

SÍNTESIS DE DERECHO PROCESAL CIVIL ESPAÑOL

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los principios y reglas configuradoras*. III. *Los elementos de la relación procesal*. IV. *El proceso de declaración*. V. *El proceso de ejecución*. VI. *El proceso cautelar*. VII. *Los procesos especiales*. VIII. *Bibliografía seleccionada*.

I. INTRODUCCIÓN

1. *La evolución legislativa*

a. *Las Siete Partidas y el proceso ordinario*

Entre 1256 y 1263 o 1265, según la opinión más generalizada, se realiza en España o, mejor, en el reino de Castilla, un cuerpo legal denominado oficialmente *Libro de las Leyes* aunque acabó siendo conocido como las *Partidas* o las *Siete Partidas*. Se trata, sin duda, del monumento jurídico más importante de nuestra historia, no superado hasta ahora ni siquiera por la codificación. En el mismo, la *Partida* III se dedica al proceso civil.

a) Con carácter general las notas esenciales de las *Partidas* son:

- 1a.) Se trata de una obra con fuerte contenido doctrinal, como se pone de manifiesto en su estilo que es claramente “justificador”, en cuanto no sólo se ordena sino que se explica el por qué del mandato, con lo que cabe hablar de un sentido “docente”.
- 2a.) Atendido el momento de su redacción y su finalidad, su base sólo podía ser la recepción del *ius commune*, y así las *Partidas* no son una recopilación de las normas dictadas por el rey y de las costumbres del reino de Castilla en el siglo XIII, sino que se trata de algo ajeno al derecho castellano.

- 3a.) La obra alcanzó una gran difusión entre la nueva clase de juristas profesionales que se estaba formando, pero provocó el rechazo del ciudadano, hasta el extremo de que Alfonso X no promulgó como ley su obra. Ahora bien, el prestigio de ésta entre los juristas condujo a su aplicación inmediata por los tribunales y, luego, el *Ordenamiento de Alcalá* de 1348 y las *Leyes de Toro* de 1505 la consideran fuente supletoria.
 - 4a.) A lo largo de los siglos XIV a XVIII las *Partidas* fueron convirtiéndose de hecho en la primera fuente, hasta el extremo de que la legislación posterior tendió, bien a completar sus lagunas, bien a desarrollar sus disposiciones, con lo que en el inicio del siglo XIX las fuentes básicas eran la *Novísima Recopilación* de 1805 y las *Partidas* del siglo XIII.
- b) Con relación al proceso civil, la *Partida* III se caracteriza fundamentalmente por:
- 1o.) Sus autores fueron o bien italianos (como el maestro Jacobo de las Leyes) o bien españoles que habían estudiado en Italia (como Fernando Martínez de Zamora).
 - 2o.) Su regulación se centra en el *solemnis ordo iudiciarius*, con la concepción de que las partes son los "señores de los pleitos" (títulos III y VI, 8, por ejemplo), y de ahí su sistemática que se inicia con el estudio de las partes (*demandador* y *demandado*, títulos II y III), siguiendo el del juez (título IV), para referirse después a los *personeros* o procuradores (título V) y a los *boceros* o abogados (título VI).
 - 3o.) Pero lo principal es que el proceso ordinario atendía a la idea base de que las partes disponían con toda amplitud de los medios de ataque y defensa que consideraran oportunos, planteando sin limitaciones el litigio que las separa, porque se trataba de acabar para siempre con dicho litigio; de ahí que la sentencia que se dictara debía producir los efectos de cosa juzgada material, no siendo posible otro proceso posterior. En el derecho común, lo anterior iba unido a la creencia de que ese proceso necesitaba un procedimiento complicado, lento y formalista y, por tanto, originador de un elevado coste, pues se trataba de ofrecer a las partes las mayores posibilidades

para su defensa. El proceso era así de una gran duración y coste, y naturalmente con procedimiento escrito.

Las *Partidas* marcan el inicio de una evolución que llegará hasta principios del siglo XIX. Durante esos siglos se dictaron infinidad de disposiciones por lo que periódicamente se hizo necesario acudir a la realización de recopilaciones, en las que suele dedicarse uno de los libros al proceso civil. No cabe referirse aquí, por razones obvias, a disposiciones concretas pero sí señalar que las recopilaciones fueron el *Ordenamiento de Díaz de Montalvo* (1484), el *Libro de bulas y pragmáticas de Ramírez* (1503), la *Nueva Recopilación* (1567) y la *Novísima Recopilación* (1805), en todas las cuales el sistema procesal civil de la *Partida* III se ve reforzado; se sigue estando ante el proceso ordinario escrito en el que se van aumentando las complicaciones, plazos y coste.

b. Los juicios plenarios rápidos mercantiles

La ineficacia de un proceso como el ordinario para hacer frente a las necesidades diarias obligó, tanto en el ámbito del derecho canónico, como en el del derecho civil, a crear un nuevo tipo procesal que, sin dejar de ser ordinario y plenario, significara reducir el tiempo y el dinero; este nuevo tipo es el llamado proceso plenario rápido. En el derecho canónico el hito fundamental lo representan la *Saepe contingit* (1306) de Clemente V (en C. 2, Clem. V, II) y en menor medida la *Dispendiosam* (1311) del mismo Papa y referida a la apelación (C. 2, Clem. II, II), y en el derecho civil las reformas provienen de los estatutos de las ciudades mercantiles italianas.

Los principios fundamentales de este tipo de proceso eran: supresión de formalidades superfluas y concesión de facultades al juez para repelerlas, convirtiéndolo en el director del proceso, pudiendo, por ejemplo, rechazar testigos cuando su número era excesivo por constituir su testimonio mera reiteración; suavización del principio de preclusión en aras de la elasticidad, limitación o supresión de las apelaciones independientes de resoluciones interlocutorias, acortamiento de los plazos y predominio de la oralidad.

En España, el primer paso en este nuevo sistema se dio en el reino de Aragón. En las *Ordenanzas de la antigua forma judicial del Consulado del Mar* (para Valencia en 1283, Palma de Mallorca en 1343 y Barcelona en 1347) resuenan los ecos de la *Saepe contingit*,

diciéndose que los cónsules debían decidir los juicios *breument, sumaria, è de pla, sens brugit, è figura de juy, sola facti veritate attenta*.

En el reino de Castilla el paso sería posterior. En 1484 los Reyes Católicos conceden jurisdicción al prior y cónsules de la universidad de mercaderes de Burgos, para que conozcan de los pleitos entre éstos, *para que lo libren e determinen breve y sumariamente, según estilo de mercaderes, sin dar luengas nin dilaciones nin plazos de abogados*.

A partir de aquí se inicia una compleja evolución con la creación de consulados en distintas ciudades y el otorgamiento de ordenanzas. Las que mayor influencia y ámbito de aplicación lograron fueron, sin duda, las de Bilbao de 1737. Con el fin de que los pleitos se determinen *breve y sumariamente, la verdad sabida y la buena fe guardada por estilo de mercaderes, sin dar lugar a dilaciones, libelos ni escritos de abogados*, se regula un proceso en el que había de preceder el intento de conciliación y, fracasada ésta, podía formularse la demanda por escrito que daba lugar a un proceso plenario rápido, del que es evidente su parentesco con las *Ordenanzas del Consulado del Mar* y con las *Saepe contingit y Dispendiosam*.

El proceso mercantil era descrito así por Hevia de Bolaños: la demanda no tenía forma determinada, debiendo contener sólo la narración del hecho; seguía la citación del demandado, recibéndose el pleito a prueba; en ésta desaparecen la mayor parte de las reglas legales de valoración; no era necesario hacer conclusión de la causa ni se daba plazo para alegar en derecho, pero sí había de citarse a las partes para sentencia. Ésta debía dictarla el prior y cónsules y, "consistiendo la causa en derecho incierto", debían tomar consejo de letrado asesor. Dentro de los cinco días desde la notificación cabía apelación (que no se daba contra las resoluciones interlocutorias, aunque sí contra los autos que pusieran fin al pleito) ante el corregidor y dos mercaderes (colegas), y en ella se admitían sólo dos escritos, uno del apelante en que se hacía exposición de agravios, y otro del apelado contestando. Si la sentencia era confirmada no cabía ya recurso alguno; si se revocaba en todo o en parte, cabía nueva apelación o súplica ante el mismo corregidor y dos nuevos mercaderes (recolegas), y contra la sentencia que éstos dictaran no cabía ya recurso alguno.

Este es el proceso que, con variantes de escasa importancia, se utilizaba en todos los consulados de comercio. En este estado llegó al inicio del siglo XIX e inspirará la *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio* de 1830.

c. La codificación de los dos sistemas

El siglo XIX comienza con los dos sistemas procesales sin relación alguna entre sí y en los dos se advierte pronto la aspiración a la codificación. Ésta no va a realizar la unificación entre los procesos civil y mercantil.

i) La codificación del proceso mercantil

El sistema procesal mercantil o de los procesos plenarios rápidos llegó al siglo XIX con el problema fundamental de la multiplicación de los consulados, con regulaciones semejantes pero diferentes y aún con prácticas autónomas, lo que hacía sentir una fuerte necesidad de unificación y regulación. A ello se atendió con el *Código de Comercio* de 30 de mayo de 1829 y con la *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de Comercio* de 24 de julio de 1830.

En el *Código* se regulaba la "Administración de justicia en los negocios de comercio". La organización judicial se basaba, por un lado, en el tribunal de comercio, en los pueblos donde hubiera consulado, constituido por el prior y dos cónsules, y, por otro, en el juez ordinario, en los pueblos donde no hubiera consulado. De la segunda y tercera instancias conocían las audiencias y el recurso de injusticia notoria correspondía primero al Consejo de Castilla y, después, al Tribunal Supremo.

En el *Código* y en la *Ley* se regulaban dos juicios: mayor cuantía, si el asunto excedía de mil reales en los tribunales de comercio y de 500 en los juzgados ordinarios, y menor cuantía, para las cifras inferiores.

El juicio de mayor cuantía constaba de demanda y contestación escritas, con posibilidad de alegar excepciones dilatorias; de réplica, dúplica, periodo probatorio, alegatos de bien probado y sentencia. Contra ella cabía recurso de apelación cuando la cuantía excedía de tres mil reales en los tribunales y de dos mil en los juzgados; si no era así sólo cabía recurso de nulidad por violación de las formas esenciales del juicio. En las causas superiores a 10 mil reales aún era posible recurso de súplica (revista) o tercera instancia y, por último, cabía recurso de injusticia notoria en asuntos de más de 50 mil reales. Evidentemente el proceso mercantil ha perdido aquí alguno de los elementos que caracterizan al proceso plenario rápido en sus orígenes; la simplicidad extraordinaria del mismo no podía mantenerse. Aparece, pues, una aproximación al proceso ordinario

civil, con relación al que ya no es distinto; el primer paso hacía la unificación estaba dado; el segundo paso correspondía al proceso civil, en el que debía simplificarse.

El juicio de menor cuantía era el clásico juicio verbal con demanda escrita preparatoria y citación de las partes a juicio, realizándose éste en una audiencia única, o como máximo en dos, no admitiéndose apelación contra la resolución final.

ii) La primera codificación del proceso civil

La regulación del proceso civil en el inicio del siglo XIX quedó plasmada en la *Novísima Recopilación* de 1805 y en las *Partidas*. A partir de esos dos cuerpos, el siglo se inicia con una serie de leyes de reformas parciales, que van a culminar en la primera *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855.

Con fecha 31 de enero de 1855 se presentaba en las Cortes (parlamento) Constituyentes un proyecto de ley denominado "para la reforma de los procedimientos en los juicios civiles". En la exposición de motivos se justificaba su necesidad aludiendo a que las leyes que ordenaban los procedimientos carecían de unidad, precisión y claridad, dado que se habían formado durante los últimos seis siglos, por lo que procedía su revisión; ahora bien, ésta no podía significar

la destrucción de los fundamentos venerables sobre los que descansa la obra secular de nuestras instituciones procesales. Su objeto, por el contrario, debe ser dar nueva fuerza a los principios cardinales de las antiguas leyes [...] aprendidos como tradición hasta por las personas ignorantes del derecho, y con los cuales pueden desenvolverse con sobrada anchura todos los progresos, todas las reformas convenientes.

Con este preámbulo se comprende que: 1) Aunque formalmente se pretendía hacer un código, en el fondo se trataba de algo más sencillo, de recopilar las normas del pasado, 2) La finalidad era, pues, "restablecer en toda su pureza las reglas cardinales de los juicios consignadas en nuestras antiguas leyes", como decía la base 1a., y 3) No se recibió influencia extranjera alguna, ni siquiera la del *Code de procédure civile* francés que en la época determinó los códigos de otros países. Con éste espíritu se aprobó la Ley de 13 de mayo de 1855 "autorizando al Gobierno para ordenar y compilar las leyes y reglas del enjuiciamiento civil".

No habían pasado cinco meses cuando, el 5 de octubre de 1855, se aprobaba el texto articulado de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* para entrar en vigor el 1.º de enero de 1856. Gómez de la Serna, su principal autor, dejó bien claro que el parlamento estuvo “lejos de querer cambios radicales, impremeditados y violentos de nuestras leyes seculares [...] no destruyeron el edificio levantado por cien generaciones [...] la comisión tuvo por punto de partida lo tradicional, lo español, lo consignado en nuestro foro”. De ahí que la ley se centre en el juicio ordinario; éste, “bien formulado por nuestro derecho, y respetadas en el foro las bases capitales sobre las que descansa, sólo era necesario purificarlo de las prácticas viciosas que habían afectado la mejor obra sin duda de nuestras instituciones procesales”.

iii) La *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 o la consagración del proceso ordinario

Hito fundamental, en la evolución que estamos resumiendo, constituye el Decreto de Unificación de Fueros de 6 de diciembre de 1868, por el que se suprimieron los tribunales de comercio y se derogó la *Ley de Enjuiciamiento sobre los Negocios y Causas de Comercio* de 1830 con lo que todos los procedimientos debían ajustarse a lo dispuesto en la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855.

El Decreto de 1868 supuso la unificación de los procesos civil y mercantil, no por fusión, sino por supresión, quedando sólo en vigor el primero de ellos. El proceso mercantil desapareció. Con todo, la unificación se entendió que exigía una nueva Ley de enjuiciamiento, a lo que se atendió con la Ley de Bases de 21 de junio de 1880, que no pretendía abrir nuevos caminos sino sólo refundir en un nuevo texto las disposiciones dictadas desde 1855, asumir alguna institución de la Ley de 1830 y, sobre todo, rectificar aspectos muy concretos de la Ley de 1855.

Que no se trataba de hacer una Ley nueva sino de ir mejorando la existente, que no se pretendía modificar el sistema procesal, sino de reformarlo en algunos puntos, quedó firmemente establecido, y dentro de este contexto era lógico que el ministro de Gracia y Justicia afirmara que las reformas que se proponían eran “modestas”, y ello porque “precisamente el juicio ordinario reducido por la Ley de 1855 a sus proporciones esenciales, apenas reclamaba nuevas y fundamentales reformas”, por lo que si no fuese por otras materias

“realmente no sería necesaria la reforma de la Ley vigente de enjuiciamiento”.

Sobre esta concepción descansa la Ley de Bases de 1880 y sobre ella trabajó la Comisión de Códigos, y principalmente Manresa, que en algo más de siete meses redactó la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 3 de febrero de 1881, todavía vigente.

d. El último tramo de la evolución

El atraso del sistema procesal plasmado en el LEC, su incapacidad para hacer frente con eficacia a los problemas que la sociedad ha ido generando, el descontento frente al proceso ordinario, han originado un fenómeno fácilmente constatable en el ordenamiento español: la huida del juicio de mayor cuantía. Este fenómeno tiene dos manifestaciones.

i) La proliferación de procesos especiales

Esta proliferación ha respondido a la necesidad de huir de la regulación de la LEC, principalmente del juicio de mayor cuantía, pero no sólo de él. Los sucesivos legisladores han sido conscientes de la imposibilidad de aplicar el sistema representado por el juicio de mayor cuantía a las nuevas necesidades y, para evitarlo, han regulado multitud de procesos especiales que quedan fuera de la LEC, hasta el extremo que ha podido afirmarse que el legislador, en casi todas las leyes materiales, se siente obligado a dotarlas de un proceso específico.¹

Caso extremo de sinceridad legislativa representó la exposición de motivos de la Ley de Sociedades Anónimas de 17 de julio de 1951. En ella podía leerse:

Pieza esencial del mecanismo impugnatorio había de ser la regulación del correspondiente procedimiento judicial, si se quería evitar que la impugnación de los acuerdos de las Juntas Generales, como medio de garantizar los derechos de las minorías, quedase reducida a una reforma platónica como necesariamente tenía que ser subsistiendo la necesidad de acudir a un juicio declarativo de mayor cuantía con sus instancias y un recurso de casación, para conseguir la anulación de los acuerdos de la Junta. A tal fin se articula un procedimiento especial de tramitación abreviada, que será aplicable mientras la reforma de nuestras leyes de

¹ Véase *infra*, capítulo VII.

procedimiento no hagan innecesario el que ahora se instaura para estos concretos fines.

ii) La conversión del juicio de menor cuantía en juicio tipo

Desde 1881 la LEC no ha permanecido inmutada; se han ido realizando en ella sucesivas modificaciones de aspectos parciales que, en lo que ahora importa, han ido tendiendo a vaciar de aplicación el juicio de mayor cuantía. En este sentido cabe destacar:

- a) Las sucesivas elevaciones del tope cuantitativo divisorio de los juicios de mayor y menor cuantía, que ha pasado de mil quinientas pesetas en 1881 a 160 millones en 1992.
- b) La creación de nuevo juicio plenario rápido fuera de la LEC, el llamado con gran impropiedad juicio de cognición (Decreto de 21 de noviembre de 1952), que hoy sirve para conocer los pleitos entre 80 mil y 800 mil pesetas.
- c) La conversión del juicio de menor cuantía en el juicio tipo, que es lo que se hizo básicamente en la reforma operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto.

La doctrina española (Alcalá-Zamora, Guasp, Fairén) había pedido repetidamente el abandono del juicio de mayor cuantía y la conversión del juicio de menor cuantía en el juicio tipo, partiendo de la consideración de que el segundo era un proceso plenario rápido. La reforma de 1984 dio ese paso, pero modificando la regulación de menor cuantía para aproximarle más y más al de mayor cuantía.

Importa resaltar, con todo, que la sociedad española es ya consciente de que el juicio ordinario de las *Partidas*, el *solemnis ordo iudiciarius*, asumido en su esencia en el siglo XIX en las dos leyes de enjuiciamiento, no puede seguir siendo la base de un sistema procesal moderno. Lo discutible para el futuro es el camino a seguir; se es ya consciente de que el pasado no sirve, pero todavía no hay claridad en torno a las ideas que deben guiar el futuro.

Desde el poder político se han dicho muchas palabras, pero no se ha puesto de manifiesto que exista una voluntad decidida de cambiar, aunque ello puede deberse a la incapacidad de las personas elegidas desde ese poder para hacer frente a la reforma, las cuales no tienen, unas la suficiente base teórica y, las otras, la necesaria experiencia práctica. Así van pasando los años y los programas electorales se van incumpliendo.

2. La evolución doctrinal

a. Los primeros judicialistas

Si en la Alta Edad Media, con predominio del derecho consuetudinario, no puede hablarse de verdaderos juristas castellanos y los jueces eran legos, hasta el extremo de que para serlo no era necesario saber leer ni escribir, las *Partidas* son indicio de la aparición de un nuevo grupo social: los juristas.

Llama poderosamente la atención de que antes de mediados del siglo XIII sea difícil encontrar en Castilla el nombre de un jurista procesalista (que es lo que ahora nos importa), y que al aparecer esos nombres se trate principalmente de colaboradores de Alfonso X que o son italianos de origen o han estudiado en ese país. Cabe así referirse a:

- Ugolino de Sesso que pudo ser uno de los primeros profesores de la Universidad de Palencia, de origen italiano, del que se conocen tres breves tratados que deben corresponderse con las lecciones dictadas a fines del siglo XII, después de 1184: *Tractatus de appellatione*, *Tractatus de recusatione iudicum* y *Tractatus de testibus*.
- Rodrigo de Palencia fue nombrado obispo de Palencia en 1247 y murió en 1254 siendo, al parecer, estudiante en Bolonia y autor de un *Tractatus de positionibus*.
- Fernando Martínez de Zamora estudió, al parecer, en Bolonia y, desde luego, tenía formación romano-canónica, siendo arcediano de Zamora, de donde tomó el apellido, y obispo electo de Oviedo, pero especialmente notario de la Corte, embajador y capellán de Alfonso X, muriendo entre 1275 y 1276, atribuyéndosele dos obras: *Margarita de los pleytos* y *Summa Aurea de Ordine Iudiciario*.
- Jacobo de las Leyes, cuyo verdadero apellido debió ser Junta era, probablemente, oriundo de Italia o, por lo menos, en ese país se formó, siendo después ayo del entonces infante Alfonso y juez en Murcia, donde murió en 1294. Del mismo se conocen tres obras: *Flores de derecho*, que es un compendio de derecho procesal civil, *Doctrinal*, que se considera un autoplagio dado que sigue literalmente las *Partidas* de las que fue coautor, y *Summa de los noue tienpos de los pleytos*, que se ha calificado de "catecismo procesal"

Cabría referirse también a un Petrus Hispanus sobre el que existen abundantes estudios, tantos como confusión a la hora de identificarlo dada la repetición con que el nombre aparece en las fuentes. Bastante posterior es el doctor Infante, titulado por Salamanca que, entre 1474 y 1484, compuso un formulario titulado *Forma libellandi* de gran difusión, al que acompaña un breve tratado *De como se parten los pleytos en diez tiempos*.

Apareció así la quiebra entre los juristas, estudiosos de un derecho culto, ajeno al pueblo y escrito en latín, y el pueblo llano que se vio apartado de las normas que debían regirlo. Nace aquí la división entre los letrados, que van a constituir poco a poco un grupo que se hará con el poder político en calidad de tecnócratas, y los iletrados, que no entienden ese nuevo derecho y que se ven excluidos de él, incluso por la lengua utilizada.

b. La “práctica forense”

Hasta el siglo XIX las universidades españolas no formaban juristas para la aplicación cotidiana del derecho. En las universidades se explicaba derecho romano, pero el derecho español a aplicar por los tribunales no se explicaba en ellas, debiendo aprenderse mediante la pasantía en los bufetes de abogado y siendo controlado su conocimiento para ejercer como abogado mediante un examen que realizaban las Audiencias y que subsistió hasta 1843.

Junto a la enseñanza oficial de las universidades, que era el derecho romano y en el que centraban su atención los grandes juristas teóricos (Antonio de Burgos, Antonio Peres, Francisco Ramos del Manzano o José Hernández de Retes), existía otra corriente que atendía a las que se denominaban *leyes patrias* que debe calificarse de práctica (Covarrubias, Gregorio López, Palacios Rubios, Antonio Gómez, Alfonso de Acevedo, Juan Gutiérrez, Juan de Matienzo, Rodrigo Suárez, Cristóbal de Paz, Carleval, Salgado de Somoza, Vázquez de Menchaca, etcétera). Una parte de esa práctica, la que se autodenomina forense, pretendía explicar cómo se realizaban los procesos ante los tribunales, cuál era la manera de actuar de éstos.

No es fácil establecer las constantes comunes a los prácticos forenses durante tantos siglos, pero creemos que, en síntesis, podrían ser éstas:

- 1a.) Los destinatarios de los libros de práctica forense no eran los estudiantes universitarios, sino los jueces, escribanos y abogados, respecto de los que se pretendía suplir las deficiencias de la enseñanza universitaria.
- 2a.) Los autores de los libros no eran normalmente profesores universitarios, sino prácticos, personas con experiencia judicial que pretendían transmitir conocimientos no adquiridos científicamente, sino a través de su vida profesional.
- 3a.) Esos autores no aspiraban a hacer ciencia sino a enseñar el modo de proceder de los tribunales, el estilo de la curia.
- 4a.) Las obras de práctica forense están escritas en su mayor parte en español, frente al latín que era la lengua científica de la época y en la que escribían los autores teóricos.
- 5a.) Si los juristas teóricos se movían en un ambiente cultural común a toda Europa, pues su objeto de atención era el derecho romano, los prácticos quedaban reducidos a un ámbito geográfico determinado, e incluso en ocasiones al estilo o modo de actuar de tribunales determinados.
- 6a.) La dificultad para conocer la legislación vigente, ante el mare magno legislativo producido desde el siglo XIII y XVIII, hizo que la fuente principal de los prácticos no fuera la ley, sino el estilo de los tribunales y la opinión de otros prácticos.

De todo lo anterior resulta que la práctica forense ceñía sus enseñanzas a los trámites procedimentales, a las formas, a la manera de realizar los escritos, a los plazos de los distintos juicios que podían realizarse ante los tribunales. Frente al jurista teórico, estudioso de cuestiones abstrusas, el práctico forense, apegado a la realidad, pretendía ofrecer simplemente cómo actuaban los tribunales.

No cabe ofrecer aquí una relación completa de los libros de los prácticos, pero sí parece necesario realizar una selección de las obras más interesantes. Debe así citarse a: Monterroso, *Práctica civil y criminal, y instrucción de escribanos* [...] 1563; Molinos, *Libro de la práctica iudiciaria del Reyno de Aragón*, 1575; Suárez de Paz, *Praxis ecclesiasticae et secularis cum actionum formulis et processum*, 1583; Hevia de Bolaños, *Curia Philippica*, 1603; *Labyrintho de comercio terrestre y naval*, 1617; a partir de 1644 suelen editarse juntas como *Curia, primero y segundo tomo*; Villadiego, *Instrucción política y práctica judicial conforme al estilo de los Consejos, Audiencias y Tribunales de Corte y otros del Reino*, 1612; Colom, *Instrucción de escribanos, en orden a lo judicial*, 1736; Martínez, M. S., *Librería de jueces* [...] 1763-8; Elizondo, *Práctica universal forense*

de los Tribunales de esta Corte [...] 1764; Febrero, *Librería de escribanos* [...] 1786; Conde de la Cañada, *Instrucciones prácticas de los juicios civiles* [...] 1793; Álvarez Posadilla, *Práctica universal por principios* [...] 1794.

c. La “práctica forense” y la universidad

El 4 de diciembre de 1713 el Consejo de Castilla hubo de ordenar a todos los tribunales que observaran las *leyes patrias*, calificando al derecho romano de “sentencias de sabios” (*Auto 2, 1, 1 de Acordados*). Ante una situación en la que el derecho romano se alegaba ante los tribunales más que el derecho propio y vigente que era el real, el camino lógico para hacer cambiar las cosas era el de las universidades y hacia él se dirigió el poder político, intentando que en éstas se introdujera el estudio de las llamadas *leyes patrias* frente al monopolio del derecho romano.

El primer intento se produce con la *Carta Acordada* de 29 de noviembre de 1713 en la que el Consejo de Castilla se limitaba a instar a las universidades para que informaran cómo se podía establecer en ellas la “enseñanza de el Derecho de España”. El siguiente es consecuencia del *Auto Acordado* de 29 de mayo de 1741 y en él se ordena a los catedráticos “tengan cuidado de leer con el derecho de los Romanos las leyes del Reino, correspondientes a la materia que explicaren” (*Auto 2, 1, 3 de Acordados*). A partir de aquí se pone en marcha el mecanismo que llevará a sustituir el derecho romano y aparecen los primeros manuales de derecho español en sentido estricto, el de Jordan de Asso y Manuel y Rodríguez, *Instituciones de derecho civil de España*, Madrid, 1771, en el que con el sistema de la *Instituta* (personas, cosas y acciones) se estudia el derecho patrio, y el de Sala, *Ilustración del derecho real de España*, Valencia, 1803.

Pero en lo que ahora nos importa la “práctica forense” va a entrar en las universidades, lo que sucederá con las órdenes del marqués de Caballero de 1802 y con el plan de estudios de 1807. Éste es el inicio del cambio y así cabe aludir a modificaciones paulatinas sobre las características que antes hemos enunciado:

- 1a.) Los destinatarios de los libros son ahora, además, estudiantes universitarios; no exclusivamente, pero sí además de jueces, abogados y escribanos.

- 2a.) Los autores siguen sin ser profesores universitarios, los cuales por razones diversas no suelen escribir, sobre todo porque no tienen experiencia práctica.
- 3a.) La condición no científica de las obras es también indudable; en la primera mitad del siglo XIX se pretende seguir enseñando estilo de los tribunales, aunque empiezan a aparecer matizaciones (caso sobre todo de Gómez Negro).
- 4a.) Se escribe, naturalmente, en español, y se mantiene la limitación geográfica de las obras.
- 5a.) Los inicios del siglo XIX conocen, primero, en el campo doctrinal un auge del valor de la ley, como consecuencia de la ideología liberal y, segundo, un claro movimiento legislador tendente a la codificación, todo lo cual va a repercutir en las fuentes de los prácticos.

En las décadas iniciales del siglo XIX cabe citar las siguientes obras: Gómez Negro, *Elementos de práctica forense*, 1825; Rodríguez, *Apuntes sobre la práctica forense*, 1840; e *Instituciones prácticas o Curso elemental completo de práctica forense*, 1842; Ortiz de Zúñiga, *Elementos de práctica forense para que puedan servir de texto en las universidades*, 1841.

Hay que tener en cuenta, además, que continuaron reeditándose algunas de las obras de finales del siglo XVIII, especialmente la de febrero, que encontró varios actualizadores, siendo el más destacado Eugenio de Tapia, que la editó al menos siete veces.

d. El conservadurismo acrítico de la doctrina y de la práctica

A mediados del siglo XIX la doctrina y la práctica españolas eran profundamente conservadoras y creemos que la mejor demostración de ello es el siguiente ejemplo. En septiembre de 1853, dentro de un gobierno reaccionario, accede al Ministerio de Gracia y Justicia un magistrado, José de Castro y Orozco, marqués de Gerona, y once días después de su nombramiento promulga la llamada *Instrucción* de 30 de septiembre del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria, que es, primero, un ataque directo al proceso ordinario, al que llega a calificar de "la muerte de la justicia misma", y, luego, un intento de primar la economía procesal y los poderes del juez.

No se trata ahora de entrar en el examen de la *Instrucción*, sino simplemente de poner de manifiesto que se enfrentó con la menta-

lidad jurídica de la época y que sólo pudo mantenerse en vigor hasta el 18 de mayo de 1854. Contra ella dijo el Colegio de Abogados de Madrid:

Espíritus superficiales, talentos tan limitados como audaces han declamado en diferentes tiempos con todas sus fuerzas contra las formas solemnes, lentas y complicadas de los juicios [...] La seguridad del juicio exige muchas solemnidades, y estas solemnidades, cuanto más se multiplican, requieren más largas dilaciones; por el contrario, cuanto más se apresura el juicio, cuanto más se limitan los plazos reduciéndolos a los que se reputan en hipótesis general, hipótesis muy falible, como estrictamente necesarios para el ataque y para la defensa, más pierde el juicio en su seguridad, más se merman sus garantías.

En el momento en que va a afrontarse la primera codificación del proceso civil, cuando va a redactarse la primera *Ley de Enjuiciamiento Civil*, la de 1855, la opinión doctrinal sobre ese proceso puede resumirse en las siguientes conclusiones:

- 1a.) Se creía en la bondad de la legislación tradicional reguladora del proceso ordinario, hasta el extremo de considerar que era envidiada en el resto de Europa.
- 2a.) Esa legislación había sido oscurecida por las corruptelas que se habían introducido en el foro, y éstas eran la causa de las dilaciones y coste de la justicia.
- 3a.) El proceso lento y complicado era salvaguarda de los derechos de las partes; las solemnidades procesales eran garantía de la seguridad del juicio.
- 4a.) Para mantener la imparcialidad del juez debía dejarse la dirección del proceso a las partes: bajo la ideología liberal el juez, como el Estado más en general, dejaba hacer a las partes, que eran las "dueñas del proceso".
- 5a.) La lentitud de la justicia se debía en gran parte al volumen de asuntos de que habían de conocer los tribunales, a los cuales se cargaba con más trabajo del que podían levantar.

La doctrina, pues, se mostraba conforme con el estado de la legislación existente en el momento; estimaba necesario aclarar y simplificar, pero no innovar. Era preciso acabar con las corruptelas para dar nuevo brillo a los principios esenciales del procedimiento y debía adecuarse el número de órganos jurisdiccionales al volumen de asuntos.

e. El procedimentalismo

En la década de los cuarenta del siglo XIX la doctrina española empieza a hablar de los "procedimientos judiciales" y esa denominación pasa a ser la oficial de la asignatura universitaria. Por esos años se promulga la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855 y aparecen los comentarios a la misma de Manresa, Miquel y Reus, *Ley de enjuiciamiento Civil, comentada y explicada para su mejor inteligencia y fácil aplicación*, Madrid, 1856-1869, 6 vols., y de Hernández de la Rúa, *Comentario a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1856, 5 vols.

Los últimos prácticos habían comenzado a reaccionar contra las prácticas de los tribunales poco conformes, e incluso contrarias a la ley (así el conde de la Cañada) y buscaban algo distinto de la mera exposición del modo de proceder de los tribunales (como Gómez Negro). En esa reacción se profundiza hasta llegar a los procedimientos judiciales; en éstos se pretenderá explicar la ley y el método será la exégesis.

Se asiste así a un cambio de enfoque. Los procedimientos judiciales, según Lastres, serán "las formas solemnes con que se proponen, discuten y resuelven las pretensiones deducidas ante los tribunales", pero esas formas no son ya las impuestas por la práctica, por el estilo de los tribunales; son las establecidas por las leyes.

En los procedimentalistas españoles es manifiesta la voluntad de describir las formas legales. En algún caso ello puede suponer no limitarse a la letra de la ley, como ocurre con De Vicente y Caravantes (el mejor de todos ellos), pero la mayoría de los autores no pasan de hacer mera perifrasis de la ley, añadiendo alguna nota jurisprudencial y formularios. El método de la exégesis es ampliamente utilizado, incluso por los autores que no adoptan la forma de comentario en el plan de sus obras.

La promulgación de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881 no hizo más que profundizar el fenómeno. Inmediatamente aparecieron los comentarios de la misma, siendo el más destacado el de Manresa, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil reformada*, Madrid, 1881-1889, 6 vols. (que en la 7a. ed., Madrid, 1952-1961, se han convertido en nueve); cabe referirse además a varios otros, aunque sin el prestigio del anterior, como es el caso de los de Atard y Cervellera (1881), Herrero (1888-1889), Reus (1907-1908) y Miguel Romero (1917).

Aparte de los comentaristas, los autores más destacados desde mediados del siglo XIX hasta los años veinte del actual fueron: Gómez

de la Serna y Montalbán, *Tratado académico forense de procedimientos judiciales*, 1a. y 2a. ed., Madrid, 1848 y 1856, respectivamente; Vicente y Caravantes, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva Ley de Enjuiciamiento*, Madrid, 1856-1858, con apéndices en 1867 y 1879; Ortiz de Zúñiga, *Práctica general forense*, 8a. ed., Madrid, 1878; Lastres, *Procedimientos civiles y criminales*, Madrid, 1871; López Moreno y López Rueda, *Derecho procesal civil, penal, canónico y administrativo*, Sevilla, 1885; Fábrega, *Apuntes de procedimientos judiciales*, Barcelona, 1907, que se convierten luego en *Lecciones de procedimientos judiciales*, 3a. ed., Barcelona, 1928; la 2a. ed. es de 1921; y Miguel y Romero, *Tratado de procedimientos judiciales*, Valladolid, 1916, y *Derecho procesal teórico*, Valladolid, 1934.

La evolución de esta doctrina no fue la lógica. No se fue mejorando con el paso del tiempo. La cumbre la representa José de Vicente y Caravantes, y después de él no se avanzó. En los años veinte de este siglo sólo pueden citarse procedimentalistas a los que la ciencia no debe nada. Gadea Orozco, Comín, Palacios, Bonilla, Marcos Pelayo, Xirau o Domínguez Ballarín. Entre éstos y los que iniciaron el siglo (como Montejo, Fábrega o Aguilera de Paz) no hay diferencias.

El contenido de la disciplina, según se desprende de las obras que no son de comentario, abarcaba la organización judicial, la competencia de los tribunales y el procedimiento. Este es el esquema base de Vicente y Caravantes, precedido de una larga introducción histórica, y lo mismo cabe decir del último procedimentalista algo conocido, de Fábregas.

En síntesis, los procedimientos judiciales responden a una concepción jurídica más general que se centra en el estudio de la ley, utilizando la exégesis como método; el procedimiento es el conjunto de formas solemnes reguladas por la ley, por medio de las cuales actúan los tribunales, y el procedimentalista centra en ellas su consideración.

f. El derecho procesal

La etapa del derecho procesal se inicia en Alemania en el final del siglo XIX y en Italia en el inicio el presente. La renovación iniciada por los alemanes fue recogida por los italianos, los cuales la difundieron por el mundo, pasada por su tamiz. El derecho procesal español encuentra su origen en esas influencias. Antes de 1936,

domina la figura de Francisco Beceña, nuestro primer procesalista científico, al que se debe el impulso inicial.

Aunque Beceña no llegó a publicar un manual, en 1932 y litografiadas, se distribuyeron entre los alumnos de la Facultad de Madrid unas *Notas de derecho procesal civil*, recogidas de las explicaciones de clase por dos discípulos. En ellas se evidencia su dominio de la bibliografía alemana e italiana. La exposición se inicia con la consideración del proceso como realidad social, determinador de la "materia prima" del derecho procesal, en cuanto que su regulación da lugar a esta rama del derecho, que se define como el conjunto de normas reguladoras de los supuestos o condiciones, contenido, forma y efectos de la tutela jurídica procesal. El juez y la organización judicial se estudian en cuanto "elementos personales del proceso civil".

