

**RESPUESTAS A LAS CUESTIONES OBJETO DE
DISCUSIÓN EN EL ENCUENTRO DE PROFESORES DE
DERECHO PROCESAL DE MURCIA (DICIEMBRE 2001).**

Andrés de la Oliva Santos

Alicia Bernardo San José

Ignacio Cubillo López

Fernando Gascón Inchausti

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 1

Capacidad para ser parte del concebido no nacido.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la LEC se podía suscitar la duda de si el concebido no nacido podía o no ser parte en un proceso. De conformidad con el art. 29 del CC, “el nacimiento determina la personalidad; pero el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables, siempre que nazca con las condiciones que expresa el artículo siguiente”. Y el art. 30 CC dispone que “para los efectos civiles, sólo se reputará nacido el feto que tuviere figura humana y viviere veinticuatro horas enteramente desprendido del seno materno”.

La cuestión que se planteaba era si la protección jurídica que el Derecho civil concedía al *nasciturus* debía o no traducirse en el reconocimiento al mismo de capacidad para ser parte. A la vista de la nueva LEC, la respuesta es, sin duda, afirmativa. El núm. 2.º del aptdo. 1 del art. 6 LEC establece de modo expreso lo que hasta ahora cabía deducir del art. 29 CC, pero no era conclusión enteramente pacífica: el concebido no nacido tiene capacidad para ser parte en los procesos ante los tribunales civiles, “para todos los efectos que le sean favorables”.

Reconocer al *nasciturus* capacidad para ser parte sólo “para todos los efectos que le sean favorables” supone excluir la posibilidad de que se le pueda demandar, dado que el constituirle en demandado supone unos posibles efectos desfavorables. Por tanto, el *nasciturus* tiene una capacidad *relativa o limitada* para ser parte: sólo puede ser demandante –tiene sólo capacidad para ser parte activa–. En aquellos casos en que interesara demandar al *nasciturus*, no quedará más remedio que esperar que nazca.

Además, la capacidad para ser parte del concebido no nacido es *condicional*: la sentencia obtenida por el *nasciturus*, si no hubiese aún nacido, estaría sometida en todo caso a la condición de que naciese con las características del art. 30 CC.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 2.

Grupos de consumidores y usuarios: capacidad para ser parte y de actuación procesal.

El artículo 6.1 7º de la LEC, con la intención de proteger los intereses colectivos, otorga capacidad para ser parte a los grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso cuando estos afectados estén determinados o sean fácilmente determinables. En virtud del artículo 11.2, estos grupos tienen también legitimación, siempre que, de nuevo, los afectados estén determinados o sean también fácilmente determinables. Ocurre, sin embargo, que para que estos grupos puedan demandar, el artículo 6.1.7º añade el requisito de que estén constituidos por la mayoría de los afectados. Pese a que el artículo 6.1 7º utilice la expresión “para demandar en juicio”, parece lógico entender, por la ubicación del precepto y la cuestión que regula, que la necesidad de que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados se refiere a la capacidad del grupo para ser parte, es decir, a la idoneidad para ser titular de derechos y sujeto de deberes, cargas y obligaciones en el ámbito de un proceso civil. La expresión “para demandar en juicio” debería en consecuencia entenderse como “para ocupar la posición de parte activa en el proceso” y no como la mucho más limitada “para interponer demanda”. Si, pendiente el proceso, el grupo dejase de estar constituido por la mayoría de los afectados, perdería como grupo la capacidad para ser parte, circunstancia que puede alegar el demandado en la contestación y discutir en la audiencia previa al juicio –artículo 418-, y que también puede apreciar el tribunal de oficio, como le permite el artículo 9.

La falta del número necesario de afectados para constituir grupo con capacidad para ser parte sería en abstracto un requisito subsanable, por la vía del artículo 231 si se aprecia de oficio, o como directamente dispone el artículo 418, si este problema se pone de manifiesto en la audiencia previa al juicio. Sin embargo, las previsiones del artículo 15 de la LEC hacen muy difícil la posibilidad real de subsanación. Dispone esta norma en su apartado segundo que, en el caso de los grupos que nos ocupan, los demandantes deben comunicar a todos los interesados que se proponen demandar – parece evidente que la palabra “previamente” debe ser interpretada en este sentido-, para que quienes quieran se sumen a la demanda o hagan uso de la posibilidad de intervención que les concede el artículo 13.1. Además de este llamamiento, el apartado primero del artículo 15 dispone que la admisión de la demanda se publicará en medios de comunicación, de forma que puedan incorporarse al proceso quienes no lo hayan hecho anteriormente. Con estas premisas, es difícil, aunque no imposible, que los afectados que no hayan decidido integrarse en el proceso como consecuencia del llamamiento inicial de los demandantes o del realizado a continuación a través de medios de comunicación, lo hagan en un momento posterior para subsanar la falta de capacidad para ser parte que se deriva de que el grupo no esté integrado por la mayoría de los afectados.

Si el grupo no se constituye inicialmente con la mayoría de los afectados, podría desde luego tener capacidad para ser parte como una unión sin personalidad -artículo 6.1 5º-, siempre que pudiera acogerse a una previsión legal, aun de carácter general, o

que se encontrara en uno de los concretos casos en los que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha reconocido personalidad a uniones de este tipo para actuar en el proceso. Sí hay que tener en cuenta que entonces no tendría efecto la extensión de la cosa juzgada a que hace referencia el artículo 222.3, puesto que está limitada a las situaciones en las que la legitimación la ostentan las personas o grupos indicados en el artículo 11.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 3.

Tratamiento de la falta de capacidad de actuación procesal y de postulación del demandado.

La cuestión planteada alberga tres tipos de problemas distintos. En primer lugar, cabe plantearse la situación de que el demandado carezca de capacidad procesal y se persone sin representación o con una representación inadecuada. En segundo lugar, hay que atender a la posibilidad de que personas jurídicas o entidades sin personalidad que, a tenor del artículo 6 de la LEC, tengan capacidad para ser parte, comparezcan en juicio a través de representantes distintos de las personas a que se refiere el artículo 7 de la LEC. Por último, hay que atender a la posible falta de postulación del demandado genéricamente, que puede presentarse en cualquier caso con independencia de las condiciones específicas de capacidad o representación del demandado.

El artículo 9 de la LEC afirma tajantemente la posibilidad de que los tribunales aprecien de oficio la falta de capacidad procesal referida a cualquier momento del proceso, luego también en el momento inicial de personación del demandado. Parece evidente que el tribunal que advierte desde el principio que el demandado carece de capacidad procesal no puede esperar a la audiencia previa al juicio, puesto que lo único que en este acto se discute es lo que pongan de manifiesto las partes –artículo 418, en lo que respecta a los defectos de capacidad-, y no tendría sentido que el tribunal, observando un defecto en la capacidad del demandado, esperase a la audiencia previa al juicio, por si el actor introduce esta cuestión en el debate. Si el actor no lo hiciera, el tribunal tendría en este momento que ejercitar la facultad que le concede el artículo 9, con efectos más perjudiciales que si se hubiese resuelto en un momento anterior. La consecuencia de la falta de capacidad apreciada de oficio por el tribunal antes de la audiencia previa al juicio no debe ser inicialmente la declaración en rebeldía: si los defectos de capacidad son subsanables, el tribunal concederá plazo para subsanar, pues no tendría sentido hacerlo así –como dispone el artículo 418.1- en la audiencia previa al juicio y no en un momento anterior. Y si no son subsanables, la consecuencia es el fin del proceso, como también declara el artículo 118 en su apartado segundo.

Un segundo problema consiste en si el tribunal puede apreciar de oficio defectos en la representación legal o necesaria. La LEC no se pronuncia específicamente sobre este punto, probablemente por que el legislador considera complicado que el tribunal cuente antes de la audiencia previa al juicio con los elementos necesarios para realizar una valoración de lo que atañe a la corrección o incorrección de la representación. Si el documento que acredita la representación –*vid.* artículo 264- no se acompaña a la demanda, entendemos que el tribunal podría de oficio reclamarlo y dar plazo para subsanar aplicando lo dispuesto en el artículo 9, ya que muchos problemas de falta de capacidad procesal devienen realmente en problemas de representación. Transcurrido el plazo para subsanar, procedería la declaración en rebeldía del demandado que no ha comparecido en forma. Si la acreditación de la representación del demandado suscita dudas en el actor, podrá discutirse la cuestión en la audiencia previa al amparo del artículo 418, con las consecuencias previstas en la misma norma.

En cuanto a la falta de postulación, hay que tener en cuenta que el poder del procurador es también uno de los documentos que, en virtud del artículo 264 hay que presentar junto con la demanda. Si se atiende al contenido de esta norma, y también a las siguientes que se refieren a otro tipo de documentos, se observa fácilmente que los tres documentos referidos en el artículo 264 afectan a materias de orden público indisponibles para las partes. Esto justifica un control de oficio respecto de dichos documentos en el momento en el que se incorporan, aunque la ley no lo mencione expresamente. En cuanto a las consecuencias de la falta de poder de procurador, o de poder defectuosamente otorgado, hay que distinguir dos situaciones posibles. Si el demandado comparece sin procurador, afirmando poder hacerlo por sí mismo, procedería la declaración en rebeldía, puesto que el demandado no ha comparecido en forma, no ha realizado la manifestación de voluntad requerida en el artículo 231 para que el tribunal otorgue posibilidad de subsanación, y el tribunal no puede sustituir ni corregir la voluntad expresada de las partes. Si, por el contrario, la falta de poder o los defectos que éste contenga pueden atribuirse a un error involuntario u olvido, a tenor de las manifestaciones vertidas por el demandado en el escrito o actuación oral que debiera haber sido acompañada de poder, el tribunal podrá hacer uso de la facultad que le concede el artículo 231. Obviamente, si transcurrido el plazo otorgado al demandado los defectos persisten, lo que procede es declarar al demandado en rebeldía.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 3 bis

Poder *apud acta*.

El art. 24.2 dispone que el apoderamiento *apud acta* se efectúe “*al mismo tiempo que la presentación del primer escrito*”. Y el art. 24.1 establece que ese apoderamiento implica comparecer “*ante el Secretario Judicial del tribunal que haya de conocer del asunto*”. Como quiera que, en los lugares en que existan varios tribunales, las partes no sabrán qué concreto tribunal conocerá de su asunto hasta el reparto, no parece que exista otro modo de actuar que éste: presentar el “primer escrito” para su reparto, manifestando que se quiere otorgar poder ante el Secretario que corresponda. Y desde la Secretaría correspondiente se habrá de indicar cuándo puede comparecer el futuro poderdante.

Incluso en el caso de que no exista más que un tribunal –y que, por tanto, no se requiera repartir los asuntos–, puede que el Secretario, con toda razón y motivo, no efectúe el apoderamiento al tiempo de la presentación del “primer escrito”. En este caso, también podrá señalar cuándo cabe otorgar poder ante él: es obvio que no podrá en cualquier momento, por impedirlo la debida atención a las restantes funciones.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 4.

Poder especial del procurador.

El art. 25 LEC efectúa una distinción entre el poder general y el poder especial, que se funda en las facultades que a través de ellos se otorgan por el litigante al procurador.

Cuando el poder es general, facultará al procurador para realizar los actos procesales que revistan carácter ordinario; excepcionalmente, el poderdante podrá excluir del poder general ciertos actos y actuaciones para los que no se exija poder especial, siempre que la exclusión se haga constar de forma expresa y específica, y con el obvio límite adicional de no desapoderar al procurador de lo que constituyen sus deberes esenciales, pues entonces no podría hablarse siquiera de poder general.

Será preciso poder especial para realizar ciertas actuaciones extraordinarias dentro del proceso, que comportan el ejercicio de un poder de disposición sobre su objeto o sobre el proceso mismo, o que conducen a su terminación anticipada (art. 25.2.1º); también en los casos en que lo exijan las leyes (art. 25.2.3º); y, finalmente, para ejercitar las facultades ordinarias excluidas del poder general (art. 25.2.2º).

Aunque poder general y poder especial son conceptualmente distintos, esto no significa que deban documentarse en instrumentos notariales o en apoderamientos *apud acta* también distintos. Es imprescindible que el documento que debe aportarse inicialmente por demandante y por demandado recoja un poder general, que debería formularse con sencillez; pero es igualmente posible que ese mismo documento recoja el poder especial que la Ley exige para la renuncia, la transacción, el desistimiento, el allanamiento, el sometimiento a arbitraje y las manifestaciones que puedan comportar sobreseimiento del proceso por desaparición sobrevenida del interés (art. 25.2.1º; también art. 414.2 II, para la audiencia previa al juicio), o bien el que se exige para formular la recusación de Jueces y Magistrados (art. 25.2.3º LEC en relación con arts. 223.2 LOPJ y 107.2 LEC). Y es que no existe ninguna razón que fundamente la exigencia de que el poder especial sea un poder *ad hoc*, ni que deba constar en instrumento diverso de aquél que acoge el general para pleitos. No se trata, evidentemente, de que un poder general pueda hacer las veces de poder especial – como se deduce de los términos en que aparece formulada la cuestión –, sino de que un único instrumento (notarial o confeccionado *apud acta*) puede recoger, además del poder general, la atribución al procurador de facultades extraordinarias: que a este poder «inicial» se le quiera llamar «general» es cuestión secundaria, en cuanto que terminológica, aunque sería conveniente evitarlo, pues genera confusión.

La excepción a esta regla se plantea, obviamente, en los casos contemplados por el art. 25.2.2º LEC: cuando este precepto exige un poder especial para ejercitar las facultades expresamente excluidas del poder general, cabe suponer que habrá dos

instrumentos diversos, uno primero, que contiene el poder general y otro segundo, confeccionado a la luz de las exclusiones recogidas en el primero.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 5

Competencia territorial y recurso extraordinario por infracción procesal.

Resulta dudoso si la infracción de normas imperativas de competencia territorial es motivo del recurso extraordinario por infracción procesal. La duda surge de la antinomia que existe entre dos preceptos de la LEC sobre el mismo asunto. El art. 67.2, sobre los recursos en materia de competencia territorial, permite que, en el recurso extraordinario por infracción procesal, se hagan alegaciones de falta de competencia territorial cuando, en el caso de que se trate, fueren de aplicación normas imperativas. Y el art. 469.1.1.º, que regula directamente los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal, no incluye la infracción de normas de competencia territorial.

Se trata de una antinomia difícil de resolver. Por un lado, cabe entender que el art. 67.2 amplía el motivo 1.º del art. 469, de forma que el recurso extraordinario por infracción procesal podría fundarse en la infracción de las normas sobre jurisdicción, competencia objetiva, funcional y territorial, siempre y cuando, en este último caso, fueren de aplicación normas imperativas. A favor de esta primera interpretación cabe argüir el criterio de prevalencia de la norma especial (art. 67.2) sobre la norma general (art. 469), pero esta calificación de las normas no es en absoluto clara, pues, en realidad, se trata de dos preceptos sobre el mismo asunto y no parece que ninguno de ellos se pueda calificar de especial respecto del otro.

Por otro lado, podría también defenderse que el art. 67.2 prevé las alegaciones de competencia territorial como accesorias en un recurso extraordinario que se funde en alguno de los cuatro motivos del art. 469. No obstante, nos parece que se trata de una interpretación demasiado forzada.

Por último, y esta es la postura que mantenemos, se puede sostener que no procede el recurso extraordinario por infracción procesal cuando se denuncie la de normas relativas a la competencia territorial, aunque éstas sean imperativas y que, en realidad, el legislador ha incurrido en un *lapsus* en el núm. 2 del art. 67. A favor de esta última postura puede aducirse que el art. 469, en el que se mencionan expresamente dos clases de competencia (objetiva y funcional), omite deliberadamente toda referencia a la competencia territorial. Tratándose de un precepto en el que se establecen los motivos de un recurso extraordinario, debe entenderse que la inclusión de unos significa la exclusión de todos los demás. La LEC no ha querido someter a un tercer grado de revisión jurisdiccional las cuestiones relativas a la competencia territorial.

Y no se diga que esta interpretación es contraria al derecho a los recursos como parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, porque no se trata aquí de negar el derecho a un recurso legalmente establecido, sino de la discusión de si está o no legalmente establecido dicho recurso.

Además, ¿qué conseguiríamos denunciando la infracción de normas imperativas de competencia territorial? La estimación del recurso no produciría efecto alguno en el

plano de la validez de los actos: la falta de competencia territorial no determina la nulidad de pleno derecho (art. 238.1.º LOPJ).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 6

Abstención y recusación.

El art. 112.1 LEC, que recoge lo establecido en el art. 227.1 LOPJ, permite al tribunal que desestime una recusación, imponer una multa al recusante que haya actuado de mala fe. La única diferencia entre estos dos preceptos estriba en la cuantía de la multa. Ésta puede ser de cinco a cien mil pesetas, según la LOPJ, y de treinta mil a un millón de pesetas, según la LEC. A este respecto, conviene recordar que el art. 112 LEC se encuentra en suspenso, en virtud de la Disposición final 17.^a, en tanto no se reforme la LOPJ.

Las posibilidades de recurrir la multa referida deben reconducirse -a nuestro entender sin duda alguna- a la vía judicial. Si fuera posible recurrir en la vía gubernativa las multas basadas en la mala fe procesal, pensamos que se desbarataría el sistema de potestad disciplinaria “intraprocesal” diseñado en la nueva LEC, y establecido con carácter general en el art. 247 LEC. El tribunal puede imponer multas sancionadoras de las actuaciones procesales de mala fe; y estas responsabilidades disciplinarias deben quedar fijadas y, en caso de ser recurridas, definitivamente resueltas en el seno del proceso civil en que se impongan. Sólo así serán efectivas.

Y no se diga que, en el caso del art. 112 LEC, procede la vía administrativa prevista en el art. 452 LOPJ, porque este precepto se refiere a las correcciones disciplinarias que pueden imponerse, exclusivamente, a abogados y procuradores, y por las causas referidas en el art. 449 LOPJ, principalmente. La mala fe al recusar es una actuación sólo atribuible a las partes procesales, y es dentro de cada proceso donde debe quedar corregida. Si se abre la posibilidad de recurrir las multas por mala fe procesal ante el órgano de gobierno del tribunal actuante y, posteriormente, de impugnar la decisión de este órgano en la vía contencioso-administrativa, se acabaría con la posibilidad de exigir responsabilidad disciplinaria a las partes en el seno del proceso.

Las dudas son mayores respecto a qué concreto medio de impugnación –en la vía judicial- puede emplearse. El art. 113 LEC, al igual que el paralelo art. 228 LOPJ, establecen que la decisión sobre la recusación es irrecurrible, eso sí, “*sin perjuicio de hacer valer, al recurrir contra la resolución que decida del pleito o causa, la posible nulidad de ésta*”. Por tanto, si se atiende a este precepto, y si se considera que no cabe recurrir la antedicha multa de forma independiente a la desestimación de la recusación, habrá de concluirse que el recusante, en tales casos, deberá esperar a que se dicte sentencia sobre el fondo y plantear frente a ella un recuso basado en su nulidad¹.

¹ Esta es la solución por la que abogan, pe., BANACLOCHE PALAO (con OTROS): *Comentarios a Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cívitas, 2001, pág. 274; y BACHMAIER WINTER: “La abstención y recusación en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000”, en *Disposiciones generales relativas a los juicios civiles en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, I-2000, pág. 138.

Sin embargo, en nuestra opinión, una cosa es estar en desacuerdo con el contenido fundamental del auto –o providencia, en los juicios verbales (art. 111.1 *i.f.* LEC)- que resuelve el incidente de recusación, en cuanto que se considera que el juez recusado incurre en un motivo que hace dudar de su imparcialidad; y otra cosa, bien distinta, es impugnar únicamente la apreciación de mala fe o, incluso, la cuantía de la multa impuesta. En estos dos últimos casos, no se cuestiona propiamente la decisión esencial de la recusación y, de hecho, no se aprecia ningún motivo de nulidad de la resolución final del pleito, ya que esos concretos extremos en nada afectan a la posible parcialidad del fallo.

Por tanto, podría entenderse que cabe formular recurso contra el auto -o providencia- que resuelve un incidente de recusación, cuando el objeto de este recurso se limite a cuestionar la responsabilidad disciplinaria señalada, sin que deba esperarse a la resolución sobre el fondo del asunto. ¿Y qué tipo de recurso será éste? Procederá, primero, recurso de reposición, conforme al art. 451; y posteriormente, recurso de apelación frente al auto que resuelva la reposición, al tratarse de un auto definitivo sobre esta concreta cuestión (*ex art. 455.1*).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 7.

Acumulación subjetiva de acciones: conexidad de la causa de pedir.

Para que resulte admisible la acumulación subjetiva de acciones, el art. 72 LEC exige, además de la concurrencia de ciertos requisitos de índole procesal, que las diversas acciones acumuladas tengan «un nexo por razón del título o causa de pedir»; y señala expresamente que «se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos».

Antes que otra cosa, ha de ponerse relieve que para la LEC los términos «título» y «causa de pedir» son equivalentes, y designan una misma realidad, la causa de pedir en sentido propio; así se deduce (con más claridad que en relación con el art. 156 de la LEC anterior) del tenor literal del precepto.

La conexión exigida por el art. 72 existe cuando la causa de pedir es idéntica en ambas acciones, como señala su párrafo segundo: se habla, entonces, de conexión propia. En concreto, que las acciones se funden en los mismos hechos no debe interpretarse como una exigencia de que el fundamento fáctico sea idéntico en ambas; es suficiente con que existan unos «hechos compartidos» y que sirvan en ambas acciones de fundamento del *petitum*, aunque nada impide que, en alguna o en ambas acciones, junto a esos hechos comunes, existan otros de relevancia que sean diferentes.

Ahora bien, el párrafo segundo del art. 72 no agota los posibles supuestos en que existe un nexo entre las acciones por razón de la causa de pedir: es cierto que, a juicio de la Ley, el que las acciones se funden en los mismos hechos denota que el título o causa de pedir es idéntico o conexo; pero ello no se establece con afán de exhaustividad, sino a título ejemplificativo. También puede hablarse de conexión o de existencia de un nexo aunque las diversas acciones acumuladas no se funden en los mismos hechos, es decir, al margen de los supuestos de identidad. Esto sucederá en los supuestos en que la causa de pedir, sin ser idéntica, sea homogénea, es decir, cuando las diversas acciones se funden en la misma «clase de hechos», aunque los concretos hechos históricos sustentadores de cada pretensión sean, en puridad, diferentes: *v.g.*, cuando los diversos compradores de los pisos de un inmueble reclaman contra la constructora por vicios en sus viviendas; es cierto que en estos casos, los hechos en que se funda cada acción son distintos (para cada comprador, los concretos vicios apreciados en su vivienda); pero estos hechos son homogéneos, razón por la cual, en la práctica, se reconducen a unidad de términos.

Este tipo de conexión, denominada impropia, no estaba expresamente acogida por la LEC anterior; sin embargo, la jurisprudencia llevó a cabo una labor constante de flexibilización en la interpretación del art. 156, considerando satisfechas sus exigencias en los casos de conexión por homogeneidad en las causas de pedir. La LEC de 2000, al conformarse con la existencia de un nexo por razón de la causa de pedir, está dando carta de naturaleza legal a la doctrina jurisprudencial que propugnaba la flexibilización en el régimen de la acumulación subjetiva: si realmente se trata de atender a la armonía de las resoluciones jurisdiccionales, resulta conveniente que supuestos homogéneos reciban soluciones también homogéneas. Esta flexibilización resultará mucho más

sencilla cuando resulte idéntico el *petitum* de las diversas acciones, o al menos se dé entre los *petita* una conexión por razones que puedan reconducirse al concepto de homogeneidad.

A efectos prácticos, cabe predecir la admisión de la acumulación de acciones en los casos, frecuentes, de demandas formuladas por varios contra uno, especialmente cuando ese «uno» es una empresa constructora, o promotora urbanística, y los «varios» son los compradores de viviendas en las que se aprecian vicios ruinógenos, o que reclaman la devolución de sobrepagos, o que solicitan la resolución del contrato por falta de efectiva edificación. En el plano de las demandas de uno frente a varios, son supuestos típicos de acumulación subjetiva admisible, con conexión impropia, aquéllos en que una entidad colectiva reclama de sus miembros el pago de cuotas impagadas; lo mismo habría de suceder, en materia arrendaticia, cuando se pretende la resolución de diversos contratos de arrendamiento frente a diversos inquilinos de un mismo inmueble que amenaza ruina, o que el propietario afirma necesitar para fines personales; o cuando se pretende el lanzamiento de una serie de inmuebles (propiedad de una o de más de una persona), que están siendo ocupados en precario por una pluralidad de sujetos; y también los supuestos, relativamente frecuentes, en que, ante un incumplimiento contractual (normalmente la falta de pago del precio de mercancías), se ha pretendido demandar conjuntamente a la sociedad contratante que incumplió (por el incumplimiento) y a los administradores de la Sociedad (por su negligencia en la gestión que ha conducido al incumplimiento).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 8.

Acumulación de procesos de la LEC de 2000 a otros que se sustancian según la LEC de 1881.

La acumulación de procesos promovidos al amparo de la LEC 1/2000 a procesos iniciados bajo la vigencia de la LEC anterior no resulta imposible, siempre que se ofrezca una interpretación razonable de los arts. 77.1 y 79.1 de la LEC 1/2000.

En principio, debe reconocerse que este fenómeno puede conllevar una aparente infracción al sistema de eficacia temporal de las normas procesales, porque los procesos incoados tras LEC 1/2000 deben regirse inexcusablemente por ésta (art. 2), y no por la anterior, mientras que los iniciados conforme a esta segunda deben seguir sustanciándose por sus cauces hasta que se dicte sentencia en la instancia (D.T. 2ª de la LEC 1/2000).

De operarse la acumulación descrita, uno de los dos procesos en presencia debería sufrir una mutación en su cauce procedimental. Si se entiende que es el proceso más moderno –incoado conforme a las previsiones de la LEC 1/2000– el que, como consecuencia de la acumulación, ha de tramitarse conforme a las previsiones de la LEC de 1881, podría pensarse en la existencia de un óbice a tal resultado en el art. 77.1: este precepto exige que los procesos que se acumulan se sustancien por los mismos trámites, o bien que su tramitación pueda unificarse sin pérdida de derechos procesales. Pues bien, de operarse la acumulación descrita no se cumpliría, al menos, lo segundo: no es difícil argumentar que la conversión de un proceso declarativo de la LEC 1/2000 en uno de los de la LEC de 1881 provocará la pérdida de derechos procesales, todos aquéllos que derivan de una regulación mucho más ágil, que atiende a la oralidad, la inmediación y la concentración, y que cuenta con un sistema mucho más razonable de tratamiento de los defectos procesales.

Ahora bien, nada obliga a que sea éste el resultado de la acumulación planteada. Es cierto que el art. 79.1 LEC 1/2000 establece que la acumulación de procesos se solicitará al tribunal que conozca del más antiguo, al que se acumularán los más modernos. Pero esto no debe necesariamente significar que, a resultas de la acumulación, habrán de sustanciarse las actuaciones conforme al procedimiento asignado al proceso más antiguo. Al contrario, del art. 77.1 antes citado también se puede extraer la consecuencia de que el proceso resultante de la reunión habrá de tramitarse conforme a los cauces de la LEC 1/2000, pues este precepto sienta la base general de que la acumulación de procesos nunca podrá provocar la pérdida de derechos procesales: por ello, si la acumulación resulta procedente –pues los procesos son efectivamente conexos y las necesidades del caso no pueden solventarse a través de la litispendencia o de la suspensión por prejudicialidad–, la forma de darle cabida sin infringir el art. 77.1 consistirá precisamente en mandar la tramitación del proceso, tras la reunión, por los cauces procedimentales adecuados según la LEC 1/2000.

Sea como fuere, se trata de un problema que se disipará por sí solo con el transcurso del tiempo, a medida que cambien de instancia o se extingan los procesos incoados al amparo de la LEC anterior.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 9

Servicio de notificaciones y cómputo de plazos.

El art. 151.2 LEC dispone que los actos de comunicación que se practiquen a través de los servicios de notificaciones organizados por los Colegios de Procuradores, así como los realizados a la Abogacía del Estado o al Ministerio Fiscal, *“se tendrán por realizados el día siguiente a la fecha de recepción que conste en la diligencia”*. A nuestro entender, la fecha relevante, a efectos del tiempo de los actos de comunicación, es la de entrada en el servicio correspondiente, y no la de recepción del concreto destinatario del acto.

Cuando un acto de comunicación se practica a través del servicio de recepción del Colegio de Procuradores, el art. 28.3 ordena que se diligencie una copia de la resolución o cédula que se ha de notificar, para hacer constar la recepción del acto de comunicación en ese servicio. La fecha que conste en esta diligencia de entrada en el servicio, será la determinante para tener por efectuado el acto de comunicación; aunque –como puede observarse en el precepto transcrito- siempre se concede un día de margen para tener por hecha la notificación. Este día de más, precisamente, sirve para que haya un tiempo razonable –que es el frecuente en la práctica- a fin de que el acto llegue a conocimiento efectivo del procurador destinatario. Así, si un acto de comunicación se recibe en el servicio de recepción el día 3, se tendrá por hecho el día 4, y si de él se deriva la apertura de un plazo, éste comenzará a computarse el día 5; esto último conforme a la regla general del art. 133.1 LEC.

De ese modo, no queda en manos del procurador destinatario la eficacia del acto de comunicación, realizado por medio del servicio de notificaciones: aquél no podrá retrasar maliciosamente la recepción de la comunicación –para tener más días de plazo, pe.-, puesto que el acto surtirá plenos efectos aunque él no se dé por enterado. Esta es la finalidad principal, pensamos, de la eficacia “automática” que trata de establecer el art. 152.1 LEC (en consonancia con lo ya dispuesto en el art. 272.2 *i.f.* LOPJ); la cual no se lograría si se siguiera la otra interpretación propuesta.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 10

Notificación por correo a varios lugares.

