

**MANUEL ORTELLS RAMOS**

CATEDRÁTICO DE DERECHO PROCESAL

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA (ESTUDI GENERAL DE VALÈNCIA)



**ESTUDIOS  
DE DERECHO PROCESAL**

**PROCESO CIVIL II (1999-2009)**

© Manuel Ortells Ramos

<https://www.bubok.es/libros/187478/>

ISBN: 978-84-614-1754-4



**ESTUDIOS  
DE DERECHO PROCESAL  
PROCESO CIVIL II**

1999	_ Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil	03
	_Verso un nuovo processo civile in Spagna: l' "Anteproyecto" di legge sul processo civile del 1997	32
2000	_ El nuevo proceso civil español. Líneas fundamentales de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 8 de Enero de 2000	58
	_Preclusión de alegaciones y peticiones en la primera instancia	86
2003	_ Zwangsgeld oder <i>astreintes</i> ? schwakende lösungen im neuen spanischen zwangsvollstreckung	121
2004	_ La ejecución de prestaciones no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000	151
	_La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000	203
	_ Objeto, eficacia jurídica e impugnación del documento notarial. (Reflexiones sobre el artículo 17 bis, apartado 2, de la Ley del Notariado)	267
2005	_ Concurso de acreedores y tutela judicial cautelar (A propósito de la nueva Ley Concursal)	282
	_Entrevista Señor Manuel Ortells	330
	_Intervención de terceros en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000: Legitimación, información de la pendencia del proceso y poderes del interviniente	341
	_Jurisdicción concursal ¿cuánta y de qué clase? Una reflexión sobre el ámbito y las características de la jurisdicción en el nuevo Derecho Concursal español	374
2006	_ Le Code de la Procedure civile de 1806 et la premiere codification procedure civile espagnole: Parallelismes, coincidences, divergence	415
2007	_ Una nueva reforma de la casación civil española	437
2008	_ La selección de asuntos para su acceso a la casación en Derecho Español: Las técnicas de "unificación de doctrina" y de "interés casacional"	466
	_Sobre el Anteproyecto de Código Procesal Civil chinelo de 2006. Una "intervención provocada"	514
2009	_ Gleichheit bei der Gesetzesanwendung, Zugang zur Kassation und bindende Wirkung der Rechtsprechung des spanischen <i>Tribunal Supremo</i> . Kommentare zur aktuellen Krise der Kassation im spanischen Zivilprozess	534

## **LAS MEDIDAS CAUTELARES EN LA NUEVA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL<sup>(\*)</sup>**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València (Estudi General)

1.- LA INCLUSIÓN SISTEMÁTICA DEL RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN UN TÍTULO DENTRO DEL LIBRO DE LA EJECUCIÓN FORZOSA: UNA OPCIÓN QUE NO DEBE INDUCIR A ENGAÑO SOBRE LA AMPLITUD DE LA TUTELA CAUTELAR.

Respecto de un cierto debate sobre la terminología y encuadramiento sistemático de la materia de la tutela cautelar en una ley procesal civil, la nueva LEC ha optado por el planteamiento más tradicional de utilizar la denominación de medidas cautelares y de situar las disposiciones de su regulación con proximidad a las de la ejecución forzosa (se incluyen en el título VI del libro III dedicado a la ejecución forzosa y a las medidas cautelares).

Esta opción metodológica no ha sido obstáculo para mejorar técnicamente la regulación de la tutela cautelar, ni ha inducido a limitar la amplitud de esa tutela.

En cuanto a lo primero, la nueva LEC ha realizado notables avances, con el establecimiento de régimen unitario y bastante completo de la competencia y de los procedimientos en relación con las medidas cautelares, de las cuales las mismas disposiciones de la LEC regulan sus modalidades específicas -o remiten a su regulación, si se ha estimado conveniente conservar las que establecían algunas leyes especiales- y también establecen algunas reglas para que los jueces puedan configurar las medidas que el legislador no ha considerado conveniente especificar.

En cuanto a lo segundo, la excesiva vinculación (ligada a la opción sistemática que acoge la nueva LEC) entre medidas cautelares y ejecución forzosa, hubiera podido conducir a que tales medidas sólo hubieran podido obtenerse en procesos en los que se hubieran ejercitado pretensiones de condena, con lo que no se habría avanzado en el perfeccionamiento del grado de efectividad de la tutela judicial. Este riesgo ha sido evitado, como después veremos más ampliamente, pero como ya resulta del fin asignado a las medidas cautelares por el art. 721.1 LEC, y que es “asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare”.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en *Revista Xurídica Galega*, Nº 25, 4º trimestre, 1999, pp. 13-42.

## 2.- EL RÉGIMEN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES Y DE SUS PRESUPUESTOS (LAS NORMAS PROCESALES-MATERIALES DE LA TUTELA CAUTELAR).

La tutela cautelar, desde un punto de vista normativo, comprende dos clases de normas, ambas de naturaleza procesal, pero de contenido diferente:

1) Por un lado encontramos las normas que rigen la jurisdicción y la competencia, especiales requisitos de las partes o de los actos procesales en general, el procedimiento para la resolución sobre la medida cautelar y sus relaciones con el proceso principal.

2) Por otro lado están las normas que rigen la propia tutela jurisdiccional cautelar, es decir, determinan cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que deba acordarse una medida cautelar, cuyo contenido y efectos igualmente son configurados por esas mismas normas. En materia jurisdiccional cautelar, las normas procesales no se limitan a regular cómo se llega a la resolución y los requisitos de los que depende su admisibilidad, sino que regulan el propio contenido de la resolución, rigen el juicio sobre la estimación de la solicitud formulada.

Los apartados 3 al 10 están dedicados a las normas de la segunda clase. Los apartados 11 al 23 a las normas de la primera clase.

## 3.- EL PRESUPUESTO DE LA APARIENCIA DE DERECHO. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA PRETENSIÓN EJERCITADA EN EL PROCESO PRINCIPAL. EL PROBLEMA DE LA EXCLUSIVIDAD DE LAS PRETENSIONES DE CONDENA.

El régimen del presupuesto de la apariencia de buen derecho, también llamado *fumus boni iuris*, plantea dos cuestiones que deben ser consideradas por separado.

Por una parte, las normas que lo regulan determinan la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y para cuya tutela cautelar se establece la medida.

Por otra parte, la expresión alude también a la cognición necesariamente sumaria que debe hacerse de la situación jurídica mencionada, por la doble razón de que la función de la tutela cautelar requiere reducir la instrucción para hacer posible una resolución rápida, y de que sería absurdo duplicar la actividad alegatoria y probatoria del proceso principal.

En ambos aspectos del presupuesto de la apariencia de buen derecho la nueva LEC introduce cambios importantes y positivos respecto de la regulación actual.

### **A) Determinación de las situaciones jurídicas para las que puede pedirse tutela cautelar**

En un régimen como el actual en el que las más importantes medidas cautelares son medidas típicas, la determinación legal de esas situaciones puede ser decisiva, porque si la situación jurídica en que se funda la pretensión interpuesta no se

corresponde a las características jurídico-materiales o de otra naturaleza previstas por la ley al regular este presupuesto de la medida, ésta no podía ser obtenida o había de ser solicitada al amparo de la disposición relativa a medidas indeterminadas.

Pero, por otra parte, la descripción que hacía el art. 1428 de la antigua LEC del presupuesto de la situación jurídica cautelable - “obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o específicas”-, amparaba interpretaciones que recortaban en gran medida sus posibilidades de aplicación. Se llegó a sostener, en efecto, que el precepto se limita a obligaciones de origen negocial, e incluso, más restrictivamente, contractual, y, a veces, hasta se ha exigido que la obligación se constituya en el propio documento que sirve de principio de prueba. Quedaban fuera -o sólo discutiblemente quedaban dentro- del presupuesto de las medidas cautelares indeterminadas, las pretensiones fundadas en derechos reales, en otros derechos de carácter absoluto o relativas a facultades integradas en una relación jurídica compleja que fuera objeto de la pretensión.

El cambio registrado en este aspecto consiste en que la descripción más general del presupuesto de la apariencia de buen derecho es lo suficientemente amplia como para no originar las dudas antes mencionadas. El presupuesto consiste en el fundamento de la pretensión interpuesta en el proceso principal, respecto del cual el solicitante de la medida ha de formular alegaciones y aportar justificaciones para que el tribunal se forme “sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable” (art. 728.2 nueva LEC).

Por otra parte, la posibilidad de obtener tutela cautelar no queda limitada a los casos en que se hubiera interpuesto una pretensión de condena a prestación, sino también si las pretensiones fueran meramente declarativas o constitutivas. Si esta posibilidad no se hubiera establecido, no habría medios para contrarrestar los riesgos de ineffectividad práctica de los efectos jurídicos de las sentencias declarativas y constitutivas que, ciertamente, no son efectos ejecutivos en sentido técnico (arts. 521, 522 LEC), pero que, en cuanto efectos jurídicos, han de ser efectos prácticos y útiles.

Revisemos las disposiciones que demuestran esta observación. Según el art. 721.1 LEC lo que el actor puede solicitar es “la adopción de las medidas cautelares que considere necesarias para *asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare*”. Coherentemente, lo que el juez puede adoptar como medida cautelar es alguna actuación que revista, entre otras, la característica de “1ª. Ser...conducente a la *finalidad de hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria*” (art. 726.1.1ª LEC). Para obtener la medida cautelar el actor ha de acreditar, entre otras cosas, que podrían producirse situaciones “que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria” (art. 728.2 LEC).

## **B) Medios de acreditamiento de la apariencia de buen derecho**

El avance en el aspecto de los medios de acreditamiento consiste en el abandono de la exclusividad del acreditamiento documental. La solución concuerda con las que desde tiempo se acogen en importantes ordenamientos de nuestro entorno, y, en cierto modo, era demandada por la práctica si se atiende, por ejemplo, a cierta jurisprudencia reciente sobre el acreditamiento documental en el embargo preventivo en la que, para aspectos no esenciales de la obligación dineraria que ha de ser demostrada (liquidez, realización previa de contraprestaciones), se admiten escritos cuya credibilidad no se fundamenta en la probabilidad de atribuir el escrito al presunto deudor, por haberlo formado él o por haberlo aceptado, sino que consisten en declaraciones documentadas de un tercero.

El art. 728.2 LEC establece que el solicitante habrá de presentar justificaciones documentales, pero, en defecto de ellas, podrá ofrecer otro tipo de justificaciones para el juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión.

4.- EL PRESUPUESTO DE PELIGRO EN LA DEMORA: ¿RIESGO DE IMPOSIBLE O MUY DIFÍCIL EJECUCIÓN O RIESGO DE INEFECTIVIDAD DE LA SENTENCIA?

La *ratio iuris* de la norma que establece una medida cautelar es contrarrestar los peligros que amenazan los resultados de un proceso de declaración durante la necesaria demora para que esos resultados lleguen a producirse.

Pero las situaciones de peligro son, también, presupuesto de la medida cautelar, en el doble sentido de que, a una cierta clase de peligro, corresponde una cierta clase de medida, y de que de la concurrencia de las situaciones de peligro depende, en la mayor parte de los supuestos, la concesión y el mantenimiento de la medida cautelar.

El perfeccionamiento del sistema de tutela cautelar, en este aspecto, requiere atender a estas dos consideraciones: primera, que toda situación de peligro para los resultados de un proceso de declaración cuente con una medida cautelar adecuada para contrarrestarla; segunda, que ninguna medida cautelar pueda concederse, ni ser mantenida, sin el fundamento de una situación de peligro apreciada por el juez.

El art. 728.1 LEC posibilita atender a los dos anteriores objetivos: “Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impedirían o dificultarían la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”.

**A) Toda clase de riesgos para la efectividad de la tutela son relevantes para obtener una tutela cautelar adecuada.**

Al describirse el peligro en la demora del modo que lo hace el art. 728.1 LEC, en vez de hacerlo como riesgo para la ejecución de la sentencia, quedan comprendidos los siguientes tipos de peligro:

1º) Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto, como, por ejemplo, el riesgo de insolvencia del demandado que puede frustrar la ejecución genérica, bien proceda inicialmente, por tratarse de prestación pecuniaria, o bien proceda por imposibilidad de una ejecución específica.

2º) Riesgos que amenazan la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica (por ejemplo, que la cosa mueble no pueda ser habida y deba procederse a una ejecución genérica; que un bien inmueble sea transmitido a tercero protegido por la condición de tercero hipotecario, con la misma consecuencia anterior).

3º) Riesgos que amenazan la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad (por ejemplo, sin las medidas de intervención judicial de la administración de bienes litigiosos productivos o de administración judicial de los mismos, el vencedor en el proceso podrá recibir los bienes, pero sin valor productivo alguno, carencia por la cual habrá de aceptar una indemnización).

4º) Los riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia (por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio deviene inútil, porque, en el ínterin del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y que ha inscrito a su favor).

5º) En fin, los riesgos de ineffectividad de la sentencia debidos al simple retraso en el otorgamiento de la tutela judicial y que consisten en un menoscabo -temporal o definitivo- del contenido específico de un derecho, menoscabo para el cual una indemnización dineraria no constituye, por diferentes razones, un tratamiento adecuado. Por ejemplo: el uso por el demandado de la marca registrada hasta que definitivamente se estima la pretensión por violación de ese derecho, causa un daño imposible de calcular a la distribución de los productos del actor amparados por la marca registrada; la explotación indebida de una patente impide al actor obtener las ganancias derivadas del derecho de exclusiva, pero el demandado no tiene solvencia suficiente para resarcir al actor.

**B) No pueden ser obtenidas medidas cautelares si no existe un riesgo concreto para la efectividad de la tutela.**

Con la disposición citada se acaba también con situaciones como las que actualmente se dan con la intervención judicial de bienes litigiosos o con la anotación preventiva de demanda, en las que la ley no impone expresamente el presupuesto del peligro en la demora.

Por otra parte, coherentemente con lo anterior, el legislador abandona la técnica utilizada en el embargo preventivo de tipificar las circunstancias determinantes de peligro (extranjería del deudor, carencia de bienes o de domicilio en el partido judicial, etc.) que impedían una concreta apreciación judicial del mismo y frente a la que la aplicación judicial de LEC ya había reaccionado, requiriendo que, junto al supuesto legal, concurriera un concreto peligro de insolvencia.

En relación con este aspecto la práctica deberá evitar excesos en la exigencia de acreditamiento del presupuesto del peligro, particularmente en los supuestos en los que éste puede actualizarse con gran rapidez (por ejemplo: asientos registrales cuya eficacia ha de ser contrarrestada por una anotación preventiva de demanda).

#### 5.- EL PRESUPUESTO DE LA CAUCIÓN.

Por regla general, también es presupuesto de las medidas cautelares la prestación de una caución por el solicitante de las mismas. Es necesaria norma expresa para que la caución no sea exigible (art. 728.3 LEC).

A diferencia de ciertos ordenamientos extranjeros, en nuestro Derecho el presupuesto de la caución no puede suplir la falta de los dos primeros presupuestos, sino como máximo complementarlos.

Finalidad de esta caución es ofrecer una garantía patrimonial concreta y específica para el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida cautelar a la indemnización de los daños y perjuicios causados por una medida cautelar ilícita. La suficiencia cuantitativa de la caución debe determinarse, precisamente, en atención a lo dicho (art. 728.3, párrafo primero LEC) y a las costas específicas de las actividades procesales relativas a la tutela cautelar. No obstante, el párrafo segundo del mismo artículo también permite que se tenga en cuenta el fundamento de la petición de la medida, entiendo que para reducir la cuantía de la caución en función del mayor grado de probabilidad de tal fundamento.

Por lo que se refiere a la calidad de la caución -que bajo la antigua ordenación comportaba frecuentemente una discusión sobre en qué medidas era admisible el aval bancario- la nueva LEC opta por un doble criterio. Primero, cita específicamente el depósito irregular de dinero en función de garantía y el aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca (remisión del art. 728.3, párrafo tercero al art. 529.3, párrafo segundo LEC). Segundo: establece un concepto jurídico indeterminado que el juez habrá de concretar caso por caso, al admitir cualquier otro medio de inmediata disponibilidad, apto para responder de manera rápida y efectiva (art. 728.3, párrafo primero y remisión del párrafo tercero al art. 529.3 LEC).

El derecho a justicia gratuita no exime de la prestación de esta caución. Ese beneficio no figura en el art. 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita. La exención sin más lesionaría sin indemnización el interés privado del sujeto pasivo de la medida. Para crear condiciones reales de acceso a la tutela cautelar a las

personas carentes de medios económicos, el Estado ha de realizar una actividad prestacional, consistente en asumir la eventual responsabilidad. Véase sobre esta cuestión la STC 17 diciembre 1987, Sala 2.<sup>a</sup>, Boletín de Jurisprudencia Constitucional, 1988-81, páginas 63-72.

Están exentos de prestar fianza el Estado y otras instituciones públicas (art. 12.1 Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas), las Comunidades Autónomas (disposición adicional 4<sup>a</sup>.2 de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas) y las Administraciones locales (art. 185.5 RD Legislativo 781/1986, 18 abril, que aprueba el texto refundido de disposiciones legales vigentes en materia de Régimen Local).

#### 6.- LAS MEDIDAS (LOS EFECTOS) CAUTELARES: UN NUEVO SISTEMA PARA LA DETERMINACIÓN DE LAS MEDIDAS

La regulación de las medidas (efectos) cautelares combina dos técnicas diferentes: la configuración de unas medidas (efectos) específicos (art. 727 LEC) y la atribución de una potestad al juez para adoptar efectos cautelares legalmente no especificados, aunque fijando para esa especificación unos conceptos jurídicos indeterminados (art. 726 LEC).

No hubiera sido suficiente establecer una serie de medidas determinadas. Una norma que autorice medidas cautelares indeterminadas o atípicas es, sin duda, necesaria para la perfección de un sistema de tutela cautelar, porque posibilita que las medidas adquieran la ductilidad necesaria para contrarrestar situaciones de peligro en la demora cuya diversidad no siempre es fácil y completamente previsible.

Sin embargo, ante la norma reguladora de medidas indeterminadas -que, por necesidad, tiene un supuesto de hecho y unas consecuencias jurídicas imprecisas (medidas necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia en el art. 1428 de la antigua LEC)-, el juez puede experimentar una sensación de inseguridad, de miedo al vacío, que, en definitiva, haga la norma inocua. Así ocurrió sin duda con el art. 1428 de la antigua LEC, que precisó, para facilitar su aplicación, que se precisaran las medidas en la legislación de patentes, marcas, competencia desleal, propiedad intelectual y publicidad. Con la doble técnica que se utiliza en la nueva LEC para la determinación de las medidas se evita tanto que la tutela sea incompleta, como que sea inaplicada por imprecisa.

#### 7.- MEDIDAS CUYO CONTENIDO ESPECIFICA LA LEY.

Para el análisis de las medidas cautelares específicas hay que distinguir, por un lado, las reglas 1<sup>a</sup> a 10<sup>a</sup> del art. 727 -referida a unas medidas cautelares reguladas en la LEC, a las que no es dudoso que se les aplique el conjunto de normas de ésta -, y, por otro, la regla 11<sup>a</sup> del mismo artículo, que es una norma de remisión a medidas cautelares reguladas en leyes especiales. Para la segunda clase de medidas habrá que determinar si les son aplicables los presupuestos tal como se regulan en el art. 728

LEC y el régimen de enervamiento de los artículos 746 y 747 LEC; de esto nos ocuparemos en el apartado 9.

Las principales observaciones sobre el régimen de las medidas cautelares específicas son las siguientes:

a) Las reglas 1ª a 10ª del art. 727 no establecen sólo medidas (efectos) cautelares, sino que también, aunque no en todos los supuestos, especifica alguno de los presupuestos de las mismas. Así, las reglas 1ª (embargo preventivo), 2ª (administración judicial e intervención judicial de la administración) y 3ª (depósito judicial) determinan la clase de pretensión interpuesta en el proceso principal para obtener la clase de medida cautelar regulada en esas reglas. No obstante en el caso especialmente importante en la práctica del embargo preventivo, se dispone expresamente que, además de su procedencia ordinaria en caso de pretensiones de condena al pago de dinero, podrá ser utilizado si en el proceso principal se han interpuesto otra clase de pretensiones y no puede ser adoptada otra medida más idónea y eficaz y menos onerosa para el demandado.

c) Las medidas previstas en las reglas 7ª, 8ª, 9ª y 10ª del art. 727 concurren parcialmente con algunas de las medidas previstas en las leyes especiales a las que remite el art. 727.11ª LEC. Si existe la concurrencia deberá aplicarse con preferencia el régimen de la ley especial (véase apartado 10). Pero lo más importante es constatar que unas medidas que, hasta la nueva LEC, sólo estaban legalmente previstas de modo expreso para la tutela cautelar de ciertos derechos y relaciones jurídicas, son mencionadas ahora como medidas determinadas de aplicación más general. Ese es el caso de las medidas prevista en la regla 7ª del art. 727: “La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo”.

d) Las reglas 5ª y 6ª del art. 727 no modifican el régimen específico de los efectos cautelares consistentes en anotaciones en registros públicos, porque el art. 738.2, párrafo tercero somete la actuación de las anotaciones preventivas decretadas a las normas que rijan el registro correspondiente y, por tanto, no hay posibilidad de ampliar por discrecionalidad judicial los supuestos de anotación previstos por tales normas.

#### 8.- LAS CARACTERÍSTICAS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES CONFIGURADAS JUDICIALMENTE.

Las medidas cautelares que se especifican en el art. 727 LEC no son las únicas medidas cautelares que pueden ser adoptadas en un proceso civil. Más bien las mismas son una especificación ejemplificativa de las que pueden ser decretadas en ejercicio de la potestad cautelar general cuyas características establece el art. 726 LEC. Así lo dice el primer párrafo del art. 727 LEC (“Conforme con lo establecido en el artículo anterior, podrán acordarse, entre otras, las siguientes medidas”) y lo reitera innecesariamente el segundo inciso de la regla 11ª del art. 727 (“Aquellas otras

medidas que (...) se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial...”).

Atendidos los criterios establecidos por el art. 726 y por el art. 727.7º la potestad de tutela cautelar permite acordar medidas que tengan efectos de mero aseguramiento y de conservación, pero sigue siendo dudoso que puedan ser decretadas medidas innovativas en cuanto a la satisfacción de la pretensión.

#### **A) Medidas con efectos de mero aseguramiento de la ejecución o de la eficacia declarativa o constitutiva de la sentencia.**

Esta clase de efectos se caracterizan por mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud. Esta clase de efectos de las medidas no producen ninguna satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal.

Es el caso del aseguramiento de la eficacia ejecutiva de la sentencia, sea ésta título para una ejecución dineraria (embargo preventivo) o lo sea para una ejecución por deberes de entregar cosas, de hacer o de no hacer (depósito, administración e intervención judiciales, formación de inventarios, anotaciones preventivas en registros públicos; y nuevamente el embargo preventivo, porque, como último medio, en la ejecución se procede para ejecutar por una equivalente dinerario del deber específico no cumplido). También el de la medida de anotación preventiva en registros públicos cuando sirve para asegurar no los efectos ejecutivos de una sentencia, sino sus efectos declarativos o constitutivos.

#### **B) Medidas con efectos de conservación pero no de simple aseguramiento.**

Se trata de un paso más en el contenido de las medidas cautelares en el sentido de superar la mínima injerencia que suponía la anterior clase de efectos y de aproximarse a un efecto de satisfacción de la pretensión.

Legislativamente se había dado ese paso con una serie de medidas cautelares (suspensión de acuerdos impugnados de sociedades y asociaciones, suspensión de la obra nueva, suspensión de actividades, cesación provisional de las mismas o prohibición de iniciarlas si estaban en preparación en materia de propiedad intelectual, publicidad, patentes y marcas, competencia desleal y protección civil de los derechos al honor, intimidad y propia imagen), pero existían ciertas dificultades para su admisión con carácter general y, sobre todo, para admitir que pudieran tener un sentido positivo, consistente en ordenar la continuación en el cumplimiento de prestaciones.

Ambos aspectos dudosos quedan aclarados en la nueva LEC.

El primero por lo dispuesto en el art. 726.2: “Con el carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta

Ley para las medidas cautelares, el tribunal podrá acordar como tales las que consistan en órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso, sin prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte”.

El segundo por lo establecido en el art. 727.7ª, según el juez puede decretar “la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo”.

### **C) Medidas con efectos innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal.**

Con estas medidas no se trata de conservar una situación en la que tuvieran satisfacción derechos e intereses cuya tutela se pide en el proceso principal, sino de introducir una innovación, satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido.

En la LEC se mantiene una medida cautelar determinada de esa clase: los alimentos provisionales que el juez puede acordar a cargo del demandado cuando haya sido reclamada judicialmente la filiación (art. 768.2 LEC). La derogación del art. 17 II Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor ha eliminado -al menos para el proceso civil, para el penal véase art. 785.8,<sup>a</sup> d) LECRIM- otro reconocimiento expreso de medidas de esta clase: la pensión provisional en favor de las víctimas de accidentes derivados del uso y circulación de vehículos de motor o de las personas a su cargo mientras pende el proceso para resolver sobre la indemnización.

No hay un obstáculo absoluto a que se admitan medidas de esta clase. El art. 726.2 LEC se refiere genéricamente a “órdenes de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso”. La expresa mención de la continuación de prestaciones que vinieran llevándose a cabo (art. 727.7ª LEC) tampoco lo impide, porque las medidas expresadas en el art. 727 no reducen el ámbito de las medidas posibles según el art. 726, sino que sólo ilustran el modo de concretarlas.

En cualquier caso para acordar medidas de esta clase, a parte de una específica situación de peligro en la demora sólo contrarrestable de ese modo, habría de existir plena reversibilidad de la situación creada por la medida, para el caso de que no fuera estimada la pretensión principal.

## **9.- EL RÉGIMEN DEL ENERVAMIENTO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.**

Los arts. 746 y 747 LEC regulan la sustitución de la medida cautelar por una caución prestada por el sujeto pasivo de la misma. Ésta pasa a ser una posibilidad general y no específica de determinadas medidas cautelares.

Admitir la sustitución de una medida cautelar por una caución, supone, en algunos casos, que el ordenamiento admite que no se preste una tutela cautelar específica a cierto derecho o interés, limitándola a la tutela cautelar del derecho a

indemnización por la eventual lesión que pueda producirse en ese derecho o interés. De una parte, esta solución resulta adecuada a la tutela cautelar, porque en ocasiones las medidas específicas causan grave daño al sujeto pasivo -y sin base más segura que una apariencia de derecho-. Pero, por otra parte, cuando por la calidad de los derechos o intereses tutelados el tratamiento indemnizatorio resultaría inapropiado en el momento de su satisfacción definitiva, también debe sostenerse la inadecuación -en el momento de la tutela cautelar- de la sustitución de una medida específica por una cautela del derecho a indemnización.

Por esa razón el régimen establecido por el art. 746 LEC no consiste en que el ofrecimiento de una caución cuantitativamente suficiente vincule al juez a sustituir la medida, sino que ese ofrecimiento es una petición de sustitución sobre la que el juez decide atendiendo a los factores establecidos en el apartado 2 del artículo.

La petición de sustitución por caución puede formularse en la defensa frente a la solicitud de medidas cautelares, si sobre éstas se resuelve con audiencia previa; en la oposición a la medida cautelar adoptada sin audiencia previa, con vistas a que la medida sea alzada, aunque no de modo absoluto, sino sustituida.

También puede formularse como petición independiente. Sólo en este supuesto ha de realizarse la tramitación prevista en el art. 747.1, párrafo segundo y tercero (petición por escrito, traslado por cinco días, vista y auto no recurrible).

#### 10.- INCIDENCIA DE LAS DISPOSICIONES DE LA LEC SOBRE LAS NORMAS PROCESALES-MATERIALES DE LAS MEDIDAS CAUTELARES ESTABLECIDAS EN LEYES ESPECIALES.

Esa incidencia suscita diversos problemas que pasamos a examinar.

El principal es un problema de interpretación sistemática del art. 727. 11ª LEC con el art. 728, en el sentido de si los presupuestos que se establecen en el segundo son también de aplicación a las medidas específicas a las que remite el art. 727.11ª. De entrada, la separación de la determinación del régimen de los efectos (medidas) cautelares y de la determinación de los presupuestos conduce a responder afirmativamente. El legislador ha querido mantener medidas (efectos) cautelares previstos en algunas leyes especiales, pero también generalizar un cierto régimen de los presupuestos de las medidas cautelares.

Además de estos presupuestos generales habrán de concurrir los presupuestos especiales que, en su caso, estén establecidos por la ley especial (por ejemplo, la justificación de la explotación de la patente o de preparativos serios para ella, si se trata de medidas en litigios sobre materia de patentes -art. 133 Ley de patentes-).

Otras cuestiones más específicas sobre la incidencia de las disposiciones de la LEC en las normas configuradoras de medidas cautelares en leyes especiales son las siguientes

a) En las anotaciones preventivas de demanda de la LH y de la LHMPSDP resulta más clara la exigibilidad de un cierto peligro en la demora y se introduce la posibilidad de sustitución por caución.

b) En la suspensión de actividades de asociaciones durante la pendencia de un proceso sobre la disolución de las mismas, la LEC integrará su régimen jurídico plenamente, porque si bien las leyes mencionan esa posibilidad de suspensión, omiten luego una regulación necesaria.

c) La suspensión provisional de acuerdos impugnados de órganos colegiados de sociedades cooperativas regulada por el art. 52.5 de la Ley General de Cooperativas no ha sido derogada expresamente, pero como ese artículo se remitía con especialidades al régimen de la suspensión de acuerdos de las sociedades anónimas, se aplicará a la misma, además de las normas generales, lo específicamente dispuesto por el art. 727.10ª LEC.

d) La suspensión de acuerdos de juntas de propietarios y de asociaciones integrará plenamente el régimen de sus presupuestos y posible enervación con las disposiciones de la LEC, puesto que las de sus leyes específicas son, al respecto, casi inexistentes.

e) En la tutela cautelar de los derechos al honor, intimidad personal y familiar y propia imagen, las disposiciones de la LEC integrarán la muy lagunosa regulación del art. 9.2 de la Ley Orgánica de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

f) En materia de patentes la aplicación supletoria de la LEC deberá dejar a salvo el presupuesto especial de la justificación de la explotación o de preparativos serios para ella (art. 133.1 Ley de Patentes), así como el régimen más detallado de la caución como presupuesto de las medidas (art. 137.1, 3 y 4 Ley de Patentes). La Ley de Patentes tiene también una regulación especial del enervamiento de la medida cautelar por caución, establecida en el art. 137.2: en el ámbito de la Ley de Patentes, la sustitución por caución no es una petición a resolver por el juez teniendo en cuenta los factores establecidos en el art. 746.2 LEC, sino un acto del demandado vinculante para el juez si aquel ofrece caución por el importe y de la clase establecidos.

#### 11.- ESTABLECIMIENTO DE UN PROCEDIMIENTO ÚNICO PARA RESOLVER SOBRE LA TUTELA CAUTELAR.

Actualmente no hay un único procedimiento para resolver sobre las diversas medidas cautelares previstas por el ordenamiento, sino que el régimen jurídico de cada medida comprende no sólo la configuración de los presupuestos y efectos de ésta, sino también la ordenación más o menos completa -casi siempre menos que más- de la actividad procesal para resolver sobre la misma.

Además esas ordenaciones procedimentales son de una diversidad notable: la solicitud de la medida con carácter previo al proceso principal es admisible para unas medidas, pero no para otras; la contradicción respecto de la solicitud de la medida en

unos casos es previa de modo preceptivo, en otros no se permite que sea previa, en otros en fin admitirla como previa depende de una decisión discrecional del juez; la contradicción diferida debe ser sustanciada en formas diversas, orales o escritas, e incluso -cuando falta regulación- ha de utilizar la vía del recurso contra la resolución que ha acordado la medida cautelar; existen previsiones diversificadas sobre medios de impugnación.

Las diferencias procedimentales no siempre -más bien casi nunca- están justificadas por la especificidad de la medida cautelar. El actual estado de cosas es, más bien, el resultado de que la regulación vigente de la tutela cautelar no responde a un mínimo planteamiento racional, sino que es fruto de acarreos históricos e intervenciones legislativas de urgencia.

La nueva LEC establece un procedimiento único para la petición de medidas cautelares y también para la oposición a las mismas y para su revisión. Con ese fin deroga expresamente las normas procedimentales relativas a las medidas cautelares reguladas en leyes especiales, incluso cuando opta por mantener -como es el caso de la materia de patentes- las normas configuradoras de las medidas (disposición derogatoria, apartado 1, 15º, que deroga los arts. 135 y parte del 136 de la Ley de Patentes, reguladores de aspectos procedimentales).

## 12.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La adopción de medidas cautelares es, en todo caso, potestad de la jurisdicción (art. 5.1 LEC). Reconocida ahora expresamente por la LEC la posibilidad de obtener medidas cautelares si el litigio principal está sometido a arbitraje (art. 722, párrafo primero LEC), la potestad para concederlas se atribuye a los tribunales estatales (art. 724, párrafo primero LEC), a los que habrán de solicitarlas las partes.

Para la determinación de la jurisdicción y competencia hay que distinguir según las medidas cautelares se soliciten con la demanda principal o cuando el proceso principal ya está pendiente, se soliciten antes de presentar la demanda principal o, en fin, se soliciten sin relación con un litigio principal pendiente ante tribunales estatales españoles.

### **A) Medidas solicitadas con la demanda principal o pendiente el proceso principal**

En este caso se aplica una norma de competencia funcional y las actuaciones respecto a la medida cautelar se atribuyen al órgano que está conociendo del proceso principal (arts. 723.1 y 61 LEC).

Hay que tener presentes algunas normas complementarias:

1ª) Si sobre la competencia para conocer del proceso principal se plantea conflicto, el órgano jurisdiccional que estuviera conociendo puede, a pesar de la regla general de suspensión, realizar actuaciones respecto a las medidas cautelares si

concurrir concretas razones de urgencia (arts. 48 LOPJ). Del mismo modo se procede si el demandado hubiera planteado declinatoria (art. 64.2 LEC).

2ª) Si las medidas fueran solicitadas cuando el proceso principal se halla en segunda instancia, recurso extraordinario por infracción procesal o casación, “será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos” (art. 723.2 LEC).

Esta norma plantea problemas. Buena parte de la tramitación de los recursos citados se realiza ante el tribunal *a quo* (en la apelación hasta la presentación de escrito de oposición del apelado; en los demás hasta la presentación de escrito de interposición por el recurrente) y sólo al término de esa tramitación se remiten los autos al tribunal *ad quem*.

Dos son las soluciones posibles: que el solicitante pida testimonio de particulares y formule la solicitud ante el tribunal *ad quem*; entender que la competencia corresponde al *a quo* o al *ad quem* según la solicitud se presente cuando cada uno de ellos está ejerciendo su competencia en la tramitación del recurso.

La segunda solución es más acorde con la efectividad que ha de perseguirse con la tutela cautelar.

## **B) Medidas cautelares solicitadas con anterioridad a la demanda principal**

La competencia corresponde al tribunal que sea competente para conocer de la demanda principal (art. 723.1 LEC).

La correcta aplicación de esta norma requiere atender a las mismas normas sobre jurisdicción y competencia que rigen la atribución de éstas en cuanto al objeto del proceso principal.