Si el empuje inicial es el de Beceña (muerto en 1936) la renovación de la ciencia procesal se va a producir a partir de la publicación en 1941, de la *Exposición del derecho procesal civil de España* de Prieto Castro, y del inicio de los *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en 1943, de Jaime Guasp. Vendrán después el *Derecho procesal civil español* de De la Plaza y el *Derecho procesal civil* de Gómez Orbaneja (con Herce en tono menor), a los que hay que añadir las monografías de Alcalá-Zamora (aunque residiera en el extranjero) y de Fairén; en esa línea hay que destacar la labor de Carreras, que puede calificarse del último exponente de una generación.

A pesar de los matices trascendentes en un conjunto tan amplio de autores y obras, los elementos comunes podrían ser estos:

- a) Método: El sistema sustituye a la exégesis. Si los procedimentalistas se limitaron a estudiar la ley y las formas del procedimiento eran las legales, los procesalistas elaborarán sistemas científicos, intentando acomodar la ley dentro del sistema. Éste se centrará en torno al proceso, que es el concepto base, quedando los demás supeditados al mismo, incluido el de jurisdicción.
- b) Autonomía: Con los procesalistas se llega realmente a la formación de una rama autónoma de la ciencia jurídica, separándose del derecho material.
- c) Contenido: Existe un dejarse llevar por la tradición, sin replantearse críticamente el campo cubierto por el derecho procesal.

Desde la perspectiva actual debe destacarse el abandono en que han mantenido temas como el Poder Judicial, la organización judicial, el

estatuto de los jueces, y su ceñirse casi en exclusiva a los procesos civil y penal, con abandono del laboral y del contencioso-administrativo.

En resumen, ha sido lugar común en la doctrina definir el derecho procesal con referencia al proceso, con lo que el elemento a definir se desplaza a éste, que se convierte en el concepto base que da unidad al conjunto.

La bibliografía española de derecho procesal es, naturalmente, muy extensa, pero destacaremos aquí las obras generales que se mantienen actuales: Gómez Orbaneja y Herce, *Derecho procesal civil*, 9a. ed., Madrid, 1979, 2 vols.; Guasp, *Derecho procesal civil*, 1a. reimpr. a la 3a. ed., Madrid, 1977, 2 vols.; Montero, *Introducción al proceso laboral*, 3a. ed., Barcelona, 1996; Prieto-Castro, *Tratado de derecho procesal civil*, Pamplona, 1985, 2 vols.; Ramos Méndez, *Derecho procesal civil*, Barcelona, 1992, 2 vols.; Almagro, Gimeno, Cortés y Moreno, *Derecho procesal*, Valencia, 1990, 2 vols.; Oliva y Fernández, *Derecho procesal civil*, Madrid, 1996, 4 vols., y Fairén, *Doctrina general del derecho procesal*, Barcelona, 1990.

Existen numerosas recopilaciones de trabajos monográficos, como las de Prieto-Castro, Alcalá-Zamora, Fairén, Fenech y Carreras, Serra, G. de Cabiedes y Montero, y luego multitud de estudios monográficos en libros y revistas debidos, aparte de los autores ya citados, a Lois, Muñoz Sabaté, Vázquez Sotelo, Ortells, G. Colomer, etcétera.

En estos momentos hay dos publicaciones especializadas: *Revista de Derecho Procesal y Justicia*.

g. El derecho jurisdiccional

El derecho procesal se define hoy, bien como el conjunto de normas que regulan el proceso, bien como la ciencia jurídica que atiende al estudio del proceso, pero a pesar de esas definiciones, que centran toda la disciplina en torno al proceso, la doctrina admite que otras realidades son reguladas por normas que califica de procesales y, dando un salto en el vacío en la línea argumentativa, incluye dentro del derecho procesal algo más que el proceso; ese algo más suele ser la acción (y/o la pretensión) y sobre todo la jurisdicción y por esa vía la organización judicial.

Desde esta consideración elemental se está abriendo camino, aunque por ahora es una corriente minoritaria, la concepción de que considerado el proceso como un instrumento del Poder Judicial para cumplir los fines asignados constitucionalmente y de las partes pa-

ra obtener de los tribunales la tutela jurídica de sus derechos, la denominación de la disciplina pero, sobre todo, su objeto debe referirse principalmente a la consideración del Poder Judicial. El título VI de la Constitución de 1978 sienta las bases de dicho Poder, y en aquél y en otros artículos se regulan los principios base de las garantías de las partes. Normas de rango inferior han de desarrollar las constitucionales y en ese desarrollo importa principalmente quién presta la tutela y a quién se presta y, después, cómo se realiza.

En este camino se estima que el concepto base de la disciplina no debe seguir siendo el de proceso, sino el de jurisdicción, y de ahí que se esté hablando ya de derecho jurisdiccional. Siguiendo esta orientación se ha publicado ya por Montero, Ortells, G. Colomer y Montón el primer manual de *Derecho jurisdiccional*, con un tomo de *Parte general*, dos dedicados al *Proceso civil* y otro al *Proceso penal* (Barcelona, 1994). Se está en el inicio de algo que pretende ser distinto y del que el tiempo dirá sus resultados.

No se trata simplemente, y es evidente, de un mero cambio de nombre de la disciplina, sino de la constatación de que en la realidad puede ser más fructífero atender en primer plano al Poder Judicial, y a todos sus problemas, y a los derechos de las partes ante el mismo, para sólo después referirse al instrumento que utilizan los tribunales y las partes, que es el proceso.

II. LOS PRINCIPIOS Y REGLAS CONFIGURADORAS

1. *La distinción entre proceso y procedimiento*

La distinta manera de entender la disciplina según se llamara "procedimientos judiciales" o "derecho procesal" da ya una primera visión de las diferencias entre proceso y procedimiento pero, sobre todo, debe tenerse en cuenta que:

- 1o.) El término procedimiento no es exclusivo del ámbito judicial, sino que es aplicable —refiriéndose exclusivamente a su contenido jurídico— a todas las funciones del Estado y así se habla de procedimiento administrativo y aún de procedimiento legislativo.
- 2o.) Procedimiento, pues, hace referencia a forma, a sucesión de actos, y ello sin precisar si esa actividad es la de los órganos

jurisdiccionales, pues puede ser también la de cualquier órgano del Estado.

- 3o.) Cuando se habla de procedimiento judicial se está destacando la forma de la actividad jurisdiccional, su aspecto externo, el sucederse de los actos desde una perspectiva exterior.
- 4o.) Aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica en español, *procedere*, en el primero es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan. Mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional.

El proceso es lo característico de la jurisdicción; aquél es el instrumento que ésta utiliza para cumplir su función, y de ahí la correlación entre uno y otra, pues la jurisdicción se ejerce únicamente a través del proceso.

2. Del proceso

a. Su carácter técnico-político

La consideración del proceso como instrumento de la jurisdicción no supone atribuir a aquél carácter meramente técnico. Los principios y reglas relativos al proceso, en cuanto ideas base de conjuntos de normas, son un reflejo de la ideología que produce esas normas, pero no exclusivamente. Así entre las dos posiciones extremas que supondrían, bien considerar que las normas reguladoras del proceso civil son un derecho técnico, bien proclamar la dependencia del proceso de una ideología, pretendiendo ponerlo al servicio de la misma, creemos que no caben exageraciones ni en un sentido ni en otro.

La influencia de las reformas políticas en las leyes procesales es algo indudable y, partiendo de esa base, hay que reconocer que los principios y reglas procesales reflejan la ideología socio-política dominante en un país determinado, aunque al mismo tiempo el proceso supone siempre la investigación de un caso litigioso, la aplicación del derecho al mismo y la obtención de una sentencia adecuada al ordenamiento jurídico, por lo que es lógico que las soluciones coin-

cidan y que, con frecuencia, sean consideraciones racionales, de técnica, las que conduzcan a soluciones análogas, si no idénticas.

Pretender desterrar la política del derecho, en cualquiera de sus ramas, se basa en una opinión deformada de lo que aquella sea, pero pretender reducir todo el derecho a política se basa en una concepción totalitaria de ésta, desconocedora de las garantías de aquél.

La mejor prueba de lo que venimos diciendo es el fenómeno de la constitucionalización de algunos principios y reglas del proceso. Si la Constitución es el compendio de las opciones políticas básicas de una sociedad, en los últimos tiempos se han ido elevando a este rango algunos principios fundamentales del proceso, e incluso del procedimiento, con el intento de reformar la garantía que para el ciudadano representa el proceso.

En realidad llevar a las constituciones principios y reglas procesales es algo relativamente antiguo, y en España cabe así remitirse a la Constitución de 1812, a la primera, pero el fenómeno de la constitucionalización de los últimos tiempos no significa simplemente un aumento en la cantidad de normas elevadas a ese rango; cabe registrar un cambio cualitativo que se aprecia en varios órdenes:

- 1o.) Si en las constituciones antiguas los principios tenían un sentido programático, en las modernas, además de servir para determinar el contenido de las futuras leyes, son de aplicación directa.
- 2o.) Algunos principios procesales, no todos, los que suponen garantía de derechos fundamentales (los recogidos en los artículos 14 a 29 constitucional) tienen además la protección especial del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.
- 3o.) La constitucionalización de los principios y reglas ha adquirido tal alcance que se habla de la existencia de un derecho constitucional procesal, lo que supone la aparición de una orientación metodológica que se propone profundizar en el estudio de la dependencia de la regulación procesal de los valores sociales y políticos recogidos por las constituciones.

Suele hoy distinguirse entre derecho procesal constitucional, parte del derecho procesal que tiene por objeto el estudio del proceso constitucional, y derecho constitucional procesal, que estudia las normas procesales recogidas en las constituciones.

Por encima de la constitucionalización hay que registrar otro fenómeno de internacionalización de algunos principios y reglas pro-

cesales. Este fenómeno tiene gran interés para España, habida cuenta de que el artículo 10.2 constitucional dispone que "las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España". Consecuentemente habrá de estarse a esa Declaración de 10 de diciembre de 1948, a la Convención de Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 de diciembre de 1966.

b. Los principios comunes a todos los procesos

Tenemos, en primer lugar, que referirnos a los verdaderos principios, a aquellos que hacen que el proceso sea lo que es, siendo connaturales al mismo, de modo tal que una institución que no esté configurada por los mismos no sería verdadero proceso, por lo menos en el estado actual de nuestro sistema jurídico. Esos principios se refieren al juez y a las partes.

i) Los relativos al juez

Entendida la referencia al juez en términos genéricos, tal y como suele hacerse en Italia, sus principios son:

a) Unidad

Cuando el artículo 117.5 constitucional de 1978 dice que "el principio de unidad jurisdiccional es la base de la organización y del funcionamiento de los tribunales" está fijando que todos los jueces y magistrados habrán de estar sujetos a un estatuto personal único, como medio de garantizar su independencia. No se trata de impedir la existencia de tribunales diversos por la competencia, siendo posible la existencia de tribunales de competencia general, especializada y especial, sino de reaccionar contra la existencia de tribunales en los que sus integrantes tengan estatuto propio y distinto del ordinario. De ahí que el artículo 122.1 constitucional se refiera después a la existencia de un cuerpo único de jueces y magistrados (bien en-

tendido que el Ministerio Público no forma parte de ese cuerpo único, teniendo personal y estatuto propios).

b) Exclusividad

El artículo 117.3 constitucional con referencia a la potestad jurisdiccional establece que corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales, y con ello enuncia el principio de exclusividad que se resuelve, principalmente, en dos monopolios:

- 1o.) Si la jurisdicción es una potestad dimanante de la soberanía popular, es el Estado, y no las comunidades autónomas o regiones, su único titular, no existiendo jurisdicciones de ámbito territorial inferior al del Estado.
- 2o.) Dentro del Estado, la exclusividad supone que la jurisdicción se atribuye sólo a los juzgados y tribunales, que son los únicos órganos que quedan investidos de la potestad y que pueden realizar la función jurisdiccional.

c) Juez legal

Este principio está enunciando de modo positivo en el artículo 24.2 constitucional ("todos tienen derechos al juez ordinario predeterminado por la ley") y de modo negativo en el artículo 117.6 constitucional ("se prohíben los tribunales de excepción"). Principalmente en el ámbito positivo el principio supone:

- 1o.) Respecto de los órganos jurisdiccionales: Que éstos han de conformarse atendiendo a reglas generales y objetivas, de modo tal que quede preconstituido qué órgano ha de conocer de un asunto determinado y ello hasta el extremo de determinar incluso la persona física del juez competente, del instructor o del ponente.
- 2o.) Respecto de las partes: Que éstas tienen el derecho constitucional para que su caso sea juzgado por órganos jurisdiccionales que se ajusten a lo anterior, de modo que no ya el órgano sino también la persona física del juez debe estar predeterminada con carácter general en la norma.

d) Independencia

El artículo 117.1 constitucional declara, primero, que los jueces y magistrados son independientes y, a continuación, que están "sometidos únicamente al imperio de la ley", y precisamente en ello consiste la independencia. La sumisión a la ley no supone que la independencia tenga un límite en la ley, ni que esta sumisión sea una excepción a la independencia. El juez debe ser independiente para que pueda cumplir la función jurisdiccional, consistente en la actuación del derecho objetivo en el caso concreto. Si la ley es la garantía del ciudadano, sólo un juez sometido únicamente a ella puede tutelar los derechos de aquél.

e) Imparcialidad

La independencia se reviste de imparcialidad cuando se relaciona al juez con las partes en un proceso concreto. Si éste se concibe como *actus trium personarum* presupuesto elemental es que el tercero, el que está *supra partes*, actúe con imparcialidad respecto de ellas, sin estar implicado, de cualquier forma que fuere, en el objeto del proceso o con las partes del mismo.

f) Responsabilidad

En el derecho español, la responsabilidad de los jueces no se concibe como un límite a su independencia, ni se ha considerado que la ponga en riesgo. Por el contrario, se ha partido tradicionalmente de la consideración de que independencia y responsabilidad civil y penal son como las dos caras de una misma moneda; sólo puede ser responsable quien es independiente. La responsabilidad civil es directa del juez frente al ciudadano; éste no debe demandar al Estado, sino que puede demandar directamente al juez.

ii) Los propios de las partes

El otro elemento subjetivo esencial en todo proceso son las partes. Por parte debe entenderse la persona o personas que piden la tutela judicial y la persona o personas frente a las que se pide. Las partes han de conformarse siempre atendiendo a los principios de:

a) Dualidad de posiciones

Para que pueda constituirse un verdadero proceso es necesaria la presencia de dos partes, que aparecerán en posiciones contrapuestas; al que pide la tutela judicial se llama actor o demandante y aquél frente al que se pide, demandado. Esta es la doctrina tradicional sobre la dualidad de partes, pero nosotros preferimos hablar de dualidad de posiciones porque si no puede existir el proceso con una sola parte, sí puede darse con más de dos.

La situación normal es que una parte demande y otra parte sea demandada, pero en ocasiones pueden demandar varias y/o ser demandadas varias personas, habiéndose entendido tradicionalmente que esas varias personas forman una única parte pero compleja, esto es, la parte procesal la compone el conjunto de esas personas. Pues bien, en nuestra concepción, existiendo siempre dualidad de posiciones, cada una de ellas puede estar integrada por varias partes, es decir, cada una de las personas por sí misma es parte y puede actuar procesalmente de modo autónomo, aunque en ocasiones para la realización de actos de disposición del derecho material se requiera la voluntad concorde de todas ellas (el supuesto del litisconsorcio pasivo necesario es la mejor demostración de ello).

b) Contradicción o audiencia

Implicito en el anterior está el principio que recoge el antiguo brocardo *audiatur et altera pars* y que hoy suele enunciarse como "nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio". Su comprensión requiere distinguir dos facetas:

- 1a.) Derecho fundamental: El aspecto más importante es su consideración de derecho fundamental y de ahí su constitucionalización, aunque ello se haya hecho con lenguaje inexpressivo. Al mismo se refiere el artículo 24.1 constitucional cuando prohíbe la indefensión, y en el mismo artículo el párrafo 2, bien de modo genérico (derecho a un proceso "con todas las garantías"), bien de modo específico cuando constitucionaliza aspectos concretos (por ejemplo, el derecho a la utilización de medios de prueba). Naturalmente el derecho lo tienen todas las partes, y respecto de su contenido hay que distinguir:

- 1) La necesidad de ser oído que en el proceso civil se cumple cuando se ofrece a las partes la posibilidad real de ser oídas, sin que sea preciso que las partes hagan uso de la misma, por lo que cabe que el proceso se celebre en ausencia del demandado, siempre que se hayan adoptado las máximas garantías para que llegue a su conocimiento la existencia del proceso en general y de un trámite concreto en particular.
 - 2) La necesidad de que las partes conozcan todos los materiales de hecho y de derecho que puedan influir en la resolución judicial, con lo que no cabe la existencia de aportaciones de hechos realizadas por una parte que sean secretas para la otra, ni plantear cuestiones jurídicas sobre las que no exista la posibilidad de discutir.
- 2a.) Instrumento técnico: Además la contradicción es un eficaz instrumento técnico para lograr la aplicación exacta de la ley y la imparcialidad del juez; el enfrentamiento de dos partes que alegan de modo contrapuesto es el mejor sistema para lograr la verdad.
- c) Igualdad

Supone conceder a las partes de un proceso los mismos derechos, posibilidades y cargas, de modo tal que no quepa la existencia de privilegios ni en favor ni en contra de alguna de ellas. Así entendido el principio es consecuencia de aquel otro más general de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, pero el problema radica en que así como este general no ha pasado de ser enunciado teórico de las constituciones, el más concreto referido al proceso es sólo un principio no un hecho, es algo a lo que debe tenderse, no algo ya conseguido.

En una LEC redactada atendiendo a la ideología liberal propia de finales del siglo XIX, se parte claramente de la igualdad de las partes, pero desconoce la desigualdad real, no teniéndose normalmente en cuenta los condicionamientos sociales, culturales y económicos de las partes. La igualdad se mantiene teóricamente, pero no suelen ponerse los medios para que sea efectiva.

c. Las reglas específicas

Si con los principios se atiende a lo que es connatural al proceso, las reglas se refieren a lo que lo caracteriza dentro de varias opciones posibles y suponen, por tanto, una elección que efectúa un ordenamiento jurídico concreto. La primera alternativa se produce entre necesidad y oportunidad.

i) La oportunidad de acudir al proceso

El juego de los intereses públicos y privados hace que el proceso pueda presentarse bien como necesario, cuando se trata del penal, bien como simplemente oportuno, cuando se trata del civil.

a) Necesidad

El predominio de los intereses colectivos cuando se atiende a la imposición de las penas hace que:

- 1o.) La pena, la consecuencia del acto tipificado como delito, sólo puede ser impuesta por los tribunales y a través del proceso, no existiendo aplicación del derecho penal fuera del proceso.
- 2o.) En todos los casos en que exista un hecho aparentemente delictivo se ha de poner en marcha el instrumento procesal, existiendo o no persona privada que inste la incoación del mismo.

b) Oportunidad

Cuando lo que predomina es el interés privado, el de los individuos, su consecuencia es que:

- 1o.) Ante la perturbación de ese interés, el proceso no es el único sistema para su restauración, pues existen otros medios que no son los jurisdiccionales, y ello como consecuencia de que el derecho privado no lo aplican sólo, ni principalmente, los tribunales.
- 2o.) La iniciación del proceso queda a la voluntad de los particulares, siendo éstos los que deben decidir si es oportuno o no para mejor tutelar sus intereses el acudir a los tribunales

y al proceso; éste no se inicia nunca de oficio ni por el juez ni por el Ministerio Público.

En esta alternativa de necesidad y oportunidad, el ordenamiento español ha optado, en el proceso civil, por la segunda opción. Se parte, ya en la Constitución, del reconocimiento de la autonomía de la voluntad y de los derechos privados subjetivos, lo que presupone que los particulares son libres a la hora de establecer sus relaciones jurídicas en el marco del derecho civil y del mercantil y, más en general, del derecho privado; consecuencia de ello es que el particular determinará cuándo es conveniente instar la tutela judicial de sus intereses.

ii) La disposición del mismo

Tradicionalmente dentro del llamado principio dispositivo se han venido confundiendo dos cosas distintas. El proceso civil, en la concepción liberal-individualista del siglo XIX que informa la LEC, era "cosa de las partes" en un doble sentido: significaba, primero, que las partes tenían la disposición del objeto del proceso y, además, que esa disposición se extendía al proceso mismo en su configuración. Dicho de otra manera, este llamado principio ha venido incluyendo dos reglas distintas: la de la disposición en sentido estricto, es decir, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir a instar la tutela judicial y, en segundo lugar, la de la aportación de parte, por la que éstas tienen también el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y medios de prueba.

Partiendo de esa distinción la regla de la disposición sirve para determinar quién inicia el proceso y quién fija su objeto, y para dar una respuesta debe estarse a la naturaleza privada del derecho subjetivo que va a deducirse en el proceso. Si se considera que el pedir tutela judicial es una consecuencia lógica de la autonomía negocial reconocida a los particulares sobre su propia esfera jurídica, la regla de la disposición debe significar:

- 1o.) La actividad jurisdiccional sólo puede iniciarse ante petición de parte; el particular debe ser libre para medir el interés que le mueve a luchar por su derecho o a dejarlo ignorado.

- 2o.) La determinación del objeto del proceso ha de corresponder exclusivamente a las partes, éstas son las que deben decidir el contenido de lo que discuten en el proceso.
- 3o.) El juez, al resolver en su sentencia sobre lo discutido, ha de ser congruente con esto, no pudiendo pronunciarse sino sobre lo solicitado.
- 4o.) Si las partes son las únicas que pueden incoar la actividad jurisdiccional, pueden también ponerle fin, disponiendo del interés o intereses cuya tutela se pedía. Aparecen así los actos de disposición del proceso (el desistimiento) y del derecho material (renuncia, allanamiento y transacción).

Esta regla así configurada informa la LEC, sin perjuicio de que, primero, exista un proceso civil no dispositivo referido al estado civil y la condición de las personas en el que predomina el interés público y de ahí que el Ministerio Público sea parte en él, y, segundo, de que vayan matizándose ciertos casos de irrenunciabilidad de derechos y de ejercicio abusivo o antisocial.

iii) La aportación de parte

El paso siguiente en las consecuencias de la oportunidad ha de referirse a quién aporta al proceso los hechos y las pruebas que integrarán la fundamentación fáctica de la sentencia. En la alternativa de que lo haga el juez o las partes, la LEC opta decididamente por la segunda opción y ello se traduce en que:

- 1o.) Son las partes las que deben aportar los hechos al proceso por medio de los actos de alegación; el juez no tiene esta facultad (ni deber). La alegación por el actor de los hechos que fundamentan la pretensión (hechos constitutivos) sí son una manifestación de la regla de la disposición y, también lo es la alegación de los hechos excluyentes por el demandado. Todos los demás hechos, esto es, aquéllos que no conforman la pretensión ni la excluyen, también han de ser alegados por las partes, pero para que el juez los tenga en cuenta no es preciso distinguir cuál de ellas los ha alegado (regla de la adquisición procesal). Este segundo aspecto ya no es manifestación de la regla de la disposición, sino elemento propio de la regla de aportación de parte.

- 2o.) Sobre las partes recae la carga de la prueba de los hechos en un doble sentido: 1) De la parte ha de salir la iniciativa para pedir el recibimiento a prueba y para proponer medios concretos de prueba, y 2) La parte que alegó hechos y no los probó sufrirá las consecuencias en la sentencia, dado que el juez no podrá tener en cuenta los hechos no probados.

Estas son básicamente las consecuencias de la regla y en el proceso civil español se aplican sin fisuras, pues el juez carece de facultades para recibir el pleito a prueba y para ordenar medios concretos de prueba. Le resta sólo una posibilidad, que son las llamadas "diligencias para mejor proveer"; dentro del plazo para dictar sentencia el juez puede acordar de oficio medios de prueba, cuya finalidad no es suplir la negligencia probatoria de una de las partes, sino procurar despejar dudas que han quedado después de la práctica de las pruebas pedidas por las partes.

d. Control de los presupuestos procesales

Entendidos estos presupuestos como requisitos de admisibilidad, en el sentido de que condicionan la posibilidad de que pueda dictarse una sentencia que resuelva el tema de fondo planteado por las partes, parece que los mismos han de ser controlados de oficio por el juez, pero esto no es lo que venía sucediendo en la LEC. En ésta el control de las partes sobre el proceso era tal que el juez de oficio podía controlar muy pocos presupuestos procesales (especialmente su propia competencia objetiva y funcional), por lo que en ella existían más bien impedimentos procesales, que son aquellos que han de ser alegados por las partes para que el juez pueda extraer las consecuencias de su falta.

Ahora bien, la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma parcial de la LEC, ha venido a cambiar la situación respecto del juicio de menor cuantía. Es cierto que la doctrina sigue discutiendo sobre el alcance de la reforma en esta materia, pero estimamos que si la comparecencia obligatoria (o audiencia preliminar) que se ha introducido en ese juicio ha de servir para algo debe llegarse a la conclusión de que el juez ha de poder controlar de oficio los presupuestos procesales. A ello hay que añadir que ese control no debe tener ya una función simplemente negativa, como sería percatarse de la falta del presupuesto y acabar el proceso sin entrar a resolver

el fondo del asunto, sino que actuará positivamente, esto es, tendiendo a la subsanación del defecto cuando el presupuesto sea de los subsanables.

Con ello resta que en la LEC no existe un único sistema de control, debiendo distinguirse: En el juicio de mayor cuantía y en el verbal sigue en vigor el sistema anterior de control sólo a instancia de parte, mientras que en los juicios de menor cuantía y en el llamado de cognición puede y debe el juez controlar de oficio.²

e. El impulso de oficio

Una vez iniciado el proceso, siempre a petición de parte, aparece la alternativa entre el impulso de parte y el impulso de oficio; según el primero el proceso avanza a instancia de parte, pues son éstas las que deben solicitar del juez que declare terminada una fase procesal y que abra la siguiente; cuando rige el segundo el órgano jurisdiccional dicta las resoluciones precisas para hacer avanzar el proceso sin necesidad de petición de parte (bien entendido que se trata dentro de cada instancia o grado, pues el paso de la primera instancia a la apelación, por ejemplo, se efectuará siempre y sólo cuando lo pida una parte).

El impulso oficial rige hoy en todos los procesos españoles. Inicialmente en la LEC se estableció el impulso de parte, que era el tradicional, pero ya en virtud del r.d.l. de 2 de abril de 1924 se pasó al impulso de oficio en el proceso civil y hoy el artículo 307 LEC dispone: "Salvo que la Ley disponga otra cosa, el órgano jurisdiccional dará de oficio al proceso el curso que corresponda, dictando al efecto los proveídos necesarios". Después de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1 de julio de 1985 el impulso se ha atribuido concretamente al secretario judicial.

Debe tenerse en cuenta, con todo, que en el proceso civil el impulso oficial rige solamente en el proceso de declaración, no en el de ejecución. El único supuesto civil en el que la oficialidad ha llegado al proceso de ejecución es el de trabajo; en éste iniciada la ejecución a instancia de parte, el órgano jurisdiccional dictará todos los proveídos necesarios hasta el final.

² Véase *infra*, pp. 702-718.

f. La valoración mixta de la prueba

Entre el sistema de prueba legal, en el que la ley establece de manera abstracta el valor de cada prueba, y el de la prueba libre, en el que la valoración corresponde plenamente al juez, la LEC se inclinó por un sistema mixto, en el que hay que distinguir:

- a) La confesión con juramento (no existe confesión o interrogatorio formal de la parte) y la prueba documental tienen valor establecido en la ley. Dice así el artículo 1232 del c.c. que “la confesión hace prueba contra su autor”, el artículo 1218 del c.c. que “los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste” y “contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros”, y el artículo 1225 del c.c. que “el documento privado, reconocido legalmente, tendrá el mismo valor que la escritura pública entre los que lo hubiesen suscrito y sus causahabientes”.
- b) Todos los demás medios de prueba: peritos (que se considera verdadero medio de prueba, aunque la doctrina lo discute), testigos y reconocimiento judicial, se apreciarán conforme a “las reglas de la sana crítica”, expresión con la que no se pretende establecer un tercer sistema de valoración, entre el legal y el libre, sino simplemente destacar la racionalidad que debe estar en la base de la valoración de un juez.

En todo caso hay que advertir que en la práctica las reglas legales están desapareciendo, porque:

- 1o.) El Tribunal Supremo está desconociendo de hecho esa regla, llegando a afirmar que no existen unos medios de prueba más importantes de otros.
- 2o.) La jurisprudencia ha admitido la práctica de la apreciación conjunta de los medios de prueba, lo que significa que en el conjunto no cabe controlar qué valor se ha dado a cada medio.

3. Del procedimiento

a. La escritura como forma única

El procedimiento que se recibió en las *Partidas* en el siglo XIII era fundamentalmente escrito, y con ese carácter se ha mantenido desde entonces. Si en un principio se trataba de proteger a las partes *contra falsam assertionem iniqui iudicis* como decía la Decretal de 1216 de Inocencio III, su permanencia se ha debido a un acarreo acrítico de las concepciones del pasado. La LEC de 1881 está inmersa plenamente en la escritura y sus consecuencias.

Que los juicios de mayor y menor cuantía son escritos es algo evidente. Partiendo de la LEC y de la práctica ese carácter escrito llega a límites insospechados. Como dice Gómez Orbaneja "mayor predominio del principio escrito, sin duda, no se da hoy en ningún otro sistema. Hasta tal punto el legislador parte de la idea (casi instintiva) de que los actos procesales son 'escritos', que al hablar en general en el artículo 248 de 'actuaciones judiciales', lo da por sentado, limitándose este precepto a establecer que 'deberán escribirse en papel sellado'" (aunque esa clase de papel no exista ya para las actuaciones procesales).

La reforma de la LEC operada por la Ley 34/1984, de 6 de agosto, ha introducido en el juicio de menor cuantía, al que quiere convertir en el juicio tipo, un importante acto oral como es la comparecencia obligatoria, pero como contrapartida ha reforzado el carácter escrito de otros actos, como es el escrito de resumen de pruebas.

Pero la escritura debe reconocerse también en los otros dos juicios ordinarios. La LEC regula un llamado juicio verbal, que realmente de oral sólo tiene el nombre, pues en la práctica se reduce a que las partes "dicten" a los auxiliares del Juzgado las alegaciones que éstos transcriben, desde luego en ausencia del juez. El Decreto de 21 de noviembre de 1952 (levemente modificado por la Ley 34/1984) reguló un juicio llamado, incorrectamente, de cognición, sobre el cual en el momento de su aparición se discutió si se trataba de un juicio dominado por la oralidad o por la escritura, resultando a la postre la discusión bizantina, pues se ha convertido de hecho en el procedimiento más escrito de nuestro sistema, al ser sus notas características la lectura de alegaciones, su copia por los auxiliares y la ausencia del juez.

b. La mediación

La escritura implica mediación, esto es, que entre el juez y las pruebas, principalmente, existe algún elemento interpuesto, por lo que el juez que ha de dictar sentencia no ha de haber presenciado la práctica de las pruebas. Esto es lo que ocurre en el proceso civil español, aunque a ello se pueda llegar de dos maneras distintas:

- a) En ocasiones, a pesar de que el procedimiento sea escrito, la ley dispone que en la práctica de las pruebas exista inmediación. Este es el modo de practicar las pruebas en la LEC; toda ella está partiendo de la base de que las pruebas se practican ante el juez. Con todo, a pesar de lo dispuesto legalmente, la inmediación no se consigue porque:
 - 1o. En la LEC no se asegura que el juez que ha presenciado la práctica de las pruebas será el que haya de dictar la sentencia; antes al contrario, se acepta con todas sus consecuencias la posibilidad del cambio de juez a lo largo del procedimiento; posibilidad que no es remota sino de realidad diaria.
 - 2o. La disposición legal de que las pruebas se practiquen ante el juez es incumplida normalmente de hecho. Las razones de este incumplimiento son varias; generalmente se achaca al exceso de trabajo en los tribunales, pero también hay que tener en cuenta que en un procedimiento escrito el juez no está interesado en la prueba, dado que no sabe si él será el que dicte la sentencia. Con todo hay que decir que en los últimos años algunos jueces están haciendo un gran esfuerzo para realizar las pruebas personalmente, pero la finalidad perseguida no es la inmediación real, sino sólo el cumplimiento de un deber.
- b) En otros casos, la inmediación está excluida por expresa disposición legal, bien porque la ley permite que la prueba la practique juez distinto del que realiza el proceso, bien porque la prueba es realizada por uno solo de los magistrados que integran el tribunal sentenciador.

c. Dispersión, preclusión y eventualidad

La alternativa de la concentración es la dispersión en el tiempo de los actos procesales. Frente al acto único y concentrado del procedimiento oral, el procedimiento escrito exige que se establezcan una serie de lapsos de tiempo para que cada parte realice el correspondiente escrito y se comuniquen a la otra parte, y lo mismo cabe decir de las resoluciones del juez. El procedimiento se dispersa así en fases o tiempos. En el proceso común, Jacobo de las Leyes distinguía nueve tiempos y hoy en el juicio de mayor cuantía Francisco Becña registraba ocho de ellos.

La dispersión de los actos procesales en el tiempo exige, para que aquéllos se desarrollen ordenadamente, que se establezca legalmente un orden de sucesión en los mismos, lo que conduce a la preclusión y a la eventualidad.

La preclusión significa que dentro de las distintas fases o tiempos del procedimiento se ha de realizar un acto concreto con contenido determinado, de tal manera que si la parte no lo realiza oportunamente pierde la posibilidad de realizarlo. Así la ley marca, por ejemplo, un plazo para contestar a la demanda, y si el demandado no aprovecha la posibilidad que le concede la ley, no podrá ya realizar las alegaciones propias de la contestación de la demanda.

Es evidente que una cierta preclusión ha de encontrarse en todos los procedimientos, sean cuales fueren las reglas básicas que los informen, pero en el procedimiento escrito la preclusión es el sistema que hace avanzar el proceso con cierto orden. La preclusión, más el impulso de oficio, hace que los procedimientos, una vez puestos en marcha por la parte, lleguen a su final. Se comprende así que el artículo 306 de la LEC disponga que "transcurrido un plazo procesal se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate".

Naturalmente, la preclusión opera frente a las partes, no frente al órgano jurisdiccional. Si las partes tienen un plazo para proponer prueba y dentro de él no la proponen, el secretario judicial impulsará formalmente el procedimiento haciéndolo pasar a la fase siguiente, en la que ya no podrá hacerse la proposición de medios de prueba. Por el contrario, si la ley concede al juez un plazo para dictar sentencia, el transcurso del mismo no supone preclusión del deber de dictarla; el incumplimiento de los plazos para el juez, y las demás personas que integran el órgano judicial, supone sólo nacimiento de responsabilidad.

Dividido el procedimiento en fases rígidas destinadas a la realización de actos de contenido y forma predeterminados, y habida cuenta de la preclusión, aparece necesario que las partes acumulen todos los medios de defensa de que dispongan en cada una de ellas. Es lo que se llama regla de la acumulación eventual o eventualidad. Esta es la razón de que en el juicio de menor cuantía el demandado tenga que incluir en la contestación de la demanda todo lo que pueda alegar; la alegación que no realice en ese momento no podrá ya hacerla en momento posterior.

d. La constitucionalización de la oralidad

El tema de la oralidad *versus* escritura puede seguir discutiéndose por la doctrina a nivel teórico, pero en España esa discusión carece ya de sentido real. El artículo 120.2 constitucional dispone que "el procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal". Está abierta, naturalmente, la crítica de la norma constitucional, pero no su cumplimiento.

Y sin embargo, el mandato constitucional se está incumpliendo. No se trata ya de que no se ha sustituido la LEC por otra con predominio de la oralidad, sino de que los procesos especiales que se han ido creando después de 1978 siguen decantándose por la escritura. Este es el caso, por ejemplo, de los procesos matrimoniales, regulados en la Ley de 7 de julio de 1981, o de la Ley de Arrendamientos Rústicos de 31 de diciembre de 1980 y, sobre todo, y aquí el contrasentido puede parecer absurdo, los procedimientos de la Ley de 3 de octubre de 1979, orgánica del Tribunal Constitucional. Este Tribunal declara la inconstitucionalidad de las leyes a través de un procedimiento totalmente escrito, esto es, inconstitucional, y ampara los derechos y libertades también en un procedimiento inconstitucional. La Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma de la LEC, no ha supuesto adecuación de ésta a la Constitución.

Llevamos en España, en algunos procesos, una tradición casi milenaria de escritura, de la que están imbuidos los jueces y los abogados, por lo que el cambio a la oralidad suscita resistencias muy fuertes. Esas resistencias están impidiendo la sustitución de la LEC de 1881 por otra que responda a concepciones doctrinales y prácticas, por lo menos, no medievales.

III. LOS ELEMENTOS DE LA RELACIÓN PROCESAL

1. *Los sujetos del proceso*

a. El juez

i) Los órganos judiciales del orden civil

La organización judicial española quedó nuevamente configurada en la Ley 6/1985, de 1 de julio, orgánica del Poder Judicial, y del conjunto de órganos que en ella se regulan tienen competencia en materia civil:

a) Juzgados de Paz

Existen en todas las poblaciones donde no haya otro órgano judicial y el titular de la jurisdicción, el Juez de Paz, es elegido por el pleno del Ayuntamiento y para el plazo de cuatro años. Su competencia civil se extiende sólo a los juicios verbales de cuantía no superior a 5 mil pesetas.

b) Juzgados de Primera Instancia

Es el órgano judicial unipersonal que cabe calificar de tradicional, extendiendo su competencia a un partido judicial, de los que existen 422, aunque en muchos partidos hay más de un Juzgado, designándose por numeración cardinal. A su frente está el Juez de Primera Instancia, juez técnico, que pertenece a la carrera judicial. Su competencia civil hace que se le considere el órgano ordinario por excelencia, pues conoce de todos los asuntos civiles en primera instancia, sin límite de cuantía.

c) Audiencias provinciales

Se trata de órgano colegiado, con base territorial que se extiende a la provincia, por lo que existen 51. Funciona con dos magistrados y un presidente, aunque en muchas provincias se divide en secciones. Conoce de los recursos de apelación contra las resoluciones dictadas por los Juzgados de Primera Instancia.

d) Sala I del Tribunal Supremo

Naturalmente el Tribunal Supremo es único y en materia civil conoce su Sala I o de lo Civil, que actúa con cuatro magistrados y el presidente. Su competencia básica son los recursos de casación.