En los casos en que se practique la comunicación por remisión, la regla es que la notificación se tiene por hecha “*en cuanto se acredite la correcta remisión de lo que haya de comunicarse aunque no conste su recepción por el destinatario*” (art. 155.4 I). Esta es, precisamente, la especialidad más importante –y más llamativa- de este modo de comunicación: la notificación surte plenos efectos desde la *remisión*, y no desde la *recepción* por el destinatario (como sucede en el resto de formas de comunicación). Por eso, aunque la remisión se haga a varios lugares (art. 160.2), no hay problema en relación con el tiempo del acto, ya que esa remisión múltiple puede hacerse –y será lo ordinario- de una vez.

Además, debe recordarse que ese régimen de eficacia de las comunicaciones no se aplica en todo caso: deben exceptuarse aquellas comunicaciones que tengan por objeto “*la personación en juicio o la realización o intervención personal de las partes en determinadas actuaciones*” (art. 155.4 II). Esto es tanto como decir que en los actos sujetos a plazo o término –en la mayoría, si no en todos- no se tendrá por válida la comunicación desde la sola –y correcta- remisión; sino que habrá que tener constancia de su recepción por el interesado (o, de lo contrario, deberá acudir a la comunicación mediante entrega: art. 158)².

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

² Sobre este tema puede ampliarse en CUBILLO LÓPEZ: *La regulación de las actuaciones del juicio*, La Ley, 2001, págs. 125-128.

CUESTIÓN 11

Omisión del traslado de copias de escritos y de documentos.

Si una parte representada por procurador no traslada un escrito a la parte contraria antes de presentarlo ante el tribunal, éste no podrá admitirlo (art. 277). ¿Puede el tribunal admitir el escrito y hacerse cargo del traslado, si dicha parte ha presentado el número de copias suficiente, en virtud del art. 231 (subsanción del acto defectuoso, por presumir su voluntad de cumplimiento)? ¿O puede, incluso, aplicar lo dispuesto en el art. 275 (previsto para los casos en que se carezca de procurador) en el supuesto de que aquél no las presente (que el Secretario haga las copias a su costa, si no remedia la omisión en el plazo de cinco días)? En nuestra opinión, esto no es lo que ha querido la LEC.

En la nueva LEC se dispone que el traslado de copias de escritos, de parte a parte, se haga a través de los procuradores –por medio del servicio previsto en el art. 28.3- y, además, con carácter previo a la presentación del original ante el tribunal (art. 276.1). Tan es así, que la fecha relevante para la producción de efectos del escrito presentado será *‘la que se haya hecho constar en las copias entregadas’* a las demás partes según el sistema del art. 276.2, es decir, la fecha del traslado previo (art. 278). Por tanto, ninguna duda ofrece el art. 277, cuando determina que el tribunal no admitirá ningún escrito *‘si no consta que se ha realizado el traslado de las copias correspondientes a las demás partes personadas’*.

Otra cosa es que la parte que quiere presentar un escrito, tenga todavía plazo suficiente para efectuar ese traslado -por la vía del art. 276.2- y así lo haga, y de ese modo “subsane” la omisión.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 12

Traslado de copias y cómputo de plazos.

Con el nuevo sistema de traslado de escritos, previsto en los arts. 276-278, se persigue suprimir los llamados "tiempos muertos" de la comunicación procesal, tal y como se declara en la Exposición de Motivos de la LEC. Se trata de evitar el tiempo que transcurre entre que se presenta un escrito en el tribunal, y éste lo admite, lo tiene por presentado y da traslado del mismo a la parte contraria. Al exigirse el traslado a la parte contraria con carácter previo a la presentación del escrito ante el tribunal, y al otorgarse eficacia al acto desde el mismo traslado (en los términos examinados en la anterior cuestión), se logra de manera clara ese objetivo.

Obviamente, este sistema presenta el inconveniente de que algunos actos de parte, según lo dispuesto legalmente, requieren ser admitidos por el tribunal antes dar traslado de ellos a la parte contraria. Piénsese, pe., en el escrito por el que se interpone un recurso de reposición: el tribunal debe examinar la concurrencia de los dos requisitos indicados en el art. 452, previamente a su traslado a las demás partes para que puedan impugnarlo. Por tanto, si en este caso se realiza el traslado de parte a parte (conforme al art. 276), el plazo de cinco días para esa posible impugnación (del art. 453), comenzará a computarse *sin intervención del tribunal* y a los *dos días* de su presentación en la oficina de registro (según dispone el art. 278 y como se ha expuesto). Luego es probable que dicho plazo se agote sin que el tribunal se haya pronunciado sobre la admisión del recurso; con el consiguiente riesgo de que éste se inadmita posteriormente, y de que las impugnaciones de las demás partes hayan sido inútiles.

Es cierto que puede sostenerse con cierto fundamento una postura *minimalista*, consistente en entender que, en casos como el recién señalado, el sistema del art. 276.2 resulta inaplicable; en la medida en que este precepto parece referirse a traslados de actos de parte que no requieren previamente una decisión judicial, es decir, que pueden hacerse mediante diligencia de ordenación, por referirse a escritos respecto de los cuales la ley prescribe su traslado inmediato a la parte contraria. Sería el caso, por ejemplo, del escrito de interposición del recurso de apelación (del art. 461.1), o del escrito de ampliación de hechos nuevos (del art. 286.2), etc. Únicamente en este tipo de casos, puede hacerse llegar el escrito directamente a la parte contraria, sin necesidad de presentación previa ante el tribunal; y esa comunicación supondrá la apertura de un plazo para que la parte contraria puede pronunciarse, antes de que el tribunal resuelva la cuestión. Según esta misma postura *minimalista*, en todos los supuestos en que, por el contrario, la ley exija una decisión del tribunal previa al traslado, éste habrá de hacerse mediante la notificación judicial de la resolución por la que se admita el escrito de que se trate.

No obstante, aunque, como digo, la posición anterior pueda ser razonable, pensamos que, por muchos motivos, es preferible adoptar una postura *maximalista* y entender que el traslado de escritos *siempre* se realiza en la forma prevista en los arts. 276-278. Esas variadas razones, que recogen criterios interpretativos distintos, pueden

agruparse en las siguientes: 1.º) Por motivos de elemental *seguridad jurídica*, y salvo que la ley disponga otra cosa, conviene que todo escrito se traslade del mismo modo y, sobre todo, que las partes destinatarias se comporten siempre como si el plazo -que, en su caso, se derive- hubiera comenzado a correr. 2.º) Acudiendo al tenor *literal* del art. 276, se observa que ese sistema sólo se excluye expresamente para el traslado de escritos en los casos en que las partes carezcan de procurador (apartado primero), y para el traslado de la demanda o del escrito inicial del juicio (apartado tercero). 3.º) Desde un punto de vista *teleológico*, el fin del nuevo sistema, según la Exposición de Motivos, no es otro que aumentar la celeridad procedimental; y ésta se logra en mayor medida si el traslado de escritos se efectúa según los arts. 276-278 de la nueva ley. 4.º) Conforme al llamado *principio de normalidad*, es preferible considerar como regla lo que sucede en la práctica con más frecuencia, y en este punto, es mucho más habitual la admisión de un escrito que su inadmisión por el tribunal, en el trámite de provisión previa al traslado. 5.º) Por último, aun en el caso de que posteriormente se inadmita el escrito que se ha trasladado -y que es eficaz- con carácter previo a la decisión del tribunal, el derroche de *energías procesales* que esto supone, tendrá su reflejo en las costas del proceso³.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

³ En el mismo sentido, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ: "Cómputo de plazos y art. 278 LEC", en *Tribunales de Justicia*, La Ley-Actualidad, núm. V-2001, Madrid, pág. 3.

CUESTIÓN 13.

Extensión subjetiva de la cosa juzgada.

La extensión de la cosa juzgada a quienes no litigaron en un proceso concreto supone una ruptura de la regla general de que lo decidido afecta sólo a las partes. El único fundamento de las excepciones a este principio se encuentra en la identidad jurídica que, como consecuencia de la materia sobre la que versó el proceso o de particulares relaciones subjetivas, puede establecerse en determinados casos entre quienes fueron parte y otras personas que no intervinieron en el proceso. Desde esta perspectiva, parece evidente que uno de los supuestos de identidad más claros es el que se produce entre sustituido y sustituto, es decir, entre quien es titular de un derecho y aquel a quien el ordenamiento le permite que ejercite en nombre e interés propio las acciones que corresponderían a dicho titular. El sustituto ejercita una acción de la que es titular –en virtud de la legitimación que el artículo 10, en relación con las normas sustantivas de que se trate en cada caso, le confiere-, pero que tiene su base en un derecho subjetivo o en una relación jurídica cuya titularidad no le corresponde. Como es sabido, este expediente procesal pretende beneficiar a quien, para poder proteger un interés suyo legítimo, no tiene más opción que ejercitar en juicio acciones que en principio no le corresponden, pero de cuyo éxito –y ejercitarlas es necesario para que lo tengan- depende la salvaguarda de ese interés, que el Derecho estima justo amparar.

El artículo 222.3 determina que la cosa juzgada debe extenderse a los herederos y causahabientes de las partes, y también a los sujetos que no litigaron pero que son titulares de derechos que fundamentan la legitimación de las partes conforme a la previsión del artículo 11, es decir, asociaciones de consumidores y usuarios, grupos de afectados por un hecho dañoso siempre que los afectados estén determinados o sean fácilmente determinables y entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de consumidores y usuarios. Como puede advertirse, la identidad jurídica que existe entre sustituto y sustituido es cuando menos tan fuerte como la que se produce en los supuestos enumerados en el artículo 222.3, y que el sustituido no se viera afectado por la cosa juzgada derivada de la sentencia que se dicte en un proceso en el que la acción la ejercite el sustituto provocaría los graves problemas de inseguridad jurídica y la posibilidad de sentencias contradictorias que el artículo 222.3 pretende evitar. Sin embargo, la extensión de la cosa juzgada a terceros no litigantes es la excepción a una regla general de gran trascendencia, y en consecuencia debiera interpretarse restrictivamente, y limitarse a los supuestos que expresamente la ley prevé.

Planteados así los dos términos del dilema, y pese a la importancia del segundo de ellos, nos inclinamos por entender que debe hacerse uso de la analogía y, en consecuencia, extender la cosa juzgada también a los casos en que por ley se atribuye legitimación a persona distinta del titular de la relación jurídica u objeto litigioso. Además de lo ya señalado –la identidad jurídica entre sustituto y sustituido, y también entre este caso y los recogidos en el artículo 222.3, así como la finalidad de evitar inseguridad y contradicciones- son determinantes las condiciones por las que el artículo 222.3 llega a referirse sólo a los supuestos del artículo 11, y no a los del artículo 10, que incluirían los casos de legitimación por sustitución. En el texto de la LEC publicado

en el BOE de 7 de enero de 2000, el artículo 222.3 se refería al artículo 10, y no al 11, respecto de la extensión de la cosa juzgada. La remisión podía parecer un tanto confusa, puesto que el presupuesto del artículo 222.3 es que, en determinados casos, la cosa juzgada se extiende a sujetos que *no fueron litigantes*, mientras que el artículo 10, en su primer párrafo, *no se refiere a quienes no son litigantes, sino que determina precisamente quiénes tienen legitimación para serlo*. Sin embargo, la doctrina ya había interpretado la referencia del artículo 222.3 como hecha al segundo párrafo del artículo 10, que alude genéricamente a los casos en los que la ley atribuye legitimación a persona distinta del titular de los derechos que se deducen en el juicio. Esta alusión comprende tanto a la legitimación por sustitución, como a la llamada legitimación representativa, propia de las asociaciones -u otras entidades previstas en el artículo 11- de consumidores y usuarios. Puede verse, en este sentido, DE LA OLIVA SANTOS A, y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, primera edición, pág. Meses después de la publicación de la LEC, la corrección de errores recogida en el BOE de 14 de abril de 2000 rectifica la mención del artículo 10 y lo sustituye por el artículo 11, sin reparar en que al corregir un error que no era tal, sino tal vez una remisión incompleta, incurría verdaderamente en uno de importancia, excluyendo de la extensión de la cosa juzgada los supuestos de legitimación por sustitución, que por su naturaleza deben entenderse necesariamente comprendidos.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 14.

Cosa juzgada *secundum eventum litis*.

El artículo 221 enumera una serie de reglas a las que deben sujetarse las sentencias dictadas como consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores y usuarios. De la lectura de estas normas se deduce que el legislador no está pretendiendo regular aquí única ni fundamentalmente el efecto de cosa juzgada de estas sentencias, sino que se refiere a su contenido y efectos en un sentido más general. Esta deducción se refuerza si se observa que el siguiente artículo, dedicado específicamente a la cosa juzgada material, contiene en su apartado tercero una norma particularmente referida al efecto de cosa juzgada de las sentencias dictadas en procesos para la defensa de los intereses de consumidores y usuarios, cuando la legitimación de quienes han sido parte en esos procesos tiene su fundamento en lo previsto en el artículo 11 de la LEC.

No creemos, por tanto, que la regla segunda del artículo 221 esté abriendo la posibilidad de que la cosa juzgada de las sentencias en materia de consumo tenga una eficacia que trascienda a las partes *secundum eventum litis*. Tal hipótesis perjudicaría gravemente la seguridad jurídica, favorecería procesos fraudulentos e impondría a quien, como consecuencia de la desestimación de la demanda promovida por los consumidores, ha obtenido una sentencia que considere lícita determinada actividad o conducta, la injustificada carga de no poder oponer dicha sentencia a terceros.

Lo específico de las declaraciones de ilicitud de determinadas actividades o conductas, contempladas en la regla segunda del artículo 221, frente a las condenas dinerarias a que se refiere la regla primera, es que la declaración de ilicitud se proyecta hacia el futuro. Cuando lo que se reclama en el proceso es una condena dineraria, se pide en favor de personas que ya han sido afectadas por un hecho concreto, que tal vez no pueda repetirse en el futuro. Cuando lo que se solicita es una declaración de ilicitud, de esa declaración no van a beneficiarse sólo quienes ya han contratado o se han relacionado con el demandado, sino que también serán beneficiarios potenciales de que el demandado deje de realizar tal actividad ilícita quienes en el futuro vayan a relacionarse o contratar con él, o quienes en el pasado pudieron hacerlo. Por otro lado, es posible que la ilicitud de una actividad o conducta no afecte a todos los que se relacionaron con el demandado, sino sólo a quienes lo hayan hecho en determinadas condiciones. El espectro de posibles beneficiados por la sentencia es tan amplio, y tan diversos los supuestos que una declaración de ilicitud respecto de actividades o conductas abarca, que es perfectamente razonable la previsión que el legislador hace en la regla segunda del artículo 221. El único contenido de esta previsión es que en la sentencia el tribunal determinará el alcance que la declaración de ilicitud debe tener con arreglo a la legislación sustantiva. Ciertamente, el legislador no ha previsto de forma expresa la consecuencia de que la decisión judicial sea la contraria, es decir, desestimar la demanda con base en la licitud de la actividad o conducta, luego este caso debe regirse por las normas generales respecto de la cosa juzgada en procesos en los que la legitimación la ostentan asociaciones de consumidores y usuarios. De toda la regulación de la LEC relativa a los consumidores y usuarios se deduce la voluntad inequívoca de

evitar constantes procesos sobre una misma cuestión cuando ya ha recaído un pronunciamiento jurisdiccional en un proceso instado por quienes tienen legitimación para hacerlo; especialmente, hay que tener en cuenta la amplitud de la publicidad, el llamamiento a los interesados y las posibilidades de intervención previstas para estos procesos. En consecuencia, la sentencia que declara la licitud de determinada actividad o conducta debe entenderse eficaz en los términos establecidos en el artículo 222.3, sin perjuicio de que el tribunal deba hacer las precisiones obligadas por la legislación de protección a consumidores y usuarios si, en el caso de que se trate, existen normas específicas también para estos casos.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 15.

Procedimiento adecuado en materia de competencia desleal.

A través de la cuestión formulada se pone de relieve la contradicción existente entre el art. 249.1.4º LEC y el art. 22 LCD (redactado conforme a la Disposición Final 4ª de la LEC). En efecto, el art. 22 LCD establece sin más que «los procesos en materia de competencia desleal se tramitarán con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil para el juicio ordinario»; por su parte, el art. 249.1.4º LEC manda sustanciar por los cauces del juicio ordinario «las demandas de competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, *siempre que no versen exclusivamente sobre reclamaciones de cantidad, en cuyo caso se tramitarán por el procedimiento que les corresponda en función de la cuantía que se reclame*».

La duda surge, es obvio, respecto de aquellas demandas en que, con base en las normas sobre competencia desleal, se pretenda exclusivamente la condena al pago del demandado de una cantidad de dinero que no exceda de las quinientas mil pesetas.

Debe resaltarse, antes que otra cosa, la rareza de estos supuestos: es cierto que la Ley de Competencia Desleal, en los núms. 5º y 6º de su art. 18, enumera acciones de contenido pecuniario (resarcimiento de daños y perjuicios, enriquecimiento injusto); sin embargo, la causa de la reclamación siempre se encontrará, en último término, en un acto susceptible de calificación como de competencia desleal, y será lo habitual que el demandante también pretenda expresamente del tribunal la declaración de esa deslealtad: de ser así las cosas, el proceso ya no versará en exclusiva sobre reclamación de cantidad, sino que tendrá un objeto plural, y será procedente tramitarlo por los cauces del juicio ordinario.

Sea como fuere, si tan sólo se reclama una cantidad de dinero, y no se formula petición de pronunciamiento diverso al de condena, lo razonable es que prevalezca la aplicación del art. 249.1.4º LEC y el litigio se acomode a los cauces del juicio ordinario o del juicio verbal en función de lo reclamado. Esta interpretación se puede sustentar en varios argumentos. En primer término, el art. 249.1.4º LEC es norma más completa y detallada que el art. 22 LCD, de modo que el último inciso del primero de los preceptos citados puede considerarse como *lex specialis*. Además, debe recordarse que el tenor literal del art. 22 LCD obedece a la nueva redacción que le otorga la propia LEC, y no es lógico considerar que lo que la LEC ha querido en su cuerpo principal quede desvirtuado por la redacción que ella misma manda dar a una norma contenida en una disposición especial que, en rigor, es superflua. Finalmente, también debe tenerse en cuenta que el propio art. 22 LCD contiene una remisión expresa a lo dispuesto en la LEC, que formula la matización que es fuente de la aparente discordia.

Son, en definitiva, admisibles juicios verbales en los que, con base en una infracción a las normas en materia de competencia desleal, se reclame exclusivamente una cantidad de dinero que no exceda de las quinientas mil pesetas.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 17.

Diligencias preliminares: ¿*numerus clausus*?

Las diligencias preliminares referidas en el art. 256 son *numerus clausus*: por lo tanto, no podrán solicitarse como tales actividades diversas a las especificadas en ese precepto, ni tampoco en situaciones diversas a las contempladas en él. A pesar de que el tenor literal del precepto se ha suavizado si se compara con la tajante dicción del art. 497 *i.f.* de la LEC anterior, lo cierto es que la formulación del art. 256 tampoco da pie a entender que se puedan solicitar diligencias preliminares no previstas en las leyes (cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* –con DE LA OLIVA SANTOS–, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, pág. 229). El carácter cerrado de la lista de diligencias preliminares es algo que se ha venido admitiendo de forma tradicional por nuestra doctrina y por nuestra jurisprudencia; y siempre se ha asumido, en consecuencia, que existen ciertas situaciones en las que no resulta posible beneficiarse de una diligencia preliminar, esto es, del auxilio judicial en la preparación del proceso: ésta es una función que, en el ámbito civil, ha de presentar siempre un carácter excepcional.

Lo que no es contradictorio con el carácter de *numerus clausus* de las diligencias preliminares previstas en la LEC y en las leyes especiales es la posibilidad de interpretar de forma flexible y extensiva los términos empleados por las normas en cuestión, a los efectos de dar cabida a ciertas situaciones dudosas. En esta línea, podría preconizarse una cierta amplitud en la interpretación de lo que se consideren «documentos en los que conste la legitimación de la persona frente a la que se dirigiría la demanda» (art. 256.1.1º), y que en ciertos supuestos podría utilizarse como cauce para lograr la exhibición de documentos relativos al fondo de la controversia (dada la estrecha vinculación entre la legitimación pasiva y el fondo del litigio).

En el ejemplo formulado al plantear la cuestión, de no considerarse aplicable la interpretación propuesta en el párrafo anterior, habría que entender que el ordenamiento no pone a disposición del futuro litigante ninguna diligencia preliminar que le permita obtener, antes de la incoación del proceso, la copia del contrato que le interesa. Ahora bien, nada le impide acudir a los mecanismos de solicitud de exhibición documental previstos en los arts. 328 y 329 –cuyo contenido y eficacia son análogos a los que tendría una eventual diligencia preliminar, aunque diferidos en el tiempo–.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 18.

Diligencias preliminares: entrada y registro.

Las diligencias preliminares son el cauce adecuado para que quien pretende iniciar un proceso averigüe hechos relevantes respecto del pleito. Cumplen así la importante misión de evitar procesos innecesarios, o con errores en la determinación del objeto o de quienes deben integrar las partes procesales. La trascendencia de este objetivo justifica que el legislador haya previsto medidas coercitivas, que pueden implicar incluso la restricción de derechos fundamentales, para los casos en los que el destinatario del requerimiento no realice la actuación indicada por el órgano jurisdiccional. Es evidente que también para el proceso civil es aplicable la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional respecto de la restricción de derechos fundamentales, que se concretan básicamente en la necesidad de un razonamiento expreso y ponderado y de un juicio de proporcionalidad del que resulte la necesidad de la adopción de una medida restrictiva concreta en un caso también individualizado. Es cierto que este juicio de proporcionalidad requiere, entre otros factores, que, en una situación de conflicto entre dos derechos fundamentales, el órgano jurisdiccional estime que ha de primar en el caso concreto el otro derecho sobre el de inviolabilidad del domicilio. Pero no se puede afirmar con carácter general que respecto de la necesidad de realización de diligencias preliminares no concurre nunca un derecho fundamental del solicitante de la medida. Los tribunales tendrán que valorar en cada caso si, de que no se lleve a cabo la diligencia preliminar de que se trate, se puede derivar la lesión de, por ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva del solicitante, observando siempre la concreción del contenido de este derecho tal y como ha sido perfilado por el Tribunal Constitucional en el supuesto particular examinado.

Si se atiende a lo dispuesto en los artículos 206.2 1ª y 208.1, se puede concluir que la providencia es un vehículo adecuado para ordenar la entrada y registro en el caso que nos ocupa, especialmente si se tiene en cuenta que el artículo 18.2 de la CE sólo exige que la entrada o registro en domicilio se acuerde por resolución judicial, sin determinar en concreto la forma de ésta. Lo determinante, en consecuencia, no es la forma de providencia o auto de la resolución, puesto que ambas pueden ser motivadas, y porque ni siquiera la motivación por sí misma satisface las exigencias constitucionales. Por poner un ejemplo extraído de la propia LEC, el auto que despacha ejecución de una condena a entregar cosa cierta, y ordena la entrada y registro en el domicilio del deudor al amparo de lo previsto en el artículo 701.1 puede ser igualmente inconstitucional si, pese a su forma de auto y a la motivación que dicha forma necesariamente implica, carece de razonamiento expreso respecto de la medida restrictiva del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio y del juicio de proporcionalidad adecuado al caso concreto.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 19.

Diligencias preliminares: decisión sobre aplicación de la caución.

Resulta evidente que la Ley no ha establecido en el art. 262 un plazo para la solicitud de la aplicación de la caución, tal vez con la idea de que dicha solicitud, movida por interés claro, se presentará de inmediato o en un breve plazo de tiempo. Con frecuencia será así, pero no resulta descartable que, por diferentes motivos (v. gr.: inexistencia de daños y perjuicios o escasa entidad de ellos, negligencia, desinterés, etc.), pase el tiempo y no se solicite la aplicación, lo que hace plausible la cuestión formulada.

A nuestro entender, son de distinguir dos supuestos:

1º) Las diligencias se han practicado, pero la demanda no se presenta en el plazo de un mes desde su terminación: resulta entonces de aplicación lo dispuesto en el pfo. primero del aptdo. 3 del art. 256;

2º) Las diligencias se han practicado y la demanda se ha interpuesto. Es en este supuesto donde el silencio del art. 262 sobre el plazo hace relevante la cuestión.

Centrado así el asunto, ha de decirse que sería contrario al “espíritu y finalidad” de la norma relativa a la caución su mantenimiento indefinido sin aplicarla a la satisfacción de daños y perjuicios. La caución se establece legalmente para compensar con rapidez esos daños y no, en absoluto, para perjudicar sin motivo ni justificación al que la presta, inmovilizando y limitando sus recursos *sine die* (además, arg. *ex* aptdo. 2 art. 262, que evidencia una *voluntas legis* de rápida aplicación de la caución). Por tanto, se debe excluir el mantenimiento indefinido y también el que se pretendiese prolongar ésta por todo el tiempo correspondiente al plazo de prescripción de la acción indemnizatoria, puesto que la prescripción no impide la demanda ni la conduce necesariamente a su desestimación.

De modo que nos inclinamos a responder a la cuestión en el sentido de que, transcurrido un tiempo razonable para presentar la solicitud (un mes), el tribunal, a instancia de quien prestó la caución, debe requerir a los posibles perjudicados para que, en otro razonable plazo, presenten la solicitud de aplicación conforme a lo dispuesto en los arts. 712 y ss (aplicables por analogía), previniéndoles de que, de no hacerlo, procederá de inmediato a cancelar la caución. El fundamento legal de este comportamiento se encuentra en el mismo art. 262, interpretado, como ha quedado dicho, conforme a su “espíritu y finalidad”.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 20.

Expresión de la cuantía en la demanda. Postulación en procesos determinados por la materia.

a) La cuantía, en tanto que expresión del interés económico del proceso, es una cifra que desempeña un papel importante al menos en relación con los cinco siguientes extremos: la delimitación de la competencia objetiva entre los Juzgados de Primera Instancia y los Juzgados de Paz (art. 47); la determinación del procedimiento adecuado, cuando el litigio no versa sobre materia para la que aquél se encuentre prefijado (arts. 249.2 y 250.2); el carácter necesario o potestativo de la intervención de abogado y procurador en el proceso (arts. 23 y 31); el importe de ciertas partidas que deben reembolsarse si se produce condena en costas (art. 394.3); la posibilidad de que la sentencia de segunda instancia pueda ser recurrida en casación sin necesidad de que revista interés casacional (art. 477.1.2º).

Aunque algunas de estas cuestiones deben tenerse en cuenta en un estadio avanzado del proceso, las tres primeras deben conocerse desde sus inicios. Por eso, resulta razonable exigir, como lo hace con claridad el art. 253.1, que el actor exprese justificadamente en su demanda la cuantía del proceso. Es cierto que el precepto se encuentra ubicado dentro del Capítulo dedicado a las normas para determinar el tipo procedimental que debe seguirse, y que los apartados 2 y 3 del propio art. 253 se ocupan de la fijación de la cuantía a los solos efectos de la adecuación procedimental. Esto, sin embargo, no significa que la obligación de expresar la cuantía en la demanda resulte operativa únicamente en los casos en que sea éste el criterio al que deba acudir para la determinación del procedimiento legalmente adecuado. Nada en el tenor literal del art. 253.1 conduce a esta interpretación; el hecho de que los apartados siguientes sí se ocupen de la incidencia de la fijación de la cuantía sobre la adecuación procedimental se explica por ser éste el «thema» del Capítulo de la Ley en que se encuentra inserto, pero no debe servir para restringir el alcance de la obligación genérica proclamada en el apartado primero, que es reflejo de la incidencia plural que la cuantía tiene en el proceso, y que obliga a conocerla y a fijarla en sus comienzos: en este sentido, es reveladora la regla de «perpetuatio valoris» contenida en el párrafo segundo del mismo art. 253.1, y que fija el momento temporal para tener en cuenta la cuantía en el de interposición de la demanda.

Lo anterior, sin embargo, debe interpretarse con flexibilidad en relación con aquellos procesos respecto de los cuales el papel de la cuantía no resulte relevante *ab initio* para fijar el procedimiento adecuado y respecto de los cuales su fijación resulte especialmente dificultosa (como sucede, a título de ejemplo, con los procesos en materia de estado y capacidad de las personas, o con los de impugnación de acuerdos societarios); en estos casos, puede considerarse excesivamente gravoso arrojar sobre el actor la carga de proceder a una determinación precisa de la cuantía, siendo suficiente con que aquélla se cifre de manera aproximada o que, incluso, la demanda se proponga directamente como de cuantía indeterminada: al fin y al cabo, ni la competencia objetiva, ni la adecuación procedimental, ni la intervención de abogado y procurador se

habrán de ver perjudicadas por este proceder, dado que son cuestiones a las que en todo caso se responderá *ratione materiae*.

b) En los procesos que han de seguir los trámites del juicio verbal por razón de la materia es siempre preceptiva la intervención de abogado y procurador. Es cierto que la expresión empleada por los arts. 23.2.1º y 31.2.1º («los juicios verbales cuya cuantía no exceda de ciento cincuenta mil pesetas») puede resultar un tanto ambigua, pues los términos legales no dejan claro si se está haciendo referencia a cualesquiera juicios verbales, o bien únicamente a aquéllos en los que la cuantía ha sido la determinante de la procedencia del cauce procedimental. Sin embargo, la duda se disipa en cuanto se constata que todos aquellos litigios que han de ser juicios verbales por razón de la materia (los del art. 250.1) revisten una serie de especialidades que, se quiera o no, son fuente de un mayor grado de complejidad técnica y jurídica: es la previsión de tales especialidades para los juicios verbales *ratione materiae* la que priva de fundamento a la excepción al carácter preceptivo de la intervención de ambos profesionales en el proceso, y la que fuerza a entender que tal excepción sólo tiene vigor en los juicios verbales por razón de la cuantía.