Específicamente:

### *a) Competencia judicial internacional*

La norma expresa del art. 22.5.º LOPJ que atribuye competencia a los tribunales españoles “cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España”, no significa que sólo en ese caso tengan competencia para la tutela cautelar los tribunales españoles. La determinación de la extensión de la jurisdicción española según los restantes números del art. 22, lleva implícita la atribución de la tutela cautelar, porque aquella extensión se determina en atención a materias y no a funciones jurisdiccionales, y comprende en principio todas éstas en cuanto deban ejercerse respecto a las materias incluidas.

Si la medida cautelar adoptada por un tribunal español ha de ejecutarse en país extranjero, hay que contar con la posibilidad de reconocimiento de la resolución en ese país, lo que suele plantear más problemas que el reconocimiento de sentencias.

*b) Atribución a los tribunales del orden judicial civil.*

La competencia genérica (o jurisdicción) respecto a las medidas cautelares corresponde a los tribunales del orden judicial civil si aquéllas se refieren a una materia que sea propia de los órganos de este orden judicial o que no esté atribuida a otro orden (art. 9.2 LOPJ).

Excepcionalmente esta competencia genérica puede corresponder a los tribunales del orden judicial penal. A estos compete el embargo preventivo o la fianza sustitutoria para asegurar la condena a indemnización por responsabilidad civil derivada de delito si, como es regla general, se exige acumuladamente en el proceso penal. En ciertos casos de “desacumulación”, las medidas cautelares adoptadas por el juez penal subsisten (art. 843 LECRIM) y la competencia sobre ellas pasa al juez civil ante el que se ha interpuesto la pretensión civil.

*c) Competencia*

En cuanto a la competencia objetiva, la regla general es la de su atribución a los Juzgados de Primera Instancia (art. 45 LEC), pero, en sus respectivos casos, pueden ser competentes Juzgados de Primera Instancia con competencia exclusiva en la materia de que se trate (art. 46 LEC), los Juzgados de Paz (art. 47 LEC) y otros tribunales que, según la LOPJ, tengan atribuida competencia por razón de la calidad de la persona del demandado.

La competencia territorial se determinará con arreglo a las reglas imperativas que la rijan respecto del objeto del proceso principal, en su defecto en atención a la sumisión expresa si existe (las cláusulas de sumisión son amplias y es improbable que excluyan su aplicación en caso de solicitud de medidas cautelares) y, en último término, según las normas legales supletorias.

En todo caso hay que advertir que la presentación de la solicitud implica para el actor sumisión tácita en cuanto al proceso principal (art. 56.1 LEC). La personación y defensa del demandado no implica ese efecto, porque legalmente no puede formular declinatoria.

**C) Medidas cautelares no instrumentales de un proceso ante los tribunales españoles**

Si las medidas cautelares son instrumentales de un litigio sometido a arbitraje, será tribunal competente para acordarlas el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (art. 724, párrafo primero LEC).

Si las medidas cautelares son instrumentales de un proceso pendiente ante un tribunal extranjero pueden ser obtenidas de los tribunales españoles si les atribuyen esa competencia los tratados y, en su defecto, con arreglo al art. 22.5.º LOPJ (“cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes

que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España”), siempre y cuando el asunto principal no sea de la competencia exclusiva de los tribunales españoles.

Salvo otra determinación de los tratados, serán competentes los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde deba ejecutarse la sentencia del Tribunal extranjero, o, en su defecto, los del lugar donde las medidas hayan de producir efectos (art. 724, párrafo segundo LEC).

#### **D) Reparto e impugnación de la jurisdicción y competencia**

Con carácter general para todos los supuestos anteriores ha de advertirse que:

1º) Si las medidas han sido solicitadas antes de que el asunto esté repartido, el Juez Decano o el Presidente de la Audiencia o Tribunal, según los casos, puede adoptar las medidas más urgentes, antes de proceder al reparto, si, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable (art. 70 LEC).

2º) Frente a la solicitud de medidas cautelares no es admisible la declinatoria del demandado, para impugnar la competencia. Pero el tribunal ha de examinar de oficio su jurisdicción y competencia, incluso la territorial salvo que estuviera atribuida por sumisión expresa. Como consecuencia de este examen puede abstenerse de conocer, salvo si aprecia incompetencia territorial, en cuyo caso puede adoptar las medidas que estime más urgentes antes de remitir las actuaciones al tribunal que considere competente (art. 725 LEC).

#### **13.- EL PROCEDIMIENTO SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS CAUTELARES. CONTENIDO DE LA SOLICITUD.**

El art. 721.2 LEC establece las principales exigencias del principio dispositivo en esta materia: concesión de las medidas a instancia de parte y deber de congruencia. Como es lógico esta norma tiene las excepciones que la propia LEC prevé (así arts. 762 y 768 LEC).

La norma sobre congruencia -art. 721.2:“Tampoco podrá éste (el tribunal) acordar medidas más gravosas que las solicitadas”-, tiene una muy precisa repercusión sobre el contenido de la solicitud. Se trata de que, para que pueda ser cumplido precepto tan básico, y también para que el demandado conozca frente a que ha de defenderse, es preceptivo que el solicitante determine, “diseñe” en su caso, la medida cautelar que solicita. Una solicitud de medidas cautelares en el sentido de pedir que el juez adopte las que considere procedentes a la vista de los fundamentos que se alegan y del régimen de configuración de medidas de los arts. 726 y 727 LEC debería ser tratada con la consecuencia de la inadmisión por causa análoga a la del art. 424 LEC (defecto legal en el modo de proponer la demanda por falta de claridad y precisión en la determinación de la petición).

Idéntico tratamiento debería aplicarse a las solicitudes -de las que hay una amplia experiencia en la práctica del embargo preventivo solicitado sobre el presupuesto de “indicios racionales de ocultación o malbaratamiento”- en las que, en vez de alegar hechos concretos para sustanciar el supuesto legal del peligro en la demora, el solicitante se limita a reiterar, con los mismos o con parecidos términos, el propio supuesto legal. Esta corruptela dificulta la defensa del demandado e introduce confusión sobre el momento en que el actor ha de asumir la carga de alegación de los presupuestos de la medida, favoreciendo interpretaciones que le permiten introducir los hechos concretos durante la oposición. La LEC ha querido salir al paso de estas prácticas con disposiciones como la del art. 732.1, que requiere que la solicitud se haga “justificando cumplidamente la concurrencia de los presupuestos legalmente exigidos para su adopción”.

El escrito de solicitud es el momento preclusivo para la aportación por el solicitante de la medida de los acreditamientos de los presupuestos alegados y para la proposición de otras pruebas (art. 732.2, párrafo tercero LEC). De modo que cuando el art. 734.2 LEC, sin distinguir entre actor y demandado, les permite servirse “de cuantas pruebas dispongan” en el acto de la vista, ha de entenderse que en el caso del actor esas pruebas habrán de estar entre las propuestas con la solicitud.

También en este escrito deberá ofrecerse la prestación de caución, especificando la calidad de la misma y justificando su cuantía (art. 732.3 LEC).

#### 14.- TIEMPO DE PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD. PRECLUSIÓN VINCULADA AL MOMENTO DE PRESENTACIÓN DE LA DEMANDA.

La regla general en cuanto al tiempo de solicitud de las medidas cautelares es el momento de presentación de la demanda del proceso principal (art. 730.1 LEC). La solicitud en cualquier otro momento es considerada una excepción y, por lo tanto, sólo se admite si concurren presupuestos especiales.

En el apartado 21 estudiaremos la solicitud previa a la demanda. Ahora consideraremos la solicitud posterior.

Respecto de la solicitud posterior opera una norma de preclusión consistente en que la petición habrá de basarse en “hechos y circunstancias que justifique la solicitud en esos momentos” (art. 730.4 LEC).

Tales hechos y circunstancias lo son, sin duda, aquellos que constituyen presupuestos para la petición y han ocurrido o han sido descubiertos con posterioridad a la demanda. Pero también la novedad o descubrimiento de medios de acreditamiento documental o de otro tipo antes no disponibles -lo que justificó no pedir las medidas con riesgo de desestimación y posterior imposibilidad de pedir las salvo cambio de circunstancias- o la mejora de la situación patrimonial del solicitante, que ahora le permite hacer frente a la prestación de la caución que, en el momento de presentar la demanda, no estaba en condiciones de constituir.

15.- LA AUDIENCIA DEL DEMANDADO PREVIA A LA RESOLUCIÓN COMO REGLA GENERAL. EL ALCANCE DE LA DEFENSA DEL DEMANDADO.

### **A) Audiencia del demandado previa a la resolución**

La regulación actual es confusa e inadecuada en un tema -tan importante por afectar a la prohibición de indefensión- como el del momento, la forma y la amplitud de la posibilidad de contradicción del sujeto pasivo de la medida cautelar.

En un planteamiento reformador la propuesta a formular en este aspecto no era dudosa: contradicción previa o diferida según apreciación del juzgador fundada en razones de peligro concreto, y que permita una defensa suficiente, aunque proporcionada al carácter instrumental del procedimiento.

La urgencia de la medida cautelar y la necesidad de su adopción y ejecución con sorpresa para el demandado no son presumibles con acierto absoluto, de modo que siempre esté justificada la contradicción diferida. Menos aún es razonablemente presumible lo contrario, ni, por tanto, justificable la contradicción previa sin excepción.

La ordenación más acertada es la que permite un mayor ajuste a la situación concreta y, en función de la apreciación de ésta por el juez, le autoriza a determinar si la contradicción ha de ser previa o ha de demorarse a un momento posterior a la adopción de la medida.

La ordenación de la LEC se ajusta a estos criterios: la regla general es la audiencia previa del demandado (art. 733.1), esa audiencia se desarrolla sin previo escrito de contestación por el demandado, directamente en una vista oral (art. 734); la excepción es la exclusión de la audiencia previa del demandado en función de unos presupuestos (art. 733.2) que estudiaremos en el apartado siguiente.

Para que la vista se celebre a la mayor brevedad, el tribunal está autorizado a alterar el orden de los asuntos señalados, si lo exige la efectividad de la medida cautelar (art. 734.1 LEC, que es una excepción a la regla del art. 182.2 LEC).

### **B) Amplitud de las defensas del demandado ante la solicitud de medidas**

En el régimen actual de la tutela cautelar requería clarificación la amplitud de las defensas admisibles al demandado, qué alegaciones y qué medios de prueba y de acreditamiento puede hacer valer para oponerse a la pretensión de tutela cautelar.

La duda principalmente afectaba al presupuesto de la apariencia de derecho -fundamento de la pretensión del proceso principal- y al acreditamiento del mismo, respecto de los cuales no es infrecuente leer que no sería admisible la defensa del demandado, porque si se admitiera se incurriría en el absurdo de duplicar su defensa

del proceso principal, y porque el pronunciamiento sobre el mismo prejuzgaría la sentencia definitiva.

Se trataba de establecer una solución que, de un lado, evite incurrir en una ilógica y antieconómica duplicación de las alegaciones y prueba del proceso principal, y, de otro, garantice con seguridad las posibilidades defensivas del demandado.

En ese sentido dispone el art. 734.2 LEC que “actor y demandado podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan, que se admitirán y practicarán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares”. No se excluyen, pues, alegaciones referidas a cualquiera de los presupuestos de la medida, lo que se confirma con la mayor definición de las alegaciones admisibles que se realiza al regular la oposición -véase después apartado 9-.

La mención de que las partes han de “disponer” de las pruebas que propongan justifica, a mi juicio, que la vista no deba ser suspendida para la práctica de las pruebas propuestas -salvo la de reconocimiento judicial, para la que expresamente el art. 734.2 LEC prevé la suspensión-, sino que las partes habrán de estar en condiciones de practicarlas en el acto.

#### 16.- EXCEPCIONES A LA AUDIENCIA PREVIA DEL DEMANDADO. INFORMACIÓN SUMARIA ACERCA DE LOS PRESUPUESTOS DE LAS MEDIDAS EN ESTOS SUPUESTOS.

Sobre la solicitud de medidas cautelares se resolverá, excepcionalmente, sin previa audiencia del demandado, si concurre alguno de estos dos presupuestos: razones de urgencia -porque se está preparando o incoando la conducta que afectará a la efectividad de la sentencia- y “que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida” -en el sentido de que el preaviso favorecería el inmediato desarrollo de tal conducta- (art. 733.2 LEC).

El art. 733.2 LEC impone al juez el deber de apreciar específicamente esos presupuestos y motivar expresamente su concurrencia.

Como la solicitud de las medidas con carácter previo a la demanda está vinculada a razones de “urgencia y necesidad” (art. 730.2 LEC), la resolución en ese caso se ha de producir siempre sin audiencia previa del demandado.

Como se advirtió, los presupuestos de las medidas cautelares no sólo pueden ser acreditados con medios documentales, sino también con otros medios de acreditamiento. Sin embargo, si las medidas se adoptan sin previa audiencia del demandado, no tiene lugar una vista previa a la resolución y no hay, por tanto, oportunidad de practicar los medios de acreditamiento distintos a los documentales.

La LEC sólo prevé esta actividad unilateral de información del órgano jurisdiccional para las medidas solicitadas “en relación con procesos incoados por demandas en que se pretenda la prohibición o cesación de actividades ilícitas” (art. 732.2 LEC).

La solución a este problema puede ser alguna de estas dos: 1ª) que a los efectos de la primera resolución sobre la medida sean suficientes las afirmaciones del actor respecto de los presupuestos que no cuenten con acreditamiento documental; 2ª) considerar como justificación documental toda aquella que pueda ser presentada ante el tribunal mediante soporte escrito, aunque su contenido sea pericial o testifical (véase, por ejemplo, los escritos citados en el art. 265.1.4º y 5º LEC). La segunda posibilidad resuelve el problema planteado y con más garantías para el sujeto pasivo de la medida.

17.- RESOLUCIÓN SOBRE LA SOLICITUD DE MEDIDAS. CONGRUENCIA. RÉGIMEN DE IMPUGNACIÓN.

### **A) Congruencia de la resolución**

Como ya se advirtió en el apartado 13, el solicitante ha de determinar la concreta medida que pide.

La resolución ha de ser congruente con esa solicitud. Una concepción rigurosa del régimen de la congruencia podría conducir a que, si el juez considerara excesivamente onerosa la medida concretamente “diseñada” por el solicitante, desestimara simplemente la solicitud, porque, pedidos unos efectos jurídicos cualitativamente identificados, si no están amparados por la norma hay que denegarlos, no resolver sobre otros efectos cualitativamente distintos. Al establecer implícitamente el art. 721.2 LEC que se pueden acordar medidas menos gravosas que las solicitadas, se mitiga esa comprensión rigurosa de la congruencia, a la que se da un tratamiento similar a la congruencia cuantitativa, aunque propiamente no contempla un caso de esta última (por ejemplo: pedir un embargo preventivo por 5 millones y concederlo por 10 millones), sino una valoración ponderativa de la diversa gravedad de la incidencia de la medida en la esfera jurídica del demandado.

En la resolución que conceda la medida cautelar ha de resolverse sobre la clase y cuantía de la caución que ha de ser constituida (art. 735.2, párrafo 2 LEC).

### **B) Recursos contra la resolución**

En cuanto a los recursos contra el auto que resuelva sobre la solicitud de medidas es necesario distinguir varias situaciones.

#### *a) Auto dictado sin previa audiencia del demandado*

Si el auto es estimatorio de la solicitud no es admisible ningún recurso, sino que el demandado dispone de la posibilidad de oposición (art. 733.2, párrafo segundo LEC).

Si el auto es desestimatorio, el solicitante puede presentar recurso de apelación (art. 736.1 LEC).

*b) Auto dictado con previa audiencia del demandado*

Si el auto es estimatorio es admisible al demandado recurso de apelación, cuya pendencia no suspende los efectos de la resolución que ha decretado la medida cautelar (art. 735.2, párrafo segundo LEC).

Si es desestimatorio el solicitante puede presentar recurso de apelación (art. 736.2 LEC).

Por otra parte, hay que advertir:

1º) Si, de acuerdo con el art. 723.2 LEC, sobre la solicitud hubiera resuelto la Audiencia Provincial, la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia o la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, no es admisible recurso de apelación, pero puede interponerse recurso de reposición ante el mismo órgano (art. 451 LEC).

2º) Si las resoluciones son desestimatorias parciales (embargo por menos cantidad que la solicitada, medida menos eficaz que la pedida, medida con caución si se entiende que la caución no es exigible, o con caución más gravosa que la que se estima procedente), ni el recurso del demandado, ni el del solicitante deben ser obstáculo para la actuación de la medida decretada, en su caso previa constitución de la caución establecida, todo ello sin perjuicio de lo que se resuelva en el recurso.

18.- EJECUCIÓN DE LA RESOLUCIÓN QUE ACUERDA UNA MEDIDA CAUTELAR.

Problema distinto al del alcance que pueden tener las medidas cautelares (qué puede ordenar un juez con eficacia imperativa y en calidad de medida cautelar) es el de qué medios pone el ordenamiento al servicio del juez para imponer el cumplimiento forzoso de aquellas medidas que precisen alguna colaboración del sujeto pasivo.

Medidas de embargo preventivo, de secuestro de bienes, de asientos registrales, pueden ser cumplidas prescindiendo de la voluntad del afectado. Pero las de cesación, suspensión o prohibición provisional de actividades necesitan que el sujeto pasivo pliegue su voluntad a cumplirlas, y, en defecto de ello, unos medios que le compelan a plegarla. En este aspecto la regulación actualmente vigente era totalmente insuficiente.

La LEC resuelve la regulación de los medios para la ejecución de las medidas con unas remisiones específicas para algunas medidas cautelares determinadas (art. 738.2 LEC: embargo preventivo, administración judicial, anotaciones preventivas en registros públicos) y con una remisión general a los medios previstos para la ejecución de sentencias (art. 738.1 LEC).

En el caso de una resolución cautelar que imponga deberes de no hacer de carácter provisional, la remisión a los medios ejecutivos nos conduce al art. 710 LEC, que establece multas coercitivas no para los incumplimientos del deber de abstención, sino del deber de deshacer lo indebidamente hecho, y un tratamiento penal -apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial- frente a la reiteración de los incumplimientos. A mi juicio es más difícil que se acabe por

condenar al sujeto pasivo de la medida por un delito de desobediencia, que someterle a multas coercitivas por incumplimientos del deber de abstención.

En todo caso, con carácter previo a cualquier actividad ejecutiva, ha de quedar constituida la caución establecida al concederse la medida (art. 737 LEC).

#### 19.- LA OPOSICIÓN A LAS MEDIDAS CAUTELARES. PROCEDIMIENTO DE LA OPOSICIÓN.

El art. 739 LEC establece que “En los casos en que la medida cautelar se hubiera adoptado sin previa audiencia del demandado podrá éste formular oposición en el plazo de veinte días contados desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares”.

En la demanda de oposición pueden ser admisiblemente alegados cualesquiera hechos y formularse cualesquiera argumentaciones jurídicas conducentes a la revocación de la medida cautelar, a su modificación, comprendida la fijación de una caución de clase y cuantía diferente a la inicialmente establecida. Con la letra del art. 740 LEC no parece probable que puedan fijarse limitaciones a la oposición como las que se intentan, con algún éxito, en el Derecho vigente, particularmente respecto al requisito de la apariencia de derecho.

Pueden ser alegados tanto hechos existentes y conocidos en el momento de la primera resolución sobre la medida cautelar, como hechos existentes y conocidos antes de la extinción del plazo para formular oposición (art. 743 LEC), por lo tanto eventualmente posteriores a los que pudieran ser considerados en esa resolución.

De la demanda de oposición se da traslado al actor que hubiera obtenido la medida (art. 741.1 LEC) y señala una vista para la práctica de los medios de acreditamiento propuestos, que se celebra con arreglo a las mismas normas que la vista en los casos de audiencia previa (art. 734 LEC).

No está claro si es admisible alegar en la contestación nuevos fundamentos para mantener las medidas. En principio no es razonable que se admitan, pero la cuestión es más problemática si no puede excluirse con seguridad que el sujeto pasivo de la medida cautelar pueda oponerse haciendo valer hechos posteriores a la resolución sobre las medidas. Si, como hemos visto, esta oposición es admisible, por el principio de igualdad, el solicitante no debe quedar limitado a defender la medida con los fundamentos preexistentes a su concesión, sino que puede alegar nuevos fundamentos posteriores a la resolución sobre la medida.

20.- NUEVA RESOLUCIÓN SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES POR NOVEDAD DE HECHOS Y DE CIRCUNSTANCIAS.

La LEC establece un tratamiento general y expreso acerca de la variabilidad de las resoluciones sobre tutela cautelar. La cuestión es la siguiente: una vez dictada resolución firme sobre una medida cautelar de cierto proceso principal, concediéndola o denegándola ¿puede obtenerse una nueva resolución sobre la medida respecto al mismo proceso principal?

Es necesario distinguir dos supuestos.

**A) Nueva resolución en caso de precedente desestimación de medidas solicitadas**

Si la resolución es desestimatoria precluye para el actor la posibilidad de obtener medidas cautelares en relación a un determinado proceso principal. Sólo podrá solicitarlas de nuevo “si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición” (art. 736.2 LEC). La nueva solicitud de medidas habrá de fundarse en circunstancias nuevas y posteriores a las concurrentes en el momento de la primera petición.

Interpretada literalmente esta disposición no admite una nueva petición si las circunstancias no son nuevas, sino simplemente descubiertas después de la formulación de la primera petición. La interpretación sistemática con otras disposiciones relativas a las excepciones a la preclusión en materia de tutela cautelar (arts. 730.4 y 743, párrafo segundo LEC) conduce a entender que también están exceptuadas de la preclusión las circunstancias desconocidas.

Otra cuestión es la de si nuevas circunstancias podría significar simples nuevos medios de acreditamiento respecto a hechos tal vez ya existentes en el momento de la primera petición. Teoría y práctica habían puesto de manifiesto la importancia de esta cuestión y el interés de una clarificación legal. La Ley de propiedad intelectual había reconocido ya que “el solicitante podrá reiterar la petición de medidas cautelares siempre que aparezcan hechos nuevos relativos a la infracción u obtuviere pruebas de las que hubiese carecido anteriormente” (art. 137.6<sup>a</sup>, ahora derogado por la LEC). La nueva LEC sigue sin dar una respuesta expresa.

Una respuesta afirmativa podría basarse en el argumento de que si el tratamiento de la tutela cautelar es considerado como un incidente del proceso principal, las excepciones a la preclusión correspondientes al incidente cautelar, pueden interpretarse de modo coherente con las excepciones a la preclusión en el proceso principal, y estas permiten aportar tanto los documentos nuevos como los descubiertos (arts. 270, 271.1 LEC).

## **B) Nueva resolución en caso de precedente estimación de la petición de medidas**

El art. 743 LEC introduce una regulación general respecto a la que se plantean tres grandes problemas: la adecuada definición de la preclusión de las posibilidades de obtener el alzamiento de las medidas, si la revisión puede tener por objeto no sólo el alzamiento sino también la modificación de la medida y, en fin, cuál es el procedimiento para la revisión.

a) Firme la resolución que concede una medida cautelar (por preclusión del plazo para formular oposición, por desestimación de la oposición y preclusión o agotamiento de las posibilidades de recurso) las medidas cautelares pueden ser modificadas “alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas” (art. 743, párrafo primero LEC).

Pueden entenderse incluidos tanto los hechos y las circunstancias ocurridos con posterioridad a los puntos de referencia temporales indicados en el artículo, como aquellos de los que el demandado sólo ha tenido conocimiento con posterioridad a esos momentos -razón por la cual no pudieron ser tenidos en cuenta-.

Sobre si la referencia a las circunstancias, como algo distinto a los hechos, comprende los medios de acreditamiento nuevos o descubiertos, véase lo dicho antes.

b) La petición de modificación de medidas cautelares acordadas mediante resolución firme no sólo puede ser solicitada por el sujeto pasivo de la medida cautelar y con la pretensión de alzamiento de la misma. El art. 743 LEC no limita la legitimación para pedir la revisión. La parte que ha obtenido una medida cautelar puede tener interés legítimo en hacerla más rigurosa en atención a un cambio de “hechos y circunstancias”. A tal efecto, el camino no es inequívocamente el de una nueva petición de medida cautelar, tanto más desde el momento en que la LEC no considera los diversos grados de onerosidad de una medida para el demandado como medidas diferentes, sino como variaciones respecto a una misma solicitud de tutela cautelar (véase apartado 17).

c) Para el tratamiento de las peticiones de modificación de medidas el art. 743 , párrafo tercero LEC remite al régimen de la vista sobre solicitud de medidas previsto en el art. 734. Esta remisión expresa dificultará que pueda defenderse la interpretación de que las peticiones de modificación en un sentido más gravoso para el sujeto pasivo, puede ser necesario resolverlas -en los mismos supuestos que una petición inicial- sin previa audiencia del demandado.

## 21.- RELACIONES ENTRE EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y EL PROCESO PRINCIPAL. ADMISIBILIDAD DE MEDIDAS PREVIAS AL PROCESO PRINCIPAL.

La LEC ha hecho más rigurosa la incidencia de la instrumentalidad sobre la relación entre adopción de medidas cautelares e inicio del proceso principal y ha restringido la admisión de medidas previas únicamente al supuesto de que concurren “razones de urgencia y necesidad” (art. 730.2, párrafo primero LEC), lo cual es una novedad en nuestro Derecho, porque una cosa es que la *ratio* de la norma de admisión de la adopción previa sea la conveniencia de una acción urgente y otra que la verificación concreta de la urgencia condicione la admisión.

La instrumentalidad impone, en este caso, la presentación de la demanda dentro de los veinte días siguientes a la adopción de las medidas (art. 730.2, párrafo segundo LEC). Por adopción ha de entenderse concesión de las medidas, no ejecución de las mismas. Más exactamente el plazo debería transcurrir desde el día siguiente a la notificación del auto (art. 133.1 LEC).

Los requisitos para que se mantenga una medida cautelar adoptada previamente al proceso principal son:

1.º) Presentación de la demanda principal en la que se interponga una pretensión procesal que se corresponda con la situación jurídica cautelable que se alegó para obtener la medida previa.

2.º) Admisión de la demanda del proceso principal, aunque la fecha relevante para entender cumplido en plazo el requisito anterior es la de presentación, a la que se retrotraen los efectos de la admisión posterior (como en la litispendencia -art. 410 LEC-).

3.º) Presentación en el plazo legal de veinte días. De acuerdo con la regla general del art. 134.2 LEC el plazo puede ser interrumpido si la fuerza mayor impide cumplirlo y se reanudará su cómputo cuando esta cese.

Respecto al tratamiento procesal de este supuesto de extinción de la medida cautelar baste decir que la extinción no depende de la instancia del sujeto pasivo, sino que debe producirse por el incumplimiento de los anteriores requisitos. Constatado ese incumplimiento el tribunal acuerda de oficio la revocación de la medida y de sus actos de cumplimiento (art. 730.2, párrafo tercero LEC).

## 22.- CONSECUENCIAS DE LA PARALIZACIÓN DEL PROCESO PRINCIPAL SOBRE LA TUTELA CAUTELAR.

Según el art. 731.1, párrafo segundo LEC: “Tampoco podrá mantenerse una medida cautelar si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida”.

Este supuesto no concurre, por ejemplo, en los casos de suspensión por cuestiones prejudiciales (arts. 40, 42 y 43 LEC), aunque la suspensión haya sido

pedida por el solicitante de la medida. En este caso la causa de la suspensión es la cuestión prejudicial cuya incidencia en el proceso principal ha sido apreciada por el juez.

El caso más frecuente de concurrencia de este supuesto de extinción será el de suspensión del proceso por acuerdo de las partes (arts. 19.4 y 179.2 LEC). Téngase en cuenta, por otra parte, que como cada parte puede reanudar el proceso con un acto unilateral, la simple omisión de ese acto por la parte solicitante de la medida determina que la suspensión le sea imputable.

23.- CONSECUENCIAS SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES DE LA TERMINACIÓN DEL PROCESO PRINCIPAL.

Hay que distinguir según la resolución que ponga fin al proceso principal no haya adquirido aún firmeza y que haya ya adquirido esa calidad.

### **A) Resolución de terminación del proceso principal no firme**

Si la resolución no firme que termina el proceso principal es una sentencia absolutoria del demandado, el tribunal ordenará el inmediato alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, salvo que el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta; sobre esa petición será oída la parte contraria y, en todo caso previo aumento de la caución, podrán acordarse nuevas medidas o mantenerse las adoptadas (art. 744 LEC). A pesar de lo dispuesto en art. 723 LEC, la competencia para resolver esto la tiene el tribunal *a quo*.

Si, por el contrario, se tratara de una sentencia estimatoria de la demanda (o resolución equivalente: transacción judicial), la medida sólo habrá de ser alzada si, a petición del vencedor, se hubiera despachado la ejecución provisional y la medida guardara relación con los pronunciamientos que se ejecutan (art. 731.2 LEC). La mera posibilidad de instar la ejecución provisional no es causa para el alzamiento de la medida, porque esa modalidad de ejecución es una facultad para la parte procesal favorecida por la sentencia, e incluso si una vez instada queda en suspenso por alguna razón las medidas cautelares subsisten (art. 530.2, al final LEC).

### **B) Resolución de terminación del proceso principal firme**

El art. 745 LEC se refiere a los supuestos de terminación con sentencia absolutoria o por renuncia o desistimiento, y dispone que las medidas serán alzadas de oficio. Los supuestos han de ser completados por todos los demás en los que el proceso termina sin estimación de la pretensión (satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto, diversos supuestos con ocasión de la audiencia previa o actividad procesal similar en el juicio verbal, caducidad del procedimiento en la primera instancia).

Si el proceso ha terminado por sentencia estimatoria de la pretensión la LEC establece una mínima regulación específica de la doctrinalmente conocida como

“conversión de las medidas cautelares en medidas ejecutivas”. Según el art. 731.1 LEC las medidas sólo serán alzadas, en ese caso, si en el plazo de veinte días desde la notificación al ejecutado del acto que constituye título ejecutivo, el ejecutante no hubiera solicitado la ejecución. Es decir, el mantenimiento de las medidas no depende de la simple disponibilidad de un título ejecutivo, sino de la presentación de la demanda ejecutiva en plazo determinado.

Por otra parte, como el artículo citado equipara a las sentencias condenatorias “los autos equivalentes” se aclara la situación en que quedan las medidas cautelares si el proceso termina por transacción judicial. Es evidente que el proceso no termina con sentencia estimatoria de la demanda, pero la transacción judicial es título de ejecución, por lo que está justificado mantener las medidas.

24.- MEDIDAS CAUTELARES INSTRUMENTALES DE UN PROCESO EXTRANJERO Y DE UN PROCEDIMIENTO ARBITRAL.

### **A) Medidas instrumentales de un proceso extranjero**

Presupuesto que pueden ser solicitadas medidas cautelares instrumentales de un proceso principal pendiente ante tribunales extranjeros (art. 722, párrafo segundo LEC) los principales problemas se refieren a aquella parte del régimen de la actividad procesal cautelar que versa sobre las relaciones de ésta con el proceso principal, es decir, sobre las consecuencias de la instrumentalidad. Las normas que rigen las consecuencias de la instrumentalidad, cuyos contenidos se establecen en contemplación de un proceso principal ante el mismo tribunal que ha dictado la medida cautelar o ante otro del mismo Estado, habrán de ser interpretadas de un modo que no se impida o frustre el efecto útil de aquella previsión de los tratados y de la ley.

Para ello es conveniente que se prevean normas internas de adaptación. La LEC se limita a establecer la posibilidad de petición de medidas cautelares ante un tribunal español por quien acredite ser parte en proceso pendiente ante tribunales extranjeros (art. 722, párrafo segundo) y la competencia territorial interna para el caso citado (art. 724, párrafo segundo). Sin embargo, no deja claro si estas medidas pueden ser obtenidas antes de la presentación de la demanda (el art. 722, párrafo segundo, sólo se refiere a las medidas que solicite quien acredite ser ya parte), y, en cualquier caso, omite prever aspectos importantes como la carga de presentar la demanda principal en caso de medidas previas.

### **B) Medidas instrumentales de un arbitraje**

Similares problemas se suscitan si las medidas cautelares son instrumentales de un arbitraje.

Destaco de entre ellos el problema del mantenimiento de medidas cautelares obtenidas antes de la iniciación del procedimiento arbitral.

El art. 730.3 LEC resuelve dos supuestos: “El requisito temporal a que se refiere el apartado anterior no regirá en los casos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En ellos, para que la medida cautelar se mantenga, será suficiente con que la parte beneficiada por ésta lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral”. Para su interpretación correcta hay que puntualizar: si tales actuaciones son desestimadas, de modo que no puede realizarse el procedimiento arbitral (art. 38.2 Ley de Arbitraje), las medidas deberán ser alzadas si no se presenta demanda; tales actuaciones habrán de haber sido iniciadas dentro del plazo de veinte días.

Pero, si los árbitros han sido designados directamente por las partes en el convenio, la no extinción de las medidas ¿depende de que el nombramiento haya sido comunicado en el plazo de veinte días o es necesario que la aceptación -que determina el inicio del procedimiento arbitral (art. 22.1 Ley de Arbitraje)- se haya producido dentro de ese plazo?

## 25.- EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD POR LA TUTELA CAUTELAR.

La tutela cautelar es dispensada por los tribunales bajo la responsabilidad del solicitante de la misma (art. 721.1 LEC).

En el apartado 5 ya fue objeto de estudio que, por regla general, la ley no considera suficiente la ordinaria responsabilidad del patrimonio, sino que impone una garantía patrimonial concreta y específica para el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida a la indemnización de daños y perjuicios causados por la misma cuando, por diversas razones, no ha servido al fin para el que la norma la establece (se trata del presupuesto de la caución).

Ahora corresponde tratar de las normas que rigen la atribución de esa responsabilidad y del procedimiento para declararla.

### **A) Responsabilidad objetiva o responsabilidad por culpa**

Resumidamente las normas rectoras de la responsabilidad son:

1ª) En caso de extinción de las medidas previas por falta de presentación de la demanda en el plazo de veinte días el art. 730.2, párrafo tercero establece expresamente una responsabilidad objetiva.

2ª) En caso de revocación o modificación de las medidas por éxito de la oposición el art. 741.2, párrafo tercero establece también una responsabilidad objetiva. Esta responsabilidad es inadecuada para los supuestos de acumulación a la oposición (art. 740, párrafo segundo LEC) de la petición de sustitución de la medida por caución, siendo la oposición rechazada y la petición de enervamiento estimada.

3ª) En caso de revocación por no estimación de la demanda principal el art. 745 LEC remite al trámite para liquidar la deuda por responsabilidad del art. 742 LEC, pero no establece -ni por disposición directa, ni por remisión al art. 741 LEC- si la

responsabilidad es objetiva o por culpa. La duda se incrementa por la mención expresa de los casos de terminación por renuncia y desistimiento en los que la responsabilidad objetiva es más adecuada que en otros supuestos de no estimación de la demanda principal.

4ª) En fin, falta norma expresa en los casos de revisión por cambio de circunstancias.

En caso de duda sobre el régimen de la responsabilidad, el régimen residual es el de la responsabilidad por culpa con base en el art. 1902 del Código Civil.

### **B) Procedimiento para la declaración de la responsabilidad**

En cuanto al cauce procesal para que se declaren y ejecuten las consecuencias de la responsabilidad hay que evitar que deba serlo un proceso ordinario distinto del proceso al que estaba vinculada la medida cautelar. La mejor solución es un procedimiento incidental del proceso principal. Es la solución por la que opta la LEC, que remite al procedimiento para liquidación de daños y perjuicios regulado en los arts. 712 y siguientes.

