesidad de prestar caución.

6. EL «PROCESO MONITORIO NOTARIAL»

Tras su reforma operada en 2015 por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, los arts. 70 y 71 de la Ley del Notariado regulan un procedimiento singular «para la reclamación de deudas dinerarias no contradichas» –conocido coloquialmente como «monitorio notarial».

Este procedimiento está pensado como alternativa al proceso monitorio judicial, al que pueden acudir libremente los acreedores de deudas dinerarias de naturaleza civil o mercantil, cualquiera que sea su cuantía y origen, que sean líquidas, determinadas, vencidas y exigibles, cuando la deuda, se acredite en una forma documental, que a juicio del notario, sea indubitada. El esquema, como puede apreciarse, es similar de partida al del proceso monitorio ordinario, aunque con algunas limitaciones:

En concreto, no podrán reclamarse mediante este expediente:

a) Las deudas que se funden en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario.

b) Las deudas basadas en el art. 21 de la Ley de Propiedad Horizontal.

c) Las deudas de alimentos en las que estén interesados menores o personas con la capacidad modificada judicialmente, ni las que recaigan sobre materias indisponibles u operaciones sujetas a autorización judicial.

d) Las reclamaciones en la que esté concernida una Administración Pública.

Para la tramitación de este expediente será competente el notario con residencia en el domicilio del deudor consignado en el documento que acredite la

deuda o el documentalmente demostrado, o en la residencia habitual del deudor o en el lugar en que el deudor pudiera ser hallado.

El procedimiento comenzará con una solicitud para que el notario requiera de pago al deudor. Cuando reciba la solicitud del acreedor, el notario autorizará un acta, que recogerá las siguientes circunstancias: la identidad de acreedor y deudor; el domicilio de ambos y el origen, naturaleza y cuantía de la deuda. También se acompañará al acta el documento o documentos que constituyan el título de la reclamación.

Una vez aceptada la solicitud del acreedor y comprobada la concurrencia de los requisitos establecidos, el notario requerirá al deudor para que, en el plazo de veinte días hábiles, pague al peticionario.

Si el deudor no pudiere ser localizado en alguno de los domicilios posibles acreditados en el acta o no se pudiere hacer entrega del requerimiento, el notario dará por terminada su actuación, haciendo constar tal circunstancia y quedando a salvo el ejercicio del derecho del acreedor por vía judicial.

> Ahora bien, se tendrá por realizado válidamente el requerimiento al deudor si es localizado y efectivamente requerido por el notario, aunque rehusare hacerse cargo de la documentación que lo acompaña, que quedará a su disposición en la Notaría. También será válido el requerimiento realizado a cualquier empleado, familiar o persona con la que conviva el deudor, siempre que sea mayor de edad, cuando se encuentre en su domicilio, debiendo el notario advertir al receptor que está obligado a entregar el requerimiento a su destinatario o a darle aviso si sabe su paradero. Si el requerimiento se hiciere en el lugar de trabajo no ocasional del destinatario, en ausencia de este, se efectuará a la persona que estuviere a cargo de la dependencia destinada a recibir documentos u objetos.
>
> En caso de que el destinatario sea una persona jurídica el notario entenderá la diligencia con la persona mayor de edad que se encontrare en el domicilio y que forme parte del órgano de administración, que acredite ser representante con facultades suficientes o que a juicio del notario actúe notoriamente como persona encargada por la persona jurídica de recibir requerimientos o notificaciones fehacientes en su interés.

Partiendo de la premisa de que se haya podido practicar el requerimiento, se abre también aquí un panorama con tres posibles escenarios:

a) El deudor paga la cantidad reclamada, para lo que están previstas dos posibilidades:

> — El deudor comparece ante el notario requirente y paga íntegramente la deuda dentro del plazo de veinte días hábiles siguientes: en tal caso, se hará constar así por diligencia en el acta, que tendrá el carácter de carta de pago. El notario procederá sin demora a hacer entrega de la cantidad abonada al acreedor en la forma que éste hubiera solicitado.
>
> — El deudor paga directamente al acreedor, y en el plazo establecido, acredita esta circunstancia, con confirmación expresa por el acreedor: en tal caso, el notario cerrará el acta, dando por terminada la actuación.