La anterior conclusión no debe verse enturbiada por la exigencia, antes proclamada, de que también debe expresarse la cuantía en la demanda cuando el procedimiento adecuado se ha de determinar por razón de la materia: porque en estos casos nada tiene que ver con la cuantía la opción por el carácter preceptivo o facultativo de la postulación.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 21.

Consignación en el retracto legal del CC.

Los deberes que se imponen en el art. 1518 CC para los casos de compraventa con retracto convencional se refieren, si bien se mira, a la *efectiva satisfacción del precio* y de otros gastos antes de ejercitar el derecho de retracto. En cambio, el art. 266, 3º, en relación con el art. 269.2, ambos de la LEC, imponen la *consignación* o la *prestación de caución que garantice la consignación* -cuando por ley o por contrato sea aquella exigible- como presupuesto especial de admisibilidad de la demanda.

Por tanto, la cuestión debe ser respondida, a nuestro entender, en el sentido de que, dejando a un lado las exigencias del art. 1518 CC, la LEC exige que precisamente con la demanda se acompañen documentos acreditativos de la consignación o de la caución garantizadora de la consignación. El art. 1518 CC no puede oponerse para neutralizar las referidas exigencias de los preceptos procesales que se han citado.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 22.

Conexión para reconvenir.

Para determinar los límites de la conexidad exigida en el artículo 406 para la reconvencción hay que atender tanto a la regulación de situaciones similares en la LEC como a la finalidad perseguida por el legislador a través de este requisito. Aunque implica una inversión de las posiciones procesales, forma parte de la esencia de la reconvencción la conexión subjetiva con la demanda principal, luego habría que descartar en principio la aplicación a la reconvencción de los requisitos exigidos en el artículo 72 para la acumulación subjetiva de acciones, puesto que están referidos a una situación prácticamente opuesta, que consiste en que las personas frente a las que se ejercitan las acciones acumuladas son distintas. En este caso, es lógico que el legislador exija un vínculo muy fuerte, expresado en la necesidad de que las acciones se funden en los mismos hechos, tratando de evitar que la complejidad y dispersión del objeto del proceso suponga una lesión para la economía procesal mayor que si las diversas acciones se sustanciaran en procesos distintos.

La situación que dibuja el planteamiento de una reconvencción por parte del demandado se parece más a la acumulación objetiva de acciones -con la importante diferencia, claro está, de que en el primer caso las posiciones procesales varían, mientras que en el segundo se mantienen respecto de todas las acciones ejercitadas- puesto que se trata de ambos casos de un conjunto de acciones que se suscitan entre los mismos sujetos. Sin embargo, para la acumulación objetiva basta la conexión subjetiva -artículo 71.2-, mientras que para la reconvencción se ha querido un nexo algo más fuerte. Nos encontramos así con que el legislador no ha asimilado expresamente la reconvencción con ninguno de los institutos con los que puede guardar relación. De ello hay que deducir que la conexión entre reconvencción y demanda debe encontrarse en un punto intermedio entre la falta de exigencias de la acumulación objetiva y la rigidez de las exigencias propias de la acumulación subjetiva. Hay que tener en cuenta, además, que el elemento al que normalmente debe referirse la conexión es la causa de pedir, puesto que en muchos casos, singularmente los referidos a acciones de condena, será imposible pretender que los *petita* de demanda y reconvencción soliciten la misma o similar tutela jurídica. Siguiendo a DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (con DE LA OLIVA SANTOS, BANACLOCHE PALAO y VEGAS TORRES, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pág. 680), la reconvencción debe entenderse conexa cuando tenga su fundamento en hechos que formen parte de la misma relación jurídica de la que trae causa la demanda principal, aunque estos hechos no constituyan exactamente la misma causa de pedir alegada por el actor. Se exceptúa, evidentemente, la compensación, para la que hay previsto un tratamiento específico.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 23.

Reconvención frente a la reconversión.

La LEC no establece de forma expresa en sus arts. 406 y 407 si resulta admisible o no una reconversión a la reconversión. La respuesta a la cuestión, por tanto, habrá que buscarla en los criterios por los que se rigen esta institución y, en general, el fenómeno de la pluralidad de objetos en el proceso civil.

En principio, cabe entender vedada la reconversión a la reconversión que pretenda formularse por quien era demandante inicial en el proceso, acudiendo al argumento que se deduce del art. 78.2 y 78.3 para la acumulación de procesos: dado que esta *reconventio reconventionis* por parte del demandante inicial conduciría a un proceso con pluralidad de objetos, cabe presumir al demandante inicial en condiciones de haber ejercitado en su demanda, desde un inicio, todas las acciones que, guardando conexión entre sí –incluso sin esta necesidad–, afirmara corresponderle frente al demandado; es más, en el caso de que entre la acción inicialmente ejercitada y la que pretendiera ejercitarse por medio de esta reconversión a la reconversión la única diferencia se diese respecto de la causa de pedir, la prohibición se deduciría con mayor claridad de la regla de preclusión del art. 400.

Ahora bien, este argumento no resulta válido respecto de los demandados reconventionales que no fueran inicialmente demandantes; se trata, como es lógico, de los supuestos en que se actualiza la previsión del art. 407, en virtud del cual resulta admisible formular una reconversión también frente a sujetos no demandantes: para estos sujetos, en tanto que son exclusivamente demandados, tiene todo su vigor la norma permisiva de la reconversión formulada en el art. 406.

Se ha advertido que, con esto, se está dando cabida a una «espiral» de reconversiones, en los casos en que a través de cada una de ellas se fuera trayendo al proceso a sujetos inicialmente no demandados que a su vez formularan reconversión – que afectase a terceros–; sin embargo, en la práctica, la realidad de las cosas y la exigencia de conexión entre las acciones permite descartar este peligro o, cuando menos, reducirlo al mínimo (cfr. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* –con DE LA OLIVA SANTOS–, 2ª ed., Madrid, 2001, Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 271).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 24.

Anulabilidad del negocio jurídico: excepción o reconvención.

No es fácilmente explicable la razón por la que el Proyecto de LEC limitó a la nulidad absoluta del negocio el tratamiento que en el Borrador se refería simplemente a la nulidad del negocio, albergando en consecuencia tanto la absoluta como la relativa. Varias son las críticas que pueden hacerse a la precisión del tipo de nulidad. En primer lugar, si determinados vicios fundamentan la nulidad o simplemente la anulabilidad de los negocios jurídicos es algo que no siempre puede determinarse *a priori*, sino que hay que dilucidar a través del debate que en el proceso se entable. En segundo lugar, y salvando todas las distinciones que deban hacerse entre lo nulo y lo anulable, la trascendencia de ambas situaciones en lo que aquí nos ocupa es la misma. Quiere decirse que no hay ninguna diferencia entre la nulidad absoluta y la relativa que justifique que, suscitada la primera por el demandado, el actor pueda discutirla y el ordenamiento atribuir eficacia de cosa juzgada a lo decidido en la sentencia, de manera que el demandado no pueda posteriormente instar un segundo proceso alegándola, mientras que las cuestiones de nulidad relativa no podrían ser contestadas por el actor, ni decididas con efecto de cosa juzgada en la sentencia. Como en otras ocasiones, aquí el intérprete debe optar entre la literalidad de la norma, que excluye del tratamiento de reconvención la alegación de la nulidad relativa, y la finalidad evidente de la norma, que queda francamente desvirtuada si todas las cuestiones relativas a la eficacia o ineficacia del negocio jurídico no pueden debatirse con plena contradicción y ser decididas con efecto de cosa juzgada. Estas consideraciones nos inclinan a considerar comprendida en la previsión del artículo 408 la alegación de la nulidad relativa, reputándola en consecuencia excepción reconvencional. De la misma manera estimamos que la alegación de nulidad, absoluta o relativa, no tiene que referirse exclusivamente a un negocio jurídico; el mismo tratamiento deben recibir las alegaciones de nulidad respecto de situaciones o relaciones jurídicas que puedan deducirse en un proceso civil.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 25.

Poder especial para comparecer en la audiencia previa.

Una de las finalidades básicas de la audiencia previa al juicio es la de intentar llegar a un acuerdo o transacción entre las partes que ponga fin al proceso. Por eso, es precisa o bien la comparecencia personal de las partes en esta fase del proceso, o bien que su representante técnico, el procurador, esté investido, cuando acude a ella, de facultades para renunciar, allanarse o transigir. Dado que estas facultades no forman parte del contenido del poder general para pleitos, el art. 414.2 II exige que, en el momento de acudir a la audiencia previa, al procurador le hayan sido otorgadas de forma expresa, esto es, que el procurador disponga de poder especial que le habilite para transigir, renunciar y allanarse: sin un procurador que disponga de estos poderes – y sin la concurrencia personal de su mandante– la audiencia previa carece de parte de su sentido; y teniendo en cuenta que no es ni posible ni admisible que el litigante disponga de a qué efectos acude a la audiencia previa –como sucedería si envía a su procurador sin facultarle para transigir–, la Ley manda tenerle por no comparecido.

Evidentemente, lo que exige el precepto es que cuando el procurador acuda a la audiencia esté facultado para transigir, renunciar y allanarse; no es preciso, sin embargo, que tales poderes le hayan sido atribuidos en un instrumento y a través de un apoderamiento *ad hoc*. Según se vio al responder a la cuestión 4, a los efectos de cumplir con la exigencia del art. 414.2 II es suficiente con un instrumento inicial de apoderamiento al procurador que, además de facultarle para realizar en nombre de su mandante los actos ordinarios del proceso, le atribuya también las facultades de renuncia, allanamiento y transacción.

Como se advierte en el planteamiento de la cuestión, pueden surgir dificultades especiales cuando una de las partes en el proceso civil sea una Administración Pública. En tal caso, será el Abogado del Estado quien asuma su representación y defensa en juicio y quien, por tanto, hará las veces de procurador (art. 1 de la Ley 52/97 de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas) y quien, en consecuencia, es el destinatario de la exigencia proclamada en el art. 414.2 II LEC.

El art. 7 de la Ley 52/97 establece expresamente que el Abogado del Estado sólo podrá disponer de la acción previa autorización expresa de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado que deberá, previamente, recabar informe del Departamento, Organismo o entidad pública correspondiente. Pues bien, si quisiera darse cumplimiento al mandato del art. 414.2 II LEC, habría que considerar preciso que el Abogado del Estado hubiera obtenido esa autorización antes de la celebración de la audiencia previa. En caso de que así sucediera, no se daría problema alguna (es más, si la demora en la tramitación lo hiciese inevitable, el Abogado del Estado podría pedir un nuevo señalamiento de la audiencia, a los efectos de poder acudir a ella debidamente autorizado –cfr. art. 183 LEC–). Ahora bien, una autorización genérica al Abogado del Estado para llegar a un acuerdo o transacción cuyos términos aún no han llegado siquiera a plantearse puede resultar extraña, y más en el ámbito de la Administración Pública –y ello a pesar de que nada hay en el art. 7 de la Ley 52/97 que

exija esa concreción—. Por eso, debe contarse en la práctica con la posibilidad de que no se emita esa autorización, o de que incluso se deniegue. Una interpretación estricta del art. 414.2 II LEC obligaría en este caso a tener a la Administración por no comparecida a la audiencia; lo singular de las circunstancias, sin embargo, podría justificar una excepción a semejante regla, máxime si se tiene en cuenta que, en la mayoría de supuestos, a la interposición de la demanda ya debe haberle precedido un intento de solución extrajudicial de la controversia, representado por la reclamación previa en vía administrativa.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 26

Litisconsorcio pasivo necesario.

Para la LEC, la irregular constitución de la litis por ausencia de llamada al proceso de un litisconsorte necesario es cuestión que puede ser apreciada en la audiencia previa al juicio –siempre, claro está, en el marco del juicio ordinario–, pero únicamente a instancia de parte, nunca de oficio: sólo si el demandado –o alguno de ellos– plantea la falta de litisconsorcio necesario en su contestación a la demanda (art. 405.3 LEC) surgirá en el tribunal el deber de resolver sobre esta cuestión en la audiencia previa del juicio ordinario, en los términos previstos en el art. 420 LEC.

Si se tiene en cuenta cómo se articulan legalmente las distintas cuestiones expresamente previstas como posible materia de la audiencia previa, se ha de concluir que no constituye silencio involuntario de la ley la falta de previsión de un planteamiento “ex officio” de la “irregular constitución de la litis”. En una opción discutible en sí, pero no en su existencia y vigencia, la LEC, como reacción a la hipertrofia de la falta de litisconsorcio pasivo necesario impropio y en coherencia con sus disposiciones sobre extensión subjetiva de la cosa juzgada e incluso sobre ejecutabilidad de las sentencias y sujetos pasivos de la ejecución forzosa, hace recaer sobre las partes las consecuencias tal vez desfavorables de una sentencia menos eficaz de lo posible o parcialmente *inutiliter data*.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 27

Incomparecencia de testigos o peritos citados judicialmente.

El art. 429.5 establece que al final de la audiencia previa debe determinarse qué testigos y qué peritos se comprometen a llevar las partes al juicio, y cuáles serán citados judicialmente. La falta de comparecencia de los testigos o peritos citados judicialmente es, según el art. 193.1, causa de interrupción del acto del juicio, siempre que ‘*el tribunal considere imprescindible la declaración o el informe de los mismos*’ (núm. 3.º). Por otro lado, el art. 435.1 permite al tribunal acordar, como diligencia final, la práctica de aquellas actuaciones de prueba que, habiendo sido propuestas y admitidas, no hayan podido practicarse ‘*por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto*’ (regla 2.ª).

Según el tenor de esos preceptos, parece que lo relevante para la interrupción o la continuación de las actuaciones del juicio, en el supuesto del que tratamos, será el carácter *imprescindible* o no de la declaración del sujeto de la prueba incomparecido. De ser aquella imprescindible, el tribunal puede interrumpir el juicio, y que no se reanude en tanto que no comparezcan los testigos o peritos ausentes. En cambio, si la declaración de éstos no es tan relevante, podrán celebrarse las restantes actuaciones; y si las partes lo desean, podrán pedir que la actuación de prueba no realizada, se practique como diligencia final.

Sin embargo, desde un punto de vista práctico, apenas existe diferencia entre una y otra solución. En el primer caso, es razonable que, antes de la interrupción, se celebren todas las actuaciones que en ese momento puedan llevarse a cabo (pe., carecería de toda lógica retrasar la declaración de un testigo que sí ha comparecido). Luego, lo que pueda llevarse a cabo, se practicará; y lo que no, se dejará para otra sesión. Y esto mismo es lo que sucede con la segunda solución: en el juicio se practicará todo lo “practicable”, y más tarde, en otra sesión, se realizarán las actuaciones solicitadas como diligencias finales. La principal diferencia es que la interrupción la decide enteramente el tribunal (art. 193.1); y para que haya diligencia final, se precisa necesariamente solicitud de parte (art. 435.1).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 28

Prueba pericial de oficio. Costas.

Los procesos especiales *ex art. 339.5* son aquellos que versan sobre declaración o impugnación de la filiación, paternidad y maternidad, sobre la capacidad de las personas, y los procesos matrimoniales. En todos estos casos, por el carácter indisponible de su objeto, puede el tribunal designar perito de oficio cuando la pericia sea pertinente. Y parece razonable que los honorarios de esta clase de peritos sean abonados por el demandante y el demandado, por mitad; tal y como sucede cuando ambos litigantes solicitan un dictamen pericial sobre el mismo extremo: habrá un único perito, al que pagarán por partes iguales (art. 339.2 *i.f.*).

El problema puede plantearse una vez designado y nombrado el perito. La ley establece que el perito designado judicialmente puede solicitar una provisión de fondos, que, tras ser aprobada por el tribunal, las partes deberán abonar en el plazo de cinco días; y de no hacerlo, *“el perito quedará eximido de emitir dictamen, sin que pueda procederse a una nueva designación”* (art. 342.3 II). En este mismo precepto, se establece que: *“Cuando el perito lo hubiese sido de común acuerdo, y uno de los litigantes no realizare la parte de la consignación que le correspondiere, se ofrecerá al otro litigante la posibilidad de completar la cantidad que faltare, indicando en tal caso los puntos sobre los que deba pronunciarse el dictamen, o de recuperar la cantidad depositada, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el párrafo anterior”* (art. 342.3 III).

Como puede observarse, el precepto transcrito se refiere a los peritos designados a instancia de parte, y en caso de común acuerdo. ¿Qué sucede en los casos en que la designación del perito haya partido del propio tribunal? ¿Quedará el perito eximido del deber de emitir dictamen si una de las partes no abona el total de la provisión de fondos? ¿Y quién defiende el interés público que está en juego en tales casos? Pensamos que, dada la identidad de razón, el art. 342.3 es aplicable por analogía a los peritos designados de oficio; ya que, en esos procesos, siempre habrá una parte más interesada que la contraria en la emisión del dictamen, según las reglas de la carga de la prueba y, por tanto, ella será la que se haga cargo del abono de los honorarios, so pena de que el extremo en cuestión no quede probado por otros medios.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 29

Designación judicial de peritos.

Como es sabido, la principal novedad de la LEC en materia de peritos es que puede haber dictámenes elaborados por peritos designados por las partes –que son aportados al proceso, como regla, con los escritos iniciales- y dictámenes emitidos por peritos designados por el tribunal –que también se solicitan, generalmente, en la demanda o contestación-. Si un litigante presenta un dictamen pericial “de parte”, ¿puede, a su vez, solicitar otro dictamen de perito designado por el tribunal? En nuestra opinión, el tribunal habrá de valorar esa solicitud, conforme a las reglas generales sobre admisión de medios de prueba, atendiendo a su pertinencia y utilidad. Cuando el dictamen solicitado tenga el mismo objeto que el ya aportado y nada añadida, podrá denegarse por *inútil*; mientras que si, por el contrario, versa sobre un extremo diferente, ninguna duda nos ofrece que deberá atenderse la mencionada solicitud.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 30

Prueba de reconocimiento judicial: disponibilidad del objeto (persona) reconocible.

Primero de todo, el reconocimiento de personas en el proceso civil es muy infrecuente. Suele darse –y en estos casos está ordenado (arts. 759.1 y 763.3, pe.)- en los procesos sobre la capacidad de las personas. Además, el reconocimiento de personas “*se practicará a través de un interrogatorio realizado por el tribunal, que se adaptará a las necesidades de cada caso concreto*” (art. 355.1); y como es bien sabido, el interrogatorio a una parte procesal constituye la actividad propia de otro medio de prueba. Por otro lado, es cierto que el reconocimiento judicial puede incluir –además del mencionado interrogatorio- un examen por el juzgador de aspectos externos de la persona objeto de este medio de prueba (pe., de sus heridas o cicatrices): la ley no lo dice, pero tampoco se prohíbe; mas este reconocimiento “externo” siempre será muy limitado: no sólo por el respeto debido “*a la dignidad e intimidad de la persona*” (prescrito en el art. 355.2 *i.f.*), sino también porque todo lo que exceda de esto parece algo más propio de un dictamen pericial. Por tanto, en la práctica, las posibilidades de efectuar el reconocimiento judicial a una parte procesal son muy reducidas, ya que el margen existente entre la prueba de interrogatorio de las partes y la prueba pericial es muy estrecho. Además, téngase presente que puede solicitarse la práctica conjunta del reconocimiento judicial y el pericial (art. 356).

No obstante, si una parte solicita el reconocimiento judicial de la parte contraria, pensamos que no existe obstáculo legal para su admisión. Y en este caso, “*el tribunal podrá acordar cualesquiera medidas que sean necesarias para lograr la efectividad del reconocimiento*” (art. 354.1); siempre que se respete, eso sí, la dignidad de la persona (art. 355.2).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 31.

Medios audiovisuales e instrumentos de archivo en poder de la contraparte o de terceros.

En caso de que uno de los litigantes tenga noticia de la existencia en poder de la contraparte o de un tercero de un medio audiovisual o de un instrumento de archivo que refleje hechos de relevancia para el proceso, cabe preguntarse si dispone de algún mecanismo procesal para acceder a él.

La solución pasa por determinar si son aplicables a esta situación los arts. 328 a 332 LEC, que regulan el acceso a documentos (*stricto sensu*) en poder de la contraparte o de terceros. Y parece que a esta cuestión puede dársele una respuesta afirmativa, si se tiene en cuenta cómo para la LEC estos «nuevos medios de prueba» presentan importantes analogías con la «clásica» prueba documental: así se deduce, en primer término, de la Exposición de Motivos (aptdo. XI); pero también de la concreta regulación de ambos medios de prueba, que reciben el mismo tratamiento en lo referido al momento inicial de aportación al proceso (art. 265.1, núms. 1º y 2º).

Esta similitud entre documentos y nuevos medios de prueba no impone que todas las cuestiones dudosas que plantee la regulación de los arts. 382 a 384 deban resolverse aplicando por analogía las normas más detalladas de la LEC sobre prueba documental; en algunos aspectos, por el contrario, habrá que acudir a las reglas sobre prueba pericial e, incluso, sobre reconocimiento judicial (*v.g.*, cuando lo archivado o reproducido sean imágenes o sonidos, y no textos escritos). Ahora bien, a los efectos de resolver la cuestión inicialmente planteada, parece factible trasladar a este ámbito las reglas de los arts. 328 y sigs., pues los problemas de base son los mismos: ciertos elementos muebles que contienen información de relevancia para el proceso se encuentran en poder de un sujeto diverso de aquél a quien interesa o conviene su aportación al proceso.

En todo caso, la traslación de estas normas al ámbito de los medios audiovisuales y los instrumentos de archivo de datos debe hacerse teniendo en cuenta la singularidad de estos medios de prueba, y las diferencias que los separan de los documentos:

— Así, respecto de estos «nuevos» elementos probatorios no es siempre posible hablar de «original» y «copias»; lo cual no impide, sin embargo, conceder el carácter de «copia simple» a la versión aportada por el litigante en virtud del art. 328.2 y otorgarle valor probatorio en caso de negativa injustificada a la exhibición (art. 329.1).

— Tampoco puede ignorarse la posibilidad de que el instrumento de archivo de datos no resulte trasladable en cuanto tal, lo que podrá suceder, *v.g.*, cuando la información se encuentre en una base de datos incorporada a un disco duro. En estos casos, lo que puede pretenderse de la contraparte o del tercero es la elaboración de una copia de los datos de interés para el proceso en un instrumento susceptible de traslado al Juzgado, como un disquete o un cederrón. Es más, en esto habrá de consistir la labor de testimoniarlos que, en virtud de los arts. 330.1 III y 331, podrá realizar el

Secretario Judicial, necesariamente en el domicilio del sujeto que los tenga en su poder, y no en la sede del tribunal, como para algún supuesto manda la Ley; y en la expedición de este tipo de copias, dado el caso, se plasmará también el cumplimiento del deber de exhibición que recae sobre entidades oficiales (art. 332).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 32.

La nulidad del negocio jurídico en el juicio verbal.

El artículo 408 prevé un tratamiento específico en el ámbito del juicio ordinario para los supuestos en los que el demandado alegue, por vía de excepción, crédito compensable contra el demandado o la nulidad del negocio jurídico. El fundamento de esta regulación se encuentra en impedir que el demandado pueda posteriormente incoar un nuevo proceso con base en alguna de estas dos situaciones, y para ello se establece la posibilidad de que el actor las conteste en las mismas condiciones que a una reconvencción, la obligación del tribunal de resolver en la sentencia expresamente estas cuestiones y la eficacia de cosa juzgada de los pronunciamientos en que se resuelvan. Sin embargo, el artículo 438, en el ámbito del juicio verbal, se refiere únicamente a la oposición de un crédito compensable. Esto, junto con las leves diferencias de tratamiento que el artículo 408 otorga a la alegación de crédito compensable y a la nulidad del negocio, ha conducido a la mayoría de los comentaristas a estimar que en el juicio verbal la nulidad del negocio sólo puede discutirse con plenitud, y resolverse con eficacia de cosa juzgada, cuando el demandado la alega expresamente como reconvencción.

Ciertamente, esta interpretación es la más extendida y también la que parece más conforme con la letra de la ley. Aquí nos inclinamos, sin embargo, por la posibilidad de otorgar a la nulidad del negocio también en el juicio verbal tratamiento de reconvencción, y eficacia de cosa juzgada a la resolución de esta cuestión. Aunque, desde luego, no viese estado de más un pronunciamiento expreso del legislador en este sentido, hay indicios suficientes para sostener con fundamento la interpretación contraria.

Si se atiende a la regulación del artículo 438 se observa que la oposición de crédito compensable no está enteramente desarrollada. Ni siquiera se prevé expresamente en este precepto -como sí lo hace el 408- que lo que se decida respecto de este crédito tendrá eficacia de cosa juzgada, pero nadie duda que, pese a que el artículo 222.2 regula la cosa juzgada por remisión únicamente al artículo 408, la alegación de crédito compensable en el verbal determina también la eficacia de cosa juzgada de los pronunciamientos en que esta alegación se resuelva.

Teniendo en cuenta estos datos, se puede sostener que si el artículo 432 no se refiere expresamente a la discusión sobre la nulidad del negocio jurídico en el verbal es porque no reviste particularidades dignas de mención respecto de lo previsto para el juicio ordinario. Cuando se interpone una demanda en juicio verbal dando por supuesta la validez del negocio jurídico en que se funda, no es muy complicado suponer que una de las defensas que probablemente utilizará el demandado es precisamente, cuestionar dicha validez, de forma que el demandante debe concurrir a la vista preparado para sostenerla. Sin embargo, es mucho más difícil prever que el demandado alegue la existencia de crédito compensable, y, en consecuencia, acudir en condiciones de desvirtuar la oponibilidad del crédito. Téngase en cuenta, además, que mientras que la nulidad del negocio afecta, por definición, a la misma relación jurídica de la que trae causa la demanda, el crédito compensable puede proceder de otra absolutamente

distinta. No le es exigible al actor que comparezca a la vista con las condiciones necesarias para discutir todo tipo de relación jurídica que tenga o haya tenido con el demandado, pero sí que se le pueda exigir que comparezca preparado para discutir a fondo la relación jurídica que él mismo ha introducido en el objeto del proceso. Estas mismas diferencias son las que fundamentan que, en el juicio ordinario, de la alegación de crédito compensable se dé en todo caso traslado al actor, otorgándole de oficio plazo para contestar, mientras que la alegación de nulidad del negocio sólo determina la apertura de dicho plazo si el actor expresamente lo pide. El artículo 408.3 prevé la eficacia de cosa juzgada para los pronunciamientos sobre el crédito compensable y la nulidad con independencia de si el actor hizo uso efectivamente o no de la posibilidad que se le concede en el apartado segundo, precisamente porque se entiende que en ocasiones no será necesario, al encontrarse el actor en condiciones de sostener la validez del negocio sin alegaciones adicionales.

Con la eficacia de cosa juzgada que se pueda atribuir a lo decidido en el juicio verbal respecto del crédito compensable o la nulidad del negocio ocurre algo parecido, y es que el artículo 432 no contiene referencias expresas porque no hay nada reseñable respecto de lo que prevé con carácter general el artículo 222.2. Señala esta norma que “la cosa juzgada alcanza a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición, así como a los puntos a que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 408 de esta Ley”. Como ya se ha dicho, no hay en ninguna norma referencia expresa a la eficacia de cosa juzgada respecto del crédito compensable en el verbal, pero es indudable que la tiene; en caso contrario, carecería de sentido la comunicación que de la oposición de dicho crédito debe hacerse al actor al menos cinco días antes de la vista. De esto se deduce que el artículo 222.2 se está refiriendo genéricamente, como además dice, a los *puntos contenidos en los apartados 1 y 2 del artículo 408*, es decir, a las alegaciones de crédito compensable y nulidad del negocio, y no al régimen concreto de éstas en el juicio ordinario.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 33.

Acumulación de acciones de desahucio por falta de pago y de reclamación de rentas.

El régimen al que se sujeta la acumulación de acciones en el juicio verbal es parcialmente diverso del establecido a título general por los arts. 71 y 72. Por lo que se refiere a la acumulación objetiva, se exige de forma general (art. 438.3.1ª) que las acciones cuya acumulación se pretende estén basadas en los mismos hechos, lo que contradice claramente la previsión genérica del art. 71.2 que permitía la acumulación de cuantas acciones competan al actor frente al demandado «aunque provengan de diferentes títulos».

De forma más concreta, también se permite la acumulación de la acción de desahucio de finca por falta de pago de rentas a la acción de reclamación de las rentas (o cantidades análogas) vencidas y no pagadas (art. 438.3.3ª). Se trata, por tanto, de la tramitación conjunta de dos acciones que tienen caracteres distintos: de un lado, nos hallamos ante la acción de reclamación de las rentas o cantidades análogas vencidas y no pagadas, que es una acción «ordinaria», para la que no están previstas especialidades procedimentales de ningún tipo; y, de otro, una acción especial por razón de su objeto, la de desahucio, que pretende una resolución sumaria del contrato de arrendamiento ante el impago de las rentas y que, por eso mismo, ha de tramitarse por los cauces del juicio verbal (art. 250.1.1º).

La cuantía de los importes reclamados cobra una importancia primordial a la hora de instrumentar esta acumulación. Si el importe de las rentas reclamadas no excede de quinientas mil pesetas, el procedimiento adecuado será el del juicio verbal, que resultará común a ambas acciones: la LEC habla expresamente de «juicio de desahucio», con lo que alude a que resultarán de aplicación las especialidades procedimentales previstas cuando el objeto de la demanda lo constituye esta pretensión. Eso sí, ha de insistirse en que, aunque ambas en abstracto hubieran de tramitarse por los cauces del juicio verbal, lo cierto es que para una de ellas este procedimiento funciona como ordinario y plenario, mientras que para la otra como proceso sumario (la Ley lo pone de relieve al emplear el término «juicio de desahucio»). De ahí la utilidad del art. 438.3.3ª I –salvar el obstáculo de la incompatibilidad procedimental–; y es que si, a los ojos del legislador, esta diversidad de motivos para acudir al juicio verbal hubiese sido irrelevante, lo cierto es que el precepto habría resultado inútil, pues quedaría abarcado por la previsión del aptdo. 1º, ya que ambas acciones, la de desahucio y la de reclamación del pago, se fundan en los mismos hechos (el impago de las rentas o cantidades análogas vencidas).