Cuando el derecho aplicado en el proceso es el civil especial o "foral" propio de una comunidad autónoma, el conocimiento de la casación se atribuye a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de esa comunidad.

ii) La atribución de competencia

La determinación de la competencia de un órgano judicial del orden civil exige una serie de reglas que pueden formularse muy en síntesis de esta manera:

- a) Con relación a la competencia judicial internacional la LOPJ de 1985 ha tomado como modelo el Convenio de Bruselas de 1968 por lo que bastará remitirse a éste, si bien teniendo en cuenta su actualización por el Convenio de San Sebastián de 1989.
- b) Dentro ya de la jurisdicción española, la LOPJ de 1985 configura al orden civil como ordinario atribuyéndole competencia para conocer de todas las materias que le son propias (debiendo entenderse derecho privado) y de todas las que no estén atribuidas a otro orden judicial.
- c) Determinado ya que son competentes los órganos del orden civil, el paso siguiente es repartir la competencia entre ellos, lo que se efectúa atendiendo a los criterios tradicionales:
 - 1o.) En el objetivo la ley atiende para fijarlo a dos posibilidades que se refieren a la materia sobre la que verse el litigio y a la cuantía o valor económico del bien litigioso, de modo tal que la primera prevalece siempre sobre la segunda:
 - Por la materia debe partirse de la regla general de que los Juzgados de Primera Instancia conocerán, en esa instancia, de todos los juicios que no vengan atribuidos expresamente por la ley a otro órgano, con lo que ese Juzgado es el ordinario por excelencia (las excepciones son muy pocas).

- Por la cuantía la LEC opera de un modo propio; primero fija cómo se determina la cuantía, estableciendo las reglas oportunas, luego establece cuatro juicios ordinarios por la cuantía y, por último, atribuye esos juicios bien a los Juzgados de Paz bien a los Juzgados de Primera Instancia.
- 2o.) En el criterio funcional se atiende a las diversas etapas de que se compone un proceso, a sus instancias, incidencias y ejecución. La regla general es simple: el órgano de la primera instancia conocerá de todas las incidencias y de la ejecución; esta fijación determina automáticamente quién conoce de la apelación (qué Audiencia) y quién de la casación (el Tribunal Supremo o qué Tribunal Superior)
- 3o.) En el criterio territorial la LEC quiere que sea juez competente, en primer lugar, aquél al que las partes se sometan expresa o tácitamente y, sólo después, no existiendo sumisión, entran en juego los llamados fueros legales que, en general, son:
- Acciones personales: El juez del lugar del cumplimiento de la obligación y, si no se conoce éste, el juez del domicilio del demandado o el del lugar del contrato si en él puede hacerse el emplazamiento, a elección del actor.
 - Acciones reales: Si se trata de bienes inmuebles es siempre competente el juez del lugar en que se encuentre la cosa litigiosa, y si se trata de bienes muebles, a elección del actor, el juez del lugar en que se halle o el del domicilio del demandado.
 - Acciones mixtas: El juez del lugar en que se hallen las cosas o el del domicilio del demandado, a elección del actor.

El juez, de oficio, debe controlar el cumplimiento de las reglas de competencia internacional, de las relativas al orden judicial, de las objetivas y de las funcionales, pero no las reglas de competencia territorial, que quedan a la alegación de la parte.

b. Las partes

i) Capacidad y legitimación

Pocas materias están tan huérfanas de regulación en la LEC como la relativa a las partes, pues a ella se dedica realmente un sólo artículo; la segunda parte, obviamente, es la persona o personas que insta la tutela judicial (o que interpone la pretensión) y la persona o personas frente a quien se insta (o contra la que se interpone la pretensión). Desde esta perspectiva, tercero es simplemente quien no es parte. Para nosotros no existen figuras intermedias; se es o no se es parte.

a) Capacidad para ser parte

La determinación de quién puede ser parte exige distinguir entre:

- 1o.) Personas físicas: Todo hombre es persona y, por tanto, puede ser parte desde su nacimiento hasta su muerte. Esta capacidad no es concedida por la ley, sino simplemente reconocida.
- 2o.) Personas jurídicas: Estas realidades sociales, a las que la ley admite como individualidades de imputación de derechos y de obligaciones, también pueden ser parte, pero en este caso la capacidad se la concede la norma, la cual puede fijar los requisitos.

b) Capacidad procesal

Una cosa es decir quién puede ser parte y otra determinar quién puede actuar en el proceso. También aquí debe distinguirse:

- 1o.) Personas físicas: Sólo pueden comparecer en juicio los que estén en el pleno ejercicio de los derechos civiles, con lo que el artículo 2 LEC está efectuando una remisión al Código Civil; por los menores de edad y por los incapacitados comparecerán sus representantes legítimos, que también se determinan en el Código Civil.
- 2o.) Personas jurídicas: Estos entes no presentan problemas de incapacidad; si la tienen reconocida pueden ser parte, actuando por ellos quienes fijen su voluntad conforme a la ley o los estatutos.

Los verdaderos problemas de la capacidad se refieren a una serie de entes intermedios, que no llegan a tener la consideración de persona jurídica. Nos referimos a las comunidades de bienes (los copropietarios de una casa dividida en apartamentos), las uniones sin personalidad (la Comisión organizadora del Congreso de Derecho Procesal), las sociedades irregulares (las que no cumplen los requisitos legales), los patrimonios autónomos (la herencia yacente), a todos los cuales la jurisprudencia española ha ido paulatinamente reconociéndoles capacidad. El último caso es el de los "grupos afectados", a los que la LOPJ reconoce legitimación para la defensa de intereses colectivos.

c) Legitimación

Establecido quién puede ser parte en general, el paso siguiente es determinar quién debe serlo en un proceso concreto, y a ello atiende la legitimación. Sobre ella las opiniones van desde quien afirma que es una noción superflua hasta la mayoritaria que estima que se confunde con el tema de fondo debatido en el proceso. En nuestra opinión tiene carácter procesal y en ocasiones puede ser tratada *in limine litis*.

Hay que distinguir, primero, entre titularidad activa o pasiva de la relación jurídico material que se deduce en el proceso, que se regula por normas de derecho material, y titularidad de la posición habilitante para formular la pretensión (activa) y para que contra él se formule (pasiva) en condiciones de que sea examinada por el juez en el fondo, que se regula por normas procesales. Esta posición habilitante puede ser:

- 1o.) Ordinaria: La legitimación activa existe simplemente cuando el actor afirma su titularidad del derecho subjetivo material y la legitimación pasiva cuando se imputa al demandado la titularidad de la obligación. No se trata de ser o no titulares, que es tema de fondo, sino sólo de que se realiza la imputación activa o pasiva. En el derecho privado, basado en la autonomía de la voluntad y en la libre disposición, el único que puede formular la pretensión es quien afirme que es titular activo de la relación jurídico material; si esa afirmación no se realiza no existe legitimación.
- 2o.) Extraordinaria: En ocasiones la ley procesal admite la posibilidad de que se interponga la pretensión sin necesidad de

realizar la afirmación anterior, y entonces estamos ante una legitimación extraordinaria que ha de ser establecida expresamente en la ley. El caso más conocido es el de la sustitución procesal, en el que se permite que el sustituto actúe en nombre propio, en una relación procesal propia, pero afirmando derechos subjetivos ajenos, como son los supuestos de la acción subrogatoria y de la acción directa del perjudicado contra el asegurador.

ii) Pluralidad de partes

La LEC presupone que el proceso se entabla entre un actor y un demandado y desconoce los casos en que puede aparecer más de una parte en la posición activa y/o pasiva. Estamos ante un proceso único con pluralidad de partes cuando dos o más personas se constituyen en él como actor y/o como demandado, estando legitimadas para interponer u oponerse a una pretensión (originadora de un único proceso), de modo tal que el juez ha de dictar una única sentencia, en la que se contendrá un único pronunciamiento, el cual afectará a todas las partes de modo directo o reflejo.

El proceso único con pluralidad de partes es consecuencia de los supuestos de legitimación plural, esto es, de aquellos en los que la ley o la propia naturaleza de las relaciones jurídico materiales permite u obliga a que en un proceso, para que quede bien constituido, más de una persona pueden o deben afirmar su titularidad de la posición habilitante para formular la pretensión y/o contra más de una persona puede o debe formularse. Lo determinante es siempre la legitimación y se trata de comprender que no siempre está legitimada una única persona de modo activo y/o pasivo.

El proceso único con pluralidad de partes puede entonces ser:

- a) Necesario, como ocurre en el litisconsorcio necesario, que es el caso más claro de legitimación plural, y así piénsese en la pretensión de nulidad de un negocio jurídico realizado por más de dos personas.
- b) Eventual, caso en el que la legitimación puede ser:
 - 1o.) Ordinaria, dando lugar al litisconsorcio cuasi-necesario, cuyo supuesto más destacado es el de las obligaciones solidarias, o bien a la intervención litisconsorcial, en el que la pluralidad se produce porque un tercero, no parte

hasta entonces, se incorpora al proceso porque está legitimado de modo ordinario.

- 2o.) Extraordinaria, que es el supuesto de la intervención adhesiva simple, en la que un tercero se incorpora a un proceso en el que está debatiéndose una relación jurídico material de la que él no es titular, pero sí lo es de otra relación de la que la primera es condicionante o prejudicial.

c. Abogado y procurador

Todos los ordenamientos jurídicos han de cuestionarse si las partes podrán o no actuar realmente por sí mismas o si, por el contrario, es conveniente que se realicen los actos procesales por medio de una persona técnica que dé forma jurídica a las aspiraciones de aquéllas. En este dilema, el ordenamiento español se inclina decididamente por la segunda solución, con lo que aparece la llamada postulación procesal. Lo grave de nuestro sistema es que esa postulación no se confía a un solo técnico sino a dos:

a) Defensa técnica a cargo del abogado

El abogado, en cuanto profesional que asume la dirección y defensa técnica de la parte en el proceso, con obligación de estar incorporado a un Colegio, se concibe en la LEC con carácter necesario, hasta el extremo de que sólo en los juicios verbales las partes pueden actuar por sí mismas.

b) Representación procesal mediante el procurador

El abogado es defensor pero no representante de la parte. La representación procesal ha de confiarse a otro profesional técnico, el procurador, al cual se atribuye en exclusiva esta función, otorgándose la representación por medio del "poder". Esta palabra, "poder", designa tanto la declaración de voluntad que hace el poderdante, como el documento en que aquélla se recoge.

La actuación del procurador es necesaria en casi todos los procesos, excluyéndose su obligatoriedad principalmente en los juicios verbales y de cognición y en algunos especiales (muy pocos). De aquí se deriva que el poder es uno de los documentos esenciales en el

proceso civil, pudiendo constar bien en escritura pública notarial, bien en diligencia realizada por el secretario judicial.

Es curioso que la designación de abogado no presente problemas, dado que el juez debe entender que aquél actúa por su cliente por el mero hecho de firmar los escritos o de concurrir a los actos orales, mientras que la designación de procurador sí los presenta, debiendo distinguirse entre inexistencia del poder, ilegalidad e insuficiencia del mismo, con complejas actuaciones procesales para establecer su corrección.

2. *El objeto del proceso*

a. La pretensión procesal

La determinación de cuál es el objeto del proceso cumple finalidades muy distintas, pues es determinante de aspectos como la atribución de competencia, la transformación de la demanda, la posibilidad de acumular y, especialmente, sirve para determinar sobre lo que versan la litispendencia y la cosa juzgada. Sin embargo, cuando se habla del objeto se está pensando básicamente en lo que ha sido deducido en un proceso, la materia sobre la que éste versa, sobre todo con el fin de identificarlo o distinguirlo, lo que puede diferenciarlo de otros posibles procesos.

Atendiendo, pues, a esa función identificadora, creemos que la noción de pretensión procesal responde adecuadamente a la misma. Por pretensión entendemos la petición fundada que se dirige a un juez, frente a otra persona, sobre un bien. Nos referimos después a los elementos objetivos, que son los que fijan el objeto del proceso, pero en general la pretensión se integra por:

- 1o.) Es una declaración de voluntad, pero no cualquiera de las muchas que se hacen en un proceso, sino precisamente aquella que atiende a un bien de la vida.
- 2o.) Es una petición fundada, esto es, una petición que invoca un fundamento o acontecimientos de la vida, como veremos.
- 3o.) No es un acto procesal, es decir, no es una actividad que se desarrolla en un momento determinado en el tiempo; la pretensión puede ser el contenido de uno o varios actos, pero de ella lo importante no es su posible apariencia externa, sino su naturaleza de petición.

- 4o.) No es un derecho, pues no existe el derecho de pretender; no es algo que se tiene o no, sino algo que se realiza.
- 5o.) Se dirige al órgano judicial y en ella se reclama una actuación de éste, actuación que según su naturaleza determina la clase de pretensión interpuesta: declaración, ejecución y cautela.
- 6o.) Se interpone frente a otra persona, es decir, frente a persona distinta del sujeto activo, la cual debe estar determinada o ser, al menos, determinable.

Esta pretensión procesal se introduce en el proceso por el actor mediante actos procesales cuyo tiempo y forma dependen de las diversas regulaciones procesales. Frente a la pretensión el demandado opondrá la resistencia, pero ésta no introduce un nuevo objeto procesal, aunque pueda determinar una reducción (nunca una ampliación) del ámbito de lo pedido (por eso la reconvencción no es una resistencia sino la interposición de una segunda pretensión que se acumula a la primera).³

b. La identificación del objeto

Si de la definición de la pretensión dejamos a un lado los elementos subjetivos, resultará que los elementos identificadores del objeto del proceso son la petición y su fundamentación; en términos del artículo 1252 c.c., la "cosa" y la "causa" o, más técnicamente, lo que se pide y la causa de pedir.

i) La petición

En ella hay que distinguir para lograr alguna claridad entre:

- a) Un objeto *inmediato* consistente en una cierta clase de actuación jurisdiccional que atiende a la clase de tutela jurisdiccional prevista por el ordenamiento y que el juez puede conceder. En el proceso de declaración esas clases son: 1) Condena: Se pide al juez una declaración de la que arranque el derecho a obtener una prestación del demandado, al que se ordena cumplir la obligación, constituyendo un título ejecutivo; 2) Constitución: Lo que se pide al juez es la creación, modificación o extinción de una relación jurídica, es decir, un cambio sobre

³ Véase *infra*, p. 703, inciso i).

la situación existente, y 3) Mera declaración: Se pide una declaración, sin más, sobre la existencia o inexistencia de una relación jurídica, aunque con efectos de cosa juzgada.

- b) Un objeto *mediato* de modo que la tutela jurisdiccional ha de referirse a un bien jurídico. Ese bien es evidente cuando se trata de las pretensiones de condena, pues consiste en una prestación en el sentido del derecho privado, que puede consistir en hacer, no hacer, dar cosa específica o genérica y especialmente dinero, pero también aparece claro en las otras, en las pretensiones declarativas puras y en las constitutivas, consistiendo en la situación o relación jurídica, estado jurídico o algún elemento de las anteriores, o en el negocio o acto jurídico, sobre los cuales se pide tanto la declaración de existencia o inexistencia o naturaleza como la creación, modificación o extinción.

ii) La causa de pedir

La "causa" es un conjunto de hechos en el que se funda la petición, lo que supone que quedan excluidas las normas o reglas jurídicas, los argumentos e incluso los medios de prueba. Ha de tratarse de hechos históricos que, además, sean jurídicamente trascendentes; es decir, de acontecimientos concretos de la vida que sirvan para distinguir realidades a las que se vinculan consecuencias jurídicas. Incluso dentro de esos hechos es necesario distinguir:

- 1o.) Los hechos constitutivos, que son aquéllos que conforman el supuesto fáctico de la norma cuya alegación hace el actor como base de la consecuencia jurídica que pide; esto es, el conjunto de hechos necesarios y suficientes que, si son alegados y probados, conducirán a la estimación de la pretensión por el juzgador.
- 2o.) Los hechos que identifican la pretensión del actor, el objeto del proceso, que son sólo una parte de los anteriores y que no se refieren a la estimación de la pretensión por el juez, sino simplemente a su distinción de otras posibles pretensiones.

Partiendo de este esquema general de la causa de pedir, hay que referirla a las tres clases de pretensiones declarativas:

a) Condena

Dentro de ella habrá de distinguirse: 1) Si la pretensión se basa en un derecho de obligación la causa de pedir serán los hechos concretos que dan lugar al nacimiento del derecho subjetivo, y 2) Si la pretensión se ampara en un derecho real la causa es la titularidad actual del derecho y la cosa, no identificando la pretensión los hechos que originaron el nacimiento y adquisición del derecho, aunque sólo quepa probar la existencia del derecho real con relación a un título de adquisición; si bien éste no identifica la causa, sí servirá para integrar los hechos constitutivos.

b) Constitución

La causa la integran el conjunto de hechos al que la norma vincula el efecto de creación, modificación o extinción. El aspecto más interesante se refiere a la pretensión constitutiva de extinción; por ejemplo, la extinción del contrato va unida a la concurrencia de una serie de causas legales, y cada uno de los conjuntos fácticos base de cada una de esas causas integra una diferente causa de pedir; resulta así que una misma petición de extinción, alegándose dos o más causas en la demanda única, supone acumulación de pretensiones, que nada impide alegar la misma petición en varias demandas distintas pero simultáneas alegándose en cada una de ellas una causa legal diferente, y que es posible formular la misma petición en demandas sucesivas fundándolas en distintas causas, sin que queda alegar ni litispendencia ni cosa juzgada.

c) Mera declaración

Esta puede ser de carácter positivo, cuando se pide la declaración de la existencia de la relación jurídica o que tiene un contenido determinado, y entonces deben alegarse los hechos que la hicieron nacer y en tales condiciones, o un contenido negativo, si se pide la declaración de inexistencia o nulidad de la relación; en este segundo supuesto la inexistencia o la nulidad puede deberse a varias causas legales y cada una de ellas o, mejor, el supuesto fáctico de cada una de ellas, constituye una causa de pedir diferente.

c. La pluralidad de objetos procesales: la acumulación

En ocasiones puede parecer que, al existir más de dos personas en una actuación judicial, se está ante el caso del proceso único con pluralidad de partes cuando, en realidad, acontece un fenómeno muy distinto al que se denomina acumulación de procesos.

Partiendo de la base de que toda pretensión da origen a un proceso, existiendo tantos procesos como pretensiones, y de que un solo procedimiento judicial puede ser la envoltura externa de dos o más procesos, la acumulación es un fenómeno, basado en la conexión de las pretensiones y cuyo fundamento se encuentra en la economía procesal, por el cual dos o más pretensiones (originadoras de dos o más procesos) son examinadas en un mismo procedimiento judicial y decididas en una única sentencia en sentido formal, aunque en ella habrán de contenerse tantos pronunciamientos como pretensiones.

El por qué de este fenómeno debe buscarse en algo muy distinto a la legitimación plural. En la acumulación el origen se encuentra en la conexión existente entre pretensiones, es decir, en la identidad de alguno o algunos de dos o más pretensiones; partiendo de esa conexión, la acumulación sirve: 1) Para evitar decisiones contradictorias, tanto en sentido estricto, esto es, en las resoluciones judiciales, como en sentido amplio que comprende también las declaraciones sobre existencia o inexistencia de hechos que pueden efectuarse en dos sentencias, y 2) Para lograr economía procesal, en cuanto dos pretensiones y dos procesos se conocen y resuelven en un procedimiento único.

En la acumulación se comprenden figuras muy variadas que se clasifican atendiendo a dos criterios: 1) Su carácter meramente objetivo (varias pretensiones pero sólo dos partes) u objetivo-subjetivo (varias pretensiones y más de dos partes), y 2) El momento en que se produce, y así resulta:

- a) Acumulación objetiva, que puede ser: 1) Inicial, que es la denominada en la LEC acumulación de acciones, y 2) Sucesiva, que puede ser: A) Por inserción, en donde se incluyen la ampliación de la demanda por el actor y la reconvencción del demandado, y B) Por reunión, que es la llamada acumulación de autos cuando son dos solamente las partes.
- b) Acumulación subjetivo-objetiva, que puede ser: 1) Inicial, en que se resuelve el mal llamado litisconsorcio voluntario, y 2)

Sucesiva, que se distingue en: A) Por inserción, caso de la intervención principal y de las intervenciones provocadas, y B) Por reunión, caso de la acumulación de autos cuando las partes de cada proceso acumulado son distintas.

De todo este conjunto de figuras la LEC no atiende a los supuestos de intervención, que han sido elaborados por la doctrina y la jurisprudencia.

3. *Los actos procesales*

a. El acto procesal: sus requisitos

Los conceptos de hecho y de acto procesal provienen, obviamente, de la teoría general del derecho, y por ello nos limitamos a decir que:

- a) El hecho procesal es el hecho jurídico que tiene efectos o consecuencias asimismo jurídicas en el proceso. La LEC no contiene una regulación general del mismo, sino que atiende caso por caso a algunos de ellos (muerte de la parte, enfermedad del abogado, etcétera).
- b) El acto procesal es el acto jurídico de las partes o del órgano judicial (principalmente) por el cual el proceso se va realizando, recayendo sus efectos de modo directo en el proceso. Manejando un concepto estricto no es acto procesal aquél que produce consecuencias indirectas en el proceso.

Partiendo de esas nociones elementales hay que aclarar que por requisitos de los actos procesales entendemos aquellos componentes de los mismos, establecidos en la ley, a los que debe ajustarse la realización en concreto de los actos para que produzcan sus efectos normales; y que esos requisitos pueden ser específicos, o propios de cada acto en particular, y generales, que pueden referirse a todos. Naturalmente para los requisitos específicos debe estarse a la regulación de cada acto en concreto, pero respecto de los generales pueden destacarse los más importantes:

- 1o.) Forma, entendida como la apariencia externa que ha de revestir el acto para ser eficaz, el modo como se manifiesta al

exterior, puede ser oral o escrita y ya hemos dicho⁴ que la LEC tiende a la realización de los actos por escrito. En uno y otro caso el idioma a utilizar es el español, sin perjuicio de que:

- En los órganos judiciales radicados en comunidad autónoma con lengua oficial propia cabe su utilización distinguiendo entre: el órgano judicial puede utilizarla salvo que una parte se oponga, alegando desconocimiento, y las partes pueden utilizarla en todo caso pero la otra parte puede exigir traducción.
- El uso de idioma extranjero nunca es una facultad, sino una imposibilidad de uso de lengua oficial que exige traducción.

2o.) Tiempo, que es relevante como marco en el que se insertan los actos, los cuales han de realizarse en días y horas hábiles, y como orden de realización de los actos, distinguiéndose entre término (que es un momento en el tiempo en el que ha de realizarse el acto) y plazo (que es un lapso de tiempo en el que puede realizarse el acto). Ahora en la LEC todos los plazos son perentorios e improrrogables, y para el cómputo de los mismos no se tienen en cuenta los días festivos, que son inhábiles ni en agosto, que todo él se ha declarado inhábil.

b. Ineficacia de los actos procesales

La ineficacia del acto procesal es la falta de producción de sus efectos jurídicos normales y la posibilidad de privarle de ellos, por no cumplirse los requisitos propios del acto. Si no está clara aún una teoría general de los requisitos de los actos, es lógico que falte, con mejores razones, claridad en el aspecto de la ineficacia. En la LEC no existen unas reglas ordenadas de ésta y a ello ha atendido últimamente la LOPJ, aunque con falta de sistema.

En la doctrina se ha venido distinguiendo entre inexistencia, nulidad absoluta y anulabilidad, aunque la primera figura no es admitida unánimemente. La nulidad absoluta se deriva de vicios que afectan a requisitos esenciales del acto, de tal índole que deben ser

4 Véase *supra*, pp. 666-669.

controlados de oficio por el juez; el problema básico ha sido tradicionalmente el de si la cosa juzgada subsana o no incluso las nulidades absolutas, y la jurisprudencia ha venido respondiendo que, terminado el proceso, no cabe intentar la declaración de nulidad ni en el mismo proceso ni en otro posterior. La anulabilidad se deriva del incumplimiento de requisitos del acto sobre los que las partes tienen facultad de disposición, por lo que el juez no puede declararla de oficio, siendo necesaria petición de parte.

De los artículos 238 a 243 de la LOPJ cabe identificar tres supuestos de ineficacia:

- a) Determinan nulidad absoluta de los actos del órgano jurisdiccional la falta de jurisdicción, de competencia objetiva y funcional, la violencia o intimidación, el incumplimiento total de las normas esenciales del procedimiento, la infracción de los principios de audiencia y defensa, siempre que produzcan indefensión, y la infracción de requisitos de forma cuando el acto no pueda alcanzar su fin o se produzca indefensión.
- b) Puede determinar nulidad o anulabilidad la infracción del requisito del tiempo, según sea esencial o no esté regulado en cada caso.
- c) Son anulables los actos de parte que carezcan de los requisitos legales, pero al mismo tiempo esos actos pueden ser nulos si incumplen requisitos de forma que les impiden alcanzar su fin o determinan indefensión.

Como puede verse es un maremagno que se complica aún más cuando se atiende a los modos para hacer valer la ineficacia: 1) El control de oficio, aplicable a los casos de nulidad absoluta, pero teniendo en cuenta que después de la sentencia no cabe que el mismo la declare (Trib. Const. 15-XI-1990, núm. 185); 2) Los medios de impugnación que prevén las leyes, y 3) Los demás medios que establezcan las leyes procesales, con lo que se efectúa una remisión a todos los cauces de tramitación específica.

c. Clases de actos procesales

Los criterios de clasificación de los actos son variadísimos; nosotros vamos a atender al sujeto que los realiza, advirtiendo que los actos de las partes son de tal variedad que en realidad no existe

una enumeración sino una clasificación, en la que suele seguirse por la doctrina española a Goldschmidt, distinguiendo entre actos destinados a obtener una resolución judicial (peticiones, alegaciones, aportaciones de prueba y conclusiones) y actos creadores de situaciones procesales o de causación. Atenderemos, pues, a:

i) Actos del juez

Nos referimos a los que realiza el titular de la potestad jurisdiccional, que puede ser un juez único o un colegio de magistrados. De esos actos los más trascendentes son las resoluciones, que pueden ser:

a) Providencias

Son las resoluciones que reserva la ley para la ordenación procesal de menor complejidad y trascendencia, no precisándose que sean motivadas. Su contenido se limita a la expresión de lo mandado, el juez o tribunal que la dicta, la fecha y la firma o rúbrica del juez o presidente, además de la fe pública del secretario.

b) Autos

Para la determinación de qué resoluciones ha de adoptar la forma de auto la LEC realiza, primero, una enumeración poco esclarecedora y, luego, dice que se resolverán por auto los incidentes; en general, pues, se trata de resoluciones de ordenación que versan sobre las cuestiones trascendentes por suponer una decisión entre varias soluciones posibles, debiendo ser motivadas. Por ello su contenido se referirá al juez o tribunal que lo dicta, a la fecha, a los hechos, a los razonamientos jurídicos y a la parte dispositiva, debiendo firmarlo el juez o todos los magistrados del colegio, con la fe pública del secretario.

c) Sentencias

Han de tener la forma de sentencia las resoluciones que decidan definitivamente un pleito en cualquiera de sus instancias o recursos y también cuando se ordene expresamente por la ley. En materia civil las sentencias han de ser siempre escritas integrándose por: 1)

Encabezamiento, con expresión del lugar, fecha, juez o magistrados que la dictan (con expresión del ponente), identificación de las partes y enunciación del objeto del proceso; 2) Antecedentes de hecho en párrafos separados y numerados; 3) Fundamentos de derecho, con la misma distinción en párrafos separados y numerados, y 4) Fallo o parte dispositiva.

ii) Actos del secretario

El secretario judicial ha ido adquiriendo una importancia creciente en el proceso español, asumiendo funciones de dirección formal del proceso. Básicamente sus actos se refieren a:

a) Actos de documentación

El secretario tiene la fe pública judicial y con base en ella: 1) Autoriza con su firma las providencias y autos que se dictan ante él, pero no por él; 2) Redacta las actas (que documentan la realización de un acto), las diligencias (que pueden ser de constancia, de ordenación, de comunicación y de ejecución) y las notas (que son de referencia, de resumen de actuaciones y de examen de trámites), y 3) Expide las copias y testimonios de las actuaciones, teniendo la custodia de toda la documentación judicial.

b) Actos de resolución

Su atribución al secretario se ha producido en la LOPJ de 1985 y se refieren a: 1) Diligencias de ordenación, que son resoluciones de mera tramitación por las que se impulsa el procedimiento en la dirección única y prevista por la ley, 2) Propuestas de resolución, que consisten en propuesta que el secretario puede hacer de providencias y autos para que el juez o tribunal las apruebe, aunque se excluyan los autos más importantes.

c) Actos de comunicación

Estos actos se realizan en una doble dirección:

- 1a.) De las partes y para el juez o tribunal, que se resuelven en la "dación de cuenta", propia de un procedimiento escrito, que tiene por objeto: 1) Los escritos y documentos que se

presentan en la secretaría, 2) Las actas autorizadas por el secretario fuera de la presencia judicial, y 3) El estado procesal de las actuaciones para que se dicte una resolución. La dación de cuenta se realiza oralmente.

2a.) Del juez o tribunal y con destino a las partes, terceros y cualquier persona, consistiendo en cuatro actos:

- Notificación: Se comunica al destinatario una resolución judicial o una diligencia de ordenación.
- Citación: Es el llamamiento para un término, es decir, se comunica al destinatario que debe comparecer en lugar, día y hora determinados para la realización de un acto.
- Emplazamiento: Se comunica a las partes que deben comparecer ante el juez o tribunal o realizar un acto procesal dentro de un plazo determinado.
- Requerimiento: Se ordena al destinatario la realización de una conducta distinta de la personación ante el juez (por ejemplo exhibición de un documento).

Todas estas comunicaciones pueden hacerse de las formas siguientes:

- En la oficina judicial: Es posible que se haga al destinatario si concurre en la oficina, pero lo normal es que se haga al procurador.
- En el domicilio del destinatario: En él se persona el secretario o persona en quien delegue.
- Por correo certificado con acuse de recibo: Esta forma se va convirtiendo en la ordinaria en las leyes recientes.
- Por edictos: Cuando se desconoce el domicilio del destinatario se acude a la fijación del documento en tableros de anuncios y a su inserción en publicaciones oficiales.
- En estrados o en la sede del órgano judicial: Es una ficción de comunicación porque su práctica consiste en la lectura en audiencia pública de la comunicación y en colocarla en tablón de anuncios, utilizándose con las partes que están en rebeldía.

4. *Los efectos del proceso*

a. *La llamada cosa juzgada formal*

La doctrina española viene hablando tradicionalmente de cosa juzgada formal con referencia a la cualidad de inimpugnable que alcanza una resolución dentro del proceso en el que se dicta, o a la preclusión de los medios de impugnación respecto de una resolución determinada. Así entendida parece claro que esta pretendida clase de cosa juzgada no es en realidad tal ni es un efecto del proceso, por lo que la LEC la llama siempre "firmeza".

La firmeza es una consecuencia de todas las resoluciones (no sólo de las sentencias), que puede producirse bien porque la ley no conceda contra ellas recurso alguno, bien porque concediéndolo las partes hayan dejado pasar el plazo establecido sin interponer el recurso. De ello resulta que la firmeza es un efecto interno de las resoluciones, que afecta únicamente a las partes, por el que aquéllas se convierten en inimpugnables.

De la firmeza deben distinguirse otros fenómenos:

- 1o.) La invariabilidad de las resoluciones para el juez desde el momento que las firma, no siendo posible su rectificación de oficio.
- 2o.) La ejecutabilidad de las sentencias, pues existen sentencias sin firmeza que son ejecutables provisionalmente y sentencias firmes que no son inmediatamente ejecutables.

En síntesis, en el proceso civil se parte de la regla de que todas las resoluciones deben adquirir firmeza, único medio —se entiende— para que el proceso avance. Terminado el plazo para proponer medios de prueba, el juez ordenará por providencia que se pase a la fase de práctica de la prueba y si esa providencia adquiere firmeza, porque no la impugnan las partes, no podrá reabrirse la fase de proposición, aunque ello pudiera resultar antieconómico procesalmente hablando.

b. *La cosa juzgada material*

La verdadera cosa juzgada es la material y la producen únicamente las sentencias de fondo y podría decirse que, más en general, el

conjunto del proceso. Se trata de la vinculación, en otro proceso, al contenido de la parte dispositiva de la sentencia, es decir, a la declaración de existencia o inexistencia del efecto jurídico pretendido. Sus efectos, pues, tienen carácter externo, produciéndose en los posibles procesos posteriores.

Esos efectos pueden contemplarse desde una doble perspectiva:

- 1a.) Negativa o excluyente: Supone la exclusión de toda decisión judicial futura entre las mismas partes y sobre el mismo objeto, es decir, sobre la misma pretensión; se trata del clásico *ne bis in idem*.
- 2a.) Positiva o prejudicial: Implica el deber de ajustarse a lo juzgado cuando haya de decidirse sobre una relación jurídica de la que la sentencia es condicionante o prejudicial; la cosa juzgada no excluye aquí una decisión posterior, sino que le sirve de apoyo.

Entendida la cosa juzgada como irrevocabilidad de la decisión judicial que resolvió la pretensión planteada, se convierte en elemento esencial de la jurisdicción. La función jurisdiccional adquiere sentido sólo cuando la aplicación del derecho al caso concreto se realiza de modo estable, sin posibilidad de que pueda volverse a resolver sobre el mismo caso.

La vinculación que produce la cosa juzgada pretendió primero explicarse como una consecuencia de que aquélla era una ficción de verdad, y en este sentido el artículo 1251 c.c. español dice que la cosa juzgada es una presunción de verdad, después se dijo que la sentencia establece en cada caso cuál es el derecho entre las partes, es decir, que la relación jurídica es como dice la sentencia, independientemente de como fuere antes; pero hoy parece claro que la cosa juzgada es un vínculo de naturaleza pública que obliga a los jueces a no juzgar de nuevo lo ya juzgado con base en razones de seguridad jurídica. Ésta exige que los litigios tengan un final y que éste sea irrevocable. La cosa juzgada tiene así naturaleza procesal, sea cual fuere el cuerpo legal que la regule, y justifica la propia existencia de la jurisdicción.

c. Los límites de la cosa juzgada material

La vinculación que supone la cosa juzgada no puede hacerse valer en cualquier proceso posterior, sino que desplegará su efecto negativo sólo cuando la pretensión interpuesta en el segundo proceso sea la misma que la resuelta en el primero. Esto refiere los límites de la cosa juzgada a los elementos identificadores de la pretensión, aunque deba hacerse alguna precisión.

a) Límites subjetivos

La regla general es que la cosa juzgada se limita a las partes del proceso en que se produce, no afecta a los terceros. Con todo:

- 1o.) La identidad subjetiva exige, no que se trate de las mismas personas, sino que se comparezca con la misma legitimación.
- 2o.) Se entiende que hay identidad de partes cuando los litigantes del segundo proceso son causahabientes de las del primero.
- 3o.) En las cuestiones relativas al estado civil de las personas y a la validez o nulidad de las disposiciones testamentarias, la cosa juzgada tiene valor *erga omnes*.

b) Límites objetivos

Estos se extienden a las "cosas" y a las "causas", como dice el artículo 1252 c.c., pero lo que importa ahora es que la cosa juzgada no comprende toda la sentencia, sino sólo la parte dispositiva de la misma, que es donde se contiene la declaración de voluntad del Estado-juez que decide sobre la pretensión interpuesta; ni siquiera los hechos declarados probados se incluyen en la cosa juzgada.

c) Límites temporales

En principio la cosa juzgada se prolonga indefinidamente en el tiempo. Esto no tiene valor práctico respecto de los derechos de prestación única, que se agotan con su ejercicio o están sujetos a prescripción extintiva, pero sí lo tiene respecto de los derechos absolutos. Hemos visto así recientemente una alegación de cosa juzgada formada en un proceso de principios de siglo XIX, respecto de la propiedad de una abadía.

d. La impugnación de la cosa juzgada

Si los medios de impugnación en sentido estricto se refieren a resoluciones sin firmeza, incidiendo en un proceso aún pendiente y continuándolo, cuando se impugna la cosa juzgada se está abriendo un nuevo proceso. De ahí que esta impugnación no deba tratarse con los recursos. En el derecho español no existe la *oppositioe di terzo*, pero sí otras dos instituciones.

i) El juicio de revisión

La LEC considera a la revisión un recurso, aunque ésta no es su verdadera naturaleza. Hoy es pacífico en la doctrina española que se trata de un juicio autónomo, basado en la justicia, que tiende a adecuar las sentencias firmes a la realidad fáctica. En este sentido habrá lugar a la revisión de una sentencia firme:

- 1o.) Si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, detenidos por fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado.
- 2o.) Si hubiere recaído en virtud de documentos que al tiempo de dictarse ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos, o cuya falsedad se reconociere o declarare después.
- 3o.) Si habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubiesen sido condenados por falso testimonio, dado en las declaraciones que sirvieron de fundamento a la sentencia.
- 4o.) Si la sentencia firme se hubiere ganado injustamente es virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta.

El juicio de revisión ha de incoarse dentro de los plazos concurrentes. En ningún caso puede iniciarse pasados cinco años desde la publicación de la sentencia que lo motiva pero, al mismo tiempo, la demanda ha de interponerse en el plazo de tres meses desde que se tuvo conocimiento de la existencia del motivo.

La competencia se atribuye a la Sala I del Tribunal Supremo, salvo cuando la sentencia impugnada se hubiere basado en la aplicación de derecho civil, foral o especial, propio de una comunidad autónoma, cuyo caso es de la competencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de esa comunidad.