> Si no hubiera confirmación expresa por el acreedor en el plazo previsto para el pago, el notario cerrará, asimismo, el acta, quedando abierta la vía judicial.

b) El deudor comparece ante el notario para formular oposición: en tal caso, se recogerán los motivos que en que el deudor fundamenta su oposición, haciéndolo constar por diligencia. Una vez comunicada tal circunstancia al acreedor, se pondrá fin a la actuación notarial, quedando a salvo los derechos de aquel para la reclamación de la deuda en la vía judicial.

> Cuando se hubiere requerido a varios deudores por una única deuda, la oposición de uno podrá dar lugar al fin de la actuación notarial respecto de todos, si la causa fuere concurrente, haciendo constar los pagos que hubieran podido realizar alguno de ellos.

c) El deudor ni paga ni se opone: en tal caso, el notario dejará constancia de dicha circunstancia en un acta, que será documento que lleva aparejada ejecución, es decir, que será título ejecutivo. A efectos de ejecución forzosa, el documento se considerará título ejecutivo extrajudicial.

LECCIÓN 40

LOS PROCESOS MATRIMONIALES

1. Introducción y reglas generales. —2. El proceso consensual de separación y divorcio: 2.1. Desarrollo del proceso ante la autoridad judicial; 2.2. Divorcios y separaciones consensuales ante el Letrado de la A. de J.; 2.3. Divorcios y separaciones consensuales ante notario. — 3. El proceso ordinario o contencioso. — 4. Las medidas provisionales y las medidas definitivas.

1. INTRODUCCIÓN Y REGLAS GENERALES

Los llamados «procesos matrimoniales» son procesos especiales, a través de los cuales se pueden ejercitar tres clases de pretensiones: de separación, de divorcio y de nulidad matrimonial.

Las pretensiones de separación y divorcio tienen naturaleza constitutiva (a través de ellas se opera un cambio jurídico en relación con el estado civil de los cónyuges). La pretensión de nulidad, por su parte, es de naturaleza meramente declarativa (el tribunal se limita a declarar que el matrimonio, desde el momento de su celebración, era nulo).

A pesar de que en principio un proceso matrimonial versa sobre la separación, el divorcio o la nulidad, lo cierto es que en la inmensa mayoría de los casos los procesos matrimoniales tienen un objeto complejo, como consecuencia de las consecuencias accesorias que el Derecho civil añade a la separación, el divorcio y la nulidad matrimoniales.

Este carácter complejo de los procesos matrimoniales permite distinguir dos tipos de pretensiones diversas:

— De un lado, son objeto del proceso las pretensiones ejercitadas por las partes en relación con el vínculo matrimonial (que se decrete la separación o el divorcio, que se declare la nulidad), a las que el tribunal dará respuesta con el correspondiente pronunciamiento.

— De otro lado, también se ejercitan en el proceso matrimonial pretensiones en relación con las consecuencias accesorias del pronunciamiento sobre el vínculo, en aspectos de diversa índole: guarda y custodia de hijos menores, pensión compensatoria, pensión de alimentos a los hijos, uso y disfrute de vivienda, liquidación del régimen económico matrimonial (cuando proceda), entre otros. A estas consecuencias accesorias se las suele llamar también «medidas» o «medidas accesorias», y el tribunal también ha de pronunciarse sobre ellas, pues integran el objeto del proceso matrimonial.

Es más, en la práctica, son las pretensiones y los pronunciamientos en relación con las medidas los que suscitan una genuina controversia en el proceso

matrimonial. Especialmente en los casos de separación y divorcio, ha de tenerse en cuenta que estas instituciones no se fundan ya en la «culpa» de alguno de los cónyuges, razón por la cual, si se cumplen los requisitos temporales marcados por el Código Civil, es inevitable que el tribunal dicte sentencia decretando la separación y el divorcio. En cambio, la controversia entre las partes sí que se puede suscitar –y en ocasiones en términos muy ásperos– sobre las consecuencias accesorias (*v.g.*, cuál de los cónyuges mantiene la custodia de los hijos comunes o el uso de la vivienda).