Pero si el importe de las rentas adeudadas y reclamadas excede de quinientas mil pesetas, surge un conflicto, en la medida en que a una de ellas, la de reclamación, le correspondería en abstracto un procedimiento diferente al de la otra, el juicio ordinario. El párrafo II del art. 438.3.3ª resuelve la divergencia admitiendo la acumulación, pero señalando el juicio ordinario como cauce adecuado para su tramitación conjunta. La prevalencia a estos efectos de la acción de reclamación conduce así a una alteración

excepcional del procedimiento conforme al cual habrá de tramitarse el desahucio por falta de pago.

Ahora bien, aún en el marco del proceso ordinario, las especialidades procedimentales previstas para este tipo de pretensiones y la naturaleza sumaria del pronunciamiento sobre esta acción habrán de mantenerse, realizando si es preciso las adaptaciones oportunas: porque la sumariedad y las demás especialidades requeridas para la tramitación de los desahucios por impago de rentas no deben nunca confundirse con el cauce procedimental asignado por la Ley a tal fin. En efecto, la voluntad legal de que el proceso para resolver cierto tipo de controversia sea sumario y se respeten en él ciertas singularidades es algo previo a la decisión de cuál será el cauce procedimental asignado; por eso, el cambio de cauce procedimental no afecta ni a la sumariedad ni a las especialidades, que son consecuencia directa del tipo de pretensión ejercitada, no del tipo de procedimiento.

Esto mismo ya había sido admitido por la jurisprudencia, durante la vigencia de la LEC de 1881 y de las normas procesales de la LAU cuando, como consecuencia de su acumulación a la acción de reclamación de rentas vencidas, la acción de desahucio se tramitaba por los cauces del juicio de cognición (cfr. SAP Asturias de 4 de mayo de 1998 –AC 5628–; SAP Álava de 26 de mayo de 1998 –AC 5516–; AAP Toledo de 12 de enero de 1998 –AC 3071–; SAP Sta. Cruz de Tenerife de 10 de junio de 1997 –AC 1230–; SAP Huesca de 5 de marzo de 1997 –AC 445–; AAP León de 10 de septiembre de 1998 –AC 1503–; AAP Huesca de 14 de enero de 1998 –AC 792–; SAP Toledo de 24 de febrero de 1997 –AC 324–).

En consecuencia, dado que la pretensión de desahucio conserva sus especialidades aún en el marco del juicio ordinario, debe tenerse presente lo siguiente: a) Será así posible la enervación de la acción de desahucio (art. 22.4); b) en la demanda habrá de consignar el actor la posibilidad o no de enervar (art. 439.3); c) el tribunal tendrá también que hacer referencia a ello al emplazar al demandado (art. 440.3): es cierto que la norma tiene más sentido en el marco del juicio verbal, pero resulta preferible conservarla en el ordinario, para evitar el riesgo de que una interpretación judicial demasiado rígida condujera a una indeseable nulidad de actuaciones tras la apelación; d) para recurrir el pronunciamiento habrá que consignar las rentas vencidas, así como las que vayan venciendo durante la pendencia del recurso (art. 449.1 y 2); e) el pronunciamiento al respecto carecerá de eficacia de cosa juzgada material (art. 447.2), en lógica consecuencia con las limitaciones alegatorias y probatorias establecidas en el art. 444.1.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 33 bis.

Enervación del desahucio en el juicio ordinario.

Al responder a la cuestión anterior ya se justificó por qué es posible la enervación de la acción de desahucio a pesar de que ésta se ejercite en el marco de un juicio ordinario, como consecuencia de su acumulación a la acción de reclamación de rentas. Ahora bien, el art. 22.4 establece que la enervación sólo será eficaz si tiene lugar antes de la «vista» (del juicio verbal), lo que obliga a plantearse cuál será el límite temporal para hacerlo en el caso del juicio ordinario.

Si nos guiamos por la jurisprudencia recaída durante la vigencia de la LEC anterior, habría que entender que se tratará de cualquier momento anterior a la audiencia previa al juicio o al juicio mismo (cfr. SSAP Asturias de 30 de abril de 1997 –AC 648– y de 15 de mayo de 1998 –AC 948–; AAP Huesca de 14 de enero de 1998 –AC 792–). En estas resoluciones, se planteaba el *dies ad quem* de la enervación del desahucio ejercitado en el marco del juicio de cognición como consecuencia de la acumulación con la acción de reclamación de rentas (antiguo art. 40 LAU): y en la disyuntiva de fijarlo o bien antes de la contestación a la demanda, o bien antes de la comparecencia del juicio de cognición, las Audiencias se decantaron unánimemente en favor de este segundo momento, por considerarlo más beneficioso para el demandado.

El argumento, sin embargo, no resulta convincente: si ya la propia permisión de la enervación puede entenderse como un beneficio para el demandado, no se ve razón para darle una mayor extensión temporal a su ejercicio; al contrario, resulta más conforme con el espíritu de la institución que el *dies ad quem* para que sea eficaz la enervación sea el de contestación a la demanda.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 34

Presentación de documentos, dictámenes e instrumentos en el juicio verbal con posterioridad a la demanda y contestación.

El art. 265.3 dispone que “*el actor podrá presentar en la audiencia previa al juicio los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes, relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de las alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda*”. En el caso del juicio verbal, la presentación de esos medios probatorios deberá hacerse en la vista. Si hay contestación por escrito, no se plantean muchas dificultades, porque generalmente el actor podrá acudir al acto de la vista pertrechado de los documentos y demás medios probatorios que considere necesarios. Si se trata de un juicio verbal sin contestación escrita, al efectuarse las alegaciones del demandado en la propia vista, el actor habrá de aportar aquellos medios de que disponga en el acto, y solicitará la interrupción de la misma cuando no los tengan en su poder (*ex art. 193.1, 2.º*). (Esto último también podrá hacerse, pensamos, si el actor justifica cumplidamente que no ha tenido tiempo suficiente para aportar en la vista algún medio probatorio, cuyo interés ha resultado de la contestación escrita a la demanda).

La cuestión se complica si el medio probatorio que quiere aportarse tardíamente es un dictamen pericial. Por este motivo, la LEC regula -en sede de este medio de prueba- qué sucede con los dictámenes que no pueden aportarse con los escritos iniciales. En este sentido, deben distinguirse dos situaciones. En primer lugar, si se trata de dictámenes que no pueden presentarse con la demanda o contestación, pero cuya aportación se *ha anunciado* en ese momento inicial, la solución se ofrece en el art. 337: las partes deberán aportarlos “*en cuanto dispongan de ellos*”, para su traslado a la parte contraria, y en todo caso, “*antes de la vista en el verbal*”.

La segunda situación se regula en el art. 338, y consiste en supuestos en que el interés del dictamen se aprecia a raíz de las alegaciones del demandado al contestar a la demanda. Cuando esta contestación se efectúe por escrito, en el juicio verbal, el actor deberá aportar el dictamen *con al menos cinco días de antelación a la celebración de la vista* (art. 338.2 I); si no le es posible obtener un dictamen pericial en ese plazo, pensamos que podrá aportarlo en la propia vista, siempre que lo justifique de modo suficiente a fin de que el tribunal pueda interrumpir el plazo, conforme a la regla general del art. 134.2. Sin embargo, cuando la contestación a la demanda se haga de modo oral en la vista, no puede aplicarse el art. 338.2; y en nuestra opinión, *ex arts. 338.1 y 193.1, 2º*, podrá pedirse la interrupción de la misma, hasta obtener un dictamen (siempre, claro está, que el tribunal entienda que aquél es útil y pertinente).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 35

Aportación en el juicio verbal de documentos de los que las partes no dispongan.

Cuando una parte desee traer al proceso un documento que no obra en su poder, ya sea por estar en poder de la parte contraria o de un tercero particular, ya sea por obrar en los archivos u oficinas de algún órgano público al que no se ha tenido acceso, deberá pedir al tribunal que solicite la *exhibición* del documento -al sujeto particular de que se trate- (arts. 328 y ss.) o el *auxilio* judicial que sea necesario (arts. 169 y ss.). ¿En qué momento procesal deberá hacer esa petición? La LEC nada dice al respecto, pero pensamos que, *mutatis mutandi*, son aplicables las reglas temporales sobre la aportación de documentos relativos al fondo (arts. 265 y ss.). En este sentido y en relación al juicio verbal, puede afirmarse:

- 1) Que el actor deberá solicitar la exhibición de documentos o los actos de auxilio judicial referidos, en la demanda o escrito inicial del proceso: si es el momento oportuno para *aportar* los documentos que se poseen, también debe serlo para *solicitar* aquellos de los que se carece y respecto de los cuales se requiere una actuación del tribunal (*ex art. 265.1*).
- 2) Lo mismo puede decirse de las peticiones del demandado -de exhibición de documentos al actor o a terceros, o de auxilio judicial-, que habrán de hacerse en la contestación a la demanda si se efectúa por escrito (*ex art. 265.1*).
- 3) En el juicio verbal sin contestación escrita, esas peticiones del demandado se harán directamente en la vista (*ex art. 265.4*).
- 4) Y también en la vista podrá el actor solicitar la exhibición o el reclamo de aquellos documentos, cuyo interés o relevancia se haya puesto de manifiesto a consecuencia de lo alegado por el demandado en su contestación (*ex art. 265.3*, y *vid.* respuesta a la cuestión anterior).
- 5) Por último, siempre pueden ambas partes hacer las mencionadas solicitudes a lo largo de la vista pero antes de que finalice, cuando se trate de documentos nuevos o de nueva noticia, en el sentido de producidos o conocidos con posterioridad a los escritos iniciales (*ex arts. 270.1 y 271.1*).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 36.

Prueba de un hecho nuevo o de nueva noticia en el juicio verbal.

La concentración de que el legislador quiso dotar al juicio verbal, unida a las modificaciones que la regulación de este proceso experimentó durante la gestación y tramitación parlamentaria de la LEC provocan en ocasiones dificultades para solucionar las incidencias que, pendiente el proceso, pueden ser relevantes para su desarrollo y decisión. Muchas de estas disfunciones se ponen de manifiesto respecto de la actividad probatoria, puesto que tal y como se concibe su desenvolvimiento en el juicio verbal, y teniendo en cuenta que no están previstas diligencias finales, apenas queda margen temporal para atender las diversas cuestiones que pueden surgir. Una de ellas es la necesidad de probar hechos nuevos o de nueva noticia que resulten controvertidos tras ser alegados por una de las partes, puesto que de su propia novedad se deriva que las partes no concurren a la vista con los medios de prueba idóneos para acreditar o desvirtuar su certeza. Ninguna de las soluciones en abstracto posibles es adecuada, si nos atenemos estrictamente a lo establecido en la LEC. La prueba de un hecho nuevo o de nueva noticia alegado tras la proposición de la prueba no puede sustanciarse a través de un incidente, puesto que para el juicio verbal están excluidos en virtud del artículo 393.1 para un momento posterior a la admisión de la prueba. Tampoco es una circunstancia que determine la interrupción de la vista, a tenor de las causas tasadas que contempla el artículo 193, ni se puede calificar como de fuerza mayor con el objeto de suspender el plazo para dictar sentencia, como prevé el artículo 134.2. La situación es verdaderamente tan compleja como para recurrir a la previsión del mismo artículo 286.3, que parece condicionar la práctica de prueba sobre estos hechos a que lo permita “el estado de las actuaciones”. Sin embargo, es importante que si la prueba propuesta es pertinente y útil pueda practicarse en la primera instancia, pues mucho más perjudicial que alterar la concentración en el juicio verbal es abocar a la parte proponente a apelar la sentencia para poder practicar la prueba en la segunda instancia.

A nuestro juicio, las soluciones posibles son tres. La primera consistiría en aplicar lo dispuesto en el artículo 184, y señalar una sesión posterior de la misma vista lo más próxima posible, en función del medio de prueba admitido, a la sesión en la que el nuevo hecho se alega y su prueba es admitida. Esto es relativamente fácil si el medio de prueba consiste en el interrogatorio de un testigo que pueda ser llevado a la vista por la parte proponente, o en el interrogatorio de la parte contraria sobre los nuevos hechos, o en la presentación de documentos u otros instrumentos que obren en poder de la parte o que ésta pueda obtener con rapidez. En estos casos, la vista podría continuar en el día o días siguientes, aunque hubieran de suspenderse las ya previstas para esas fechas, al amparo del artículo 188.1 1º. Si el medio de prueba admitido es un dictamen pericial, o cualquier otro que requiera el concurso o la citación judicial de terceros, la nueva sesión habría que fijarla mucho más tarde, con los consiguientes perjuicios, incluido el de tener que celebrar de nuevo la vista si transcurren más de veinte días, norma prevista para la interrupción que en este caso habría que considerar aplicable. En estos supuestos el tribunal tendría que tratar de habilitar días y horas inhábiles, como permite el artículo 131.

La segunda posibilidad es recurrir, interpretándolas ampliamente en función del medio de prueba propuesto en concreto, a las causas de suspensión e interrupción de los artículos 188.1 4º y 193.1 2º, 3º y 4º, relativas a la imposibilidad de las partes de comparecer para ser interrogadas, a la necesidad de celebrar actos de prueba fuera de la sede del tribunal y a la falta de comparecencia de testigos y peritos citados judicialmente. La vista sólo se interrumpiría para practicar las pruebas que traigan causa de los hechos nuevos o de nueva noticia, de manera que, admitidos estos medios, la sesión de que se trate y las ya previstas continuarán para la práctica de los medios que ya estuviesen admitidos y con los que las partes ya habían concurrido. Por último, podrían aplicarse también las normas previstas en los artículos 290 y 291 para actos de prueba que se practiquen separadamente, aunque es más difícil eludir aquí la taxativa admonición con la que finaliza el artículo 290.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 37

Diligencias finales en el juicio verbal.

Dentro del plazo para dictar sentencia, la LEC prevé, en el *juicio ordinario*, la práctica de actuaciones de prueba como *diligencias finales* (art. 434). El tribunal podrá acordar –sólo a instancia de parte– como diligencias finales las pruebas admitidas que no se hubiesen practicado por causas ajenas a la parte que las hubiese propuesto (art. 435.1.2.^a), y las pruebas que se refieran a hechos nuevos o de nueva noticia (art. 435.1.3.^a). Y, además, se permite, excepcionalmente, que el tribunal acuerde, sin necesaria instancia de parte, repetir alguna 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 y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos (art. 435.2).

La cuestión que se plantea en relación con estas diligencias finales es la siguiente: ¿es posible acordar diligencias finales en el juicio verbal?

En nuestra opinión, no. Entendemos que las diligencias finales son propias y específicas del juicio ordinario y no caben en el juicio verbal con base en los siguientes argumentos:

En primer lugar, el argumento sistemático: las diligencias finales se inscriben en los preceptos que regulan el juicio ordinario, y no en el Libro I de la LEC sobre “Disposiciones generales relativas a los juicios civiles”, donde se regulan otras muchas normas (sobre competencia, determinación de la cuantía, prueba, sentencia, etc.), que no son propias sólo del juicio ordinario.

En segundo lugar, además, si la intención del legislador hubiese sido permitir las diligencias finales también en los juicios verbales, lo habría dicho así en el art. 447 relativo a la sentencia en este tipo de juicios como lo hace en el art. 434 relativo a la sentencia del juicio ordinario. Sin embargo, según el art. 447.1, terminada la vista del juicio verbal, el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes. La redacción de este precepto parece excluir deliberadamente que las diligencias finales medien entre la vista y la sentencia.

Por último, los preceptos de la LEC que hacen referencia a las diligencias finales y que no se encuentran en sede de juicio ordinario, dejan clara la improcedencia de las diligencias fuera de este tipo de juicios con la expresa adición de los términos “en el juicio ordinario”. Así, el art. 271.1 sobre la preclusión definitiva de la presentación de documentos, informes, etc.; el art. 286.3 *in fine*, relativo a la prueba sobre hechos nuevos o de nueva noticia y el art. 309 relativo al interrogatorio de persona jurídica, que, aunque no hace referencia expresa al juicio ordinario, sí prevé que se cite al interrogatorio “fuera del juicio” como diligencia final. Y no puede ignorarse que, normalmente, la LEC utiliza el término juicio para referirse al juicio ordinario y vista para el juicio verbal.

El argumento que suele utilizarse a favor de la procedencia de las diligencias finales en el juicio verbal es la utilidad de las mismas en los casos en que las pruebas propuestas y admitidas, en la vista, no puedan practicarse en ella. Acordándose diligencias finales, se dice, no haría falta suspender la vista ni interrumpirla. Sin embargo, no podemos aceptar este argumento teniendo en cuenta que las pruebas que no se pudieran practicar en la vista y se acordaran como diligencias finales generarían la celebración de otra vista pública (art. 289.1). Lo que realmente quiere la LEC en los casos en que las pruebas no se pudiesen llevar a cabo en la vista es que ésta se interrumpa (art. 193.1).

Además, la admisión de diligencias finales en el juicio verbal defraudaría la inequívoca voluntad del legislador sobre concentración e inmediación en este tipo de juicios.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 38

Conclusiones en el juicio verbal

La LEC no prevé expresamente conclusiones en la vista de los juicios verbales. Por un lado, si atendemos al tenor literal del art. 447.1 (“practicadas las pruebas si se hubieren propuesto y admitido o expuestas, en otro caso, las alegaciones de las partes, se dará por terminada la vista y el tribunal dictará sentencia dentro de los diez días siguientes”), se podría deducir que, una vez finalizada la práctica de las pruebas, se tiene que dar por concluida la vista, sin que quepa realizar el resumen y la valoración del resultado de la prueba practicada que se formula a través de las conclusiones. Y por otro lado, el art. 443 sobre el desarrollo de la vista, no hace referencia alguna a estos actos.

A nuestro entender, sin embargo, teniendo en cuenta que estas actuaciones pueden resultar de suma utilidad, tanto para el derecho de los litigantes como para el acertado ejercicio de la función juzgadora, este aparente silencio legal no debe interpretarse en sentido prohibitivo.

El art. 185.4 LEC, que regula con carácter general el desarrollo de las vistas, prevé que concluida la práctica de la prueba o, si ésta no se hubiera producido, finalizado el primer turno de intervenciones, el Juez o Presidente debe conceder de nuevo la palabra a las partes para valorar el resultado de las pruebas practicadas.

Pues bien, teniendo en cuenta que a la vista del juicio verbal le es de aplicación, en cuanto no contradiga preceptos específicos de esta clase de juicios lo dispuesto en el art. 185, hay que concluir necesariamente que debe darse a las partes la oportunidad de que formulen conclusiones sobre la prueba que se haya practicado.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 38 bis 1

TEMA: Caución del demandado en el proceso sumario para la tutela de los derechos reales inscritos.

El actor que solicite la tutela sumaria de derechos reales inscritos tiene la carga, exigida en el art. 439.2, 2.º, de señalar la caución que habrá de prestar el demandado, para responder de los frutos que haya percibido indebidamente, de los daños y perjuicios que hubiere irrogado y de las costas del juicio. La prestación de esta caución es un requisito ineludible para que el demandado pueda oponerse a la demanda (art. 444.2). En consecuencia, en la citación para la vista se le apercibirá de que se dictará sentencia, acogiendo la pretensión de la demanda, *“si comparece al acto de la vista, pero no presta caución, en la cuantía que, tras oírle, el tribunal determine, dentro de la solicitada por el actor”* (art. 440.2).

¿Cuándo debe el demandado prestar la referida caución? Del tenor del precepto transcrito, parece deducirse que la discusión procesal sobre la cuantía de la caución y su efectiva prestación, ha de hacerse en el mismo acto de la vista. Aunque puede ser razonable que, en la propia citación para la vista, además del apercibimiento del art. 440.2, se otorgue un plazo al demandado –que puede ser el de tres días, del art. 440.1 III- para que se pronuncie sobre la caución, y el tribunal pueda determinarla –y aquél prestarla- previamente a la celebración de la vista.

Andrés de la Oliva Santos-Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 38 bis 2

Juicios sumarios: ausencia de cosa juzgada.

Como ya he escrito en otro lugar, “no ha parecido necesario durante siglos, y nos parece innecesario ahora, eliminar los procesos sumarios para afrontar la posibilidad de que, en vista de la ausencia de cosa juzgada que caracteriza la sumariedad, algunos litigantes infrinjan el *non bis in idem* y, tras una primera sentencia que les fue desfavorable, pretendan la misma tutela (o incluso pretendan conseguir dos o más veces lo que ya lograron). Es indudable que, tan pronto como tal circunstancia fuese puesta de manifiesto al tribunal, si éste no pudiese apreciarla de oficio, serían de aplicación los arts. 11.2 LOPJ y 247.2 y 3 LEC, porque se trataría de casos claros de abuso de derecho y de fraude de ley, además de darse una innegable ausencia de interés legítimo” (cfr. *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, con I. Díez-Picazo, 2ª ed., Madrid, 2001, § 48, núms. 21-23, págs. 498-500).

Quiere decir lo anterior que la ausencia de cosa juzgada –en sentido negativo o excluyente del *bis in idem* y en sentido positivo o prejudicial–, justificable por la limitación de alegaciones o prueba, connatural a la sumariedad, a su vez justificable por la necesidad de una respuesta especialmente rápida a las pretensiones de tutela judicial, en absoluto significa que sea conforme a Derecho repetir pretensiones como las formuladas en procesos sumarios: no concebimos un caso más claro que ése de aplicabilidad del aptdo. 2 del art. 11 LOPJ y del art. 247.1, pfo. segundo LEC, lo que conllevaría el fundado rechazo de las pretensiones, amén de la condena en costas y, *ex* art. 247.3 LEC, la imposición de multa sancionadora de la innegable mala fe procesal.

En cuanto al segundo interrogante, resultan necesarias algunas precisiones, aunque huyendo de un casuismo que podría ser abrumador y, por añadidura, inútil. La expresión “cuestiones que ya fueron objeto de enjuiciamiento” o “cuestiones que pudieron ser objeto de enjuiciamiento”, u otras semejantes, resultan excesivamente ambiguas. El proceso plenario ulterior es legítimo y viable —sin que pueda invocarse cosa juzgada, en ninguno de los dos sentidos ya indicados— si las pretensiones de tutela no son idénticas a las del proceso sumario o, dicho de otro modo, si el objeto del proceso no es idéntico. Y no lo es en un proceso plenario sobre el dominio de un bien, aunque envuelva o simplemente porque envuelve la cuestión de la posesión —cuestión ciertamente ya juzgada en un anterior proceso sumario protector de la posesión—, como tampoco lo es el proceso plenario en el que se pretende, con amplitud de fundamentos, que se declare el derecho a ocupar un inmueble, aunque envuelva una cuestión —el derecho a permanecer o el deber de desalojar el mismo inmueble— ciertamente ya debatida en un anterior desahucio por falta de pago.

Lo mismo cabe decir, a nuestro entender, de procesos penarios posteriores al auto resolutorio de un incidente de oposición a la ejecución. Piénsese, p. ej., en que, contra lo dispuesto en un auto desestimatorio de la oposición a la ejecución y conseguido en ésta, se pretenda una condena a devolver la cantidad percibida, sobre la base en fundamentos legalmente inalegables en la oposición a la ejecución.

Con otras palabras: el plenario ulterior puede volver sobre cuestiones que ya se enjuiciaron o se pudieron enjuiciar, pero no es ése el preciso punto relevante: si se pretende volver sobre las mismas cuestiones con planteamiento idéntico —aunque se disimule— al del proceso sumario, se incurre en abuso del derecho, en mala fe procesal y en ausencia de interés legítimo. Si la vuelta sobre las mismas cuestiones se produce a consecuencia de distinto planteamiento —hechos diferentes, *causae petendi* distintas, argumentos diversos, inviables en el proceso sumario—, el proceso plenario es legítimo y está cumpliendo su específica función, tras el proceso sumario.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 40.

Alcance de la prejudicialidad penal.

La cuestión podía plantearse bajo la vigencia de la LEC 1881 (LECA), respecto del referido art. 114 LECr y los arts. 362 y 514 LECA, por estar claramente en contradicción con el art. 114 LECr el art. 362 LECA. Cfr. al respecto DE LA OLIVA SANTOS, en *Derecho Procesal Civil* (con Fernández López), Madrid, 1995, vol. II, § 45, págs. 625-635.

En la actualidad, el art. 114 LECr debiera considerarse indudablemente derogado por LEC, conforme al aptdo. 3 de su Disposición Derogatoria, puesto que la invocación del art. 114 LECr para suspender el proceso civil *en el estado en que se halle* y la resolución judicial que así lo acordara resultarían contrarios o incompatibles con lo dispuesto en el art. 40 LEC.

De paso, nos permitimos señalar que la LEC pretende poner fin a la suspensión inmediata del proceso civil por la mera invocación de la máxima francesa “le criminel tient le civil en état”, acriticamente aceptada y convertida en un falso axioma.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 41

La impugnación de las resoluciones orales.

La LEC prevé novedosamente –en el art. 210- que los tribunales civiles dicten resoluciones orales cuando hayan de decidir cuestiones de naturaleza procesal en una vista o comparecencia. Incluso, si todas las partes personadas en el juicio se hallan presentes en esa actuación y manifiestan su voluntad de no recurrir, la resolución oral adquiere firmeza en el mismo acto. De no ser así, es decir, si alguna parte no está presente o, estando, desea impugnar la decisión del tribunal, se pondrá por escrito la resolución oral y se notificará en forma ordinaria de cara al oportuno recurso.

La LEC dispone igualmente que, en algunos casos determinados, esas resoluciones orales sean recurribles también de modo oral. Esto es lo que sucede en los preceptos referidos en esta cuestión: arts. 285, 287 y 369. El art. 285, pe., establece que las decisiones del tribunal acerca de la admisibilidad de los medios de prueba propuestos por las partes, sean recurribles en reposición, pero precisando que este recurso “*se sustanciará y resolverá en el mismo acto*”. Luego, las actuaciones que se señalan en los arts. 452 y 453 para este tipo de recursos, se efectuarán “*en el mismo acto*”: la parte recurrente deberá expresar en el acto la infracción en que, a su juicio, ha incurrido la resolución (art. 452 I); las demás partes podrán impugnar el recurso también en el mismo acto (art. 453.1); y el tribunal resolverá la cuestión sin más actuaciones. Para el solo caso de que la resolución sea denegatoria de la admisión de un medio de prueba, “*la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos en la segunda instancia*” (art. 285.2 i.f.).

¿Qué diferencia hay entre el recurso oral de reposición y la protesta? Con el recurso de reposición se impugna efectivamente la resolución ante el tribunal que la ha dictado, de modo que éste vuelve a enjuiciar de nuevo una cuestión, pero esta vez a la vista de lo alegado en el recurso y, en su caso, en la impugnación del mismo. Sin embargo, mediante la protesta únicamente se deja constancia de que se está en desacuerdo con una determinada decisión del tribunal –ordinariamente, a los efectos de poder volver a plantear esa cuestión en la segunda instancia-, pero no se abre otro debate –por breve que sea- sobre el tema cuestionado.

Por otro lado, la admisión de una prueba que una de las partes entiende *ilícita*, puede impugnarse también mediante un recurso de reposición oral (art. 287.1). Si se desestima esta impugnación, quedará a salvo el derecho de las partes a reproducirla en la apelación contra la sentencia definitiva (art. 287.1); pero, en esta ocasión, la ley no exige formular protesta. Sin embargo, en el tercer precepto mencionado (art. 369), si se impugna una determinada pregunta del *interrogatorio* de las partes y se acepta la impugnación, “*la parte que se muestre disconforme con la inadmisión de preguntas, podrá manifestarlo así y pedir que conste en acta su protesta*” (art. 369.2). Luego, en este caso y a diferencia del anterior, no hay recurso de impugnación y, en cambio, puede formularse protesta.

Según se observa, los tres ejemplos difieren entre sí. En el primero (art. 285), cabe recurso de reposición oral, y luego protesta. En el segundo (art. 287), puede

plantearse recurso de reposición –también oral-, pero no es necesaria la posterior protesta. Y en el tercero (art. 369), cabe protesta, pero no recurso. El denominador común de la reposición y de la protesta es que ambas suponen una manifestación de desacuerdo respecto de lo decidido por el tribunal; pero son cuestiones claramente distintas. En la reposición, la manifestación de desacuerdo abre un debate, en ese momento, sobre la cuestión; en cambio, en la protesta, el debate –aunque se asegurese posterga. Recuérdese que la reposición es un genuino recurso, mientras que la protesta es un mero requisito de admisibilidad, en segunda instancia, de las pruebas denegadas en primera instancia (*vid.* art. 460.2, 1.^a).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 41 bis.

Ejecución provisional del desahucio y abono de rentas.

Cuando un proceso, como el de desahucio, lleva aparejado el lanzamiento, el demandado ve sujeto su derecho al recurso –pensemos ahora en el de apelación– por dos condicionamientos: a) en primer término, el recurso no se le admitirá si, al prepararlo, no acredita tener satisfechas las rentas vencidas y las que por contrato deba pagar adelantadas (art. 449.1); b) el recurso, aun admitido, se declarará desierto, cualquiera que sea el estado en que se halle, si durante su sustanciación el demandado inicial –apelante actual– deja de pagar los plazos que venzan o los que deba adelantar (art. 449.2).