Si el tribunal competente estima la concurrencia de alguna de las causas o motivos dichos, rescindirá la sentencia impugnada, limitándose a ese efecto rescindente o negativo, dejando la situación entre las partes como si no se hubiera realizado un proceso anterior con cosa juzgada. A partir de esa situación cualquiera de las partes puede iniciar un nuevo proceso con la misma pretensión, sin que pueda alegarse la excepción de cosa juzgada.

ii) La audiencia al rebelde

El principio de contradicción en el proceso civil se cumple cuando el demandado tiene la posibilidad real de ser oído, por lo que es posible celebrar el proceso en ausencia del mismo. La declaración de rebeldía se produce ante el hecho objetivo de la incomparecencia del demandado, y por ello el ordenamiento le brinda una última oportunidad de ser oído, aún después de existir sentencia firme, pero sólo en el caso de que su incomparecencia se debiera a causas ajenas a su voluntad. Esta oportunidad se denomina "audiencia al rebelde" y consta de dos fases:

1a.) De concesión de la audiencia

Esta primera fase tiende a constatar que la rebeldía no se produjo de modo voluntario, lo que debe demostrar el demandado, distinguiendo la LEC tres supuestos referidos a cómo se hizo el emplazamiento inicial del proceso en el que se dictó la sentencia que produjo cosa juzgada. Lo que el tribunal competente debe decidir es si ha lugar a la audiencia, es decir, si concurren los requisitos formales, incluido el del tiempo, que nunca puede ser superior a un año

2a.) De sustanciación de la audiencia

Ordenado por el tribunal competente que debe oírse al demandado condenado en el proceso, el juez de la primera instancia del mismo debe proceder a la reproducción del proceso desde el punto de vista del demandado. Los actos del proceso permanecen válidos, pero el demandado realizará sus alegaciones y propondrá y practicará los medios de prueba oportunos, debiendo al final el juez dictar sentencia en la que puede limitarse a decir que la audiencia no supone cambio alguno en la sentencia anterior, o bien que la au-

diencia le ha llevado a modificar la sentencia en algún sentido o completamente.

5. *Las crisis procesales*

a. El desarrollo anormal del proceso

Dado que en la LEC no existe una regulación ordenada de los diversos supuestos de anormalidad en el desarrollo y terminación del proceso, tampoco existe en la doctrina un tratamiento que pudiera considerarse pacífico en su estudio. Hay, por el contrario, multitud de sistematizaciones que dependen de la orientación sistemática de cada autor. Ante esta situación estimamos que puede ser suficiente ofrecer, primero, un elenco de los supuestos que cabe calificar de anormalidades en el desarrollo y terminación del proceso y, luego, ahondar en los casos más destacados.

a) Crisis subjetivas

Hacen referencia, naturalmente, a los sujetos principales que intervienen en el proceso, es decir:

- 1o.) Al juez: En un procedimiento escrito los cambios de juez son posibles por lo que su muerte, el traslado a otra sede, etcétera no influyen en la marcha del proceso. Los casos en que el cambio de juez no es posible son muy limitados y se refieren a la vista o audiencia en donde sí juega la inmediación.
- 2o.) A las partes: Los cambios en las partes son origen del fenómeno denominado sucesión procesal, que tiene en la LEC una regulación marginal, en cuanto atiende a la consecuencia inmediata del cese en la representación del procurador si se produce la muerte de la parte, la pérdida o adquisición de la capacidad procesal o la transmisión *inter vivos* de la cosa litigiosa.

b) Crisis objetivas

Se atiende aquí al objeto del proceso en general y surgen tres cuestiones que exigen consideración específica: las incidentales, las prejudiciales y la terminación anormal del proceso.

c) Crisis de actividad

Son las que se refieren a la actividad procesal o, mejor, al procedimiento. Caso único de avance anormal es el de casación *per saltum*, y de retroceso anormal hay que calificar las declaraciones de nulidad de actuaciones o la estimación de un recurso por infracción de norma procesal; habrá de aclararse lo que se entiende por paralización del proceso.

b. Las cuestiones incidentales

Inicialmente hay que distinguir entre cuestión incidental, que es el tema que surge en el proceso, relacionado directamente con el objeto principal del mismo, que ha de resolverse de modo previo o simultáneo a la sentencia de fondo, e incidente, que es el procedimiento en el que se resuelve la cuestión incidental. El paso siguiente es volver a distinguir, pero ahora entre:

- a) Cuestiones incidentales que dan lugar a incidentes con tramitación especial, que normalmente tienen carácter previo. Esta naturaleza tienen toda una serie de cuestiones como la inhibitoria (es decir, el planteamiento y la resolución de las cuestiones de competencia entre dos jueces que se la atribuyen para conocer de un asunto determinado), la fijación de la cuantía de la demanda, la acumulación de autos, la recusación del juez, etcétera. La LEC está plagada de cuestiones incidentales de este tipo, que originan incidentes con tratamiento específico.
- b) Cuestiones incidentales que dan lugar a incidentes para los que se prevé una regulación general, que a su vez pueden ser:
 - 1o.) De tramitación previa y suspensiva: Las cuestiones incidentales que por exigir un pronunciamiento previo sirven de obstáculo a la continuación del proceso se sustanciarán en el mismo expediente de la causa principal, quedando mientras tanto en suspenso el curso de ésta.
 - 2o.) De tramitación simultánea y no suspensiva: Las cuestiones incidentales que no pongan obstáculo a la continuación de la causa principal se sustanciarán en expediente separado, sin suspensión del curso de aquélla, debiendo resolverse después.

Para estos dos casos, la LEC regula un procedimiento incidental general que es, en realidad, un verdadero proceso, pues tiene todas las fases del mismo: alegaciones, prueba, vista o audiencia y sentencia, además de recurso de apelación si bien sin efecto suspensivo.

Estamos, claramente, ante un arma puesta en manos del litigante de mala fe, para retrasar el curso de un proceso. La LEC advierte a los jueces que deben rechazar de oficio las cuestiones incidentales que no tengan relación inmediata con el asunto principal que es objeto del proceso, pero ello no es sino la constatación de que han venido y vienen usándose con finalidad dilatoria.

c. Las cuestiones prejudiciales

En sentido estricto se está ante una cuestión prejudicial cuando en un proceso surge una cuestión jurídica que, en principio, puede ser objeto de un proceso propio y específico. Cuando esa cuestión es civil no ha lugar, normalmente, a problemas graves pues nos estamos moviendo dentro de la competencia del juez, aunque al no haberse planteado la contienda en el proceso, esto es, al no existir sobre la misma una pretensión, no cabrá pronunciarse sobre ella con efectos de cosa juzgada; existirá sólo un pronunciamiento a efectos pre-judiciales, quedando abierta la posibilidad de empezar un proceso específico sobre esa cuestión.

Los problemas aparecen realmente cuando la cuestión no es civil y es competencia de otro orden jurisdiccional. Hasta ahora en la LEC no existía una regulación de esas cuestiones, pero en la LOPJ de 1985 se afronta su consideración, aunque con poco acierto y claridad. Creemos que debe distinguirse entre cuestiones prejudiciales:

- a) **Nó suspensivas:** Según el artículo 10.1 LOPJ cada orden judicial, sólo en los efectos prejudiciales, podrá conocer de asuntos que no le estén atribuidos privativamente, lo que supone que si en un proceso civil surge una cuestión laboral o administrativa el juez civil podrá resolverla, bien entendido que sin efecto de cosa juzgada, sino simplemente como paso previo para poder pronunciarse sobre la pretensión ante él interpuesta.
- b) **Suspensivas:** Por el contrario tienen la consecuencia de producir la suspensión del proceso civil las cuestiones:

- 1o.) Penales: Según el artículo 10.2 LOPJ la existencia de una cuestión prejudicial penal de la que no pueda prescindirse para la debida decisión o que condicione directamente el contenido de ésta, determinará la suspensión del procedimiento mientras aquélla no sea resuelta por el órgano penal a que corresponda. Partiendo de aquí se regulan tres supuestos: 1) Que sobre el mismo hecho exista un proceso penal y otro civil: éste se suspenderá en el estado en que se halle; 2) Que el juez civil deba basar su sentencia en la existencia de un delito: el proceso civil se suspenderá pero sólo llegado el momento de dictar sentencia, y 3) Que en el proceso civil se aporte como prueba un documento de influencia notoria que la parte contraria estime falso: se suspenderá el proceso civil una vez se acredite en él que se ha iniciado un proceso penal y en el estado en que se halle.
- 2o.) Constitucionales: Se refieren al planteamiento por el juez civil de la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, lo que debe hacerse cuando considere que la ley aplicable al caso puede ser contraria a la Constitución y, no en cualquier momento del proceso, sino precisamente cuando esté para dictar sentencia, con lo que sólo suspende ese plazo.
- 3o.) Comunitarias: Según el artículo 177 del Tratado CEE de 1957 el juez español puede o debe pedir al Tribunal de Justicia de Luxemburgo que se pronuncie sobre las materias de su competencia con carácter prejudicial, cuando la decisión de éste sea necesaria para que aquél pueda emitir su pronunciamiento.

d. La terminación anormal del proceso

El proceso nace para que el juez decida una pretensión, interpuesta por el actor frente a un demandado, mediante la aplicación del derecho al caso concreto, pero no siempre se llega a la sentencia en la que el juez realiza esa aplicación. Si las partes pueden iniciar el proceso cuando lo estiman oportuno, también pueden acabar con él cuando así lo creen conveniente, y pueden hacerlo mediante una serie de actos que tienen distinto alcance.

i) Disposición del proceso

En unos casos los actos de las partes supondrán que acaban con el proceso sin que ello implique disposición del objeto del mismo; la relación jurídico material deducida en el proceso permanecerá en la misma situación que tenía antes de la iniciación del proceso. Ocurre así con:

a) Desistimiento

Es un acto procesal del actor por el que declara su voluntad de abandonar el proceso pendiente iniciado por él, provocando su terminación sin que exista pronunciamiento judicial sobre la pretensión interpuesta, por lo que es posible la interposición de la misma pretensión en otro proceso posterior.

El único problema que ha presentado el desistimiento en la doctrina y práctica españolas es el de su bilateralidad. Dado que la LEC prácticamente no se refiere a él, la doctrina empezó a considerar que, producida la litispendencia, no cabía admitir el desistimiento por la sola voluntad del actor, dado que ello colocaría al demandado en una situación de incertidumbre al poderse volver a intentar la misma pretensión contra él. Hoy la jurisprudencia estima que el demandado puede tener interés en que el proceso continúe, a pesar de la voluntad del actor de apartarse de él, por lo que del escrito de desistimiento se da traslado al demandado para que éste se pronuncie sobre si tiene interés legítimo en la continuación del proceso, decidiendo después el juez. No se trata, pues, de que el desistimiento se haya convertido en un acto bilateral, sino de que la estimación de la voluntad del actor por el juez viene condicionada a la audiencia del demandado y a la no existencia de un interés legítimo en éste para seguir el proceso.

Cosa muy distinta es el llamado desistimiento de un recurso, pues aquí se trata de un acto del recurrente que manifiesta su propósito de que el recurso, interpuesto por él, no continúe, terminando su tramitación. En este caso el efecto es muy distinto; terminado el recurso se convierte automáticamente en firme la sentencia impugnada, que pasa a producir cosa juzgada.

b) Caducidad

Es la terminación de un proceso, que estaba paralizado, por el transcurso de unos plazos fijados por la ley y por la no realización durante ellos de los actos de parte necesarios para su reanudación. La caducidad sí está regulada en la LEC, pero hoy ha perdido la mayor parte de su utilidad práctica; en efecto, si ahora rige el impulso de oficio⁵ el proceso no puede paralizarse porque las partes no insten el paso de una fase a otra y, por tanto, la causa principal de paralización en el pasado ha desaparecido.

Subsiste, con todo, alguna posibilidad de que el proceso se paralice y la más clara es la petición expresa de las dos partes. En España esa paralización no tiene plazo máximo, por lo que puede suceder que llegue a sobrepasar el tiempo previsto para la caducidad, tiempo que es de cuatro años en la primera instancia, dos en la apelación y uno en la casación.

Naturalmente los efectos de la caducidad son muy distintos según se produzca en la primera instancia o en los recursos; en el primer caso la pretensión queda sin resolver por lo que podrá volverse a interponer en otro proceso, mientras que en el segundo se convierte en firme la sentencia impugnada que producirá automáticamente cosa juzgada.

ii) Disposición del derecho material

Existen otros casos en los que los actos de las partes suponen disposición del objeto del proceso, del derecho material hecho valer en él, por lo que al disponerse del derecho de fondo no podrá intentarse un nuevo proceso con la misma pretensión. En el derecho español, esta terminación puede producirse de dos maneras: Con sentencia, aunque ésta es no controvertida en el sentido de que su contenido viene determinado por el acto de la parte (lo que ocurre en el allanamiento del demandado y en la renuncia del actor) o sin sentencia (caso de la transacción).

a) Allanamiento

Es un acto del demandado por el que muestra su conformidad con la pretensión del actor lo que lleva, en virtud de la regla de la

⁵ Véase *supra*, p. 664, inciso e.

disposición, a que el juez dicte sentencia estimando la pretensión misma. Dada su trascendencia, se exige que el acto sea expreso y, además, que el procurador cuente con poder especial.

El allanamiento puede realizarse desde que al demandado se le da traslado de la demanda, y por ello puede ser el contenido de la contestación de la demanda; tanto es así que en el derecho español ha sido tratada tradicionalmente al regular esa contestación, aunque pueda realizarse a lo largo de todo el proceso.

Pero lo importante son sus efectos. El allanamiento determina el contenido de la sentencia, vinculando al juez a recoger en la parte dispositiva de la misma la petición del actor, condenando al demandado. La jurisprudencia está, últimamente, advirtiendo que el allanamiento es un cómodo instrumento para obtener la cosa juzgada en procesos simulados, por lo que el juez debe ordenar la continuación del proceso si se trata de renunciaciones contra el interés o el orden público o en perjuicio de terceros.

b) Renuncia

Es un acto del demandante que tiene por objeto la tutela jurisdiccional concreta que había pedido, lo que lleva, también en virtud de la regla de la disposición, a que el juez dé por terminado el proceso dictando sentencia desestimatoria de la pretensión. Naturalmente ha de tratarse, asimismo, de un acto expreso, que exige en el procurador poder especial.

La renuncia puede efectuarse desde que se produce la admisión de la demanda y su efecto es determinar el contenido de la sentencia, vinculando al juez para que en la parte dispositiva de ella desestime la pretensión y absuelva al demandado. También aquí la jurisprudencia está destacando la imposibilidad de renunciaciones contra el interés o el orden público o en perjuicio de terceros.

c) Transacción

Según el artículo 1809 c.c. la transacción es un contrato por el que las partes dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado, de lo que se deduce que existe una transacción extraprocesal, la que evita un proceso, y otra procesal, la que pone fin al mismo.

El efecto que aquí importa es el que provoca la terminación del proceso, pero debe tenerse en cuenta que la transacción no produce los efectos de cosa juzgada, aunque sí es título ejecutivo.

e. La paralización del proceso

En general, la paralización es el efecto de detención del proceso ya comenzado, en el que hay que distinguir dos supuestos:

a) Suspensión

En esta clase de paralización, el proceso se detiene porque la ley, atendida una causa prevista expresamente, así lo ordena; será este el caso del planteamiento de la cuestión prejudicial suspensiva, de la petición de las dos partes, etcétera. Lo que importa aquí es que, reanudado el proceso, todos los actos realizados anteriormente conservan plenamente su valor y eficacia.

b) Interrupción

En esta otra clase de paralización, los efectos son más drásticos puesto que, levantada la detención, todos o algunos de los actos realizados anteriormente pierden su valor y es preciso reiterarlos. Los casos ordinarios hacen referencia a la inmediatez; si después de una vista o audiencia muere uno de los magistrados antes de votar la sentencia, no cabe sustituirlo por otro sin más, sino que esa sustitución provocará la realización otra vez y completa de la vista o audiencia.

IV. EL PROCESO DE DECLARACIÓN

1. *Los distintos tipos de proceso declarativo*

El proceso declarativo, aquél que se resuelve en *decir* el derecho en el caso concreto, encuentra en España una maraña de regulaciones que obligan a clasificar antes de entrar en el desarrollo concreto del mismo.

a) Juicio plenario ordinario

Es el recogido en la *Partida* III y regulado en la LEC como juicio de mayor cuantía, caracterizándose por ser:

- 1) Plenario: Significa que es un proceso sin limitaciones; es decir, que no existen limitaciones en las alegaciones de las partes, en el objeto de la prueba ni en la cognición judicial, por lo que la sentencia que se dicte desplegará los normales efectos de cosa juzgada material. Lo contrario a plenario es sumario.
- 2) Ordinario: Supone que por medio de él el juez puede conocer de toda clase de objetos sin limitación alguna, estableciéndose con carácter general. Lo contrario a ordinario es especial.

b) Juicios plenarios rápidos ordinarios

Ya vimos, cuando tratamos los juicios plenarios rápidos mercantiles (p. 635) cómo se inicia su aparición en el ámbito mercantil, pero ahora importa destacar su extensión a lo civil, en el que han ido apareciendo sucesivamente el juicio verbal, el juicio de menor cuantía y el juicio de cognición. Los tres son plenarios y ordinarios, pero se diferencian del primero en su condición de rápidos, esto es, en aspectos sólo procedimentales o de forma, siendo más simples que el ordinario y teniendo un procedimiento oral.

Existen, pues, cuatro juicios declarativos ordinarios; según el artículo 481 LEC toda contienda entre partes que no tenga señalada en la ley tramitación especial se decidirá por uno de estos juicios, no existiendo entre ellos diferencias por la materia, sino sólo por la cuantía.

c) Juicios especiales

Son la alternativa a los ordinarios y por ellos se conocen las pretensiones que tienen un objeto específico y determinado en la ley, quedando su uso limitado, pues, a ese concreto objeto. Su origen se encuentra en la necesidad de huir del juicio de mayor cuantía y aún de la propia LEC, existiendo en la actualidad una verdadera proliferación.⁶

⁶ Véase *infra*, capítulo VII.

d) Juicios sumarios

Lo contrario a juicio plenario es juicio sumario, y por sumariedad no debe entenderse rapidez o urgencia, sino juicio con limitaciones. En los juicios sumarios se limitan las alegaciones de las partes, el objeto de la prueba (y a veces los medios de prueba) y la cognición judicial, por lo que la sentencia no produce los efectos normales de cosa juzgada, siendo posible después acudir a un proceso plenario.⁷

2. Los juicios ordinarios en la instancia

a. El juicio de menor cuantía

El juicio ordinario por excelencia ha sido en la tradición española el de mayor cuantía, el heredero de la regulación de las *Partidas* y aquél en torno al que está redactada la LEC. Sin embargo, hoy el juicio al que se reconducen la mayoría de las cuestiones es este de menor cuantía. El mismo tiene un origen reciente, pues aparece en la primera mitad del siglo XIX (y sobre todo en la Ley de 10 de enero de 1838), aunque todos los pasos que se han dado posteriormente han tendido a hacerle perder su condición de rápido a cambio de ir convirtiéndolo en el juicio prototipo.

En este sentido, si en la redacción originaria de la LEC se conocían por el juicio de menor cuantía, las demandas con valor entre 250 y mil 500 pesetas, hoy, después de la Ley 10/1992, de 30 de abril, de reforma parcial de la LEC, han de decidirse por él:

- 1o.) Las demandas ordinarias cuyo interés económico pase de 800 mil y no exceda de 160 millones de pesetas.
- 2o.) Las relativas a filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas.
- 3o.) Las demandas cuya cuantía sea inestimable o no pueda determinarse ni aún de forma relativa por las reglas establecidas.
- 4o.) Cualquier tipo de demanda para la que no se disponga otra cosa.

⁷ *Idem.*

Sobre todo en los incisos 3o. y 4o. se pone de manifiesto que este juicio se ha convertido en el verdaderamente ordinario, en el general, al que se reconduce toda cuestión que no tenga señalada tramitación especial. De ello ha resultado un contrasentido evidente; la LEC está construida sobre el juicio de mayor cuantía, pero el ordinario por excelencia es hoy el menor. Esta es la razón que nos está llevando a alterar el orden legal e iniciar el estudio de los juicios ordinarios, por este de menor cuantía.

Hemos indicado antes,⁸ pero insistimos en que su competencia corresponde a los Juzgados de Primera Instancia.

i) Fase de alegaciones

a) Demanda

Atendidas las reglas a que nos referimos en las partes correspondientes a las reglas específicas del proceso (pp. 660-661), todos los juicios españoles se inician con un acto de parte; el juez no puede iniciar de oficio el proceso. Ese acto de parte se denomina demanda y puede definirse como aquél por el que se ejercita el derecho de acudir a la jurisdicción y se interpone la pretensión. La demanda es un acto procesal y, como tal, es un continente; por medio de ella se ejercita el derecho de acción y por medio de ella se interpone la pretensión. Esto puede dar lugar en ocasiones a equívocos terminológicos, por ejemplo, al referirse a la admisión de la demanda y a la admisión de la pretensión, y a los requisitos de una y otra, que deben solucionarse atendiendo a la diferencia entre continente y contenido.

En contra de lo que pudiera esperarse, en una LEC tan formalista, los que importan son los requisitos de contenido, no los de forma, y son:

- 1o.) Subjetivos: Que se refieren a la determinación del órgano judicial ante el que se presenta y a la designación de las partes, con todos los datos precisos para la identificación de éstas. La designación de las partes delimita subjetivamente la pretensión, fijando entre quienes se hará el proceso.
- 2o.) Fundamentación: En el artículo 524 se exige la exposición sucinta y numerada de los hechos y de los fundamentos de

⁸ Véase *supra*, pp. 670-672.

derecho y debemos recordar que con anterioridad nos referimos a la causa de pedir (pp. 679-681), teniendo en cuenta que una cosa es la determinación del objeto del proceso y otra los requisitos de la demanda, tanto para la admisibilidad de ésta como para la estimación de la pretensión en ella interpuesta.

- La demanda tiene que referirse a los hechos que son el soporte de la norma cuya alegación hace el actor como base de la consecuencia jurídica que pide; a esos hechos se llama constitutivos, porque “constituyen” el derecho del actor, y se refieren a las condiciones específicas de la existencia de la relación jurídica. Si el actor pide que se declare su dominio sobre un bien inmueble, tendrá que alegar el título adquisitivo como hecho constitutivo; si ese título fue una compraventa, su alegación se referirá a las condiciones específicas de ese tipo de contrato, no siendo necesario que alegue las condiciones generales, las que son propias de todos los contratos. La fundamentación de la petición en la demanda añade, pues, algo a la determinación del objeto del proceso.
- Los fundamentos de derecho no significan que las normas jurídicas operen como fundamentación de la pretensión. El actor debe fundar en derecho su demanda porque así lo exige la ley, pero las normas alegadas no condicionan la estimación o desestimación de la pretensión pues el juez podrá estimarla con base en normas no alegadas por el actor.

3o.) Petición: la LEC exige la expresión de “lo que se pida” y, además, “con claridad y precisión”, debiendo distinguirse entre la actuación del juez (la clase de tutela u objeto inmediato) y el bien o cosa concreta (el objeto mediato).⁹

A la demanda hay que acompañar dos tipos de documentos: Unos son procesales, por referirse a algún presupuesto, y son el poder a procurador, la acreditación de las representaciones legal y necesaria, y copias de todos ellos para el demandado; y otros son materiales, siendo los medios de prueba en que la parte funda su derecho. Respecto de los primeros, que atienden a la admisibilidad de la de-

⁹ Véase *supra*, p. 666.

manda, cabe subsanación; los segundos se refieren a la estimación de la pretensión y la demanda establece un momento preclusivo de presentación.

El procurador de la parte presentará la demanda, en día y hora hábil, en la secretaría del juzgado que se estime competente, e inmediatamente el juez decidirá su admisión a trámite, debiendo tenerse en cuenta que en el sistema español el juez no controla de oficio la concurrencia de la mayoría de los presupuestos procesales.

b) Contestación a la demanda

Presentada y admitida la demanda es el órgano judicial el que da traslado de ella al demandado, confiriéndole al mismo tiempo el plazo de veinte días para que en un único acto escrito comparezca (se constituya como parte) y la conteste. Si el demandado no comparece en el plazo dicho, será declarado en rebeldía, dándose por precluido el trámite de contestación y siguiendo el proceso su curso.

La rebeldía no supone ni allanamiento a la pretensión ni admisión de hechos, por lo que el actor debe pedir el recibimiento del pleito a prueba, practicar los medios de prueba, dictando el juez la sentencia que en derecho corresponda.

La contestación de la demanda es un acto de parte, también un continente, siendo el contenido la resistencia, la declaración petitoria de no condena. Esa petición puede ampararse en actitudes muy distintas:

- 1a.) Negativas: El demandado puede pedir que no sea condenado sin efectuar alegación de hecho alguna. Respecto de los hechos de la demanda puede: 1) Negarlos, con lo que los convierte en controvertidos y necesitados de prueba, y 2) Admitirlos, de modo expreso o tácito, con lo que puede convertir el proceso en una cuestión sólo jurídica, relativa a la aplicación del derecho.
- 2a.) Positivas: La petición del demandado de que no sea condenado puede basarse en alegaciones propias, que pueden ser: 1) Procesales, con las que trata de poner de manifiesto la no concurrencia de algún presupuesto o requisito procesal, lo que conducirá, en su caso, a una resolución meramente procesal, y 2) Materiales, en las que se atiende al fondo del asunto y se pide la absolución, entrando en juego los hechos impositivos, extintivos y excluyentes. La contestación de la

demanda ha de ser completa, debiendo alegarse en ella todos los medios de defensa de que disponga el demandado, pues determina la preclusión de sus alegaciones.

Cabe también que en la contestación de la demanda el demandado reconvenga, que interponga una pretensión contra el actor y en el derecho español no se exige conexión objetiva entre las pretensiones. Si hay reconvencción se dará traslado, siempre por el órgano jurisdiccional, al actor para que conteste a la misma, y sólo sobre la misma, en el plazo de diez días.

ii) La comparecencia (o audiencia) obligatoria

Esta es la innovación más importante de las introducidas por la Ley 34/1984 de 6 de agosto. Dentro de los tres días siguientes, a contar desde la presentación de la contestación de la demanda, el juez ordenará la citación de las partes a una comparecencia o audiencia, que deberá celebrarse antes de que transcurran seis días. La citación comprende a las propias partes, si bien éstas pueden comparecer por sí o representadas por su procurador. La no asistencia de los abogados no determina la suspensión del acto. -

La celebración de la comparecencia viene condicionada a la presencia de las partes, distinguiéndose tres supuestos:

- 1) Que no comparezca ninguna de las partes: El juez, sin más trámite, dictará auto de sobreseimiento del proceso, ordenando el archivo de las actuaciones.
- 2) Que no comparezca alguna de las partes: Oirá el juez a la que asista y continuará la tramitación del proceso.
- 3) Que asistan "todas" las partes: Se procederá a la realización de la comparecencia o audiencia.

Suponiendo que estemos en el tercer supuesto, las finalidades de la comparecencia son muy variadas: .

- a) Intento de conciliación: En primer lugar el juez exhortará a las partes para que lleguen a un acuerdo, es decir, a una transacción; si ésta se logra finaliza el proceso y lo acordado es título ejecutivo.
- b) Determinación del procedimiento adecuado: Si en la contestación de la demanda el demandado alegó que no era procedente el juicio de menor cuantía. Atendido el valor de la cosa litigiosa, se establece un complicado sistema de

- intento de acuerdo, designación de peritos y decisión del juez, con apelación o recurso de nulidad.
- c) Delimitación de los términos del debate: Se tratará de concretar los hechos, fijar los admitidos y los controvertidos para dejar delimitado qué es lo que realmente discuten las partes.
 - d) Subsanación de presupuestos y requisitos procesales: En la comparecencia deben resolverse todas las cuestiones procesales, evitándose el tener que llegar, después de todo el proceso, a dictar una resolución meramente procesal. Habrá que distinguir, pues, en este momento entre presupuestos y requisitos:
 - 1o.) Insubsanables: Si se refieren al actor el juez ordenará el archivo de las actuaciones, y si se refieren al demandado se le tendrá por no personado, se le declarará rebelde y el proceso continuará.
 - 2o.) Subsanables: El juez deberá realizar todo lo conducente a la subsanación del defecto y, en su caso, ofrecer a la parte correspondiente plazo de diez días para que proceda a subsanar.

iii) Fase probatoria

En la misma comparecencia, a su final, las partes deben solicitar oralmente que se reciba el proceso a prueba y el juez acordar dicho recibimiento, siempre que de la delimitación del debate resulte algún hecho controvertido. Con ello finaliza la comparecencia y se abre la fase probatoria.

Esta fase ha venido denominándose tradicionalmente, y así sigue en la LEC, "término de prueba" que es el periodo de tiempo en que ha de realizarse la proposición y la práctica de aquélla. Dicho término (en realidad un plazo, un lapso) puede ser ordinario o extraordinario, estando este último previsto para cuando las pruebas han de ejecutarse fuera del territorio nacional. El ordinario, que es el que importa, se divide en dos periodos:

a) Proposición de la prueba

En el plazo de ocho días, desde la comparecencia, las partes deben proponer, por escrito, los medios de prueba de que intenten valerse.

Se vuelve así a la escritura, debiendo el escrito de proposición de prueba referirse a los distintos medios:

- 1o.) Confesión: No existe en España la distinción entre interrogatorio formal y juramento, sino que se ha producido una extraña mezcla según la cual la confesión es siempre con juramento y éste puede ser de dos clases: decisorio, que hace prueba plena a favor y en contra del que confiesa, e indecisorio, que hace prueba plena sólo en lo que perjudica al confesante. El primero ha desaparecido de la práctica judicial y en ella se usa sólo del indecisorio, que se valora por la ley.
Si una parte propone la "prueba" de la confesión de la contraria deberá indicar en el escrito la clase de juramento y acompañar el "pliego de posiciones" o preguntas si bien lo hará en sobre cerrado, que se conservará así hasta que llegue el momento de la práctica.
- 2o.) Documental: A la demanda y a la contestación deben acompañarse los documentos en que la parte "funde su derecho" y ello con efecto preclusivo, pero en el momento de la proposición pueden acompañarse documentos accesorios o complementarios.
- 3o.) Pericial: En la proposición debe pedirse esta prueba —que así se considera en la LEC— determinando el objeto sobre el que ha de recaer el dictamen de los peritos y si éstos han de ser uno o tres. Esta es la única prueba cuya admisión por el juez exige contradicción, por lo que del escrito proponiéndola ha de darse traslado a la otra parte para que se pronuncie sobre su pertinencia, objeto y número de peritos. Para el nombramiento de éstos se acude, primero, al acuerdo de las partes y, si no se logra, a la designación por sorteo. También se regula la recusación de los peritos.
- 4o.) Testifical: Junto con el escrito de proposición, la parte presentará la lista de los testigos de que intenta valerse y el interrogatorio de las preguntas que pide que se les hagan, de todo lo cual se dará traslado a la otra parte para que pueda presentar escrito de interrogatorio de repreguntas, que podrá presentarse en sobre cerrado.
- 5o.) Reconocimiento judicial: También podrá pedirse el examen directo por el juez de algún lugar, cosa mueble e incluso persona.

Todos los medios de prueba habrán de ser admitidos o inadmitidos por el juez; contra la providencia de admisión no se da recurso alguno; contra el auto de inadmisión cabe reposición y luego reproducir la petición en el recurso de apelación.

b) Práctica de la prueba

En el plazo de veinte días habrán de practicarse todos los medios de prueba propuestos y admitidos.

- 1o.) Confesión: Citada la parte y en presencia judicial responderá oralmente (redactándose el acta por el secretario) a las posiciones que le serán leídas una a una, debiendo contestar afirmativa o negativamente, sin evasivas. Si no comparece, no responde o da respuestas evasivas, el juez podrá estimar que existe *ficta confessio*.
- 2o.) Documental: Si la parte contraria impugna un documento debe procederse al cotejo del mismo, es decir, a la comparación con el original, si existe, o a la comparación de letras por peritos.
- 3o.) Pericial: Elegidos los peritos y no recusados, se procederá a su nombramiento y juramento y la redacción por éstos del dictamen por escrito, sobre el cual en el momento de su presentación podrán las partes pedir aclaraciones oralmente.
- 4o.) Testifical: Citado el testigo y prestado juramento será interrogado por el juez, conforme a los escritos de preguntas y repreguntas; de las respuestas orales se levantará acta por el secretario. Cabe que una parte, realizada esta prueba, "tache" a los testigos de la contraria, con base en la existencia de elementos objetivos que los hagan sospechosos de parcialidad.
- 5o.) Reconocimiento judicial: Se realizará, con citación de las partes, levantándose acta por el secretario.

Finalizando el plazo de práctica, el juez mandará unir a las actuaciones la pieza correspondiente a la prueba de cada parte, y con ello finaliza esta fase.

iv) Fase de conclusiones

En la misma resolución en la que se decreta el final de la prueba, el juez advertirá a las partes que todas las actuaciones están a su

disposición en la secretaría del Juzgado, para que puedan concluir en el plazo de diez días. Las partes pueden optar por:

- a) Escrito de resumen de pruebas: Este escrito es el denominado tradicionalmente de conclusiones, aunque para el nuevo juicio de menor cuantía se le ha cambiado el nombre. Tiene por objeto la crítica del resultado de las pruebas practicadas y la reconsideración de la tesis jurídica mantenida. Su contenido será: 1) Enumerar los hechos controvertidos y el resultado de la prueba practicada por la parte con relación a cada uno de ellos, 2) Criticar la prueba de la parte contraria, y 3) Mantener o modificar los fundamentos de derecho alegados, respectivamente, en la demanda o en la contestación a la misma.
- b) Vista o audiencia: Si dentro de los tres primeros días del plazo antes dicho, de diez, todas las partes, lo piden los escritos, se sustituyen por una vista o audiencia pública, que se celebrará dentro de los siete días siguientes. Esta vista tiene el mismo contenido que los escritos, con la única diferencia de que se realiza oralmente (las partes no la suelen pedir).

En cualquier otro caso, con acto oral o escritos, el juez dentro de los diez días siguientes dictará la sentencia, y la secretaría la notificará a las partes.

b. El juicio de mayor cuantía

Como hemos adelantado se trata de la subsistencia del *solemnis ordo iudiciarius*, caracterizado por las notas de complicación, lentitud y carestía. A partir de la Ley 10/1992, de 30 de abril, se ha intentado reducirlo al conocimiento de asuntos extraordinarios, con lo que hoy ya no es el ordinario base. Por medio de él, el Juzgado de Primera Instancia decidirá: 1) Las demandas cuyo valor o interés económico exceda 160 millones de pesetas, y 2) Las relativas a derechos honoríficos de la persona.

i) Fase de alegaciones

a) Demanda y emplazamiento

Como es obligado en los procesos civiles el juicio principiará por demanda, que habrá de contener los requisitos que dijimos antes al

referirnos al juicio de menor cuantía y presentarse acompañada de los documentos también dichos. Previa la admisión, el juez ordenará el emplazamiento del demandado por la secretaría para que comparezca en los autos personándose en forma.

En este juicio existe dualidad de plazos para comparecer y para contestar a la demanda. El emplazamiento primero tiene por objeto únicamente que el demandado se persone en forma, y para ello se le conceden nueve días. Frente a ese emplazamiento el demandado puede:

- 1o.) No comparecer: La declaración de rebeldía va unida a esta no comparecencia y supone el dar por contestada la demanda en sentido negativo, esto es, simplemente como si se hubieran negado todos los hechos alegados por el actor.
- 2o.) Comparecer: Si el demandado se persona en forma se le concede otro plazo de veinte días para que conteste a la demanda.

b) Alegaciones previas. Excepciones dilatorias

Dentro del plazo para contestar a la demanda, el demandado puede alegar de modo previo respecto a:

- 1o.) Cuantía litigiosa y tipo de procedimiento: Dentro de los primeros cuatro días el demandado puede oponerse al valor dado a la cosa litigiosa o a la clase de juicio propuesto por el actor, dando lugar a un trámite específico que suspende la carga de contestar a la demanda.
- 2o.) Declinatoria: Dentro de los seis primeros días del plazo el demandado puede formular declinatoria, por la que se cuestiona la competencia territorial del juez que está conociendo del asunto, sustanciándose por los trámites de las excepciones dilatorias, con suspensión del plazo para contestar a la demanda.
- 3o.) Excepciones dilatorias: La terminología de la LEC procede de Gayo (Gai IV, 121 y 122) pero dándole un sentido distinto. Dilatorias son aquellas excepciones que pueden proponerse con carácter previo a la contestación de la demanda, dando lugar a una tramitación propia y resolviéndose por el juez también de modo previo. Las excepciones perentorias se definen de modo negativo; son las que no tienen carácter dila-

torio y, en consecuencia, se proponen en la contestación de la demanda, se conocen de modo simultáneo al fondo del asunto y se resuelven en la sentencia. Por ello se suele decir que por excepción dilatoria hay que entender la que "dilata" la contestación de la demanda.

La distinción entre excepciones dilatorias y perentorias sólo tiene sentido en el juicio de mayor cuantía, pues sólo en éste pueden proponerse de modo previo; en todos los demás juicios todas las excepciones se proponen en la contestación de la demanda. Pero además la distinción no tiene base científica, pues las excepciones dilatorias son las que el legislador ha estimado conveniente y nada más, sin que exista un criterio general para distinguirlas. Son así excepciones dilatorias:

- Falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.
- Falta de personalidad en el actor por carecer de las cualidades necesarias para comparecer en juicio o por no acreditar el carácter o representación con que reclama.
- La falta de personalidad en el procurador del actor por insuficiencia o ilegalidad del poder.
- La falta de personalidad en el demandado, por no tener el carácter o representación con que se le demanda.
- La litispendencia en el mismo o en otro Juzgado o Tribunal competente.
- Defecto legal en el modo de proponer la demanda.
- La falta de reclamación previa en la vía gubernativa, cuando así lo exijan las leyes.
- Sumisión de la cuestión litigiosa a arbitraje.
- Caucción de arraigo en juicio (aunque su constitucionalidad es dudosa y su práctica nula).