Los procesos matrimoniales son procesos especiales, sobre todo, porque son procesos en los que existe un interés público, al menos respecto de una buena parte de lo que constituye el objeto de estos procesos. En primer término, existe un interés público respecto del pronunciamiento en torno al vínculo matrimonial, dado que se trata de una cuestión propia del estado civil de las personas. Y también existe un interés público respecto de las medidas accesorias en todo lo que puedan afectar a menores y personas con discapacidad. Esta concurrencia de un interés público hace que los procesos matrimoniales estén regidos en parte por el principio de oficialidad y no sólo por el principio dispositivo.

Esta concurrencia de un interés público en lo que es objeto de este tipo de procesos es la causa de importantes especialidades en los procesos matrimoniales, que se apartan de las reglas generales en los procesos declarativos:

a) El Ministerio Fiscal puede participar en los procesos matrimoniales, de dos formas distintas:

— El Ministerio Fiscal siempre es parte en los procesos de nulidad matrimonial. Es más, con arreglo al Código Civil, el Ministerio Fiscal puede ser el demandante (dirigiría su demanda frente a ambos cónyuges, en litisconsorcio pasivo necesario).

— El Ministerio Fiscal ha de intervenir en los procesos de separación y divorcio, si en ellos están interesados menores y/o personas con discapacidad.

b) Los elementos del objeto del proceso respecto de los que existe un interés público no son disponibles para las partes, de donde se derivan las siguientes consecuencias:

— No cabrá en relación con ellos la renuncia, el allanamiento o la transacción.

El desistimiento, en cambio, no está sujeto a reglas especiales, salvo que se trate de un proceso de nulidad matrimonial por minoría de edad en que la acción se ejercite antes de que el cónyuge que contrajo matrimonio siendo menor haya llegado a la mayoría de edad: en tal caso, será necesaria la conformidad del Ministerio Fiscal para que el desistimiento sea eficaz.

— Respecto de los hechos relevantes en relación con esta parte del objeto del proceso, el tribunal puede decretar de oficio la práctica de las pruebas que estime pertinentes. También podrán las partes solicitar en apelación las pruebas que consideren pertinentes, aunque no las hayan aportado o solicitado en primera instancia, pudiendo haberlo hecho. Asimismo, se podrá proponer por las partes o

acordar de oficio por el tribunal la prueba anticipada que se considere útil y pertinente –y habrá de estar a disposición de las partes antes de que se celebre la vista.

— El tribunal no está vinculado por la conformidad de las partes respecto de los hechos que subyacen a esas partes del objeto del proceso.

— Nunca habrá valoración tasada de las pruebas en relación con los hechos que subyacen a estos elementos del objeto del proceso.

c) Los procesos matrimoniales están excluidos de la regla general de publicidad del proceso. Por tanto, los terceros interesados no tendrán acceso a las actuaciones escritas de estos procesos, ni tampoco a las vistas, que se celebrarán a puerta cerrada (por tutela del derecho a la intimidad).

La LEC regula los procesos matrimoniales en sus arts. 769 a 778. Asimismo, existen normas de carácter procesal también en los preceptos que el Código Civil dedica a la regulación sustantiva de las crisis matrimoniales. La LEC distingue dos tipos de proceso: de un lado, el proceso ordinario o contencioso; de otro, el proceso consensual de separación y divorcio.

2. EL PROCESO CONSENSUAL DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

El proceso consensual de separación y divorcio está regulado en el art. 777 LEC. Por los cauces de este procedimiento se tramitan las pretensiones de separación o divorcio que se presentan de común acuerdo por ambos cónyuges, o bien por uno de ellos con el consentimiento del otro. Debe tenerse en cuenta, además, que desde la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2015 la competencia para conocer de estos procesos reparte entre jueces, Letrados de la A. de J. y notarios (art. 87 CC), en función de la existencia de hijos menores o no en el matrimonio:

— La competencia corresponderá a los Letrados de la A. de J. o a los notarios cuando no existan hijos menores no emancipados o con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores: en esta situación, serán los cónyuges quienes decidirán si acuden a la vía notarial o a la judicial, pero ante el Letrado de la A. de J.

— Serán competentes los jueces, de partida, cuando existan hijos menores no emancipados o con discapacidad con medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores. De forma subsidiaria, también revertirá en ellos la competencia cuando el Letrado de la A. de J. o el notario ante quienes se esté tramitando un proceso considerase que, a su juicio, alguno de los acuerdos del convenio pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados.