El fundamento de este deber de pagar las rentas vencidas y las que vayan venciendo durante el recurso puede explicarse desde un ángulo doble. De un lado, se encuentra en la afirmada subsistencia del contrato de arrendamiento por el recurrente: dado que sigue disfrutando de la posesión del inmueble, y considera que lo hace porque un contrato de arrendamiento en vigor le da derecho a ello, es justo que siga pagando la renta debida. Y, a la inversa, para el actor es justo seguir percibiendo la renta, aunque afirme estar resuelto el contrato en virtud del cual tendría derecho a ella, como compensación por la correlativa privación de la posesión que padece, a pesar de ser el beneficiario de una sentencia favorable.

Por eso, si como consecuencia de la ejecución provisional de la sentencia de desahucio se produce el lanzamiento y el demandante inicial accede a la posesión del inmueble, no es razonable obligar al demandado a seguir abonando las rentas: porque el demandado ya no disfruta de la posesión, y el demandante ha dejado de estar privado de ella. En consecuencia, a partir del momento en que se haga eficaz el lanzamiento en vía de ejecución provisional, quedará el demandado eximido del deber de seguir pagando las rentas, sin que deba derivarse de ello la consecuencia de quedar el recurso desierto. En caso de que la sentencia de apelación resuelva el recurso en sentido estimatorio, tendrá el demandado derecho a volver a tomar posesión del inmueble, momento a partir del cual se restablecerá su obligación de abonar las rentas.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 42

Preparación del recurso de apelación.

En el procedimiento de apelación, la LEC distingue dos trámites diferentes: el primero dirigido a preparar el recurso y el segundo a interponerlo. La propia Exposición de Motivos de la LEC (XIII) se encarga de aclarar los motivos de esta dualidad de trámites procesales: “La LEC conserva la separación entre una inmediata preparación del recurso, con la que se manifiesta la voluntad de impugnación, y la ulterior interposición motivada de ésta. No parece oportuno ni diferir el momento en que puede conocerse la firmeza o el mantenimiento de la litispendencia, con sus correspondientes efectos, ni apresurar el trabajo de fundamentación del recurso.”

La preparación del recurso de apelación, ante el tribunal *a quo*, el mismo que ha dictado la resolución apelada, debe hacerse mediante un escrito en el que “el apelante se limitará a citar la resolución apelada y a manifestar su voluntad de recurrir *con expresión de los pronunciamientos que impugna*” (art. 457.2 LEC).

La cuestión que ahora nos ocupa es si la omisión por parte del recurrente de la expresión de los pronunciamientos que se impugnan es causa de denegación de la preparación del recurso o no.

En principio, según el aptdo. 3 del mismo art. 457 LEC, el tribunal tendrá por preparado el recurso si se cumplen estos dos requisitos: a) que la resolución impugnada sea susceptible de recurso de apelación y b) que el recurso se haya interpuesto dentro del plazo de cinco días desde el siguiente a la notificación de la resolución, es decir, que la resolución no haya pasado en autoridad de cosa juzgada formal. Por tanto, teniendo en cuenta este precepto, la omisión de los concretos pronunciamientos que se impugnan, cuando hubiere varios en la resolución, no daría lugar a la denegación de la preparación del recurso.

No obstante, a nuestro modo de ver, esta interpretación literal de la Ley no es aceptable. Es absolutamente necesario que el recurrente exprese qué pronunciamientos, si fuesen varios, son objeto de la impugnación pues corresponde a las partes perjudicadas por el fallo, como manifestación del principio dispositivo o de justicia rogada, determinar lo que ha de ser objeto de la apelación, recurriendo todos los pronunciamientos del fallo, o consintiendo algunos, a pesar de serles perjudiciales, e impugnando otros. En otras palabras, es el recurso el que determina el ámbito de la segunda instancia: los pronunciamientos de la sentencia apelada que no han sido impugnados por ninguno de los litigantes quedan fuera de la función revisora del tribunal de segunda instancia.

Por ello, si el apelante no expresa en su escrito de preparación los pronunciamientos que impugna, el tribunal le requerirá para que subsane este defecto (art. 231 LEC). Transcurrido el plazo concedido sin que se produzca la subsanación, el tribunal dictará auto denegando la preparación.

Cierto es que, en muchas ocasiones, la parte dispositiva de la sentencia no contiene una clara distinción de pronunciamientos. En estos casos, lógicamente, no se

puede exigir al justiciable que distinga donde no hay distinción alguna, pero sí podrá exigírsele, en todo caso, que en el escrito de preparación del recurso, diga expresamente que apela la resolución en su integridad.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 43

Interposición del recurso de apelación.

Una vez que el tribunal *a quo* tenga por preparado el recurso, emplazará a la parte recurrente para que interponga la apelación dentro del plazo de veinte días (art. 457.3 LEC). Tal apelación deberá realizarse por medio de escrito en el que se expondrán las alegaciones en que se base la impugnación (art. 458.1 LEC).

Mientras que el escrito de preparación del recurso de apelación cumple la función de manifestar que no se acepta la resolución apelada y, por tanto, la voluntad de recurrirla, y de señalar los concretos pronunciamientos que se impugnan, el escrito de interposición sirve para fundamentar el recurso. Es en este escrito en el que se expondrán razonadamente los motivos en que se base el recurso.

La cuestión que ahora se nos plantea es precisamente si la falta de fundamentación del escrito de interposición es causa de inadmisión del recurso o no. En nuestra opinión, la respuesta ha de ser necesariamente afirmativa.

La LEC de 1881 no decía en ningún sitio en qué momento procesal debían concretarse los pedimentos específicos de la apelación, ni en qué escrito debían contenerse, lo que ha venido generando muchos problemas. Normalmente, no solía realizarse en el escrito de interposición del recurso, en el que el recurrente se limitaba a manifestar su voluntad de recurrir, sino en la vista oral, e incluso en algunos casos, la determinación de la materia objeto de decisión sólo podía hacerse mediante la combinación de lo pedido en los dos momentos.

Sin embargo, la nueva LEC fija un contenido necesario al escrito de interposición del recurso de apelación. El legislador quiere que sea en este escrito, y no en la vista (art. 464), en el que se expongan las alegaciones en que se base la impugnación, de forma que, cuanto antes, quede fijado el objeto procesal de la apelación, y la parte recurrida pueda conocer con exactitud los motivos del apelante y responder con mayor precisión mediante el escrito de oposición.

El objeto de la segunda instancia queda determinado por aquellas peticiones que, habiendo sido objeto de la primera instancia, resulten efectivamente apeladas (*tantum devolutum quantum appellatum*), de forma que el tribunal de segunda instancia debe pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, por lo que respecta a la parte recurrida, en los escritos de oposición o de impugnación (art. 465.4 LEC).

En síntesis: quien impugne ante el tribunal de apelación una sentencia o auto definitivo tiene la carga de concretar qué impugna y por qué. Y estos extremos han de constar por escrito. Se abandona, por tanto, la posibilidad de una apelación inconcreta e inmotivada, que permitía la LEC anterior.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 44

Documentos que se pueden acompañar al escrito de interposición del recurso de apelación.

Según el art. 460.1 LEC, sólo podrán acompañarse al escrito de interposición del recurso de apelación “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”.

Mientras el art. 460.1 únicamente hace referencia a *documentos*, el art. 270 al que el primero se remite, menciona también los *medios e instrumentos* a que se refiere el apartado segundo del art. 299, esto es, medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen e instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.

Así pues, la cuestión que se plantea es si los documentos que pueden presentarse en segunda instancia han de serlo en sentido estricto o cabe también incluir los medios e instrumentos a que se refiere el art. 270 LEC.

A nuestro entender, aunque el art. 460 se refiere sólo, literalmente, a documentos, debe considerarse atinente también a los medios e instrumentos. No cabe la menor duda de que, aun siendo medios de prueba distintos, los medios e instrumentos guardan una estrechísima semejanza con los documentos, e incluso, la propia Exposición de Motivos de la LEC (XI) les otorga “una consideración análoga a las pruebas documentales”.

En concreto, y por lo que ahora nos ocupa, el régimen de aportación al proceso de los documentos y de los medios e instrumentos es el mismo. Como regla general, la LEC exige que se presenten con la demanda o la contestación los documentos, medios e instrumentos relativos al fondo del asunto (art. 265.1). Excepcionalmente, el actor podrá presentar en la audiencia previa del juicio ordinario o en la vista del verbal aquellos documentos medios e instrumentos cuyo interés o relevancia sólo se ponga de manifiesto a consecuencia de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda (art. 265.3). Con posterioridad a estos momentos no se permitirá su presentación, salvo los documentos, medios e instrumentos previstos en el art. 270; documentos medios e instrumentos que si no se han podido aportar en la primera instancia podrán aportarse en la segunda, junto con el escrito de interposición del recurso de apelación (art. 460.1).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 45.

Omisión de traslado al apelante del escrito de oposición que presenta el apelado.

En el análisis de esta cuestión hay que partir de la base de que se trata de un supuesto patológico, en el que los mecanismos de control no han funcionado adecuadamente, y que se puede producir en teoría respecto de cualquier escrito presentado por las partes. En efecto, dispone el artículo 276 que cuando las partes actúan representadas por procurador éste debe trasladar a los procuradores de las restantes partes a través del servicio de notificaciones y con carácter previo los escritos y documentos que vaya a presentar al tribunal. Con el escrito que se presenta al tribunal debe aportarse justificante de este traslado, de manera que no se admitirán los escritos y documentos sin este justificante, como establece el artículo 277. Si el traslado es correcto pero el abogado del apelado no recibe el escrito de oposición porque su procurador no ha actuado con diligencia no existe omisión del traslado, y en consecuencia este hecho no puede tener relevancia respecto de la parte apelada, que sí actuó correctamente, sino que pertenece a la esfera de relación entre el procurador y su poderdante. El problema se plantea si se produce un fallo en el filtro del tribunal, y se admite el escrito de oposición del apelado sin que conste el justificante de traslado al apelante. En este caso, el apelante podría impugnar la admisión de la oposición a través de un recurso de reposición contra la providencia o diligencia que se dicte.

Si, por motivos que no le sean imputables, tampoco llega a conocimiento del apelante la resolución de admisión del escrito de oposición, pero el apelado aportó nuevos documentos junto con el escrito, o propuso prueba en él, el apelante tendrá noticia de la oposición a través de la resolución en la que el tribunal se pronuncie sobre la admisión o inadmisión de la prueba. No pensamos que la vía adecuada para poner de manifiesto la infracción que se ha cometido sea un recurso contra esta resolución, puesto que si la prueba se ha inadmitido el apelante carece de interés para recurrir, y, si la prueba se ha admitido, el recurso le permite manifestarse sobre la prueba, pero no sobre las alegaciones en las que el apelado funde su oposición, que además no conoce. La vía adecuada en este caso sería instar la nulidad de la admisión de la oposición y de todo lo actuado posteriormente, en virtud de lo dispuesto en los artículos 238.3 y 240.2 de la LOPJ.

Lo más grave que puede suceder es que la primera noticia que reciba el apelante sobre la existencia de un escrito de oposición sea la sentencia que resuelve el recurso, en la que se razonará sin duda sobre los fundamentos de una oposición que el apelante desconoce. Esta situación puede producirse si, como en la anterior, el apelante desconoce tanto la presentación del escrito como su admisión, y además el apelado no aporta documentos, ni propone prueba o solicita vista, de forma que el órgano jurisdiccional no pronuncia nuevas resoluciones antes de la sentencia. En este caso, y si la sentencia desestima total o parcialmente el recurso de apelación, es obvio que el apelante puede impugnarla a través del recurso extraordinario por infracción procesal al amparo del motivo 3º del artículo 469, puesto que se ha producido una infracción de las normas que rigen los actos y garantías del proceso que ha podido producir indefensión,

ya que el apelante no tuvo la oportunidad de contestar a la oposición que le concede el artículo 461.4.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 45 bis 1.

Prueba en segunda instancia.

La prueba en segunda instancia está restringida -si exceptuamos lo relativo al demandado rebelde- a los supuestos previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 460. Hay que tener en cuenta también que la admisión de la prueba en segunda instancia no está sujeta sólo a que los medios propuestos estén comprendidos en los casos previstos en el artículo 460, sino que es igualmente necesario que sea pertinente y útil respecto de lo alegado por los apelantes. Es importante, por último, hacer la consideración previa de que la impugnación de la apelación implica que el apelado deviene también en apelante, respecto de los mismos u otros pronunciamientos de la sentencia de primera instancia recurridos por el apelante inicial. Este, en consecuencia, tiene al contestar a la impugnación los mismos derechos y facultades que el artículo 461 concede al apelado para oponerse a la apelación; entre ellos se encuentra, evidentemente, el de proponer prueba. Partiendo de estas premisas, el apelante inicial podrá proponer prueba en el escrito de oposición a la impugnación siempre que esta prueba se encuentre en alguno de los casos del artículo 460, y su relevancia se haya puesto de manifiesto como consecuencia de las alegaciones del inicialmente apelado en el escrito de impugnación.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 45 bis 2.

Vista en apelación en razón de nuevos documentos.

En el juicio ordinario, si el único medio de prueba admitido es el de documentos - y, por sus similitudes, la pericial cuando los informes han sido aportados por las partes-, y los documentos no han sido impugnados ni las partes han solicitado la comparecencia de los peritos, el tribunal dictará sentencia sin que se celebre juicio, pues aquello en lo que consiste la práctica de los medios mencionados ya se realizó. Nada impide entender aplicable esta misma norma a la vista de la apelación; es de lógica que se pueda prescindir de un acto sólo obligatorio para practicar la prueba, si la prueba admitida no se puede practicar. Hay que realizar, empero, una serie de matices. En el juicio ordinario, las partes tienen ocasión de manifestarse sobre los documentos aportados por la contraria mediante las alegaciones complementarias que regula el artículo 426, dentro de la audiencia previa al juicio. En la segunda instancia, el apelado podrá pronunciarse sobre los documentos aportados por el apelante a través de los escritos de oposición o de impugnación. Sin embargo, no se prevé -lógicamente- en el artículo 461 que el apelante conteste a la oposición del apelado -sí a la impugnación-, luego el apelante, si no se celebra vista, no tendrá ocasión de pronunciarse respecto de los documentos aportados por el apelado junto con su escrito de oposición. En estos casos, el tribunal debe hacer uso con singular prudencia de la facultad que el artículo 464 le concede, acordando la vista incluso de oficio si percibe que, por la complejidad del asunto o de los documentos aportados por el apelado, pueden ser importantes las manifestaciones del apelante.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 45 bis 3.

Vista en apelación a instancia de parte.

El tribunal de apelación no está vinculado por la solicitud de las partes respecto del señalamiento de vista. La vista es obligatoria si hay que practicar la prueba propuesta y admitida, y así se deduce del tono imperativo en el que está redactado el apartado primero del artículo 464. Además de en estos casos, el legislador ha considerado que puede haber vistas en otros, pero no lo ha establecido como una obligación. Esto se desprende de que los supuestos posibles pero no obligatorios están relacionados en apartado distinto y, sobre todo, de que la vista “podrá acordarse también” –y no “se señalará día” y “se celebrará”, como en el apartado anterior-, si lo solicita alguna parte o el tribunal lo considera necesario.

Podría pensarse que, en el fondo, las dos circunstancias a que se refiere el artículo 464.2 quedan reducidas a una, que el tribunal lo considere necesario, si no está vinculado por la petición de las partes. Y es cierto. La función de la petición –razonada- de vista por alguna de las partes es, a nuestro juicio, suscitar en el tribunal consideraciones que de otra forma podría no haber tenido en cuenta, sobre la procedencia de acordar la vista.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 45 bis 4.

Informes de los letrados en la vista de apelación.

Las normas aplicables a la vista de la apelación son las que regulan la vista del juicio verbal. En el artículo 443, relativo a esta última, no se menciona la posibilidad de que las partes presenten un informe final, a modo de las conclusiones previstas en el artículo 433.2 para el juicio ordinario. Sin embargo, la doctrina viene entendiendo que, en este punto, son aplicables a la vista del verbal –y, en lo que nos ocupa, a la propia de la segunda instancia-, las normas generales que sobre vistas se contienen en los artículos 182 y siguientes de la LEC. De lo dispuesto en el artículo 185.4 se deduce que las partes podrán en todo caso referirse en sus informes a hechos o aspectos distintos de la valoración de la prueba practicada.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 46.

Recurso extraordinario apropiado para denunciar determinados vicios *in iudicando*.

Desde una perspectiva sistemática, las normas relativas a la distribución de la carga de la prueba y al efecto positivo de la cosa juzgada material son normas procesales reguladoras de la sentencia. Así se deduce de su ubicación –expresamente querida, y no fruto de la inercia, puesto que en la LEC de 1881 el efecto de cosa juzgada no se regulaba unitariamente, y no había normas que disciplinaran la carga de la prueba- en la sección segunda –“de los requisitos internos de la sentencia y de sus efectos- del Capítulo dedicado a las resoluciones judiciales. La sistemática, no obstante, no es sino un dato; respecto de la naturaleza jurídica de las normas lo relevante es el ámbito en el que se desenvuelven y producen sus efectos. Las normas mencionadas, y también las que configuran un sistema legal de valoración de ciertos medios de prueba son conflictivas en lo que respecta a la determinación de su naturaleza jurídica, puesto que, si bien la ley les atribuye carácter procesal, también es cierto que en su aplicación operan de forma similar a las normas sustantivas, pudiendo determinar la estimación o desestimación de la acción ejercitada.

El problema que se plantea se refiere a si la infracción de alguna de estas normas debe conducir a la interposición de un recurso extraordinario por infracción procesal, al amparo del artículo 469.1 2º, con la consecuencia que, de ser estimado, procederá la anulación de la sentencia y la reposición de las actuaciones o si, por el contrario, la dicha infracción lo es de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso. En este caso, el recurso procedente sería el de casación, de forma que de la estimación del recurso se derivaría una nueva sentencia del órgano *ad quem* sobre el fondo del asunto.

Es cierto, como se ha dicho, que las normas que regulan la carga y la valoración legal de la prueba, y las que se refieren a la función positiva de la cosa juzgada, influyen de forma determinante en el sentido del fallo. Sin embargo, existen diferencias entre el funcionamiento de estas normas y las sustantivas aplicables para resolver el fondo del asunto que nos determinan a inclinarnos por el carácter procesal de las primeras y, como consecuencia, por entenderlas integradas en el motivo segundo de los previstos en el artículo 469.1 respecto del recurso extraordinario por infracción procesal. Si el tribunal tiene que decidir, como presupuesto para la estimación o desestimación de lo que se pretende, a quién debe perjudicar que unos concretos hechos no hayan sido probados, no está determinando con ello el fondo del asunto, sino el sentido en el que las normas sustantivas deben aplicarse al fondo del asunto en un determinado punto. Que estas normas operan en un plano distinto se pone de manifiesto a través de dos datos. El primero es que el perjudicado por una errónea aplicación de las normas sobre la carga de la prueba puede ver, aun así, estimada su pretensión. Dicho de otra manera, la infracción de las normas sobre carga de la prueba no implica necesariamente que el asunto se resuelva de forma contraria a lo que el ordenamiento dispone o pretende, mientras que el error en la elección o interpretación de la norma sustantiva aplicable conduce casi con toda seguridad a un resultado no querido por el ordenamiento

jurídico. En segundo lugar, es posible, siguiendo con la carga de la prueba tomada como ejemplo, que la infracción de estas normas determine una aplicación de las normas sustantivas que constituya un error, pero no una infracción a su vez. Quiere decirse que si el asunto se resuelve en sentido favorable a una u otra parte con base en una determinación de la carga de la prueba hecha incorrectamente, las normas sustantivas no se han aplicado mal, porque responden de forma coherente al presupuesto de lo probado o no probado. Sucedería algo similar con la infracción de normas de cuyo carácter procesal nadie duda: pensemos que el tribunal inadmite en fase de prueba un concreto medio por estimarlo incorrectamente impertinente o inútil, o impide –por las razones que sean: errores en la comunicación, o preclusión indebidamente apreciada...- que una de las partes realice alegaciones que la ley le permite hacer. El sentido de la sentencia que finalmente se dicte puede ser contrario al querido por el ordenamiento jurídico, pero no porque las normas aplicables para resolver el objeto del proceso se hayan infringido, sino por que lo que se infringió fue una norma procesal, y las consecuencias de esta infracción alcanzan de tal modo a la resolución final que posiblemente, de no haberse producido la infracción, el sentido de la resolución sería distinto. Como, hasta que no se repitan las actuaciones procesales, o la aplicación de normas procesales, no se sabrá si efectivamente el resultado de la resolución final es el mismo o no, tiene sentido que, como consecuencia de la infracción de estas normas, las actuaciones se repongan, en lugar de que el tribunal *ad quem* resuelva directamente el fondo del asunto.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 47

Ausencia de emplazamiento de las partes en recursos devolutivos.

La ausencia del emplazamiento de la partes ante el tribunal *ad quem* en los recursos devolutivos constituye, a nuestro juicio, un vicio claro de nulidad radical. Puede entenderse fundado en el número 3.º del art. 225, ya que supone la omisión de una norma esencial del procedimiento, que puede producir indefensión.

Como tal motivo de nulidad, las vías para su denuncia dependen del momento procesal en el que se aprecie el vicio. Si la falta de emplazamiento se advierte -por las partes o por el tribunal- *lite pendente*, se remediará conforme a lo dispuesto en el art. 227.2: si se está a tiempo, se subsanará el defecto, y si no, se declarará la nulidad de lo actuado; lo cual dependerá de que la parte haya perdido o no oportunidades de defensa. Cuando la noticia de la omisión se alcance al conocer la sentencia que ponga fin al recurso devolutivo en cuestión, se impugnará “*por medio de los recursos establecidos en la ley contra la resolución de que se trate*” (art. 227.1). Por último, aun en el caso de que el vicio se aprecie una vez firme la sentencia, la ausencia de emplazamiento puede impugnarse, pues tiene pleno encaje en el supuesto de hecho del incidente excepcional de nulidad de actuaciones (art. 228.1).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 48.

Resoluciones recurribles en casación.

Nada hay en la LEC que indique que el cauce procedimental establecido para los diversos asuntos en los artículos 249 y 250 es determinante respecto del acceso de estos asuntos al recurso de casación. No sólo no lo hay en la determinación de las resoluciones recurribles que se contiene en el artículo 477.2, sino que de ninguna otra norma puede deducirse que el legislador pretendiera atribuir relevancia alguna a efectos de casación al hecho de que un asunto deba tramitarse a través del juicio ordinario o del verbal, ni tampoco a si esta decisión se toma en virtud de criterios de materia o de cuantía. Es difícil entender, en consecuencia, el fundamento de la interpretación que del artículo 477.2 ha hecho la Sala Primera del Tribunal Supremo en el Acuerdo de 12 de diciembre de 2000. Como señala DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Un torpedo a la casación”, *Tribunales de Justicia*, nº 2, 2001, los efectos que pueden derivarse de la efectiva aplicación de estos criterios por parte del Tribunal Supremo son nefastos, y suponen una desnaturalización importante del modelo de casación diseñado por la LEC de 2000.

De la Exposición de Motivos de la LEC se desprende con claridad la intención del legislador al afrontar la difícil regulación de los recursos extraordinarios. Se persigue que el Tribunal Supremo, a través del recurso de casación, cree una doctrina jurisprudencial sobre las diversas cuestiones civiles y mercantiles que pueda gozar de una particular autoridad jurídica. En consecuencia, se hace explícita la intención de no excluir ninguna materia civil o mercantil, y para ello se busca el equilibrio entre los elementos que determinan el ámbito de la casación, concediendo una cierta importancia, en razón de su relación directa con la esencia de la casación, al interés casacional. Pues bien: este equilibrio, y los objetivos que lo sustentan, se subvierten por entero desde la interpretación del artículo 477 hecha por el Tribunal Supremo. Siguiendo a DÍEZ-PICAZO, si los asuntos en los que el procedimiento se determina por razón de la materia, que en la práctica son los menos, sólo pueden acceder a casación por la vía del interés casacional, mientras que aquéllos en los que el procedimiento adecuado se rige por la cuantía –mucho más numerosos– sólo van a acceder si ésta supera los veinticinco millones, la posibilidad de que el Tribunal Supremo se manifieste sobre puntos doctrinal y jurisprudencialmente controvertidos se reduce extraordinariamente. Estimamos, por ello, que cualquier sentencia de segunda instancia dictada por una Audiencia Provincial que presente interés casacional o cuya cuantía exceda de veinticinco millones de pesetas –aparte, evidentemente, de los relativos a tutela civil de derechos fundamentales excepto los del artículo 24 CE– es recurrible en casación, independientemente del cauce adecuado para la primera instancia y de los criterios considerados para fijarlo.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIONES 49 y 47 bis.

Preparación del recurso de casación basado en interés casacional. Casación para la unificación de doctrina.

El artículo 479.4 de la LEC exige que, cuando el fundamento de la recurribilidad en casación de una sentencia se encuentre en el interés casacional, el escrito de preparación del recurso debe expresar “las sentencias que pongan de manifiesto la doctrina jurisprudencial o jurisprudencia contradictoria” en que el interés casacional se funde. La falta de esta expresión deviene en causa de inadmisión del recurso, a tenor del artículo 480. El objetivo de lo dispuesto en el artículo 479.4, como se deduce fácilmente del examen de los anteriores apartados de esta norma, se halla en que el recurrente fundamente la procedencia del recurso de casación. Atendiendo a esta finalidad, entendemos que es exigible, pese a que lo escueto de la locución “deberá expresar... las sentencias...”, algo más que la mera cita de las sentencias que se estimen contradictorias, puesto que para establecer la procedencia del recurso es necesario dar razón de la contradicción. Es razonable que, como han señalado los Criterios de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el párrafo II, apartado 2º e), sea necesario “recoger el contenido de las sentencias, su *ratio decidendi*, con expresión de la específica materia en que se suscita la contraposición jurisprudencial y de qué modo se produce...”. Dicho esto, hay que estimar improcedentes las restantes exigencias que respecto de este punto se contienen, y no sólo por excesivas, sino porque, al hilo de los elementos necesarios para una adecuada preparación del recurso en estos casos, el Tribunal Supremo restringe el interés casacional con condiciones no previstas en la LEC. Así sucede con la necesidad de presentar al menos cuatro sentencias –dos en cada sentido–, y con el requisito de la identidad de supuestos. Respecto de este último, no es exigible que las partes determinen hasta qué punto los supuestos que se aducen son o no idénticos, no ya porque no lo diga la ley, sino porque el objeto de la casación no son juicios de hecho, sino jurídicos, luego lo relevante es que exista una discrepancia jurídica y no que los supuestos sean o no idénticos.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 50

Ejecución provisional de autos.

Aunque el Título II del Libro III de la LEC lleva por rúbrica “De la ejecución provisional de *resoluciones judiciales*”, lo cierto es que los artículos que integran este Título sólo hacen referencia a la ejecución provisional de *sentencias* de condena, lo que ha llevado a plantearse la cuestión de si además de las sentencias, son también ejecutables provisionalmente los autos.

Tan sólo acudiendo al tenor literal del art. 526 LEC, que únicamente habla de “sentencias” se puede concluir que la ejecución provisional sólo es posible respecto de tal tipo de resolución. A nuestro modo de ver, si embargo, no hay ningún obstáculo para sostener que ciertas resoluciones que adoptan la forma de auto y que contienen pronunciamientos de condena son también susceptibles de ejecución provisional. Las razones por las que la nueva LEC permite con tanta amplitud la ejecución provisional, sobre las que la Exposición de Motivos se extiende (apdo. XVI), son esgrimibles con independencia del tipo de resolución que se haya dictado. Además, otros preceptos de la LEC parecen reconocer esta posibilidad para algunos autos. Así, por ejemplo, el auto que resuelve el incidente de liquidación de daños y perjuicios, frutos y rentas y la rendición de cuentas (art. 716 II “Este auto será apelable, *sin efecto suspensivo*); o el acuerdo homologado judicialmente al que lleguen las partes en la audiencia previa del juicio ordinario (arts. 415.2 y 428.2 LEC).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 51.

Ejecución provisional de sentencias ilíquidas anteriores a la LEC 1/2000.

La LEC ha querido poner fin, por medio de su art. 219, al pernicioso fenómeno de las «condenas con reserva», exigiendo del tribunal pronunciamientos líquidos o fácilmente liquidables, y negando fuerza ejecutiva a las condenas absolutamente ilíquidas: respecto de estas últimas, será precisa para poder acceder a la ejecución forzosa la tramitación de un ulterior proceso declarativo en el que se proceda a la cuantificación de las sumas debidas.

Ahora bien, durante un tiempo perdurarán las condenas con reserva dictadas al amparo del art. 360 de la LEC anterior; y éstas sí que tendrán aparejada fuerza ejecutiva, pues en el momento en que se dictaron estaba expresamente permitido por la Ley que las sentencias, en determinados supuestos, defirieran la liquidación de ciertos importes a los trámites de ejecución de sentencia.

Cuando el título ejecutivo lo integre una sentencia de condena ilíquida dictada en virtud del art. 360 de la LEC anterior, previa a cualquier actuación ejecutiva será la cuantificación del importe debido. La LEC de 2000 no ha previsto un trámite específico para la cuantificación de sentencias ilíquidas de cara a su ejecución –como el establecido en los antiguos arts. 928 y sigs.–, pues tras su entrada en vigor ya no serán posibles. Sin embargo, a tal efecto, podrá utilizarse el incidente de cuantificación regulado en los arts. 712 y sigs.; aunque esté previsto para liquidar conceptos distintos, puede razonablemente extenderse también a los supuestos que ahora nos ocupan (cfr. VEGAS TORRES, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* – con DE LA OLIVA SANTOS y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ–, Madrid, 2000, Centro de Estudios Ramón Areces, págs. 111 y 124).

Si resulta admisible la ejecución definitiva de una sentencia firme de condena ilíquida, no se ve razón para no opinar lo mismo respecto de su ejecución provisional, cuando aún está pendiente de recurso: aunque sean ilíquidas, en el momento en que se dictaron eran susceptibles de fundar un proceso de ejecución, y dado que las normas de ejecución provisional de la LEC 1/2000 han entrado en vigor de forma inmediata (D.T. 2ª), quien se benefició de una sentencia de condena con reserva dictada en primera instancia antes del 8 de enero de 2001 podrá solicitar su ejecución provisional con arreglo a la nueva normativa, sin prestar caución y sin sujetarse a plazo preclusivo.