En lo que se refiere al procedimiento estas excepciones sólo pueden proponerse, en un único escrito, dentro de los seis primeros días del plazo para contestar a la demanda, de modo que si no se oponen, así habrán de alegarse ya en la contestación de la demanda. De ese escrito se dará traslado al actor por tres días y a continuación se sigue la tramitación de los incidentes.¹⁰

La resolución a dictar al final es auto y en él el juez debe pronunciarse, de modo que: 1) Si desestima las excepciones: Concederá

¹⁰ Véase *supra*, pp. 694-695.

al demandado nuevo plazo de diez días para que conteste a la demanda, y 2) Si estima alguna: Habrá que distinguir según su naturaleza; si es insubsanable, el proceso termina aquí y se ordena el archivo de las actuaciones; si es subsanable, debe concederse plazo al actor para que proceda a la subsanación.

c) Contestación a la demanda y otros actos de alegación

Si no existen excepciones dilatorias o si éstas son desestimadas, el demandado debe contestar a la demanda en los términos ya mencionados, formulando, además y, en su caso, reconvencción. Si el demandado no presenta la contestación en el plazo establecido, su efecto es simplemente el de la preclusión y el proceso continúa. Lo específico de este juicio en las alegaciones es:

- 1o.) Cosa juzgada: Si en la contestación la única excepción que el demandado alega es la cosa juzgada, puede pedir expresamente que se sustancie y decida por los trámites de los incidentes.
- 2o.) Réplica y dúplica: Sólo en este juicio existen otros dos actos de alegación, si bien potestativos. De la contestación de la demanda se dará traslado al actor para réplica, en el plazo de diez días, y de la réplica al demandado para dúplica, en otro plazo igual. El contenido de estos escritos atiende a:
 - En la réplica el actor contestará a lo alegado por el demandado, tanto en lo relativo a los hechos como a los fundamentos de derecho; en la dúplica el demandado contestará a lo alegado por el actor en la réplica.
 - En los dos escritos cada parte precisará cuáles son los hechos en que están conformes y cuáles son controvertidos; el silencio y las respuestas evasivas pueden considerarse por el juez como *facta confessio*.
 - En los dos escritos se prohíbe la transformación de la demanda y de la contestación; caben modificaciones, ampliaciones y reducciones pero sin alterar el objeto del pleito.
- 3o.) Escrito de ampliación: Todavía cabe un acto excepcional de alegación que es este escrito llamado de ampliación. Durante el primer periodo del "término ordinario" de prueba cualquiera de las partes puede presentar este escrito, que se basa en:

- Hecho nuevo: ocurrido después de la réplica o dúplica.
- Hecho de nuevo descubrimiento: anterior a esos momentos y del que la parte jure no haber tenido conocimiento.

En los dos casos ha de tratarse de hecho de influencia notoria en la decisión del pleito pero que no suponga modificación de la *causa petendi*. Del escrito se dará traslado a la otra parte para que se pronuncie sobre el hecho.

ii) Fase probatoria

En el intercambio de escritos que supone la fase de alegaciones, las partes pueden haber convenido en que el pleito se falle sin necesidad de prueba. Naturalmente esto es excepcional, siendo lo normal que existan hechos controvertidos.

- 1o.) La petición de que se reciba el pleito a prueba pueden hacerla las partes en los escritos de demanda y contestación, en los de réplica y dúplica y aún dentro de los tres días siguientes a aquél en que se tiene por renunciada la réplica si el actor no la formula.
- 2o.) El recibimiento a prueba no se realiza de oficio por el juez si ninguna parte la ha pedido, el juez no puede acordarla y si todas las partes la piden el juez ha de acordarla necesariamente. Si la pide una parte y la otra no se opone, el juez ordenará que se reciba el pleito a prueba. Si la pide una parte y la otra se opone, se celebrará una audiencia con este único objeto, y a su final el juez dictará auto decidiendo si se celebra prueba o no; si se deniega la prueba cabe apelación en dos efectos, pero si se acuerda recibir el pleito a prueba no cabe recurso alguno.
- 3o.) El "término ordinario" de prueba se divide en dos subperiodos. El primero, de proposición por escrito de los medios concretos de prueba, tiene un plazo mínimo de diez días y máximo de veinte; en el segundo, de práctica, el plazo mínimo es de quince y el máximo de treinta días. El juez concederá los días que estime suficientes, pero concederá el máximo sólo con que alguna parte lo solicite. Existe también "término extraordinario" para la práctica de pruebas en el extranjero.

La fase probatoria termina con la resolución por la que ordena el juez que se unan a las actuaciones los expedientes particulares en que se ha documentado la prueba practicada por cada parte, resolución que se notifica a éstas.

iii) Fase de conclusiones

La notificación anterior abre esta fase, que puede ser oral o escrita dependiendo de la voluntad de las partes. Éstas, dentro de los tres días siguientes a la notificación, pueden pedir la celebración de vista o audiencia. Los supuestos posibles son:

- 1) Que ninguna de las partes pida vista: la fase se realizará por escrito.
- 2) Que todas las partes pidan vista: el juez queda vinculado y acordará su celebración.
- 3) Que alguna de las partes pida vista: del escrito pidiéndola se dará traslado a la otra para que, dentro de los dos días siguientes, manifieste si está o no conforme con dicha petición. Si hay discrepancia entre las partes, el juez decidirá lo más conveniente, sin que quepa recurso.

Por todos los caminos puede llegarse a:

a) Escritos de conclusiones

Bien porque la vista no fue pedida, bien porque el juez acordó su no celebración ante peticiones contradictorias, la fase puede ser escrita (que es lo normal en la práctica), en cuyo caso se dictará providencia ordenando que se entreguen las actuaciones originales a las partes, por su orden, para que concluyan, haciendo el resumen de las pruebas. Para ello se conceden plazos de diez días mínimo y veinte máximo. Estos escritos se unen a las actuaciones y, unido el último, se dictará providencia teniendo éstas por conclusas y mandando traerlas a la vista con citación para sentencia.

b) Vista o audiencia

Cuando el juez acuerda la celebración de vista, bien ante la petición de todas las partes, bien ante la petición de alguna de ellas mandará que se entreguen las actuaciones, por su orden, a las partes,

por plazo que no excederá de veinte días ni bajará de diez. Acordada la vista o audiencia no se permitirá alegación alguna por escrito.

Devueltas las actuaciones, el juez mandará citar a las partes para sentencia y a mismo tiempo señalará día para la vista. Ésta se celebra de modo totalmente oral dando primero cuenta el secretario, hablando después el abogado del actor y por último el abogado del demandado. Por el contenido no hay diferencia entre escrito de conclusiones y vista.

Dentro de los doce días siguientes al de la vista o al de la providencia teniendo por concluso el proceso, el juez dictará la sentencia, que la secretaría notificará a las partes.

Hemos hecho dos veces referencia a la llamada "citación de la partes para sentencia". Esta es una "citación" muy especial, tanto que las partes no tienen que comparecer un día y hora determinados, sino que se trata sólo de fijar un momento de preclusión final de toda posibilidad probatoria.

c. El llamado juicio de cognición

El artículo 482 LEC enumera los juicios ordinarios y entre ellos se refiere al juicio de cognición; la sorpresa viene cuando a continuación buscamos en la Ley la regulación de ese juicio y no la encontramos. La explicación es que este juicio nació en el Decreto de 21 de noviembre de 1995 y está regulado fuera de la LEC, aunque ésta, después de la Ley 34/1984, hace mención del mismo.

Su denominación es un claro error. Todos los juicios ordinarios son de cognición, pero a éste, inexplicablemente, se le llamó con la denominación general por la ignorancia de quien redactó el Decreto de 1952. La doctrina, en ocasiones, lo llama juicio de pequeña cuantía, y por él se conocen las cuestiones cuyo valor económico pasa de 80 mil pesetas y no excede de 800 mil, siendo de la competencia de los Juzgados de Primera Instancia.

i) Fase de alegaciones escritas

Otra vez hay que decir que el juicio comienza por la demanda. Lo específico de este juicio es el aumento de las facultades del juez a la hora de la admisión de la misma pues debe controlar todos los criterios de su competencia, incluido el territorial cuando se invoque por el actual pacto de sumisión expresa, la capacidad de las partes,

la postulación y los requisitos y documentos de la demanda. El control puede conducir a dos soluciones:

- 1a.) Declararse incompetente: cabe apelación ante la Audiencia Provincial.
- 2a.) No admitir la demanda: se ofrecerá a la parte la posibilidad de subsanar el defecto.

Si se admite la demanda, el juez ordenará emplazar al demandado dándole traslado de la copia de la demanda para que comparezca y la conteste en el plazo de seis días. Frente al emplazamiento el demandado puede:

- 1o.) No comparecer: Se dicta providencia declarándolo rebelde y dando por contestada la demanda, con lo que el juicio continúa. Si el demandado fue emplazado en su persona o en la de un pariente que conviva con él, puede el actor pedir que se le emplace por segunda vez con el apercibimiento de que si no comparece y no alega justa causa podrá ser tenido por confeso con los hechos alegados en la demanda, dictándose seguidamente la sentencia que proceda. Se trata de una facultad del juez que ejercerá o no atendidas las circunstancias del caso.
- 2o.) Comparecer y no contestar: Se le tiene por personado, con lo que evita la rebeldía, pero no puede ya realizar alegaciones.
- 3o.) Contestar a la demanda: Ésta no tiene especialidades, debiendo ser completa, es decir, incluirá todo lo que el demandado pueda alegar frente a la demanda. También cabe reconvencción. Si el demandado no residiera en el municipio del Juzgado, deberá señalar en él un domicilio para recibir notificaciones.

ii) Fase de juicio oral

Contestada la demanda, normalmente, el juez citará a las partes para la celebración del juicio, el cual habrá de iniciarse dentro del quinto día siguiente. Los efectos de la incomparecencia al acto del juicio son los normales de un proceso escrito, es decir:

- 1) Si no comparece alguna de las partes: El proceso sigue adelante, oyéndose sólo al comparecido y sin que el no comparecido pueda ya proponer prueba.
- 2) Si no comparece ninguna de las partes: El juez declarará el juicio concluso para sentencia y la dictará.
- 3) Si comparecen las dos partes: Se da lugar a lo que el Decreto de 1952 llama "juicio", y que en realidad consiste en la realización de varias audiencias que deberían realizarse oralmente, aunque la práctica ha desvirtuado esta exigencia.

La primera audiencia debe versar sobre:

- a) Delimitación de los términos del debate: No cabe aquí transformar la demanda o la contestación, pero sí concretar los extremos oscuros o poco precisos sobre alegaciones y peticiones.
- b) Prueba: Si existe algún hecho controvertido, el juez recibirá el proceso a prueba, y en la audiencia debería: 1) Proponerse por las partes los medios de prueba, 2) Pronunciarse el juez sobre su admisión, y 3) Practicarse aquellos medios de prueba que pueden llevarse a cabo inmediatamente, como la confesión judicial.

Para los medios de prueba que no pudieran practicarse en esa primera audiencia, el juez convocará otras sucesivas, si bien todas deben realizarse dentro de los diez días siguientes. De todas las audiencias el secretario levanta acta de lo realizado, y al final de las mismas se declara por providencia concluso el juicio, debiendo dictarse sentencia en el plazo de tres días. La degeneración del sistema ha consistido en que en las audiencias realmente no se habla sino que se dicta al secretario.

d. El juicio verbal

Este juicio es el más antiguo de todos los plenarios rápidos civiles, teniendo su origen en 1534 en que se establece para asuntos de ínfima cuantía. Hoy por medio de él los Juzgados de Paz pueden conocer de asuntos de hasta 8 mil pesetas y los Juzgados de Primera Instancia de hasta 80 mil pesetas.

El juicio comienza con una demanda simple, a la que la Ley llama papeleta, con estos requisitos de contenido: 1) Invocación del órgano jurisdiccional, 2) Identificación de las partes, 3) Pretensión que se deduce, y 4) Fecha y firma del que la presenta. Junto a la misma no es preciso presentar documento alguno, ni procesal ni material. Lo que importa advertir de esa papeleta es que no exige una exposición completa de los hechos, sino simplemente los necesarios para identificar la pretensión, y que tampoco se impone la fundamentación jurídica.

Presentada la papeleta, el juez convocará a las partes a una comparecencia o audiencia. Las consecuencias de la falta de asistencia de las partes a la misma son las propias del procedimiento oral, es decir:

- 1) Si no asiste el actor: Se le tendrá por desistido. Dado que la papeleta no es completa, en el sentido de que no se exponían completamente los hechos, es imposible que el proceso continúe.
- 2) Si no asiste el demandado: Continúa el juicio en su rebeldía, sin volver a citarlo.

La comparecencia o audiencia debería ser el ejemplo más destacado de actuación oral, concentrada y con inmediación, pero en la práctica no lo es. Ante el juez y el secretario primero el actor y luego el demandado expondrán lo que pretenden y a su derecho conduzca (lo que supone que el demandado contesta a la demanda oralmente) pedirán el recibimiento a prueba, propondrán los medios y los practicarán. La Ley aspira a que en una audiencia se realice todo el juicio, pero admite dos excepciones: 1) La concesión de "término extraordinario" de prueba, y 2) La imposibilidad de practicar en el acto alguna prueba de las propuestas, en cuyo caso se convocarán sucesivas audiencias. Por esta segunda excepción ningún juicio verbal se celebra en una sola audiencia. En el plazo máximo de tres días se dictará la sentencia por el juez.

3. *Los medios de impugnación*

a. Concepto y clases

Los medios de impugnación son instrumentos legales puestos a disposición de las partes para intentar la reforma o declarar la nulidad de las resoluciones judiciales. Con esta expresión (medios de impugnación), o sus derivados, se designa tanto el acto de parte con el que se pide la modificación de la resolución, como la actividad jurisdiccional por la que el órgano judicial competente conoce de la petición.

Todos los medios de impugnación tienen su origen en la posibilidad del error humano, posibilidad que aconseja, o por lo menos debe permitir, que se examine más de una vez la pretensión-resistencia para evitar, en lo posible, las resoluciones injustas. Las resoluciones que pueden impugnarse serán tanto las interlocutorias como las sentencias y, en ocasiones, incluso las sentencias que han alcanzado firmeza, pero en todo caso se trata de conseguir un nuevo examen, bien de un aspecto parcial del proceso, bien de la totalidad del mismo.

El modelo de los medios de impugnación existentes en el derecho español es el siguiente:

A) En sentido estricto:

- a) Remedios —Reposición
 —Súplica
- b) Recursos —Apelación
 —Casación
 —Queja
 —Interés de la ley

B) En sentido amplio:

- a) Revisión
- b) Audiencia al rebelde

Criterio fundamental para distinguir entre los medios de impugnación es el relativo a la naturaleza de la resolución impugnada, según ésta haya alcanzado o no firmeza, con producción o no de cosa juzgada. En sentido estricto la impugnación se refiere a resoluciones que no han alcanzado firmeza, incidiendo sobre un proceso todavía pendiente y prolongado su pendencia, con lo que abre una nueva fase o periodo del mismo, en el que la pretensión y resistencia ejercitadas son las mismas que las de la primera instancia. En sentido amplio la impugnación incluye resoluciones que han alcanzado firmeza, refiriéndose a procesos que han terminado ya, por lo que la impugnación abre un proceso nuevo por medio de una pretensión distinta de la que fue resuelta en el primero cuya resolución final se impugna; este es el caso de la revisión y de la audiencia al rebelde, y por ello fueron considerados al estudiar la impugnación de la cosa juzgada.

Dentro de la impugnación en sentido estricto debe distinguirse entre remedios y recursos; en el primer caso la impugnación no tiene efecto devolutivo, por lo que conocerá de ella el mismo órgano judicial que dictó la resolución que se impugna; en los recursos, por el contrario, el efecto devolutivo pertenece a su esencia, conociendo de ellos un órgano distinto y superior al que dictó la resolución que se impugna, con lo que aparece la distinción entre órgano inferior (*iudex a quo*) y órgano superior (*iudex ad quem*).

b. Los remedios (o impugnaciones no devolutivas)

Cuando de la impugnación conoce el mismo órgano que dictó la resolución impugnada, la doctrina española suele hablar de remedios (también de recursos no devolutivos), aunque la LEC mantiene la terminología única de recursos. La misma Ley distingue entre:

i) Reposición

Es un medio de impugnación contra las resoluciones de dirección procesal (providencias y autos) dictadas por órganos unipersonales, que se interpone ante y se resuelve por el mismo órgano. Cabe, pues, contra: 1) Las providencias dictadas por los Jueces de Paz y los Jueces de Primera Instancia, salvo disposición expresa de irrecorribilidad, y 2) Los autos dictados por los mismos, salvo cuando resuelvan excepciones dilatorias o incidentes (por existir entonces

apelación); también es posible la reposición contra diligencias de ordenación dictadas por el secretario, pero entonces resuelve el juez.

La reposición no tiene efecto devolutivo, pero tampoco lo tiene suspensivo, de modo que, sin perjuicio de la impugnación, se llevará a ejecución lo resuelto. Ahora bien, todavía sigue discutiendo la doctrina española si en algún caso la reposición contra autos puede tener efecto suspensivo, y a veces dice que sí atendiendo a cuando pueda producir la ejecución perjuicios irreparables.

El remedio ha de interponerse en el plazo de tres días, por medio de escrito en el que, con cita expresa de la norma infringida en la resolución, se hagan las alegaciones adecuadas y se pida la reforma o anulación de aquélla. De la copia del escrito la secretaría del Juzgado dará traslado a la otra parte para que ésta, dentro de otro plazo de tres días, alegue lo conveniente. Sin más trámites el juez dictará auto estimando o desestimando el remedio. Contra ese auto, si lo impugnado fue una providencia, no cabe ya otra impugnación; si lo impugnado fue un auto, suele concederse apelación.

ii) Súplica

Es un medio de impugnación contra las resoluciones de ordenación procesal dictadas por los órganos colegiados, que se interpone ante y se resuelve por el mismo. Adviértase que si la reposición se da contra resoluciones de órganos unipersonales, la súplica atiende a las mismas resoluciones de los órganos colegiados; la naturaleza de uno y otro remedio es la misma, existiendo meramente diferencia en el nombre, y ello como consecuencia de un acarreo histórico.

En los órganos colegiados no hay remedio contra las providencias de mera tramitación, es decir, aquéllas en que se realiza una aplicación automática de la ley procesal respecto de la tramitación. La súplica se da contra las providencias de no mera tramitación y los autos no resolutorios de incidentes, es decir, contra las resoluciones de dirección procesal más importantes. Lo dicho antes sobre los efectos de la reposición es aplicable a la súplica y también lo es el procedimiento, salvo que el plazo para interponerla es de cinco días y que antes de resolverla el órgano colegiado debe oír el informe oral del magistrado ponente.

c. El recurso de apelación

i) Resoluciones recurribles

La apelación es, atendida la clasificación anterior, un recurso, esto es, medio de impugnación que se caracteriza por tener efecto devolutivo, en cuanto siempre y por esencia es conocido y resuelto por un órgano distinto y superior a aquél que dictó la resolución que se impugna. A partir de esta base, la claridad exige distinguir atendiendo a la resolución que se impugna:

a) Autos

Cuando se hace referencia a la apelación se piensa instintivamente en el recurso ejercitable contra la sentencia que se ha pronunciado sobre la pretensión planteada por el actor, pero debe tenerse en cuenta que la apelación cabe también contra resoluciones interlocutorias o de dirección del proceso y, más concretamente, contra los autos dictados por los Jueces de Primera Instancia y de Paz que:

1o.) Pongan término al juicio haciendo imposible su continuación, lo que sucede en dos supuestos:

- Cuando se estima la falta de presupuestos, impedimentos o requisitos procesales con anterioridad a la sentencia, y
- Cuando se trata de actos de terminación del proceso distintos de la sentencia (desistimiento, caducidad, transacción y sobreseimiento de actuaciones en menor cuantía).

2o.) Autos en general, que no ponen término al juicio, debiendo sobre ellos distinguirse entre:

- Los dictados en procesos ordinarios distintos del juicio de mayor cuantía: La regla base es la de que no existe apelación inmediata e independiente de los autos que no pongan fin al juicio, sino que contra los mismos la parte debe anunciar la apelación para interponerla más adelante, al apelar, en su caso, contra la sentencia final. Resulta así una suerte de acumulación de apelaciones, pues al dictarse la sentencia, y si la parte apela de ella, interpondrá tam-

bién todas las apelaciones contra los autos que quedaron anunciadas y suspendidas.

- Los dictados en el juicio de mayor cuantía: Después de la reforma de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, la apelación propia y separada contra los autos sólo es admisible si la misma tiene efecto suspensivo, de modo que existen dos apelaciones posibles; en unos casos la apelación contra autos suspenderá la tramitación de la primera instancia en tanto aquélla se resuelve, mientras que en otros se repetirá el fenómeno de acumulación de apelación a que antes nos hemos referido. La diferencia se basa en que la ley diga que la apelación se admitirá con efecto suspensivo.

b) Sentencias

En el derecho español se reconoció ya en la *Partidas*, y se mantiene hoy, la regla del doble grado de jurisdicción, entendida como aquel sistema de organizar el proceso en virtud del cual se establecen para toda controversia dos sucesivas soluciones sobre la relación jurídico material deducida en el proceso, por dos órganos jurisdiccionales distintos, la segunda de las cuales debe prevalecer sobre la primera. Esta regla lleva a que en todos los procesos civiles exista recurso de apelación, de modo que si la sentencia la dicta un Juzgado de Paz, la competencia para aquél se atribuye al Juzgado de Primera Instancia (a pesar del nombre) y si la sentencia la dicta éste, la competencia para el recurso se atribuye a la Audiencia Provincial.

Partiendo de esa distinción entre resoluciones recurribles, y con referencia ya sólo a la apelación de sentencias, hay que aclarar que el recurso no se regula en España como un *novum iudicium*, en el sentido de que no es un nuevo proceso porque no puede ampliarse el objeto de éste, tal y como quedó delimitado en la primera instancia. La apelación abre una nueva posibilidad de enjuiciar la pretensión y excepciones de las partes, de lo que ya ha sido objeto de la primera instancia, teniendo el *iudex ad quem* los mismos poderes que tuvo el *iudex a quo*, pero aquél no se limita a revisar la sentencia de éste sino que dicta una segunda sentencia.

Aclarado el objeto de la apelación es el mismo que el de la primera instancia, todavía cabe otra alternativa que atiende a los materiales instructorios (alegaciones de hecho y pruebas). Teóricamente es posible regular una apelación plena, que se caracterizaría porque, manteniendo el objeto, cabría introducir materiales nuevos, es decir,

nuevos hechos y nuevas pruebas, que se añadirían a los de la primera instancia y con base en todos ellos dictaría la sentencia el tribunal superior; por el contrario, se estaría ante una apelación limitada cuando *iudex ad quem* pueda contar sólo con los materiales de la primera instancia, sin añadir otros nuevos (salvo excepciones muy precisas), de modo que no existe ni objeto nuevo ni materiales añadidos a aquellos con los que contó el *iudex a quo*.

La apelación española es limitada, aunque después nos referiremos a las excepciones, a la posibilidad de practicar prueba en la misma.

ii) Procedimiento

En la LEC no existe un procedimiento del recurso de apelación, sino varios. No se trata de que se haya distinguido entre una apelación competencia de órgano colegiado y otra competencia de órgano unipersonal, sino que todos los juicios ordinarios tienen regulada una apelación con procedimiento propio, aunque existan algunas normas generales. Como no es del caso reflejar aquí todos y cada uno de esos procedimientos vamos a ceñirnos al recurso de apelación en el juicio de menor cuantía, advirtiéndole que en los demás las diferencias no son esenciales.

La explicación de ese procedimiento debe partir de destacar dos circunstancias previas:

- 1a.) No se admiten recursos de apelación independientes contra resoluciones interlocutorias. Dictada una resolución de esta naturaleza se interpondrá remedio de reposición y, desestimado éste, recurso de apelación, pero el juez *a quo* se limitará a tener el recurso por interpuesto, continuando la tramitación normal de la primera instancia. Dictada la sentencia, si la parte quiere apelar de ella en el escrito de interposición hará constar que se apela también contra las resoluciones interlocutorias que fueron impugnadas en su momento y, además, contra la sentencia.
- 2a.) En la página 706 (*supra*) nos referimos a que la comparecencia o audiencia obligatoria puede versar sobre la determinación del procedimiento adecuado y a que contra el auto del juez declarando que procede el juicio de menor cuantía cabía recurso de nulidad. Pues bien, esa nulidad se acumula también al recurso de apelación contra la sentencia, y así se hará constar en el escrito interponiendo los recursos.

Las etapas del recurso de apelación son las siguientes:

- a) **Interposición:** El recurso se interpone, en el plazo de cinco días, por escrito ante el Juzgado de Primera Instancia. En ese habrá de pedirse que se admita el recurso en dos efectos, pueden determinarse los pronunciamientos que se recurren, no cabe realizar fundamentación alguna y, en su caso, se hará constar que se recurre también contra alguna resolución interlocutoria o se invocará el recurso de nulidad.
- b) **Admisión:** El juez admitirá el recurso, expresando que es en dos efectos, paralizará la tramitación durante seis días por si se insta ejecución provisional, y ordenará emplazar a las partes ante la Audiencia Provincial para que ante ella comparezcan en el plazo de diez días, con remisión a aquélla de las actuaciones. Si no admite el recurso, naturalmente por razones formales, la parte podrá recurrir en queja.
- c) **Personación:** En el plazo de diez días el apelante tendrá que personarse en forma ante la Audiencia Provincial, pues en caso contrario se declarará desierto el recurso, con devolución de las actuaciones al juzgado, convirtiéndose en firme la sentencia. La falta de personación del apelado no impide, lógicamente, la continuación del recurso. Personadas las dos partes, dentro de los seis días siguientes al anterior plazo de personación concedido por el Juzgado pueden realizarse dos actividades:
 - 1a.) El apelado puede adherirse a la apelación sobre los puntos en que crea le perjudica la sentencia, sin razonar la petición.
 - 2a.) Cualquiera de las partes puede pedir que se reciba el recurso a prueba, proponiendo en el mismo escrito las que hayan de practicarse. Si la Sección acuerda el recibimiento a prueba señalará plazo no superior a veinte días para la práctica.
- d) **Instrucción:** Vencido el plazo de seis días o unidas las pruebas al *rollo* (nombre con el que se conoce el conjunto de actuaciones documentadas del recurso) se pasarán las actuaciones al magistrado ponente para instrucción por seis días.
- e) **Vista, escritos y sentencia:** Instruido el ponente la fase siguiente puede ser oral o escrita, aunque lo normal es lo primero:

- 1o.) Vista o audiencia: Instruido el ponente se señalará día para la audiencia, que habrá de celebrarse en tiempo no superior a noventa días, existiendo entre citación y vista por lo menos diez, durante los cuales se pasarán las actuaciones a las partes para instrucción por cuatro días a cada una y sucesivamente. A los cinco días de la vista se dictará sentencia.
- 2o.) Escritos de conclusiones: La vista puede ser sustituida por estos escritos siempre que lo pidan todas las partes y la Sección lo estime indispensable teniendo en cuenta la naturaleza del asunto y las circunstancias concurrentes, y en tal caso se concederá primero diez días al apelante y, después, el mismo plazo al apelado. Dentro de otro plazo de diez días se dictará sentencia.

En este esquema procedimental se ha hecho referencia a algunos actos que deben desarrollarse para su mejor comprensión. En lo que sigue atenderemos a ellos, pero antes conviene precisar el tema de los efectos.

iii) Efectos de la apelación

La apelación, por su condición de medio de impugnación estricto, impide la firmeza de la resolución impugnada, por ser un recurso produce necesariamente el efecto devolutivo y, al mismo tiempo, puede producir el efecto suspensivo. A estos dos efectos la LEC no da nombre, sino que se refiere a ellos simplemente con las expresiones "un solo efecto" (el devolutivo) o "ambos efectos" (los dos).

a) El efecto devolutivo

Inicialmente la jurisdicción la tenía sólo el rey, siendo todos los demás jueces delegados; en un momento posterior tuvieron jurisdicción propia las Chancillerías (de Valladolid y de Granada) y las Audiencias, actuando con jurisdicción delegada de éstas, todos los órganos de primera instancia, y en tal situación el efecto devolutivo significaba que, al apelarse de las resoluciones de estos órganos de primera instancia, la jurisdicción se *devolvía* al órgano que la había delegado. Cuando los jueces de primera instancia tuvieron jurisdicción propia, se mantuvo la expresión de efecto devolutivo, aunque había perdido el sentido originario. Hoy por efecto devolutivo debe

entenderse, simplemente, que al apelarse se traslada el conocimiento del asunto al *iudex ad quem*.

En principio, la interposición de la apelación atribuye a ese juez *ad quem* los mismos poderes que tenía el juez *a quo*, alcanzando a todas las cuestiones suscitadas en la primera instancia, pero esa afirmación general debe matizarse en el sentido de que:

- 1o.) El objeto sobre el que recaerá el conocimiento del juez *ad quem* es fijado por la parte apelante, en cuanto ésta debe determinar los extremos de la resolución apelada a que extiende su impugnación (*tantum devolutum quantum appellatum*).
- 2o.) Consecuencia de lo anterior es la prohibición de la *reformatio in peius*, es decir, la imposibilidad de que el órgano de la apelación reforme la resolución apelada en perjuicio del apelante.
- 3o.) A pesar de lo anterior existen cuestiones que el órgano *ad quem* tiene que controlar de oficio, aunque no estén comprendidas en la apelación y aún en contra del apelante (como control de los presupuestos procesales, nulidades, etcétera).

b) El efecto suspensivo

Cuando se habla de este efecto se está haciendo referencia a un doble contenido:

- 1o.) Se impide la ejecución de la resolución apelada y hasta tanto que recaiga la resolución del tribunal superior; esto no impide que la ley regule la ejecución provisional.
- 2o.) Se imposibilita que el juez *a quo* pueda seguir conociendo del proceso y de sus incidencias, con lo que pierde la competencia funcional.

Dada la trascendencia de este efecto, y su posible utilización como medio para dilatar la tramitación de un proceso, en los últimos tiempos se está tendiendo a que la ley no lo conceda siempre. En la LEC se parte de la norma general de que este efecto sólo se producirá cuando así se disponga expresamente, pero luego se dispone tantas veces que, en realidad, la norma general es que se produce casi siempre. El efecto se concede en las apelaciones de:

- Todas las sentencias apelables (aunque la ejecución provisional tienda a paliar sus perjudiciales consecuencias).
- Todos los autos que ponen término al juicio impidiendo su continuación.
- Todos los autos que no produzcan la terminación del proceso dictados en el juicio de mayor cuantía, siempre que el juez entienda, a solicitud del apelante y previa prestación de caución por éste, que la ejecución del auto puede causarle perjuicios de muy difícil reparación.

iv) La adhesión a la apelación

La denominada también apelación adhesiva es una especialidad en la interposición del recurso relativa al tiempo en que el mismo es admisible, ya que en ella la interposición se realiza en un procedimiento de apelación ya incoado a instancia de la otra parte.

En principio todas las partes gravadas por una resolución pueden interponer la apelación dentro del plazo legal, con lo que surgirá la llamada apelación principal. Puede, con todo, darse el caso de que una parte esté dispuesta a asumir una resolución que parcialmente le perjudica, siempre que la otra parte también se aquiete con ella, con lo que las dos admitirían la firmeza de la resolución. Ahora bien, si una de las partes apela de modo principal, se permite a la otra, la que había asumido el perjuicio parcial de la resolución, que se adhiera a la apelación principal en los extremos en que le era perjudicial la resolución impugnada.

Por ello, en el juicio de menor cuantía, el apelado puede, dentro de los seis días siguientes a la personación del apelante ante el tribunal *ad quem*, presentar escrito en el que manifieste su voluntad de interponer apelación adhesiva, haciendo mención expresa de “los puntos en que crea le es perjudicial la sentencia”, con lo que ha de determinar el ámbito del efecto devolutivo.

El efecto principal de esta apelación es que pierde sentido la prohibición de la *reformatio in peius*; si las dos partes han apelado los poderes del juez *ad quem* se extienden a la totalidad del asunto, tal y como se presentó en la primera instancia.

Lo más curioso de esta modalidad de apelación es que la misma no queda condicionada al mantenimiento de la apelación principal; ésta puede terminarse por desistimiento del apelante inicial, pero ello no determina sin más la extinción de la apelación adhesiva.

v) La prueba en apelación

Iniciábamos la consideración de este recurso diciendo que en el derecho español estamos ante una apelación limitada, por cuanto el juez *ad quem* cuenta sólo con los materiales de la primera instancia sin admitirse otros nuevos, pero añadíamos "salvo excepciones muy precisas". Esas excepciones se refieren a la posibilidad de que se admitan pruebas nuevas en el recurso, posibilidad no general sino condicionada a la concurrencia de unos presupuestos que son aplicables a todos los procesos de declaración. Los casos en que cabe la realización de prueba son los siguientes:

- 1o.) Cuando se propuso un medio de prueba en la primera instancia y el juez no lo admitió por considerarlo erróneamente impertinente, en la apelación la parte puede reiterar la petición y el tribunal considerarlo pertinente.
- 2o.) Si se propuso un medio de prueba en la primera instancia, el juez lo admitió y luego no se practicó por causas no imputables a la parte, ésta puede reiterar la petición en el recurso.
- 3o.) Cuando se propongan medios de prueba que tengan por objeto hechos nuevos y de influencia en el proceso, ocurridos después del periodo de proposición de prueba en la primera instancia.
- 4o.) Si la prueba tiende a acreditar hechos desconocidos por la parte y de influencia en el proceso, siempre que el conocimiento de los mismos se produjera no antes de la terminación del plazo de proposición de prueba en la primera instancia.
- 5o.) Si el demandado declarado rebelde se persona en las actuaciones precluido el plazo de proposición de prueba en la primera instancia, puede proponer todos los medios de prueba en la apelación.
- 6o.) En cualquier caso podrá proponerse prueba de confesión, siempre que las posiciones o preguntas no se hubieran hecho en la primera instancia.
- 7o.) También en cualquier caso podrá proponerse prueba documental siempre que los documentos: 1) Sean de fecha posterior al momento preclusivo de la prueba en la primera instancia, 2) Siendo anteriores, la parte no los conoció hasta ese momento, y 3) Siendo anteriores y conociéndolos la parte no fue posible presentarlos por causa no imputable a la parte.

vi) Vista (audiencia) o alegaciones escritas

El acto esencial del procedimiento de apelación, en el supuesto normal de que no exista prueba en el recurso, es de alegación y puede ser oral o escrito, aunque en la práctica judicial es casi siempre oral, consistiendo en una vista o audiencia. Formalmente la misma es un acto concentrado que comienza con la dación de cuenta oral por el secretario de los antecedentes que den a conocer la cuestión a enjuiciar, tomando la palabra después el abogado del apelante y, por último, el abogado del apelado. El contenido de la alegación oral de los abogados se refiere a:

1o.) En primer lugar los abogados determinarán los pronunciamientos de la resolución impugnada que pretenden sean modificados o revocados, debiendo distinguirse entre:

- El apelante principal debe determinar esos pronunciamientos recurridos, entendiéndose que si no hace una reducción expresa está apelando de todos los pronunciamientos de la resolución impugnada.
- El apelado puede ocupar una doble posición: 1) Si es al mismo tiempo apelante adhesivo ya debió precisar lo impugnado y a esa delimitación debe estar, y 2) Si es simplemente apelado lo único que puede pedir es la confirmación de la resolución recurrida, no pudiendo instar modificación alguna.

2o.) En segundo lugar deben realizar la fundamentación fáctica y jurídica de sus peticiones. Dado que la apelación puede referirse a los motivos fácticos de la sentencia impugnada, cabe que en la audiencia el apelante tienda a poner de manifiesto el error fáctico cometido por el juez *a quo*, en cualquiera de los sentidos posibles, es decir, tanto por declarar probado un hecho que no lo estaba, como por estimar no probado un hecho respecto del que había suficiente prueba. Además se tratará de alegar jurídicamente, en torno a la aplicación del derecho. El apelado habrá de limitarse a argumentar en contra del apelante, defendiendo la resolución recurrida.

Cuando la vista se sustituye por escritos de alegaciones, la forma es distinta, pero el contenido es el mismo.

vii) La sentencia

Lo importante de esta sentencia no son sus requisitos de forma, sino las especialidades de contenido. Hay que tener en cuenta, de entrada, que el tribunal de apelación no dictará siempre una sentencia, pues si lo apelado fue un auto del Juzgado de Primera Instancia, se dictará esa misma clase de resolución. Tratándose de sentencia su contenido será:

- a) Si la sentencia de apelación estima una nulidad de actuaciones en el procedimiento de la primera instancia, debe ordenar la reposición de las mismas al momento anterior en que se cometió la nulidad.
- b) Si estima la falta de un presupuesto procesal o la concurrencia de un impedimento, anulará lo actuado absolviendo en la instancia, y dejando a las partes la posibilidad de acudir a un nuevo proceso con la misma pretensión.
- c) Si la sentencia apelada, por estimar la falta de un presupuesto o impedimento procesal, no se pronunció sobre el fondo del asunto y es revocada en ese aspecto por la sentencia de apelación, ésta misma sentencia debe entrar a pronunciarse sobre el fondo del asunto. La solución no es muy lógica, porque en tal caso sobre el tema de fondo no ha habido dos decisiones, sino una sola, con lo que no se cumple la regla del doble grado de jurisdicción.
- d) Si se estima la apelación por motivos de fondo, la sentencia se pronunciará nuevamente sobre el objeto del proceso dentro de los límites del efecto devolutivo. Esta sentencia viene a sustituir a la sentencia apelada.

d. El recurso de casación

i) Sus características en España

Si la LEC es el resultado de una evolución autóctona, no influida por los códigos de otros países, el recurso de casación tiene un claro origen francés, habiéndose recibido en España en el Decreto de 4 de noviembre de 1838 por el cual se suprimieron recursos tradicionales, como eran la segunda suplicación y la injusticia notoria, y se introdujo el recurso de nulidad, que es el antecedente inmediato del

recurso de casación que ya reguló la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855.