2.1. Desarrollo del proceso ante la autoridad judicial

Cuando del proceso consensual deba conocer la autoridad judicial, la competencia objetiva corresponderá, allí donde existan, a las Secciones de Familia,

Infancia y Capacidad de los Tribunales de Instancia; en su defecto, serán competentes las Secciones Civiles o Únicas. La competencia territorial corresponderá al tribunal del último domicilio común de los cónyuges, o bien al del domicilio de cualquiera de los solicitantes. El tribunal ha de examinar de oficio su competencia. Está prohibida la sumisión expresa, pero el silencio legal da a entender que sería admisible la sumisión tácita.

Las partes (los cónyuges) podrán valerse del mismo abogado y del mismo procurador, dada la inexistencia de real controversia, como forma de reducir los costes.

El procedimiento es especial y sus trámites son los siguientes:

1º. Demanda escrita presentada por ambos cónyuges conjuntamente o bien por uno de ellos, con el consentimiento del otro. Esta solicitud inicial ha de estar acompañada de cuatro documentos:

— La certificación de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

— La certificación de la inscripción del nacimiento de los hijos, si los hubiera, en el Registro Civil.

— Una propuesta de convenio regulador, en el que las partes se ponen de acuerdo y proponen al tribunal cuáles han de ser las medidas accesorias a la separación o divorcio. Si con carácter previo al inicio del proceso se hubiera desarrollado un procedimiento de mediación familiar, también habrá que aportar el documento en el que se exprese el acuerdo final.

> La mediación familiar es una institución regulada a nivel autonómico que tiene como objetivo fomentar las soluciones pactadas en las crisis matrimoniales. Desde un punto de vista jurídico, lo importante es que el éxito de una mediación familiar desemboca en una propuesta de convenio regulador, lo que permite acudir a un proceso consensual o, como se verá, convertir el proceso contencioso en consensual.

— Todos los documentos adicionales en los que las partes funden sus pretensiones. Respecto de aquellos hechos que no puedan probarse documentalmente, las partes podrán proponer las pruebas que estimen oportunas.

2º. Recibida esta petición inicial, el juez ha de citar a los cónyuges por separado, para que se ratifiquen en la demanda. Si alguno de ellos no se ratifica en la petición, se archiva el procedimiento automáticamente.

3º. Si ambos cónyuges se ratifican en la demanda de separación o divorcio, se abre un plazo de diez días para aportar la documentación que falte y para la práctica de pruebas.

4º. En caso de que existan en el matrimonio hijos menores o mayores con discapacidad y medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores:

— Será preceptivo que el Ministerio Fiscal emita un informe acerca del convenio regulador propuesto.

— El juez, tendrá que oírlos cuando se estime necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o del propio hijo

5º. Realizado lo anterior, y sin más trámites, el juez dictará una sentencia en la que concederá o denegará la separación o divorcio y en la que se pronunciará sobre el convenio regulador propuesto. En este punto, caben varias posibilidades:

— El juez concede la separación o el divorcio solicitados y, además, aprueba sin modificaciones el convenio regulador propuesto. Esta sentencia no puede ser recurrida por los cónyuges, pero sí por el Ministerio Fiscal, cuando considere que el convenio perjudica los intereses de los hijos menores o mayores con discapacidad y medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores.

— La sentencia concede la separación o el divorcio, pero no aprueba, en todo o en parte, el convenio regulador. En ese caso, se concede a las partes un plazo de diez días para presentar una nueva propuesta de convenio regulador o bien modificaciones en el ya propuesto. Presentada la nueva propuesta o la modificación, el tribunal, por medio de auto, deberá decidir si acoge o no el nuevo convenio regulador.

— Si lo acoge, dicho auto no podrá ser recurrido por las partes, pero sí podrá hacerlo el Ministerio Fiscal.

— Si no lo acoge, el tribunal, en ese auto, decidirá el contenido de las medidas accesorias a la separación o divorcio. En tal caso, tal auto podrá ser apelado por las partes y por el Ministerio Fiscal.

— El tribunal, rechaza la separación o divorcio y, en consecuencia, no llega a pronunciarse sobre el convenio regulador. Esta sentencia será directamente apelable por las partes.