Este procedimiento no sólo se aplica si las medidas son alzadas por estimación de la oposición (art. 742 LEC), sino también en otros supuestos de alzamiento, en unos casos por expresa remisión (así art. 745 LEC), en los demás casos (alzamiento de medidas previas por falta de presentación temporánea de la demanda, por nuevas circunstancias, por falta de petición de ejecución) por analogía.

**VERSO UN NUOVO PROCESSO CIVILE IN SPAGNA: L'« ANTEPROYECTO» DI LEGGE  
SUL PROCESSO CIVILE DEL 1997(\*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Valencia

SOMMARIO: 1. Lo state attuale della legislazione processuale civile spagnola e l'*Anteproyecto* di legge sul processo civile. - 2. Norme generali sulle modalità di tutela giurisdizionale ammesse dall'ordinamento. - 3. I requisiti dell'organo giurisdizionale e delle parti: *a)* giurisdizione e competenza; *b)* capacità delle parti. Legittimazione, pluralità di parti ed intervento. - 4. Poteri del tribunale e poteri delle parti riguardo all'oggetto del processo, riguardo ai fatti rilevanti per la pronuncia della sentenza e alle prove di essi e riguardo alla direzione formale del processo: *a)* poteri delle parti riguardo all'oggetto del processo; *b)* poteri delle parti sull'allegazione e sulla prova dei fatti e riguardo al diritto; *c)* poteri sulla direzione formale del processo. - 5. Il processo di cognizione: *a)* la forma dell'attività processuale: oralità e scrittura; *b)* la preclusione delle allegazioni ed eccezioni ad essa; *c)* la prova; *d)* la riduzione dei tipi di procedimenti per il processo di cognizione. - 6. I mezzi d'impugnazione: l'appello, il ricorso straordinario per violazione processuale e la cassazione: *a)* abolizione dell'appello separato sulle decisioni relative alla trattazione del processo. Il ricorso di *reposición*; *b)* l'appello; *c)* il ricorso straordinario per violazione processuale; *d)* il ricorso per cassazione. - 7. L'esecuzione forzata: *a)* i titoli esecutivi; *b)* la provvisoria esecutorietà; *c)* portata soggettiva del titolo esecutivo e successione in esso; *d)* l'opposizione del debitore all'esecuzione. - 8. L'esecuzione forzata di obblighi di dare una somma di denaro: *a)* la determinazione dei beni del debitore; *b)* verifica dell'appartenenza dei beni al debitore; *c)* la flessibilità del regime di quest'attività esecutiva. - 9. L'esecuzione forzata di obblighi di fare, di non fare o di dare cosa diversa dal denaro. - 10. I provvedimenti cautelari: *a)* i presupposti dei provvedimenti cautelari; *b)* gli effetti dei provvedimenti cautelari ed i mezzi per la loro attuazione; *c)* il procedimento cautelare; *d)* rapporto tra il provvedimento cautelare e il giudizio di merito; *e)* la responsabilità per l'utilizzazione della tutela cautelare. - 11. Procedimenti speciali: *a)* norme generali sui processi non dispositivi; *b)* il processo monitorio; *c)* il processo cambiario.

---

(\*) Publicado en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, Anno LIII, Fasc. 3-1999, Milano-Giuffrè Editore, pp. 993-1020.

Publicado también en alemán, bajo el título «Auf dem Wege zu einem neuen Zivilprozessrecht in Spanien: Der Vorentwurf eines neuen Zivilprozessegesetzes (Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997)», en *ZZPInt*, N° 3, Köln, Alemania, 1998, pp. 91-125.

1. - La legislazione processuale civile spagnola non è adeguata ai bisogni sociali ed economici del tempo attuale né alle esigenze di perfezionamento tecnico.

La necessità di superare questo ritardo ha condotto a sostenere interpretazioni forzate delle norme e ad un'insicura - perché episodica e caso per caso - integrazione delle lacune riguardanti istituti processuali rilevanti. Altre volte si sono risolti i problemi processuali disconoscendo i dati normativi, perché essi non offrono un criterio per trovare la soluzione ai problemi, e ciò genera perplessità, deficienze e contraddizioni.

La *Ley de Enjuiciamiento* del 1981 ha un contenuto quasi esclusivamente procedimentale. Non è possibile trovare in essa un regime sistematico e coerente (e spesso nemmeno un regime, funzionale alle sue stesse esigenze) delle modalità di tutela giurisdizionale nel processo di cognizione (tutela di mero accertamento, o condanna in futuro), dei requisiti delle parti in giudizio, dei casi di pluralità di parti, dell'intervento, degli strumenti per la tutela esecutiva (salvo il caso di obbligazioni di condanna a pagare una somma di denaro che ciononostante, ha notevoli deficienze), dell'opposizione del debito, oltre ad altre mancanze non meno importanti.

La *Ley de Enjuiciamiento Civil* non è stata modificata dal punto di vista strutturale, ha subito però, nel lungo tempo di vigenza, delle riforme frequenti, di diversa rilevanza, seguendo un doppio binario. In primo luogo su aspetti parziali si è modificato il contenuto della legge; in secondo luogo vi è stata la tendenza a regolamentare aspetti processuali in leggi speciali, che ha fatto nascere un processo di decodificazione, somigliante a quello che si è prodotto nel diritto privato, con rilevanza speciale, però, nel contesto spagnolo.

Ho detto sopra che la *Ley de Enjuiciamiento Civil* non contiene una regolamentazione degli aspetti processuali che non siano quelli procedimentali. Questa regolamentazione la si può trovare però, senza sistema, nelle diverse leggi speciali riguardanti diversi settori del diritto sostanziale che sono state approvate negli ultimi quindici anni (per esempio, brevetti, marchi, concorrenza sleale, proprietà intellettuale, protezione dell'onore, dell'intimità, e così via): norme sulla legittimazione ad agire, sui presupposti della tutela di mero accertamento e dell'inibitoria, così come un regime legale abbastanza perfezionato della tutela cautelare.

Il legislatore si è reso conto in questi casi della necessità di formulare queste disposizioni, con le quali si mette in rilievo la mancanza di esse nella disciplina generale del processo civile, la quale dovrebbe includere, con ampiezza e in maniera sistematica, tutti gli elementi del regime della tutela giudiziale delle situazioni di diritto privato.

Questo stato di cose può avere garanzie di cambiamento se si conclude con esito positivo l'iter parlamentare dell'*Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil* (d'ora in avanti l'*Anteproyecto*), sulle cui caratteristiche più rilevanti voglio rendere conto in queste pagine.

Il contenuto di esso è stato conosciuto come *Borrador* - elaborato da un gruppo di lavoro del Ministero della giustizia - nel mese di maggio del 1997. È stato sottoposto alle osservazioni di istituzioni e di giuristi ed è stato analizzato in diversi incontri scientifici. Con importanti modifiche è stato approvato come *Anteproyecto* nel mese di dicembre del 1997, e poi è stato rimesso al Consiglio Superiore della

Magistratura per l'elaborazione del parere vincolante. Questo parere è stato già emesso.

Riassumendo potrebbe dirsi che le critiche più rilevanti si riferiscono al regime dei poteri del giudice nella prova dei fatti - il Consiglio ne difende l'incremento -, allo svolgimento del processo di cognizione - nel quale si vuole aumentare l'oralità - ed ai mezzi d'impugnazione. Salvi questi aspetti, è stata data una valutazione positiva dell'*Anteproyecto*.

In questo momento, l'*Anteproyecto* non è stato ancora approvato dal governo come progetto di legge.

L'*Anteproyecto* -con 818 articoli, 22 disposizioni addizionali, transitorie e derogatorie - esclude dal suo contesto la regolamentazione del processo fallimentare, la cooperazione giurisdizionale internazionale, e la giurisdizione volontaria —materie che saranno regolate da leggi diverse— include disposizioni caratteristiche di una legge processuale generale che finora si trovano nella *Ley Orgánica del Poder Judicial* -soluzione che il *Consejo General del Poder Judicial* non condivide— e stabilisce appositamente la natura suppletoria di questa legge riguardo a tutte le altre leggi processuali, salvo il caso della *Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*.

2. - L'art. 5.1 - completato dalle altre disposizioni dello stesso *Anteproyecto* - prevede che «se podrá pretender de los tribunales la condena a una determinada prestación de existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución o extinción de las últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley».

La disposizione, riferendosi alla possibilità di chiedere la tutela esecutiva e l'adozione di provvedimenti cautelari, è veramente accademica nel senso che non influisce sulle condizioni per chiedere ed ottenere la tutela giudiziale esecutiva e cautelare, che sono incluse nella regolamentazione specifica del libro 3° dell'*Anteproyecto*. Ciononostante, potrà avere qualche influenza su di esse l'interpretazione che farà la giurisprudenza del requisito generale della tutela consistente in una *causa o interés legítimo* per chiederla.

L'aspetto più rilevante sta nella disposizione riguardante le modalità di tutela giurisdizionale che possono chiedersi nel processo di cognizione.

La norma include il primo riconoscimento di portata generale della tutela di mero accertamento nel diritto spagnolo. Questa forma di tutela si limita all'accertamento di diritti e di situazioni giuridiche, senza includere l'accertamento negativo, né permette che l'accertamento si riferisca all'esistenza di fatti con rilevanza giuridica.

Un'altra limitazione generale della sua portata è stabilita nell'art. 219, che non autorizza a chiedere il mero accertamento del diritto a percepire prestazioni di quantità indeterminata, ma che - per questi casi - stabilisce l'onere di chiedere la condanna con determinazione delle basi per la quantificazione. Come presupposto generale della tutela di accertamento occorre che l'attore abbia *causa o interés legítimo*, clausola generale il cui contenuto verrà determinato dalla giurisprudenza, dovendosi chiarire se essa deve ricorrere nei casi speciali di mero accertamento, assieme ai presupposti propri di ognuno di questi casi.

Sulla condanna in futuro non vi è altra indicazione in questa disposizione iniziale. L'art. 22 la ammette riguardo agli interessi e alle altre prestazioni periodiche. Un'ammissione generale nei casi di prestazioni singole è dubbia, oltretutto perché l'espressa e limitata ammissione citata impedisce una conclusione nel senso contrario fondata sul presupposto generale della *causa o interés legítimo*, che potrebbe proteggere situazioni rilevanti per ottenere una condanna in futuro su una prestazione singola.

Il riconoscimento della tutela costitutiva neppure mi sembra innovatore dell'ordinamento, perché i presupposti in cui procedere alla creazione, modifica o estinzione di rapporti e stati giuridici sono già fissati dalla legge. La clausola generale della *clausola o interés legítimo*, può influire nel senso di limitare la tutela giudiziale costitutiva, escludendo l'ammissibilità della pretesa se l'effetto che si vuole raggiungere può essere ottenuto senza la necessità di una pronuncia giurisdizionale.

3. - a) Giurisdizione e competenza. - Sono due le novità riguardanti l'organo giurisdizionale che possiamo segnalare.

In primo luogo, la regolamentazione espressa del modo di verificare processualmente i casi di mancanza di competenza giurisdizionale internazionale dei tribunali spagnoli.

Si stabilisce che l'organo giurisdizionale a cui sia rivolta la domanda deve esaminare *ex officio* la mancanza di competenza giurisdizionale internazionale nei casi di mancanza di giurisdizione dei tribunali spagnoli, quando la competenza esclusiva appartiene ad un altro Stato secondo un trattato internazionale e di attribuzione di competenza internazionale per accettazione tacita del convenuto, quando non compare nel termine fissato. Manca ciononostante il trattamento processuale dei casi di attribuzione di competenza internazionale fondati su ragioni di connessione stabilite dalla legge interna spagnola per determinate materie.

La seconda novità che mettiamo in rilievo si riferisce alla competenza per territorio.

Da un lato rimane la regola secondo cui la competenza per territorio può essere derogata per accordo delle parti -di conseguenza questa competenza si determina per l'accordo delle parti o così come quando il convenuto compare e non si oppone alla competenza dell'organo a cui è rivolta la domanda- si stabilisce però, un elenco dei casi in cui, eccezionalmente, la competenza per territorio si può determinare soltanto secondo i criteri legali.

Inoltre, i fori legali di competenza territoriale -che attualmente si riferiscono a determinate caratteristiche dell'oggetto processuale, oltre che ai suoi rapporti con i diritti reali od obbligazioni - sono costituiti da altri fori che si riferiscono al domicilio o residenza del convenuto, se è rilevante nella controversia, o al luogo in cui si esercita l'attività professionale o imprenditoriale.

b) Capacità delle parti. Legittimazione, pluralità di parti ed intervento. - Il riconoscimento della capacità di essere parte processuale agli enti senza personalità giuridica ha una doppia portata. Da un lato vi è un rinvio ai presupposti legali in cui queste capacità siano riconosciute. Da un altro lato, l'*Anteproyecto* include una norma generale che riconosce che tali enti hanno capacità di essere convenuti, senza che ciò escluda la responsabilità personale dei suoi gestori. Sono fissate delle norme complementari e necessarie riguardo alla determinazione della competenza per

territorio in questi casi, così come è determinato qual è il soggetto che può stare in giudizio per l'ente.

La legittimazione ad agire è riconosciuta dall'*Anteproyecto* a coloro che siano titolari della *relación jurídica u objeto litigiosos*. L'*Anteproyecto* non fissa con carattere generale altri casi di legittimazione attiva, facendo un rinvio a quello che le leggi stabiliscono nei casi particolari - sia nei casi di legittimazione individuale che in quella collettiva. Con questa tecnica legislativa si vuole, a mio avviso, che i limiti alla disponibilità dei rapporti giuridici privati - che si manifestano nella concessione a persone diverse dai titolari del potere di dedurre in giudizio pretese riguardo a detti rapporti - si stabiliscano nel contesto del corrispondente regime giuridico sostanziale.

Questo contesto è il più adeguato allo scopo di valutare l'opportunità dei limiti.

Inoltre, riguardo alla legittimazione ad intervenire in causa, l'*Anteproyecto* fissa una clausola generale: «mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito ». I poteri processuali del soggetto che interviene sono ampi ed effettivi: può continuare il processo malgrado gli atti dispositivi delle parti e può usare i mezzi d'impugnazione indipendentemente da esse.

La natura obbligatoria dell'assistenza di un avvocato col ministero di un procuratore, rimane come regola, con poche eccezioni - le più ampie riguardano processi il cui valore sia inferiore a trecentomila pesete, e per il primo atto del processo monitorio. L'*Anteproyecto* vuole conseguire lo scopo di accelerare il processo tramite l'intervento del procuratore, sia con il perfezionamento delle sue funzioni (come quella di ricevere gli atti in comunicazione) sia affidando a questo soggetto delle funzioni nuove, come quella di consegnare alla controparte le copie degli atti che devono presentarsi innanzi all'organo giurisdizionale - salvo il caso della domanda e di qualsiasi atto che attivi la prima comparazione - facendo decorrere i termini senza bisogno di un atto di comunicazione da parte dell'organo giurisdizionale.

4. - La configurazione generale di un processo può comprendersi con chiarezza guardando al modo con cui si attribuisce alle parti ed al tribunale il potere sull'oggetto del processo, sull'ingresso nel processo dei fatti e del diritto, sulla prova di essi, nonché sui poteri relativi alla direzione formale del processo.

Ovviamente non sarebbe ragionevole che l'*Anteproyecto* introducesse qualche novità riguardo ai poteri sull'oggetto del processo e alla loro attribuzione secondo il principio dispositivo. Quanto all'ingresso dei fatti e alla prova di essi, così come alla direzione formale del processo, il legislatore processuale ha una serie di possibilità nelle quali si può muovere senza turbare la natura privata dell'oggetto del processo civile.

a) Poteri delle parti riguardo all'oggetto del processo. - Ho già messo in rilievo prima il rapporto tra questo argomento e la norma generale stabilita dall'*Anteproyecto* riguardo alla legittimazione attiva. Anche il dovere di congruenza nella sentenza concerne il potere dispositivo delle parti, nel senso che il giudice può pronunciarsi soltanto sulle pretese delle parti.

Le novità in questa materia non si riferiscono ai principi - sebbene non possa dimenticarsi la forza significativa di una disposizione espressa che riconosce, con carattere generale, il potere dispositivo, salvi i limiti legali - ma sono prevalentemente

tecniche. In questo senso, *l'Anteproyecto* affronta le attuali lacune nella regolamentazione dell'*allanamiento*, la rinuncia, il *desistimiento*, la sospensione del processo su istanza concorde delle parti, la transazione giudiziale e la cessazione della materia del contendere per soddisfacimento del diritto al di fuori del processo.

b) Poteri delle parti sull'allegazione e prova dei fatti e riguardo al diritto. - *L'Anteproyecto* opta per seguire rigorosamente il principio dispositivo attenuato da poteri ufficiali del giudice di scarsa entità esercitabili nell'assunzione dei mezzi di prova.

Si dispone espressamente che la sentenza può essere fondata solo sui fatti introdotti dalle parti, rimanendo essi fissati, senza la prova, quando siano ammessi.

Si stabilisce pure la regola secondo cui il giudice deve porre a fondamento della decisione le prove proposte dalle parti, salvi i casi previsti dalla legge.

In quest'ultimo senso, *l'Anteproyecto* avrebbe potuto cedere all'inerzia della tradizione mantenendo le c.d. *diligencias para mejor proveer*, che sono una porta aperta ai poteri ufficiali del giudice nell'attività probatoria, che necessita di moderazione attraverso l'interpretazione sistematica. Ciononostante *Las diligencias finales dell'Anteproyecto* hanno mutato il senso delle attuali *diligencias para mejor proveer*. Le *diligencias finales* sono soltanto, da un lato, l'ultima eccezione alla preclusione della prova dei fatti in primo grado e, da un altro, un mezzo per evitare che gli aspetti di fatto siano decisi applicando le regole sull'onere della prova, soltanto però nel caso in cui la parte avesse proposto dei mezzi di prova e li avesse assunti diligentemente.

L'unica possibilità di intervento per il tribunale nell'assunzione dei mezzi di prova - salvi i poteri di controllo sull'ammissione dei mezzi di prova - si riferisce al fatto che possa far domande integrative a testimoni e periti per determinare i fatti sui quali le parti hanno già precedentemente rilasciato dichiarazioni.

Così chiara è la volontà di limitare i poteri ufficiali del giudice per quel che riguarda l'oggetto del processo che nelle zone grigie del principio *iura novit curia* - per esempio, nei casi in cui il tribunale deve decidere applicando norme e principi giuridici diversi da quelli allegati dalle parti ritenendo che essi sono sbagliati in base ai fatti introdotti e alle domande sostenute - *l'Anteproyecto* fissa una norma espressa volta a dare maggiore rilievo alla volontà delle parti riguardo ai fondamenti giuridici.

c) Poteri sulla direzione formale del processo. - Riguardo al controllo dei presupposti per la pronuncia di una sentenza di merito e dei requisiti di ammissibilità dei diversi atti processuali, *l'Anteproyecto* fissa con chiarezza il trattamento di essi determinando quali devono esaminarsi d'ufficio dal tribunale e quali possano soltanto controllarsi previa eccezione delle parti interessate.

Si finisce così nello stato attuale in cui, secondo il tipo di processo di cognizione, il trattamento di uno stesso presupposto o requisito può essere diverso.

Constatata la mancanza di un presupposto processuale o di un requisito di un atto singolo, *l'Anteproyecto* stabilisce in maniera espressa che, in primo luogo, deve tentarsi la sanatoria se la legge la ammette e, soltanto in mancanza di essa, avrà luogo l'effetto dell'inammissibilità.

L'impulso del procedimento proviene d'ufficio dal tribunale. Il giudice, con l'assistenza del segretario giudiziale, chiude ed apre i termini per il successivo sviluppo degli atti processuali delle parti. Tuttavia si riconosce alle parti il diritto alla sospensione del procedimento se essa è chiesta di comune accordo.

5. - Le osservazioni svolte in precedenza mettono in rilievo pure come l'*Anteproyecto* articola il processo di cognizione. In questo paragrafo mi riferirò ad alcuni degli aspetti specifici dello svolgimento di questo processo.

a) La forma dell'attività processuale: oralità e scrittura. - Per la scelta della forma dell'attività processuale, o meglio, della misura in cui deve utilizzarsi ognuna delle forme possibili (oralità, scrittura) si devono usare diversi criteri: evitare le dilazioni indebite nel processo; garantire la sicurezza nella proposizione delle domande, delle allegazioni e delle altre richieste; concessione alla controparte di una possibilità ragionevole di reagire; assicurare la via più adeguata che permetta al giudice ragionevole di conoscere il materiale di fatto. L'*Anteproyecto* combina scrittura ed oralità, con prevalenza della prima negli atti di allegazione e di richiesta e, della seconda, negli atti di assunzione dei mezzi di prova.

La domanda e la comparsa di risposta sono scritte, così come la domanda riconvenzionale, le allegazioni successive nei casi in cui siano ammesse, e la proposizione dei mezzi di prova. Vi sono eccezioni nel regime dei *juicios verbales*, che si introducono con una domanda succinta e nei quali la comparsa di risposta è orale.

Meno giustificabile appare l'eccessiva concessione alla scrittura nelle difese conclusive finali quando sono previste (*juicio ordinario*), perché non è così decisiva la ragione di conferire rigidità alla formulazione dell'atto.

L'*Anteproyecto* cerca il predominio dell'oralità nell'assunzione dei mezzi di prova per dichiarazione delle parti, nella prova per testimoni e nella perizia giudiziale - domande addizionali al parere tecnico -, esso denota che gli obiettivi che si vogliono raggiungere sono gli effetti benefici dell'immediatezza tra il giudice e il soggetto della prova.

Nel *juicio ordinario* è regolata un'udienza, nella fase istruttoria, con lo scopo di assumere i mezzi di prova, ed essa è circondata da un regime particolarmente incisivo per realizzare effettivamente la concentrazione.

Ciononostante, vengono fatte concessioni alla scrittura nell'assunzione di questi mezzi di prova: interrogatorio scritto precedente la dichiarazione della parte (ritengo per consentire l'applicazione di tecniche d'ammissione tacita) oltre all'interrogatorio orale; prova per testimoni; interrogatorio scritto precedente e successivo all'interrogatorio orale incrociato (possibile funzione: che la controparte sia informata della capacità informativa del testimone e possa preparare il contro-interrogatorio).

L'*Anteproyecto* garantisce che soltanto i giudici che hanno partecipato all'udienza di prova possano prendere parte alla decisione finale, però la previsione di un termine posteriore per le allegazioni conclusive in forma scritta od orale (in un'udienza diversa) riduce i risultati utili raggiunti con la tecnica dell'immediatezza e della concentrazione di determinati mezzi di prova.

Nei due tipi di *juicio verbal* tutta l'attività processuale posteriore alla domanda ed alla comparsa di risposta scritta - in uno dei tipi - o nell'altro tipo - alla domanda iniziale di carattere preparatorio, si concentra in due udienze al massimo, cosicché il procedimento risponde complessivamente alle caratteristiche di un sistema orale. Il rischio che si possa produrre uno snaturamento di questo sistema, dato che la regolamentazione più completa della prova è fatta nel contesto del *proceso ordinario*, e contrastato da uno speciale cenno che si trova nella norma di rinvio («Los medios de prueba se practicarán en los juicios verbales, en cuanto no sea incompatible con sus

trámites, del modo previsto para el juicio ordinario»).

b) La preclusione delle allegazioni e le eccezioni ad essa. - La preclusione si utilizza nell'*Anteproyecto* come strumento per la progressione del procedimento nel giudizio di cognizione - per ovviare dilazioni indebite - ma anche - e qui c'è la novità - come tecnica per la riduzione della litigiosità.

a) Quest'ultimo scopo si raggiunge nei casi in cui una pretesa potrebbe fondarsi autonomamente su fatti o titoli ad esistenza simultanea. Se non vi è norma - come non c'era - che stabilisca l'onere di far valere tutti i fatti deducibili, l'attore può interporre pretese in ulteriori processi fondandole su fatti, o titoli non allegati nel primo processo.

La situazione non è la stessa per il convenuto perché, riguardo a lui, già si ritiene attualmente che vi sia preclusione, salvo i casi di fatti, o titoli favorevoli al convenuto che abbiano sufficiente consistenza per essere oggetto di processi autonomi, ma il convenuto abbia deciso di farli valere soltanto agli effetti difensivi.

Secondo quanto previsto nell'*Anteproyecto*, nella domanda e nella comparsa, le parti hanno l'onere di allegare tutti i fatti e titoli giuridici che conoscono e possono allegare al momento della redazione degli atti introduttivi, senza che possano riservarsi alcuni di essi per fondare pretese da far valere in un processo successivo.

Questa norma si collega con quella che prescrive che sebbene questi fatti o titoli non siano effettivamente allegati, si produce l'effetto del giudicato nel processo successivo.

L'effetto di queste disposizioni sulla posizione dell'attore è quello sottolineato prima. Non si può sostenere lo stesso riguardo alla posizione del convenuto, specificamente riguardo a quelle ragioni giuridiche che può utilizzare come allegazioni difensive, anche in un altro giudizio. Mi riferisco alla compensazione e alla nullità del negozio giuridico su cui l'attore fonda la sua pretesa. L'*Anteproyecto* dispone che, se si adducono queste eccezioni, la sentenza avrà gli effetti del giudicato sul diritto di credito fatto valere per compensare e sulla validità del negozio, non stabilisce però, con chiarezza, che il convenuto abbia l'onere di farli valere nella comparsa di risposta, così come accade con le eccezioni.

b) L'applicazione della preclusione come mezzo per dare ritmo al procedimento, è tradizionale nel diritto spagnolo e l'*Anteproyecto* la conserva.

In principio le parti hanno l'onere di allegare i fatti nella domanda e nella comparsa di risposta.

Inoltre nella domanda e nella comparsa si ha l'onere di produrre la prova documentale o di indicare il luogo ove si trovano i documenti, se non si possono produrre, così come si devono produrre i pareri tecnici del perito se la pretesa si fonda su essi. Questa preclusione ha eccezioni che riguardano l'impossibilità di produrre i documenti - perché non esistono o perché non si è potuto ottenerli - l'ignoranza della loro esistenza e i casi in cui la rilevanza del documento o del parere tecnico venga in rilievo dopo le allegazioni della controparte.

La prima eccezione alla regola sulla preclusione delle allegazioni è stabilita in relazione alla prima comparizione del *juicio ordinario*, nella quale, assieme alle allegazioni complementari ed a quelle esplicative, si possono allegare i fatti rilevanti accaduti successivamente alla domanda e alla comparsa, o che le parti sostengono di aver conosciuto in un momento successivo rispetto agli atti introduttivi.

La seconda eccezione è stabilita per i fatti nuovi o che le parti sostengano di aver conosciuto dopo la comparizione e sempre che la loro allegazione sia fatta prima dell'inizio del termine per emanare la sentenza nel primo grado. L'allegazione corrispondente deve farsi in forma scritta, e deve essere portata a conoscenza della controparte che potrà allegare ciò che ritenga opportuno. Se non vi è ammissione dei fatti viene assunta la prova complementare corrispondente nella fase istruttoria, se è ancora aperta, o come *diligencia final*.

L'inizio del termine per emanare la sentenza esclude qualsiasi eccezione alla preclusione nel primo grado.

Nella pendenza del giudizio di secondo grado vi è una nuova eccezione. Nel momento di proporre l'appello innanzi all'organo competente, possono allegarsi fatti rilevanti accaduti successivamente all'inizio del termine per emanare la sentenza in primo grado o che si siano conosciuti successivamente a questo momento.

La stessa regola si applica alla comparsa di risposta. In questi casi si può assumere la prova in secondo grado.

È difficile individuare il valore di eccezioni alla preclusione che hanno le c.d. *questiones incidentales* di natura non processuale. Il cenno che fa l'*Anteproyecto* ad esse non permette di trovare le soluzioni ai dubbi che già troviamo nell'attuale regolamentazione, sebbene possa dirsi che si semplifichi la situazione. Le *questiones incidentales* di natura processuale si riescono a inquadrare con facilità: esse sono presupposti processuali mancanti, impedimenti, o requisiti di validità di atti processuali, non verificatisi, sopravvenuti al momento processuale di controllo di questi elementi. La legge attuale e l'*Anteproyecto* si riferiscono anche a *questiones incidentales* di altra natura, immediatamente collegate con le *questiones* che costituiscono oggetto principale del giudizio. È difficile determinare in che cosa possono differenziarsi dai fatti che possono allegarsi in base alle eccezioni alle preclusioni che si sono viste prima.

c) La prova. - Oltre a quello a cui si è già fatto cenno riguardo alla forma dell'assunzione della prova, l'*Anteproyecto* apporta qualche novità di rilievo nella regolamentazione della prova.

a) Sulla regolamentazione dei mezzi di prova possono segnalarsi due aspetti.

Da un lato, si cerca di superare i problemi derivanti dalla fissazione legale di un *numerus clausus* di mezzi di prova. Nell'*Anteproyecto* si riconoscono nuovi mezzi di prova che permettono di far entrare nel processo nuove fonti di prova derivanti dallo sviluppo tecnologico - mezzi di riproduzione della parola, del suono, dell'immagine, così come stabilisce una clausola di discrezionalità giudiziale, allo scopo di ovviare gli ostacoli legali all'ingresso nel processo delle nuove fonti di prova che il progresso tecnologico possa produrre.

D'altro canto, il regime specifico di alcuni mezzi di prova subisce delle modifiche di rilievo. La dichiarazione fatta dalle parti perde la sua natura confusa di mezzo di esercizio del potere dispositivo e di mezzo informativo sui fatti, predominando questo secondo scopo. Nel regime della prova per testimoni si ritrova una regolamentazione realista della testimonianza di persone giuridiche e del *testigo-perito*.

La consulenza tecnica subisce un'importante riforma. Le parti hanno l'onere di introdurre i pareri tecnici in forma scritta assieme agli atti iniziali del processo, in caso di impossibilità o difficoltà, però, si può chiedere la nomina di un perito durante il processo. Le garanzie d'imparzialità di questi periti non sono le stesse; quelle che si riferiscono al perito stragiudiziale sono minori. Ciononostante, l'*Anteproyecto* non stabilisce nessuna differenza, neppure con una norma indicativa, riguardo alla valutazione della prova. Conseguentemente la ragione d'essere dell'una o dell'altra forma di perizia sta solo nell'agilità del processo, e non in una causa più rilevante - come quella che ritiene il perito un ausiliario necessario del giudice in alcune materie di speciale difficoltà tecnica, riguardo alle quali la perizia dovrebbe essere circondata da speciali garanzie ed avere uno speciale valore probatorio.

b) Valutazione delle prove. Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento, salvo che la legge disponga altrimenti (documenti pubblici; documenti privati se colui contro il quale il documento è prodotto lo riconosce).

La preoccupazione dell'*Anteproyecto* sembra spostarsi sul requisito esterno di motivare la valutazione fatta.

Nella prova per dichiarazioni di parte la valutazione non è legale, ma può dirsi che è guidata legalmente, ciò che porterà, in alcuni casi, anche il tribunale a spiegare perché ha giudicato in un senso diverso da quello che la parte ha dichiarato. Per valutare la perizia si fa cenno allo *standard* tradizionale nel diritto spagnolo, alle c.d. *reglas de la sana crítica*. L'ultimo riferimento si trova nella regolamentazione della valutazione della prova per testimoni, ove si prevedono delle avvertenze legali specifiche per il giudice - deve fare cenno alle ragioni di conoscenza dei fatti addotta dal testimone, alle circostanze personali e così via. Sebbene non si riferisca alla valutazione di una prova - ma risponda ad un'esigenza di motivazione del giudizio sui fatti - l'*Anteproyecto* dispone che nella sentenza si faccia cenno del ragionamento che si riferisce alle presunzioni. Più in generale, si dispone - nella disciplina della sentenza - che deve motivarsi l'apprezzamento delle prove.

d) La riduzione dei tipi di procedimenti per il processo di cognizione. - La riforma del processo civile spagnolo ha come obiettivo indiscutibile quello di semplificare le diverse classi di procedimenti per il processo di cognizione.

L'*Anteproyecto* stabilisce tre procedimenti ordinari: il *juicio ordinario*, il *juicio verbal con demanda ordinaria y contestación escrita*, e il *juicio verbal con demanda sucinta y contestación oral en la vista*.

L'ambito di applicazione di ognuno di questi processi si determina in primo luogo, secondo la materia (qualificazione giuridica dell'oggetto del processo secondo un elenco di materie che fissa la legge), ed in mancanza, secondo il valore della pretesa (il *juicio ordinario* per pretese il cui valore sia superiore a tre milioni di pesete o di valore non determinato; il *juicio verbal con demanda ordinaria*, per le pretese di valore superiore a trecentomila pesete ed inferiore a tre milioni; il *juicio verbal con demanda sucinta* per le pretese di valore inferiore a trecentomila pesete).

Il *juicio ordinario* è come ho già anticipato, principalmente scritto.

Nella sua struttura si prevede una comparizione iniziale affinché le parti possano trovare una soluzione conciliativa della lite, e se il processo deve continuare, con lo scopo di esaminare i presupposti processuali ed per quanto possibile, sanarli perché il processo possa continuare utilmente.

Deve mettersi in rilievo anche l'udienza per assumere i mezzi di prova di cui ho parlato sopra.

Le due forme di *juicio verbal* rispondono alle esigenze di un procedimento orale.

L'*Anteproyecto* elimina un lungo elenco di procedimenti speciali attualmente esistenti utilizzando una doppia via. In primo luogo, prevede che le materie che adesso sono sottoposte a questi procedimenti siano trattate secondo uno dei *juicios verbales* e, dall'altro lato, conserva le specialità che la pratica consiglia di mantenere, includendole opportunamente nella regolamentazione. Una di queste specialità riguarda determinate materie conosciute attraverso il *juicio verbal* con carattere sommario non cautelare. Esso permette di ottenere una tutela rapida ed una cognizione piena nel processo ordinario ulteriore se viene messo in moto dalla parte che subisce il pregiudizio con la decisione presa a cognizione sommaria.

6. - Il sistema dei mezzi d'impugnazione è molto innovativo rispetto al regime attuale e costituisce, a mio avviso, un tentativo di dare una risposta adeguata alle esigenze attuali della materia. Si vuole ottenere il risultato che qualsiasi pronuncia giurisdizionale possa essere - direttamente o indirettamente - riveduta da un tribunale superiore almeno una volta, favorire un'applicazione uniforme della legge ed un'evoluzione critica di questa applicazione, senza che per raggiungere questi obiettivi si debba incrementare il lavoro della Corte di Cassazione o della Corte costituzionale.

a) Abolizione dell'appello separato sulle decisioni relative alla trattazione del processo. Il ricorso di *reposición*. - Contro le diverse decisioni sulla trattazione del processo che non abbiano l'effetto di farla venire meno, ma decidano su una questione processuale che non impedisce la continuazione del processo, l'*Anteproyecto* prevede soltanto il c.d. *recurso de reposición*, che deve rivolgersi al medesimo organo giurisdizionale che ha emesso la decisione. Contro la decisione presa dopo il ricorso non è possibile presentare immediatamente un ulteriore mezzo d'impugnazione. La parte però può proporre di nuovo la questione nel mezzo d'impugnazione che sia ammissibile contro la sentenza finale del processo, se il regime generale di questo mezzo d'impugnazione lo ammette (art. 460).