Será ya en el marco del proceso de ejecución provisional donde se procederá a la cuantificación de la condena y a su posterior exacción forzosa. Ocurre sólo que tal proceder encierra un gran contrasentido: si la condena ilíquida se fundó en la imposibilidad de cuantificar o siquiera de fijar bases de cuantificación en la sentencia de primera instancia, resultaría cuando menos paradójico que pudiera hacerse esta liquidación de modo incidental tan sólo unos días después. Sin embargo, no es un problema que se haya planteado o agravado tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, pues ya había sido detectado y denunciado durante la vigencia de la LEC de 1881.

Sea como fuere, se trata de un problema que no perdurará mucho tiempo, si se cuenta con la progresiva implantación del sistema de condenas líquidas o fácilmente

liquidables impuesto por la LEC y con la correlativa desaparición de las condenas con reserva.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 51 bis.

Régimen transitorio relativo a la ejecución provisional.

Solicitada y despachada la ejecución provisional antes del 8 de enero de 2001, el ejecutante tiene derecho a pedir la devolución de la caución que necesariamente tuvo que prestar para obtenerla conforme al régimen procesal anterior. Aunque se trata de un problema llamado a tener una duración efímera, la expuesta es la solución que se deduce de una interpretación lógica y sistemática de las Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta de la LEC 1/2000.

En efecto, de ambas normas se deduce la inmediata entrada en vigor de los preceptos de la LEC en materia de ejecución provisional, lo cual supone la exigencia de que se adapten a ella las que ya estén en curso y de que, en consecuencia, deban devolverse unas cauciones que ya no son necesarias para su despacho. Es más, de no procederse de este modo, se estaría dando pie a situaciones claramente injustas: las DD.TT. 3ª y 4ª permiten pedir conforme al régimen de la nueva LEC la ejecución provisional de las sentencias objeto de recurso dictadas antes de su entrada en vigor; esto se traduce en que los beneficiarios de esas sentencias podrán obtener su ejecución provisional sin sujeción a plazo preclusivo y sin necesidad de prestar fianza; y resultaría contradictorio con esa situación que no disfrutaran de las mismas ventajas quienes promovieron la ejecución provisional antes del 8 de enero de 2001, pues materialmente las circunstancias son idénticas.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 52

Ejecución provisional en procesos inquisitivos.

Entre las sentencias no provisionalmente ejecutables se encuentran las dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso (art. 525.1.1.ª LEC).

La razón de la exclusión de estas sentencias de la ejecución provisional es evidente. Las sentencias que enumera este precepto o son meramente declarativas o son constitutivas, y las sentencias meramente declarativas y las constitutivas no son, por su propia naturaleza, susceptibles de ejecución forzosa, ni provisional, ni definitiva (art. 521.1 LEC).

No obstante, en este tipo de procesos el pronunciamiento principal (que no es de condena y, por tanto, no es provisionalmente ejecutable) suele ir acompañado de otros pronunciamientos de condena de gran importancia que sí son y conviene que sean provisionalmente ejecutados, como expresamente reconoce ahora el art. 525.1.1º LEC. Precisamente, la importancia de esta norma es haber hecho la salvedad de que sí son provisionalmente ejecutables los pronunciamientos relativos a cuestiones patrimoniales relacionadas con el objeto principal del proceso, cosa que no hacía el art. 385 de la LEC anterior, lo que había dado lugar a discusiones sobre si tales pronunciamientos eran provisionalmente ejecutables o no.

La regulación legal adquiere pleno sentido si se relaciona con lo dispuesto en la propia LEC para los procesos matrimoniales. De acuerdo con el art. 774.5 LEC sobre medidas definitivas, “los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta”, lo que supone reconocer la posibilidad de ejecutar provisionalmente tales medidas, aunque sean impugnadas. La ejecución de los pronunciamientos sobre medidas se realizará con arreglo a lo dispuesto en el Libro III de la LEC, con las especialidades previstas en el art. 776 relativo a la ejecución forzosa (provisional o definitiva) de los pronunciamientos sobre medidas. En concreto, se prevén multas coercitivas para quien no pague las cantidades acordadas o no respete las obligaciones de hacer personalísimo, sin las limitaciones que las normas generales señalan para este último caso; y se permite una modificación del régimen de guarda y visitas en casos de incumplimiento reiterado.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 53.

Ejecución provisional de sentencias sobre propiedad industrial.

De los arts. 524 y 525 LEC se deduce la regla general de que son provisionalmente ejecutables todas las sentencias condenatorias dictadas en primera instancia, salvo aquéllas respecto de las cuales lo haya prohibido expresamente la Ley.

Una duda en relación con esto se plantea a la luz del art. 138.1 de la Ley de Patentes, en virtud del cual «si la sentencia de primera instancia dictada en el procedimiento civil de fondo estableciera pronunciamientos condenatorios para alguna de las partes y fuera objeto de apelación, se dará cuenta del recurso a la parte apelada para que ésta pueda, dentro del plazo de tres días, exigir del Juez la adopción de las correspondientes medidas cautelares o la prestación de la oportuna fianza sustitutoria, tendentes al aseguramiento de la efectividad del fallo recaído, siempre que estas medidas no se hubieren adoptado previamente o fueren insuficientes».

Para resolver la cuestión planteada, debe partirse del verdadero alcance de esta norma. En efecto, si se considera que el art. 138.1 LP es un precepto restrictivo de la ejecución provisional de las sentencias dictadas en procesos sobre patentes, en la medida en que es ley especial cuya vigencia no se ha visto afectada por la entrada en vigor de la LEC, habrá que considerarla prevalente sobre las normas de ésta y concluir, en consecuencia, que se trata de una excepción adicional a la ejecución provisional.

Ésta fue la interpretación que le dio parte de la jurisprudencia, al menos durante la vigencia de la LEC de 1881. Sin embargo, no parecía acertada entonces, ni tampoco lo parece tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000.

En rigor, lo que hace el art. 138.1 LP es limitarse a sentar con claridad que el dictado de una sentencia estimatoria en primera instancia es indicio legalmente suficiente para acreditar la existencia del *fumus boni iuris*; y también tiene la virtualidad de dispensar del acreditamiento de la concurrencia de *periculum in mora*, pues según el precepto el demandante podrá «exigir» del tribunal la adopción de las cautelas pertinentes. Pero no es, ni era, un precepto llamado a derogar tácitamente las normas sobre ejecución provisional; no se trata de una norma procesal general dentro de la LP, sino de un precepto insertado dentro del Capítulo de ésta dedicada a las medidas cautelares.

Ocurría bajo la vigencia de la LEC anterior que, en el fondo, con una norma de este alcance, era más sencillo para el litigante, e igual de conducente para sus intereses, la petición de medidas cautelares que la petición de ejecución provisional: ambas eran igual de costosas, pues en ambos casos se exigía caución; el contenido material podía ser el mismo, dado el carácter anticipatorio de las medidas cautelares en virtud de la LP; la concesión de la ejecución provisional era más arriesgada, pues estaba sujeta a la cláusula del antiguo art. 385 para los casos de condenas no pecuniarias («únicamente si el Juez estima que el perjuicio que pudiera irrogarse con su ejecución no sería irreparable»), mientras que la Ley le aseguraba al solicitante un juicio favorable acerca de la concurrencia de los presupuestos de las medidas cautelares. En el fondo, lo que

hacía el precepto no era prohibir la ejecución provisional, sino desincentivarla haciendo más interesante la petición de medidas cautelares.

La entrada en vigor de la LEC 1/2000 ha modificado radicalmente algunas de estas premisas: la ejecución provisional ya no está sujeta a caución y su despacho tampoco se condiciona a un juicio apriorístico acerca de lo irreparable de los perjuicios que pudiera acarrear. Es claro, a fecha de hoy, que al litigante ya no le resultará igual de indiferente la opción por uno u otro mecanismo, sino que le será preferible la ejecución provisional. Y dado que el nuevo sistema de ejecución provisional representa netamente un beneficio para el demandante que venció en primera instancia, sólo podrá excluirse si así lo establece una norma expresa, sin que pueda atribuirse ese carácter a una norma como el art. 138.1 LP que, a lo sumo, resulta ambigua.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 54.

Ejecución provisional sobre costas.

No es ejecutable provisionalmente aquello que no sea susceptible de ejecución forzosa definitiva. Sentada esta base, la condena en costas es ilíquida y, conforme a la LEC (no a la LECA ni a la jurisprudencia), no cabe la ejecución de condenas ilíquidas salvo que la sentencia contenga las bases de la liquidación que consiste en una mera operación aritmética (arts. 219, en relación con los arts. 572.1 y 575.3) o sea de aplicación el procedimiento regulado en los arts. 712 y ss.

Como quiera que la condena en costas no contiene las bases para una liquidación mediante simple operación aritmética ni constituye condena a prestación no pecuniaria cuyo equivalente se haya de cuantificar monetariamente ni es condena al pago de cantidad debida en concepto “de daños y perjuicios o de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase” o a la “rendición de cuentas de una administración”, parece que resulta obligado concluir que la condena en costas no es, por sí sola, título ejecutivo o lo que es igual, no es, *por sí sola*, susceptible de ejecución forzosa...ni definitiva, ni provisional. Otra cosa, que ahora no importa, es que, existiendo pronunciamientos condenatorios ejecutables, la ejecución se despache también por las costas (calculadas provisionalmente): pero estas costas son las del proceso de ejecución mismo.

Así, pues, nos inclinamos a entender que la sentencia que condena en costas sólo constituye título ejecutivo cuando se integra con el auto que aprueba la tasación de costas, *ex* arts. 242 y ss. LEC. Y es de señalar, a este respecto, que la LEC no permite solicitar la tasación de costas sino cuando el pronunciamiento condenatorio a su pago es firme. No existe base legal alguna para obligar a admitir solicitudes de tasación contra la letra del art. 242.1 ni para obligar al Secretario Judicial a practicar una tasación provisional de costas, que, por lo demás, suscitaría numerosos problemas, entre los cuales, bs derivados de la aplicabilidad, a tal tasación, de los diversos mecanismos previstos en los arts. 243-246 LEC.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 55

Control judicial de los presupuestos para la ejecución provisional.

Según el art. 527.3 LEC, solicitada la ejecución provisional, el tribunal la despachará salvo que se trate de sentencia comprendida en el art. 525 (es decir, que, según la ley no sea provisionalmente ejecutable), o que no contuviere pronunciamiento de condena a favor del solicitante.

No obstante lo dicho, debe entenderse que el tribunal, antes de despachar ejecución provisional, debe verificar que concurren, en el caso concreto de que se trate, los presupuestos y requisitos legalmente exigidos para el despacho de la ejecución (art. 551 LEC). Conviene no olvidar que lo que no es susceptible de ejecución forzosa definitiva, tampoco lo es de ejecución forzosa provisional y que la ejecución provisional se despachará y llevará a cabo, del mismo modo que la ejecución ordinaria (art. 524.2 LEC)

Por tanto, el tribunal, antes de resolver sobre el despacho de la ejecución, debe verificar la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales, la regularidad formal del título ejecutivo y que los actos de ejecución que se solicitan sean conformes con la naturaleza y contenido del título ejecutivo (art. 551.1).

Y, una vez comprobado que la sentencia es susceptible de ejecución forzosa, el tribunal pasará a verificar la concurrencia de los requisitos propios de la ejecución provisional, y no sólo lo expresamente previsto en el art. 527.3 (que se trata de una sentencia susceptible de ejecución provisional que contiene un pronunciamiento de condena a favor del solicitante), sino la falta de cualquier otro presupuesto de la ejecución provisional o cualquier defecto de la solicitud.

El tribunal denegará el despacho de la ejecución si entendiere que no concurren los requisitos legalmente exigidos. No obstante, si se trata de un defecto subsanable, el tribunal debe permitir la subsanación antes de denegar el despacho de la ejecución.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 56.

Causas de oposición a la ejecución provisional.

Una vez despachada la ejecución provisional, el ejecutado puede formular oposición a la misma. Las causas en las que puede fundarse esta oposición aparecen recogidas en el aptdo. 2 del art. 528, que distingue según se trate de oposición a la ejecución provisional de condenas no dinerarias, o de oposición a actuaciones ejecutivas concretas de condenas dinerarias. La cuestión que se nos plantea es la de si dicha oposición sólo puede fundarse en las causas que recoge este artículo, o también en las causas previstas en los arts. 556 y ss. LEC para la oposición a la ejecución definitiva.

A nuestro modo de ver, no resulta aceptable limitar las causas de oposición a la ejecución provisional a las previstas en el art. 528 LEC. Y, sin embargo, la letra de la LEC favorece esa interpretación, pues el art. 528.2 afirma que ‘la oposición a la ejecución provisional *únicamente* podrá fundarse en las siguientes causas’. Antes al contrario, teniendo en cuenta que, en la ejecución provisional, las partes disponen de los mismos derechos y facultades que en la ejecución ordinaria (art. 524.3 LEC), entendemos que el ejecutado podrá también oponerse a la ejecución con base en los motivos (procesales y de fondo –arts. 559 y 556–) que la LEC prevé para la oposición a la ejecución definitiva de resoluciones judiciales.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 57.

Ejecución provisional: costas en caso de revocación parcial.

El art. 533 LEC regula las consecuencias que tiene la revocación tras la estimación del recurso frente a la sentencia provisionalmente ejecutada, en el caso de las condenas al pago de una cantidad de dinero. Y trata de forma diferente los supuestos de revocación total y aquéllos de revocación parcial.

Si la revocación es total, quien padeció la ejecución provisional tendrá derecho a que se le devuelva por el ejecutante la cantidad percibida, a que se le reintegren las costas de la ejecución que haya satisfecho y a que se le resarzan los daños y perjuicios que la ejecución le hubiera ocasionado (art. 533.1).

En cambio, si la revocación es parcial, lo único que contempla la Ley es la devolución por el ejecutante al ejecutado de la diferencia entre la cantidad percibida y la resultante de la sentencia parcialmente confirmatoria, con los correspondientes intereses (en concreto, el interés legal del dinero desde el momento de la percepción: art. 533.2).

Si el pago de intereses puede absorber el contenido de una eventual indemnización de daños y perjuicios, no se reconoce expresamente en los casos de revocación parcial el derecho al reembolso de las costas. No se trata de un descuido u omisión del legislador, sino que tiene un claro fundamento: la ejecución provisional no fue indebida e improcedente *per se*, sino únicamente por lo referido a la cantidad que tenía derecho a percibir el ejecutante; pero como las actuaciones ejecutivas, al menos en parte, eran necesarias, el abono de las costas que generaron debe ser afrontado por el ejecutado, conforme a la regla general del art. 539 (cfr. también DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* –con DE LA OLIVA SANTOS y VEGAS TORRES–, Madrid, 2000, Centro de Estudios Ramón Areces, pág. 375).

Podría pensarse que la aplicación de esta regla, en supuestos extremos, fuese la fuente de situaciones injustas, como cuando la cantidad parcialmente confirmada en segunda instancia resulte ínfima en relación con la obtenida en primera instancia y provisionalmente ejecutada; sin embargo, en esos supuestos, el demandado siempre podría haber evitado este resultado pagando o consignando la cantidad que creyera deber, de forma que una revocación parcial de la sentencia que se ajustara a lo pagado o consignado podría verse, a los efectos del art. 533, como una revocación total que daría derecho a un reembolso de las costas.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 58.

Multas coercitivas en ejecución.

a) Aunque la Ley no lo señale expresamente, el acreedor de las cantidades por multas coercitivas impuestas al ejecutado (cfr. arts. 589.3, 699, 709, 710) sólo puede ser el Estado. En este punto, se le ofrecían al legislador dos alternativas: por un lado, el sistema de la *astreinte* francesa, que va a parar a los bolsillos del ejecutante; de otro, el del *Zwangsgeld* alemán, cuyo acreedor es el Estado. El primero de los sistemas sólo resulta concebible cuando así lo establezca expresamente la Ley, pues de lo contrario integraría un supuesto de enriquecimiento injusto, a no ser que se computara como indemnización por daños y perjuicios, o bien como equivalente pecuniario de la prestación incumplida (pero este resultado también debería haber sido previsto expresamente, y no sería admisible en el caso de que las multas hubiesen alcanzado su función y el deudor hubiera cumplido la prestación específica). Por otra parte, el hecho de que la Ley emplee expresamente el término «multa» da idea de su carácter sancionatorio, que la vincula con la potestad pública y con el Estado.

b) En caso de concurrencia de créditos por multas coercitivas (en favor del Estado) y por cantidades debidas al ejecutante (en concepto de indemnización, o en concepto de equivalente pecuniario de la prestación incumplida), la preferencia debe corresponder a estas segundas. El sistema de multas coercitivas se ha introducido en la Ley con la finalidad de proveer a una mejor tutela del ejecutante; por eso, nunca debe tornarse en perjuicio del interés de éste, y esto es lo que sucedería si se diera preferencia al crédito del Estado por multas coercitivas frente al crédito del ejecutante – al menos, cuando el patrimonio del ejecutado fuese insuficiente para atender a todas ellas íntegramente–.

c) Siendo el Estado el acreedor de las multas coercitivas, estará facultado para cobrarlas acudiendo al procedimiento administrativo de apremio. Por eso, atendiendo al sistema de autotutela declarativa y autotutela ejecutiva que rige la actividad administrativa, debe reconocerse que la resolución que impone multas coercitivas es título ejecutivo. Cuestión distinta es que, a efectos prácticos, en vez de despacharse una ejecución administrativa (para cobrarse el Estado el crédito por multas) en concurrencia con la ejecución procesal (para pagar al ejecutante las cantidades debidas), se aproveche esta segunda para la exacción del importe de las multas coercitivas.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 58 bis.

Multas coercitivas en ejecución. Cuantía.

A la hora de fijar la cuantía de las multas coercitivas, el art. 711 manda al tribunal tener en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo, y si tal valor no consta en el título, o bien se trata de una multa coercitiva para forzar que el ejecutado deshaga lo mal hecho, se atenderá al coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas. Ahora bien, que la Ley le obligue a tener en cuenta este parámetro no significa que deba ser el único al que deba atender. Al contrario, en la medida en que la Ley no fija un importe exacto para las multas mensuales ni para la multa única, sino que, al contrario, lo que hace es señalarles un límite máximo, debe entenderse que reconoce al tribunal un margen de discrecionalidad, en ejercicio de la cual el tribunal habrá de acudir a otros elementos de juicio, entre los que, obviamente, se encontrará la capacidad económica del sujeto obligado a pagar las multas.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 59.

Acción ejecutiva de consumidores y usuarios.

Muchas de las cuestiones relativas a la actuación procesal de los consumidores y usuarios fueron introducidas en la LEC durante la tramitación parlamentaria y esto explica la precipitación y cierta falta de reflexión que en ocasiones se advierte cuando se trata de interpretar estas normas sistemáticamente. Algo de esto sucede al intentar determinar quiénes pueden, a título individual, instar la ejecución de una sentencia de condena obtenida por un grupo de consumidores o usuarios determinado o fácilmente determinable. Estos grupos, a tenor del artículo 11, tienen legitimación cuando están constituidos por la mayoría de sus miembros. Además, tienen la obligación –artículo 15.2- de comunicar previamente la presentación de la demanda a los interesados, sin perjuicio del llamamiento a través de medios de comunicación previsto en el artículo 15.1, que también en los procesos en los que actúe este tipo de grupos debe realizarse. La eficacia de cosa juzgada de la sentencia que en el proceso se dicte alcanza, en virtud del artículo 222.3 “a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en el artículo 11 de esta Ley”. Es lógico entender, por tanto, que también alcanza a quienes, siendo titulares del mismo derecho que los que constituyeron el grupo, no se integraron en él. De lo contrario, se produciría el efecto de goteo que el legislador ha querido evitar a través de esta específica norma.

Sin embargo, el artículo 519, al regular la posibilidad de que consumidores y usuarios individuales insten la ejecución de una sentencia de condena se remite a la regla primera del artículo 221, regla que se refiere sólo a los procesos en los que una asociación de consumidores y usuarios –y no un grupo de afectados- ha obtenido una sentencia estimatoria de una pretensión de condena dineraria o de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica. ¿Qué ocurre, en fase de ejecución, con los que potencialmente podrían haber sido miembros de ese grupo de afectados pero de hecho no se integraron en él? Las soluciones posibles son dos, opuestas, y ninguna de ellas plenamente satisfactoria.

Podría entenderse que el artículo 15, al regular los dos llamamientos que en estos supuestos deben recibir las personas interesadas, está creando implícitamente una carga para ellas, de manera que si no se integran en el grupo tampoco podrán obtener la ejecución de la sentencia a su favor –y por ello el artículo 519 contendría sólo una remisión a los supuestos en los que el proceso lo instó una asociación-, pese a que se les extiende la eficacia de la cosa juzgada. Esta interpretación es muy drástica, puesto que sin que la ley exprese explícitamente esta voluntad, se estaría impidiendo a quienes no litigaron tanto instar un nuevo proceso como beneficiarse de lo decidido en otro que ya ha tenido lugar. La otra posibilidad es entender que con la eficacia de cosa juzgada, se les extiende también el derecho de obtener ejecución a su favor. De esta manera, los perjudicados son quienes litigaron, puesto que es muy cómodo, y esta interpretación lo favorecería, dejar que otros inviertan tiempo y dinero y después, si todo sale bien, beneficiarse de su esfuerzo. Nadie querría así constituir los grupos de afectados a que se refiere el artículo 11.

Lo último que hay que hacer notar es que, en cualquier caso, la posibilidad de instar una ejecución individual no depende de si el interés es difuso o no, ni tampoco de si los afectados eran o no determinables en el momento de interponerse la demanda, puesto que la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios alcanza tanto a los casos en los que los perjudicados por un hecho dañoso están determinados o son fácilmente determinables como a los supuestos contrarios. La única diferencia es que cuando los afectados están o pueden estar determinados, la legitimación se atribuye también a otros sujetos, mientras que si están indeterminados o son de difícil determinación, la legitimación les corresponde exclusivamente.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 59 bis.

Caducidad de la acción ejecutiva para consumidores indeterminados.

El título en virtud de cual los consumidores individuales pueden instar la ejecución en su beneficio de una condena obtenida por una asociación de consumidores y usuarios es un título judicial. La acción ejecutiva que pretenda fundarse en este título esta sometida, sin duda, al plazo de caducidad de cinco años previsto para estos títulos en el artículo 518. Los consumidores y usuarios disponen, en consecuencia, de un plazo de cinco años a contar desde la firmeza de la sentencia para promover el incidente previsto en el art. 519.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 59 bis 2

Caducidad de la acción ejecutiva respecto a prestaciones periódicas o a un no hacer.

El art. 518 LEC cifra en cinco años el plazo de caducidad de la acción ejecutiva fundada en sentencia, a contar desde su firmeza, se altera con ello el antiguo criterio jurisprudencial que, a falta de previsión legal expresa, solía aplicar a la acción ejecutiva el plazo general de prescripción de quince años del art. 1964 CC.

Nos parece razonable, sin embargo, proponer una interpretación correctora de la mera literalidad de este precepto cuando la sentencia lo sea de condena a prestación futura o al pago de prestaciones periódicas –o respecto de los pronunciamientos que tengan esa naturaleza, aunque la sentencia contenga otros de eficacia inmediata–. Porque lo que sanciona el plazo de caducidad es la inactividad del ejecutante, que es indicativa de su falta de interés en obtener la adecuación de la realidad al mandato judicial, y es evidente que esa pasividad sólo puede presumirse –y sancionarse con la caducidad– respecto del beneficiario de una condena de futuro una vez se haya producido el vencimiento, pero no desde que la sentencia gane firmeza: únicamente con el vencimiento de la prestación nace la acción ejecutiva y tiene sentido medir el uso que de ella hace o deja de hacer su titular.

Lo lógico, por tanto, es entender aplazado el *dies a quo* a dicho momento, pero mantener intacta su duración, pues las razones por las que el legislador ha querido reducirlo de los quince años que en la práctica se le asignaban a los cinco actuales han de respetarse y mantienen su sentido para las condenas de futuro una vez vencida la prestación; igual que tampoco puede desvirtuarse la voluntad legal de que el plazo sea de caducidad y no de prescripción (con las consecuencias sobre apreciabilidad de oficio e imposibilidad de interrupción que se derivan de la primera de las calificaciones).

Teniendo en cuenta lo anterior, debería fracasar una oposición de fondo a la ejecución al amparo del art. 556.1 II (esto es, por caducidad de la acción ejecutiva) si el ejecutado pretendiera fundarla en el transcurso de cinco años desde la firmeza de la sentencia, pero el ejecutante demuestra que se trata de una condena de futuro y tal plazo, contado rectamente a partir del momento del vencimiento, aún no se ha agotado.

Lo mismo debe decirse en relación con la caducidad de la acción ejecutiva que se funde en una condena a un no hacer, siempre que ese no hacer tenga carácter indefinido. En estos casos, la acción ejecutiva no llega a nacer en tanto no se haya quebrantado la sentencia, momento éste a partir del cual debe computarse el plazo de cinco años establecido en el art. 518. Lo contrario supondría una limitación a la eficacia temporal de las sentencias contraria a la lógica y carente de todo apoyo normativo.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 60.

Oposición a la ejecución.

La inexistencia o la nulidad del negocio o acto jurídico constitutivo de la obligación incorporada al título ejecutivo no es una causa de oposición a la ejecución por razones de fondo que pueda alegarse en el incidente expresamente regulado por la LEC. Así se deduce claramente de una lectura *a contrario* del catálogo de causas aducibles tanto si la ejecución lo es de título judicial (art. 556) como de título extrajudicial (art. 557), sin que pueda interpretarse el número 3º del art. 559.1 como comprensivo de estas situaciones, pues es precepto que se ocupa de cuestiones procesales y formales, y la inexistencia o la nulidad del negocio son en todo caso óbices de fondo.

En el caso de la ejecución de títulos judiciales, la nulidad o inexistencia del negocio es cuestión que o bien fue resuelta –en sentido desestimatorio– por la sentencia que se ejecuta, o bien es cuestión cuyo planteamiento precluyó justamente en el marco del proceso declarativo en que la sentencia se dictó. Es una cuestión, por tanto, que ni siquiera podrá utilizarse como argumento en el proceso declarativo a que se refiere el art. 564.

En el caso de la ejecución de títulos extrajudiciales, es cierto que, durante la vigencia de la LEC anterior, era éste uno de los motivos en que podía fundarse la oposición al desaparecido juicio ejecutivo (art. 1467.1º LEC de 1881). Sin embargo, al elaborar el catálogo de causas de oposición alegables dentro del propio proceso de ejecución de títulos extrajudiciales, el legislador de 2000 optó por excluirla. La razón es clara: excluidos del listado del art. 517 la letra de cambio, el chequé y el pagaré, la confección de los que para la LEC son títulos ejecutivos extrajudiciales aparece revestida de una serie de garantías, especialmente relacionadas con la presencia o participación de un fedatario público, que permiten presumir la existencia y validez del acto o negocio obligacional documentado. Es más, excluyendo la inexistencia o la nulidad del negocio del catálogo de causas de oposición se evita –como sucedía en el pasado– la conversión del incidente de oposición en un sucedáneo de proceso declarativo insertado en la ejecución; y la evitación de este resultado ha sido una de las metas que, claramente, se han buscado al regular la oposición a la ejecución forzosa (Exposición de Motivos, apdo. XVII, pfo. 8º).

En definitiva, si el ejecutado considera que el título extrajudicial en que se ha fundado la ejecución frente a él incorpora una obligación inexistente o nula por vicios en el negocio o acto que pretendidamente la constituyó, no podrá oponerse a la ejecución en sentido estricto, sino que tendrá la carga de interponer un proceso declarativo a través del cual pretenda el restablecimiento de la situación jurídica anterior a la generada por la ejecución que considera ilícita (art. 564).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 60 bis.

Recurso contra el auto que resuelve la oposición a la ejecución por defectos procesales.

El art. 559 regula la sustanciación y resolución de la oposición a la ejecución fundada en los defectos procesales enumerados en su aptdo. 1, pero omite referirse al régimen de recursos frente al auto dictado por el tribunal decidiendo la continuación de la ejecución o su sobreseimiento. Ante el silencio legal, son dos las posibles opciones:

a) Acudir, de forma supletoria, a la norma que establece el régimen general de impugnación de resoluciones en el proceso de ejecución (el art. 562); en tal caso, habría de entenderse que el auto resolutorio de la oposición por motivos procesales únicamente será recurrible en reposición, pues el recurso de apelación sólo resulta admisible en los casos en que expresamente lo prevea la Ley, cosa que no hace en el art. 559. Esta conclusión, sin embargo, tiene algo de insatisfactorio, por cuanto propicia un trato diferenciado a las dos clases de oposición a la ejecución, siendo así que nada *a priori* justifica otorgar mayor importancia a la oposición por motivos de fondo sobre la oposición por motivos procesales, pues en ambos casos se está poniendo de relieve lo indebido del proceso de ejecución en su conjunto. Además, la aplicación del art. 562 no deja de resultar un tanto forzada, por cuanto el precepto se está refiriendo a la denuncia de la infracción de las normas que regulan los «actos concretos del proceso de ejecución», concepto éste donde no terminan de encajar las resoluciones que deciden sobre la oposición a la ejecución.

b) Parece más razonable, por ello, una aplicación analógica o extensiva del régimen de recursos establecido por el art. 561.3 frente al auto resolutorio de la oposición por motivos de fondo, que prevé expresamente la apelación. Esta vía interpretativa permitiría interponer un recurso de apelación frente a la resolución sobre la oposición por motivos procesales; además, queda reforzada por el dato de que el art. 561.3 establece solamente que «contra el auto que resuelva la oposición podrá interponerse recurso de apelación», sin hacer referencia expresa alguna al tipo de motivos en que se ha fundado la oposición, a diferencia de los términos en que se expresa en el aptdo. 1 del mismo artículo. No es así en absoluto descabellado pensar que esta norma pueda tener virtualidad para regular el recurso frente a la resolución que decide sobre la oposición, sean cuales fueren las razones en que se fundó. Con ello se reconduciría a unidad el fenómeno de la oposición a la ejecución, con independencia de que la diversidad de sus motivos haya forzado a una tramitación «en dos tiempos»; y recibirían el mismo tratamiento, a efectos de recursos, todos los motivos de oposición a la ejecución en su conjunto.