Los cauces de este procedimiento también han de seguirse cuando, en un momento posterior, se pretenda la modificación del convenio regulador o de las medidas accesorias acordadas, cuando tal modificación se pida por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

2.2. Divorcios y separaciones consensuales ante el Letrado de la Administración de Justicia

Cuando no existan hijos menores o mayores con discapacidad y medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores y los cónyuges deciden acudir a los tribunales (en vez de al notario), la competencia para tramitar el proceso consensual está atribuida al Letrado de la A. de J. En tal caso, el procedimiento seguirá los mismos trámites que habría seguido ante el juez –salvo la audiencia a los hijos–, de modo que inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges ante el Letrado de la A. de J., este dictará decreto pronunciándose sobre el convenio regulador.

El decreto que formalice la propuesta del convenio regulador declarará la separación o divorcio de los cónyuges.

Si el Letrado de la A. de J. considerase que, a su juicio, alguno de los acuerdos del convenio pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el procedimiento. En este caso, los cónyuges solo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

La modificación del convenio regulador formalizada por el Letrado de la A. de J. se sustanciará conforme a estas mismas reglas cuando concurran los requisitos necesarios para ello.

2.3. Divorcios y separaciones consensuales ante notario

Los notarios también podrán elevar a escritura pública los convenios reguladores presentados por los cónyuges de común acuerdo, siempre que no haya hijos menores no emancipados o mayores con discapacidad y medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores. En estos casos, son los propios cónyuges quienes, por su mutuo acuerdo, se separan o disuelven el matrimonio. Los cónyuges deberán prestar su consentimiento ante el notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes. Además, deberán estar asistidos de abogado en el otorgamiento de la escritura pública.

Cuando el notario considere que, a su juicio, alguno de los acuerdos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges solo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

3. El proceso ordinario o contencioso

Se debe acudir al procedimiento ordinario o contencioso siempre que se pretenda la nulidad matrimonial y también cuando se pretenda la separación o el divorcio, en caso de que no exista acuerdo entre las partes. La LEC lo regula en su art. 770.

a) *Tribunal competente.* Como regla general, la competencia objetiva está atribuida a las Secciones de Familia, Infancia y Capacidad, donde existan, y en su defecto a las Secciones Civiles o Únicas de los Tribunales de Instancia. La competencia territorial corresponderá al tribunal del domicilio conyugal. Si los cónyuges residen en partidos judiciales diferentes, el demandante puede optar por acudir al tribunal del último domicilio conyugal o al de residencia del demandado. Si esta regla anterior no puede aplicarse, el demandante podrá optar por el tribunal del lugar donde se halle el demandado o el del lugar de la última residencia del demandado. Si ninguna de las reglas anteriores es aplicable, será competente el tribunal del domicilio del demandante.

El tribunal está obligado a examinar su competencia de oficio. Se excluye la sumisión expresa, pero no la sumisión tácita.

Excepcionalmente, la competencia para conocer de este tipo de procesos corresponderá a las Secciones de Violencia sobre la Mujer del Tribunal de Instancia. El ámbito de competencia de estas Secciones se establece en el art. 89 LOPJ y depende de que concurran las siguientes circunstancias:

— Que uno de los cónyuges (la esposa, por definición) sea víctima de un acto de violencia de género.

— Que el otro cónyuge esté imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de un acto de violencia de género.

— Que ya se hayan iniciado ante la Sección de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales como consecuencia del acto de violencia de género, o que se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.

b) *Postulación.* Es preceptivo que cada parte esté asistida por un abogado y representada por un procurador.

c) *Tramitación.* Este procedimiento se tramita por los cauces del juicio verbal, aunque con varias especialidades:

1º. A la demanda hay que acompañar los siguientes documentos:

— Certificación de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

— Certificación de inscripción del nacimiento de los hijos, si los hubiera, en el Registro Civil.

— Los documentos en que el cónyuge funde su derecho.

— Si se solicitan medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos (*v.g.*, declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad, certificaciones registrales).

— Si existe, habrá que acreditar igualmente la resolución judicial o el acuerdo en virtud del cual corresponde el uso de la vivienda habitual.