Sparisce così l'ultima traccia dell'appello indipendente su questioni processuali senza effetti conclusivi che era stato causa di gravi dilazioni e aveva introdotto una complessità nello svolgimento del processo.

Nel regime del *recurso de reposición* si regola soltanto il suo inoltro scritto (termine per presentare l'atto scritto, termine per la contestazione scritta e termine per la pronuncia scritta), di conseguenza si possono prevedere difficoltà di adeguamento di questo regime ai casi di decisioni emesse nelle fasi orali del processo.

b) L'appello. - Possono essere impugnate con l'appello tutte le sentenze pronunciate in primo grado, qualsiasi sia il valore dell'oggetto del processo o la materia a cui esso si riferisce. Si ammette così l'appello in casi in cui non è ammesso adesso (sentenze riguardanti pretese il cui valore non sia superiore a 80.000 pesete fondate su diritti di credito).

Sono impugnabili pure con l'appello le pronunce processuali che hanno l'effetto di concludere il processo. Vi sono dubbi però se hanno questo carattere e di conseguenza, se sono appellabili secondo la norma generale - le pronunce che, senza determinare la fine del processo, impediscono definitivamente che una persona possa intervenire nel processo secondo quello che si stabilisce negli artt. 12 e 13.

La competenza per l'appello appartiene - salvi i casi meno rilevanti - all'*Audencia Provincial*, che è un organo collegiale.

Rispetto all'attuale pluralità di procedimenti previsti per l'appello, l'*Anteproyecto* prevede la regolamentazione di un procedimento unico.

Nell'atto di proposizione dell'appello non c'è l'onere di argomentare, si devono però, indicare i capi della sentenza appellata che vengono impugnati.

Innanzi al tribunale *ad quem* la parte che impugna ha un termine per motivare la sua domanda e proporre i mezzi di prova; poi la controparte può sostenere la sua opposizione e anche proporre dei mezzi di prova. L'onere di motivare è una novità rispetto al regime tradizionale dell'appello nel diritto spagnolo, che è stata introdotta in alcune leggi speciali e l'*Anteproyecto* ha generalizzato.

L'appello è un mezzo d'impugnazione molto ampio, non consente però di far valere nuove pretese. Attraverso di esso si può eccepire la nullità degli atti processuali di primo grado, nei casi in cui concorrano le violazioni che la legge stabilisce come determinanti la nullità (art. 224) e se la parte ha allegata in primo grado la presenza di queste violazioni, salvi i casi in cui non ne abbia avuto l'opportunità. Si può chiedere il riesame di tutte le questioni di fatto e di diritto incluse nella sentenza, senza nessun limite legale.

Questo riesame può farsi facendo riferimento al materiale processuale di primo grado, o anche, sulle nuove prove che possono assumersi nel secondo grado in alcuni casi. Nell'appello sono ammesse le prove proposte dalle parti in primo grado che non si sono potute assumere per cause ad esse non imputabili, le prove relative ai fatti accaduti dopo l'inizio del termine per emanare la sentenza di primo grado (o che non si conoscevano fino a quel momento) e le prove proposte dal contumace che, per causa non imputabile alla sua volontà, non è potuto comparire nel momento processuale previsto per proporre la prova.

Se il giudice d'appello dichiara la nullità di atti compiuti in primo grado, ordina la remissione del processo al momento precedente alla causa di nullità, salvi i casi in cui ritenga che sia possibile la riparazione in secondo grado; così dopo la riparazione, l'assunzione dei mezzi di prova e l'udienza di comparizione delle parti che chiude il procedimento dell'appello, si pronuncia sul merito.

c) Il ricorso straordinario per violazione processuale. - Questo mezzo d'impugnazione - per il quale è competente il *Tribunal Superior de Justicia* superiore in grado alla *Audiencia Provincial*, che ha deciso l'appello - può considerarsi un'impugnazione per cause di nullità processuale. Il ricorso può fondarsi soltanto sulle violazioni processuali individuate dalla legge con differente grado di specificazione: alcune di esse sono tipizzate (per esempio: violazione di norme sulla giurisdizione, competenza obiettiva e funzionale, violazione delle norme sull'onere della prova, sulla congruenza della sentenza o sulla cosa giudicata), altre cause si definiscono per mezzo di concetti giuridici indeterminati (per esempio: violazione di norme che regolano gli atti e le garanzie processuali se compromettono il diritto di difesa) infine, si include come causa del ricorso, la violazione di qualsiasi diritto fondamentale di portata processuale incluso nell'art. 24 della Carta costituzionale spagnola. Con questo ricorso si possono rimettere gli atti processuali allo stato precedente al momento in cui si è prodotta la violazione.

La peculiarità di questo ricorso nella regolamentazione *dell'Anteproyecto* sta nel fatto che esso ha, per ognuna delle parti, carattere alternativo rispetto al ricorso per cassazione. Contro la sentenza (o la decisione processuale che faccia venir meno il giudizio in secondo grado) emessa dalla *Audencia Provincial*, ogni parte può interporre, alternativamente, il ricorso straordinario per violazione processuale innanzi al *Tribunal Superior de Justicia* competente o ricorso per cassazione innanzi alla Corte di Cassazione. Se la stessa parte interpone i due ricorsi, il ricorso per cassazione non sarà ammissibile.

Questo carattere alternativo di mezzi d'impugnazione della sentenza di secondo grado, assieme alla limitazione della cassazione alle violazioni di diritto sostanziale, è una delle vie con cui si collega la volontà di raggiungere gli scopi propri del sistema dei mezzi d'impugnazione, con la volontà di limitare - e potrebbe dirsi pure di diminuire - il lavoro della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale.

La giustificazione del carattere alternativo sta nel lasciare alla parte pregiudicata dalla sentenza d'appello la valutazione se la violazione processuale sia così palese che, molto probabilmente, il ricorso sarà accolto e la nuova sentenza di merito potrà correggere le violazioni del diritto sostanziale, eventualmente esistenti; altrimenti la valutazione opposta circa le scarse probabilità che sia accolta la nullità processuale indurrà la parte a proporre un ricorso per far valere i soli errori di diritto sostanziale.

Con il ricorso per violazioni processuali il tribunale competente può verificare le nullità già esaminate dal tribunale del secondo grado e rigettate da esso, così come le nullità nelle quali è incorso questo organo d'appello. Se non fosse così, *l'Anteproyecto* non avrebbe potuto togliere alla Corte di Cassazione la cognizione sulle violazioni della legge processuale, senza provocare, di conseguenza, l'accrescimento dei *recursos de amparo* innanzi alla Corte costituzionale fondati nella violazione dei diritti fondamentali a contenuto processuale inclusi nell'art. 24 della Carta costituzionale spagnola.

Il cammino intrapreso dal legislatore ha indirettamente effetti utili sulla funzione della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale.

La scelta del ricorso per violazione processuale riduce il lavoro della Corte di Cassazione. Se il ricorso non è accolto, la parte non può più proporre il ricorso per cassazione. Se il ricorso è accolto, le violazioni di diritto sostanziale possono correggersi nella nuova sentenza e ciò potrebbe escludere la necessità di rivolgersi alla cassazione.

Se la parte opta per non proporre il ricorso per violazione processuale e si rivolge alla Corte di Cassazione, si riduce così il lavoro della Corte costituzionale, perché non sarà ammissibile - per non essersi esauriti i mezzi d'impugnazione innanzi ai tribunali ordinari - l' *amparo* per violazione dell'art. 24 della Carta costituzionale relativa alla sentenza di primo o secondo grado.

Questa regolamentazione consente la formazione di posizioni giurisprudenziali contraddittorie nei diciassette *Tribunales Superiores de Justicia* riguardo alle questioni processuali più rilevanti. Ciò è una conseguenza indiretta in senso negativo di un ordinamento giuridico come quello spagnolo in cui - malgrado le competenze legislative delle Comunità autonome in parecchie materie - la legislazione processuale è, salve determinate eccezioni, di competenza dello Stato.

Per ovviare a queste definizioni l'*Anteproyecto* stabilisce un ricorso per cassazione, che può interporre soltanto il pubblico ministero con il quale si ottiene che la Corte di Cassazione stabilisca l'interpretazione giurisprudenziale più adeguata, senza colpire le sentenze che hanno originato il ricorso e senza produrre nessun vincolo giuridico nelle successive sentenze dei *Tribunales Superiores de Justicia*. Il legislatore spera che l'interpretazione della Corte di Cassazione sia eseguita da questi tribunali.

D'altro canto, l'*Anteproyecto* ha fiducia nell'efficacia unificatrice della giurisprudenza della Corte costituzionale quando conosce dei ricorsi di *amparo* interposti dopo il rigetto del ricorso per violazione processuale. Il ricorso per cassazione a cui si è fatto cenno non è ammissibile se, riguardo alla stessa causa, è stato interposto il ricorso di *amparo*.

d) Il ricorso per cassazione. - Questo ricorso si può proporre contro le sentenze di secondo grado contro cui non si sia interposto il ricorso per violazione processuale, senza altri limiti se non quelli cui farò cenno dopo. La competenza appartiene, come regola, alla Corte di Cassazione; eccezionalmente ai *Tribunales Superiores de Justicia* se la legge violata è stata dettata da una Comunità autonoma. Questo ricorso può fondarsi solo sulla violazione di norme di diritto sostanziale applicabili in causa senza che sia permesso alcun controllo sui fatti. Ho già avvertito prima che non è consentito neanche far valere le violazioni di norme processuali nella sentenza o nel processo che l'ha preceduta. Questi ultimi due aspetti sono rilevanti novità nella cassazione spagnola.

L'innovazione più rilevante però riguarda l'individuazione delle sentenze impugnabili con ricorso per cassazione. Si abbandonano i criteri del valore economico e della materia, che caratterizzano il regime attuale, e si opta, principalmente, per il criterio del contrasto della sentenza con altre decisioni prese in casi sostanzialmente uguali dalle *Audiencias Provinciales*, *Tribunales Superiores de Justicia* o dalla stessa Corte di Cassazione. Inoltre si stabilisce che sono impugnabili le sentenze riguardanti la tutela civile di diritti fondamentali diversi da quelli a contenuto processuale di cui all'art. 24 della Carta costituzionale spagnola e le sentenze che riguardano norme sostanziali contenute in leggi con vigenza inferiore a cinque anni, su cui non esistano precedenti giurisprudenziali.

Questa configurazione della cassazione si deve a diverse ragioni.

In primo luogo, alla necessità che la Corte di Cassazione si possa pronunciare su tutte le materie del diritto privato e non soltanto su quelle di particolare valore o importanza. In mancanza di questa possibilità attualmente possiamo trovare, in alcune materie, una dispersione di criteri nell'applicazione della stessa norma che mette in pericolo il principio di uguaglianza innanzi alla legge, nel senso dell'uguaglianza nell'applicazione della legge, e della sicurezza giuridica nei rapporti privati.

In secondo luogo, si vuole raggiungere il precedente scopo senza incrementare il lavoro della Corte di Cassazione. A questo scopo, oltre ad escludere dalla cassazione le violazioni processuali, occorre prevedere una norma di selezione delle sentenze impugnabili in cassazione. Invece di attribuire alla Corte di Cassazione una potestà discrezionale di scelta, l'*Anteproyecto* opta per una via più obiettiva riguardante l'esistenza di pronunce giurisprudenziali diverse sui medesimi casi. Questa scelta impone un maggiore lavoro all'avvocato - studio in breve tempo dello stato della giurisprudenza riguardo ai medesimi casi - ed un maggiore lavoro alla Corte di Cassazione nel momento dell'ammissione - perché sarà maggiore il numero dei ricorsi

interposti inizialmente. D'altro canto, se per la novità della legge (vigenza inferiore a cinque anni), non ci siano state applicazioni giurisprudenziali precedenti, si permette il ricorso affinché la Corte di Cassazione possa stabilire se l'applicazione fatta dall'*Audiencia Provincial* è corretta.

In terzo luogo, non si sono voluti ridurre i controlli dei tribunali ordinari precedenti ad un possibile ricorso di *amparo* innanzi alla Corte costituzionale per violazione di diritti fondamentali non processuali. Per questa ragione, le sentenze delle *Audiencias Provinciales* in secondo grado relative a processi in cui si sia chiesta la tutela giudiziale civile di questi diritti sono sempre impugnabili in cassazione. Tuttavia questa norma non offre copertura alle violazioni di questi diritti in processi nei quali non si sia chiesta specificamente la loro tutela, ma gli stessi siano stati ugualmente violati.

7. - Nel regime progettato per l'esecuzione forzata sono rilevanti i miglioramenti e le disposizioni incluse allo scopo di perfezionare l'effettività della tutela giudiziale in una materia in cui questa caratteristica della tutela è specialmente in gioco. Farò cenno, in primo luogo, agli istituti generali dell'esecuzione.

a) I titoli esecutivi. - Si stabilisce un elenco sistematico dei titoli esecutivi, incrementando la sicurezza giuridica, e chiudendo con un inevitabile rinvio agli altri documenti e decisioni giudiziali « que, por disposición legal, lleven aparejadas ejecución ». Esso porrà fine all'attuale dispersione di disposizioni che riconoscono titoli esecutivi, principalmente però, porrà fine ai dubbi riguardo alla natura di determinati documenti stragiudiziali, che hanno fatto nascere da tempo un dibattito sulla loro natura esecutiva e, di conseguenza, divergenze nell'applicazione delle norme processuali. L'*Anteproyecto* fissa con chiarezza quali documenti stragiudiziali sono esecutivi ed i requisiti per ritenerli tali.

b) La provvisoria esecutorietà. - La provvisoria esecutorietà delle sentenze - rese in primo grado o in secondo - è prevista come regola con limitate eccezioni (sentenze sullo stato civile salvi gli accertamenti di contenuto patrimoniale, sentenze di condanna idonee a produrre una dichiarazione di volontà, sentenze sulla nullità e decadenza in diritti di proprietà industriale) ed il regime processuale è regolato allo scopo di favorirla.

Sulla richiesta di provvisoria esecutorietà si decide senza l'audizione del condannato nella sentenza, è prevista la verifica d'ufficio del requisito della presenza di pronunce di condanna nella sentenza, e del fatto che la legge non escluda in quei casi la provvisoria esecutorietà.

Contro la decisione di eseguire la sentenza è possibile l'opposizione fondata nelle cause previste legalmente.

In particolare:

a) il debitore può opporsi per le cause che il giudice deve controllare d'ufficio per concedere l'esecuzione. Se l'opposizione ha esito positivo devono annullarsi tutti gli atti compiuti nell'esecuzione.

b) Nei casi di condanna diversi da quelli di dare una quantità di denaro, cioè, condanne di fare, non fare o dare una cosa specifica, il debitore può opporsi dimostrando che, nel caso in cui la sentenza sia revocata, sarà impossibile o difficile la rimessione delle cose nello stato precedente o una riparazione economica per

equivalente. Nei casi in cui l'opposizione abbia esito positivo, l'esecuzione è sospesa, non si annullano però le attività esecutive i cui effetti siano assicurativi.

c) Se la sentenza eseguita include una condanna a dare una quantità di denaro, il debitore non può opporsi a tutta l'esecuzione ma soltanto a determinate attività esecutive, con il fondamento che queste attività producono un pregiudizio specifico irreparabile e non facilmente risarcibile. Occorre che il debitore faccia la proposta di un'attività esecutiva alternativa che sia altrettanto efficace o che possa garantire il creditore contro il ritardo nell'esecuzione fino al momento del giudicato. Se l'opposizione ha esito positivo non si annullano le attività esecutive con effetti assicurativi.

Se la sentenza di primo grado viene revocata complessivamente o parzialmente dalla sentenza di secondo grado, il debitore ha diritto alla restituzione di prestazioni in forma specifica od al risarcimento dei danni subiti. Questi diritti possono essere fatti valere per via esecutiva innanzi allo stesso "tribunale della provvisoria esecuzione". Se la sentenza di secondo grado non è ancora passata in giudicato - essendo possibile il ricorso per violazione processuale o per cassazione - il creditore può opporsi all'attività esecutiva rivolta alla restituzione o al risarcimento secondo il regime dell'opposizione alla provvisoria esecuzione.

c) Portata soggettiva del titolo esecutivo e successione in esso. - La regolamentazione proposta dall'*Anteproyecto* delimita, direttamente, o per rinvio, la portata soggettiva dell'efficacia del titolo esecutivo. Fondandosi su di esso l'esecuzione può svilupparsi nei confronti di coloro che sono individuati come debitori, nei confronti di coloro che debbono soddisfare il debito per legge o per patto incluso in documento pubblico, e nei confronti dei titolari di beni determinati che debbono rispondere del debito per legge o patto incluso in documento pubblico, sebbene, in quest'ultimo caso, con limitazione ai beni colpiti.

Il regime di estensione a determinati terzi dell'efficacia esecutiva del titolo ha bisogno, in parte, di completarsi per mezzo dei rinvii alle corrispondenti disposizioni legali, che in ogni caso sono fatti propri dell'*Anteproyecto* (documenti pubblici in cui è assunta la responsabilità o è collegata ad un determinato bene; responsabilità dei gestori delle entità senza personalità giuridica; e così via). D'altro canto, l'*Anteproyecto* fissa, sull'argomento, le condizioni per la sottomissione all'esecuzione dei debitori solidali e la posizione processuale del coniuge non debitore nel caso di sequestro di beni della *sociedad de gananciales* (regime patrimoniale più frequente nei matrimoni spagnoli).

Infine l'*Anteproyecto* toglie la lacuna della regolamentazione attuale relativa alla successione nel titolo esecutivo. Se il fatto o l'atto giuridico determinante la successione consta in un documento che faccia fede in giudizio, il giudice deve decidere l'esecuzione in favore o contro il successore. Se il giudice ritiene che il documento presentato non sia sufficiente, convocherà la controparte ad un'udienza nella quale si discuterà e si assumerà la prova e, alla fine, il giudice dovrà decidere se riconoscere o meno la successione.

d) L'opposizione del debitore all'esecuzione. - Il diritto attuale non prevede l'opposizione del debitore all'esecuzione fondata su titoli giudiziali. E' regolata l'opposizione nei confronti dei titoli stragiudiziali, la cui regolamentazione però non si può applicare suppletivamente, perché le cause di opposizione sarebbero troppo ampie con riguardo alle sentenze passate in giudicato, e perché non vi sarebbe certezza se ci si trovi innanzi ad una vera opposizione all'esecuzione o innanzi ad un processo di cognizione speciale.

L'*Anteproyecto* prevede una regolamentazione sistematica dell'opposizione all'esecuzione del debitore che ha diverse modalità.

L'opposizione all'esecuzione si rivolge contro tutta l'attività esecutiva e può fondarsi su cause processuali (mancanza dei requisiti soggettivi delle parti, difetto essenziale nella domanda esecutiva, nullità dell'ordine di esecuzione per mancanza di requisiti di titolo esecutivo, del documento presentato) o in cause di diritto sostanziale legalmente previste. Per stabilirle l'*Anteproyecto* fa la distinzione tra titoli giudiziali (nei cui confronti può opporsi solo l'adempimento della sentenza, la decadenza dall'azione esecutiva o patti risultanti da atti pubblici stipulati per evitare l'esecuzione) e titoli che non consistono in una dichiarazione giurisdizionale (alle cause precedenti se ne aggiungono delle altre come la compensazione con un credito liquido documentato nel titolo esecutivo, la *pluspetición* o l'eccesso nel computo in denaro di determinati debiti in specie, la prescrizione, le rinunzie al credito o le proroghe che constino documentalmente e la transazione in documento pubblico).

Qualsiasi fatto, atto o rapporto giuridico che non sia incluso nelle cause citate, che sia posteriore alla preclusione delle allegazioni nel processo di cognizione od alla costituzione del titolo stragiudiziale e che possa colpire l'efficacia dei diritti riconosciuti nel titolo esecutivo, non potrà fondare un'opposizione all'esecuzione, bensì dovrà farsi valere in un processo di cognizione autonomo.

A mio avviso, è criticabile che tra le cause d'opposizione all'esecuzione fondate su titoli non formati dal giudice non si trovino i fatti impeditivi o la mancanza dei fatti costitutivi del rapporto giuridico documentato nel titolo esecutivo, sui quali fatti in questi tipi di titoli non si è formato il giudicato con il suo effetto preclusivo. La risposta che nei casi più gravi (fatti determinanti di falsità o nullità di titolo esecutivo) può disporsi la sospensione dell'esecuzione per pregiudizialità penale non è soddisfacente, perché - come è palese - non sempre i difetti che provocano la nullità del rapporto giuridico costituiscono reato.

I procedimenti di discussione e decisione sono diversi a seconda delle cause allegate. Se sono cause processuali basta l'audizione del credito prima della decisione giudiziale. Se sono cause di diritto sostanziale, il giudice convoca le parti a *juicio verbal*, nell'ambito del quale il creditore potrà contestare verbalmente l'opposizione del debitore, la prova verrà assunta, ed il giudice deciderà.

Assieme all'opposizione all'esecuzione in senso stretto l'*Anteproyecto* prevede pure l'impugnazione di atti specifici dell'esecuzione per violazione delle norme regolatrici di essa o per divergenza da quanto è autorizzato nel titolo esecutivo. Il procedimento per raggiungere questo scopo è quello dei mezzi d'impugnazione contro le decisioni giudiziali o quelle del reclamo contra gli atti che non consistono in decisioni.

L'opposizione all'esecuzione ed a specifici atti di essa non determina come regola, la sospensione dell'esecuzione. È opportuno mettere in rilievo adesso che *l'Anteproyecto* stabilisce che l'esecuzione non può sospendersi per nessuna causa, salvi i casi previsti espressamente dalla legge; che nel caso di sospensione, essa non colpisce gli atti di esecuzione con efficacia assicurativa, e che la sospensione può essere disposta soltanto previa costituzione d'una garanzia da parte del debitore per i danni e i pregiudizi derivanti dal ritardo nell'esecuzione.

8. - Della regolamentazione inclusa in questa forma di esecuzione la più frequente nel processo civile - deve mettersi in rilievo: il miglioramento sostanziale - rispetto all'attuale situazione critica nel diritto vigente - dei mezzi per scoprire i beni del debitore che possono essere colpiti dall'esecuzione; l'accrescimento di garanzie nella verifica della titolarità dei beni prima di procedere al pignoramento; e con ampia influenza nei vari settori del regime di questa esecuzione, la realizzazione dell'obiettivo di efficienza dell'attività esecutiva: massimo risultato con le minor spese e pregiudizi, nel tempo minore.

a) La determinazione dei beni del debitore. - Per la determinazione dei beni del debitore da pignorare, il creditore ha una facoltà di designazione ed un onere meno preciso di localizzarli se si tratta di beni iscritti su un pubblico registro a cui gli interessati abbiano libero accesso. Più rilevanti però sono due novità che prevede *l'Anteproyecto*.

Da un lato il debitore può subire un'ingiunzione, su richiesta del creditore, allo scopo d'indicare quali siano tutti i suoi beni, i diritti e gli eventuali gravami su di essi, con espresso avvertimento della possibile responsabilità penale nella quale può incorrere se non fa la dichiarazione o se essa non è vera, e con la minaccia dell'imposizione di misure coercitive periodiche nel caso di ritardo nella dichiarazione.

Da un altro lato, qualsiasi persona, ente pubblico o privato che abbia informazioni o documenti sui beni o diritti, ha il dovere pubblico di fornire l'informazione al giudice - senza altri limiti che il rispetto dei diritti fondamentali o degli altri diritti stabiliti dalla legge - di conseguenza sarà rivolta anche a loro un'ingiunzione con l'avvertimento della possibile imposizione di misure coercitive.

b) La verifica dell'appartenenza dei beni al debitore prima di pignorarli ha attualmente una regolamentazione con garanzie soltanto nel caso di pignoramento erroneo, quando la titolarità dei beni risulta da un pubblico registro. Se i beni non sono iscritti a favore del debitore, non possono pignorarsi e il pignoramento può annullarsi senza grandi difficoltà. Al di fuori di quest'ipotesi non sono previste speciali garanzie per la verifica della titolarità ed i terzi pregiudicati hanno l'onere di impugnare il pignoramento in un processo ordinario.

*L'Anteproyecto* dispone che se per conoscenza diretta del giudice o per dichiarazioni del debitore o di altre persone il giudice avesse ragioni per sostenere che il bene appartiene a persona diversa dal debitore, deve citare questa persona affinché possa allegare le sue ragioni e dimostrare la sua proprietà sul bene. Soltanto in mancanza della sua comparizione, o se le sue difese non risultino convincenti, il bene sarà pignorato.

c) La flessibilità del regime di quest'attività esecutiva. - L'efficienza dell'attività esecutiva per debiti pecuniari si vuole realizzare con la flessibilità delle norme regolatrici della stessa, si vuole che questa attività risponda alla soddisfazione degli interessi del creditore, del debitore e dei terzi che possano essere pregiudicati da essa.

Le manifestazioni di questa flessibilità sono diverse e le troviamo in diversi momenti dell'attività esecutiva (pignoramento dei beni, tassazione dei beni e strumenti di vendita forzata). Di seguito farò cenno ad alcune di queste manifestazioni.

Riguardo al pignoramento di beni sono validi - sebbene non opponibili nei confronti dei terzi di buona fede - i patti tra il creditore e il debitore secondo cui si escludono determinati beni dal pignoramento o quelli che limitano esso a determinati beni ovvero stabiliscono una prelazione. L'ordine di pignoramento di beni si applica soltanto in mancanza della possibilità per il giudice di determinare discrezionalmente la priorità del sequestro attesa la maggiore facilità della vendita di ciascun bene sequestrato ed il minore pregiudizio per il debitore esecutato.

Per la determinazione del valore dei beni che devono venderli all'incanto non occorrono le valutazioni tecniche se il creditore e il debitore sono arrivati ad un accordo sul valore dei beni prima dell'esecuzione o nel corso di essa. La mancanza di eccezioni a questa norma può essere di pregiudizio per i terzi i cui interessi possono essere lesi per il valore attribuito al bene, di conseguenza, occorre la determinazione di esso con maggiori garanzie.

La flessibilità nella vendita si può esprimere come « a huida de la subasta pública » che è prevista ciononostante, come sistema generale per la vendita della maggior parte dei beni.

Possono evidenziarsi una serie di disposizioni ispirate allo scopo di evitare la vendita all'incanto e non pregiudicare l'esito della vendita:

a) ai casi attualmente previsti di rilascio diretto al creditore e di vendita diretta - denaro, moneta straniera, crediti immediatamente disponibili, e così via - se ne aggiungono degli altri - beni con valore nominale coincidente al valore di mercato, beni che possano entrare in qualsiasi mercato regolato o con prezzo ufficiale - e si favoriscono i sistemi di vendita diretta - le partecipazioni nelle società non quotate in borsa si possono vendere secondo il procedimento legale o statutariamente stabilito, senza l'occorrenza dell'intervento, in tutti i casi, del notaio.

b) Non si convoca l'incanto se è prevedibile di non ottenere in esso la somma occorrente per le spese derivanti dall'incanto.

c) Prima dell'incanto, il creditore, il debitore e gli altri interessati all'esecuzione (i creditori posteriori dello stesso debitore o posteriori acquirenti di beni pignorati) possono concordare la libera alienazione di determinati beni pignorati o la soddisfazione in un'altra maniera del diritto del creditore. Le condizioni dell'accordo devono fissarsi in un'udienza davanti al giudice, che può non approvare l'accordo se ritiene che possa produrre pregiudizio ai terzi; deve approvarlo però se questi soggetti hanno partecipato all'udienza e hanno manifestato il loro consenso.

d) Se vi è accordo tra il creditore e il debitore, il giudice può stabilire che l'alienazione di beni di determinate classi sia fatta da persone o enti specializzati nella vendita di questi beni e secondo i loro procedimenti.

e) Il rilascio al creditore di beni pignorati fruttiferi allo scopo di soddisfare il credito con la rendita degli stessi può autorizzarsi in qualsiasi momento

dell'esecuzione.

9. - La riforma proposta per queste forme di esecuzione è veramente importante perché essa tenta di superare la regolamentazione attuale nella quale si ammette con straordinaria facilità la sostituzione dell'esecuzione *in natura* con un indennizzo in denaro. L'*Anteproyecto* rafforza i mezzi per raggiungere l'esecuzione in forma specifica, prevede però l'eventuale possibilità di sostituirla con l'indennizzo e stabilisce le disposizioni necessarie per l'effettività dell'esecuzione in questo caso.

Se il titolo esecutivo prevede un obbligo di consegnare una cosa mobile e non viene consegnata al creditore, l'*Anteproyecto* stabilisce il dovere del debitore e dei terzi, che possano avere informazioni, di dichiarare dove si trova il bene, con l'avvertimento che potranno incorrere in responsabilità penale per disubbidienza all'autorità giurisdizionale. Se l'obbligo è di dare una quantità di cose fungibili ed esse non si trovano nel patrimonio del debitore, il creditore può chiedere che siano acquisite dal mercato a spese del debitore.

Nell'esecuzione di obblighi di rilascio di beni immobili, deve mettersi in rilievo la regolamentazione specifica della posizione dei terzi che godono del bene immobile. L'*Anteproyecto* stabilisce un processo sommario molto rapido che può finire con la liberazione del bene. Indipendentemente dal contenuto di questa sentenza si può iniziare - al di fuori dell'esecuzione - un processo ordinario successivo.

Quanto all'esecuzione di obblighi di fare che possano realizzarsi con la stessa utilità per il creditore, da persona diversa dal debitore, il creditore può - salvo il caso in cui il titolo preveda ciò che deve farsi quando vi è l'inadempimento - optare per l'indennizzo o per l'adempimento di un terzo a spese del debitore.

Nel caso di esecuzione di un titolo che include un obbligo di emettere una dichiarazione di volontà, se gli elementi essenziali del rapporto giuridico sono predeterminati lo stesso giudice farà la dichiarazione. Se questi elementi non sono determinati il giudice li integrerà secondo gli usi commerciali.

Se l'obbligo di fare incluso nel titolo non può essere eseguito con la stessa utilità da un terzo, deve richiedersi al debitore il versamento periodico di una misura coercitiva. Se il debitore espone al giudice le ragioni del suo rifiuto, ed il giudice ritiene che non vi sia probabilità di cambiare la sua condotta nemmeno con le misure coercitive periodiche, fisserà un'unica multa e deciderà la sostituzione della prestazione con un indennizzo in denaro. Ugualmente dovrà decidersi se dopo un anno di multe trimestrali il debitore non adempia all'obbligo.

Quando il titolo include un obbligo di non fare e il debitore non adempie, deve intimarsi al debitore di rimuovere i risultati della sua condotta - con il versamento di misure coercitive periodiche, inoltre si determina un indennizzo per i danni e i pregiudizi irreversibili e si avverte il debitore della responsabilità penale per disubbidienza all'autorità giudiziaria se torna a violare l'obbligo.

Queste attività esecutive possono condurre qualche volta a situazioni in cui non sia possibile l'esecuzione *in natura* e sia necessario sostituirla con un indennizzo in denaro.

La determinazione della quantità di denaro si fa in un procedimento speciale e semplificato, incidentale all'esecuzione. Inoltre, per garantire l'esito positivo di questa modalità di esecuzione, all'inizio di essa il debitore deve versare una cauzione di entità ragionevole e se non lo fa, si dispone il sequestro dei suoi beni.

10.- Nel regime attuale sono stabiliti, da un lato, un elenco di provvedimenti cautelari tipici, e dall'altro, c'è l'articolo 1428 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* che autorizza l'adozione di misure cautelari indeterminate nei casi non previsti dalle norme che regolano le misure cautelari tipiche. La pratica giuridica ha messo in rilievo problemi e mancanze che la riforma di questa legge dovrebbe ovviare.

a) Presupposti dei provvedimenti cautelari. - Il perfezionamento della tutela cautelare, in relazione al suo scopo istituzionale di ovviare ai pregiudizi che minacciano l'effettività della sentenza, richiede, in primo luogo, che qualsiasi situazione di pericolo per l'effettività della sentenza abbia una misura cautelare adeguata; in secondo luogo, che nessun provvedimento cautelare possa concedersi, né rimanere in vita, senza il presupposto di una situazione di pericolo apprezzata dal giudice.

Le norme regolatrici delle misure cautelari determinate o tipiche presuppongono (e, di conseguenza, limitano) situazioni di pericolo di tipo esplicito - per esempio, il pericolo di insolvenza del debitore come presupposto del sequestro conservativo - od implicito - per esempio, la misura di *anotación preventiva* della domanda serve per ovviare al pericolo di alienazione o gravame della cosa immobile su cui verte la lite.

Quando l'art. 1428 della *Ley de Enjuiciamiento Civil* si riferisce alle «medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere », stabilisce un concetto giuridico indeterminato che autorizza e delimita la specificazione dei provvedimenti cautelari che possono adottarsi e le situazioni di pericolo rilevanti per ognuno di essi. Spetterà al giudice adattare quei provvedimenti a queste situazioni.

L'*Anteproyecto* non stabilisce i presupposti di pericolo nel ritardo specifici per i singoli provvedimenti, optando per la generalizzazione del sistema dell'art. 1428 dell'attuale legge e autorizza «las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia condenatoria que se dictare».

Ciononostante l'*Anteproyecto* non determina correttamente gli effetti della sentenza che possano essere minacciati dal pericolo di ineffettività, perché sembra limitarli ai pericoli che minacciano l'efficacia esecutiva delle sentenze di condanna. Questa situazione potrebbe ostacolare la tutela cautelare di altri effetti delle sentenze e degli accertamenti di condanna accessoria, di alcune sentenze di mero accertamento o costitutive.

Circa i problemi relativi al presupposto del *fumus boni iuris*, la riforma dell'art. 1428 nel 1984 non ha modificato i presupposti della situazione giuridica che può tutelarsi in via cautelare «obligación de hacer o no hacer o de entregar cosas determinadas o específicas». Questa formulazione ha dato luogo a interpretazioni che limitano in certa misura le possibilità applicative - in particolare, rimangono escluse le obbligazioni di natura negoziale e, specialmente, contrattuale, i diritti reali, gli altri diritti assoluti e le facoltà scaturenti da rapporti giuridici complessi di cui le parti sono titolari.

L'*Anteproyecto* utilizza un'espressione che eviterà le interpretazioni restrittive, riferendosi a « un juicio provisional favorable al fundamento de la pretensión ». Così i provvedimenti cautelari si possono chiedere con riguardo a qualsiasi pretesa, qualsiasi sia il diritto o la situazione giuridica.

Riguardo all'altro profilo del *fumus* - il mezzo per dimostrarlo l'*Anteproyecto* supera il tradizionale limite che ammetteva soltanto la prova documentale, continua però a ritenere il documento il miglior mezzo per giustificare il *fumus*.

b) Gli effetti dei provvedimenti cautelari ed i mezzi per la loro attuazione. - Gli effetti dei provvedimenti cautelari possono essere delimitati dalla stessa legge.

Così accade attualmente con le misure cautelari tipiche.

Se un ordinamento opta per questa via, occorre anche, per la perfezione del sistema cautelare, una norma che preveda i provvedimenti cautelari indeterminati atipici perché così i provvedimenti cautelari possono acquisire la duttilità necessaria per ovviare a situazioni di pericolo nel ritardo non espressamente previste. Questa è la funzione a cui adempie l'art. 1428 de *La Ley de Enjuiciamiento Civil*.