Después debe estarse a la Ley provisional de reforma de la casación civil, de 18 de junio de 1870, y a la Ley sobre casación civil de 1878, sobre la que se basó Calamandrei en *La cassazione civile*, a pesar de que entonces ya estaba derogada por la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881. La Ley 34/1984, de 6 de agosto, ha dado nueva redacción a todos los artículos relativos al recurso.

Frente a su origen histórico la casación española se ha caracterizado siempre por dos notas propias:

- 1a.) Históricamente la casación española proveía una parcial posibilidad del control del juicio de hecho realizado en la sentencia impugnada pero la Ley 10/1992, de 30 de abril, ha suprimido esta posibilidad.
- 2a.) El tribunal de la casación no tiene sólo jurisdicción meramente rescindente, sino que la asume también positiva, de modo que cuando estima el recurso casa la sentencia impugnada y, al mismo tiempo, se pronuncia sobre el tema de fondo, con lo que no existe reenvío.

Frente a estas notas que individualizan la casación española, el recurso es extraordinario, por cuanto se determinan taxativamente sus motivos, no es una tercera instancia y tiene como misión básica la unificación de la jurisprudencia. Esta misión es la que ha llevado a que en España no exista un órgano único de casación, sino que deba distinguirse entre:

- a) Tribunal Supremo, Sala I: Conoce de la casación cuando el recurso se funde en infracción de norma de derecho privado común o general a todo el Estado.
- b) Tribunales Superiores de Justicia de nueve (de las diecisiete) comunidades autónomas, Sala de lo Civil y Penal: Conoce del recurso de casación cuando se funde en la infracción de norma de derecho civil especial, propio de la comunidad.

De ello resulta que el Tribunal Supremo unifica la jurisprudencia a nivel estatal y respecto del derecho común, mientras que los tribunales superiores de justicia realizan la misma función sobre el derecho civil específico de cada comunidad autónoma (en las que existe). Con todo, las cosas no son tan sencillas, pues:

- 1) Cuando el recurso se fundamenta tanto en la infracción de norma de derecho común como en la de norma de derecho civil especial, la competencia corresponde a la Sala de lo Civil de los nueve tribunales superiores de justicia, con lo que el riesgo de dispersión es evidente, aunque se ha pretendido no dividir la unidad del procedimiento del recurso.
- 2) Cuando se alega infracción de norma constitucional la competencia corresponde, en todo caso, al Tribunal Supremo. Este después y en su caso, de desestimar el motivo constitucional, si se alegó también infracción de norma de derecho civil especial, remitirá las actuaciones al Tribunal Superior de Justicia correspondiente, con lo que en este caso sí se divide el procedimiento.

Para no sobresaltarse hay que tener en cuenta que el número de casaciones de que conocen los nueve tribunales superiores de justicia no alcanza el 1 por ciento de las del Tribunal Supremo.

ii) Resoluciones recurribles

Así como respecto de la apelación debe partirse de la regla general de que todas las sentencias dictadas en primera instancia son susceptibles de ella, para la casación la LEC establece una enumeración de las resoluciones dictadas por las *Audiencias Provinciales* susceptibles de este recurso. Se trata de:

- a) Las sentencias dictadas en los juicios de mayor cuantía.
- b) Las dictadas en los juicios de menor cuantía cuando: 1) Se refieran a asuntos de filiación, paternidad, maternidad, capacidad y estado civil de las personas, 2) La cuantía sea superior a tres millones de pesetas, bien entendido que la cuantía se refiere al valor de la cosa litigiosa, no a la *summa gravaminis*, ó 3) Se trate de cuantía indeterminada.
- c) Las sentencias dictadas en los juicios de desahucio (salvo por falta de pago de la renta) y de retracto, siempre que la cuantía exceda de tres millones de pesetas o sea inestimable.
- d) En los asuntos dichos hasta ahora, la casación cabe, además:
 - 1o.) Los autos que pongan fin al recurso de apelación en los casos de terminación anormal que impidan un proceso posterior.

- 2o.) Las resoluciones (que pueden ser auto o sentencia) que, recayendo sobre una cuestión incidental, impidan la continuación del proceso y la iniciación de otro posterior con la misma pretensión.
 - 3o.) Las resoluciones que declaren haber lugar o no a oír al litigante declarado rebelde.
- e) Los autos dictados en apelación y en ejecución de sentencia de los procesos a que nos hemos referido en las letras a) y b). En este caso los motivos del recurso se limitan a que en la ejecución se haya resuelto punto sustancial no controvertido en el proceso de declaración, no resuelto en la sentencia o que contradiga lo resuelto en ésta.
 - f) Las resoluciones contra las que expresamente se disponga la admisibilidad del recurso, lo que sucede en varias leyes especiales, como patentes o arrendamientos rústicos, etcétera.

Todos los anteriores son los supuestos que podemos considerar normales, pero además cabe el recurso contra las sentencias dictadas por las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia en los procesos en que conozcan en única instancia (responsabilidad civil de jueces, magistrados, miembros del Ministerio Público y altos cargos políticos de la región).

Por último, existe también la casación *per saltum*, es decir, la posibilidad de recurrir en casación contra las sentencias dictadas por los Juzgados de Primera Instancia, sin realizar previamente el recurso de apelación, en los casos de las letras a), b) y c) cuando la cuestión a resolver es estrictamente jurídica.

iii) Motivos del recurso

Atendida la naturaleza extraordinaria de la casación, la LEC establece una enumeración taxativa de los motivos de la misma, en la que se mezclan los errores *in iudicando* e *in procedendo*. Son:

- 1o.) Abuso, exceso o defecto en el ejercicio de la jurisdicción.
- 2o.) Incompetencia o inadecuación del procedimiento.
- 3o.) Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia o de las que rigen los actos y garantías procesales, siempre que, en este último caso, se haya producido indefensión para la parte.

- 4o.) Infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

De esos motivos, transcritos literalmente del artículo 1692 LEC, conviene detenerse en el más específico del derecho español,

En el motivo 5o. que se refiere a la jurisprudencia, entendida como doctrina que, de modo reiterado, establece bien el Tribunal Supremo, en el ámbito del derecho común, bien los tribunales superiores de justicia, respecto del derecho civil especial. Para que la infracción de la jurisprudencia constituya motivo de casación es preciso que:

- 1) Esté formulada en dos sentencias idénticas.
- 2) Ha de referirse a un caso igual y no sólo análogo.
- 3) La simple desestimación de un recurso no supone la aceptación por el tribunal de la casación de la doctrina contenida en la sentencia recurrida.

iv) Procedimiento

Sea cual fuere el o los motivos alegados por la parte recurrente, el procedimiento es el mismo, debiendo tenerse en cuenta, además, que si se interponen varios recursos (por partes diferentes) se procederá a la acumulación. Las fases del recurso son:

- a) Preparación: Se realiza por medio de escrito presentado ante el órgano *a quo*, en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la resolución que se impugna. En ese escrito se manifestará la intención de recurrir, se expondrá que concurren los requisitos para hacerlo y se pedirá que se tenga por preparado el recurso con remisión de las actuaciones al tribunal competente. El órgano *a quo* debe decidir si admite o no el recurso; en el primer caso ordena la remisión de actuaciones y que se emplace a las partes para que comparezcan ante el tribunal *ad quem* en el plazo de cuarenta días; en el segundo dictará auto de inadmisión y contra el mismo cabe recurso de queja.
- b) Interposición: Dentro del plazo de los cuarenta días dichos, la parte recurrente ha de personarse ante el tribunal *ad quem* y presentar escrito de interposición del recurso cuyo contenido

es: expresión de los motivos del mismo, con cita expresa de la norma o jurisprudencia infringida, y fundamentación razonada de la concurrencia de los mismos.

- c) Admisión: Presentado el escrito anterior se dará traslado de las actuaciones al Ministerio Público para que informe sobre la competencia funcional y sobre la concurrencia de los presupuestos de admisión. Después, previa instrucción del magistrado ponente, la Sala decidirá: 1) Instar a la parte para que subsane, en el plazo de diez días, los defectos advertidos, 2) No admitir el recurso cuando la sentencia no sea recurrible en casación o cuando se ha incurrido en defecto insubsanable, y 3) Admitir el recurso.
- d) Vista o audiencia: Si el recurso se admite, se dará traslado de las actuaciones a los abogados de las partes para instrucción, por plazos sucesivos de diez días, y se señalará día para la vista o audiencia. Constituida la Sala con presidente y cuatro magistrados, se celebrará aquélla, informando los abogados oralmente, primero el recurrente y luego el recurrido.

v) Sentencia

En el plazo de quince días, a contar desde el de la vista o audiencia, la Sala dictará sentencia. El contenido de ésta depende de:

- a) Que se desestime el recurso: Se procederá a confirmar la resolución recurrida, que adquiere firmeza, con devolución de las actuaciones al órgano *a quo*.
- b) Que se estime el recurso: El contenido viene condicionado por el motivo alegado y estimado:
 - 1o.) Si se estima por los motivos 1o. y 2o. del artículo 1692, la sentencia de casación anulará todo lo actuado, dejando a salvo el derecho de las partes para interponer otra vez la pretensión ante el órgano competente y en el proceso adecuado.
 - 2o.) Si se estima por el motivo 3o., segunda parte del mismo, se anularán las actuaciones desde el acto nulo y se ordenará se repongan al momento anterior para que vuelva a realizarse el procedimiento de modo eficaz.
 - 3o.) Si se estima por el motivo 3o., primera parte, aunque se trata de error *in procedendo* como éste se produjo en la

sentencia recurrida, la Sala de casación en su sentencia corrige el defecto y entra en el fondo del asunto, sin necesidad de hacer retrotraer las actuaciones.

- 4o.) Si se estima por el motivo 4o., la propia Sala en la misma sentencia ha de resolver sobre el objeto del proceso, dentro de los términos en que se hubiera planteado el debate, con lo que no existe reenvío. El reenvío no ha sido conocido nunca en el derecho español.

e. El recurso de queja

El recurso de queja es una impugnación instrumental respecto de los demás recursos devolutivos. Como la LEC encomienda al juez *a quo* un primer control de admisibilidad de la apelación y de la casación, un error en el mismo cortaría definitivamente la vía de esos recursos, y para evitar ello surge el recurso de queja, que se interpone directamente ante el órgano *ad quem*, persiguiendo la revocación de la resolución que indebidamente ha inadmitido un recurso de apelación o de casación. La queja se admite, pues:

- 1o.) Contra la resolución del Juez de Paz que deniega la admisión del recurso de apelación, y entonces conoce de la queja el Juzgado de Primera Instancia.
- 2o.) Contra la resolución del juez de Primera instancia que deniega la admisión de un recurso de apelación, y conoce de la queja la Audiencia Provincial.
- 3o.) Contra la resolución de la Sección de la Audiencia Provincial que no accede a tener por preparado el recurso de casación, conociendo de la queja la Sala I del Tribunal Supremo.

f. La casación en interés de la Ley

En la LEC se regula todavía una institución que hay que relacionar con el origen histórico de la casación, por cuanto su única finalidad es la formación de jurisprudencia, sin incidencia alguna sobre el caso concreto resuelto. En realidad no se está aquí ante una verdadera actividad jurisdiccional, dado que no se juzga un caso con efectos de cosa juzgada.

De esta actividad conoce exclusivamente la Sala I del Tribunal Supremo (y la Sala de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia

en el marco del derecho civil especial), y el "recurso" cabe únicamente contra sentencias y por el motivo 5o. del artículo 1692. Su interposición se reserva al Ministerio Público y para el procedimiento se efectúa una remisión al de la casación. Los efectos de la sentencia que se dicte se limitan a formar jurisprudencia sobre las cuestiones legales discutidas y resueltas en el pleito, dejando intactas las situaciones jurídicas particulares creadas por la resolución recurrida. En la práctica, su interposición puede calificarse de excepcional.

V. EL PROCESO DE EJECUCIÓN

1. *Conceptos generales*

a. Noción y naturaleza de la ejecución

La jurisdicción no se limita a declarar el derecho. La función jurisdiccional comprende también la ejecución del mismo. En la fórmula constitucional ello se expresa con las palabras "juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado" (artículo 117.3 constitucional), que se refieren al esquema conceptual más sencillo pero no el único: primero se declara el derecho (proceso de declaración) y luego se procede a su ejecución (proceso de ejecución). Existen, con todo, otras posibilidades:

- a) En unos casos terminado un proceso declarativo, en el que la sentencia final ha adquirido firmeza, queda abierta la posibilidad de que la parte solicite que se haga ejecutar lo juzgado. La actividad declarativa no es suficiente para satisfacer al actor, siendo precisa una actividad posterior que acomode la realidad fáctica al deber ser contenido en la sentencia. Esa actividad posterior puede realizarse de dos maneras: 1) Cumplimiento: el condenado cumple voluntariamente la prestación que le impone la sentencia, con lo que no se está ante una actividad procesal, y 2) Ejecución forzosa: si el condenado no cumple voluntariamente es necesario que alguien haga efectiva la sentencia, y ese alguien en nuestro derecho es un juez que realiza un proceso de ejecución.
- b) Pero al supuesto anterior, de declaración seguida de ejecución, existen excepciones en un doble sentido:

- 1a.) Hay casos de declaración no seguida de ejecución: En los supuestos de sentencia meramente declarativa la parte queda satisfecha con la declaración de existencia o inexistencia de la relación jurídica, y en los de sentencia constitutiva ésta produce por sí misma el cambio jurídico. En los dos casos la sentencia agota su fuerza con la declaración, sin llegar a crear un título ejecutivo. La actividad posterior de adecuación de la realidad al deber ser establecido en la sentencia tiene sentido en las sentencias de condena; éstas producen cosa juzgada y son título ejecutivo.
- 2a.) Existen otros casos en los que el proceso de ejecución no va precedido de una actividad judicial declarativa, y así:
- Cuando el título ejecutivo se forma judicial, pero no jurisdiccionalmente, como es el caso de las conciliaciones.
 - Cuando existiendo actividad declarativa ésta no se ha realizado por un órgano jurisdiccional del Estado, sino por árbitros nombrados por las partes.
 - Cuando el ordenamiento admite la existencia de títulos ejecutivos formados contractualmente por las partes.

En síntesis, el proceso de ejecución es aquél en el que, partiendo de la pretensión del ejecutante, se realiza por el órgano jurisdiccional una conducta física productora de un cambio real en el mundo exterior, para acomodarlo a lo establecido en el título que sirve de fundamento a la pretensión de la parte y a la actuación jurisdiccional.

De lo dicho hasta aquí, ya se habrá advertido la naturaleza jurisdiccional de la ejecución, pero conviene resaltar este carácter. En el derecho español la ejecución se confía siempre a un juez (artículo 117.3 constitucional, 2.1 LOPJ y 55 y 919 LEC), pero no se trata sólo de lo que diga la ley sino que, además, la actividad ejecutiva comporta una verdadera injerencia en la esfera jurídica de las personas, por lo que son precisas las garantías jurisdiccional y procesal.

b. El objeto de la ejecución

El objeto de la ejecución es la pretensión ejecutiva, y respecto de ella mantenemos la definición que dimos cuando se aludió a la pre-

tensión procesal (p. 677). La pretensión (ejecutiva) sigue siendo la petición fundada que se hace a un órgano jurisdiccional, frente a otra persona, sobre un bien de la vida, y de esa definición nos importan ahora los elementos objetivos, que son:

a) La petición

La distinción que hicimos cuando hablamos sobre la indentificación del objeto (pp. 678-679), debe mantenerse y así hay que referirse a:

- 1o.) Objeto inmediato: Es una cierta actuación jurisdiccional que atiende siempre a una conducta física que debe producir un cambio en el mundo exterior, para acomodar la realidad al título ejecutivo.
- 2o.) Objeto mediato: El título ejecutivo de que se parte declara la existencia de una obligación cuyo objeto es naturalmente una prestación, entendida ésta como comportamiento del deudor, que se reduce a hacer, no hacer o dar alguna cosa, precisándose después que ese dar puede referirse a cosas específicas, genéricas o dinero.

Por tanto, el objeto de la pretensión será la consecuencia prevista en la ley que debe ser actuada por el juez, y su naturaleza dependerá de la clase de prestación que debía ser realizada por el deudor. La petición del ejecutante habrá de referirse, pues, a esa consecuencia jurídica. Pedirá el objeto inmediato (la realización de la actividad jurisdiccional), pero sobre todo la entrega de un bien determinado, de una cosa genérica, de una cantidad de dinero, la realización de una obra, la destrucción de otra, etcétera.

b) La causa de pedir

En el proceso de ejecución, el fundamento de la petición es siempre el título ejecutivo; éste por sí solo establece el hecho relevante para fundar la petición, individualizándola de las demás, no siendo necesario alegar nada distinto. Más aún, el ejecutante no precisará probar nada para que la ejecución se despache y se lleve hasta el final. Si el ejecutado alega algo, sea lo que fuere, a él corresponde la prueba. En el título se resumen todas las alegaciones y pruebas que el ejecutante precisa; cualquier otra cosa entrará por la vía del ejecutado.

c. El título ejecutivo y sus clases

La importancia del título ejecutivo no es preciso resaltarla (*nulla executio sine titulo*) y tampoco que no cabe realizar aquí un examen detallado del mismo, ni detenerse en la discusión entre el título como acto o como documento. Nos limitaremos a destacar algunas notas características de la regulación española:

- 1a.) La doctrina española no ha cuestionado tradicionalmente la noción de título, porque la LEC regula de modo separado la "ejecución de sentencia" y el llamado "juicio ejecutivo" relativo a los títulos contractuales, como si fueran dos cosas distintas. Se ha afrontado así la consideración de estos títulos contractuales, pero no se hizo un estudio general del título ejecutivo sin más. Sólo en los últimos años se está haciendo ese estudio.
- 2a.) En nuestro derecho no existe la fórmula ejecutiva, ni en los títulos judiciales ni en los contractuales. Dado que el juez del proceso de declaración en la primera instancia es siempre el competente para la ejecución, la fórmula ejecutiva se consideró inútil en los títulos judiciales, y de ahí se pasó a considerarla innecesaria también en los contractuales.
- 3a.) De la misma forma, el *precetto* italiano queda muy diluido. Si el *precetto* consiste en la intimación de cumplir la obligación resultante del título ejecutivo en un plazo no menor de diez días, como dice el artículo 480 c.p.c., en el derecho español sólo existe de manera clara en la ejecución de obligaciones de hacer, pero no en las demás.
- 4a.) El título ejecutivo es siempre un documento típico; si en algún otro derecho la ley da un concepto abstracto de título y, partiendo del mismo, el juez debe determinar caso por caso los documentos que se acomodan a ese concepto, en el derecho español, títulos ejecutivos son los que el legislador quiere que sean y no da un concepto sino que hace una enumeración. Hay que tener en cuenta, con todo, que respecto de los títulos contractuales sí existe esa enumeración formal, mientras que de los títulos judiciales y asimilados no existe un artículo con esa enumeración, pero sí existe declaración caso por caso de cuando es o no título ejecutivo.

De lo que se trata, pues, ahora es de enumerar los títulos:

- a) Judiciales o equiparados: 1) Sentencias firmes de condena, 2) Sentencias ejecutables provisionalmente, 3) Sentencias extranjeras, 4) Laudos, 5) Laudos extranjeros, y 6) Otras resoluciones judiciales (el auto que aprueba la tasación de las costas, el acta de lo acordado en conciliación judicial, el auto que aprueba la transacción judicial, etcétera).
- b) No judiciales o contractuales: 1o.) Los que dan lugar al juicio ejecutivo común, que son: 1) Escritura pública (notarial), 2) Documento privado reconocido bajo juramento ante el juez, 3) Confesión hecha ante juez competente, 4) Títulos al portador o nominativos y los cupones de los mismos, y 6) Pólizas originales de contratos mercantiles intervenidas por Corredor o de Comercio; 2o.) Los que originan juicios ejecutivos especiales: 1) Letras de cambio, pagarés y cheques, 2) Contratos de seguro o aval respecto de los contratos de compraventa de viviendas, 3) El auto de cuantía máxima en materia de accidentes de tránsito, y 4) Algunos otros en materia de negocios de comercio muy poco usados, y 3o.) Los llamados títulos hipotecarios: 1) Hipoteca común, 2) Hipoteca a favor del Banco Hipotecario de España. 3) Hipoteca naval, y 4) Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión.

d. Las formas o clases de ejecución

El criterio básico de la clasificación atiende al carácter del título, a su condición de judicial o no judicial.

- a) Dentro de las ejecuciones de *título judicial* o asimilado a él hay que distinguir entre:
- 1o.) Las *ordinarias* están previstas de modo general y con *vis attractiva* y dentro de ellas puede distinguirse, no por la clase de título, sino por la clase de obligación. La distinción fundamental atiende a: obligaciones dinerarias y no dinerarias, existiendo dentro de éstas un conjunto inclasificable, pero sí enumerable de obligaciones. Se distingue así entre:
- Por obligaciones no dinerarias, y dentro de ellas de hacer, de no hacer, de dar cosa determinada o específica y de dar cosa genérica.
 - Por obligaciones dinerarias.

- 2o.) Las *especiales* no lo son ahora por el título sino por estar previstas para supuestos específicos de pretensión ejecutiva, viniendo unidas normalmente a un proceso especial de declaración (en lo que sigue no nos referiremos a estas ejecuciones por ser muy variadas y poco significativas para entender el sistema procesal español).
- b) Dentro de las ejecuciones de *título no judicial* debe hablarse únicamente de ejecuciones *especiales* y aquí sí atendiendo al título, por cuanto es éste quien determina que tengan procedimiento propio. En todas ellas se trata de obligaciones dinerarias, pero aún así puede distinguirse entre:
- 1o.) Juicio ejecutivo, y dentro del concepto de éste hacer mención de:
- Juicio ejecutivo común, y
 - Juicios ejecutivos especiales, en los que variando el título se produce una modificación en la tramitación del anterior.
- 2o.) Procedimientos hipotecarios, con las variedades que se corresponden con los títulos antes enumerados.

2. Las ejecuciones ordinarias o de título judicial

A. Los títulos judiciales y asimilados

a. La sentencia y el laudo firmes de condena

En el rubro dedicado al título ejecutivo y sus clases (p. 742), enumeramos los títulos judiciales y asimilados a ellos y debemos proceder ahora a su estudio. La utilidad requiere que nos detengamos en los que presentan alguna particularidad para comprender el sistema español. No haremos así referencia a las “otras resoluciones judiciales”, que son normalmente autos a los que la LEC califica de ejecutivos; su forma fue considerada con anterioridad cuando hablamos de las clases de actos procesales (pp. 684-687), y su contenido puede ser muy variado.

a) La sentencia

Las sentencias firmes de condena son el título ejecutivo básico y ello hasta el extremo de que la LEC regula la ejecución bajo la rúbrica "De la ejecución de sentencias" (Libro II, título VIII), remitiendo a esa regulación la ejecución de todos los títulos judiciales y asimilados. Naturalmente no es ahora del caso referirse a qué es una sentencia ni a su forma o contenido; baste recordar que se trata de las que han adquirido firmeza a que el título es realmente la parte dispositiva de la misma.

b) El laudo (o sentencia arbitral)

De carácter similar a la sentencia es el laudo firme de condena, a que se refiere la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje. No discutimos ahora la naturaleza del arbitraje (jurisdiccional o contractual); nos limitamos a decir que sus efectos, en la vertiente ejecutiva, se asimilan a la sentencia y que por ello para su ejecución se está a lo dispuesto en la LEC para la ejecución de sentencias. Conviene, con todo, precisar:

- 1o.) En el derecho español no existe depósito del laudo en un órgano jurisdiccional ni declaración previa que lo convierta en ejecutivo. El laudo firme de condena será, simplemente, el título ejecutivo que la parte acompañe a la demanda ejecutiva instando la ejecución, y en ese momento el juez despachará o no la ejecución si el laudo cumple los requisitos formales.
- 2o.) Naturalmente la ejecución corresponde siempre a un juez, determinándose la competencia, no por el criterio funcional, sino por los criterios objetivo y territorial; objetivamente la competencia corresponde a los Juzgados de Primera Instancia y territorialmente al del lugar donde el laudo se haya dictado.

b. La sentencia no firme: la ejecución provisional

Si el título normal es la sentencia firme de condena, no impide ello que se regule la ejecución de sentencia (no de laudos) que no ha alcanzado aún firmeza. No existe en la LEC una norma única que regule todos los casos en que las sentencias no firmes pueden ser títulos ejecutivos, debiendo distinguirse entre:

a) Sentencias pendientes de apelación

La determinación de la ejecutabilidad se hace distinguiendo tres tipos de sentencias:

- 1a.) De condena dineraria líquida: En este caso si la parte favorecida por la sentencia pide su ejecución provisional, el juez de la primera instancia, que es el competente para decretarla, debe controlar la concurrencia de los requisitos, pero existentes éstos no puede denegar la concesión de la ejecución provisional. No existe, por tanto, una verdadera decisión entre opciones, sino la concesión impuesta por la ley, existiendo petición de parte.
- 2a.) Sobre "objeto o naturaleza diferente": Aparece aquí la concurrencia de un criterio a valorar por el juez, con lo que sí existen opciones para él. La ejecución se concederá si el juez estima que el perjuicio que pudiera causarse con la ejecución misma no es irreparable. De ello resulta que:
 - Se incluyen aquí todas las sentencias de condena no dineraria (hacer, no hacer y dar cosa distinta del dinero) y las dinerarias ilíquidas.
 - La irreparabilidad no puede interpretarse en sentido absoluto, sino con referencia a la facilidad o dificultad de la reparación.
- 3a.) Excluidas de la ejecución provisional: Las sentencias que versan sobre paternidad, maternidad, filiación, divorcio, capacidad, estado civil y derechos honoríficos no son ejecutables provisionalmente. En realidad estas sentencias son normalmente constitutivas, por lo que se ha querido excluir la producción de cualquier efecto.

La competencia para acordar la ejecución provisional corresponde siempre al juez de la primera instancia; contra su resolución puede apelarse, pero el recurso se admite sólo en el efecto devolutivo. La ejecución sólo se acordará a petición de la parte apelada, que deberá constituir la caución que el juez estime suficiente (lo normal es el aval bancario).

Dictada la sentencia e interpuesto el recurso de apelación, si el juez lo admite con efecto suspensivo, al mismo tiempo paralizará la tramitación durante seis días, en espera de que en ese plazo el ape-

lado pida la ejecución provisional. Si no la pide se sigue la tramitación del recurso; si la pide el juez la concederá o no según los tipos vistos y, prestada la caución, queda constituido el título ejecutivo.

b) Sentencias pendientes de casación

Si la regulación del supuesto anterior procede de la Ley 34/1984, de 6 de agosto, de reforma de la LEC, este otro supuesto proviene de la redacción originaria de la Ley en 1881 y, sin embargo, sus lagunas son tan importantes que hay que concluir que la distinción de los tres tipos de sentencias, a que antes nos hemos referido, es aplicable también aquí. Lo que importa resaltar no es el procedimiento sino que la competencia para conceder la ejecución provisional (para crear el título ejecutivo) la tiene siempre el órgano que dictó la sentencia recurrida, mientras que la verdadera ejecución la realiza el Juzgado de Primera Instancia.

c. La sentencia y el laudo extranjeros

a) La sentencia

En principio, la regulación se encuentra en los artículos 951 a 958 de la LEC, que provienen de la Ley de 1855, con lo que se contaba con unas normas decimonónicas. Esas normas establecen tres criterios para la homologación de sentencias extranjeras: convencional, de reciprocidad de hecho y de control interno independiente.

El régimen preferente es el convencional, por lo que debe estarse a lo dispuesto en el Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968 modificado el 9 de octubre de 1978, el 25 de octubre de 1982 y, sobre todo, el 26 de mayo de 1989 (ratificado por España el 29 de octubre de 1990 y publicado en el *Boletín Oficial* del Estado de 28 de enero de 1991).

b) El laudo

La Ley 36/1988, de 5 de diciembre, de Arbitraje, se remite en primer lugar a lo dispuesto en los tratados internacionales, por lo que deberá estarse al Convenio de Nueva York de 10 de junio de 1958, al que se adhirió España el 29 de abril de 1977 (publicado

en el *Boletín Oficial* del Estado de 11 de julio de 1977) y también Italia en 1969.

B. *La iniciación de la ejecución*

a. *La demanda ejecutiva*

La regla de la disposición y su consecuencia: la incoación a instancia de parte son plenamente aplicables en el proceso de ejecución. Este se inicia sólo cuando la parte lo pide, no pudiendo el juez iniciarlo de oficio. En un procedimiento regido por la escritura la incoación se efectúa de esa forma, mediante la presentación de un escrito, al que la LEC prácticamente no se refiere en las ejecuciones ordinarias, aunque se trata evidentemente de una demanda.

Cuando el título ejecutivo consta en el Juzgado, cuando la parte ejecutante comparece representada por el mismo procurador que actuó en el proceso de declaración y cuando ejecutante y ejecutado están designados nominalmente en el título, ese escrito no tiene problemas, siendo preciso únicamente determinar las medidas ejecutivas que se piden.

Por el contrario, si no concurren las circunstancias anteriores puede ser preciso:

- 1o.) Acompañar el título ejecutivo: Se requerirá sólo cuando se pretenda ejecutar un laudo español. Si el título es una sentencia o un laudo extranjeros, el Tribunal Supremo, que es el órgano competente para la homologación normalmente, al convertirlo en título hubo de ponerlo en conocimiento del Juzgado competente para la ejecución, de modo que en el Juzgado debe estar ya el título.
- 2o.) Conceder la representación a procurador y acreditarla: Será necesario cuando en el Juzgado no esté ya acreditada esa representación, al haber existido antes una fase de declaración.

El régimen preferente es el convencional por lo que debe estarse a lo dispuesto en el Convenio entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, sobre reconocimiento y ejecución de sentencias judiciales y laudos arbitrales en materia civil y mercantil, hecho en Madrid el 17 de abril de

1989 (ratificado por España el 10 de julio de 1990 y publicado en el *Boletín Oficial* del Estado de 9 de abril de 1991).

- 3o.) Acreditar la condición de ejecutante o ejecutado: Habida cuenta de la posibilidad de que la legitimación corresponda, activa o pasivamente, a persona no designada en el título (por haber muerto la designada en él, por ejemplo), en el escrito inicial deberá justificarse bien el hecho de la sucesión, bien la concesión de legitimación extraordinaria.

Respecto del contenido de la petición deberá estarse a lo que dijimos sobre el objeto de la ejecución.¹¹

b. El auto despachando la ejecución

Al escrito inicial instando la ejecución el juez debe contestar por medio de auto denegado o despachando la ejecución misma. A ese auto tampoco se refiere la LEC de modo directo, y ello porque está redactada pensando sólo en el título sentencia firme de condena.

Con todo es evidente que en esa resolución hay que distinguir entre:

- 1o.) Examen de la regularidad formal del título: Sin posibilidad de conceder audiencia al ejecutado, el juez no puede cuestionar el tema de fondo, es decir, la legalidad o la justicia de la condena que en el título se contiene; eso está cubierto por la firmeza de la resolución. Lo que sí puede y debe hacer, aparte de comprobar los requisitos formales (que son subsanables, como la falta de poder a procurador), es atender al título mismo (si es ejecutivo o no, o si tiene defectos que lo convierten en nulo) y sobre todo examinar si se ha acreditado o no la sucesión.
- 2o.) La resolución misma, esto es, el auto: Hecho el examen anterior el juez debe decidir entre denegar la ejecución o despacharla. En el primer caso cabe reposición, apelación y en algún supuesto casación. Si despacha la ejecución no estamos ante un mero auto formal, de iniciación de la ejecución, sino que en el mismo debe ordenar las medidas ejecutivas que, atendida la petición del ejecutante, sean adecuadas a la obligación documentada en el título.

¹¹ Véase *supra*, pp. 740-741.

La iniciación de la ejecución no es contradictoria, es decir, de la demanda del ejecutante no se da traslado al ejecutado antes de dictar el auto (salvo en el caso de que el título sea un laudo español). Con todo, el auto que despacha la ejecución sí debe notificarse al ejecutado, si bien no inmediatamente después de dictarse, sino cuando se hayan adoptado las primeras medidas ejecutivas, con lo que se evita que el ejecutado pueda obstaculizar esas primeras medidas. Hecha la notificación cabrá reposición y después apelación en un solo efecto.

C. La ejecución por obligaciones no dinerarias

a. La fácil renuncia a la ejecución específica

Si a la ejecución ordinaria por obligaciones dinerarias, que veremos después, dedica la LEC doscientos artículos, en sólo cinco regula todos los supuestos de ejecución ordinaria por obligaciones no dinerarias, con lo que la Ley prevé sólo el mínimo del mínimo, faltando instrumentos necesarios para conseguir un resultado proporcionado a la pretensión. A esta parquedad reguladora hay que añadir la facilidad con que la Ley renuncia a la ejecución específica, transformándola en ejecución dineraria.

La aspiración de toda ejecución debe consistir en acabar ofreciendo al ejecutante la exacta prestación que se contiene en el título, pues sólo con ella se logra la verdadera satisfacción. Esta aspiración no se cumple en el derecho español, en el que con gran facilidad se dice que, instada la ejecución, el ejecutado podrá *optar* entre lo dispuesto en el título o el resarcimiento en dinero, con lo que la ejecución se hace depender de la voluntad del ejecutado.

Establecida en el título una obligación específica no dineraria, pueden presentarse causas que la impidan. Esas causas pueden ser:

- 1o.) Naturales: Cuando por la naturaleza de las cosas la ejecución específica se ha convertido en físicamente imposible, como es el caso de pérdida o destrucción del bien que debía entregarse.
- 2o.) Jurídicas: Aún siendo físicamente posible, la imposibilidad puede derivar de la interrelación del ordenamiento jurídico, y así si la cosa determinada a entregar existe, pero está en

poder de una tercera persona, el condenado en la sentencia no podrá entregarla ni aunque quisiera hacerlo.

Ante los supuestos de imposibilidad, natural o jurídica, es evidente que la Ley no puede insistir en una ejecución específica, pero lo grave es que el derecho español renuncia con gran facilidad a la ejecución específica y, como consecuencia, debe cuestionarse si en realidad permite a los jueces y tribunales prestar la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos a que se refiere el artículo 24.1 constitucional.

b. Obligaciones de hacer

Partiendo de la incoación de la ejecución por el ejecutante, el juez ordenará al ejecutado que proceda a realizar aquello a lo que viene obligado según el título ejecutivo y le señalará plazo para hacerlo. Dentro de ese plazo el ejecutado puede:

- 1o.) Realizar completamente y bien la actividad ordenada: La ejecución finaliza aquí, quedando pendiente sólo el pago de las costas.
- 2o.) Realizar en parte la actividad: La ejecución debe continuar respecto de lo no realizado.
- 3o.) Realizar deficientemente o contra el sentido del título: Se equipara a no realizar lo ordenado y, además, el ejecutante puede pedir que se deshaga lo mal hecho.
- 4o.) No realizar la actividad ordenada: La ejecución debe seguir, distinguiendo la ley dos clases de conductas.

a) Conductas fungibles o no personalísimas

Cuando la conducta es no personalísima y el ejecutado no hace, dice el artículo 924 LEC que "se hará a su costa". Esta es toda la base legal con que se cuenta, con lo que se deja al juez ante el ejercicio de su sentido común. El orden correcto de realización de los actos sería el siguiente: 1) Embargo preventivo para asegurar el importe de lo hecho, 2) Realización forzosa de los bienes obteniendo una cantidad de dinero, 3) Actividad del tercero que realiza el hacer, y 4) Pago al tercero de la actividad hecha.

b) Conducta infungible o personalísima

Cuando la conducta impuesta en el título sólo puede realizarla el ejecutado, atendidas sus cualidades personales, y no la hace voluntariamente en el plazo concedido, dice la Ley que "se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios". A pesar de ello, hay que tener en cuenta que:

- 1o.) Existen supuestos en los que ha de ser posible la ejecución en la persona del ejecutado (lanzamiento en el desahucio o guarda de los hijos en el divorcio).
- 2o.) El determinar cuándo una conducta es o no personalísima no puede quedar a la decisión del ejecutado, debiendo ser el juez el que determine la naturaleza.

c. Obligaciones de no hacer

La solución del artículo 925 LEC era la más simplista que imaginarse pueda: si el ejecutado hace en contra del título "se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios", y menos mal que el artículo 1099 c.c. vino después a paliar un poco las cosas al permitir que se deshaga lo mal hecho. La verdadera ejecución empieza, pues, cuando producida la violación del mandato que se contiene en el título, el ejecutante insta que se proceda a:

- 1o.) Destruir lo mal hecho, a costa del ejecutado, siempre que ello sea posible (el condenado construye donde no podía hacerlo: se destruirá).
- 2o.) Indemnizar los perjuicios sufridos, cuando no sea físicamente posible la destrucción (el condenado artista da un recital cuando no podía hacerlo con empresa de la competencia: indemnización).
- 3o.) Garantizar que el ejecutante podrá seguir haciendo, cuando la condena se refería a prohibir al ejecutado que impidiera una actividad (la condena se refiere a permitir el paso por el fundo del ejecutado y esto lo impide: se adoptarán las medidas para asegurar ese paso, incluida la protección por la fuerza pública).

d. Obligaciones de dar

Estamos ante las obligaciones de dar cosas distintas del dinero que pueden ser:

a) Cosa específica

Instada la ejecución por el ejecutante, el juez procederá *inmediatamente* a ponerlo en posesión de la cosa. Destacamos el adverbio de tiempo "inmediatamente", que supone que el juez no puede conceder plazo alguno al ejecutado para entregar la cosa. En la Ley se establece una cláusula general de las actividades que el ejecutante puede pedir al juez y éste acordar, para dar cumplida ejecución a las obligaciones de dar. Se ofrecen así grandes posibilidades de actuación a la hora de conseguir el fin de la ejecución: poner al ejecutante en posesión de la cosa. Toda actividad que se dirija a ese fin es "conducente" y, por tanto, puede ser acordada por el juez. Sólo en el caso de que puesta en posesión fuera imposible se acudirá al resarcimiento de perjuicios.

b) Cosa genérica

Tratándose de estas cosas genéricas (o fungibles o sustituibles), es decir, de las que se pesan, cuentan o miden, es posible que el ejecutante se vea satisfecho con su conversión en dinero, pero no siempre será así. Cuando el género es escaso en el mercado debe intentarse, primero, la entrega de ese género. Sólo cuando el ejecutante así lo pida o cuando la entrega del género sea imposible, se acudirá a su conversión en dinero, por el precio del mercado.