2º. La reconvención se propondrá en la contestación a la demanda, disponiendo el actor entonces de diez días para contestarla. Su admisión está restringida, pues solo se admitirá:

— Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio.

— Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio.

— Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.

— Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.

3º. Las partes tienen que comparecer personalmente al acto de la vista, sin que puedan ser sustituidas por el procurador. Su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.

4º. Las pruebas que no se puedan practicar en la vista se practicarán dentro de los treinta días siguientes. Durante ese periodo, el tribunal podrá acordar de oficio la práctica de pruebas necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias exigidas para decretar la nulidad, la separación o el divorcio; y también podrá acordar de oficio pruebas que se refieran a hechos de los que

dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a hijos menores o a los mayores con discapacidad que precisen apoyo.

> Si se estima necesario de oficio o a petición del fiscal, partes o miembros del equipo técnico judicial o de los propios hijos, podrán ser oídos cuando tengan menos de doce años, debiendo ser oídos en todo caso si hubieran alcanzado dicha edad. También habrán de ser oídos cuando precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica y este sea prestado por los progenitores, así como los hijos con discapacidad, cuando se discuta el uso de la vivienda familiar y la estén usando. En las audiencias con los hijos menores o con los mayores con discapacidad que precisen apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se garantizará por la autoridad judicial que sean realizadas en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando sea necesario.

5º. Este procedimiento, ordinario y contencioso, se puede convertir en consensual en cualquier momento, si se dan las condiciones para ello, es decir, si los cónyuges llegan a un acuerdo.

6º. Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso para someterse a mediación, excepto en los casos de violencia de género. Si la mediación familiar tiene éxito, entonces se llegará a una propuesta de convenio regulador y será posible convertir el procedimiento contencioso en consensual.

7º. Si existen hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, se seguirán, en su caso, los trámites establecidos para los procesos para la adopción judicial de medidas de apoyo a una persona con discapacidad.

4. LAS MEDIDAS PROVISIONALES Y LAS MEDIDAS DEFINITIVAS

En todo proceso matrimonial es objeto de discusión entre las partes –y de pronunciamiento por el tribunal– cuáles serán las medidas accesorias que hay que decretar en caso de que se conceda en la sentencia la separación, el divorcio o la nulidad matrimonial.

A las medidas accesorias decretadas en sentencia se las llama «medidas definitivas» y pueden tener un doble origen:

— En los casos en que hay acuerdo entre los cónyuges al respecto, las medidas definitivas serán las propuestas por los cónyuges en el convenio regulador que resulte aprobado por el tribunal, el Letrado de la A. de J. o el notario (supuesto del proceso consensual de separación y divorcio).

— Cuando no hay acuerdo entre las partes (proceso contencioso) o cuando el convenio propuesto por las partes es rechazado por el tribunal (proceso consensual) será el tribunal en su resolución quien determine cuáles son las medidas definitivas que regirán como consecuencia de la separación, el divorcio o la nulidad.

Sin embargo, antes de que se decreten estas medidas definitivas en la sentencia –incluso antes de dar comienzo al proceso–, los cónyuges pueden pedir y obtener la adopción de medidas provisionales durante la tramitación del proceso matrimonial. A través de estas medidas provisionales se busca regular de forma transitoria, mientras dura el proceso, las relaciones patrimoniales y personales de los cónyuges entre sí y con sus hijos: el conflicto matrimonial hace aconsejable no aplicar durante este lapso de tiempo las reglas generales en materia de relaciones matrimoniales y familiares, pues el matrimonio no se encuentra en situación ordinaria.

Se pueden pedir como medidas provisionales, las previstas en los artículos 102 y 103 CC, que afectan básicamente a la cesación de la vida conyugal, revocación de poderes eventualmente otorgados entre los cónyuges, la custodia y el régimen de visitas a los hijos, la atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía, el uso de la vivienda conyugal, la contribución a las cargas del matrimonio y la asignación de bienes gananciales o comunes.

Estas medidas provisionales se pueden pedir y decretar en dos momentos distintos:

1º. *Medidas provisionales antes de la demanda* (arts. 771 y 772 LEC). Las puede pedir aquel de los cónyuges que se proponga interponer una demanda de separación, nulidad o divorcio.