Tuttavia nonostante questa disposizione, il cui presupposto di fatto è necessariamente indeterminato (circostanze che rendono necessari i provvedimenti) e le cui conseguenze giuridiche sono pure indeterminate (provvedimenti occorrenti per l'effettività della sentenza), i giudici hanno assunto una posizione reticente nell'adozione di provvedimenti cautelari indeterminati.

L'*Anteproyecto* ha recepito l'insegnamento e ha regolato gli effetti dei provvedimenti tramite una regola generale, che fissa le caratteristiche delle misure che possono adottarsi e tramite un'altra norma nella quale si prevedono gli effetti cautelari specifici.

Nella determinazione della portata che possono avere gli effetti dei provvedimenti cautelari, l'*Anteproyecto* implica un progresso rilevante rispetto al diritto vigente. Si discute abitualmente se gli effetti dei provvedimenti cautelari devono essere soltanto effetti assicurativi dell'esecuzione o possono anticipare, in alcune circostanze e in certi limiti, il soddisfacimento del diritto la cui tutela è chiesta nel giudizio di merito.

L'*Anteproyecto* opta per dare agli effetti della tutela cautelare un'ampiezza sufficiente per garantire che, nel tempo occorrente per lo svolgimento del giudizio di merito, la lite tra le parti non possa essere decisa per mezzo dell'autotutela. Esso ammette che gli effetti superino quelli assicurativi fino ad essere conservativi dello *status quo* esistente tra le parti. Così si possono spiegare due rilevanti disposizioni.

In primo luogo, quella che prevede che « las medidas de carácter temporal, provisional o condicionado nunca podrán considerarse idénticas a las actuaciones ordenadas en sentencias de condena susceptibles de ejecución, que no presenten las características señaladas». Non vi è dubbio che questa disposizione autorizzi i provvedimenti cautelari inibitori.

In secondo luogo, la disposizione che autorizza ad assumere come provvedimento «la prohibición temporal de interrumpir o cesar en la realización de una prestación », ciò che permette di evitare forme di autotutela passiva consistenti nella modifica dello *status quo* fino al momento rilevante per i soggetti tra cui c'è la lite.

Riguardo ai mezzi che l'ordinamento offre al giudice per l'attuazione dei provvedimenti cautelari che hanno bisogno di qualche collaborazione del soggetto passivo, l'*Anteproyecto* rinvia ai mezzi per l'esecuzione delle sentenze, tra cui include, per gli obblighi di fare infungibili e di non fare, un regime di misure coercitive.

c) Il procedimento cautelare. - Nel diritto attuale non vi è un unico

procedimento per decidere sulle diverse misure cautelari ammesse dall'ordinamento, ma la regolamentazione di ogni misura include assieme ai presupposti e agli effetti di essa, la regolamentazione più o meno completa, dell'attività processuale. Inoltre queste regolamentazioni hanno un contenuto diverso, sia riguardo alla forma sia riguardo al momento per integrare il contraddittorio, senza che ciò si giustifichi per la specificità della misura cautelare.

L'*Anteproyecto* stabilisce un procedimento unico tanto per la richiesta di provvedimenti cautelari che per l'opposizione e la modifica.

D'altro canto le caratteristiche basilari di questo procedimento sono condivisibili. In primo luogo, si prevede un contraddittorio previo o successivo secondo l'apprezzamento da parte del giudice delle ragioni di urgenza o necessità. In secondo luogo si prevede con ampiezza la possibilità di opposizione del soggetto passivo, sebbene essa sia strutturata in funzione della strumentalità del procedimento (in questo senso si dispone che i soggetti passivi «podrán exponer lo que convenga a su derecho, sirviéndose de cuantas pruebas dispongan », inoltre non sono ammissibili mezzi d'impugnazione contro le decisioni processuali emesse nell'udienza di discussione). Si affida alla discrezionalità del giudice il compito di evitare l'ampliamento eccessivo del dibattito processuale, soprattutto riguardo al presupposto del *fumus boni iuris*.

d) Rapporto tra il provvedimento cautelare e il giudizio di merito. - Nell'alternativa tra la tutela cautelare *ante causam* o in pendenza del giudizio di merito, il diritto attuale autorizza la prima con ampiezza e senza aggiungere nessun requisito ulteriore. Il soggetto che beneficia del provvedimento cautelare ha l'onere *ex lege* di avviare il giudizio di merito allo scopo di evitare che la misura cautelare perda la sua efficacia.

L'*Anteproyecto* collega soprattutto la richiesta di provvedimenti cautelari all'inizio del giudizio di merito. La richiesta cautelare *ante causam* è ammissibile soltanto se vi è urgenza concreta; la tutela cautelare durante la pendenza della lite, deve fondarsi su circostanze prima inesistenti o sconosciute.

La restrizione che colpisce la richiesta di provvedimenti cautelari in pendenza del giudizio di merito non ha giustificazione e inoltre sarà fonte di conseguenze ingiuste.

Forse la ragione di questa norma è la seguente: se l'attore, nel momento di presentare la domanda ha deciso di non chiedere i provvedimenti cautelari è perché non li ha ritenuti giustificati o necessari; se li chiede dopo, senza la presenza di nuovi elementi di giudizio, si può presumere ragionevolmente che lo scopo che vuole perseguire l'attore non risponde al fine obiettivo della tutela, ma è quello di fare uso della tutela cautelare come mezzo di pressione. Una disposizione così rigorosa, fondata su una tale congettura è sbagliata ed ingiusta, soprattutto se si tiene conto del tipo di fatti che permettono di sottrarsi alla preclusione. Infatti, occorre la sopravvivenza o la scoperta di fatti nuovi ma, in tal modo, sembra che il legislatore non consideri come eccezione la sopravvivenza o la scoperta di nuovi mezzi di prova. Inoltre la scelta di non chiedere i provvedimenti cautelari al momento della presentazione della domanda può essere dovuta a ragioni che non si collegano con la valutazione del fondamento dei provvedimenti, come per esempio, una situazione patrimoniale dell'attore che non gli permetta di fare il versamento della cauzione per

l'ottenimento della misura cautelare. Non vi è giustificazione ragionevole per escludere che in questo caso la tutela cautelare possa essere chiesta in un momento successivo. Tuttavia non è chiaro se questa eccezione rientri nella norma.

e) La responsabilità per l'utilizzazione della tutela cautelare. - Un regime effettivo della responsabilità per l'utilizzazione della tutela cautelare ha bisogno, in primo luogo, di non ritenere sufficiente la responsabilità ordinaria del patrimonio, bensì di esigere una garanzia patrimoniale concreta e specifica per l'eventuale diritto all'indennizzo del soggetto passivo; in secondo luogo, di norme sostanziali regolatrici dell'attribuzione della responsabilità adeguate alle caratteristiche della condotta da cui essa deriva; e in terzo luogo di un'adeguata ed economica regolamentazione processuale per ottenere l'accertamento di questa responsabilità e la sua esecuzione.

L'*Anteproyecto* conserva la regola generale del versamento della cauzione e chiarisce che la garanzia personale non è esclusa né ristretta, lasciando alla discrezionalità del giudice la sua ammissione.

L'*Anteproyecto* corregge la tendenza esistente nel diritto attuale di prevedere come regola generale la responsabilità per colpa quando i provvedimenti cautelari vengono meno, però incorre in alcuni eccessi quando prevede la responsabilità oggettiva e lascia alcune lacune che facilmente si potevano evitare.

Riguardo al procedimento per l'accertamento della responsabilità è preferibile un *procedimiento incidental* nell'ambito del processo principale.

Questa è l'opzione fatta propria dall'*Anteproyecto*.

11. - L'*Anteproyecto* ha come obiettivo principale quello di ridurre sensibilmente le varietà dei procedimenti previsti attualmente in funzione di diversi criteri qualitativi. Per raggiungere questo scopo non si limita a mantenere in vita i processi speciali che ritiene opportuno conservare, ma approfitta per migliorarli introducendo nel diritto spagnolo dei procedimenti speciali di grande utilità finora sconosciuti.

L'*Anteproyecto* prevede come procedimenti speciali quelli che hanno ad oggetto lo stato civile, la divisione giudiziale dell'eredità, il processo monitorio ed il processo cambiario.

a) Norme generali sui processi non dispositivi. - Riguardo ai processi sullo stato civile, oltre alle norme specifiche per i processi sulla capacità delle persone, sulla filiazione e paternità, sulla nullità del matrimonio, sulla separazione e divorzio, deve mettersi in rilievo la presenza di norme di applicazione generale a tutti i processi precedenti.

Come ho precisato in precedenza l'*Anteproyecto* rispetta con rigore i poteri dispositivi delle parti sull'oggetto processuale e, coerentemente, opta per una disciplina dei poteri relativi all'allegazione dei fatti e alla prova in conformità con il principio dispositivo.

Occorreva introdurre delle norme generali sui poteri dispositivi e sui poteri d'introduzione della materia processuale adeguate alla natura dell'oggetto del processo sullo stato civile. In questo senso si è prevista la legittimazione ad agire del pubblico ministero, si è esclusa o limitata la possibilità di compiere atti di disposizione nel processo, si sono esclusi anche gli effetti ordinari dell'ammissione di fatti e si è autorizzato il tribunale ad assumere delle prove *ex officio*. Tutto questo permette di attribuire efficacia *erga omnes* al giudicato delle sentenze rese in questi processi, e tale

effetto giuridico è espressamente previsto.

b) Il processo monitorio. - L'*Anteproyecto* introduce il processo monitorio. Ciò è una novità nel diritto spagnolo.

Il ricorso ad esso è ammesso quando si fa valere un debito in denaro scaduto ed esigibile, di valore inferiore a tre milioni di pesete che, inizialmente, si provi con un documento firmato dal debitore o con qualsiasi altro segno d'accettazione, o con documenti firmati esclusivamente dal creditore, che abbiano però abituale efficacia probatoria nei rapporti commerciali.

Per mettere in moto il processo non occorre l'intervento di un avvocato né di un procuratore e si può utilizzare un formulario. Ammesso il ricorso, il giudice deve richiedere al debitore di pagare o di allegare le sue ragioni nel termine di venti giorni; se non fa nessuna di queste attività, il giudice consente l'esecuzione.

Se il debitore allega delle ragioni per non pagare entro il termine, il processo deve svolgersi come *juicio verbal*. Lo scritto iniziale si considera come domanda se, essendo inferiore a trecentomila pesete, è utilizzabile il *juicio verbal con demanda sucinta* con comparsa orale in udienza. In qualsiasi altro caso si chiederà all'attore di presentare una domanda nel termine di un mese e, in mancanza di essa, il processo non prosegue. Secondo me in nessuno dei due casi si modificano le norme sull'onere dell'allegazione e della prova.

c) Il processo cambiario. - Il processo cambiario - previsto per i debiti inclusi in cambiali, assegni o pagherò - è regolato dall'*Anteproyecto* come un processo monitorio speciale.

Se il giudice ammette il ricorso iniziale cui deve essere allegato il documento cambiario deve richiedere al debitore di effettuare il pagamento e disporre il sequestro conservativo dei suoi beni, e l'esecuzione, se il pagamento non avviene nel termine di tre giorni.

Il sequestro conservativo può venire meno se il debitore disconosce l'autenticità della sua firma sul documento o allega la mancanza assoluta di rappresentazione - salvo il caso di accettazione *fehaciente* del documento cambiario - o se fa il versamento di una cauzione.

Se il debitore non si oppone all'atto iniziale nel termine di dieci giorni, il giudice deve mettere in moto l'esecuzione forzata.

Se fa l'opposizione si presenta la più rilevante differenza rispetto al processo monitorio ordinario. Lo scritto iniziale non ha efficacia di domanda per mettere in moto il processo di cognizione e neppure è richiesto all'attore di presentare una domanda. È il debitore che deve opporsi con una domanda iniziale con cui si inizia un *juicio verbal* senza comparsa scritta. Deve ritenersi che il debitore abbia l'onere dell'allegazione e della prova. Inoltre il debitore può soltanto allegare le eccezioni incluse nella *Ley Cambiaria*.

D'altro lato, si prevede espressamente che la sentenza di questo processo produce il giudicato su «las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas», e questa è una norma speciale sulla preclusione di allegazioni nuove un po' imprecisa, perché il suo contenuto è quasi uguale alla norma generale sull'argomento e, salvo il limite delle eccezioni della *Ley Cambiaria*, è difficile capire il significato specifico che potrebbe avere.

In ogni caso questo non è un processo sommario, bensì un processo in cui si

può discutere pienamente di un determinato rapporto giuridico sostanziale - il rapporto sottostante alle speciali norme che regolano la titolarità e trasmissione dei crediti inclusi in documenti cambiari. Insomma è un processo di cognizione più rapido e con un sequestro conservativo agevolato rispetto al regime ordinario di questo provvedimento cautelare.

## EL NUEVO PROCESO CIVIL ESPAÑOL. LÍNEAS FUNDAMENTALES DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 8 DE ENERO DE 2000<sup>(\*)</sup>

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València

### 1.- INTRODUCCIÓN

Hace tres años, en las páginas de esta misma Revista, informé de los trabajos preparatorios de la reforma del proceso civil español<sup>1</sup>.

El 8 de enero de 2000 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (en adelante: LEC), que, con un año de *vacatio*, entrará en vigor a principios del año 2001.

Era oportuno, pues, que me ocupara nuevamente de la reforma general del proceso civil español. El objetivo de este artículo es la exposición sintética de los aspectos más destacados de la nueva ordenación legal. Para una ampliación de la información remito al lector interesado a la literatura que se produjo sobre el proceso de formación de la nueva LEC<sup>2</sup>, y a la que ya se está ocupando del texto definitivo de ésta<sup>3</sup>.

### 2.- NORMAS GENERALES SOBRE LAS MODALIDADES DE TUTELA JURISDICCIONAL ADMITIDAS EN EL ORDENAMIENTO

El art. 5.1 LEC, por primera vez en una ley procesal civil española, establece las modalidades de tutela jurisdiccional que pueden obtenerse en el ordenamiento español. Dispone que “se podrá pretender de los tribunales la condena a una determinada prestación, la declaración de existencia de derechos y de situaciones jurídicas, la constitución, modificación o extinción de las últimas, la ejecución, la adopción de medidas cautelares y cualquier otra clase de tutela que esté expresamente prevista por la ley”.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en alemán, con el título «Der neue spanische Zivilprozeß. Leitlinien del Ley de Enjuiciamiento Civil vom 7. Januar 2000», en *ZZPInt*, 5, Köln, 2000, pp. 95-129.

<sup>1</sup> *Ortells*, *ZZPInt* 3 (1998), 91 y siguientes.

<sup>2</sup> *AA.VV.*, Jornadas nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil (Ponencias y Comunicaciones), Murcia, Consejería de Presidencia, 1997; *AA.VV.*, El proceso civil y su reforma, Madrid, Centro Superior de Estudios, Editorial Colex, 1998; *AA.VV.*, Presente y futuro del proceso civil, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1998; *AA.VV.*, El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997-98, Madrid, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (Sección de Derecho Procesal), 1998.

<sup>3</sup> Para un tratamiento de carácter general, *Ortells Ramos/Juan Sánchez/Bonet Navarro/Bellido Penadés/Cucarella Galiana/Martín Pastor*, Derecho Procesal Civil, Pamplona, Aranzadi Editorial, 2000; *De la Oliva Santos/Díez-Picazo Giménez*, Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2000; *Asencio Mellado*, Derecho Procesal Civil, I, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 2000. En los apartados correspondientes informaré, en nota, de los tratamientos monográficos sobre aspectos determinados de la nueva LEC.

La disposición, en cuanto se refiere a que se podrá pretender la ejecución y la adopción de medidas cautelares, es, en cierto modo, académica, porque no influye en los presupuestos para la prestación de la tutela judicial ejecutiva y de la cautelar, que están regulados en el régimen específico de estas modalidades de tutela en el Libro III de la LEC.

Más importante es la disposición respecto a las modalidades de tutela judicial que pueden ser pretendidas en el proceso de declaración.

La disposición contiene el primer reconocimiento de carácter general de la tutela meramente declarativa en Derecho español. Esta tutela está limitada a la declaración positiva de derechos y de situaciones jurídicas, no comprende la declaración de carácter negativo, ni permite expresamente que la declaración positiva se refiera a la existencia de hechos con relevancia jurídica (por ejemplo: la autenticidad de documentos). En el texto definitivo de la LEC ha desaparecido la referencia al presupuesto general de la tutela declarativa consistente en que el actor posea “causa o interés legítimo”. Tal vez la supresión se haya debido a razones de prevención frente a una utilización inadecuada de esta cláusula general. Será, en definitiva, la jurisprudencia la que tendrá que concretar la exigencia de este presupuesto, ineludible para que el proceso civil no se convierta en un medio para consultas jurídicas cualificadas.

Sobre la tutela mediante condena a prestación futura no hay otra precisión en esta disposición inicial. El art. 220 LEC la permite respecto a los intereses y otras prestaciones periódicas. Un reconocimiento general en supuestos de prestaciones singulares es dudoso, sobre todo porque el expreso y limitado reconocimiento acabado de citar dificulta una conclusión afirmativa fundada en el presupuesto general de la “causa o interés legítimo”, cuya mención ha sido suprimida de la LEC.

El reconocimiento general de la tutela constitutiva tampoco me parece innovador del ordenamiento, en cuanto que los supuestos en que procede la creación, modificación y extinción de relaciones y estados jurídicos mediante sentencia, están fijados específicamente por la ley. Por otra parte, aunque la LEC no formule expresamente la cláusula general de la causa o interés legítimos, se deberá seguir considerando que la tutela constitutiva no es admisible si el efecto perseguido puede ser obtenido sin necesidad de sentencia judicial.

### 3.- LOS REQUISITOS DEL TRIBUNAL Y DE LAS PARTES

#### **A) Jurisdicción y competencia**

Entre las novedades relativas a los requisitos del tribunal dos son principalmente destacables.

En primer lugar, la regulación expresa del tratamiento procesal de la competencia internacional de los tribunales españoles.

Se establece que será examinada de oficio por el tribunal ante el que se presente la demanda en los supuestos de exención de la jurisdicción española, de competencia exclusiva de otro Estado en virtud de tratado internacional y, en caso de no personación del demandado, si la competencia internacional, por carecer el asunto de la conexión prevista por la ley con la soberanía española, sólo puede ser atribuida por sumisión tácita del demandado.

La segunda novedad destacable se refiere al régimen de la competencia territorial.

Por una parte, se mantiene su carácter por regla general dispositivo -de modo que esta competencia quedará atribuida por acuerdo de las partes o como consecuencia de personarse ante un determinado tribunal-, pero se establece una serie de supuestos en los que, excepcionalmente, la competencia sólo será atribuida por lo dispuesto en las normas.

Por otra parte, las normas legales generales atributivas de la competencia territorial -que actualmente atienden a ciertas calidades del objeto procesal, principalmente a su relación con derechos reales o de obligación- son sustituidas por otras que atienden al lugar de domicilio o de la residencia del demandado, o, si es relevante en el asunto, al lugar donde ejerce su actividad profesional o empresarial.

#### **B) Capacidades de las partes. Legitimación, pluralidad de partes e intervención**

Junto al régimen ordinario de la capacidad para ser parte y procesal, la nueva LEC <sup>4</sup>atribuye estas cualidades a entidades sin personalidad jurídica. Por un lado, establece una norma de remisión a los supuestos legales en los que esas capacidades están específicamente reconocidas. Por otro, la propia LEC reconoce estas capacidades, en determinadas condiciones, a los grupos de consumidores afectados por un hecho dañoso, y formula una norma general que reconoce capacidad para ser demandadas a las uniones sin personalidad, sin que ello excluya la responsabilidad personal de sus gestores.

La legitimación la reconoce ordinariamente la LEC a los que actúen en el proceso como titulares de la “relación jurídica u objeto litigioso”. La LEC no establece con carácter general otros supuestos de legitimación activa, sino que remite en cuanto a los mismos a lo que establezcan las leyes en supuestos específicos -tanto de

---

<sup>4</sup> Sobre el régimen de las partes en la nueva LEC, pueden ya verse *Samanes Ara*, Las partes en el proceso civil, Madrid, La Ley, 2000; *Herrero Perezagua*, La representación y defensa de las partes y las costas en el proceso civil, Madrid, La Ley, 2000.

legitimación individual como de legitimación colectiva-. Con esta técnica se pretende, a mi juicio, que las limitaciones a la disposición sobre las relaciones jurídicas privadas -que se manifiestan en la concesión a personas distintas a sus titulares del poder de deducir en juicio pretensiones respecto a dichas relaciones- se establezcan en el contexto del régimen jurídico-material correspondiente, contexto que es el idóneo para que el legislador valore si es adecuado introducirlas.

Esta técnica legislativa tiene su excepción en materia de protección a los consumidores. Las asociaciones y otras entidades de defensa de los consumidores son legitimadas por la misma LEC tanto para las acciones en defensa de intereses generales y colectivos, como para pedir, por sustitución procesal, tutela de derechos e intereses individuales.

También en cuanto a la legitimación para intervenir en el proceso es la propia LEC la que establece una cláusula general: “mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito”. Los poderes procesales del interviniente son amplios y efectivos: puede continuar el proceso a pesar de los actos dispositivos de las partes y puede interponer recursos con independencia de las mismas.

El carácter preceptivo de la defensa mediante abogado y de la representación procesal mediante procurador es la regla general. Las excepciones son escasas y, entre ellas, las más amplias son las relativas a asuntos de cuantía inferior a ciento cincuenta mil pesetas y el escrito inicial del proceso monitorio. La LEC persigue aprovechar la intervención de un profesional encargado de la representación procesal para agilizar la tramitación del proceso. Con esta finalidad le encomienda funciones nuevas, como el deber de entregar a la parte contraria las copias de los actos escritos que han de ser presentados al tribunal -con excepción del acto de demanda y de cualquier otro que pueda dar lugar a la primera comparecencia en el juicio-, lo que permite que los plazos correspondientes comiencen a transcurrir sin un acto de comunicación realizado por el propio tribunal.

#### 4.- PODERES DEL TRIBUNAL Y PODERES DE LAS PARTES RESPECTO AL OBJETO DEL PROCESO, RESPECTO A LOS DATOS RELEVANTES PARA SENTENCIAR Y LA PRUEBA DE LOS MISMOS Y RESPECTO A LA DIRECCIÓN FORMAL DEL PROCESO

La configuración general de un proceso puede ser expuesta en términos muy ilustrativo atendiendo al modo en que se atribuyen a las partes y al tribunal los poderes sobre el objeto del proceso<sup>5</sup>, sobre la aportación de los datos de hecho y de derecho y la prueba de los primeros y respecto a la dirección formal del proceso.

Obviamente no era razonable pensar que la LEC aportara ninguna novedad en cuanto a los poderes sobre el objeto del proceso y a su atribución de acuerdo con el principio dispositivo. Pero en los temas de introducción de los hechos, de la prueba de los mismos y de la dirección formal del proceso, el legislador procesal tiene un campo

---

<sup>5</sup> La regulación del objeto del proceso en la nueva LEC ha sido tratada por *Tapia Fernández*, El objeto del proceso. Alegaciones. Sentencia. Cosa juzgada, Madrid, La Ley, 2000; y los temas de acumulación de objetos procesales por *Gascón Inchausti*, La acumulación de acciones y de procesos en el proceso civil, Madrid, La Ley, 2000.

de opciones en el que puede moverse sin llegar a alterar la naturaleza jurídico-privada del objeto del proceso civil.

### **A) Poderes de disposición de las partes respecto al objeto del proceso**

Ya apunté más arriba la relación que tiene con esta materia la norma general que la LEC establece sobre la legitimación activa. También es indicativo del poder de disposición de las partes el deber de congruencia como límite de la potestad del tribunal a resolver solamente sobre las pretensiones interpuestas por las partes.

Las novedades en este campo no son de principios -aunque no puede menospreciarse la fuerza significativa de una disposición expresa reconociendo con carácter general el poder de disposición salvo las específicas limitaciones legales-, sino técnicas. En este sentido la LEC acaba con las actuales lagunas en la regulación del allanamiento, la renuncia, el desistimiento, la suspensión del proceso por acuerdo de las partes, la transacción judicial y la terminación del proceso por satisfacción extraprocésal.

### **B) Poderes de las partes sobre la alegación y prueba de los hechos, y sobre la aportación de fundamentos jurídicos**

La LEC opta por un seguimiento riguroso del principio de aportación de parte, sólo matizado por unos poderes oficiales del tribunal de poca intensidad.

Dispone expresamente que para dictar sentencia sólo se atenderá a los hechos alegados por las partes y establece que tales hechos quedarán fijados, sin prueba, en caso de admisión.

También sienta la regla de que la sentencia sólo atenderá a la prueba de las partes, a las cuales atribuye, salvo excepción legal, la iniciativa probatoria.

En este aspecto la LEC hubiera podido ceder a la inercia histórica y mantener la institución tradicional de las *diligencias para mejor proveer*, que era una puerta abierta a los poderes oficiales del juez en la actividad probatoria, necesitada de una moderación mediante la interpretación sistemática. Por el contrario, las que la LEC llama *diligencias finales* tienen un sentido completamente distinto a las actuales *diligencias para mejor proveer*. Las diligencias finales son, por un lado, la última excepción a la preclusión de la prueba de hechos en primera instancia, y, por otro, un medio para evitar que la cuestión de hecho acabe por ser resuelta mediante aplicación de las reglas de carga de la prueba, pero sólo cuando la parte hubiera propuesto la prueba correspondiente y hubiera sido diligente para su práctica.

La intervención del tribunal en la producción de la prueba -aparte, como es obvio, de los poderes de control de admisión- tiene dos manifestaciones: 1ª) después de la proposición de la prueba por las partes, el tribunal puede advertir a las mismas (o a alguna de ellas) que la prueba que han propuesto es insuficiente para asumir la carga probatoria que previsiblemente les corresponde, dándoles así oportunidad concreta para que complementen la proposición inicial; 2ª) el tribunal puede formular preguntas complementarias en la práctica de las pruebas de declaración de las partes, testifical y pericial, para determinar los hechos acerca de los cuales las partes han inquirido previamente.

Tan decidida es la inclinación a limitar los poderes oficiales del juez en lo que pueda tener relación con el objeto del proceso y con el sentido de la resolución sobre el

mismo que, al contemplar supuestos en los que es necesario clarificar las zonas grises del principio *iura novit curia* -por ejemplo, casos en los que el tribunal ha de atender a normas y fundamentos jurídicos distintos a los aducidos por las partes, por estimar que estos son incorrectos dados los hechos alegados y las peticiones formuladas-, la LEC establece norma expresa orientada a dar preponderancia a la intención de las partes respecto al planteamiento jurídico.

### **C) Poderes sobre la dirección formal del proceso**

En materia de control de los presupuestos de admisión de la sentencia sobre el fondo y de los requisitos de admisión de los actos procesales singulares la LEC clarifica su tratamiento, determinando cuáles han de ser examinados de oficio por el tribunal y cuáles sólo pueden ser apreciados previa la alegación de las partes interesadas. Se acaba con el absurdo estado actual en el que, según el tipo de proceso declarativo, el modo de tratamiento de un mismo presupuesto o requisito puede ser diferente.

Si se constata la inobservancia de un presupuesto procesal o de un requisito de un acto singular la LEC establece, reiterada y expresamente, que, en primer término, ha de concederse una oportunidad de subsanación si la ley la permite en el caso de que se trata, y sólo en defecto de subsanación se dará lugar a los efectos de inadmisión.

El impulso del procedimiento se realiza de oficio por el tribunal. Éste, asistido por el secretario, cierra y abre los plazos para la sucesiva realización de los actos procesales de parte. No obstante, se reconoce a las partes el derecho a la suspensión del curso del procedimiento si la solicitan de acuerdo entre todas ellas.

## **4.- EL PROCESO DE DECLARACIÓN**

Aunque las observaciones de los dos apartados anteriores son también ilustrativas de cómo configura la LEC el proceso de declaración, en este apartado me referiré a algunos aspectos específicos de la ordenación de este proceso.

### **A) La forma de la actividad procesal: oralidad y escritura**

Para la elección de la forma de la actividad procesal o, mejor, de la medida en la que ha de utilizarse cada una de las formas posibles (oralidad, escritura), se han de tener presentes criterios muy diferenciados: evitación de dilaciones indebidas en el proceso, seguridad en la proposición de pretensiones, alegaciones y otras peticiones, garantía a la parte contraria de una razonable posibilidad de reacción, modo más adecuado para que el juez adquiriera conocimiento del material de hecho.

La LEC combina escritura y oralidad. La primera rige los actos de alegación y petición iniciales del proceso, aunque con excepciones en la modalidad procedimental de “juicio verbal”. La oralidad, en cambio, es la forma para que las partes realicen las modificaciones legalmente permitidas de aquellos actos iniciales, para la proposición de la prueba y, sobre todo, para la práctica de la misma, así como para las alegaciones conclusivas -mediante las cuales las partes analizan el material ya introducido en el proceso-.

La demanda y la contestación son escritas, también la reconvencción y su contestación por el actor. Como excepción, en el “juicio verbal” sólo la demanda es

escrita y el demandado tiene la carga de comunicar por escrito antes de la vista su propósito de reconvenir y el objeto de la reconvencción.

Las modificaciones legalmente permitidas de la demanda y la contestación se realizan oralmente, incluso en la modalidad procedimental de “juicio ordinario”. Se formulan en la audiencia previa al juicio o en el acto del juicio, salvo que las circunstancias que justifican la modificación de la demanda o de la contestación hubieran ocurrido después de iniciada la práctica de la prueba en el acto del juicio, en cuyo caso la modificación se realizará por escrito con la proposición de prueba correspondiente.

La LEC persigue establecer la oralidad (y las reglas relacionadas de concentración e inmediación) en la práctica de la prueba, principalmente en cuanto a los medios de prueba de declaración de las partes, testifical y pericial -exposición del dictamen y examen contradictorio por las partes-.

Por regla general los medios de prueba deben ser practicados en unidad de acto (art. 290 LEC). Eso significa: dentro de una actuación procesal compleja en la que están simultáneamente presentes el tribunal y las partes, y que se desarrolla, por regla general, sin interrupción temporal hasta la terminación de las actividades de práctica. En el juicio ordinario esa actuación es el juicio (art. 431 LEC). En el juicio verbal es la vista (art. 443.4 LEC).

Ciertamente los juicios y vistas pueden interrumpirse por las causas legales, pero si al reanudarse han transcurrido más de veinte días desde la interrupción se señalará nuevo juicio, en el que se reiterará la práctica de la prueba (art. 193 LEC).

Sólo los jueces y magistrados que, integrando el órgano jurisdiccional, han presenciado y dirigido la práctica de los medios de prueba en los actos del juicio o de la vista, pueden dictar sentencia en el proceso correspondiente. La LEC garantiza la inmediación con disposiciones preventivas, como la que dispone la celebración de nuevo juicio o vista si estos se hubieran interrumpido y, en el momento de la reanudación, el juez hubiera sido sustituido (art. 193.3 LEC), y con disposiciones “represivas”, como la que sanciona con la nulidad de pleno derecho de las actuaciones practicadas infringiendo el deber de inmediación (art. 137.3 LEC).

La forma oral en los medios de prueba personales (declaración de las partes, testifical) y en la prueba pericial -exposición del informe por los peritos y examen contradictorio por las partes- ha sido reforzada porque el texto definitivo de la LEC -a diferencia de las previsiones del proyecto de ley- no autoriza escritos preparatorios para los interrogatorios. Los interrogatorios se producen verbalmente en los actos del juicio o de la vista.

### **B) La preclusión de las alegaciones y las excepciones a la misma**

La técnica de la preclusión es utilizada por la LEC con una doble finalidad. Por una parte -siguiendo la tradición del proceso civil español- como técnica para el avance del procedimiento en el proceso de declaración, dirigida a evitar dilaciones

indebidas. Por otra parte, la preclusión se utiliza, de manera parcialmente novedosa, como técnica para la reducción de la litigiosidad.

***a) La preclusión como técnica para imprimir ritmo al procedimiento***

La preclusión como técnica para hacer avanzar el procedimiento es tradicional en el Derecho español y la nueva LEC la mantiene.

En principio, la carga de formular la pretensión y las alegaciones necesarias para fundar su estimación se tiene en la demanda; la carga de formular las defensas procesales y materiales del demandado se tiene en la contestación.

También en la demanda y en la contestación se tiene la carga de aportar la prueba documental o designar lugar donde se encuentra, si no puede ser obtenida, y de aportar los dictámenes periciales escritos si en ellos se apoyan las pretensiones. Esta preclusión tiene excepciones consistentes en la imposibilidad de aportación -porque no existían o porque no pudieron ser obtenidos-, en el desconocimiento de su existencia y en que la relevancia del documento o del dictamen pericial sólo se ha puesto de manifiesto tras las alegaciones de la parte contraria.

La primera excepción a la regla general sobre preclusión de alegaciones se establece en la audiencia previa al juicio -acto de la modalidad procedimental de “juicio ordinario”-. En ella, junto a alegaciones que sólo pueden tener carácter complementario y aclaratorio de las que se presentaron inicialmente, las partes pueden alegar los hechos relevantes ocurridos con posterioridad a demanda y contestación o que las partes demuestren haber conocido con posterioridad a esos actos.

Segunda excepción es la que se establece para los hechos ocurridos después de la audiencia previa al juicio, o que las partes demuestren no haber conocido hasta después de esa audiencia. La alegación correspondiente se formula antes de comenzar la práctica de la prueba en el acto del juicio, o, si no es posible por ser posterior el momento en que los hechos han ocurrido o sido descubiertos, por escrito que se traslada a la parte contraria para que conteste. Si los hechos alegados no son admitidos, la prueba complementaria correspondiente se practica, si aún es posible, en el acto del juicio; si no es posible, se practica después de ese acto, con suspensión del plazo para dictar sentencia.

El inicio del plazo para dictar la sentencia excluye toda excepción a la preclusión en la primera instancia.

Si se interpone apelación hay una nueva excepción. En el momento de fundamentar ante el tribunal superior la apelación interpuesta, se pueden alegar hechos relevantes producidos con posterioridad al inicio del plazo para dictar sentencia en primera instancia o que se justifique que fueron conocidos con posterioridad a ese momento. La misma regla es aplicable para la fundamentación por la parte apelada de su oposición a la apelación. Es uno de los supuestos que da lugar a práctica de prueba en la segunda instancia.

***b) La preclusión como técnica para fomentar el tratamiento exhaustivo de la situación litigiosa en un solo proceso***

Hay supuestos en los que una pretensión procesal puede fundamentarse autónomamente en hechos, fundamentos o títulos diferenciados entre si y simultáneamente existentes (por ejemplo: diferentes causas de impugnación de un

negocio jurídico). En Derecho español no había norma que estableciera la carga de hacer valer todos los fundamentos disponibles en una sola demanda, de modo que el actor, si la pretensión no era estimada, podía interponer pretensiones en procesos posteriores fundándolas en los hechos, fundamentos o títulos que eran aducibles, pero no fueron aducidos en el primer proceso.

El tratamiento no era equivalente para el demandado y su contestación. En tal caso sí que se entendía que había preclusión de los hechos y fundamentos jurídicos en que el demandado podía basar sus defensas frente a la pretensión, salvo en el caso de aquellos hechos y fundamentos que tuvieran entidad suficiente para ser planteados como objeto procesal diferenciado, pero el demandado hubiera decidido utilizarlos sólo a efectos defensivos (por ejemplo, las causas de impugnación de la validez y eficacia del negocio jurídico en el que el actor fundaba su pretensión).