De considerarse esta interpretación como la más correcta, la virtualidad general del art. 561.3 como norma reguladora del régimen de recursos frente a cualquier auto resolviendo la oposición a la ejecución daría lugar a las siguientes situaciones, en función de los motivos de oposición alegados por el ejecutado en su escrito:

1. Interpuesta oposición sólo por motivos procesales, frente al auto que la resuelva cabrá recurso de apelación, sea cual sea su contenido.

2. Si el ejecutado únicamente fundó su oposición en razones de fondo, la solución será la misma: la resolución del tribunal, cualquiera que sea su sentido, será recurrible en apelación.

3. En caso de que se haya interpuesto oposición por motivos procesales y por motivos de fondo, habrá de estarse al sentido de la resolución dictada resolviendo en primer término sobre los motivos procesales.

3.1. Si se desestima la oposición por razones procesales, no cabrá recurso alguno en ese momento, y habrá que esperar a la resolución sobre la oposición por motivos de fondo: también podría pensarse en una apelación primera e independiente de esta resolución, pero los intereses en presencia y la economía procesal se conjugan mejor si se evita una potencial duplicidad de recursos. En caso de que también se desestime la oposición por razones de fondo, entonces el ejecutado podrá interponer recurso de apelación frente a ambas desestimaciones, y podrá hacer valer ante la Audiencia los motivos procesales y de fondo inicialmente esgrimidos. Por el contrario, si se estima la oposición por motivos de fondo, entonces será el ejecutante quien podrá apelar en primer término la resolución; pero si lo hace, el ejecutado estará facultado para adherirse a la apelación alegando las razones procesales anteriormente desestimadas.

3.2. Si se estima la oposición por razones procesales, entonces el ejecutante podrá recurrir en apelación. En caso de que la apelación se desestime, acabó definitivamente la ejecución. Si la apelación se estima, entonces habrá de seguir sustanciándose el incidente de oposición para resolver sobre las razones de fondo, y el auto que se dicte será apelable, aunque, evidentemente, la apelación sólo versará sobre los motivos de fondo.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 61.

Planteamiento de la tercería de dominio.

Nada parece impedir que el tercero al que se le comunica la inminencia de la traba sobre un bien que puede pertenecerle y no comparece en el plazo indicado en el artículo 593.2 pueda posteriormente interponer tercería de dominio, si el embargo efectivamente se produce. Lo único que tal vez podría discutirse es si, comparecido el tercero, discutidas sus alegaciones y resuelta la cuestión en el sentido de proceder al embargo, el tribunal queda de alguna manera vinculado por esta decisión respecto de la tercería de dominio que el tercero hipotéticamente interpusiera. Nos parece evidente que no. En primer lugar, sea cual fuere la respuesta, la interposición de la tercería sería posible, puesto que de nuevo nada hay que indique lo contrario y las causas de inadmisión de la tercería están tasadas. Lo fundamental, no obstante, es que las actuaciones previstas en el artículo 593.2 son simplicísimas, a causa de la necesidad de decidir rápidamente sobre el embargo para impedir maniobras en perjuicio del ejecutante, y las posibilidades de alegación y prueba tan limitadas que no permiten considerar resuelta, siquiera parcialmente, la cuestión de si el embargo debe mantenerse o alzarse con base en la titularidad del bien en favor de un tercero.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 62.

Momento preclusivo para la interposición de la tercería de dominio.

La referencia expresa del artículo 596 de la LEC al momento en el que en virtud de la legislación civil se produzca la transmisión del bien al acreedor o a quien lo adquirió como momento preclusivo de la tercería de dominio obliga al examen de los artículos 1462 y siguientes de Código Civil. Si lo subastado es un bien mueble, la transmisión se produce cuando la cosa se ponga en poder y posesión del comprador o mediante la entrega de las llaves donde la cosa está almacenada o guardada, según disponen los artículos 1462 y 1463 del Cc. Si esta entrega se ha producido, es irrelevante que se haya o no expedido testimonio del auto de aprobación del remate: la tradición ha tenido lugar y, en consecuencia, ha precluido la posibilidad de interponer la tercería. La expedición del auto de aprobación del remate es, por el contrario, indispensable para que se consuma la enajenación de bienes inmuebles o incorporales, puesto que, a tenor del artículo 1464 del Cc, si la venta no se hace mediante escritura pública -caso en el que el otorgamiento de la escritura equivale a la entrega, artículo 1462, segundo párrafo, del Cc-, “se entenderá por entrega el hecho de poner en poder del comprador los títulos de pertenencia...”. Que la LEC equipara el testimonio del auto que aprueba el remate al título de pertenencia al que se refiere el Cc se desprende con claridad del artículo 674.1 de la LEC, que dispone que será título bastante para la inscripción del bien en el registro de la Propiedad el referido testimonio. En el caso de bienes inmuebles o derechos incorporales, sí es posible entonces interponer la tercería entre la aprobación del remate y el momento en el que la transmisión del bien se perfecciona, es decir, el momento de expedición de testimonio del auto de aprobación del remate.

Respecto de los bienes muebles, el artículo 650.1 dispone que, una vez se ha aprobado el remate, el rematante tendrá que consignar el importe de su postura, menos el del depósito, en el plazo de diez días y, “realizada esta consignación, se le pondrá en posesión de los bienes”. Respecto de los bienes inmuebles no hay norma especial sobre este punto, luego la enunciada les es aplicable, como dispone el artículo 655.2. En el tiempo que media entre la aprobación del remate y la consignación del precio, tanto en el caso de los bienes muebles como en el de los inmuebles, será admisible la tercería de dominio que se interponga, puesto que los bienes no han sido todavía transmitidos al rematante.

No desconocemos alguna jurisprudencia que, referida a la tercería de dominio, aboga por una comprensión más flexible de la tradición y de los momentos en los que ésta se produce. Estimamos, sin embargo, que la inseguridad sobre estos puntos, fundamentales en circunstancias en las que confluyen los derechos e intereses de muchas personas, puede ser más perjudicial a la larga para la enajenación de bienes mediante realización forzosa que la posibilidad, tampoco tan frecuente, de que sean interpuestas tercerías en momentos procesales extremos o muy forzados.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 63

Reconvencción en la tercería de dominio.

Con el propósito de simplificar al máximo el objeto de las actuaciones procesales derivadas del ejercicio de la tercería de dominio, el aptdo. 2 del art. 601 LEC prohíbe al ejecutante reconvenir frente a la acción de tercería de dominio. El ejecutante y, en su caso, el ejecutado, sólo podrán pretender en la tercería de dominio el mantenimiento del embargo o sujeción a la ejecución del bien objeto de tercería.

Bajo la vigencia de la LEC anterior, la doctrina jurisprudencial no era pacífica sobre la procedencia o no de la reconvencción en los procesos de tercería de dominio. Una mayoritaria opinión jurisprudencial ha venido admitiendo la posibilidad de reconvenir en estos juicios de tercería de dominio, aunque tal posibilidad ha de quedar limitada “a aquella reconvencción que se enderece a obtener la declaración de nulidad del título esgrimido por el tercerista” (SSTS 1.^a de 27 de marzo de 1992, 23 de febrero de 1996, 24 de abril de 1998, entre otras), aclarando, en todo caso, que no era necesaria la reconvencción porque la nulidad del título del tercerista podía hacerse valer en la tercería mediante una simple excepción. Sin embargo, el TS ha mantenido un criterio más restrictivo con respecto al ejercicio en las tercerías de acciones rescisorias por fraude de acreedores mediante reconvencción (STS de 28 de abril de 1998).

En la nueva LEC está prohibida cualquier clase de reconvencción en las tercerías de dominio. Ahora, la nulidad del título invocado por el tercerista sólo podrá ser alegada por el ejecutante y, en su caso, por el ejecutado por vía de excepción, sin que sea aplicable a dicha excepción el tratamiento procesal previsto, en general, para las excepciones de nulidad en el art. 408 LEC. Las razones por las que no se debe aplicar dicho tratamiento han sido expuestas con todo rigor por el Prof. VEGAS TORRES en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* –con DE LA OLIVA SANTOS, DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ y BANACLOCHE PALAO– Madrid, Civitas, 2001, págs. 1046 y 1047, por lo que consideramos que lo más oportuno es traer directamente a colación su propias palabras:

“La aplicación de este precepto introduciría en la tercería, de manera subrepticia, una decisión con fuerza de cosa juzgada sobre la nulidad del título del tercerista, lo que iría en contra de la inequívoca opción del legislador de configurar la tercería como incidente de la ejecución cuyo exclusivo objeto es la pretensión de alzamiento de la traba. Se introducirían, también subrepticamente, las actuaciones derivadas de la reconvencción, que son precisamente las que el aptdo.2 del art. 601 pretende evitar en las tercerías. Y sería absurdo, en fin, que, negándose expresamente y con carácter general que el pronunciamiento sobre la titularidad de los bienes en que se apoye la decisión de la tercería tenga fuerza de cosa juzgada (art. 603), resulte que por aplicación del art. 408 se dote de esa fuerza a la decisión de una cuestión que condiciona precisamente la titularidad del tercerista: una eventual declaración de nulidad del título de adquisición del tercerista con eficacia de cosa juzgada material sería, en realidad, un pronunciamiento negativo sobre la titularidad del tercerista con esa misma eficacia, lo que no resulta compatible con la tajante dicción del art. 603. El art. 408 no

debe aplicarse a las tercerías de dominio, en suma, porque choca con lo que disponen los arts. 601 y 603 que, en cuanto normas especiales de la tercería, deben prevalecer sobre la norma general del art. 408”.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 64.

Apelación contra el auto que resuelve la tercería de dominio.

El auto que estima la tercería de dominio debe contener únicamente en su parte dispositiva un pronunciamiento respecto del alzamiento del embargo; si es desestimatorio, se limitará a ordenar la continuación del procedimiento de apremio respecto de los bienes embargados. Las consideraciones sobre la pertenencia del bien deben ser únicamente presupuestos de lo finalmente resuelto, puesto que la congruencia exige que la resolución judicial se pronuncie sólo sobre lo que el tercerista puede pretender, que es exclusivamente el alzamiento del embargo. Lo que quiere decirse con esto es que el auto que resuelve la tercería no es susceptible de ejecución provisional, puesto que las resoluciones judiciales que no son de condena -y lo que se pretende mediante la tercería es que se modifique la situación jurídica creada por la traba- no son títulos ejecutivos y, en consecuencia, tampoco son provisionalmente ejecutables.

Tampoco puede estimarse que el recurso de apelación que se interponga frente al auto que resuelve la tercería tenga efectos suspensivos, puesto que el artículo 456.2 lo excluye con carácter general para todos los autos que pongan fin al proceso.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 65.

Medidas cautelares: tutela preventiva y *fumus boni iuris* en determinadas materias.

Antes que nada, debemos partir de la premisa de que por «poder inhibitorio» se entiende la potestad de un tribunal para dirigir a ciertos sujetos mandatos o prohibiciones de hacer o de abstenerse de hacer algo.

Que los jueces y tribunales civiles tienen un poder inhibitorio a título definitivo es algo fuera de discusión: si éste es el contenido de la acción ejercitada y estimada, tras el correspondiente proceso de declaración el tribunal dictará una sentencia en la que condenará al demandado a hacer o a abstenerse de hacer algo.

También debe considerarse que los jueces y tribunales civiles tienen un poder inhibitorio a título cautelar: en efecto, tras la entrada en vigor de la LEC, y a la luz de preceptos como el art. 726.2 o el art. 727.7^a, está fuera de duda que, para asegurar la efectividad de un pronunciamiento judicial, los tribunales civiles pueden acordar como medidas cautelares mandatos o prohibiciones de hacer o no hacer. Ahora bien, este poder inhibitorio se les atribuye como consecuencia del contenido admisible de ciertas medidas cautelares, y tiene en todo caso un carácter instrumental: está supeditado a la pendencia presente o inminente de un proceso en el que se ejercite una acción que conlleve la petición de que se condene al demandado a hacer o no hacer de forma definitiva aquello que, de modo provisional, se le requiere con la medida cautelar.

Lo que no tienen los tribunales civiles es un poder inhibitorio «general», si se concibe como el poder de acordar a título sumario –o «cautelar» en sentido impropio– órdenes o mandatos provisionales de hacer o no hacer que no guarden relación con un proceso y una pretensión sobre el fondo de alguna cuestión, esto es, que no estén relacionadas con el contenido de una sentencia futura. Y es que, a la luz de los preceptos antes citados, y de la sistemática de la LEC en su conjunto, el poder de dirigir mandatos o prohibiciones provisionales sólo es ejercitable bajo la cobertura de la adopción de medidas cautelares en sentido estricto, pero nunca de forma autónoma.

Aclarado esto, se resuelve mejor la primera parte de la cuestión formulada. En materias como la medioambiental y la protección de los consumidores o de la salud pública, lo primero que debe hacerse es definir el ámbito de las acciones que pueden ejercitarse ante la jurisdicción civil, esto es, aquello que, en relación directa con estas materias, puede pretenderse de un tribunal del orden civil. Si se pueden individualizar pretensiones a través de las cuales se promueve la protección civil del medio ambiente, de la salud o de los consumidores, entonces el paso siguiente será plantearse la admisibilidad de que se adopten medidas cautelares en los procesos en que tales acciones se ejerciten; y estas medidas cautelares, si así lo aconsejan las circunstancias del caso para proveer a un adecuado aseguramiento de la eficacia de la sentencia, podrán tener carácter «inhibitorio», pues así lo permite el sistema abierto sobre contenido de las medidas cautelares previsto en la LEC. La adopción de estas medidas cautelares pasará, en todo caso, por una previa apreciación judicial sobre la concurrencia de sus requisitos, entre los que se incluye, indudablemente, el *fumus boni*

iuris (al igual que el *periculum in mora*). Lo expuesto será imaginable, a título de ejemplo, cuando se ejerzan acciones colectivas relacionadas con condiciones generales de la contratación (v.g., a través de la prohibición temporal de incluir en los formularios de condiciones generales la cláusula atacada a través de una acción de cesación).

Sin embargo, y siguiendo con los ejemplos, no parece admisible que un juez civil ordene «como medida cautelar» la retirada del mercado de un determinado medicamento o de un determinado producto, si esa medida no guarda relación con una acción entablada o por entablarse ante el mismo tribunal y dirigida a obtener esa retirada de forma definitiva; o que haga lo propio con la tala de un bosque, o la desviación del cauce de un río. En estos supuestos, nos encontramos con materias en las que el ejercicio de ese «poder inhibitorio general» suele entrar dentro del ámbito de las competencias de la Administración Pública; el control de su ejercicio sí que será ya jurisdiccional, pero estará encomendado a los tribunales del orden contencioso-administrativo y, en último término, las medidas cautelares de naturaleza estrictamente jurisdiccional que se adopten al respecto serán las previstas en las normas procesales administrativas.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 66.

Medidas cautelares y prejudicialidad penal.

La aplicación de las normas sobre prejudicialidad penal puede conducir a la suspensión del proceso civil de declaración en tanto no concluya el proceso penal de referencia (art. 40). Ahora bien, esta suspensión sólo afecta al proceso principal, pero no tiene incidencia sobre las medidas cautelares. En concreto, es posible solicitar la adopción de medidas cautelares estando ya suspenso el proceso civil por prejudicialidad penal; y también es posible oponerse a ellas, o bien promover su modificación o su alzamiento cuando el proceso principal ya está en suspenso.

La propia lógica y la función de la institución de las medidas cautelares y de la prejudicialidad penal justifican esta respuesta. En primer término, porque la paralización del proceso no hace desaparecer la litispendencia: el proceso principal sigue pendiente, con lo que se mantiene la relación instrumental de dependencia de las medidas cautelares respecto del proceso principal. Además, lo que se pretende a través de la suspensión del proceso en los casos de prejudicialidad penal es permitir que la sentencia penal pueda desplegar sus efectos sobre la sentencia civil que se dicte; por eso, según manda el art. 40, lo que debe suspenderse, como regla, no es el proceso en el curso en que se halle, sino tan sólo el dictado de la sentencia. El logro de ese objetivo no se ve comprometido en modo alguno si el tribunal provee al aseguramiento de la efectividad de la sentencia; al contrario, los peligros que acechan pueden agravarse desde el momento en que se dilata el horizonte temporal para la conclusión del proceso. Será, en todo caso, de aplicación a la solicitud de medidas cautelares formulada una vez suspenso el proceso lo previsto por el art. 730.4 (ha de basarse «en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos»). Y dado que las medidas cautelares tienen un ámbito de incidencia propia, y se vinculan con unos presupuestos diversos de aquéllos que condicionan el contenido de la sentencia de fondo, es igual de razonable que durante la suspensión del proceso principal pueda, no obstante, debatirse sobre si procede modificarlas o alzarlas. Porque nada de lo que se realice en relación con las medidas cautelares puede perjudicar a la meta perseguida por la suspensión prejudicial del proceso civil.

De hecho, la propia LEC da muestras de que, en general, la suspensión del proceso civil no resulta incompatible con la actividad procesal en relación con medidas cautelares: de modo expreso, por ejemplo, admite la adopción de medidas cautelares mientras está suspenso un proceso como consecuencia de la tramitación de una declinatoria (art. 64.2). Lo mismo hacen otros preceptos fuera de la LEC, como el art. 48.2 LOPJ (durante la paralización por sustanciación de un conflicto de competencia) y el art. 11.2 LOCJ (durante la paralización por sustanciación de un conflicto de jurisdicción). En todos estos preceptos, se hace mención, de forma directa o indirecta, a la urgencia o especial peligrosidad de la situación; no creemos, sin embargo, que ello suponga una limitación del ámbito de las potestades del tribunal respecto de las medidas cautelares en los casos de suspensión del proceso, pues se trata de conceptos inherentes al *periculum in mora* que debe justificar en todo caso su adopción.

Por otra parte, cabe recordar que la jurisprudencia, al menos bajo la vigencia de la LEC anterior –y no hay razón para considerar que deba cambiar de cara al futuro–, ha ofrecido una respuesta positiva a la cuestión formulada. Así, la posibilidad de solicitar y acordar la *adopción* de medidas cautelares, estando el proceso principal suspendido por la incoación de una causa criminal, la admiten expresamente el AAT Barcelona de 11 de enero de 1973 (*Revista Jurídica de Cataluña*, 1973, p. 114) para la anotación preventiva de demanda, la SAT Bilbao de 4 de mayo de 1983 (*Revista General de Derecho*, 1984, p. 1234) para el embargo preventivo y el AAP Ciudad Real de 2 de marzo de 1994 (*Revista General de Derecho*, núm. 600, 1994, pp. 10250-10252), entre otros. En cuanto a la posibilidad de solicitar y decretar la *modificación* de la medida cautelar ya acordada, estando en suspenso el proceso principal, la ha admitido expresamente, v.g., el AAT Barcelona de 15 de febrero de 1965 (*Revista Jurídica de Cataluña*, 1966, p. 168) para el embargo preventivo. La jurisprudencia no hace en estos casos referencia a ningún tipo de límites –derivados de la eventual urgencia o especial peligrosidad de la situación– a la hora de admitir las actuaciones jurisdiccionales que guarden relación con las medidas cautelares durante la suspensión del proceso principal.

Finalmente, debe señalarse que a estos supuestos no les será de aplicación lo previsto por el art. 731.1 II, que impide mantener una medida cautelar «si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida»: es innegable que la duración del proceso penal prejudicial provocará una paralización del proceso civil que puede comportar más de seis meses; sin embargo, se trata de un supuesto en que la causa de la suspensión no puede considerarse imputable a ninguno de los litigantes, sino al propio sistema de prejudicialidad devolutiva que recoge el art. 40.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 67

Medidas cautelares en el arbitraje.

La posibilidad de acordar medidas cautelares en relación con un proceso arbitral ha sido objeto de discusión en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia desde hace más de diez años. La LEC de 1881 guardaba silencio sobre la cuestión y la LA de 1988 sólo prevé la adopción de medidas cautelares una vez dictado el laudo, mientras se sustancia el recurso de anulación (art. 50).

Por fin, el art. 722 LEC permite que los tribunales españoles adopten medidas cautelares en apoyo de un proceso arbitral que se siga en España o en país extranjero.

Como regla, la LEC quiere que la solicitud se presente una vez que se encuentre pendiente en España el proceso arbitral (art. 722 I LEC). Y, adviértase que, el proceso arbitral se encuentra pendiente no desde que se presenta la demanda (como ocurre en los procesos judiciales), sino desde que los árbitros notifican a las partes por escrito la aceptación del arbitraje (art. 22.1 LA).

Excepcionalmente, cabe también acordar medidas cautelares en un momento posterior del proceso arbitral (cuando la petición se base en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en ese momento –art. 730.4 LEC–), y antes de su comienzo, si quien en ese momento las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad (art. 730.2 LEC). Ahora bien, la LEC limita esta posibilidad de pedir medidas cautelares *ante demandam* en un arbitraje a dos únicos supuestos: a) cuando el solicitante de las medidas acredite que ya se ha instado la formalización judicial del arbitraje por no ponerse de acuerdo las partes con la designación de los árbitros (art. 38.1 LA) y b) cuando el solicitante haya presentado la solicitud a la institución correspondiente según su Reglamento, en los casos de arbitraje institucional (art. 722 I LEC). Esto es, la LEC no ha querido que se puedan acordar medidas cautelares sin que se haya hecho actuación alguna tendente a poner en marcha el procedimiento arbitral, por lo que no se acordarán las medidas cautelares solicitadas por quién, ni es aún parte en un proceso arbitral, ni ha instado aún la formalización judicial del arbitraje o presentado la solicitud ante la institución arbitral.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 68

Medidas cautelares previas al proceso arbitral

En los procesos judiciales, las medidas cautelares acordadas *ante demandam* quedan sin efecto si la demanda no se presenta, ante el mismo juez que las concedió, en los veinte días siguientes a aquél en que fueron adoptadas (art. 730.2 LEC). Se trata de una consecuencia lógica del carácter instrumental que la LEC otorga a las medidas cautelares.

En cambio, cuando las medidas cautelares se soliciten y acuerden antes del comienzo del procedimiento arbitral, y el solicitante de las medidas acredite haber pedido la formalización judicial del arbitraje o haber presentado la solicitud a la institución encargada del arbitraje, no tendrá el actor la carga de presentar la demanda dentro de los veinte días siguientes a la adopción de las medidas cautelares. En estos casos, para que la medida cautelar adoptada mantenga su eficacia “será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral” (art. 730.3 LEC).

La no aplicabilidad del requisito temporal de los veinte días en supuestos de arbitraje es totalmente razonable: es posible que transcurridos veinte días desde la adopción de las cautelas, el Juez no haya aún formalizado el arbitraje o la institución arbitral a la que se le hizo el encargo no haya dado aún comienzo al procedimiento, y mientras la formalización judicial del arbitraje o la incoación del procedimiento por la correspondiente institución arbitral no haya tenido lugar, lo que no depende de la voluntad del solicitante, no será posible interponer la demanda.

Ahora bien, para que las medidas adoptadas no queden sin efecto, la LEC exige al solicitante que lleve a cabo todas las actuaciones –que estén en su mano– tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral. Así, por ejemplo, en los casos de formalización judicial del arbitraje, será necesario que el solicitante de la medida acuda a la comparecencia, pues su incomparecencia dará lugar a que se le tenga por desistido y, en los casos de arbitraje institucional, deberá seguir los pasos que marque el Reglamento de la institución para dar comienzo al procedimiento.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Alicia Bernardo San José

CUESTIÓN 69.

Competencia para acordar medidas cautelares en recursos.

Cuando las medidas cautelares se soliciten durante la sustanciación de la segunda instancia o de un recurso extraordinario (por infracción procesal o de casación), la competencia para resolver sobre ellas corresponde al tribunal que esté conociendo de la segunda instancia o de los recursos (art. 723.2).

En la sustanciación de todos estos recursos se distinguen dos fases, una ante el tribunal *a quo* y otra ante el tribunal *ad quem*. Si la solicitud de medidas cautelares se formula cuando el recurso ya se encuentra en una fase en que conoce de él el tribunal superior, no plantea ninguna dificultad la aplicación de la regla legal expuesta. En cambio, si se formula cuando las actuaciones aún están en manos del tribunal *a quo*, pueden surgir dudas sobre quién será el competente para conocer de la petición de medidas cautelares.

Pues bien, del propio tenor literal del precepto se deduce que habrá de ser el tribunal *a quo*: en efecto, la Ley se refiere expresamente al «tribunal *que conozca* de la segunda instancia o de dichos recursos», y durante su fase inicial quien de hecho conoce de ellos es el juez *a quo* –cosa distinta sería que la Ley hubiese establecido que la competencia recaería sobre el tribunal competente para resolver dichos recursos, o algo análogo–. Se trata, por otra parte, de una respuesta de pura lógica: lo que quiere la Ley es que la decisión sobre medidas cautelares la adopte el tribunal que tiene en su poder las actuaciones del proceso, pues es quien se encuentra en mejor posición para valorar la concurrencia de los presupuestos de su adopción; cualquier otra solución conduciría a resultados absurdos y sería fuente de complejidades innecesarias.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 70.

Plazo para presentar la demanda cuando las medidas cautelares se han acordado en relación con un proceso pendiente de incoación en el extranjero.

Tanto el artículo 24 del Convenio de Bruselas de 1968 como su sucesor, el art. 31 del Reglamento 44/2001, permiten la adopción de medidas cautelares en apoyo de procesos en el extranjero. Si estas medidas se han pedido y acordado *ante demandam* en nuestro Estado –según permite el art. 722 II LEC–, cabe preguntarse de qué plazo dispondrá el demandante para «convalidarlas» o «ratificarlas» dando comienzo al proceso principal (en el extranjero): y es que, por mucho que se trate de una situación singular, las medidas cautelares adoptadas en apoyo de un proceso extranjero no pierden por ello su instrumentalidad. El problema se plantea desde el momento en que el art. 730.2 LEC no hace distinciones al respecto y establece un plazo único de veinte días a contar desde su adopción. Si este plazo puede resultar razonable en situaciones ordinarias o «internas», no siempre lo será en los casos que ahora nos ocupan, pues la incoación de un proceso en otro Estado puede conllevar ciertas complicaciones añadidas, que no se darían si la demanda debiera interponerse en España (*v.g.*, contratar los servicios de un abogado extranjero, enviar documentos, traducciones), y que tal vez aboguen por la concesión de plazos superiores: en determinados supuestos, un plazo de veinte días puede resultar insuficiente para preparar uno de los actos básicos de todo proceso civil, como es la demanda.

Ahora bien, estas mayores dificultades no pueden presumirse en todo caso: *v.g.*, es también posible que el Estado donde debe presentarse la demanda sea el del domicilio o sede social del solicitante, y que, por tanto, dar en él comienzo al proceso principal no revista especiales dificultades... Y tampoco puede olvidarse el carácter excepcional que reviste la obtención de medidas cautelares en apoyo de un proceso pendiente de incoación en el extranjero, y los abusos a que puede conducir. Por ello, no resulta injusto exigir del solicitante la diligencia que consiste en tener preparada la demanda –o tenerla en fase avanzada de preparación– cuando solicita las medidas cautelares.

En consecuencia, la regla general debería consistir en el mantenimiento del plazo expresamente fijado en la Ley. Ahora bien, si concurren circunstancias especiales que aconsejen la concesión de un plazo superior al legal, el solicitante tendrá la carga de acreditarlas y pedir asimismo la fijación de un plazo superior al previsto en la Ley (lo hará en la propia petición inicial de las medidas cautelares). Formulada esta petición, el tribunal, tras valorar las circunstancias, debería necesariamente fijar en el auto en que acuerde las medidas cautelares el plazo dentro del que haya de incoarse el proceso principal: un silencio del tribunal al respecto habría de entenderse como una remisión al plazo común de veinte días previsto por la Ley.

Cuando las circunstancias del caso concreto, acreditadas por el solicitante, revelen la insuficiencia real del plazo legal para poder dar comienzo al proceso principal en el otro Estado, el tribunal español podrá desvincularse del plazo legalmente previsto y fijar uno superior: una exigencia estricta de los plazos legalmente establecidos podría

acabar conduciendo a una ineffectividad de la previsión del art. 24 CB y del art. 31 del Reglamento 44/2001 y esto sería contrario a la necesidad de interpretar las normas internas de modo que no obstaculicen la aplicación de las normas de fuente supranacional. Admitido que el tribunal pueda separarse de los plazos previstos por la Ley, será libre para fijar el plazo que estime oportuno y prudente a la luz de las circunstancias del caso, tomando como límite máximo, en todo caso, la petición formulada por el solicitante. En tal sentido, se puede proponer a título orientativo un plazo máximo de dos meses, que es el previsto por los arts. 36.2 CB y 46.5 Reglto. para interponer el recurso frente al auto concediendo el exequátur en los casos en que el demandado no tenga su domicilio en el Estado en que deba hacerse: la analogía no nos parece desacertada, pues dos meses es el plazo considerado como razonable por ambos textos para preparar y dirigir una solicitud fundada en Derecho a un órgano jurisdiccional de un Estado distinto al del propio domicilio.