D. La ejecución por obligaciones dinerarias

a. Esquema inicial

Cuando el título ejecutivo impone directamente una obligación de dinero, o bien cuando una obligación de otra clase se transforma en dinero, la actividad ejecutiva tiende a extraer del patrimonio del ejecutado los bienes necesarios para que, una vez convertidos en dinero, pueda hacerse pago al ejecutante. Esta es, sin duda, la forma ejecutiva más utilizada y se integra por esta serie de actos:

- 1o.) Demanda ejecutiva.
- 2o.) Liquidación del título ilíquido (que no es necesario si el título es ya líquido).
- 3o.) Embargo de bienes del ejecutado.
- 4o.) Realización de los bienes embargados, que se traduce normalmente en la enajenación forzosa, pero que puede consistir también en la adjudicación o en la administración forzosas.
- 5o.) Pago al acreedor.

Todo este conjunto de actos está regulado en la LEC de la forma más dispersa que imaginarse pueda, hasta el extremo de que han de ser reconstruidos por la doctrina. El orden para leer la LEC es el siguiente:

- a) Se inicia en el artículo 919 ("De la ejecución de sentencias") con la instancia de parte que pone en marcha la ejecución.
- b) Despachada la ejecución se procede al embargo, como dispone el artículo 921.
- c) La regulación del embargo está en los artículos 1447 a 1455.
- d) Se vuelve al artículo 922 el cual dice que hecho el embargo se pasará al avalúo y venta de los bienes, para lo que nos remite a los artículos 1481 a 1531.

En lo que sigue vamos a partir de la base de que el título ejecutivo es líquido, evitando así hacer referencia a una serie de incidentes de liquidación muy complejos. Damos por supuesto también que se sabe que los intereses de la obligación son los pactados por las partes y, en su defecto, el interés legal del dinero aumentado en dos puntos (sobre 12 o el 13 por 100), comenzando a devengarse desde la sentencia de primera instancia, si ésta es confirmada en los recursos.

b. El embargo ejecutivo

El embargo se resuelve básicamente en una declaración de voluntad del juez por la cual afecta un bien determinado del patrimonio del deudor a un proceso de ejecución, con lo que se crea en el ejecutante una facultad procesal a cobrar el importe de su crédito con el dinero obtenido de la realización forzosa de ese bien. Si la declaración de voluntad es el elemento esencial del embargo, no por ello se presenta de modo aislado; para que se produzca es necesaria

una actividad anterior que la posibilite y otra actividad posterior que la garantice. De ahí que quepa hablar de fases en el embargo:

- a) Localización de bienes del ejecutado: Antes de que la declaración de voluntad se produzca es necesario encontrar bienes del ejecutado respecto de los cuales pueda realizarse. Esa búsqueda es abandonada en manos del ejecutante, aunque en ella recibirá la ayuda del Juzgado, pues éste se dirigirá a los registros y organismos públicos y a las entidades financieras solicitando relación de bienes del ejecutado. Si no se encuentran bienes, la ejecución finaliza aquí, aunque puede reiniciarse en cualquier momento, cuando aparezcan bienes susceptibles de embargo.

Aún habiendo encontrado bienes, debe tenerse en cuenta que no todos son embargables. Atendida la naturaleza y el fin del embargo, éste no podrá recaer sobre los bienes no patrimoniales, tampoco sobre los bienes no enajenables y, por último, tampoco sobre los que la ley declara expresamente inembargables, bien por razones similares al *beneficium competentiae*, bien por razones sociales o de interés público.

- b) Designación de los bienes a embargar: La carga de designar los bienes a embargar recae sobre el ejecutante. Ciertamente el Juzgado buscará bienes en el domicilio del deudor, con posibilidad de pedir el auxilio a la fuerza pública, pero de hecho si el ejecutante no designa bienes será difícil que la actuación del Juzgado tenga éxito. Esa designación tiene dos límites:

1o.) Cualitativo: Ha de respetar un orden de prelación fijado por la ley, en el que se pretende combinar el menor perjuicio para el ejecutado con la mayor facilidad en la enajenación forzosa.

2o.) Cuantitativo: Han de embargarse sólo los bienes necesarios para cubrir con su enajenación el importe del crédito, los intereses y las costas. A lo largo del proceso de ejecución cabe la mejora (o ampliación) y la reducción del embargo.

- c) Garantías de la afección: Encontrados y designados los bienes, el juez realizará la afección, es decir, la declaración de voluntad; con ella el embargo está realizado pero es evidente su insuficiencia tanto frente al ejecutado, que podría hacer desaparecer el bien, como frente a terceros, que han de tener conocimiento de la existencia de la traba. De ahí surge la nece-

sidad de actos de garantía, que dependen de la clase del bien embargado:

- 1o.) Anotación en registro público: Cuando el bien es inmueble, la garantía se resuelve en la anotación del embargo en el Registro de la Propiedad, anotación que crea el *ius prioritatis*, o preferencia en el cobro del crédito frente a anotaciones posteriores, y el *ius persequendi*, si el bien se transmite a terceros.
- 2o.) Depósito judicial: Se entiende por él la tenencia de bienes muebles y semovientes afectados a una ejecución para guardarlos y retenerlos a disposición del juez, hasta que éste ordene su entrega a otra persona. El depósito no siempre supone traslación física del bien, pudiendo consistir en sujetarlo a un régimen jurídico distinto pero siguiendo en posesión de la misma persona. En principio la facultad de designar depositario corresponde al ejecutante, pero hay tres clases de depósito judicial: 1) Institucional o en órgano público (para cuando se trata de dinero o alhajas), 2) Personal o en persona privada de conocida responsabilidad, y 3) Retención sin desapoderamiento para los bienes incorpóreos, consistiendo en la orden dirigida al deudor del ejecutado (*arrestatorium*).
- 3o.) Administración judicial: Cuando se embargan frutos y rentas se nombra un administrador que no se limita a conservar el bien, sino que debe realizar la actividad necesaria para conseguir que los frutos y rentas sigan produciéndose. El caso más importantes es el del embargo de establecimientos mercantiles y fabriles que tienen regulación prop'ia.

Como se habrá observado la LEC española no divide la ejecución con referencia a los bienes muebles y a los inmuebles. Naturalmente las garantías del embargo son distintas según la clase de bien, pero la regulación es general. La competencia judicial no se determina según la clase de bien embargado, sino que se parte de la regla de que cada juez ejecuta las sentencias que el mismo dictó en la primera instancia.

c. El reembolso

La pretensión ejecutiva no tiene carácter exclusivo, por lo que sobre el mismo bien del ejecutado pueden realizarse coetáneamente varios procesos de ejecución. Es posible, por tanto, el reembolso que consiste en la afección de un bien, embargado ya en un proceso de ejecución, a una segunda o posterior ejecución. La declaración de voluntad no ofrece problemas; sí la garantía de la afección, debiendo distinguirse entre:

- a) Cuando se trata de bienes muebles o, más en general, cuando la garantía no puede consistir en la anotación en el Registro de la Propiedad, el reembargante no puede designar nuevo depositario, pero se comunicará al primer Juzgado la existencia del segundo embargo.
- b) Cuando la garantía es la anotación en el Registro de la Propiedad el segundo embargante procederá también a anotarlo en el Registro.

A partir de aquí el sistema español sólo se entenderá si se tiene en cuenta que en el proceso civil no existe ni acumulación de ejecuciones ni concurrencia de ejecuciones sobre un mismo bien, sino que se está, salvadas las preferencias legales, ante la regla del *prior tempore potior iure*, de modo que quien embargó primero tiene derecho a cobrar la totalidad de su crédito frente a los que embargaron después. Pueden así suceder dos cosas:

- 1a.) Que el primer embargante pida la enajenación del bien y que se realice, con lo que el segundo embargante sólo cobrará si sobra dinero después de haber pagado al primero el principal, intereses y costas.
- 2a.) Que el segundo embargante pida la enajenación del bien y que se realice, pero con el dinero obtenido debe cobrar antes el primer embargante, y sólo si sobra cobrará el segundo.

d. La realización de los bienes embargados

Hecho el embargo se puede pasar a la cuarta fase del proceso de ejecución por obligaciones dinerarias que consiste en la realización forzosa de los bienes embargados. Naturalmente si lo embargado fue dinero no ha lugar a esta fase, pasándose directamente al pago al

ejecutante. Si se trata de cualquier otro bien la fase es necesaria y se resuelve en tres modalidades, la más importante de las cuales y la preferente es la enajenación forzosa.

i) La enajenación forzosa

En términos generales, la enajenación forzosa es la actividad procesal que tiende a utilizar el valor en cambio de los bienes embargados, logrando con ello una cantidad de dinero. Tradicionalmente la naturaleza de la misma se ha pretendido explicar como un contrato de compraventa, y así la LEC utiliza las palabras "venta", "compraventa" e incluso "escritura de venta", pero esta explicación debe rechazarse porque se trata de la utilización de categorías de derecho privado que no son capaces de explicar el fenómeno procesal. En efecto, piénsese que en la compraventa, los efectos del incumplimiento de las obligaciones son muy distintos de los efectos derivados de la subasta; si el "comprador" no entrega el "precio" no hay acción contra él, por ejemplo.

La enajenación forzosa es un acto procesal por el que el juez transmite a un tercero un bien previamente embargado al deudor ejecutado, en virtud de su potestad jurisdiccional, como medio para obtener dinero y satisfacer la pretensión del ejecutante. No se trata de un contrato, sino de un acto del proceso de ejecución, y su base no es un negocio jurídico entre el juez y el adquirente, sino el ejercicio de la potestad jurisdiccional.

En la LEC se regulan dos formas de enajenación:

a) Especial o de valores

Cuando lo embargado han sido valores debe distinguirse: 1) Si se trata de valores admitidos a cotización en un mercado secundario de valores, su enajenación se producirá a través de dicho mercado, para lo que el juez se dirigirá al organismo rector, y 2) Si se trata de cualesquiera otros valores la enajenación la realizará un notario o corredor de comercio.

b) General o por subasta

Este es el sistema normal y comprende todos los bienes distintos del dinero (que no precisa enajenación) y de los valores. No hay en la LEC dos regulaciones de la subasta sino una sola que atiende

preferentemente a los bienes muebles pero que, al mismo tiempo, va intercalando normas específicas de los bienes inmuebles, a los que rodea de mayores garantías. En síntesis las etapas son:

- 1a.) Determinación de la situación jurídica de los bienes: Para ese fin se pedirá al Registro de la Propiedad certificación de cargas y al ejecutado que presente el título de propiedad.
- 2a.) Avalúo: Se trata de determinar pericialmente el valor de mercado del bien.
- 3a.) Anuncio de la subasta: Atendido el valor del bien se realiza el anuncio de la subasta, sólo en el tablón de anuncios del Juzgado, en el boletín oficial de la provincia, o en el boletín oficial del Estado, con la regla: a mayor valor mayor publicidad.
- 4a.) Subasta: Se trata de recibir pujas al alza en un acto oral y concentrado, aunque cabe la presentación de pujas por escrito en sobre cerrado. En la LEC se regulan tres tipos de subasta, que se denominan primera (el bien sale por el precio del avalúo), segunda (desierta la primera, el bien sale por el 75 por 100 del avalúo) y tercera (desierta la segunda, el bien sale sin precio determinado, pudiendo ésta repetirse cuantas veces lo pida el ejecutante).
- 5a.) Aprobación del remate: Al final de la subasta, el juez aprobará el remate, es decir, determinará que la subasta ha terminado con precio admisible. Esta aprobación marca un momento preclusivo: la "venta" es irrevocable y a partir de entonces los riesgos corren a cargo del mejor postor.
- 6a.) Liquidación de las cargas: Si se trata de bienes inmuebles, aprobado el remate y antes de ordenar al mejor postor que entregue el precio, el secretario judicial debe liquidar las cargas, esto es, fijar el valor de los gravámenes que deben subsistir sobre el bien para rebajarlos del precio. La regla es que el postor asumirá las cargas preferentes y anteriores, pero se extinguirán las cargas no preferentes y posteriores.
- 7a.) Pago del precio y entrega del bien: En la misma resolución que aprueba la liquidación de las cargas el juez ordenará al mejor postor que entregue en el Juzgado el precio de la subasta, y hecho esto se le entregará el bien.

El anterior es el esquema que podemos calificar de normal, pero cabe la concurrencia de una grave perturbación consistente en que el mejor postor no entregue el precio, en cuyo caso aparece lo

que se llama subasta en quiebra. Es decir, la repetición de la subasta, perdiendo el postor el 20 por 100 que hubo de consignar para poder concurrir a la subasta.

ii) La adjudicación forzosa

Este sistema de realización ofrece en el derecho español dos supuestos muy diferentes en los presupuestos y en los efectos:

a) Adjudicación para pago

Cuando lo embargado fueren sueldos, pensiones o créditos realizables en el acto no cabe la enajenación forzosa, sino que ha de estarse a una adjudicación, distinguiéndose:

- 1o.) Créditos realizables en el acto: La garantía de la afección era el *arrestatorium* y después el juez ordenará que el deudor del ejecutado entregue la cantidad adeudada en el Juzgado para proceder a pagar al ejecutante. Esta resolución convierte al ejecutante en acreedor del deudor del ejecutado, pero la adjudicación no equivale al pago, pues éste existirá jurídicamente cuando exista en la realidad.
- 2o.) Sueldos y pensiones: Si lo que se embargó fue la parte no inembargable (es decir, lo que exceda del salario mínimo interprofesional) de un salario o pensión, el juez dictará resolución vinculándolo a una concreta ejecución, sin que pueda alterarse en el futuro la preferencia. A partir de la adjudicación el pagador del sueldo o pensión lo ingresará periódicamente en el Juzgado y éste irá pagando al ejecutante, hasta que esté pagado el principal, intereses y costas.

b) Adjudicación en pago

Cuando fracase la subasta el ejecutante puede pedir que se le entregue el bien en pago. En este caso, el bien es utilizado por su valor en sí y la adjudicación es el acto procesal por el que el juez transmite al ejecutante un bien previamente embargado al deudor ejecutado, en virtud de su potestad jurisdiccional, como medio para lograr la satisfacción de aquél. En este caso la adjudicación supone transmisión de la propiedad, pero siempre con la regla de la sub-

sistencia de las cargas anteriores y preferentes y extinción de las posteriores y no preferentes.

iii) La administración forzosa

También cuando la subasta fracase el ejecutante puede optar porque el bien se le entregue en administración, en cuyo caso el bien es utilizado por su valor en uso o, si se prefiere, por sus frutos, pues se trata de que el ejecutante vaya con ellos satisfaciendo paulatinamente su crédito. Naturalmente esto supone que el bien ha de ser productivo, es decir, ha de producir frutos o rentas en su sentido más amplio.

Si el ejecutante opta por este sistema el juez ordenará que se le entregue el bien bajo inventario. El régimen de la administración puede determinarse de dos maneras: bien por acuerdo entre ejecutante y ejecutado, bien estándose a la costumbre del lugar, debiendo rendirse cuentas anualmente.

El ejecutante tiene un derecho básico: hacer suyos los productos del bien, y dos obligaciones: mantener el bien en el estado en que se le entregó y rendir cuentas. La administración, pues, no afecta a la propiedad, que sigue siendo del ejecutado, sino la posesión, pero los productos se perciben directamente por el ejecutante.

e. Pago al ejecutante

Toda la ejecución tiende a lograr la satisfacción del crédito del ejecutante, lo que se logra mediante la entrega de una cantidad de dinero, esto es, pagando. Ahora bien, el pago puede no existir:

- 1o.) En su sentido de forma de extinción de las obligaciones, porque no se encuentren bienes para embargar, porque las subastas queden desiertas, etcétera, pero ello no impide que pueda ponerse en marcha nuevamente el proceso de ejecución si se descubren bienes al ejecutado.
- 2o.) En su sentido de fase del proceso de ejecución, porque al final la realización forzosa consista en la administración forzosa o en la adjudicación forzosa *pro soluto*, no siendo necesaria esta última fase

Si la fase llega a existir su procedimiento viene condicionado por las anteriores:

- a) Si el embargo recayó sobre dinero, se hará pago sin más.
- b) Si el embargo incidió en créditos realizables en el acto, sueldo o pensión, la actividad posterior hasta que el pago sea efectivo puede ser muy complicada y tener gran duración.
- c) Si el bien embargado fue enajenado y se obtuvo una cantidad de dinero, el juez procederá a pagar pero teniendo en cuenta las preferencias.

E. La oposición a la ejecución

a. La oposición del ejecutado

En el derecho español en el momento de redacción de la LEC de 1855 se estimó que cuando el título ejecutivo era una sentencia el ejecutado no debía ser oído, y de ahí que no se regulara la oposición del ejecutado a la ejecución. Esa misma errónea idea se recogió en la LEC de 1881, y de ahí que en España durante un siglo la doctrina no se refiriera a esta oposición. En los últimos tiempos los manuales de solvencia suelen referirse ya a la oposición del ejecutado, distinguiendo entre:

a) Oposición a la pretensión ejecutiva

Se trata de una oposición referida a la ejecución misma, es decir, a la pretensión ejecutiva desligada del título ejecutivo, y puede referirse a:

- 1o.) Falta de legitimación activa y/o pasiva de las partes, la cual puede estar fuera del título aunque con referencia a él, y entonces se persigue la terminación inmediata del proceso por haberse despachado indebidamente la ejecución.
- 2o.) Falta (en sentido amplio) del acto jurídico que se dice en la demanda dio origen al documento título ejecutivo. Mientras el título como documento siga existiendo el juez deberá despachar la ejecución, pero la situación de derecho material puede haber cambiado (por ejemplo, el deudor pagó) y el ejecutado tiene que poder alegar ese cambio para poner fin a la ejecución.
- 3o.) Reducción o limitación de la ejecución al contenido actual del derecho subjetivo cuando éste se ha modificado sin desaparecer (pago parcial, por ejemplo).

b) Oposición a los actos ejecutivos

La oposición puede no referirse al conjunto de la ejecución, sino a concretos actos ejecutivos y el fundamento de la misma puede atender:

- 1o.) A que en esos actos se ha producido la vulneración de normas procedimentales, relativas a la ordenación y manera formal de realizar los actos procesales, con lo que se pide simplemente modificar ese acto, realizando otro ajustado a la norma.
- 2o.) A que los actos, aún siendo formalmente correctos, suponen vulneración de las normas procesales relativas al contenido de los mismos (se embarga un bien inembargable).
- 3o.) A que actos procesales concretos están desconociendo el título ejecutivo, en tanto es medida de la ejecución y determina el objeto del proceso poniéndole límites.

Naturalmente de modo previo siempre cabe que el ejecutado alegue la falta de presupuestos o impedimentos procesales (como la competencia del juez o la falta de poder del procurador).

c) Cauces procesales de la oposición

Los anteriores son los supuestos de la oposición que pueden articularse procesalmente de varias maneras:

- 1a.) Cuando lo que se cuestiona es que la obligación documentada en el título se ha extinguido o reducido, cabe acudir a un proceso declarativo contra el legitimado activo, para obtener una sentencia en la que se declare que no existe ya el derecho subjetivo del acreedor (aunque esto no será necesario, normalmente).
- 2a.) En todo caso contra las resoluciones que se dicten en la ejecución cabe, primero, el remedio de reposición y, después, el recurso de apelación, si bien en un sólo efecto, y puede caber casación.
- 3a.) Si la vía de los recursos es insuficiente para tratar de una compleja situación de hecho necesitada de prueba, ha de estarse a las normas generales de los incidentes.

b. La oposición de terceros: las tercerías

La LEC sí regula la oposición de terceros a la ejecución, haciendo referencia a dos instituciones sustancialmente distintas por el fondo aunque tengan la misma tramitación precedimental.

a) Tercería de dominio

Presupuesto básico del embargo es que el bien pertenezca al patrimonio del ejecutado, pero dado que esto no es siempre fácilmente constatable puede darse el caso que se embargue un bien de un tercero. Frente a ese acto procesal de embargo el tercero puede interponer la tercería de dominio, con la que pretende simplemente que el bien salga de la afección a un proceso de ejecución. En esta tercería no se trata realmente de discutir sobre la propiedad del bien (no se ejercita una pretensión reivindicatoria), sino que se formula oposición a un acto concreto de embargo, pidiendo que se levante el mismo por la razón que fuere.

b) Tercería de mejor derecho

Se trata ahora de algo muy distinto, de determinar la preferencia de un crédito del tercero respecto del crédito del ejecutante por el que se está realizando la ejecución. Si la afección de un bien a la ejecución confiere al ejecutante la facultad de percibir el producto de la enajenación forzosa, esta facultad puede verse modificada como consecuencia del ejercicio por un tercero acreedor de esta tercería, en la que pretende que él debe ser reintegrado en su crédito con preferencia al ejecutante y respecto de los bienes embargados.

3. *Las ejecuciones especiales o de título no judicial*

A. *El juicio ejecutivo (común y especiales)*

a. El juicio ejecutivo común

i) Su naturaleza

Continuando con el esquema acerca de las formas o clases de ejecución (pp. 743-744), hemos de referirnos ahora al llamado juicio

ejecutivo que denominamos común, advirtiendo que en la práctica él sólo significa buena parte del trabajo de los Juzgados de Primera Instancia.

Su primera manifestación se encuentra en el Ordenamiento sobre Administración de Justicia dado por Pedro I a Sevilla en 1360 y la segunda en la Ley dada en 1396 por Enrique III también para Sevilla. Esta segunda manifestación es la que se generalizó para toda Castilla en 1480, por la llamada *Lex Toletana*, de los Reyes Católicos. Se ordenaba así a los jueces que llevaran a debida ejecución las "cartas y contratos públicos" de cualesquiera deudores habiendo pasado el plazo del pago y no siendo legítimas las excepciones que fueren alegadas; y al final se añadía: "Y esto mismo mandamos que se guarde, pidiéndose ejecución de sentencia pasada en cosa juzgada". Se produjo así la equiparación entre sentencia y título notarial.

Sin embargo, cuando llegó la LEC de 1855 su autor principal, Gómez de la Serna, separó "De la ejecución de las sentencias" y "De las ejecuciones" incluyendo aquí el juicio ejecutivo. En la primera rúbrica no se hizo mención de la oposición del ejecutado y en la segunda sí. Después la LEC de 1881 separó "De la ejecución de las sentencias" y "Del juicio ejecutivo".

Esta separación ha producido en España una larga y encendida discusión doctrinal sobre la naturaleza de este llamado juicio ejecutivo. Para algunos es un proceso declarativo sumario, pues en el mismo existe declaración respecto de las excepciones que opone el demandado y, además, se dicta sentencia, mientras que para otros se trata de un proceso de ejecución en el que cabe la interposición de una fase declarativa si el ejecutado interpone oposición. En nuestra opinión estamos ante un proceso de ejecución especial, en el que la fase declarativa de oposición del ejecutado tiene carácter sumario, es decir, juicio con limitaciones.

ii) Los requisitos de título y obligación

Si estamos ante un proceso de ejecución especial es porque se trata en todo caso de títulos no judiciales, sino contractuales, y porque la obligación documentada en el título sólo puede ser dineraria. Esto es, porque concurren requisitos específicos sobre el título y sobre la obligación.

a) Los títulos ejecutivos

Según el artículo 1429 LEC, la "acción" ejecutiva debe fundarse en un título que tenga aparejada ejecución, y sólo la tienen:

- 1o.) La escritura pública, es decir, una clase de instrumentos público notarial cuyo contenido son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases. De esa escritura el título es la primera copia de la misma, dado que el original permanece en la notaría y no puede salir de la misma.
- 2o.) Cualquier documento privado que haya sido reconocido bajo juramento ante el juez competente para despachar la ejecución; la Ley regula cómo se efectúa el reconocimiento y lo rodea de garantías.
- 3o.) La confesión hecha ante juez competente, regulando también la Ley cómo se efectúa esa "confesión". En este caso estamos ante un título que no parte de la existencia previa de un documento y de ahí las garantías para constituirlo.
- 4o.) Cualquiera títulos al portador o nominativos, legítimamente emitidos, que representen obligaciones vencidas, y los cupones también vencidos de dichos títulos, siempre que los cupones confronten con los títulos, y éstos, en todo caso, con los libros talonarios.
- 5o.) Las pólizas originales de los contratos mercantiles, firmadas por las partes y por corredor de comercio colegiado que lo intervenga, con tal que se acompañe certificación en la que dicho agente acredite la conformidad de la póliza con los asientos de su libro-registro y la fecha de éstos.

b) La obligación

El presupuesto del título no es el único. Para que pueda despacharse la ejecución, la obligación ha de ser dineraria, líquida, superior a 50 mil pesetas y vencida.

iii) El proceso

- a) La demanda ejecutiva: El juicio ejecutivo empieza por demanda en la que se ejercita la pretensión ejecutiva, con el normal

- contenido de ésta: lo que se pide y la causa de pedir (que es el título ejecutivo que ha de acompañarse).
- b) Despacho de la ejecución: Presentada la demanda el juez debe examinar su competencia y, en general, los presupuestos procesales, pero sobre todo los presupuestos específicos relativos:
- a) La validez y fuerza ejecutiva del título, y 2) Los requisitos de la obligación, dictando en su caso auto por el que despacha la ejecución. Esta es la resolución fundamental y se dicta sin oír al ejecutado, ordenando primero que se requiera de pago al deudor, después y por si no paga que se le embargue y, por último, que se le cite de remate después del embargo.
- c) Requerimiento de pago: El agente del Juzgado, con la fe pública del secretario, requerirá de pago al deudor, el cual podrá:
- 1) Pagar en el acto, con lo que todo termina aquí, 2) No pagar pero consignar, cuando pretende oponerse a la ejecución y para evitar el embargo, y 3) No pagar ni consignar, y entonces se procede al embargo.
- d) Citación de remate: Hecho el embargo o la consignación el agente judicial citará de remate al deudor. Esta expresión ("citación de remate") carece de sentido técnico, pero es la tradicional; frente a la misma el ejecutado puede:
- 1o.) No comparecer: Que es lo normal en la práctica; después del plazo de tres días el proceso sigue su curso, pasando el juez a dictar sentencia de remate.
 - 2o.) Comparecer: La finalidad lógica es el oponerse a la ejecución. Comparecido el ejecutado, por medio de procurador, se le concederá el plazo de cuatro días para que formalice la oposición.
- e) Oposición a la ejecución: En ese plazo de cuatro días el deudo se opondrá presentando una verdadera demanda incidental, en la que pedirá, no que se le absuelva, sino que se declare la nulidad del proceso o/y que no se dicte sentencia de remate. Lo importante son las causas de oposición, que la LEC distingue entre excepciones y causas de nulidad, aunque sin sentido técnico. Con la técnica que falta en la LEC debe distinguirse entre:
- 1o.) Alegaciones procesales: La estimación de la demanda incidental se hace depender de la aplicación de una norma procesal, y las alegaciones pueden ser: Falta de persona-

lidad en el ejecutante o en su procurador, sumisión de la cuestión a arbitraje, incompetencia de jurisdicción, carecer el título de fuerza ejecutiva, no cumplir la obligación los requisitos, citación de remate incorrecta y que el ejecutado no tiene el carácter o representación con que se le demandó.

- 2o.) Alegaciones materiales: Se trata de la aplicación de una norma material, y pueden ser: Falsedad del título ejecutivo o del acto que le dio fuerza de tal, pago, compensación, prescripción, quita o espera, pacto de no pedir, novación, transacción, *plus* petición, exceso en la computación en dinero y nulidad de la obligación o del título.

De la demanda incidental se da traslado al ejecutante para que la conteste en el plazo de cuatro días, proponiendo la prueba que estime del caso. Todas las pruebas son posibles y se practican como dijimos para los procesos ordinarios.

f) Sentencia: Ha de contener uno de estos tres pronunciamientos:

- 1o.) Seguir la ejecución adelante, expresando la cantidad que ha de ser pagada al ejecutante; es la llamada sentencia de remate.
- 2o.) No haber lugar a pronunciar sentencia de remate, en el caso de que se estime alguna excepción; en todo caso no se absuelve al ejecutado.
- 3o.) Declarar la nulidad de todo el proceso o de parte de él.

g) Recursos: Cualquiera que sea la sentencia cabe apelación en los dos efectos, pero el ejecutante puede pedir que siga la ejecución prestando caución, y no se trata realmente de una ejecución provisional.

b. Los juicios ejecutivos especiales

Junto al anterior juicio ejecutivo común en la LEC y fuera de ella se regulan otros juicios ejecutivos, que hay que considerar especiales. Respecto de ellos las leyes no suelen contener una regulación completa, sino que se limitan a detallar especialidades, remitiendo para el resto al común.

a) Juicio ejecutivo cambiario

La Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque, ha supuesto una nueva regulación de la letra de cambio, del cheque y del pagaré en sus aspectos materiales y procesales. La letra de cambio se convirtió en título ejecutivo general (no sólo entre comerciantes) en 1782, pero ahora la nueva regulación procesal ha tendido a desvirtuar lo que es un juicio ejecutivo.

b) Juicio ejecutivo de la Ley del Automóvil

En el r.d.lg. 1301/1986, de 28 de junio, sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor, se contiene otro juicio ejecutivo especial en el que continúa la desnaturalización del juicio ejecutivo. Los títulos ejecutivos son dos: 1) Si se inició un proceso penal que acaba de cualquier forma que no sea con sentencia condenatoria, el juez penal dictará "auto de cuantía máxima" en el que determinará la cantidad líquida máxima que puede reclamarse como indemnización y una certificación de ese auto es el título para acudir al proceso civil, y 2) Si no hubo proceso penal, el título puede ser constituido por dictamen pericial (aunque en la práctica este segundo no se usa casi nunca).

c) El procedimiento de apremio en negocios de comercio

Se trata de una serie de títulos ejecutivos derivados de la navegación marítima que prácticamente carecen de uso en la actualidad.

d) Juicio ejecutivo con póliza de seguro de caución
en la compra de viviendas

Según la Ley de 27 de julio de 1968 si el constructor de las viviendas pretende obtener de los compradores cantidades de dinero a cuenta antes de iniciar la construcción o durante la misma, ha de garantizar la devolución del dinero percibido mediante contrato de seguro o aval bancario solidario. Pues bien, el contrato de seguro o el aval unido al documento fehaciente que acredite la no iniciación de las obras o la no entrega de la vivienda, es título ejecutivo contra el asegurador o el banco avalista por las cantidades entregadas a cuenta.

B. Otras ejecuciones especiales

a. Para la tutela ejecutiva de derechos reales inscritos

En la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946 (artículo 41) y en su Reglamento de 14 de febrero de 1947 (artículo 137 y 138) se regula un proceso para la tutela ejecutiva de los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad que supongan posesión, frente a quienes sin título inscrito se opongan a aquellos derechos o perturben su ejercicio, y también frente a los perturbadores que tengan título inscrito a su favor, si éste no es bastante para legitimar los actos en que la perturbación consista.

Se trata de obtener por un proceso de ejecución la adopción por el juez de las medidas que sean necesarias para garantizar la posesión de un inmueble por aquél que aparezca como propietario del mismo, según el Registro. De ahí que las posibilidades de oposición sean muy limitadas.

b. Los procesos de ejecución hipotecaria

Cuando en la escritura pública notarial se contiene una hipoteca las posibilidades ejecutivas son muy variadas:

a) La ejecución de la hipoteca común

La Ley Hipotecaria ofrece al acreedor que tiene garantizado su crédito con hipoteca una serie de opciones entre las cuales puede elegir, atendidas las circunstancias del caso concreto y su interés particular:

- 1o.) Puede acudir al juicio ejecutivo de la LEC, con base en el título que es la escritura pública de hipoteca, ejercitando pretensión personal (no la hipotecaria); el efecto más importante de esta opción es que la pretensión se dirige contra el deudor, pudiéndose embargar los bienes de que éste sea propietario.
- 2o.) Cabe instar el juicio ejecutivo de la LEC, siempre con base en la escritura pública, pero ahora precisando que se interpone pretensión hipotecaria (no personal).
- 3o.) Puede iniciar el llamado procedimiento judicial sumario del artículo 131 de la Ley Hipotecaria.

- 4o.) Por último, puede iniciar el llamado procedimiento ejecutivo extrajudicial, que no es un proceso, y que se realiza por un notario.

b) La ejecución de hipotecas especiales

El derecho español regula varias hipotecas especiales, respecto de las que establece asimismo ejecuciones especiales. Las razones de estas particularidades son distintas:

- 1) Por razón del acreedor: Ejecución a favor del Banco Hipotecario de España: El artículo 1560 LEC se remite a una serie de normas reguladoras de ese banco oficial, que han sido declaradas constitucionales por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 18 de diciembre de 1981.
- 2) Por razón del bien: Ejecución de la hipoteca naval: Partiendo de la consideración de los buques como bienes inmuebles, únicamente a efectos de que puedan ser hipotecados, la Ley de 21 de agosto de 1893 permite acudir directamente a los trámites de la ejecución de sentencias.
- 3) Por razones complejas: Ejecución de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento de la posesión: La Ley de 16 de diciembre de 1954, de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión, permite acudir el acreedor a los mismos caminos que vimos para la ejecución de la hipoteca común.

VI. EL PROCESO CAUTELAR

1. *Conceptos generales*

a. Noción y naturaleza del proceso cautelar

Tradicionalmente se ha venido caracterizando a la función jurisdiccional con las palabras juzgar y ejecutar, apareciendo así los procesos de declaración y de ejecución. Sin embargo, los dos pueden no ser suficientes para garantizar una tutela judicial efectiva como derecho constitucional. En efecto, el proceso por su propia naturaleza exige un tiempo en el cual realizarse, pues no cabe una respuesta judicial inmediata a la pretensión. Ese tiempo puede ser apro-

vechado por la parte pasiva para realizar determinados actos que impidan o dificulten la efectividad de la resolución que se dicte, de modo que al final sea inútil la actividad jurisdiccional. No se trata de que justicia tardía pueda ser justicia inútil, sino de que el demandado haga que sea imposible o más difícil la satisfacción del actor.

Desde esa perspectiva el proceso cautelar es aquél que tiene por finalidad facilitar otro proceso (el llamado principal) garantizando la efectividad de sus resultados (Guasp), y su regulación se compone de dos clases de normas:

- 1a.) Aquellas que se refieren a lo que es habitual en una norma procesal, es decir, competencia, partes, actos y, en general, el procedimiento por el que se llega a la resolución final.
- 2a.) Aquellas que atienden al propio contenido de la resolución, determinando si la pretensión debe o no ser estimada. Así como en el proceso de declaración el contenido de la sentencia lo determina el derecho sustantivo, en el proceso cautelar ese contenido lo determina una norma procesal.

De la propia sistemática que hemos adoptado, se desprende que estamos considerando al proceso cautelar un *tertium genus* frente a los procesos de declaración y de ejecución; para nosotros no se adoptan las medidas cautelares en un incidente de esos procesos, sino en un proceso son sustantividad propia, y ello aunque no exista en la LEC una regulación general o común de la actividad procesal cautelar por lo que debe estarse al procedimiento específico de cada medida cautelar.

b. La instrumentalidad

Hemos dicho antes que el contenido de la resolución cautelar se regula por normas procesales, y ahora debemos atender a la característica esencial de ese contenido o medida cautelar. Se trata de la instrumentalidad entendida en el sentido de que no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la resolución que pueda dictarse en el proceso principal cuya efectividad práctica tiende a asegurar. Cabe así decir que la medida cautelar es un instrumento del instrumento que es, a su vez, el proceso principal. De esta constatación se deriva que:

- 1o.) La medida cautelar sólo puede adoptarse bien cuando ya está pendiente un proceso principal, bien antes del inicio de éste, pero de modo tal que la no iniciación del proceso principal, dentro de un plazo determinado, opera como condición resolutoria de la medida cautelar.
- 2o.) La medida no puede prolongarse más allá en el tiempo que el proceso principal; resulta así que si en este proceso la pretensión es estimada, la medida cautelar debe convertirse en medida ejecutiva, y si la pretensión es desestimada carece de sentido ya la medida cautelar y debe ser levantada.

Normalmente suele decirse que las medidas cautelares tienden a garantizar la efectividad de un proceso de declaración, de la sentencia que en éste se dicte, y es cierto que es así en la mayoría de los casos. Con todo, no cabe desconocer la posibilidad de que una medida cautelar tienda a garantizar los resultados de un proceso de ejecución. En el derecho español tenemos un ejemplo muy claro, el del artículo 923 LEC. Cuando la sentencia condena a hacer, no hacer, entregar alguna cosa o pagar cantidad ilíquida, si no puede darse inmediato cumplimiento a la sentencia, cualquiera que sea la causa que lo impida, el ejecutante puede pedir el embargo preventivo de bienes del ejecutado para garantizar el principal y las costas de la ejecución. Ese embargo no es ejecutivo, sino preventivo.