Ahora la LEC establece que el actor tiene la carga de alegar en la demanda todos los hechos, fundamentos y títulos jurídicos que conozca y pueda alegar en el momento de demandar, sin que pueda reservar algunos de ellos para servir de fundamento a pretensiones ejercitadas en un proceso posterior (art. 400.1 LEC). Esta norma concuerda con la que expresa que aunque tales hechos, fundamentos o títulos no hayan sido efectivamente alegados y juzgados, en el proceso posterior se producirá la cosa juzgada (art. 400.3 LEC).

Respecto de la posición del demandado, la regulación que acabo de resumir sólo se aplica si presenta reconvencción, pero no implica ni imponer al demandado la carga de reconvenir, ni de proponer las llamadas excepciones reconconvencionales (compensación, nulidad del negocio en que se funda la pretensión del actor). Por lo demás el demandado sigue teniendo la carga -sancionada con preclusión- de hacer valer todas las defensas de las que disponga frente a la pretensión del actor.

### **C) La prueba**

Además de lo que se apuntó antes sobre la forma de la práctica de la prueba, la LEC aporta otras novedades de interés en el régimen de la prueba.

#### ***a) Regulación de los medios de prueba***

En el Derecho anterior la técnica de *numerus clausus* legal de los medios de prueba había planteado problemas para admitir nuevos instrumentos de convicción originados por las transformaciones de la técnica.

La LEC regula los medios de prueba clásicos -declaración de las partes, documentos<sup>6</sup>, declaración de testigos, informes de peritos<sup>7</sup>, examen personal del juez-, regula también las actividades procesales necesarias para introducir en el proceso los nuevos instrumentos de convicción originados por los avances tecnológicos -medios de conservación y reproducción de la palabra, el sonido y la imagen-. Pero lo más peculiar, en esta materia, es el establecimiento de una cláusula de discrecionalidad judicial para que no existan impedimentos legales para utilizar en el proceso nuevas

---

<sup>6</sup> Ormazábal Sánchez, La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos, Madrid, La Ley, 2000.

<sup>7</sup> Font Serra, El dictamen de peritos y el reconocimiento pericial en el proceso civil, Madrid, La Ley, 2000.

fuentes de prueba que el progreso tecnológico pueda generar en el futuro (art. 299.3 LEC).

**b) Régimen de la valoración de la prueba**

Por regla general la valoración de la prueba es libre, en el sentido de no sometida a reglas jurídicas. La valoración legalmente tasada se limita a los documentos públicos y los documentos privados cuya autenticidad no hubiera sido impugnada por la parte a quien perjudiquen.

Más allá de la vinculación legal o de la libertad frente a esta vinculación - aunque no frente a los criterios que deben regir la correcta formación del razonamiento-, la preocupación legal se desplaza al requisito externo de que se motive la valoración realizada. La LEC impone que la valoración de cada medio de prueba esté motivada; es decir, que el juez dé cuenta y razón de por qué lo ha apreciado de una manera determinada (art. 218.2 LEC).

Por otra parte, si la sentencia utiliza, para llegar a conclusiones sobre los hechos del proceso, una presunción judicial, deberá incluir el razonamiento en virtud del cual el tribunal ha establecido la presunción (art. 388.1 LEC).

Con esto debe terminar la viciosa práctica de la llamada apreciación en conjunto de la prueba, consistente en la exposición de un resultado global de las pruebas practicadas, que permitía ocultar, por un lado, el incumplimiento de las normas de valoración legal vigentes y, por otro, omitir las razones de la formación de la convicción en cuanto a los medios de prueba de apreciación libre. Sin duda que deberá ser establecido en la sentencia el resultado conjunto y articulado de todas las pruebas practicadas, pero sobre la base de un previo análisis singular de cada uno de los medios.

**D) La reducción de los tipos de procedimiento para el proceso de declaración**

Aunque teóricamente el proceso de declaración podría estar sometido por la ley a una tramitación procedimental única, en los ordenamientos concretos es normal que se prevean diversas modalidades procedimentales. En Derecho español la tendencia a la variedad procedimental era excesiva e injustificada. Uno de los objetivos de la nueva LEC ha sido moderar ese exceso.

La LEC establece dos procedimientos ordinarios, a los que denomina “juicio ordinario” y “juicio verbal” (art. 248.2 LEC)<sup>8</sup>. La adecuación de los mismos se regula tanto con normas que atienden a aspectos cualitativos de las pretensiones y que, por su calidad de norma especial, son de aplicación preferente (art. 248.3 LEC), como con normas generales que consideran la cuantía de las pretensiones (si la cuantía no excede de quinientas mil pesetas, es adecuado el “juicio verbal”; si excede de esa cantidad, es adecuado el “juicio ordinario”).

---

<sup>8</sup> *Aragoneses Alonso*, Los procesos declarativos ordinarios (Procesos ordinarios y sus especialidades), Madrid, La Ley, 2000.

La estructura procedimental del “juicio ordinario” consiste en: 1) demanda y contestación escritas; 2) una audiencia previa en la que se intenta la solución autocompositiva del litigio y, si el proceso debe continuar, en la que se examina si concurren los presupuestos que hacen admisible un pronunciamiento sobre el fondo, para que se subsane, si es posible, su falta, y, en otro caso, para poner fin al proceso en ese momento; en fin, si el proceso debe continuar, se fijan definitivamente los hechos controvertidos y se propone la prueba <sup>9</sup>; 3) el acto del juicio, en el que, durante las sesiones que sean necesarias, se han de practicar las pruebas admitidas y se han de formular las conclusiones finales; 4) la sentencia, que se ha de dictar en breve plazo posterior al juicio, plazo que, en casos excepcionales, puede ser suspendido para posibilitar la práctica de algunas pruebas.

En el “juicio verbal” la demanda es escrita, a continuación las partes son citadas al acto del juicio, en el que el demandado ha de contestar oralmente a la demanda, se produce el intento de solución autocompositiva, el examen de los presupuestos procesales y, si el proceso debe continuar, la proposición, admisión y práctica de las pruebas, que las partes y el tribunal han debido preparar para evitar, en lo posible, suspensiones del juicio. En breve plazo posterior al cierre del juicio debe ser dictada la sentencia por escrito.

Los procedimientos especiales consisten en regulaciones de los actos procesales -y de su interrelación- diferenciadas en comparación con los procedimientos ordinarios y, además, cuya adecuación se determina exclusivamente en atención a los aspectos cualitativos de la pretensión. Los trataremos en el apartado 10.

En la LEC puede también observarse la existencia de procedimientos ordinarios con especialidades, que comprende los supuestos de pretensiones que están sujetas a un régimen procesal especial en algunos aspectos del proceso de declaración del que son objeto, pero sin que esta especialidad afecte al procedimiento, dado que éste sigue siendo uno de los procedimientos ordinarios (normalmente el “juicio verbal”). Las especialidades pueden referirse a presupuestos de admisión de la demanda, a límites a la admisión de defensas del demandado y de medios de prueba -con lo que la pretensión recibe un tratamiento sumario-, a la regulación de la carga de la prueba y a otros aspectos procesales. La LEC ha incluido en su estructura sistemática la mayor parte de esas normas procesales especiales, pero algunas todavía se encuentran en los textos normativos reguladores de la materia jurídica a la que son aplicables.

---

<sup>9</sup> Sobre la audiencia previa al juicio existe ya un interesante estudio de *Fairén Guillén*, La audiencia previa. Consideraciones teórico-prácticas, Madrid, Civitas, 2000.

## 5.- LOS RECURSOS: APELACIÓN, RECURSO EXTRAORDINARIO POR INFRACCIÓN PROCESAL Y CASACIÓN

El sistema de recursos es muy innovador respecto al régimen actual y constituye, a mi juicio, un intento de dar respuesta ordenada a las exigencias que actualmente se plantean en esta materia de ordenación del proceso. Persigue, por una parte, que toda resolución judicial pueda ser -directa o indirectamente- revisada por un tribunal de grado superior como mínimo una vez, y, por otra, posibilitar una aplicación uniforme de la ley y una evolución crítica de esa aplicación, sin que por ello se incremente la sobrecarga de trabajo del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

### **A) Abolición de la apelación separada de las resoluciones de dirección procesal sin efectos de finalización del proceso. Recurso de reposición**

Contra las diversas resoluciones de dirección del proceso que se dictan a lo largo de su tramitación y que no tengan el efecto de poner fin al mismo por resolver una cuestión procesal que impida la continuación, la LEC sólo establece el llamado recurso de reposición, que ha de ser interpuesto ante el mismo órgano jurisdiccional que ha dictado la resolución y ha de ser resuelto por el mismo. Contra su resolución no cabe otro recurso de modo inmediato, pero la parte puede proponer de nuevo la cuestión en el recurso que sea admisible contra la sentencia definitiva del proceso o resolución equiparada, si lo permite el régimen de ese recurso (art. 454 LEC).

Desaparecen así los últimos vestigios de apelación independiente de resoluciones de dirección procesal sin efectos de finalización, que, cuando además tenía eficacia suspensiva del proceso, era causa de dilaciones importantes, y, en todo caso, introducía complejidad innecesaria en la tramitación.

### **B) El recurso de apelación**

El recurso de apelación puede ser interpuesto contra toda sentencia dictada en primera instancia, cualquiera sea el valor del objeto del proceso o la materia jurídica a la que se refiera.

También son recurribles en apelación las resoluciones de dirección procesal que tienen el efecto de producir la finalización del proceso en la instancia. Pero es dudoso si tienen ese carácter -y, por lo tanto, si son apelables en virtud de la norma general- las que, sin provocar que la instancia termine, impiden definitivamente que una persona intervenga en el proceso de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 13 y 14 LEC sobre intervención.

La competencia para conocer y resolver la apelación corresponde -salvo supuestos menos importantes- a la Audiencia Provincial, que es un órgano colegiado.

Frente a la actual diversidad de procedimientos para la apelación, la LEC establece un procedimiento único.

La primera parte del procedimiento se desarrolla por escrito y ante el mismo tribunal que hubiera dictado la resolución apelada.

En el acto de preparación de la apelación no existe la carga de fundamentarla, pero sí la de especificar las decisiones de la sentencia apelada que se impugnan.

Admitida la apelación a trámite -el tribunal superior puede controlar las inadmisiones indebidas- el apelante dispone de un plazo para fundamentar su recurso y

para proponer prueba; a continuación la parte apelada puede presentar una oposición fundamentada y proponer prueba. La fundamentación es una novedad respecto al régimen tradicional de la apelación en Derecho español, pero ha sido ensayada en regulaciones hoy vigentes y la LEC ha decidido generalizarla.

El recurso de apelación es un recurso muy amplio, pero no permite interponer nuevas pretensiones procesales. A través del mismo se puede instar la nulidad de los actos procesales de la primera instancia, si se han dado las infracciones que la ley establece como determinantes de nulidad y si en la primera instancia la parte ha alegado la concurrencia de esas infracciones, salvo que no hubiera tenido oportunidad. También se puede pedir el reexamen de todas las cuestiones de hecho y de derecho resueltas por la sentencia, sin ninguna limitación legal.

Ese reexamen puede hacerse en consideración del material procesal aportado en la primera instancia o, además de ello, en atención a nuevas pruebas que pueden practicarse en apelación en algunos supuestos. Son admisibles en apelación las pruebas que las partes propusieron en primera instancia y no pudieron ser practicadas por causas independientes de su voluntad, las pruebas respecto a hechos ocurridos después del inicio del plazo para dictar sentencia en primera instancia o que se justifique no haber conocido hasta entonces, y las pruebas que proponga la parte rebelde que, por causa independiente de su voluntad, no hubiera podido comparecer en tiempo para proponer prueba.

La admisión de la nueva prueba propuesta corresponde al tribunal *ad quem*, ante el cual será practicada en la audiencia que precede a la emisión de la sentencia. Si no hay nueva prueba, la realización de esta audiencia es discrecional para el tribunal.

### **C) El recurso extraordinario por infracción procesal**

Este recurso -para el que es competente el Tribunal Superior de Justicia, que es un tribunal superior en grado a la Audiencia Provincial que haya resuelto el recurso de apelación<sup>10</sup>- es una estricta impugnación por causas de nulidad procesal.

Sólo puede fundarse en las infracciones procesales delimitadas por la ley con diferente grado de especificación: unas están tipificadas (por ejemplo: infracción de normas sobre jurisdicción, competencia objetiva y funcional, infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia), otras se definen mediante conceptos jurídicos indeterminados (por ejemplo: infracción de normas que rigen los actos y garantías

---

<sup>10</sup> La atribución de competencia para este recurso a las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia requería una reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, para lo que era necesaria una mayoría parlamentaria cualificada, que no se pudo conseguir al ser votado el proyecto de ley a finales de 1999. La entrada en vigor del sistema de recursos contra las resoluciones de segunda instancia que he descrito en el texto, está subordinada a que se realice la expresada reforma. Hasta ese momento, la disposición adicional 16ª de la Ley 1/2000 establece un régimen transitorio, según el cual el recurso por infracción procesal corresponde al Tribunal Supremo, pero sólo puede ser interpuesto contra las mismas sentencias recurribles en casación -la impugnabilidad objetiva es, en consecuencia, mucho más limitada que en el régimen definitivo del recurso- y el recurso no es alternativo respecto del recurso de casación -pueden ser interpuestos los dos y, en tal caso, el recurso extraordinario por infracción procesal es tramitado y resuelto con prioridad al de casación-. En estas circunstancias tampoco resulta necesario aplicar las normas del recurso en interés de la ley, del que luego trataré en el texto. Para más detalles sobre los regímenes definitivo y provisional de estos dos recursos, *Ortells Ramos et al.*, Derecho Procesal Civil, cit., pág. 545-581.

procesales, si ha podido producir indefensión), por fin se incluye como causa del recurso la infracción de cualquiera de los derechos fundamentales de contenido procesal que reconoce el art. 24 de la Constitución Española. La estimación de este recurso tiene como consecuencia, en todo caso, la restitución de las actuaciones al estado anterior a aquél en que se hubiera cometido la infracción procesal apreciada.

Pero la peculiaridad destacable de la regulación de la LEC consiste en que este recurso tiene, para cada una de las partes, carácter optativo frente al recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial, cada parte puede interponer, alternativamente, recurso extraordinario por infracción procesal ante el Tribunal Superior de Justicia competente o recurso de casación ante el Tribunal Supremo. Si una misma parte interpone los dos recursos, el recurso de casación ha de tenerse por no admitido. Si el recurso por infracción procesal es desestimado, el recurso de casación no es a continuación admisible.

Este carácter alternativo de los recursos contra la sentencia dictada en apelación, junto con la limitación del recurso de casación a las infracciones de Derecho material, es una de las técnicas con las que la LEC pretende compaginar la consecución de los fines del sistema de recursos con el objetivo de limitar -e incluso disminuir- la actual carga de trabajo del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional.

La justificación racional del carácter alternativo radica en dejar a la responsabilidad de la parte gravada por la sentencia de apelación la apreciación de si las infracciones procesales son tan seguras que muy probablemente el recurso será estimado y en la nueva sentencia sobre el fondo podrán corregirse las infracciones de Derecho material que eventualmente puedan también existir, o bien la valoración contraria de las escasas probabilidades de que sea estimada la nulidad procesal, en cuyo caso le conviene acudir a un recurso en el que sólo podrá ser revisado el error de Derecho material.

Con el recurso por infracción procesal pueden ser sometidas a un tribunal competente tanto las nulidades ya examinadas por el tribunal de la segunda instancia y rechazadas por el mismo, como las nulidades en las que este tribunal hubiera podido incurrir en la tramitación de la segunda instancia. En defecto de esta posibilidad, la LEC no hubiera podido sustraer de la casación ante el Tribunal Supremo las infracciones de ley procesal, sin provocar, como consecuencia, un aumento de la ya elevada cifra de recursos de amparo ante el Tribunal Constitucional fundados en la infracción de los derechos fundamentales de contenido procesal reconocidos en el art. 24 de la Constitución Española.

La técnica elegida tiene indirectamente efectos beneficiosos sobre la carga de trabajo del Tribunal Supremo o del Tribunal Constitucional.

Si la parte opta por el recurso por infracción procesal se reduce la carga del Tribunal Supremo. Si el recurso es desestimado la parte ya no puede llevar el asunto a casación. Si el recurso es estimado, los errores de Derecho material pueden ser evitados en la nueva sentencia, lo que tal vez excluya la necesidad de recurrir en casación.

Si la parte opta por no utilizar el recurso por infracción procesal y por acudir a la casación, se reduce la carga de trabajo del Tribunal Constitucional, porque no será admisible -a causa de no haberse agotado los recursos previos ante los tribunales

ordinarios- el amparo por infracción de los derechos del art. 24 de la Constitución que se afirme producida en la primera y en la segunda instancia.

Esta ordenación abre la puerta a doctrinas jurisprudenciales contradictorias de los diecisiete Tribunales Superiores de Justicia sobre las cuestiones procesales más importantes. Esta es una consecuencia indirecta negativa en un ordenamiento como el español en el que -a pesar de la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en muchas materias- la legislación procesal es, salvo muy limitadas excepciones, de competencia del Estado.

Para paliar estos inconvenientes la LEC establece un recurso en interés de la ley. Este recurso sólo puede ser interpuesto por el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo y personas jurídicas de Derecho Público cuyas funciones estén relacionadas con las cuestiones procesales sobre las que existan divergencias jurisprudenciales (por ejemplo: los Colegios de Abogados). Este recurso sólo puede producir el efecto de que el Tribunal Supremo establezca la doctrina jurisprudencial más correcta, sin afectar a las sentencias que hubieran dado oportunidad para interponer la impugnación. Por otra parte, a pesar de que el art. 493 LEC dispone que la resolución que fije jurisprudencia sobre la cuestión procesal vinculará en el futuro a los tribunales distintos al Tribunal Supremo, no existe ningún medio jurídico para que las sentencias que no respeten esa vinculación sean anuladas. La efectividad de la unificación jurisprudencial en materias procesales dependerá, en definitiva, de que la doctrina del Tribunal Supremo sea, de hecho, aceptada por los tribunales inferiores.

Por otra parte, la LEC cuenta con la eficacia unificadora de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, al conocer de los recursos de amparo que se interpongan después de la desestimación del recurso por infracción procesal. Tanto es así que el recurso en interés de la ley acabado de citar no es admisible si se hubiera interpuesto, en el mismo asunto, recurso de amparo.

#### **D) El recurso de casación**

Este recurso se puede interponer contra las sentencias de segunda instancia que no hayan sido recurridas por infracción procesal, sin otras limitaciones que las que indicaré después. La competencia para resolver corresponde, por regla general, al Tribunal Supremo; excepcionalmente a los Tribunales Superiores de Justicia si la ley infringida ha sido dictada por la Comunidad Autónoma. Este recurso sólo puede fundarse en la infracción de las normas de Derecho material aplicables para la resolución del asunto y no permite ninguna revisión del juicio sobre los hechos realizado para dicha resolución. Ya he advertido antes que tampoco permite plantear las infracciones de normas procesales en la sentencia y en el proceso que la precedió. Los dos últimos aspectos suponen importantes novedades en la casación española.

Pero la innovación más importante es la que afecta a la determinación de las sentencias contra las que se puede recurrir en casación. Dejan de tener carácter exclusivo los criterios de valor económico del asunto y de la materia del mismo, que son los determinantes en el régimen vigente, y se opta, con carácter prioritario, por el criterio de que el juicio de Derecho contenido en la sentencia esté en contradicción con el que ha sido realizado, en asuntos sustancialmente iguales, por las Audiencias Provinciales, por los Tribunales Superiores de Justicia o por el propio Tribunal Supremo. Adicionalmente se establece que pueden ser recurridas en casación las

sentencias que se hayan dictado sobre asuntos de tutela judicial civil de derechos fundamentales distintos a los de contenido procesal del art. 24 de la Constitución española y las que infrinjan normas materiales de leyes con vigencia inferior a cinco años, sobre las que no existieran precedentes jurisprudenciales.

Esta configuración de la casación se debe a diversas razones.

En primer lugar, a la necesidad de que el Tribunal Supremo forme jurisprudencia sobre toda clase de asuntos de Derecho Privado, y no sólo sobre asuntos de determinada cuantía y de determinada materia. Al faltar esta posibilidad actualmente se estaba produciendo, en diversas materias, una dispersión de criterios en la aplicación de la misma norma, que ponía en peligro el principio de igualdad ante la ley -entendido como igualdad en la aplicación de la ley- y la seguridad jurídica en el tráfico jurídico privado.

En segundo lugar, se ha pretendido conseguir el anterior objetivo sin producir simultáneamente un aumento de la carga de trabajo del Tribunal Supremo. Con este fin, además de excluir de la casación las infracciones procesales, era necesario introducir alguna norma de selección de las sentencias que podían tener acceso a la casación. En vez de utilizar la técnica de conferir al Tribunal Supremo una potestad discrecional de seleccionar los asuntos con relevancia casacional, la LEC ha optado por el método más objetivo de que la justificación de la posibilidad de obtener un pronunciamiento en casación consista en la existencia de divergencias jurisprudenciales sobre asuntos iguales. Esta técnica implica una mayor exigencia para la actuación procesal del abogado de la parte que quiera recurrir -estudio en breve tiempo del estado de la jurisprudencia sobre asuntos iguales- y una carga mayor para el Tribunal Supremo en el trámite de admisión -porque será mayor el número de los recursos inicialmente presentados-. Por otra parte, si por la novedad de la ley (vigencia inferior a cinco años), no hubiera existido posibilidad de aplicaciones judiciales divergentes, se posibilita el recurso con la simple finalidad de que el Tribunal Supremo pueda determinar si la aplicación realizada por la Audiencia Provincial es correcta.

En tercer lugar también se ha tenido presente la consideración de no reducir los controles de los tribunales ordinarios previos a un posible acceso en amparo ante el Tribunal Constitucional por violación de derechos fundamentales no procesales. Por esa razón las sentencias de las Audiencias Provinciales en apelación de los procesos en que se ha pretendido la tutela judicial civil de dichos derechos son siempre recurribles en casación.

## 6.- LA EJECUCIÓN FORZOSA EN GENERAL

En el régimen de la ejecución forzosa son notables las mejoras técnicas y las disposiciones incluidas con el fin de perfeccionar la efectividad de la tutela judicial en una materia en la que esa característica de la tutela está muy especialmente en juego. Me referiré, en primer lugar, a las instituciones generales de la ejecución<sup>11</sup>.

### **A) Los títulos ejecutivos**

Se incrementa la seguridad jurídica con el establecimiento de una relación sistematizada de los títulos ejecutivos (art. 517 LEC), que se cierra con una ineludible remisión a otros documentos y resoluciones judiciales “que, por disposición legal, lleven aparejada ejecución”. Esto acaba con la actual dispersión de disposiciones que reconocen títulos ejecutivos, pero, principalmente, con la dudosa naturaleza de determinados documentos extrajudiciales, que ha posibilitado un permanente debate sobre si tienen o no eficacia ejecutiva y, como consecuencia, divergencias con ocasión de la aplicación de las normas en las actuaciones procesales correspondientes. Claramente se establece en la LEC qué documentos extrajudiciales y con qué requisitos tienen la consideración de títulos ejecutivos.

### **B) La ejecución provisional**

La ejecución provisional de sentencias - tanto de las dictadas en primera como en segunda instancia- es autorizada como regla general con muy limitadas excepciones (sentencias sobre cuestiones de estado civil, salvo los pronunciamientos de contenido patrimonial, sentencias de condena a emitir un declaración de voluntad, sentencias sobre nulidad y caducidad de derechos de propiedad industrial) y el régimen procesal para proceder a esa ejecución está proyectado para facilitarla<sup>12</sup>.

Sobre la solicitud de ejecución provisional se resuelve sin previa audiencia del condenado por la sentencia y previa comprobación de oficio por el juez únicamente de los requisitos de que la sentencia contiene pronunciamientos de condena y de que no es de las excluidas de ejecución provisional.

Contra la resolución que ordena la ejecución el ejecutado puede oponerse por causas legalmente tasadas.

Específicamente: 1º) puede oponerse por las causas que hubieran debido ser consideradas de oficio para denegarla. Si se estima esta oposición deben ser anulados todos los actos realizados para la ejecución.

2º) Si la sentencia de condena ejecutada no lo es al pago de una cantidad de dinero, sino a hacer, no hacer o dar cosa específica, el ejecutado puede oponerse con fundamento en que, si la sentencia es revocada, será imposible o difícil la restitución de las cosas a su estado anterior o una compensación económica equivalente. Esta oposición puede ser desestimada si el ejecutante constituye garantía adecuada para asegurar la restitución o la compensación por equivalente. En el caso de que se estime la oposición del ejecutado, la actividad ejecutiva se suspende, pero no se anulan las actividades ejecutivas ya realizadas, que sólo tuvieron efectos de aseguramiento.

3º) Si la sentencia de condena ejecutada lo es al pago de una cantidad de dinero, el ejecutado no puede oponerse a la ejecución en su conjunto, sino solamente a

---

<sup>11</sup> *Senés Motilla*, Disposiciones generales sobre la ejecución forzosa, Madrid, La Ley, 2000.

<sup>12</sup> *Armenta Deu*, La ejecución provisional, Madrid, La Ley, 2000.

concretas actividades ejecutivas, con el fundamento de que esas actividades le causan un perjuicio irreparable en especie y no fácilmente resarcible. Para que esta oposición sea estimada es necesario que el ejecutado proponga una actividad ejecutiva alternativa igualmente eficaz o que garantice al ejecutante frente al retraso de la ejecución que implicaría demorarla hasta la firmeza de la sentencia. La estimación de esta oposición tampoco determina la anulación de las actividades ejecutivas ya realizadas que sólo tuvieran efectos de aseguramiento.

Si la sentencia de primera instancia fuera revocada total o parcialmente por la sentencia de apelación, el ejecutado tiene derecho a la restitución de prestaciones en forma específica o al resarcimiento de daños y perjuicios, derechos que pueden hacerse efectivos por vía ejecutiva ante el mismo tribunal que ha realizado la ejecución provisional. Si la sentencia de segunda instancia revocatoria no fuera firme -por ser recurrible por infracción procesal o en casación- el ejecutante provisional puede oponerse a la actividad ejecutiva dirigida a la restitución o al resarcimiento en el modo previsto para la oposición a la ejecución provisional.

### **C) Alcance subjetivo del título ejecutivo y sucesión en el título ejecutivo**

La LEC delimita directamente o por remisión el ámbito subjetivo de eficacia del título ejecutivo. Con fundamento en el mismo, la ejecución puede ser decretada frente a quienes en él son designados como deudores, pero también frente a los que deban responder de la deuda por disposición legal o por pacto que conste en documento público y frente a los titulares de bienes determinados sujetos al cumplimiento de la deuda por disposición legal o por pacto que conste en documento público, aunque, en el último caso, con limitación a los bienes afectos.

El régimen de extensión a determinados terceros de la eficacia ejecutiva del título necesita, en parte, ser integrado mediante la cumplimentación de las remisiones a las correspondientes disposiciones legales, pero, en otra parte, es asumido por la propia LEC (documento público por el que se asume la responsabilidad o se afecta a la misma un bien determinado; responsabilidad de los gestores de las entidades sin personalidad jurídica; regulación parcial de la sumisión a la ejecución de las entidades que participan en uniones o agrupaciones temporales de empresas que aparecen como deudoras en el título). Por otra parte, la LEC aclara, en relación con este tema, las condiciones para la sumisión a la ejecución de los deudores solidarios: si el título es judicial, la procedencia de la ejecución contra el deudor solidario requiere que haya sido demandado y condenado; si el título es extrajudicial, es necesario que la solidaridad conste en documento con eficacia ejecutiva.

En fin la LEC elimina la laguna de regulación actualmente existente respecto de la sucesión en el título ejecutivo. Si el hecho o acto jurídico determinante de la sucesión consta en documento fehaciente el juez decretará la ejecución en favor o en contra del sucesor. Si el documento aportado no se estima suficiente por el juez, se convocará a la parte contraria a una vista en la que se debatirá y practicará prueba y, a su término, el juez resolverá si reconoce o no la sucesión.

#### **D) La oposición del ejecutado a la ejecución**

El Derecho vigente no prevé la oposición del ejecutado a la ejecución de los títulos judiciales. La que regula respecto a títulos no judiciales no puede ser aplicada supletoriamente, porque las causas de oposición serían demasiado amplias, atendida la cosa juzgada producida por las sentencias.

La LEC prevé una regulación sistemática de la oposición a la ejecución por parte del ejecutado, que presenta varias modalidades.

La que en sentido estricto puede ser considerada oposición a la ejecución se dirige contra el conjunto de la actividad ejecutiva y puede fundamentarse en causas procesales (falta de requisitos subjetivos de las partes, nulidad de la orden de ejecución por falta de calidad de título ejecutivo del documento presentado) o en causas de Derecho material legalmente tasadas. Para establecer las últimas la LEC distingue entre títulos judiciales (frente a los que sólo admite que se alegue cumplimiento de la sentencia probado documentalmente, caducidad de la acción ejecutiva o pactos en documento público para evitar la ejecución) y títulos que no consisten en un pronunciamiento jurisdiccional (a las anteriores causas se añaden la compensación con crédito líquido documentado en título ejecutivo, la pluspetición o el exceso de computación en dinero de ciertas deudas en especie, la prescripción, las renunciaciones del crédito o aplazamientos que consten en documento y la transacción en documento público).

Cualquier hecho, acto o negocio jurídico que no esté incluido en las causas tasadas, que sea posterior a la preclusión de las alegaciones en el proceso declarativo o a la constitución del título extrajudicial, y que pueda afectar a la eficacia de los derechos reconocidos en el título ejecutivo, no podrá fundar una oposición a la ejecución, sino que habrá de hacerse valer en un proceso de declaración separado.

Los procedimientos de debate y resolución son distintos según las causas alegadas. Si son causas procesales basta que el ejecutante pueda formular unas alegaciones por escrito antes de la resolución judicial. Si son causas de Derecho material, después de la oposición y contestación por escrito, puede ser realizada una audiencia, dentro de la cual se practicará prueba si es necesaria, tras lo cual el juez resolverá.

Junto con la oposición a la ejecución en sentido propio la LEC también regula la impugnación de específicos actos de la ejecución por realizarse con infracción de las normas rectoras de la misma o en divergencia con lo autorizado por el título ejecutivo. El procedimiento para esta finalidad son los recursos contra las resoluciones judiciales o la reclamación contra actos no consistentes en resoluciones.

La oposición a la ejecución y a específicos actos de la misma no da lugar por regla general a la suspensión de la ejecución. Es oportuno hacer notar ahora que la LEC establece que la ejecución no puede suspenderse por ninguna causa -salvo disposición legal expresa-, que, en caso de suspensión, ésta no afecta a los actos de la ejecución cuya eficacia sea de aseguramiento, y que la suspensión, por regla general, sólo se decreta previa constitución de garantía por el ejecutado por los daños y perjuicios que cause el retraso de la ejecución.

## 7.- LA EJECUCIÓN FORZOSA POR DEUDAS DE DINERO

De la ordenación prevista para esta ejecución -la más frecuente en el proceso civil<sup>13</sup>- debe destacarse la mejora sustancial -frente a la situación crítica en el Derecho vigente- de medios para descubrir los bienes del ejecutado que pueden ser sometidos a ejecución, el aumento de garantías en la comprobación de la titularidad de los bienes antes de afectarlos a la ejecución, y, con amplia y difusa influencia en los distintos componentes del régimen de esta ejecución, un objetivo de eficiencia de la actividad ejecutiva -máximo resultado con el menor gasto y perjuicio y en el menor tiempo-.

### **A) Localización de los bienes del ejecutado**

Para la localización de los bienes del ejecutado que pueden ser afectados a la ejecución el ejecutante tiene una facultad de designación y una carga de localizarlos si se trata de bienes inscritos en registros públicos a los que los interesados tengan libre acceso. Pero más efectivas que esto son dos novedades que prevé la LEC.

Por una parte, si los bienes designados por el ejecutante no son suficientes, el ejecutado será requerido para que manifieste todos sus bienes y derechos y los gravámenes sobre los mismos, con expresa advertencia de la responsabilidad penal en la que puede incurrir si no realiza la declaración o falta a la verdad al hacerla, y con amenaza de imposición de multas coercitivas periódicas en caso de demora de la declaración.

Por otra parte, cualquier persona o entidad pública o privada que disponga de datos o documentos sobre bienes o derechos, tiene el deber público de proporcionar la información al juez -sin otras limitaciones que el respeto a derechos fundamentales o las específicas que establezcan las leyes-, para lo cual se les dirigirá requerimiento, con advertencia de imposición de multas coercitivas de modo periódico.

### **B) Comprobación de la pertenencia de los bienes al ejecutado**

La comprobación de la pertenencia de los bienes al ejecutado antes de afectarlos a la ejecución, sólo tiene actualmente una regulación con garantías frente a una afección inicial errónea en el caso de que la titularidad de los bienes esté inscrita en un registro público. Si los bienes no están inscritos en favor del ejecutado no pueden ser afectados o la afección debe ser anulada sin grandes dificultades. Fuera de este supuesto no se establecen especiales garantías para verificar la titularidad, y los terceros perjudicados han de asumir la carga de impugnar la afección en proceso ordinario.

La LEC dispone que si, por percepción directa del juez o por manifestaciones del ejecutado o de otras personas, el juez tuviera razones para estimar que el bien es de titularidad de persona distinta al ejecutado, citará a esta persona para que alegue razones o acredite su titularidad sobre el bien. Sólo en defecto de comparecencia o de alegación de razones para su titularidad, o si sus alegaciones no son convincentes, el bien será, en principio, afectado.

### **C) Flexibilización del régimen de esta actividad ejecutiva**

---

<sup>13</sup> La LEC regula de modo especial la ejecución de hipoteca inmobiliaria; sobre esta regulación, *Martín Díaz*, La ejecución de la garantía hipotecaria sobre bienes inmuebles, Granada, Editorial Comares, 2000.

La eficiencia de la actividad ejecutiva por deudas de dinero se intenta conseguir principalmente mediante una flexibilización de las normas que la rigen, de modo que la actividad se ajuste a la satisfacción de los intereses del ejecutante, del ejecutado y de los terceros que pueden ser afectados.

Las manifestaciones de esta flexibilidad son muy variadas y aparecen en distintos momentos de la actividad ejecutiva (afección de bienes y orden de la afección, valoración de bienes, modo de realización forzosa). Mencionaré algunas a continuación.

Respecto a la afección de bienes son válidos los pactos entre ejecutante y ejecutado por los que establecen un orden determinado para afectarlos. El orden legal de afección de bienes sólo se aplica en defecto de la posibilidad de que el juez determine discrecionalmente la prioridad para el embargo en atención a la más fácil enajenación de cada bien y al menor perjuicio para el ejecutado.

Para la determinación del valor de los bienes que han de ser enajenados a través de subasta pública no se requieren apreciaciones técnicas si el ejecutante y el ejecutado se han puesto de acuerdo sobre el valor antes de la ejecución o en la misma. La falta de matices a esta norma puede ser perjudicial para los terceros cuyos intereses puedan ser afectados por el valor que se asigne al bien, lo que requeriría su fijación con mayores garantías de objetividad.

La flexibilización en materia de enajenación forzosa se podría expresar gráficamente como la “huida de la subasta pública”, que está prevista, no obstante, como sistema general para la enajenación de la mayor parte de los bienes.