> Dado que su petición antes de la demanda se suele fundar en razones de urgencia o especial necesidad, la ley la facilita con dos normas:
>
> **—** El solicitante de las medidas no necesita asistencia de abogado, ni representación de procurador, a la hora de formular la petición de medidas (aunque sí le harán falta para las actuaciones subsiguientes).
>
> **—** Las medidas se pueden solicitar al tribunal del lugar del domicilio del solicitante, aunque ese tribunal no sea después competente para conocer del proceso matrimonial en sí.
>
> Recibida la petición, se citará a los cónyuges, y eventualmente al Ministerio Fiscal, a una comparecencia que habrá de celebrarse en los diez días siguientes (mientras tanto, el tribunal puede acordar de forma inmediata, si hay urgencia, los efectos a que se refiere el art. 102 CC: se habla entonces de *medidas provisionalísimas*). En la comparecencia, en primer término, se tratará de lograr que las partes lleguen a un acuerdo; de no alcanzarse acuerdo, o si el tribunal no lo aprueba, se formulan alegaciones y se practican las pruebas oportunas. Celebrada la audiencia, el juez resolverá por medio de auto, que será irrecurrible.
>
> El cónyuge que pidió las medidas provisionales y las obtuvo tendrá la carga de presentar la demanda dentro de los 30 días siguientes: en caso contrario, las medidas quedarán sin efecto.
>
> Una vez presentada la demanda, las actuaciones correspondientes a las medidas previas se incorporarán a los autos. El juez en ese momento tendrá que decidir si procede modificar o completar las medidas adoptadas con carácter previo. Si considera que debe hacerlo, convocará a las partes a una comparecencia.

Esta iniciativa la podrá tomar el juez de oficio en todo aquello que se refiera a materias de interés público.

2º. *Medidas provisionales con la demanda* (art. 773 LEC). Si no se han pedido medidas provisionales con carácter previo a la demanda, los cónyuges podrán hacerlo: el cónyuge demandante, con la demanda; el cónyuge demandado, en su contestación a la demanda.

Formulada la petición, el juez convocará a las partes y, dado el caso, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia en la que se formularán alegaciones y se practicarán pruebas. Después, el juez resolverá por medio de auto irrecurrible.

3º. *Las medidas definitivas: su ejecución y su modificación* (arts. 774 a 776 LEC). Los pronunciamientos que contenga la sentencia matrimonial respecto de las medidas definitivas son, en buena medida, de carácter condenatorio y, por tanto, susceptibles de ejecución.

A la ejecución de las medidas definitivas se le aplican las reglas generales, aunque con alguna especialidad, con la finalidad de reforzar la eficacia de la sentencia:

— Si se trata de reclamar el pago de cantidades debidas, además de acudir a los mecanismos de ejecución dineraria ordinaria, la ley permite apremiar al condenado con la imposición de multas coercitivas.

— Si se trata de obligaciones de hacer personalísimas, se apremiará al obligado con la imposición de multas coercitivas, con la importante salvedad de que desaparece la duración máxima de un año para las multas coercitivas (podrán imponérsele de forma ilimitada en el tiempo).

— El incumplimiento reiterado de los pronunciamientos sobre régimen de visitas por cualquiera de los cónyuges permitirá la modificación por el tribunal del régimen de guarda y visitas, siempre que sea acorde con la evaluación del interés superior del menor realizada previamente.

— Cuando deban ser objeto de ejecución gastos extraordinarios que no estén expresamente previstos en las medidas definitivas o provisionales, antes de solicitar el despacho de la ejecución habrá que solicitar la declaración de que la cantidad reclamada tiene la consideración de gasto extraordinario: a tal fin, se presentará un escrito formulando la solicitud y, si la parte contraria se opone en cinco días, habrá que celebrar una vista conforme a las reglas del juicio verbal.

Las medidas definitivas son siempre susceptibles de modificación, en caso de que se produzca con posterioridad un cambio sobrevenido de las circunstancias que motivaron su adopción. Existen dos cauces procesales para la modificación:

— Cuando la modificación se solicite por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, acompañando propuesta de convenio regulador: esta petición de modificación se sustanciará por los cauces del procedimiento consensual.

— Cuando no exista ese acuerdo, se tramitará por los mismos cauces del proceso contencioso de separación o divorcio.