

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 secretaria 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 atendiéndose 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, advirtiendo 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

Iniciabamos 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 estarse, 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 cassazioni 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 graviminis*, 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 declaran 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 el 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 perseguendi*, 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 incorporeales, 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 propia.

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 reembargo

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 reembargo que consiste en la afectación 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 afectación, 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 trasmite 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 haber 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 esquilmodora 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 oírán 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 legítima 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 inmediatez 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 concurrían 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 Beceña", *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