En la dirección de que la subasta sea el último recurso y de que no perjudique la rentabilidad de la enajenación, pueden destacarse una serie de disposiciones:

1º) A los supuestos ya actualmente previstos de entrega directa al ejecutante y de venta directa -dinero, moneda extranjera, créditos inmediatamente disponibles, títulos-valores cotizados en mercados oficiales y otros títulos-valores-, se añaden otros bienes -aquellos cuyo valor nominal sea coincidente con el valor de mercado, los que puedan acceder a cualquier mercado reglado o con precio oficial- o se facilitan los sistemas de venta directa -las participaciones sociales no cotizadas en bolsa pueden venderse por el procedimiento legal o estatutariamente establecido sin necesidad de intervención, en todo caso, de notario o corredor de comercio-.

2º) No se convocará subasta de bienes o de conjuntos de bienes si es previsible que no se obtendrá de la misma el dinero necesario para cubrir los gastos originados por la misma subasta.

3º) Antes de la subasta, el ejecutante, el ejecutado y otros interesados en la ejecución (acreedores posteriores de mismo ejecutado o posteriores adquirentes de bienes afectos) pueden concertar un convenio para la libre enajenación de determinados bienes afectos o para satisfacer de otro modo el derecho del ejecutante. Las condiciones del convenio son tratadas en audiencia ante el juez; éste puede no aprobar el convenio si entiende que causará perjuicio a terceros, pero debe aprobarlo si estos han intervenido en la audiencia y prestado conformidad.

4º) Si hay acuerdo entre ejecutante y ejecutado el juez puede ordenar que la enajenación de bienes de determinadas clases se realice por personas o entidades especializadas en la venta de ese tipo de bienes y según sus procedimientos habituales de enajenación.

5º) La entrega al ejecutante de bienes afectos que sean productivos, para que cobre su crédito con el rendimiento neto de la explotación de esos bienes, puede ser autorizada en cualquier momento de la ejecución.

#### 8.- LA EJECUCIÓN FORZOSA POR PRESTACIONES DE HACER, DE NO HACER O DE DAR COSA DISTINTA A DINERO

La reforma propuesta para este tipo de ejecución es muy importante porque trata de superar el criterio dominante en el régimen actual de admitir con facilidad la sustitución de la prestación en forma específica por una indemnización en dinero. La LEC refuerza los medios para conseguir la ejecución en forma específica, pero atiende también a la eventual necesidad de sustituirla por indemnización y prevé disposiciones para la efectividad de la ejecución si se diera este caso.

Si del título ejecutivo resulta la obligación de entregar una cosa mueble y no se dispone de la misma para su entrega inmediata al ejecutante, la LEC establece el deber del ejecutado y de los terceros que puedan tener información, de declarar donde se halla la cosa, con apercibimiento de incurrir en responsabilidad penal por desobediencia a la autoridad judicial. Si se tratará de una cantidad de cosas muebles fungibles y no se hallará en el patrimonio del ejecutado, el ejecutante puede pedir que se adquiera en los mercados a costa de éste.

En la ejecución por obligaciones de entregar inmuebles, ha de ser destacada la regulación específica de la situación de terceros que ocupen el inmueble. La LEC establece un proceso sumario muy rápido que puede conducir a la expulsión del inmueble si no se acredita título legítimo para la ocupación. Cualquiera sea la sentencia de este proceso sumario, el derecho del tercero a la ocupación del inmueble puede ser debatido -fuera de la ejecución- en el proceso ordinario adecuado.

Si el título impone una obligación de hacer que puede ser realizada con la misma utilidad para el ejecutante por persona distinta del ejecutado, el ejecutante puede -salvo que el título disponga lo que debe hacerse en caso de incumplimiento- optar entre la indemnización o el encargo de la correspondiente prestación a un tercero, que la realizará a costa del ejecutado.

En el caso de que el título imponga emitir una declaración de voluntad, si los elementos esenciales del negocio jurídico están predeterminados el propio juez emitirá la declaración. Si los elementos no esenciales del negocio no está determinados el juez los integrará según los usos del tráfico.

Si la prestación de hacer que el título impone al ejecutado no es sustituible con la misma utilidad por la actividad de un tercero, al requerirse al ejecutado para el cumplimiento se le advertirá de la imposición periódica de multas coercitivas. El ejecutado puede alegar al juez los motivos de su negativa a cumplir. El ejecutante puede alegar el carácter personalísimo de la obligación y optar por la inmediata sustitución de la misma por una obligación dineraria o por instar la imposición de multas coercitivas con periodicidad mensual. Si el juez estima el carácter personalísimo de la obligación, acordará, según lo pedido por el ejecutante, la sustitución de la misma por una obligación dineraria -con imposición adicional de una única multa- o la imposición de multas mensuales para forzar el cumplimiento. Transcurrido un año desde el primer requerimiento de cumplimiento sin que éste se

haya producido, cesará la imposición de las multas y la ejecución se dirigirá a entregar al ejecutante una prestación dineraria de valor equivalente a la prestación específica incumplida.

Cuando el título imponga una prestación de abstención y el ejecutado la incumpla, ha de ser requerido para eliminar los resultados de su acción -con imposición de multas coercitivas periódicas para que cumpla el requerimiento-, se determinará una indemnización por los daños y perjuicios debidos a los resultados irreversibles y se le advertirá con la persecución por delito de desobediencia a la autoridad judicial si vuelve a incumplir la sentencia.

Estas actividades ejecutivas pueden conducir en diferentes ocasiones a que por imposibilidad de realización en forma específica de la prestación establecida en el título ejecutivo sea necesario sustituirla por una indemnización dineraria. La determinación de la cuantía de esa indemnización se realiza en un procedimiento declarativo especial y simplificado, relacionado con la actividad ejecutiva que se está practicando. Además, para que no se frustren los resultados de esta modalidad de ejecución, desde el comienzo de la actividad ejecutiva por prestaciones no dinerarias se requiere al ejecutado para que preste caución por una cuantía razonablemente calculada y, si no lo hace, se ordena el embargo de sus bienes.

## 9.- LAS MEDIDAS CAUTELARES

En el régimen vigente están establecidas, por una parte, una serie de medidas típicas, y, por otra parte, el artículo 1428 de la LEC de 1881 autoriza la adopción de medidas indeterminadas en los casos no previstos por las normas que conceden medidas típicas. La práctica jurídica había detectado problemas e insuficiencias, cuya solución hacía necesaria una nueva ordenación de conjunto de la tutela cautelar<sup>14</sup>.

### A) Los presupuestos de las medidas cautelares

El perfeccionamiento de la tutela cautelar, en cuanto a su fin institucional de contrarrestar los peligros que amenacen la efectividad de la sentencia, requiere, primero, que toda situación de peligro para la efectividad de la sentencia cuente con una medida cautelar adecuada para contrarrestarla; segundo, que ninguna medida cautelar pueda concederse, ni ser mantenida, sin el fundamento de una situación de peligro apreciada por el juez.

Las normas rectoras de medidas cautelares determinadas o típicas precisan (y, por tanto, limitan) las situaciones de peligro de manera explícita -por ejemplo, como el riesgo de insolvencia del deudor es presupuesto del embargo preventivo, esta medida sólo sirve para contrarrestar ese riesgo de ineffectividad de la sentencia- o implícita -por ejemplo, la medida de anotación preventiva de demanda sólo sirve para contrarrestar un riesgo de enajenación y gravamen de la cosa inmueble litigiosa-.

Cuando el artículo 1428 LEC de 1881 se refiere a las "medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el

---

<sup>14</sup> Una información más amplia sobre el estado de la tutela cautelar en Derecho español anterior a la reforma, puede verse en *Ortells Ramos, ZZPInt 2 (1997), 95 y siguientes*; y para los principales aspectos del nuevo régimen de la tutela cautelar, *Ortells Ramos, Las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, en Revista Xuridica Galega, 1999, número 25, pág. 13-42.*

juicio recayere”, está estableciendo un concepto jurídico indeterminado que autoriza y delimita la especificación de las medidas adoptables y de las situaciones de peligro relevantes para cada una de ellas. Corresponderá al juez concretar aquellas medidas y estas situaciones. De ese modo será posible el ajuste a una realidad diversificada y cambiante, que no podría abarcarse en una configuración reglada del presupuesto.

La nueva LEC prescinde de establecer presupuestos de peligro en la demora específicos para medidas también específicas, opta por generalizar la técnica del artículo 1428, y autoriza “las medidas cautelares que sean necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia estimatoria que se dictare”.

Dado que los efectos de las sentencias meramente declarativas y constitutivas también pueden ser amenazados por circunstancias que impidan o dificulten su plena efectividad, el texto definitivo de la LEC ha corregido los textos iniciales, que limitaban la tutela cautelar a los procesos en los que se ejercitaran acciones de condena.

En cuanto al presupuesto de la apariencia de derecho, la LEC ha querido evitar los problemas que derivaban de descripciones restrictivas de los derechos y otras situaciones jurídicas que podían ser protegidas por una medida cautelar. Para ello utiliza una fórmula que, sin duda, evitará interpretaciones limitativas: este presupuesto consiste en “un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión”. Es con ello indudable que las medidas cautelares podrán pedirse en relación con cualquier pretensión cualquiera sea el derecho o situación jurídica en que se ampare.

En el otro aspecto relevante del tema del *fumus boni iuris* -el medio de acreditamiento admisible- la LEC rompe con la tradicional limitación a la justificación documental, pero sigue mostrando preferencia por ella. Para concretar la influencia de tal preferencia será decisivo considerar la normalidad de uso de los medios documentales en el tráfico jurídico referido a las diferentes clases de derechos y situaciones jurídicas.

## **B) Los efectos de las medidas cautelares y los medios para su ejecución forzosa**

Los efectos de las medidas cautelares pueden ser diseñados por la propia ley. Es lo que ocurre en el Derecho vigente con las llamadas medidas típicas.

Si un ordenamiento opta, en principio, por esta técnica, es necesaria también, para la perfección del sistema cautelar, una norma que autorice medidas cautelares indeterminadas o atípicas, porque de ese modo se posibilita que las medidas adquieran la ductilidad necesaria para contrarrestar situaciones de peligro en la demora cuya diversidad no siempre es fácil y completamente previsible. Esa es la función que ahora cumple el artículo 1428 LEC de 1881.

Sin embargo, ante la indeterminación de una norma de la última clase, los jueces españoles reaccionaron con una actitud reticente a conceder medidas cautelares, salvo aquéllas cuyo contenido fijaba la propia ley.

Para evitar en el futuro esta tendencia, la LEC regula los efectos de las medidas tanto con una norma general que fija las características de las actuaciones que pueden ser acordadas como tales medidas (art. 726 LEC), como con otra norma que menciona

efectos cautelares específicos (art. 727 LEC), pero como paradigma y desarrollo de la norma general y no como regla especial respecto a la misma.

En la determinación de la amplitud que pueden tener los efectos jurídicos de las medidas cautelares la nueva LEC supone un avance importante respecto al Derecho vigente y respecto a los textos iniciales. Es frecuente la discusión acerca de si los efectos de las medidas cautelares deben ser sólo efectos de aseguramiento de la ejecución o pueden llegar a anticipar, en alguna circunstancia y hasta algún punto, la satisfacción del derecho cuya tutela se pide en el proceso principal.

La nueva LEC opta por darles a los efectos de las medidas cautelares una amplitud suficiente para que, como mínimo, el litigio existente entre las partes no pueda ser tratado, mientras se realiza el proceso principal, con autotutela de alguna de ellas. Permite claramente que los efectos de las medidas cautelares excedan del aseguramiento y lleguen a ser conservativos del *statu quo* existente entre las partes, autorizando para ello tanto las órdenes provisionales de abstención, como las órdenes de contenido positivo, dirigidas a que el demandado no deje de realizar una prestación que estuviera cumpliendo antes del litigio (arts. 726.2 y 727.7ª LEC).

En cuanto al problema de los medios que el ordenamiento pone al servicio del juez para imponer el cumplimiento forzoso de aquellas medidas que precisen alguna colaboración del sujeto pasivo, la LEC lo resuelve remitiendo a los medios previstos para la ejecución de sentencias, entre los están previstos -como antes se ha expuesto-, para las obligaciones de hacer infungibles y de no hacer, un régimen de multas coercitivas.

### **C) El procedimiento para resolver sobre la tutela cautelar**

En el Derecho vigente no hay un único procedimiento para resolver sobre las diversas medidas cautelares, sino que el régimen jurídico de cada medida comprende no sólo la configuración de los presupuestos y efectos de ésta, sino también la ordenación más o menos completa -casi siempre menos que más- de la actividad procesal para resolver sobre la misma. Además esas ordenaciones procedimentales son de una diversidad notable, particularmente en cuanto a la forma y tiempo en que puede admitirse la audiencia del demandado. Esta diversidad no está justificada por la especificidad de cada medida cautelar.

La LEC establece un procedimiento único para la petición de medidas cautelares y también para la oposición y la revisión.

Por otra parte las líneas básicas de ese procedimiento son muy correctas. En primer lugar, contradicción previa o diferida, según la apreciación por el juez de razones concretas de urgencia o necesidad. En segundo lugar se prevé una suficiente amplitud para la defensa del demandado, aunque proporcionada al carácter instrumental de la tutela cautelar. El demandado puede alegar y probar respecto de todos los presupuestos de la medida cautelar (arts. 734.2 y 740 LEC), pero las resoluciones del juez sobre la admisión de sus defensas no son recurribles. Se encomienda pues a la discrecionalidad del juez de instancia evitar la ampliación excesiva del debate procesal, particularmente ilógica en cuanto al presupuesto de apariencia de derecho.

#### **D) Vinculación de las medidas cautelares al proceso principal**

En la opción entre medidas cautelares previas al proceso principal o simultáneas al mismo el Derecho vigente autoriza lo primero con amplitud y sin subordinarlo a ningún requisito especial. En todo caso, la presentación de la demanda del proceso principal constituye una carga *ex lege* para quien ha obtenido una medida previa, si quiere conservarla.

La nueva LEC establece, por el contrario, la presentación de la demanda como el momento ordinario para la solicitud. La petición previa sólo es admisible si hay razones concretas de urgencia o necesidad. Pero también la toma en consideración de una petición de medidas cautelares posterior a la demanda está sometida a restricciones: es necesario que la solicitud se base en hechos y circunstancias que justifiquen su formulación en ese momento procesal posterior.

Estas razones que hacen admisible una petición posterior a la demanda no han de ser, como se exigía en el Anteproyecto de la LEC, hechos y circunstancias posteriores que den fundamento a unos presupuestos de las medidas inexistentes antes. También pueden permitir la solicitud posterior la disponibilidad, en ese momento y no antes, de medios de acreditamiento o la capacidad económica que posibilita asumir el coste de la caución que es también presupuesto de la medida.

#### **E) La responsabilidad por la utilización de la tutela cautelar**

Un régimen efectivo de la responsabilidad por utilización de la tutela cautelar requiere, primero, no estimar suficiente la ordinaria responsabilidad del patrimonio, sino exigir una garantía patrimonial concreta y específica para el eventual derecho a indemnización del sujeto pasivo; segundo, unas normas jurídico-materiales rectoras de la atribución de la responsabilidad adecuadas a las características de las conductas que la hacen nacer; y, tercero, un cauce procesal económico para declarar las consecuencias de esa responsabilidad y ejecutarlas.

La nueva LEC conserva la generalizada exigencia de caución para que se pueda conceder la medida cautelar, establece referencias para determinar la suficiencia cuantitativa de la misma y aclara el reiterado problema de la calidad de la caución admisible.

La LEC corrige la tendencia del Derecho vigente de mantener como regla general para los supuestos de alzamiento de las medidas cautelares la responsabilidad por culpa, pero incurre en algunos excesos al establecer la responsabilidad objetiva y deja alguna laguna fácil de evitar.

En cuanto al cauce procesal para que se declaren y ejecuten las consecuencias de la responsabilidad la mejor solución es un procedimiento incidental del proceso principal. Ésta es la solución por la que opta la LEC.

### **10.- PROCEDIMIENTOS ESPECIALES**

Uno de los principales objetivos de la LEC ha sido reducir drásticamente la variedad de procedimientos que, según el régimen vigente, son adecuados en función de muy diferenciados criterios cualitativos. Para este fin no se limita a dejar subsistentes los procesos especiales que considera conveniente mantener, sino que

aprovecha la oportunidad para mejorarlos y para introducir en Derecho español procedimientos especiales de gran utilidad y hasta ahora desconocidos.

La LEC establece como procesos especiales los que tienen por objeto la división judicial de patrimonios, materias de estado civil, el proceso monitorio y el proceso cambiario. Ampliaré la información sobre los tres citados en último lugar.

### **A) Normas generales para los procesos no dispositivos**

En cuanto a los procesos sobre objetos de estado civil, además de las normas específicas para los procesos sobre la capacidad de las personas, sobre filiación y paternidad y sobre nulidad y separación matrimoniales y divorcio, debe ser destacado el conjunto de normas de aplicación general a todos los procesos con los anteriores objetos.

Como se indicó anteriormente la LEC es rigurosamente respetuosa con los poderes dispositivos de las partes sobre el objeto del proceso y, más allá de eso pero coherente con ello, opta por una ordenación de los poderes de aportación de hechos y de prueba de los mismos estrictamente correspondiente con el llamado principio de aportación de parte. Era, pues, incluso más necesario de lo que puede serlo en cualquier ley procesal civil, establecer unas normas generales sobre los poderes de disposición y sobre los poderes de aportación del material procesal adecuadas a la naturaleza de los objetos de los procesos en materia de estado civil. En este sentido, se establecen los supuestos de legitimación del Ministerio Fiscal, se excluyen o limitan los actos de disposición en el proceso, se excluyen los efectos ordinarios de la admisión de hechos y se apodera al tribunal para ordenar pruebas de oficio. Lo anterior permite atribuir eficacia *erga omnes* a la cosa juzgada de las sentencias dictadas en estos procesos, efecto jurídico que también se establece expresamente.

### **B) El proceso monitorio**

La LEC introduce el proceso monitorio, lo que es una novedad en Derecho español<sup>15</sup>.

La admisión del mismo depende de que se reclame una deuda de dinero vencida y exigible, por valor inferior a cinco millones de pesetas y que, inicialmente, esté acreditada bien sea mediante un documento con la firma o con cualquier otro signo de aceptación puesto por el deudor, bien sea mediante documentos que, aun siendo unilateralmente formados por el acreedor, sean normalmente acreditativos de deudas en sectores determinados del tráfico jurídico.

El acto iniciador del proceso no necesita intervención de abogado ni de procurador y puede realizarse mediante formulario. Si el juez admite el acto de iniciación, requerirá al deudor para que pague o alegue razones para no hacerlo en el plazo de veinte días; si no hace ninguna de ambas cosas, se dictará resolución ordenando la ejecución.

Si el deudor alega razones de la negativa al pago dentro de plazo, el proceso debe tramitarse de acuerdo con las reglas del juicio declarativo que sea adecuado. Si

---

<sup>15</sup> Un estudio anterior a la nueva LEC, que concluía con una propuesta para introducir este tipo de proceso en Derecho español, es el de *Correa Delcasso*, El proceso monitorio, Barcelona, J.M. Bosch Editor, 1998. Para una primera aproximación al régimen de este proceso en la nueva LEC, *López Sánchez*, El proceso monitorio, Madrid, La Ley, 2000.

fuera adecuado el “juicio verbal” se convocará la vista inmediatamente. Si fuera adecuado el “juicio ordinario” el acreedor que hubiera iniciado el monitorio deberá presentar la demanda en el plazo de un mes, y si no lo hace se le impondrán las costas causadas por las actuaciones del procedimiento monitorio. A mi juicio en ninguno de los dos casos se produce una modificación de las cargas de alegación y de prueba respecto de la correspondiente pretensión de condena dineraria.

### **C) El proceso cambiario**

El proceso cambiario -adecuado para las deudas documentadas en letras de cambio, cheque o pagaré- es configurado por la LEC como un proceso monitorio especial<sup>16</sup>.

Si el juez admite el escrito inicial, acompañado del documento cambiario, requerirá al deudor de pago y ordenará el embargo preventivo de sus bienes, orden de embargo que será cumplida si el pago el pago no se hace efectivo en el plazo de diez días.

El embargo cautelar puede ser levantado si el deudor niega la autenticidad de su firma en el documento o alega la falta absoluta de representación -salvo que conste fehacientemente su aceptación del documento cambiario- y si además presta caución suficiente.

Si el deudor no formula oposición al acto inicial en el plazo de diez días, el juez ordena la ejecución forzosa.

Si formula oposición se produce la más importante especialidad respecto al monitorio ordinario. El escrito inicial no vale como demanda iniciadora del proceso declarativo, ni se requiere al actor para que presente demanda, sino que es el deudor el que ha de formular su oposición mediante demanda a la que siguen los trámites de un juicio verbal. Además el deudor sólo podrá oponer las excepciones que permite la Ley Cambiaria.

Por otra parte se dispone de manera expresa que la sentencia de este proceso producirá cosa juzgada sobre “las cuestiones que pudieron ser en él alegadas y discutidas”, lo que constituye una norma especial sobre la preclusión de alegaciones algo imprecisa, porque su literalidad es casi idéntica a la norma general sobre el tema y, salvo la limitación de excepciones de la Ley Cambiaria, es difícil entender qué significado específico podría tener.

En cualquier caso no se trata de un proceso sumario, sino que es un proceso en el que puede debatirse plenamente una específica relación jurídico material -la relación sometida a las especiales normas rectoras de la titularidad y transmisión de los créditos incorporados a documentos cambiarios-. Es, además, un proceso declarativo más rápido y con el embargo preventivo facilitado en comparación con el régimen ordinario del mismo.

---

<sup>16</sup> Sobre la nueva regulación, véase *Bonet Navarro*, El proceso cambiario, Madrid, La Ley, 2000.

## PRECLUSIÓN DE ALEGACIONES Y PETICIONES EN LA PRIMERA INSTANCIA<sup>(\*)</sup>

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Universidad  
Universitat de València (Estudi General)

SUMARIO: I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA PONENCIA — II. IMPORTANCIA DE LA PRECLUSIÓN EN EL RÉGIMEN DEL PROCESO DE DECLARACIÓN. EVITACIÓN DE DILACIONES INDEBIDAS Y PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN. PRECLUSIÓN LEGAL Y JUDICIAL. APLICACIONES DE LA PRECLUSIÓN. III. LA DEMANDA COMO MOMENTO PRECLUSIVO ORDINARIO PARA LA FORMULACIÓN DE LAS ALEGACIONES Y DE LAS PETICIONES DEL ACTOR; 1) Elementos que integran el objeto del proceso. Causa de pedir, hechos constitutivos de la pretensión procesal y otros hechos relevantes para influir en el sentido del pronunciamiento de fondo: *a) Los elementos de la pretensión procesal. La petición; b) La causa de pedir, c) Hechos constitutivos de la pretensión procesal y hechos identificadores de la causa de pedir. Proyección de esta distinción sobre las diferentes clases de pretensiones procesales; d) Otros hechos relevantes para influir en el sentido del pronunciamiento de fondo;* 2) Carga de aducir en la demanda de juicio ordinario la pretensión procesal y todas las causas de pedir para la misma existentes y conocidas 3) Carga de aducir en la demanda de juicio ordinario todos los hechos constitutivos para la estimación de la pretensión 4) Las preclusiones ligadas a la demanda del juicio verbal — IV. LA AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA COMO EXCEPCIÓN A LA PRECLUSIÓN. SOBRE LA AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA EN EL JUICIO VERBAL — V. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA COMO MOMENTO PRECLUSIVO ORDINARIO PARA LA ALEGACIÓN DE LAS EXCEPCIONES MATERIALES POR EL DEMANDADO Y PARA LA FORMULACIÓN DE PRETENSIONES POR EL MISMO. REMISIÓN A LA PONENCIA SOBRE LA RECONVENCIÓN: 1) Juicio ordinario; 2) Juicio verbal — VI. LAS ALEGACIONES COMPLEMENTARIAS Y ACLARATORIAS COMO EXCEPCIÓN A LA PRECLUSIÓN: 1) Alegaciones que implican modificación de la pretensión procesal o de las pretensiones procesales objeto del proceso: *a) Juicio ordinario; b) Juicio verbal;* 2) Alegaciones complementarias y aclaratorias de las formuladas en la demanda y contestación sobre los hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes: *a) Juicio ordinario b) Juicio verbal* — VII. LAS ALEGACIONES AMPLIATORIAS DE HECHOS COMO EXCEPCIÓN A LA PRECLUSIÓN: 1) Clases de hechos que se pueden aducir mediante alegaciones ampliatorias *a) Hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes b) Hechos que determinan otra causa a pedir c) Exclusión de los hechos inatendibles de acuerdo con el art. 413 LEC;* 2) Posibilidades procesales para su alegación y tratamiento procesal subsiguiente — VIII. REFERENCIA A OTRAS EXCEPCIONES A LA RECLUSIÓN: 1) Alegaciones de hechos determinantes de satisfacción extraprocésal o de carencia sobrevenida de objeto 2) Planteamiento de cuestiones incidentales 3) Alegaciones conclusivas — IX. INCIDENCIA DEL RÉGIMEN DE LA PRECLUSIÓN DE ALEGACIONES Y PETICIONES SOBRE EL FONDO EN LA CONGRUENCIA, LA LITISPENDENCIA Y LA COSA JUZGADA: 1) Incidencia sobre la congruencia 2) Incidencia sobre la litispendencia c) Incidencia en la cosa juzgada

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en *Cuadernos de Derecho Judicial. Los procesos declarativos*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pp. 14-69.

## I. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE LA PONENCIA.

El objeto de esta ponencia es ofrecer una visión de conjunto de las posibilidades procesales de alegación y petición de las partes en la primera instancia del proceso de declaración de la nueva LEC.

El contenido y límites del trabajo se justifican con dos consideraciones:

1ª) He querido evitar la descripción procedimental de esas posibilidades. En vez de a la misma he atendido al régimen de la preclusión, que permite exponer en qué oportunidad se tiene una posibilidad procesal, las oportunidades excepcionales para recuperar posibilidades procesales perdidas y las consecuencias jurídicas vinculadas a la falta de aprovechamiento de las posibilidades procesales por las partes.

2ª) El estudio se limita a las preclusiones relativas a la formulación de la pretensión procesal y a las que afectan a las alegaciones destinadas a obtener un pronunciamiento de fondo sobre la pretensión. Obviamente la preclusión es una técnica de aplicación más amplia, pero esas otras aplicaciones han de ser consideradas en otras ponencias de este curso (por ejemplo: “La inadmisión de la demanda y la audiencia previa en el juicio ordinario”, “El juicio verbal”) y en otros cursos (por ejemplo los referidos a la prueba, los recursos y las disposiciones generales de la nueva LEC).

## II. IMPORTANCIA DE LA PRECLUSIÓN EN EL RÉGIMEN DEL PROCESO DE DECLARACIÓN. EVITACIÓN DE DILACIONES INDEBIDAS Y PROHIBICIÓN DE INDEFENSIÓN. PRECLUSIÓN LEGAL Y JUDICIAL. APLICACIONES DE LA PRECLUSIÓN.

El desarrollo ágil del proceso de ejecución es, sin duda, conveniente. Pero la finalidad de ese proceso -es decir: la satisfacción específica o por equivalente del derecho a prestación reconocido o establecido en el título ejecutivo- excluye una ordenación de ese proceso que lo haga avanzar y finalizar en virtud del transcurso de unos plazos preestablecidos, prescindiendo de los obstáculos materiales que pudieran oponerse a la consecución del fin del mismo.

Las necesidades de ordenación del régimen temporal del proceso de declaración son muy diferentes.

Este proceso va dirigido al establecimiento, mediante sentencia, de la certeza y conformidad a Derecho de un derecho u otra situación jurídica subjetiva, y ello con carácter definitivo -proceso plenario, en el que se produce cosa juzgada- o, en todo caso, indefinido -proceso sumario, cuyo resultado puede ser alterado, eventualmente, por un plenario posterior-. A la sentencia se llega previa contradicción entre las partes sobre la pretensión procesal propuesta por el actor.

Por su propia naturaleza y por el fin perseguido, el régimen temporal de este proceso sólo tendría el límite impreciso de haberse alcanzado a reunir unos materiales de convicción suficientemente completos para proporcionar fundamento a la sentencia.

Sin embargo, la finalidad práctica del proceso de declaración exige que su desarrollo y terminación se produzcan en un periodo limitado, de alguna manera, por la ley procesal. Esa limitación temporal es, además, debida para el legislador en cuanto

ha de establecer una ordenación ajustada al derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) o celebrado dentro de un plazo razonable (art. 6 CEDH).

Una técnica para limitar la duración del proceso consiste en establecer un procedimiento oral, porque éste impone la concentración en una audiencia (con la duración y con las sesiones que se precisen) de las actividades de alegación y prueba precedentes a la sentencia.

Sin embargo, la concentración sólo en medida muy reducida es un efecto o consecuencia de la oralidad. Más bien al contrario, por regla general es su presupuesto o la condición de su eficacia, por lo que la concentración necesaria no se alcanza con sólo establecer la oralidad, sino que exige aplicar técnicas específicas para conseguirla. Un procedimiento oral, por la simultánea presencia de todos los sujetos procesales, permite prescindir de los períodos de tiempo para la comunicación entre ellos, necesarios en un procedimiento escrito. Consecuentemente, liberar las posibilidades de alegación y contraalegación, con sus correspondientes corroboraciones probatorias, adecuándolas a los términos reales de la controversia procesal, es algo que en un procedimiento oral puede permitirse sin asumir el riesgo de una duración limitada del proceso. Así se explica, por ejemplo, que en la primitiva redacción de la ZPO no existiera ningún orden legal de los actos, ni preclusión, ni eventualidad, confiándose la realidad de la concentración al principio proclamado de la unidad de la audiencia<sup>1</sup>. Ahora bien, lo anterior sólo puede ser realidad si las partes se presentan en la audiencia conociendo todas las cuestiones que pueden ser discutidas y preparadas para discutir las y, en su caso para proponer y practicar inmediatamente las pruebas que les interesan; de no ser así, se hacen necesarias continuas suspensiones que vienen a negar, de hecho, la concentración del procedimiento.

Eso fue lo que sucedió y por ello el procedimiento oral ideado por KLEIN y las reformas del proceso civil alemán se han orientado, en este aspecto, por consideraciones más realistas. El primero estableciendo normas de inadmisibilidad de alegaciones y pruebas propuestas con intención de provocar retrasos<sup>2</sup>. Las reformas alemanas han combatido los posibles obstáculos a la concentración con normas de preclusión -no de aplicación mecánica sino dependientes de una apreciación discrecional de las intenciones de provocar retraso- y estableciendo, para su utilización si el asunto lo requiere, la posibilidad de una preparación oral o escrita de la audiencia principal.

La preclusión aparece, pues, como la técnica imprescindible tanto en un procedimiento escrito, como en uno oral, para posibilitar un desarrollo ordenado y, en cierta medida, ágil del proceso de declaración.

La preclusión consiste en la extinción de posibilidades procesales por el transcurso de los plazos establecidos para aprovecharlas.

---

<sup>1</sup> GRUNSKY, W, *Grundlagen des Verfahrensrechts*, Bielefeld, 1974, pág. 222; ARENS, P., *Mündlichkeitsprinzip und Prozessbeschleunigung im Zivilprozess*, Berlín, 1971, pág. 16.

<sup>2</sup> HOLZHAMMER, R., *Österreichisches Zivilprozessrecht*, Wien, 1976, pág. 136; FAIRÉN GUILLÉN, V., *El Tribunal de las Aguas de la Vega de Valencia y su proceso (oralidad, concentración, rapidez, economía)*, Valencia, 1975, pág. 401-402.

La preclusión puede ser fijada por la ley mediante disposiciones de carácter reglado, que regulan tanto los momentos ordinarios de preclusión, como los supuestos de excepción a la misma. El juez se limita a aplicar estas normas si en la realidad procedimental se producen los casos previstos por la ley. Este sistema de preclusión legal ha sido el tradicionalmente seguido en nuestro proceso civil y al mismo responde también la nueva LEC. Se ajusta también al mismo el proceso civil italiano, desde que la reforma de 1995 modificó algunos preceptos reformados en 1990, que reintrodujeron un régimen legal de preclusión en la formulación de pretensiones y defensas, pero regulando las excepciones a la preclusión con la técnica de atribuir al juez una potestad discrecional de admitir las modificaciones de aquellos elementos, potestad que el juez debía ejercer valorando la presencia o no de motivos dilatorios en el acto de parte<sup>3</sup>.

En otros ordenamientos el régimen temporal del desarrollo del proceso se instrumenta mediante la atribución al juez de la potestad de fijar plazo para determinadas actuaciones y, en todo caso, para apreciar en concreto las consecuencias de la falta de actuación en los plazos o de la falta de cumplimiento de un genérico deber de diligencia, con arreglo a estándares como la dilación de la resolución del proceso, falta de justificación del retraso o retraso debido a negligencia grave. A este modelo responde el proceso civil alemán<sup>4</sup>.

En el proceso civil francés los plazos para la instrucción del asunto (aportación de alegaciones y pruebas) se fijan por el juez de acuerdo con las partes mediante un *contrat de procédure*, pudiendo el juez ajustar el ritmo del proceso a la naturaleza del litigio<sup>5</sup>. Los límites a la libertad de las partes en cuanto al desarrollo del proceso se articulan con poderes discrecionales del juez que le permiten, por ejemplo, rechazar solicitudes de revocación de la resolución de conclusión o de reenvío a una audiencia posterior<sup>6</sup>.

La técnica de la preclusión se aplica en una variada serie de supuestos, que me limitaré a enunciar -incluso no exhaustivamente- para encuadrar en los mismos los que van a ser objeto de estudio:

1º) Proposición del objeto del proceso por el actor principal (arts. 399, 400 y 401 LEC) y por el actor reconvenional (art. 406 LEC). Excepciones a esta preclusión se establecen en el art. 426 LEC.

---

<sup>3</sup> LUIISO, F.P., *La riforma del processo civile*, Milano, 1991, (con CONSOLO, C., SASSANI, B.), pág. 81-104; CAPPONI, B., *Il processo civile dopo le riforme*, Torino, 1992 (con VACCARELLA, R., CECHELLA, C.), pág. 86-107; MORA CAPITÁN, B y PICÓ JUNOY, J., “El nuevo proceso civil italiano”, en *Documentación Jurídica*, julio-septiembre, 1992, núm. 75, pág. 67-68. Para la situación posterior a la reforma de 1995, MANDRIOLI, C., *Corso di Diritto processuale civile*, II, Torino, 1995, pág. 81-92.

<sup>4</sup> ROSEMBERG-SCHWAB-GOTTWALD, *Zivilprozessrecht*, München, 1993, pág. 380-384; LEIPOLD, D., en STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, III, Tübingen, 1997, 21 edición, pág. 641-680; en castellano, LEIBLE, S., *Proceso civil alemán*, Medellín, 1998, pág. 145-147.

<sup>5</sup> CADIET, L., *Droit judiciaire privé*, Paris, 1998, pág. 478.

<sup>6</sup> CADIET, L., *Droit judiciaire privé*, Paris, 1998, pág. 479-480.

2º) Alegaciones para fundar la pretensión procesal, aunque no sean relevantes para la identificación de la causa de pedir (art. 399.3 LEC) y alegaciones que fundan las excepciones materiales del demandado (art. 405 LEC). Excepciones a la preclusión de estas alegaciones están contempladas en los arts. 408, 426 y 286 LEC.