Esta flexibilización del plazo para interponer la demanda tampoco resulta extraña a nuestra praxis jurisprudencial, que la había aceptado al aplicar los arts. 7.2 y 7.3 del Convenio de Bruselas de 10 de mayo de 1952 sobre embargo preventivo de buques (supuestos en que nuestros tribunales han de fijar un plazo al solicitante del embargo para que incoe el proceso principal en otro Estado, o ante un Tribunal arbitral, ya sea nacional o extranjero): la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Gijón de 15 de abril de 1986, la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Avilés de 12 de marzo de 1987 (reproducidas ambas en la *Revista Española de Derecho Internacional*, 1987, págs. 179-183), al igual que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 5ª) de 28 de abril de 1992 (en la misma *Revista*, 1994, pág. 386) fijan un plazo de dos meses al acreedor para incoar el proceso principal ante los tribunales de un Estado extranjero.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 71.

Contracautela en medida cautelares.

Como regla, el art. 728.3 supedita la efectividad de cualquier medida cautelar a la previa prestación por el solicitante de una caución, que habrá de ser suficiente para responder de los daños y perjuicios que la medida pudiera causar al demandado. En consecuencia con ello, el art. 732 exige al solicitante que ofrezca, en su escrito de petición inicial de la medida cautelar, la prestación de caución, especificando y justificando su importe, así como el tipo del que se ofrece constituirla. De lo dispuesto en ambos preceptos se deduce con claridad que la efectiva constitución de la caución es presupuesto de la ejecución de la medida cautelar, mientras que su ofrecimiento es presupuesto para su adopción inicial.

La omisión de este ofrecimiento de caución constituye así la falta de un presupuesto para su adopción, y es un claro indicio de la ausencia de voluntad de cumplir con uno de los requisitos de las medidas cautelares; por este motivo debería conducir a la inadmisión de la solicitud y, en última instancia, a su desestimación. Deben efectuarse, no obstante, algunas matizaciones.

En primer término, y dado que la omisión de ofrecimiento puede obedecer a un descuido o a una inercia en el solicitante, sería correcto que el tribunal, antes de rechazar *a limine* la solicitud, ofreciera al peticionario la posibilidad de subsanarla.

En caso de que la solicitud se hubiese admitido a trámite pese a la omisión, el tribunal deberá desestimarla sin más en los casos en que su resolución se dicte *inaudita altera parte*, previa oportunidad de subsanación; cuando deba celebrarse una vista antes de la decisión, el solicitante debe poder subsanar en ella la omisión, ofreciendo entonces la caución –de no hacerlo así, el tribunal debería desestimar la medida solicitada–.

En cualquier caso, una inadmisión a trámite o una desestimación de la solicitud de medidas cautelares por la omisión del ofrecimiento de caución no tendrá consecuencias irreparables: porque el ofrecimiento de caución que se efectúe en una petición posterior de la misma medida cautelar siempre podrá considerarse como un cambio de circunstancias a los efectos de aplicar el art. 736.2 («Aun denegada la petición de medidas cautelares, el actor podrá reproducir su solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición»).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 72.

Medidas cautelares en propiedad industrial.

La LEC 1/2000 encierra un sistema unitario de medidas cautelares, con el que se ha buscado poner fin a la diversidad de medidas y procedimientos cautelares existente antes de su entrada en vigor. Sin embargo, esta unificación no ha sido completa, pues se ha considerado prudente conservar, en determinados ámbitos especiales, normas singulares relativas a las medidas que se pueden adoptar y también relativas al procedimiento para su adopción.

Esto es lo que ha sucedido, notoriamente, con el sector de la propiedad industrial, en relación con el cual la LEC ha decidido conservar en su mayoría las normas que la Ley de Patentes dedica a las medidas cautelares. En consecuencia, debe reconocerse la especialidad de las normas de la LP en esta materia y su consiguiente prevalencia sobre las de la LEC, que serán aplicables en este sector únicamente a título supletorio e integrador.

Así, derogados por la LEC los arts. 135 y los dos primeros apartados del art. 136 LP, debe entenderse que el procedimiento para la adopción de las medidas cautelares en materia de propiedad industrial será el común diseñado en los arts. 730-738 LEC. Sin embargo, las normas de la LP que siguen en vigor contienen ciertas especialidades que se imponen a las previsiones de la LEC. A título de ejemplo, puede señalarse cómo el plazo para interponer la demanda si las medidas se adoptaron *ante litem* no será de veinte días (art. 730.2 LEC), sino de dos meses (art. 139.1 LP).

Algo semejante ocurre con las fianzas o cauciones. El art. 137 LP regula dos tipos de fianza o caución: una principal –equivalente a la caución del art. 728.3 LEC–, destinada a garantizar los daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera irrogar al demandado; y otra sustitutoria, a la que tiene derecho el demandado, y cuya prestación le permite enervar las medidas cautelares acordadas que resulten restrictivas para su actividad industrial o comercial –es, por tanto, una caución análoga a la prevista en los arts. 746 y 747 LEC, aunque con la singularidad de que su fijación es obligatoria y de que el demandado tiene derecho a ella desde el inicio–.

La LP exige que para fijar el importe de estas dos fianzas el Juez deba oír a ambas partes (art. 137.5); la aplicación de esta norma puede verse cuestionada en los casos en que se pretenda la adopción de las medidas cautelares sin dar audiencia a la parte demandada. Pues bien, tratándose de una norma especial, debe recibir aplicación preferente sobre las generales, lo que conduce a dos posibles interpretaciones:

En primer lugar, se puede pensar que, en virtud del art. 137.5 LP, se impone la consecuencia de que estas medidas cautelares siempre habrán de adoptarse previa audiencia de la parte contraria: porque la LEC considera que todo auto concediendo medidas cautelares debe fijar la caución ordinaria (art. 735.3 LEC) y la LP también quiere que en esa misma resolución se fije, en su caso, la caución sustitutoria; y si la LP considera que ambas decisiones han de tomarse con audiencia de ambas partes, forzoso es concluir que habrá que oír a las dos antes de resolver sobre la petición de medidas cautelares.

Existe, sin embargo, otra forma de resolver la cuestión: entendiendo que, por excepción, si concurren los requisitos generales que permiten adoptar las medidas cautelares sin dar audiencia a la contraparte, el auto concediéndolas no contenga la fijación de ninguna de las cauciones, de manera que a tal fin se convoque a las partes a una audiencia posterior. Esta solución supondría entender que la LP obliga a excepcionar la regla de que el auto acordando medidas cautelares debe hacer referencia a la caución. Se trataría, sin embargo, de un sistema mucho más complicado y retardatario; además, tendría el inconveniente de que, aun acordada la medida sin audiencia, no podría ejecutarse en tanto no se fijara y se prestara la caución (con lo que se perderían las ventajas que pretendían obtenerse por esta vía).

En definitiva, debe considerarse acertada la primera de las opciones y entenderse así que la vigencia del art. 137.5 LP es un óbice para la adopción *inaudita altera parte* de las medidas cautelares en materia de propiedad industrial; se trata, en todo caso, de un resultado que puede asumirse sin graves consecuencias, pues lo cierto es que para la LEC lo ordinario y lo deseable es la celebración de una vista contradictoria antes de decidir sobre las medidas cautelares, máxime cuando éstas pueden tener naturaleza anticipatoria y efectos restrictivos sobre la actividad industrial o comercial del demandado.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 73.

Devolución de la caución en medidas cautelares.

En caso de que tenga éxito la oposición a las medidas cautelares formulada por el demandado, el art. 742 le permite acudir al cauce de los arts. 712 y sigs. para cuantificar los daños y perjuicios que aquéllas le hubieran causado y para obtener su exacción forzosa, que podrá proyectarse en primer término sobre la caución constituida por el demandante para lograr la ejecución de las medidas en cuestión. Es éste, en todo caso, un resultado al que el juez no puede proveer de oficio: el incidente liquidatorio sólo se abrirá a instancia del demandado, como se deduce del tenor literal del art. 742.

La Ley, sin embargo, no fija plazo alguno para que el demandado promueva la cuantificación de los daños y perjuicios (no lo hace ni de forma particular en el art. 742, ni de forma genérica en el art. 712); y tampoco prevé expresamente si, ante la inactividad del demandado en este sentido, el actor puede reclamar el alzamiento de la caución que prestó (pues ésta se constituyó para asegurar una responsabilidad que nadie le está reclamando), ni a partir de qué momento está facultado para hacerlo, o si es labor ésta que también puede realizar el juez de oficio.

Antes que nada, debe entenderse que el auto firme estimando la oposición a las medidas cautelares es título ejecutivo (o cuando menos, parte de un título ejecutivo complejo, que se integraría con la resolución liquidatoria del importe debido), con lo que en principio llevará aparejada ejecución durante el plazo de cinco años previsto por el art. 518. Ahora bien, esto no significa que el demandado tenga derecho a que se mantenga la caución del demandante en aseguramiento de esa responsabilidad durante tan prolongado periodo de tiempo.

Una solución razonable a la cuestión puede venir de la mano del recurso a la analogía con lo previsto en los arts. 548 y 731.1: en los casos en que se haya dictado sentencia favorable al actor, la Ley establece que las medidas cautelares se mantendrán exclusivamente durante el periodo de espera de veinte días, alzándose de oficio las medidas si, transcurrido dicho plazo, el demandante no hubiera solicitado la ejecución. Se deduce de ello que para la Ley, si un sujeto está en condiciones de promover ya la ejecución forzosa, habrá de hacerlo de forma inmediata si quiere conservar el beneficio que le aportan las medidas cautelares –básicamente, de cara a su «conversión» en medidas ejecutivas–; no tiene derecho a seguir beneficiándose de ellas si ya está en condiciones de instar la ejecución y no lo hace.

Pues bien, en los casos que nos ocupan, puede apreciarse cómo se da una situación análoga: un sujeto, el demandado, dispone de título ejecutivo (el auto firme estimatorio de la oposición) y de una medida que garantiza la responsabilidad proclamada en el título (la caución prestada por el demandante); dado que en principio no tiene sentido considerar existente el plazo de espera (pues no hay liquidez ni es posible un cumplimiento voluntario), debe entenderse que el demandado está, desde el mismo momento en que se le notifica la resolución firme, en condiciones de promover el comienzo del incidente liquidatorio de los arts. 712 y sigs. –que concluirá, en su caso, con la exacción forzosa de la cantidad debida–.

En consecuencia, si no lo hace de forma inmediata o, al menos –ante el silencio legal– en un plazo razonablemente breve, el tribunal estará facultado para ordenar el alzamiento de la caución, tanto a instancia de parte como de oficio, previa advertencia de sus propósitos a quien fue demandado –quien, requerido, siempre podrá *in extremis* incoar el incidente de cuantificación antes de que el tribunal haya procedido al alzamiento–.

Nótese, en todo caso, cómo la misma cuestión se suscita también en todos los demás casos en que resulta de aplicación, por remisión directa o por lógica, lo dispuesto en el art. 742: cuando se dicta sentencia firme desestimatoria de la demanda (art. 745), o se produce la renuncia o el desistimiento del actor (art. 745), o éste no presenta la demanda en el plazo de veinte días si las medidas las solicitó con carácter previo al proceso (art. 730.2).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 73 bis.

Caución sustitutoria de medidas cautelares.

El art. 746 regula la denominada «caución sustitutoria» de las medidas cautelares: en lugar de llevar a la práctica la medida cautelar solicitada o acordada, el sujeto pasivo de ésta presta una caución que resulte suficiente, a juicio del tribunal, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que se dictare.

La caución sustitutoria integra, en consecuencia, una suerte de medida cautelar distinta a la inicialmente pedida y, en su caso, acordada, que cumple una función análoga a la del embargo preventivo: ofrecer una base patrimonial sobre la que hacer efectiva con seguridad y rapidez una eventual responsabilidad dineraria contenida en la sentencia.

Este dato cobra especial relevancia a la hora de determinar el tipo de procesos en que resulta admisible acordar la sustitución de una medida cautelar concreta por una caución dineraria: en efecto, si la prestación de caución se acaba convirtiendo en la medida cautelar que, aunque sea a título sustitutorio, asegura la efectividad de la sentencia estimatoria, es lógico pensar que sólo será realmente eficaz en los casos en que el pronunciamiento asegurado consista en la condena al pago de una suma de dinero, o bien en la condena a la realización de una prestación diversa, pero que resulte reconducible a dinero.

Siendo esto así, parece lógico entender aplicable lo previsto en los arts. 746-747 únicamente a los supuestos en que la acción ejercitada envuelva una pretensión de condena, como, por otro lado, parece dar a entender el propio tenor literal del art. 746.2, cuando enumera los factores a que debe atender el tribunal a la hora de decidir si accede o no a admitir la sustitución por caución.

Está fuera de discusión que las medidas cautelares resultan concebibles también en aseguramiento de la eficacia de procesos en que se ejerciten acciones meramente declarativas y constitutivas, como se deduce de preceptos como los arts. 721.1, 726.1.1º o 728.1: piénsese, a modo de ejemplo, en la anotación preventiva de demanda, que resulta medida cautelar eficaz en apoyo de procesos en que se ejercite la acción meramente declarativa del dominio sobre inmuebles inscritos. En estos casos, las medidas cautelares no están preordenadas a asegurar la ejecución de la sentencia –pues no resulta posible una ejecución de sentencias de ese tipo: art. 521.1–, sino a asegurar su efectividad, esto es, a sentar las bases que permitan desplegar efectos plenos a la declaración o constitución de situaciones jurídicas que se espera de la sentencia.

Por eso, la eficacia de este tipo de pronunciamientos no se puede asegurar ni a través de un embargo preventivo, ni tampoco a través de una caución: porque los pronunciamientos declarativos o constitutivos no comportan condena al pago de dinero, ni pueden tampoco traducirse en sumas de dinero.

Las cosas podrían ser diversas en caso de que la caución sustitutoria hubiese tenido una configuración legal diversa, que la asimilara a la que tiene la fianza como obligación accesoria a la libertad provisional en el proceso penal (arts. 532 y sigs.

LECrim). En efecto, si la caución sustitutoria se concibiera como una suma de dinero que el demandado se expone a perder, en beneficio del Estado, en caso de que su conducta genere la ineficacia de los pronunciamientos a que aspira el actor con el proceso, sería admisible, en principio, acordarla respecto de cualquier medida cautelar solicitada y adoptada, con independencia de la naturaleza de la acción asegurada: aunque la acción ejercitada fuese meramente declarativa, el temor a perderla disuadiría al demandado de actualizar los riesgos que se paliaban con la medida cautelar específica inicialmente acordada (v.g., una anotación preventiva de demanda).

Al margen de lo anterior, tampoco puede olvidarse cómo, con frecuencia, de una sentencia declarativa o constitutiva se siguen ciertos efectos que sí resultan reconducibles al concepto de condena: v.g., la obligación de devolverse recíprocamente las cosas percibidas en virtud del contrato que se declara nulo o que se anula. Con independencia de la verdadera naturaleza de los pronunciamientos respecto de estos extremos, y sin necesidad de terciar ahora en el debate acerca de si su cumplimiento debe considerarse ejecución propia o impropia, a los efectos de dar respuesta a la cuestión formulada debe tenerse en cuenta lo siguiente: a) para el aseguramiento de la efectividad de estos pronunciamientos secundarios son posibles medidas cautelares, aunque serán distintas de aquéllas admisibles para asegurar la eficacia del pronunciamiento principal de naturaleza declarativa o constitutiva; b) no puede descartarse la eventual sustitución por una caución de las medidas cautelares pedidas o acordadas respecto de estos pronunciamientos secundarios; c) ahora bien, la sustitución afectará exclusivamente a las medidas que aseguran estos pronunciamientos secundarios, pero no a las que eventualmente aseguren la eficacia del pronunciamiento declarativo o constitutivo.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 74.

Procedimientos para liquidación del régimen económico matrimonial: ámbito de aplicación.

Los artículos 806 a 811 de la LEC parecen partir de la disolución judicial del régimen económico matrimonial como presupuesto para la procedencia del procedimiento liquidatorio que regulan. Es de todo punto lógico, si se observa que los cónyuges sólo pueden disolver por ellos mismos el régimen económico matrimonial para convenir otro distinto y que, normalmente, el acuerdo de disolución en estos casos contendrá también los pactos necesarios para liquidar el régimen que decaiga. Si hay resolución judicial de disolución, debe entenderse que el procedimiento liquidatorio previsto en la LEC es, como señala el artículo 806, para cualquier régimen que por capitulaciones o disposición legal determine una masa común de bienes y derechos sujeta a cargas y obligaciones. En consecuencia, también para los bienes y cargas comunes que existan dentro de un régimen de separación de bienes.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 75

Proceso monitorio: acumulación y/o división de deudas distintas.

Entendemos que la respuesta a la primera pregunta de esta cuestión debe ser afirmativa. El acreedor puede acumular en una misma demanda la reclamación de diversas deudas, siempre que la suma de todas ellas no rebase la cuantía señalada en el art. 812 para el proceso monitorio (cinco millones de pesetas). Habrá que atender únicamente a las normas generales sobre acumulación objetiva de acciones (arts. 71 y ss.), según las cuales el actor podrá ejercitar simultáneamente dos o más acciones en un mismo juicio, siempre y cuando éstas no sean incompatibles entre sí; lo cual resulta muy improbable en nuestro caso.

Sin embargo, la segunda pregunta debe ser respondida de forma negativa. Una deuda que exceda de cinco millones de pesetas no puede dividirse en cantidades menores a los efectos de interponer demandas monitorias separadas. A nuestro juicio, ese comportamiento entrañaría un claro fraude procesal, porque el Legislador ha querido que el proceso monitorio sea cauce para la reclamación exclusiva de las deudas dinerarias, vencidas y exigibles, que no excedan de la señalada cantidad. Otra cosa es que se trate claramente de deudas distintas, cada una con su soporte documental propio -como se indica en la pregunta-, aunque provengan de una relación jurídica o comercial continuada en el tiempo; en este caso, obviamente, sí podrá acudir a un proceso monitorio por cada una de las diferentes deudas.

¿Y puede reclamar el actor, mediante un proceso monitorio, el pago de una parte de la deuda, si ésta excede de cinco millones de pesetas, aunque no acuda a otro proceso monitorio a reclamar la cantidad restante? En opinión de alguna doctrina, si esto se permite, se deja abierta la puerta al fraude de ley; y sólo se podría efectuar esa reclamación parcial en los casos en que se *renuncie* al resto -se entiende que de modo expreso, al efectuar la demanda monitoria- o se manifieste que ya se ha recibido -es decir, haya un *reconocimiento* del pago-⁴. Por el contrario, si el total de la deuda no excede de cinco millones de pesetas, podrá reclamarse sólo una parte de la misma, sin necesidad de renunciar al resto. Lo dicho exige que el tribunal, a la hora de admitir o no una demanda monitoria, deberá examinar no sólo la cantidad que se reclama, sino también cuál es el contenido real del crédito cuyo pago se solicita⁵.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

⁴ En este sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ: *El proceso monitorio*, La Ley, 2000, págs. 104 y ss.

⁵ *Ibidem*, pág. 107.

CUESTIÓN 76

Proceso monitorio y la suspensión de pagos.

En cuanto sea admitida a trámite la solicitud de suspensión de pagos, pensamos que no cabe realizar una petición de proceso monitorio. Esto es lo que se desprende del art. 9 de la Ley de Suspensión de pagos, aunque -como es obvio- no esté expresamente previsto: si quedan en suspenso tanto los embargos y administraciones judiciales, como toda ejecución de título judicial y extrajudicial, no tiene mucho sentido continuar con un proceso que igualmente tiende a lograr la ejecución forzosa.

No obstante, si un acreedor efectúa tal petición y al tribunal no le consta la solicitud de suspensión de pagos, admitirá la demanda monitoria y llevará a cabo el requerimiento de pago, correspondiéndole al deudor, mediante el escrito de oposición, poner de manifiesto que se ha solicitado la suspensión de pagos, aunque todavía esté pendiente su declaración judicial. El escrito de oposición sirve para alegar motivos, tanto de desestimación de la petición monitoria, como aquellos que debieran haber fundado su inadmisión⁶.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

⁶ En este sentido, LÓPEZ SÁNCHEZ: *El proceso monitorio*, La Ley, 2000, pág. 199.

CUESTIÓN 77

Despacho de la ejecución en el proceso monitorio.

A nuestro entender, el tenor del art. 816.1 es bien claro: "*Si el deudor requerido no compareciere ante el tribunal, éste dictará auto en el que despachará ejecución por la cantidad adeudada*". Luego, pasados los veinte días de plazo para el pago o para la oposición, si el deudor no efectúa ninguna de estas dos actuaciones, el tribunal de oficio despachará la ejecución. No se precisa ninguna petición de parte a este respecto, porque se entiende incluida en la demanda monitoria. Y no habrá que esperar al plazo del art. 548, ya que este precepto se refiere claramente a la ejecución de resoluciones judiciales (o arbitrales). El art. 816 es *lex specialis* y prima sobre las normas del despacho "común" de la ejecución (de los arts. 548 y ss.).

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 77 bis 1

Oposición del deudor en el proceso monitorio por cuestiones de índole procesal.

El cauce adecuado es el único previsto en el proceso monitorio, el trámite de oposición del art. 818. En la oposición, el deudor puede alegar tanto motivos de fondo como cuestiones de naturaleza procesal; incluso –como se ha dicho en la Cuestión 76- aquellas razones que, a su entender, hubieran justificado la inadmisión de la petición de proceso monitorio. *Ubi lex non distinguet...*

Un ejemplo respecto al incumplimiento de presupuestos procesales: entendemos que, en el procedimiento monitorio, no sería oportuno alegar la falta de competencia territorial –del art. 813- mediante declinatoria, pues iría contra la estructura y finalidad previstas para este proceso. Esta falta también debe plantearse, a nuestro entender, en el escrito de oposición.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 77 bis 2

Oposición del deudor al requerimiento de pago en el proceso monitorio.

El deudor que interpone escrito de oposición en el proceso monitorio, en nuestra opinión, no se encuentra vinculado por los motivos alegados en ese escrito en un eventual proceso declarativo posterior. Una cosa es la oposición, que trata de eliminar el despacho de la ejecución, y otra bien distinta, el proceso declarativo que el acreedor pueda iniciar. De hecho, puede no iniciarlo. Y aunque lo haga, no encontramos obstáculo que impida formular alegaciones distintas a las incluidas en el escrito de oposición.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Ignacio Cubillo López

CUESTIÓN 78.

Embargo preventivo en el juicio cambiario: intereses y costas.

Presentada la demanda sucinta necesaria para incoar el juicio cambiario, si el tribunal aprecia la corrección formal del título cambiario acordará mediante auto requerir de pago al deudor –para que lo haga en el plazo de diez días– y ordenar el inmediato embargo preventivo de los bienes de éste, por la cantidad que figure en el título cambiario, más otra para intereses de demora, gastos y costas, por si no se atendiera el requerimiento de pago.

A falta de indicación legal expresa acerca de cómo determinar la cantidad aproximada que resulte necesaria para cubrir los intereses moratorios, los gastos y costas, parece razonable aplicar por analogía lo dispuesto en el art. 575.1. En consecuencia, será el demandante quien deba efectuar una primera estimación, que no podrá superar el 30 por 100 de la cantidad reclamada, y que el tribunal, en principio, dará por buena; esta cifra podrá ser superior si se acreditan las razones que lo justifiquen (atendiendo a la previsible duración de la ejecución y al tipo de interés aplicable).

Aunque el embargo regulado en el art. 821.2.2º tiene carácter cautelar –pues aún no se ha despachado ejecución– y el art. 575.1 está ocupándose del embargo ejecutivo, hay razones más que suficientes para la aplicación analógica, pues el primero de los preceptos citados se está refiriendo expresamente a una serie de conceptos (intereses, costas) que también son los tenidos en cuenta por el segundo de ellos. Es cierto, igualmente, que en el art. 821.2.2º se alude al concepto de «gastos», que no aparece en el art. 575.º; no es ello, sin embargo, razón suficiente para permitir establecer un límite máximo superior al del 30 por ciento, pues debe reconocerse que la fijación de tal límite se ha efectuado por la Ley de forma aproximada y a tanto alzado, sin asignar a cada una de las partidas contempladas en el art. 575.1 un valor singular e individualizado, de manera que la previsión de una partida adicional –además de poco definida– no tiene por qué alterar esa previsión.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 79.

Embargo preventivo en el juicio cambiario: momento procesal.

Para contestar a esta cuestión, lo más oportuno es traer directamente a colación las palabras del Prof. VEGAS TORRES en *Derecho Procesal Civil. Ejecución forzosa. Procesos especiales* –con DE LA OLIVA SANTOS y DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ– Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 2000, pág. 466:

«La redacción del art. 821.2.2ª puede suscitar alguna duda acerca del momento en que ha de hacerse efectiva la traba. Concretamente, la frase final (“por si no se atendiera el requerimiento de pago”) puede inducir a pensar que el embargo se ordena por tribunal inmediatamente, pero que no debe hacerse efectivo hasta que el demandado no atienda el requerimiento de pago. No obstante, esa no es la única forma posible de interpretar lo que literalmente dice el precepto: también puede entenderse que el embargo se acuerda y se practica de inmediato para asegurar el resultado del juicio en caso de que el demandado no atienda el requerimiento de pago. Esta interpretación es más acorde con la naturaleza cautelar que tiene este embargo (todo embargo preventivo se acuerda y se practica de inmediato “por si” en el curso de determinadas actuaciones procesales se produce un cierto resultado). Además, abonan la interpretación que se defiende las siguientes consideraciones: a) el tenor literal del precepto es, todo lo más, equívoco, es decir, puede entenderse de dos maneras diferentes; siendo así, hay que inclinarse por aquella interpretación que resulte más coherente dentro del conjunto normativo en que se inserta el precepto y, en este caso, el art. 823.1 da por supuesto que dentro de los cinco días siguientes al requerimiento ya puede haber bienes embargados, lo que sería imposible si hubiera que esperar los diez días antes de trabar ningún bien concreto (también el art. 825 presupone que puede haber embargos antes de finalizar el plazo concedido para cumplir requerimiento u oponerse); b) el carácter inmediato se atribuye al embargo, no a la orden de embargo, lo que es difícilmente conciliable con la tesis de un embargo diferido al transcurso del plazo de diez días del requerimiento de pago (otra cosa sería si la norma dijera “ordenar inmediatamente el embargo preventivo”; pero lo que dice es “ordenar el inmediato embargo preventivo”); c) un embargo cuya efectividad quedara diferida al transcurso del plazo para el requerimiento de pago quedaría prácticamente vaciado de eficacia cautelar: los diez días serían tiempo más que suficiente para que el demandado pudiera realizar maniobras de ocultación, sin dejar de lado que, transcurridos los diez días sin que el demandado pague, se acordaría de inmediato el despacho de la ejecución, de forma que la primera ocasión para practicar la diligencia de embargo, a efectos del preventivo, podría producirse con la ejecución ya despachada, lo que no tendría ningún sentido.»

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Fernando Gascón Inchausti

CUESTIÓN 79 bis.

Ampliación de la ejecución en el juicio cambiario.

La cuestión planteada se está suscitando con cierta frecuencia en la práctica, puesto que la LEC de 1881, en relación con la LCCH, contenía norma expresa en el sentido de que el acreedor cambiario podía solicitar la ampliación de la ejecución por el importe de letras que vencían iniciada la ejecución. Sin embargo, pensamos que esta posibilidad ha desaparecido en la LEC de 2000. El título en virtud del que se despacha ejecución en el juicio cambiario es el fijado tras un pequeño proceso declarativo especial, en el que consiste propiamente el juicio cambiario. Dicho de otra forma, la letra, el cheque o el pagaré no son títulos que puedan por sí mismos abrir la ejecución, sino que su cualidad de títulos ejecutivos está condicionada al resultado de lo que constituye el juicio cambiario. Despachada la ejecución por falta de oposición del deudor, el juicio cambiario ha finalizado, y lo que queda es sin más una ejecución que sigue las normas previstas para los títulos judiciales y asimilados. Las letras que vencen después del despacho de ejecución no son títulos ejecutivos, ni integran tampoco el título en virtud del que se está ejecutando, de manera que será imposible solicitar ampliación de la ejecución respecto de ellas.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal

CUESTIÓN 80.

La cosa juzgada en el juicio cambiario.

En el juicio cambiario que finaliza sin pago ni oposición no hay resolución susceptible de producir efectos de cosa juzgada, ni se dice expresamente en el artículo 825 que el auto que despacha ejecución la produzca. Esta situación plantea dos problemas distintos. En primer lugar, favorece al deudor que no se opone ni paga frente al que hace uso de la oposición específica del juicio cambiario, puesto que, en este último caso, el artículo 827 dispone que la sentencia firme que se dicte producirá efectos de cosa juzgada respecto de las cuestiones que pudieron ser alegadas y discutidas a través de dicha oposición. El deudor que no paga ni se opone tiene, por el contrario, absoluta libertad para plantear en un proceso posterior cuestiones que habrían debido ser discutidas en el seno del cambiario. Tampoco está justificado que la LEC no se refiera a la eficacia de cosa juzgada del auto que despacha ejecución en estas circunstancias en el juicio cambiario si se atiende a lo dispuesto, para casos muy similares, en el artículo 816.2 respecto del monitorio. En efecto, es razonable que la ejecución que se deriva de que el deudor cambiario no paga ni se opone impida a acreedor y deudor deducir en juicio de nuevo las mismas peticiones. El acreedor, que satisfizo su crédito, carece de interés; el deudor dejó precluir la posibilidad de oponerse a dicho crédito. Es cierto que la oposición cambiaria está tasada, mientras que el deudor puede oponerse en el monitorio por las razones que estime convenientes. Sin embargo, las previsiones de la LCCH son tan amplias, que apenas hay motivos posibles de oposición que se queden fuera. Pensamos, en consecuencia, que las previsiones del artículo 816.2 son aplicables, por analogía, cuando la misma situación se reproduzca en el ámbito del juicio cambiario.

Andrés de la Oliva Santos - Catedrático

Pilar Peiteado Mariscal