De entrada, hay que advertir que dentro del proceso de declaración, las medidas cautelares no pueden limitarse al proceso de condena, sino que pueden referirse también a las pretensiones meramente declarativas y constitutivas; en el primer caso, se encuentra la anotación preventiva de la demanda cuando se interpone una pretensión meramente declarativa de dominio, y en el segundo la suspensión de la ejecución de un acuerdo, cuando se pide la anulación del mismo.

c. Presupuestos

La adopción de cualquier medida cautelar se basa en la concurrencia de unos presupuestos, que tienen también naturaleza procesal, y que atienden a un supuesto de hecho. Esos presupuestos son:

a) Apariencia de buen derecho

Para que pueda adoptarse la medida cautelar suele exigirse, en primer lugar, que exista una situación jurídica cautelable (por ejemplo, que se haya presentado una demanda pretendiendo una cantidad de dinero) y, especialmente, que exista un cierto grado de demostración de la misma, a lo que suele denominarse *fumus boni iuris*. La concesión de la medida no puede exigir que esté plenamente demostrada la realidad del derecho subjetivo afirmado por el actor, pues entonces se estaría ya en condiciones de dictar la sentencia en el proceso principal; bastará que exista un cierto grado de probabilidad de que el derecho subjetivo afirmado por el actor concurre.

De lo anterior suele concluirse que la situación jurídica cautelable debe ser probable y que esa probabilidad debe derivarse de la existencia de un principio de prueba por escrito; de ahí que junto a la demanda cautelar haya de presentarse un documento del que se desprenda *prima facie* la existencia del derecho. No se trata de probar, sino simplemente de acreditar.

b) Peligro en el retardo

Ese peligro es el connatural a la realización del proceso principal en el tiempo, pero tendrá un contenido distinto según sea la pretensión ejercitada en aquél, debiendo derivarse el mismo de la existencia de ciertos datos objetivos de los que se desprende la posibilidad de ineficacia de la resolución a dictar en el proceso principal. El mero hecho de que el proceso dure un cierto tiempo no sería por sí solo constitutivo del *periculum*, debiendo alegarse junto a él algo más.

Los supuestos pueden ser muy variados; por ejemplo, la posibilidad de que el demandado se convierta en insolvente, el riesgo de que la cosa mueble desaparezca, el riesgo de que el establecimiento industrial deje de ser productivo, etcétera.

c) Prestación de caución

Normalmente la posibilidad de que el juez acuerde una medida cautelar, viene condicionada a que el solicitante preste caución para asegurar la eventual indemnización de los daños y perjuicios causados

al demandado, por una medida cautelar que luego no se ve confirmada por una sentencia condenatoria en el proceso principal.

d. Efectos

El contenido de las medidas cautelares son los efectos o consecuencias previstos en la norma procesal, lo que el juez puede acordar atendida la concurrencia de los presupuestos.

- a) Aseguramiento: Se trata de constituir una situación adecuada para que cuando se dicte la sentencia en el proceso principal pueda procederse a la ejecución de la misma en la realidad. Este es el efecto tradicional, hoy no discutido.
- b) Conservación: Se da un paso más pretendiendo mantener el *statu quo* previo a la iniciación del proceso principal; no se aspira ya sólo a asegurar, sino a que mientras el proceso principal se realiza, una de las partes no pueda obtener los resultados que se deriven normalmente de la acción que se estima ilícita por la otra parte. Este es el caso de la suspensión del acuerdo de una sociedad cuando un socio ha pretendido en juicio que se declare su nulidad.
- c) Innovación o anticipación: Con lo que se trata de anticipar provisionalmente la pretensión interpuesta por el actor como medio más idóneo para que las partes realicen el proceso principal en igualdad de condiciones. Se introduce una innovación sobre la situación fáctica preexistente al proceso principal. Naturalmente éste es el efecto más discutido y así piénsese en recibir alimentos mientras se discute en juicio el reconocimiento de la paternidad o en percibir pensión provisional cuando se discute sobre un accidente de tráfico.

Este efecto puede lograrse técnicamente de dos maneras. Puede realizarse un proceso sumario tendente a obtener una resolución provisional, sin perjuicio de que después se acuda a un proceso plenario, o bien cabe que se inicie directamente el proceso plenario y que en el mismo se conceda la medida provisional. El que se acuda a una u otra técnica depende de la decisión política del legislador, pero en el fondo las dos persiguen la misma finalidad.

2. *Las concretas medidas cautelares*

a. El embargo preventivo

La medida mejor regulada en la LEC y más utilizada en la práctica es el embargo preventivo que es la actividad procesal, instrumento de un proceso principal de condena a prestación dineraria, que tiende a garantizar la ejecución de la sentencia que en ese proceso se dicte mediante la afección de bienes del demandado al proceso. Estamos ante una medida de mero aseguramiento que puede ser ordinaria, en cuanto está prevista con carácter general para el aseguramiento de pretensiones ordinarias de condena, y especial, o prevista para casos específicos. Atenderemos aquí sólo a la ordinaria.

a) Presupuestos: La aplicación a esta medida concreta de los presupuestos antes dichos supone que:

- 1o.) La situación cautelable es un derecho de crédito a una prestación dineraria, acreditada mediante la presentación de un documento del que se desprenda el hecho constitutivo de la obligación, la cantidad, su vencimiento y los elementos subjetivos de la misma.
- 2o.) El peligro en el retardo se hace depender de una serie de circunstancias (extranjería del deudor, carencia de domicilio o de bienes conocidos, desaparición del deudor) pero sobre todo de que exista motivo racional para creer que el deudor ocultará o malbaratará sus bienes.
- 3o.) La prestación de caución se hace depender de que el actor no tenga un patrimonio notoriamente suficiente para hacerse cargo de la responsabilidad por los perjuicios ocasionados al deudor, aunque en la práctica los jueces suelen acordarla siempre.

b) Procedimiento: Debe distinguirse en el mismo dos fases muy diferenciadas:

- 1a.) La adopción del embargo: La demanda de embargo preventivo puede presentarse antes de la presentación de la demanda del proceso principal, junto con ella o

después de la misma. Ante esa demanda, y sin oír al demandado, el juez decretará el embargo por medio de auto, fijando la caución. El embargo se realiza, como dijimos anteriormente (pp. 754-756), y el demandado puede evitarlo pagando, consignando o prestando caución.

- 2a.) La oposición al embargo: Después de realizado el embargo aparece la contradicción, pues entonces el demandado puede presentar demanda incidental en la que alegará en contra de la concurrencia de los presupuestos del embargo preventivo, realizándose un incidente, al final del cual, y por sentencia, el juez confirmará o levantará el embargo, existiendo apelación en un efecto.

b. La anotación preventiva de la demanda

Si un tercero, desde el punto de vista del Registro de la Propiedad, de buena fe y confiado en la veracidad que se presume de la inscripción de un bien, adquiere ese bien del titular registral por un negocio oneroso, será mantenido en la titularidad aunque el título de adquisición de su transmitente se anule; pues bien, con la anotación preventiva de la demanda se pretende precisamente impedir ese efecto, es decir, privar de buena fe al tercero adquirente. De ello resultará que si en un proceso se condena al demandado a entregar el bien y se anotó en el Registro y en su momento la demanda el tercero adquirente no podrá alegar contra la ejecución que adquirió ese bien de buena fe.

- a) Presupuestos: La concurrencia de los dichos antes en general se concreta aquí de modo que:

- 1o.) La situación jurídica cautelable es la pretensión procesal que afecta a un derecho inscrito en el Registro, aunque no es necesario que aquélla sea de condena, pudiendo ser también meramente declarativa o constitutiva, y para su acreditamiento se requiere un principio de prueba por escrito.
- 2o.) El peligro en el retardo se deriva de la aplicación de la fe pública registral y del riesgo o mera posibilidad de que el demandado pueda transmitir el bien a un tercero.

3o.) La prestación de caución tiende a asegurar los perjuicios ocasionados al demandado por la anotación y la fijará el juez.

- b) Procedimiento: La anotación será pedida por el actor junto con la demanda principal o en un momento posterior (pero no antes) y, sin oír al demandado, el juez dictará auto concediéndola y fijando la caución; prestada ésta se ordenará al Registro que realice la anotación. Aquí la audiencia del demandado se produce después de hecha la anotación y por la vía de la impugnación del auto, contra el que cabe, primero, reposición y, luego, apelación en un efecto.

c. La intervención judicial de bienes litigiosos

Cuando el valor de un bien inmueble reside principalmente en lo que contiene, produce o rinde, la anotación preventiva de la demanda no es suficiente para garantizar que, llegado el momento de la ejecución de la sentencia, el actor recibirá ese bien con lo que constituye su verdadero valor, pues al seguir durante el proceso en la posesión del demandado, éste puede realizar una explotación que agote sus rendimientos. De ahí que surja la medida cautelar tendente a asegurar la ejecución en forma específica que se denomina intervención judicial de la administración del bien litigioso.

a) Presupuestos: Los generales se concretan en:

- 1o.) La situación jurídica cautelable se refiere a una clase de pretensión consistente en la condena a entregar el bien, fundada en el derecho de propiedad del actor frente al demandado, y a una clase de bienes que han de ser precisamente minas, montes dedicados a aprovechamiento forestal, plantaciones y establecimientos industriales, fabriles y mercantiles, acreditándose por un principio de prueba por escrito.
- 2o.) El peligro en el retardo se resuelve en la concurrencia de actos dirigidos a la explotación esquilmadora del bien, aunque la falta de su exigencia expresa en la Ley ha favorecido una interpretación facilitadora de la medida.

3o.) A la prestación de la caución no se refiere la Ley y podría deducirse que no es un presupuesto dado que es difícil imaginar cómo se producirían los perjuicios.

- b) Procedimiento: La petición debe formularse por escrito junto a la demanda del proceso principal o después, y el juez citará a una comparecencia o audiencia a las dos partes para debatir sobre la procedencia de la medida cautelar y sobre a quién se designa interventor judicial. Al día siguiente de la audiencia el juez resolverá por auto declarando haber o no lugar a la intervención y, en su caso, nombrando interventor; auto apelable en un efecto.

Al mismo tiempo, se requerirá al demandado para que se abstenga de realizar acto alguno de explotación sin el previo conocimiento del interventor, al que se concede un poder de veto sobre esos actos. Cuando el demandado y el interventor no se pongan de acuerdo sobre esos actos de explotación, debe acudir al juez para que decida.

d. Otras medidas cautelares específicas

Además de las anteriores, el derecho español contempla una serie de medidas cautelares específicas, de modo completamente desordenado, relativas a supuestos determinados. Hacemos aquí una simple enumeración:

- a) Depósito judicial de cosa mueble: Persigue evitar el deterioro o desaparición de un bien mueble litigioso.
- b) Suspensión de actividades de entidades asociativas durante el proceso sobre su disolución: Existen varios supuestos como la suspensión provisional de partidos políticos durante el proceso para su disolución por actividades no democráticas y la suspensión provisional de sindicatos o asociaciones empresariales pendientes de un proceso de disolución.
- c) Suspensión de acuerdos impugnados de sociedades, asociaciones y entes asimilados: Como son los casos de suspensión de acuerdos impugnados de la junta general de una sociedad anónima y de una sociedad cooperativa y la suspensión de acuerdos y actos de asociaciones en general.
- d) Medidas cautelares en procesos sobre estado civil de las personas y derechos de la personalidad: Se trata de las medidas provisionales en procesos de nulidad, separación matrimonial

y divorcio, o en los procesos de filiación, incapacidad o relativos al honor, intimidad personal y propia imagen.

- e) Medidas en leyes recientes: En los últimos años han aparecido importantes medidas cautelares de innovación o anticipatorias en materias como patentes, marcas, propiedad intelectual o publicidad.

e. Las medidas indeterminadas

Hasta aquí hemos visto las medidas de contenido específico, pero además el artículo 1428 LEC contiene una norma general que pretende ser una norma de cierre del sistema cautelar o de aplicación general para los supuestos que no tienen medida concreta. Se ha hablado de una potestad cautelar genérica, y dice así:

Quando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas, el juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el pleito recayere.

De ese primer párrafo transcrito se deduce:

- a) Presupuestos: La referencia general que hicimos debe completarse en el sentido de que:
 - 1o.) Respecto de la situación jurídica cautelable puede considerarse que no ha de tratarse necesariamente de pretensiones de condena, sino también de pretensiones meramente declarativas y constitutivas; y que no cabe limitarse a los derechos de obligación, pues nada impide que se refiera también a derechos reales. Para la acreditación se refiere la norma al "principio de prueba por escrito".
 - 2o.) Sobre el peligro en el retardo si en las medidas determinadas se prevé expresa o implícitamente, aquí se estará a que el juez debe precisarlo en cada caso.
 - 3o.) Respecto de la caución se exige que sea previa y bastante para asegurar los daños y perjuicios que pudieren causarse, siendo posible el aval bancario.

b) Efectos: Hay que registrar dos posiciones doctrinales:

- 1a.) Mientras para algunos autores las medidas a adoptar han de tener una función de aseguramiento, derivada de la regla de homogeneidad entre medidas cautelares y medidas ejecutivas, lo que impide la identidad de las mismas y, por tanto, la función de satisfacción provisional o anticipatoria.
- 2a.) Para otros la anterior es una concepción restrictiva, no existiendo nada que impida que el juez adopte medidas anticipatorias o de satisfacción provisional.

En cualquier caso parece que el artículo 1428 LEC no puede limitarse a las medidas de aseguramiento estricto, porque el "asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayera" no es sólo asegurar la ejecución, sino algo más.

- c) Procedimiento: La solicitud puede hacerse con la demanda del proceso principal, después de presentada la misma y también antes, aunque en este último caso ese proceso ha de iniciarse en el plazo de ocho días a contar desde la notificación del auto de concesión. De la solicitud debe darse traslado al demandado, citando al juez a las dos partes a una comparecencia o audiencia en la que las oirá sobre la concurrencia de la situación cautelable y sobre la medida a adoptar, pudiendo practicarse prueba en la misma pero sin suspenderla, y en el plazo de los tres días siguientes el juez resolverá por auto, fijando al mismo tiempo la caución a prestar. Contra el auto cabe apelación en un solo efecto.

VII. LOS PROCESOS ESPECIALES

1. *Clasificación*

Con lo que hemos dicho hasta aquí, debería ya tener el lector una visión, siquiera general, del derecho procesal civil español. Resta simplemente referirnos a los procesos especiales, es decir, a aquellos que tienen un objeto específico y determinado por la ley, siendo la alternativa a los juicios ordinarios. Esos procesos se cuentan en nuestro derecho en número excesivo, como consecuencia de dos huidas:

Una que ya se produjo dentro de la LEC y que se refiere al juicio de mayor cuantía, pues su propio autor, Gómez de la Serna, era consciente de que no podían reconducirse a ese juicio a riesgo de ineficacia, y otra, la segunda, producida fuera de la LEC y referida a la misma, pues los legisladores posteriores se han sentido "obligados" cuando regulaban una institución material a dotarla de un proceso especial.

En lo que sigue no nos referiremos de modo detallado a todos esos procesos especiales; creemos que con clasificarlos y enumerarlos es suficiente para completar la visión general. Sólo respecto del proceso de trabajo haremos alguna puntualización.

Si se trata, pues, de clasificar hay que empezar diciendo que los procesos especiales pueden ser, en primer lugar, plenarios o sumarios. Cuando analizamos los distintos tipos de procesos declarativos (pp. 700-702), adelantábamos lo que significan estas palabras. Proceso plenario es igual a proceso sin limitaciones; proceso sumario es igual a proceso con limitaciones en las alegaciones de las partes, el objeto de la prueba y la cognición judicial, siendo posible la realización de un proceso plenario posterior. Todos los procesos sumarios son, al mismo tiempo, especiales, pues todos tienen un objeto determinado.

En principio, los procesos plenarios especiales están sujetos a las reglas configuradoras que vimos con anterioridad (pp. 660-662) y, sobre todo, a la de la disposición de las partes, pero existen algunos procesos en los que intervienen elementos públicos que llevan a matizar la disposición. Esa publicización se produce por dos posibles situaciones: 1) En unos casos, la norma impone que, existiendo un estado de hecho, ha de producirse cierta consecuencia jurídica a través del proceso, y para que ello sea así legitima al Ministerio Público, concediéndole la posibilidad de iniciar el proceso, y 2) En otros se trata de que la obtención de cierta consecuencia jurídica sólo se alcanza por los sujetos privados, iniciando un proceso y por medio de decisión judicial. En los dos casos estamos ante procesos que pueden llamarse no dispositivos.

2. Los procesos plenarios

a. Los juicios dispositivos

Como hemos dicho, vamos a hacer simplemente una enumeración, especificando la norma reguladora:

1o.) Los juicios de arrendamiento: Existen varios:

- Los juicios de desahucio de la legislación común (artículos 1561 a 1608 LEC).
- Los juicios específicos de arrendamientos urbanos (Decreto 4104/1974, de 24 de diciembre, que aprueba el texto refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos).
- Los juicios específicos de arrendamientos rústicos, de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre.

- 2o.) El juicio de retracto (legal) (artículos 1618 a 1630 LEC).
- 3o.) El juicio sobre préstamos usuarios, de la Ley de 23 de julio de 1908, relativa a los contratos de préstamo.
- 4o.) Los juicios en materia de propiedad industrial, o de patentes (Ley 11/1986, de 20 de marzo) y de marcas (Ley 32/1988, de 10 de noviembre).
- 5o.) El juicio en materia de propiedad intelectual, de la Ley de 22/1987, de 11 de noviembre).
- 6o.) Los juicios de impugnación de los acuerdos sociales de las sociedades anónimas (R.D.Leg. 1564/1989, de 22 de diciembre) y de sociedades cooperativas (Ley 3/1987, de 2 de abril).
- 7o.) El juicio de responsabilidad civil de funcionarios públicos regulado en la Ley de 5 de abril de 1904.
- 8o.) El juicio en materia de publicidad de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre.
- 9o.) El juicio de responsabilidad civil contra jueces y magistrados, de los artículos 411 al 413 LOPJ y artículos 903 a 918 LEC.
- 10o.) El juicio sobre el seguro privado, básicamente de la Ley 33/1984, de 2 de agosto.
- 11o.) El juicio por daños causados con motivo de la circulación de vehículos de motor, regulado en las disposiciones adicionales 1a. a 3a. de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal.
- 12o.) El juicio de rectificación de hechos de la Ley Orgánica 2/1984, de 26 de marzo, sobre el derecho de rectificación.
- 13o.) El juicio por competencia desleal de la Ley 3/1991, de 10 de enero.

b. Los juicios no dispositivos

En estos juicios es siempre parte el Ministerio Público, unas veces con legitimación sólo pasiva pero en otras también activa.

- 1o.) El juicio sobre tutela de los derechos fundamentales de la persona, aludido en el artículo 53.2 constitucional y aún no desarrollado, por lo que sigue en vigor la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de las personas.
- 2o.) Los juicios sobre capacidad de las personas, que se encuentran regulados en el c.c., con la reforma operada en el mismo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre:
 - Sobre pretensión de incapacitación,
 - Sobre reintegración de la capacidad y sobre modificación de la incapacitación.
- 3o.) Los juicios sobre paternidad, maternidad y filiación, también regulados en el c.c.
- 4o.) Los juicios sobre nulidad de matrimonio, separación y divorcio, también regulados en el c.c. y en la Ley 30/1981, de 7 de julio, en los que tienen especial interés las medidas anticipatorias.

3. Los procesos sumarios

Enumeración

Sabido lo que son estos procesos sumarios, haremos simplemente una enumeración:

- 1o.) El juicio de alimentos provisionales de los artículos 1609 a 1617 LEC.
- 2o.) Los juicios posesorios y análogos, que en la LEC se regulan mezclando materias heterogéneas: 1) Interdicto de adquirir la posesión, 2) De retener la posesión, 3) De recobrar la posesión, 4) Interdicto de obra nueva y 5) De obra ruinosa.
- 3o.) Los juicios en materia de propiedad horizontal, regulados en la Ley 49/1960, de 21 de abril, en donde se mezclan sumarios con otros que no lo son: 1) Juicio para la adopción de acuerdos, 2) Para la impugnación de acuerdos perjudiciales,

3) Para la impugnación de acuerdos ilegales o antiestatutarios, 4) Juicio para la privación del uso de la vivienda, y 6) Juicio para la reclamación del pago de las cuotas de participación en los gastos comunes.

4. *El proceso de trabajo*

a. El origen de los tribunales y del proceso de trabajo

A lo largo del siglo XIX las reclamaciones judiciales con base en relaciones de trabajo eran de la competencia de los tribunales ordinarios que las conocía por el juicio ordinario de la cuantía del asunto. Desde la clase trabajadora se instó, incluso con huelgas, para la creación de órganos judiciales especiales y de un proceso propio.

Aparte de una serie de órganos administrativos con atribuciones jurisdiccionales, los órganos jurisdiccionales especiales fueron los tribunales industriales que se crearon por la Ley de 19 de mayo de 1908, pero que adquirieron su verdadero desarrollo en la Ley de 23 de julio de 1912. Se trataba de órganos de composición paritaria entre empresarios y obreros, presididos por el juez de primera instancia del partido judicial, actuando los primeros como verdadero jurado.

En 1938 se suprimieron los tribunales industriales y se crearon las magistraturas de trabajo, órgano judicial unipersonal, que han subsistido hasta enero de 1989, en que pasaron a denominarse juzgados de lo social e integrándose en la organización judicial ordinaria. Sobre ellos están las salas de lo social de los tribunales superiores de justicia y la misma Sala del Tribunal Supremo. Existe también una Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, pero no conoce de recursos.

Al mismo tiempo que se creaban nuevos órganos se creó, sobre todo en 1912, un proceso distinto del ordinario civil. La diferencia radica, no en las reglas configuradoras del proceso, sino en las del procedimiento, pues se reguló un procedimiento realmente oral, en el que no existe doble grado de jurisdicción o recurso de apelación, sino sólo un recurso extraordinario, y luego un denominado recurso de casación para la unificación de doctrina, ante el Tribunal Supremo, aunque éste afecta a la situación jurídica de las partes.

Para la organización actual debe estarse a la Ley Orgánica del Poder Judicial 1/1985, de 1 de julio, y para el proceso al r.d. leg

521/1990, de 27 de abril, que aprueba el texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral (LPL), que cuenta 303 artículos.

b. El proceso de declaración

Fracasado un intento de conciliación ante un órgano administrativo, el trabajador (que es normalmente el actor) presentará la demanda ante el Juzgado de lo Social, con la que se inicia un proceso oral, concentrado, con inmediación real y publicidad plena.

- a) **Demanda y admisión:** La demanda es un acto escrito de parte que, frente a la demanda ordinaria que ya vimos con anterioridad (pp. 703-706), se caracteriza porque: 1) No precisa fundamentación jurídica, bastando la fáctica, 2) Ésta debe referirse a los hechos imprescindibles para identificar la pretensión, aunque después caben ampliaciones sin modificar lo esencial, y 3) No hay que acompañar los documentos materiales. Ante esa demanda el juez debe pronunciarse sobre su admisión, controlando los presupuestos procesales, y ofreciendo a la parte plazo para subsanar defectos u omisiones.
- b) **Citación e incomparecencia:** En la misma resolución en que el juez admite la demanda fijará día y hora para la celebración de los actos de conciliación y juicio, y ordenará que las partes sean citadas. Si el actor no comparece se le tiene por desistido (un desistimiento tácito); si no comparece el demandado, el juicio continúa.
- c) **Acto de conciliación:** Si comparecen las dos partes el juez intentará, primero, la conciliación entre ellas, dándose a lo convenido el valor de título ejecutivo. El juez, a pesar de que exista transacción, ordenará que se inicie el juicio si en lo convenido hay lesión grave para alguna de las partes, fraude de ley o abuso de derecho.
- d) **Juicio oral:** Si no hay acuerdo se pasa inmediatamente al juicio, que se celebra en audiencia única, aunque quepa distinguir:
 - 1o.) **Alegaciones:** De modo oral el actor ratificará o ampliará su demanda, sin poder hacer variaciones sustanciales, y el demandado contestará oralmente, exigiendo el juez que queden claramente establecidos los hechos controvertidos.
 - 2o.) **Prueba:** En la citación a conciliación y juicio debió advertirse a las partes que concurrieran con todos los me-

dios de prueba de que intenten valerse, pues en el juicio sólo podrán proponerse y admitirse aquéllos que puedan practicarse en el acto. En la práctica lo más destacado es la oralidad, pues no hay pliegos de posiciones, ni escrito de preguntas, ni escrito de repreguntas. En este momento se presentan los documentos materiales.

- 3o.) Conclusiones y acta: Acabada la prueba, las partes concluirán de modo oral, pudiendo alterar sus peticiones habida cuenta de aquélla, aunque sin modificaciones fundamentales. De todo lo hecho se levantará acta por el secretario.
- e) Sentencia: Esta puede ser de dos formas:
 - 1a.) Oral: Con dos modalidades: 1) Se dicta oralmente la totalidad de la sentencia, documentándose en el acta por el secretario, y 2) Se dicta oralmente sólo la parte dispositiva en el acto del juicio, y en el plazo de cinco días se redacta por escrito la fundamentación.
 - 2a.) En el plazo de cinco días desde el juicio oral, el juez debe dictar la sentencia por escrito. Esta forma se reserva de modo obligatorio para los asuntos más importantes (despido, seguridad social, conflictos colectivos, impugnación de convenios colectivos, etcétera).
- f) Recurso de suplicación: Cuando la cuantía del asunto es superior a 300 mil pesetas, cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, tratándose de un recurso extraordinario, aunque sus motivos son un poco más amplios que los normales de la casación.
- g) Recurso de casación para la unificación de doctrina: Dado que existen 21 Salas de lo Social de Tribunal Superior y riesgo de dispersión jurisprudencial, es posible después este recurso pero con un único motivo: Cuando la sentencia sea contradictoria con otra dictada por la misma Sala, por otro Tribunal Superior o por el Tribunal Supremo respecto de pretensiones sustancialmente iguales en los hechos.

Este es el esquema que cabe calificar de ordinario de trabajo. Junto a él debe tenerse en cuenta que: 1) la LPL regula quince llamadas "modalidades procesales", que suponen alguna variación sobre el anterior, 2) Para lo no previsto en ella existe una remisión general a lo dispuesto en la LEC.

c. El proceso de ejecución

Habida cuenta de la remisión general a la LEC, en la LPL se atiende sólo a especialidades, pero algunas son muy importantes:

- a) Iniciando el proceso a instancia de parte, el juez de oficio dicta todas las resoluciones necesarias para llevarlo hasta el final.
- b) Se regulan astringencias para la parte y para los terceros que no cumplen las órdenes del juez (hasta 100 mil pesetas por día).
- c) Se establece la acumulación de ejecuciones cuando se trata de obligaciones dinerarias y hay indicios de que el patrimonio del ejecutado es insuficiente.
- d) Hay ejecuciones especiales en materia de despido y de seguridad social y contra entes públicos.
- e) La ejecución provisional es de especial interés, sobre todo la referida a sentencias de condena a obligaciones dinerarias, estableciéndose el principio de que el Estado asegura la devolución de las cantidades percibidas por el trabajador cuando la sentencia es revocada, con lo que se salva el principal obstáculo práctico.

Por último y respecto del proceso cautelar, no se contienen verdaderas innovaciones. La medida más regulada es el embargo preventivo y en ella hay que tener en cuenta que puede acordarse de oficio, que no se exige documento que acredite *prima facie* la existencia de la obligación y que tampoco se exige caución al trabajador.

VIII. BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

Capítulo I

- ALCALÁ-ZAMORA, "Ideario procesal de Lucas Gómez y Negro, 'práctico' español de comienzos del siglo XIX", *Estudios procesales*, Madrid, 1975.
- BALLESTEROS BERETTA, *Alfonso X el Sabio*, Barcelona, 1963.
- CERDA, *AHDE*, núm. 20, 1950.
- CRADOK, "La cronología de las obras legislativas de Alfonso X el Sabio", *AHDE*, núm. 51, 1981, pp. 365-418.
- FAIRÉN, *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953.
- GACTO, *Historia de la jurisdicción mercantil en España*, Sevilla, 1971.

- GARCÍA GALLO, "El 'Libro de las Leyes' de Alfonso el Sabio. Del Espéculo a las Partidas", *Anuario de Historia del Derecho Español (AHDE)*, núms. 21-22, 1951-1952, pp. 345-451, y luego otros artículos en *AHDE*, 1976, pp. 609-670, y núm. 54, 1984, pp. 96-161.
- GARCÍA GARCÍA, "*Magister Rodericus Palentinus*", *Homenaje a J. Pérez de Urbel*, Burgos, 1976.
- GÓMEZ DE LA SERNA, *Motivos de las variaciones principales que ha introducido en los procedimientos la ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1857.
- LASO GAITE, *Crónica de la codificación española*, Madrid, t. 2. Procedimiento civil, 1970.
- LOHMANN, "En torno a Juan de Hevia Bolaños", *AHDE*, 1961.
- MARTÍNEZ MARINA, *Ensayo histórico-crítico sobre la legislación de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Siete Partidas*, Madrid, 1808.
- MONTERO, *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento Civil en su centenario*, Madrid, 1982.
- , "Aproximación a la biografía de Francisco Becerra", *Estudios de derecho procesal*, Barcelona, 1981.
- , *Derecho jurisdiccional*, Barcelona, t. I, 1994.
- , "Eugenio de Tapia, 'práctico' y poeta", *Trabajos de derecho procesal*, Barcelona, 1988.
- , *Evolución y futuro del derecho procesal*, Bogotá, 1984.
- , "La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 (La consolidación del proceso común)", *Actas del Encuentro de Perugia "Modelli Storici della Procedura"*, 1989.
- PÉREZ MARTÍN, "El ordo iudiciarius 'Ad summariam notitiam' y sus derivados", *Historia. Instituciones. Documentos*, t. I. Estudios, t. II. Edición de textos, núms. 8 y 9, 1981 y 1982, respectivamente.
- RUBIO, *Sáinz de Andino y la codificación mercantil*, Madrid, 1950.
- SANZ MARTÍN, *La antigua universidad de Palencia*, Madrid, 1942.
- UREÑA Y BONILLA, *Obras del maestro Jacobo de las Leyes, jurisconsulto del siglo XIII*, Madrid, 1924.

Capítulo II

- BAUR, *La socialización del proceso*, Salamanca, 1980.
- BONET, "Oralidad y constitución", *Estudios sobre la jurisdicción y su actividad*, Zaragoza, 1981.
- FAIRÉN, *El tribunal de las aguas y su proceso*, Valencia, 1988.
- , "Notas sobre el principio de concentración", *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955.

- GIMÉNEZ CONDE, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978.
- MONTERO, *Introducción al derecho procesal*, Madrid, 1979.
- , ORTELLS, G. COLOMER Y MONTON, *Derecho jurisdiccional*, Barcelona, ts. I, II, 1o. y 2o. y III, 1994.
- PRIETO CASTRO, "Precisiones sobre oralidad y escritura en el derecho procesal español", *Estudios y comentarios para la teoría y la práctica procesal civil*, Madrid, t. I, 1950.
- SERRA, "Liberalización y socialización del proceso civil", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1972, pp. 2-3.

Capítulo III

- ARMENTA, *La acumulación de autos*, Madrid, 1983.
- BECENA, *Magistratura y justicia*, Madrid, 1927.
- BERZOSA, *Demanda*, "causa petendi" y objeto del proceso, Córdoba, 1984.
- CALVO, *La revisión civil*, Madrid, 1977.
- CORTÉS, *Derecho procesal civil internacional*, Madrid, 1981.
- DÁVILA, *Litisconsorcio necesario*, Barcelona, 1975.
- DOVAL, *La revisión civil*, Barcelona, 1979.
- , *El desistimiento y su bilateralidad en la primera instancia*, Barcelona, 1950.
- FAIRÉN, "Notas sobre la intervención principal en el proceso civil", *Estudios de derecho procesal*, Madrid, 1955.
- G. DE CABIEDES, "La excepción dilatoria de falta de carácter", *Estudios de derecho procesal*, Pamplona, 1974.
- G. ORBANEJA, *Las teorías de la cosa juzgada*, Madrid, 1932.
- GOLDSCHMIDT, *Principios generales del proceso. Teoría general del proceso*, Buenos Aires, 1961.
- GUASP, "Los límites temporales de la cosa juzgada", *Anuario de Derecho Civil*, 1948.
- MARTÍN DE LA LEONA, *La nulidad de actuaciones en el proceso civil*, Madrid, 1991.
- MONTERO, "Acumulación de procesos y proceso único con pluralidad de partes", *Estudios*, cit.
- , *La intervención adhesiva simple*, Barcelona, 1972.
- , *La legitimación en el proceso civil*, Madrid, 1994.
- MORÓN, *La nulidad en el proceso civil español*, Barcelona, 1957.
- MUÑOZ ROJAS, *Caducidad de la instancia judicial*, Madrid, 1963.
- , *El allanamiento a la pretensión del demandante*, Pamplona, 1958.
- , "Sobre la rebeldía y el recurso de audiencia al rebelde", *Revista de Derecho Procesal*, 1981.

- OLIVA, "En torno a la renuncia en el proceso civil", *Escritos en homenaje al profesor Prieto-Castro*, Madrid, t. II, 1979.
- , *La sociedad irregular mercantil en el proceso*, Pamplona, 1971.
- ORTELLS, "Origen histórico del deber de motivar las sentencias", *Revista de Derecho Procesal Iberoamericano*, 1973, p. 889.
- PASTOR LÓPEZ, "La cuestión prejudicial del artículo 177 del Tratado CEE y su conexión con nuestro ordenamiento procesal", *Justicia*, t. III, núm. 83, p. 519.
- PELÁEZ, *La transacción*, Barcelona, 1987.
- PELÁEZ DEL ROSAL, *La competencia territorial en el proceso civil*, Barcelona, 1974.
- PÉREZ GORDO, *Prejudicialidad penal y constitucional en el proceso civil*, Barcelona, 1982.
- POLAINO, "Significado, técnica y problemas del repartimiento de negocios", *Revista de Derecho Procesal*, 1949.
- PRIETO-CASTRO, *Derecho de tribunales*, Madrid, 1986.
- SERRA, "Actos procesales ineficaces y actos procesales irregulares", *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969.
- , en Albaladejo, *Comentarios al Código Civil*, 2a. ed., Madrid, 1981, t. XVI.
- , "Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación", *Justicia*, t. II, núm. 87.
- VERGE GRAU, *El incidente de nulidad de actuaciones*, Barcelona, 1987.

Capítulo IV

- ARAGONESES, *Técnica procesal (proceso de cognición y juicio verbal)*, Madrid, 1955.
- BONET, *La nueva comparecencia del juicio de menor cuantía*, Barcelona, 1988.
- FAIRÉN, "Doctrina general de los medios de impugnación y parte general del derecho procesal", *Estudios de Derecho Procesal*, Madrid, 1955.
- , *El juicio ordinario y los plenarios rápidos*, Barcelona, 1953.
- , *La Ley de reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985.
- MONTERO, *La prueba en el proceso civil*, Madrid, 1996.
- ORTELLS, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985.
- PLAZA, *La casación civil*, Madrid, 1944.
- PRIETO-CASTRO, "Límites de la apelación", en *Trabajos*, cit.
- SERRA, *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit.

TAPIA, "El recurso de súplica en la Ley de Enjuiciamiento civil y en la jurisprudencia", *Cuadernos de la Facultad de Palma de Mallorca*, núm. 5, 1983, p. 101.

VARIOS, *El sistema de recursos*, Santiago, 1974.

Capítulo V

ALONSO PRIETO, *Estudios de derecho judicial de la circulación*, Gijón, 1972.

CARRERAS, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957.

CASALS, *Escritos de oposición cambiaria*, Barcelona, 1986-88, 4 vols.

CHACÓN, *El embargo*, Barcelona, 1991.

ESTEPA, *Las diligencias preparatorias del juicio ejecutivo*, Madrid, 1975.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, *El proceso de ejecución*, Barcelona, 1982.

—, *La tercería de dominio*, Barcelona, 1980.

FRANCO ARIAS, *El procedimiento de apremio*, Barcelona, 1987.

G. DE CABIEDES, *La enajenación forzosa*, Pamplona, 1966.

G. DE LA MARINA, *La defensa de los derechos inscritos*, Madrid, 1984.

—, *Tercerías de dominio y de mejor derecho*, Barcelona, 1990.

GUASP, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1951.

JIMÉNEZ CONDE, *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978.

MONTERO *et al.*, *Comentario breve a la Ley de Arbitraje*, Madrid, 1990.

MONTES REYES, *Registro y proceso*, Salamanca, 1978.

ORTELLS, *Comentario a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985.

ORTIZ DE NAVACERRADA, *Concurrencia de acreedores en el proceso de ejecución*, Salamanca, 1979.

PÉREZ GORDO, *La ejecución provisional*, Barcelona, 1973.

—, *La suspensión del juicio ejecutivo*, Barcelona, 1971.

RAMIRO, *Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras*, Madrid, 1980.

—, *Ejecución de sentencias extranjeras en España*, Madrid, 1974.

REYES, *El llamado juicio ejecutivo de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Barcelona, 1963.

RIFA, *La anotación preventiva de embargo*, Madrid, 1983.

RÍO, *El proceso de ejecución de la hipoteca mobiliaria*, Madrid, 1988.

RODRÍGUEZ SOLANO, *El proceso del artículo 41 de la Ley Hipotecaria*, Barcelona, 1953.

SENES, *Las obligaciones en moneda extranjera*, Madrid, 1990.

SOLCHAGA, *El procedimiento de apremio sobre bienes inmuebles*, Pamplona, 1986.

SUREDA, *Derecho procesal hipotecario*, Barcelona, 1958.

TAPIA, *Las condenas no pecuniarias*, Palma de Mallorca, 1984.

Capítulo VI

ORTELLS, *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984.

—, Sobre las medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428 LEC, *Justicia*, t. I, núm. 89, p. 43.

RAMOS, *La anotación preventiva de demanda*, Barcelona, 1980.

SERRA Y RAMOS, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, 1974.

VARIOS, *El sistema de medidas cautelares*, Pamplona, 1974.

Capítulo VII

MONTERO, *Introducción al proceso laboral*, 3a. ed., Barcelona, 1996.

—, *Los tribunales de trabajo (1908-1938)*, Valencia, 1976.

—, IGLESIAS, MARÍN, SAMPERRO, *Comentarios a la Ley de Procedimiento Laboral*, Madrid, 1994, 2 vols.

Juan MONTERO AROCA