3º) Alegaciones de cuestiones procesales que pueden impedir la válida prosecución y terminación del proceso mediante sentencia sobre el fondo o la admisión de la actuación del demandado. Habrán de alegarse en la contestación (art. 405.3 LEC) o, si las hace valer el actor, en la audiencia previa (art. 418 LEC). Las alegaciones sobre jurisdicción y competencia habrán de formularse antes de la contestación (art. 64.1 LEC), sin perjuicio de la potestad de apreciación de oficio de estos presupuestos (arts. 37, 38, 48 y 58 LEC) y de otros sobre los cuales también está dispuesto el control de oficio (art. 9 LEC). En efecto, este modo de examen conduce a que el efecto de preclusión de la posibilidad de alegación de parte no sea pleno, en cuanto el tribunal conserva aquella potestad e incluso la parte puede informar al tribunal de que concurre causa para su ejercicio. Por otra parte, la concurrencia sobrevenida de cuestiones procesales permite plantearlas como cuestiones incidentales de previo pronunciamiento (art. 391 LEC).

4º) Preclusiones relativas a la aportación de determinados medios de prueba (arts. 269, 270 y 271 LEC), a la proposición de medios de prueba (arts. 429, 286 y 433.1 LEC) y a su práctica.

5º) Preclusión de la posibilidad de hacer valer en los recursos la infracción de normas y garantías procesales, por falta de denuncia de la infracción en tiempo oportuno (arts. 459, 469.2 LEC)<sup>7</sup>.

6º) Preclusiones referidas a la preparación y al desarrollo de la actividad procesal en los recursos.

De todas estas aplicaciones de la preclusión, esta ponencia tratará de las dos primeras, es decir de las relativas a la formulación de peticiones sobre el fondo y de las alegaciones destinadas a influir en el sentido estimatorio o desestimatorio del pronunciamiento sobre aquellas peticiones.

### III. LA DEMANDA COMO MOMENTO PRECLUSIVO ORDINARIO PARA LA FORMULACIÓN DE LAS ALEGACIONES Y DE LAS PETICIONES DEL ACTOR.

La demanda (su presentación) constituye el momento ordinario de preclusión para las peticiones y alegaciones del actor.

Esta conclusión se funda en dos normas directas -los arts. 400 y 412 LEC-. También tiene su base en la norma que determina el contenido del acto de demanda (art. 399 LEC) y en las normas que posibilitan una modificación de ese contenido. En efecto, la modificación que estas normas posibilitan, o es limitada -como la de las alegaciones complementarias y aclaratorias (arts. 426.1, 2 y 3 LEC)-, o está sólo abierta en circunstancias excepcionales -como es el caso de las alegaciones

---

<sup>7</sup> Sobre la preclusión relacionada con la denuncia de las nulidades procesales, LOZANO-HIGUERO PINTO, M., "Apuntes sobre la preclusión y su función saneadora de las nulidades procesales", en *Justicia*, 1986, IV, pág. 845-861.

ampliatorias (arts. 286 y 426.4 LEC)-, de lo que se deduce que el momento ordinario y normal de formulación es el acto de demanda.

Por otra parte, esta regla general es distinta para el juicio ordinario y para el juicio verbal, por la diferente regulación del contenido de las respectivas demandas (arts. 399 y 437 LEC) y por unas posibilidades de alegación del actor sólo previstas para el juicio verbal (art. 443.1 LEC: exposición por el demandante de los fundamentos de lo que pida).

Tanto para intentar una aclaración de esta diferencia, como para puntualizar la distinta calidad de las alegaciones que ha de contener la demanda -que puede repercutir en el tratamiento legal de posibilidades posteriores de modificación- conviene recordar, previamente, algunas cuestiones relativas al objeto del proceso -cuya determinación corresponde al actor- y, sobre todo, a uno de sus elementos: la causa de pedir.

## **1. Elementos que integran el objeto del proceso. Causa de pedir, hechos constitutivos de la pretensión procesal y otros hechos relevantes para influir en el sentido del pronunciamiento de fondo.**

### **A) *Los elementos de la pretensión procesal. La petición.***

Los elementos que componen la pretensión procesal, como objeto del proceso<sup>8</sup>, son la petición que se dirige al órgano jurisdiccional y lo que se alega o afirma como fundamento de dicha petición.

Estos elementos se corresponden con los que se determinan, con diversa precisión, en algunos preceptos como factores de identificación del proceso en cuanto a su objeto.

1) En la demanda se contienen peticiones de pronunciamientos judiciales, fundadas en hechos y en fundamentos jurídicos, que también se alegan en aquella (arts. 399 y 400 LEC).

2) La reconvencción habrá de expresar la concreta tutela pretendida (art. 406 LEC).

---

<sup>8</sup> La bibliografía sobre el objeto del proceso civil es desbordante. Lo que expongo a continuación en el texto es parte del resultado de una reflexión personal que ya publiqué en 1989, en *Derecho jurisdiccional*, I-1, obra en colaboración con otros autores, pág. 137-155, y que sustancialmente mantengo en *Derecho procesal civil*, Pamplona, 2000, (con JUAN, BONET, BELLIDO, CUCARELLA y MARTÍN), pág. 249-270. Para esa reflexión tuve principalmente presentes -además de las obras generales de GÓMEZ ORBANEJA, GUASP, RAMOS, DE LA OLIVA y FERNÁNDEZ LÓPEZ- GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Madrid, 1943, pág. 327-348; SERRA, M., en *Comentarios al Código Civil* (dirigidos por. ALBALADEJO), XVI-2, Madrid, 1981, pág. 662-682; GUASP, J., *La pretensión procesal*, Madrid, 1981 (reimpresión); GUASP, J., *Juez y hechos en el proceso civil*, Barcelona, 1943; BERZOSA FRANCOS, M.<sup>a</sup> Victoria, *Demanda, «causa petendi» y objeto del proceso*, Córdoba, 1984 (de gran interés por el cuidadoso estudio de la jurisprudencia). A estas indicaciones bibliográficas añadiría ahora las aportaciones de TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La compensación en el proceso civil*, Madrid, 1988, *La reconvencción*, Valencia, 1994, "Efectos objetivos de la cosa juzgada", en *Efectos jurídicos del proceso*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 206-225, y la obra sobre concurrencia de acciones que citaré después; y de ARMENTA DEU, T., *La acumulación de autos*, Madrid, 1997 (hay primera edición de 1982).

3) Las pretensiones de la demanda y de la reconvencción, sobre las que se forma la cosa juzgada, se fundamentan en determinados hechos (art. 222.2 LEC).

4) Lo que se pide en la demanda se fundamenta en determinados hechos y fundamentos de Derecho, que han de ser alegados en la demanda, a riesgo de preclusión (art. 400 LEC).

Es posible entrever en estas disposiciones los dos elementos del objeto del proceso: la petición -también denominada, en la doctrina y en la práctica, *petitum*-, el fundamento de esa petición, también designado como *causa petendi*.

En la petición o *petitum* hay que distinguir un doble componente: la petición u objeto inmediato de la pretensión y aquello a lo que la petición se refiere u objeto mediato de la pretensión procesal.

La petición contenida en la pretensión procesal tiene, como objeto inmediato, la solicitud de una cierta actuación jurisdiccional. En el proceso de declaración específicamente tal actuación puede consistir en alguna de las modalidades de tutela jurisdiccional previstas (con mayor o menor precisión) por el ordenamiento jurídico y que el juez concede en los casos concretos.

Como ahora dispone expresamente el art. 5 LEC, las clases de tutela jurisdiccional que pueden pedirse en el proceso de declaración son: a) Condena, es decir, declaración de un deber de prestación y mandato de cumplirlo (si no hay cumplimiento puede iniciarse proceso de ejecución); b) Mera declaración: declaración jurisdiccional, con valor de cosa juzgada, respecto a una cierta relación jurídica; c) Constitución: creación, modificación o extinción de una relación jurídica mediante un pronunciamiento jurisdiccional.

La clase de tutela jurisdiccional pedida es, en principio, un factor relevante para la identificación del objeto del proceso. Una pretensión mero declarativa o constitutiva se diferencian, a pesar de su conexión, de la pretensión de condena a cumplir las obligaciones declaradas o creadas por la estimación de aquellas pretensiones. Con la misma relación o situación jurídica como objeto mediato de la pretensión procesal puede haber diversidad de peticiones y, consiguientemente, diversidad de objetos procesales en atención a la diferente petición de tutela jurisdiccional que en cada caso se formule.

La tutela jurisdiccional no se pide en el vacío, sino respecto a un determinado bien jurídico, entendida esta expresión en sentido amplio. Ese bien jurídico constituye el objeto mediato de la pretensión.

El objeto mediato de las pretensiones de condena es una prestación en el sentido del Derecho privado. Ésta presenta, como es sabido, varias modalidades (arts. 1.088, 1.094 a 1.099 CC): hacer, no hacer, dar una cosa específica, o cosas genéricas o -de gran importancia, por su frecuencia en la realidad procesal- una cantidad de dinero. La cosa o la conducta a la que se refiere la prestación respecto a la que se pide condena, debe ser determinada cualitativamente y, en su caso, cuantitativamente.

El objeto mediato de las pretensiones declarativas y constitutivas consiste en la situación o relación jurídica, estado jurídico o algún elemento de los anteriores, o en el

negocio o acto jurídico (o alguno de sus componentes), sobre los cuales se pide, respectivamente, la declaración de existencia, inexistencia o esencia, o la creación, modificación o extinción.

**B) La causa de pedir.**

Para que la pretensión procesal pueda cumplir la función identificadora que es propia de la noción de objeto del proceso, es necesario un segundo componente: la causa de pedir.

Una misma petición (o peticiones iguales y aparentemente idénticas) puede estar fundada en diferentes causas de pedir, de modo que, si nos limitáramos a considerar el elemento “petición” no resultaría una plena identificación de la pretensión procesal objeto del proceso, ni sería posible distinguirla de pretensiones que, fundadas en causa distinta, contengan una misma petición.

La causa de pedir es un conjunto de hechos jurídicamente relevante para fundar la petición.

Con ello se destaca, en primer término, que la causa de pedir no consiste en normas o principios jurídicos, en construcciones o calificaciones jurídicas. La razón es que estas entidades son por sí mismas una abstracción referible a una plural diversidad de hechos de la vida social y, por tanto, no son aptas para identificar la causa de pedir concreta de una determinada petición.

Respecto a una petición de condena a pagar 250.000 pesetas, alguna identificación produce la simultánea alegación de que se funda en ser el precio debido por una compraventa o la renta mensual debida por un arrendamiento. Pero inmediatamente surge la duda: ¿de qué compraventa entre todas las que pueden existir con precio de 250.000 pesetas?, ¿de qué arrendamiento?

La causa de pedir debe consistir, pues, en hechos históricos, en acontecimientos concretos de la vida social.

Queda excluido, en consecuencia, que formen parte de la causa de pedir los argumentos (que no son hechos, sino construcciones intelectuales) y los medios de prueba (que son instrumentos para demostrar los hechos). La identidad o diferencia de estos elementos no influye en la solución de los problemas derivados de la identificación del objeto del proceso.

Ahora bien, tampoco cualesquiera hechos integran la causa de pedir. Es obvio, en primer término, que no la integran los hechos jurídicamente irrelevantes o indiferentes, puesto que estos hechos carecen de trascendencia para distinguir o delimitar realidades a las que se vinculan consecuencias jurídicas.

Por ejemplo: si se afirma que, para preparar la compraventa al pago de cuyo precio se pretende una condena, las partes usaron los servicios de un agente de la propiedad inmobiliaria, este último hecho no forma parte de la *causa petendi*, aunque pueda tener interés en el proceso, a los efectos, p. ej., de citar al corredor de fincas como testigo.

Este mismo ejemplo sirve para meditar que la relevancia o irrelevancia jurídica de los hechos está en función de la petición formulada: piénsese en que se pidiera condena al pago de la retribución por el contrato de corretaje.

Debe tratarse, pues, de hechos concretos jurídicamente calificables (pero cualquiera sea el punto de vista jurídico desde el que puedan ser calificados) que funden la petición formulada en la pretensión procesal.

Entiendo que ésta es una postura equilibrada respecto de la cuestión sobre si lo decisivo para identificar la *causa petendi* son los hechos o la calificación jurídica.

Ahora el art. 218.1, párrafo tercero LEC determina que “el tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso, aunque no hayan sido acertadamente citadas o alegadas por los litigantes”. A pesar de la mención alternativa de los fundamentos de hecho o de Derecho, lo cierto es que los fundamentos de Derecho tienen una limitada eficacia identificativa -distinguen una compraventa de un arrendamiento, pero no una compraventa de otra compraventa-. Cuestión distinta es que se admita como alegación la de una compraventa como negocio jurídico concreto, en vez de exigir la narración de los hechos con los que se contrajo el negocio que, luego, se califica de compraventa. En cualquier caso, siempre hemos de contar con hechos concretos -más o menos detallados- jurídicamente relevantes.

**C) *Hechos constitutivos de la pretensión procesal y hechos identificadores de la causa de pedir. Proyección de esta distinción sobre las diferentes clases de pretensiones procesales.***

Dentro de los hechos jurídicamente relevantes es todavía necesario introducir una nueva distinción, porque no todos los hechos de esa clase tienen importancia para identificar la causa de pedir, y, con ello, la pretensión procesal.

Con diferente terminología suele distinguir, a estos efectos, la doctrina entre dos clases de hechos:

1) Por un lado, los hechos constitutivos de la pretensión, como conjunto de hechos necesarios y suficientes, que, si son alegados y probados, conducen a la estimación de la pretensión.

2) Por otro lado, los hechos, que también forman parte del conjunto acabado de indicar, pero que, con carácter lógicamente previo a la función de fundamentar la pretensión en el sentido de apoyar su estimación, desarrollan una función delimitadora, individualizadora, identificadora de la pretensión procesal en cuanto a su elemento de “causa de pedir”.

Sólo los hechos de esta última clase integran la causa de pedir, como elemento identificador de la pretensión procesal, del objeto del proceso. Sin duda el actor tiene la carga de alegar y probar todos los hechos constitutivos si no quiere ver desestimada su pretensión, pero antes de suscitarse la cuestión sobre estimación o no de la pretensión, se plantea la de saber de qué pretensión se trata y para este problema de identificación no todos los hechos constitutivos son importantes.

Dos ejemplos ayudarán a aclarar lo expuesto:

1) Se pacta la compraventa de cierta cosa por 3.000.000 pesetas, aplazando el pago del precio en 24 mensualidades. Tres meses después de la entrega de la cosa, el vendedor presenta

demanda pidiendo se condene al comprador el pago de la totalidad del precio. La pretensión estará completamente identificada (condena al pago del precio de esta compraventa), pero será desestimada por faltar el hecho constitutivo de la exigibilidad del precio (que fue aplazado), salvo que se entienda que puede ser estimada en calidad de condena a prestación futura.

2) A presenta demanda pidiendo que se condene a B a poner a su disposición determinada vivienda, alegando que B le hizo donación de la misma. La pretensión está identificada, aunque falte el hecho constitutivo (tratándose de donación de inmuebles: art. 633 CC) de constar en escritura pública la donación y aceptación. Si este hecho no se alega y se prueba, la pretensión (existente e identificada) será desestimada.

La observación de que no todo hecho constitutivo es relevante para la identificación de la causa de pedir y forma parte de ella, puede ser desarrollada considerando las diversas clases de pretensiones, para determinar cuáles son los hechos identificadores que forman la causa de pedir en cada una de ellas.

De modo muy resumido cabe apuntar que:

1º) Las pretensiones de condena que se justifiquen en la existencia de un derecho de obligación tienen su causa de pedir en el conjunto -y en cada conjunto- de hechos concretos que dan lugar al nacimiento y adquisición del correspondiente derecho. Similarmente ocurre con las pretensiones meramente declarativas referidas a derechos de esta naturaleza.

2º) Para las pretensiones de condena y declarativas justificadas en un derecho real la solución es distinta. El derecho real una vez adquirido, cualquiera sea el título en virtud del cual haya sido adquirido y mientras no se extinga, es uno y el mismo. Además impone un deber de respeto a todas las personas, no sólo a quien lo transmitió y por el hecho de la transmisión (incluso la transmisión no es necesaria, pues el derecho real puede adquirirse originariamente). Esto conduce a que carezcan de relevancia identificadora de la causa de pedir los hechos que originan el nacimiento y adquisición del derecho real.

Piénsese en la “acción reivindicatoria”, que supone una pretensión de condena, justificada o amparada en el derecho (real) de propiedad. Basta la alegación de ser el propietario actual de la cosa reivindicada para que la causa de pedir quede identificada. Que esa propiedad se adquiriera por usucapión, legado, donación o compraventa (más la *traditio*, en su caso) y precisamente por este legado, esta donación o esta compraventa, no integra diferentes causas de pedir, porque el actor no pretende que se condene a entregar la cosa en virtud del hecho constitutivo de una obligación, respectivamente, del heredero, donante o vendedor, sino por el hecho de su actual propiedad sobre la cosa, lesionada por uno de todos los que tienen el deber de respetarla.

La causa de pedir se integra, pues, por la alegación de la titularidad actual del derecho real y la alegación del contenido de ese derecho (propiedad o servidumbre o usufructo, etc.). Con esto y la identificación de la cosa sobre la que recae el derecho, la pretensión está individualizada.

Otra cosa es que no haya otra manera de probar ese «actual derecho real sobre una cierta cosa», más que la de alegar y probar un título por el que tal derecho se adquirió. Sin embargo, cualquiera que sea el título que se alegue, continuará siendo idéntica la pretensión objeto del proceso. En consecuencia, en esta clase de

pretensiones, el título adquisitivo pertenece a los hechos constitutivos de la pretensión, pero no identificadores de la causa de pedir.

3º) En el caso de pretensiones declarativas de carácter negativo, la inexistencia o nulidad de la relación jurídica o del negocio jurídico pueden ser debidas a diferentes hechos (jurídicamente calificables), suficientes cada uno de ellos para fundarlas y, en algunos casos, posiblemente concurrentes varios de ellos para fundar una misma petición.

Por ejemplo: una relación jurídica puede declararse no existente porque no se constituyó o porque se extinguió, y esto último por cumplimiento, por resolución o por otras causas; un negocio jurídico puede ser nulo por falta de consentimiento, de objeto o de causa, o por ser ilícitos el objeto y la causa, etc.

La cuestión es, entonces, la siguiente: ¿Cada conjunto de hechos que constituye por sí mismo presupuesto para la declaración negativa, integra una causa de pedir diferente y, por tanto, una pretensión diferente? ¿O la afirmación de la inexistencia o nulidad de la relación o negocio jurídico determinado como objeto mediato de la pretensión es suficiente para completar la identificación de ésta, de manera que cada hecho determinante de la inexistencia o la nulidad sería constitutivo de la pretensión pero no identificador?

Hay una razón para no acoger, de entrada, una solución similar a la de las pretensiones justificadas en un derecho real: así como carece de lógica la afirmación simultánea de varios títulos adquisitivos respecto a un mismo derecho real, es perfectamente posible la concurrencia de varias causas de nulidad de una misma relación o de un mismo negocio jurídico, por lo que no cabe excluir, en principio, la posibilidad de examen de cada una, incluso en procesos simultáneos o sucesivos.

4º) En las pretensiones constitutivas dirigidas a crear o modificar relaciones o estados jurídicos la causa de pedir está integrada por el conjunto de hechos al que legalmente se vincula el efecto constitutivo.

5º) Para las pretensiones constitutivas de carácter extintivo cada conjunto de hechos concretos sustentador de cada una de las diferentes causas legales determinantes de la anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, etc., de un mismo negocio, relación o estado jurídico, pueden considerarse como integrantes de una diferente causa de pedir.

Por ejemplo: las diferentes causas de indignidad para suceder (art. 756 CC); la anulación de un contrato por error, dolo, violencia o intimidación o incapacidad de un contratante; revocación de donaciones por las causas del art. 644 CC, por incumplimiento de cargas (art. 647 CC) o por ingratitud (art. 648 CC); diferentes causas de resolución de un arrendamiento (p. ej., para uno sometida a la LAU, arts. 27 y 28 de esta Ley). Es conveniente insistir en que no se trata sólo de distinguir causas legales, sino que dentro de cada una de éstas, cada hecho concreto suficiente para sustentarla, constituye una causa de pedir distinta.

Las consecuencias de este modo de identificar la causa de pedir son las siguientes: alegadas varias causas (para una misma petición) en un mismo proceso, habría acumulación; alegadas tales causas en varias demandas iniciadoras de procesos simultáneos no habría litispendencia; y, sobre todo, desestimada la pretensión para la que se adujo una de las causas, no habría cosa juzgada respecto a la pretensión fundada

en alguna de las otras causas concurrentes, alegables pero no alegadas en el primer proceso.

Ciertamente este modo de identificar la causa de pedir entra, genéricamente, en contradicción con el valor de la seguridad jurídica -que, con otros, fundamenta la cosa juzgada- por cuanto posibilita -hasta que la pretensión es estimada por una de las causas de pedir- la reiteración de pretensiones respecto de la misma relación o el mismo negocio jurídico. Pero esta contradicción no era razón para negar la existencia de causas de pedir diferenciadas -representativas de intereses protegidos por el Derecho-, ni para postular *lege data* un tratamiento que excluyera la posibilidad de hacerlas valer en otros procesos<sup>9</sup>. La situación va a cambiar con el art. 400 de la nueva LEC.

**D) *Otros hechos relevantes para influir en el sentido del pronunciamiento de fondo.***

De los hechos constitutivos de la pretensión procesal aun deben ser distinguidos otros hechos que, sin tener relevancia directa para el sentido estimatorio del pronunciamiento, tienen una relevancia indirecta que hace admisible su alegación y posterior prueba.

Me refiero, en primer término, a los hechos-base para la construcción de una presunción judicial, que, aun no siendo directamente relevantes porque esta cualidad corresponde a los hechos presuntos, habrán de ser alegados para que, con fundamento en su admisión por la contraparte o en su prueba (art. 386.1 LEC), pueda construirse el razonamiento presuncional.

Por otro lado están los hechos que adquieren relevancia porque su demostración permite apreciar el valor probatorio de un medio de prueba: los hechos influyentes en la adveración de documentos cuando se impugna su autenticidad (arts. 320, 322 y 326 LEC), en la fiabilidad del dictamen del perito (las tachas previstas en el art. 343 LEC, pero no sólo, sino también, por ejemplo, poner de relieve circunstancias de las operaciones periciales que pongan en entredicho el fundamento del dictamen), la credibilidad de la declaración del testigo (tachas previstas en el art. 377 LEC e información que el testigo debe dar acerca de la razón de ciencia -art. 370.3 LEC-).

**2. *Carga de aducir en la demanda de juicio ordinario la pretensión procesal y todas las causas de pedir para la misma existentes y conocidas.***

Partiendo de lo dicho, en la demanda de juicio ordinario existe la carga de aducir, a riesgo de preclusión, la pretensión procesal con su doble componente:

1º) Petición: “se fijará con claridad y precisión lo que se pida” (art. 399.1 LEC).

2º) Causa de pedir, cuya alegación está indudablemente incluida en la exposición “numerados y separados de los hechos y los fundamentos de derecho” (art. 399.1, 3 y 4 LEC).

---

<sup>9</sup> En el mismo sentido DE LA OLIVA SANTOS, A., *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991, pág. 88-89.

Está incluida la *causa petendi* no sólo porque el fundamento identificador de la pretensión es lógicamente previo a las alegaciones para su estimación, sino porque no hay otra posibilidad ordinaria para formular alegaciones.

Como apunté al principio del apartado 3, la preclusión con la demanda de la formulación de la pretensión procesal, se deduce principalmente del art. 412.1 LEC y de la interpretación sistemática del precepto que establece la carga de proponer esa pretensión, con los preceptos que regulan la posibilidad de modificarla sólo de manera limitada o excepcional.

Pero a esta ordenación, que no es sustancialmente distinta a la de la LEC de 1881, la nueva LEC añade otra norma expresa de preclusión en el art. 400.

Dispone ese artículo: “1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.

A mi juicio, esta norma no es un simple desarrollo ilustrativo de la norma de preclusión expresa o implícita en que la pretensión procesal -y, por lo tanto, todos los elementos que la integran e identifican, incluida la causa de pedir- ha de formularse en la demanda.

Supone, por el contrario, un *plus* normativo respecto de la misma, en el sentido de que extiende el efecto jurídico de la preclusión a elementos que podrían constituir pretensiones procesales diferentes a la interpuesta, pero que igualmente perderán su eficacia si no son hechos valer en la demanda del proceso que se ha iniciado.

En concreto, el art. 400 -con las matizaciones que establece- determina la preclusión:

1º) de todos los hechos que, bajo las diversas calificaciones jurídicas posibles, determinarían la inexistencia o nulidad de la relación jurídica, derecho, estado jurídico o negocio jurídico, cuya declaración ha sido pedida en la demanda del proceso iniciado.

2º) De todos los hechos que, bajo las diversas calificaciones jurídicas posibles, sustentarían alguna de las causas legales determinantes de anulabilidad, resolución, rescisión, revocación, etc., de una relación jurídica, derecho, estado jurídico o negocio jurídico, respecto del cual en la demanda haya sido pedido un pronunciamiento constitutivo de carácter extintivo.

3º) De todos los hechos que pudieran integrar una causa de pedir distinta para una acción concurrente con la que se ejercita en la demanda presentada. Me refiero a los supuestos de concurso de acciones distintos a los que se encuadran en los dos primeros apartados. En efecto, el concurso de acciones supone unos hechos

parcialmente idénticos o comunes, la posibilidad de varias calificaciones jurídicas según los hechos diferenciales que sean destacados en la alegación, y, en fin, que la consecuencia jurídica derivada de los hechos es sólo una desde un punto de vista práctico o de utilidad, de modo que si el actor ve estimada su petición aduciendo una de las posibles configuraciones de la *causa petendi*, ni le interesa, ni puede obtener nueva tutela con base en las otras configuraciones de la misma. Además de en las pretensiones declarativas negativas y en las constitutivas extintivas, el fenómeno del concurso de acciones se manifiesta en otros casos, destacadamente el de concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual como fundamento de pretensiones de condena a indemnizar daños y perjuicios<sup>10</sup>.

En cambio, el art. 400 no es esencialmente necesario para entender producida la preclusión -en su caso con posibles excepciones posteriores- de otros elementos que, de una u otra forma, han sido implicados en la cuestión de la identificación del objeto del proceso. Me refiero concretamente a los siguientes:

1º) Los diferentes títulos de adquisición de un derecho real, que no integran la causa de pedir de una pretensión jurídicamente amparada en esa clase de derecho, sino un hecho constitutivo para la estimación de la pretensión. Aun sin el art. 400 LEC había razones para excluir un proceso simultáneo o posterior en el que la única diferencia fuera un título de adquisición no hecho valer en el proceso primeramente iniciado.

2º) Planteamientos jurídicos del caso diferentes al sostenido en el proceso primeramente iniciado, siempre que no estén acompañados de alegaciones de otros hechos o de formulación de otras peticiones. Es decir: el mero y estricto cambio de punto de vista jurídico, que no impediría constatar la identidad del objeto procesal a efectos de litispendencia y de cosa juzgada. Quedan comprendidos aquí los supuestos de concurso de normas (o de leyes) en los que los hechos son idénticos y fundan una misma petición, pero pueden ser jurídicamente calificados con arreglo a diferentes normas, porque son subsumibles por igual en los supuestos de hecho abstractos de las mismas. Como sólo varía la calificación jurídica no hay, de acuerdo con lo dicho, diversidad de objetos de proceso.

Sin embargo, el art. 400 tendrá, incluso respecto a estos últimos aspectos comentados, una gran trascendencia práctica.

---

<sup>10</sup> Sobre el concurso de acciones y de normas véase, en la literatura española, GÓMEZ ORBANEJA, E., “Concurso de leyes y concurso de acciones en Derecho Civil”, *Revista de Derecho Privado*, 1946, pág. 705 y siguientes; SÁNCHEZ VÁZQUEZ, J., “La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana”, *Revista de Derecho Privado*, 1972, pág. 966-986; FUENTES PÉREZ, A., “Conjunción de responsabilidad contractual y extracontractual provenientes del mismo hecho”, *Revista de Derecho de la Circulación*, 1965, pág. 522-535; SOTO NIETO, F., “Conjunción de responsabilidades contractual y aquiliana. Problemática frente al sistema objetivista incorporado a la Ley sobre uso y circulación de vehículos a motor”, *RD Circulación*, 1969, pág. 522-537, 1970, pág. 1-21; GARCÍA VALDECASAS, G., “El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y vehículos en el Derecho español”, *Revista de Derecho Privado*, 1962, pág. 831-849. De gran interés, CAVANILLAS MUGICA, S., TAPIA FERNÁNDEZ, I., *La concurrencia de la responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992.

Las dudas teóricas que puedan permanecer abiertas en cuanto a los elementos que identifican el objeto, particularmente en cuanto a la incidencia de la calificación jurídica en la identificación de la causa de pedir<sup>11</sup>, repercuten en la práctica jurídica con una intensidad mayor, habida cuenta de que el apremiante imperativo de adoptar una decisión, no permite alcanzar siempre la máxima seguridad de acierto teórico.

En este contexto es previsible que el art. 400 LEC sea invocado para justificar preclusiones que, según hemos expuesto, no precisan de la norma que formula ese artículo, pero que encuentran en la misma un argumento *a fortiori*.

### **3. Carga de aducir en la demanda de juicio ordinario todos los hechos constitutivos para la estimación de la pretensión.**

En el juicio ordinario el acto de demanda es la oportunidad de asumir la carga de alegación del actor relativa no sólo a los hechos identificadores de la *causa petendi* sino también respecto a los hechos simplemente constitutivos, es decir aquellos hechos cuya alegación -y posterior prueba o fijación por otra vía- es necesaria para que la pretensión pueda ser estimada en la sentencia.

Con posterioridad a la demanda sólo se admitirán, como veremos en su momento, modificaciones no esenciales en los hechos alegados o excepciones a la preclusión de esas alegaciones por desconocimiento de los hechos o por novedad de los mismos. A diferencia del juicio verbal (art. 443.1 LEC), no está prevista en el juicio ordinario, después de la demanda, ninguna posibilidad ordinaria de que el demandante exponga los fundamentos de lo que pide.

### **4. Las preclusiones ligadas a la demanda del juicio verbal.**

Para la demanda del juicio verbal el art. 437.1 LEC sólo establece que “se fijará con claridad y precisión lo que se pida”. Coherentemente el art. 443.1 LEC dispone que “La vista comenzará con exposición por el demandante de los fundamentos de lo que pida o ratificación de los expuestos en la demanda si ésta se hubiera formulado conforme a lo previsto para el juicio ordinario”.

El segundo inciso de este último artículo sorprende porque -salvo error mío- no hay ningún caso en que, por disposición legal, la demanda del juicio verbal esté sujeta a las normas sobre contenido de la demanda del juicio ordinario. Siendo así, parece que la norma que expresa este inciso establezca una facultad para el actor de dotar a la demanda de un mayor contenido que el previsto por la ley para la demanda del juicio verbal. Pero, en tal caso, hay que entender igualmente que el actor conserva intacta la posibilidad de complementar la fundamentación en el acto de la vista, sin sujetarse a los especiales requisitos aplicables si se trata de excepciones a una preclusión previa.

Pero el problema principal no es el que podemos llamar “contenido máximo” de la demanda de juicio verbal, sino más bien el de su contenido mínimo.

---

<sup>11</sup> Sobre esta cuestión en una perspectiva práctica, MUÑOZ JIMÉNEZ, F.J., “Actos de las partes delimitadores del objeto del proceso: demanda, contestación, réplica, dúplica, escrito de ampliación y conclusiones”, en *El objeto del proceso civil*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 179-193.

No es dudoso que en la demanda de juicio verbal no existe la carga de alegar todos los hechos que fundarán la estimación de la petición formulada -es decir: los hechos constitutivos-, pero la limitada mención de la “petición” en el art. 437.1 conduce, en principio, a dudar incluso de si existe la carga de alegar, como mínimo, aquellos hechos que, por integrar la causa de pedir, identifican la pretensión procesal.

A mi juicio, esta carga existe, con las consecuencias preclusivas que están ligadas a la falta de haberla asumido. Las razones, además de las que tienen que ver con la necesidad de tal alegación para posibilitar la preparación de la defensa del demandado, son las siguientes:

1ª) La determinación de la adecuación del juicio verbal para tramitar la pretensión interpuesta precisa partir del conocimiento de la causa de pedir (art. 250 LEC) y el juez ha de estar en condiciones de resolver sobre la misma desde el momento de la interposición de la demanda (art. 254 LEC).

2ª) Un razonamiento similar puede hacerse con la acumulación de acciones: la comprobación de sus especiales requisitos de admisión en el juicio verbal requiere conocer la causa de pedir (art. 438.3 y 4 LEC) y el juez ha de controlar la regularidad de la acumulación antes de la admisión de la demanda (art. 73.4 LEC).

3ª) Aunque el actor no asista a la vista -y, consiguientemente, no complete su demanda inicial- el demandado puede alegar interés legítimo en la continuación del proceso para que se dicte sentencia de fondo (art. 442.1 LEC), lo que presupone que estaba propuesta una pretensión con su fundamento, sobre la cual se formará la cosa juzgada (art. 222.1 y 2 LEC).

En conclusión, la demanda es, también en el juicio verbal, el momento preclusivo ordinario para la formulación de la pretensión procesal, incluida la causa de pedir.

Por lo demás, entiendo que la preclusión del art. 400 LEC es también aplicable en el juicio verbal y se produce, como en el ordinario, con la presentación de la demanda.

Es cierto que en el régimen del juicio verbal no hay ninguna disposición que expresamente se remita al art. 400 LEC. Pero, atendida la *ratio* del precepto, no hay razón para excluir su aplicación en general.

Finalidad de ese precepto es reducir la litigiosidad mediante la inducción a debatir en un único procedimiento todas las causas (conjuntos de hechos jurídicamente relevantes) que concurren para fundar una misma petición, con lo que se evita el eventual “goteo” de pretensiones más arriba aludido<sup>12</sup>. Esta es una finalidad general del proceso de declaración, que no admite distinciones en función de que éste deba tramitarse como ordinario o verbal.

---

<sup>12</sup> *Lege ferenda* sobre la justificación de un precepto de preclusión para estos casos, DE LA OLIVA, A., *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991, pág. 87, 98-99. Ya sobre la razón de ser del precepto en el borrador de la nueva LEC, véase TAPIA FERNÁNDEZ, I., “El objeto del proceso: su fijación en los actos de alegaciones”, en *Jornadas nacionales sobre el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, Ponencias*, Murcia, 1997, pág. 140

Cosa distinta es que, atendida la naturaleza de la *causa petendi*, el juicio verbal no resultara adecuado para la tramitación de una pretensión que tuviera aquella causa como fundamento. Por ejemplo: pretendida la resolución de un contrato de arrendamiento por falta de pago de renta -para lo que es adecuado el juicio verbal (art. 250.1.1º LEC)-, no precluirían, aun concurriendo, las causas de resolución de subarriendo in consentido, obras in consentidas y otras prevista en el art. 27 LAU, porque para las pretensiones correspondientes es adecuado el juicio ordinario (art. 249.1.6º LEC).

Ahora bien, la exclusión de la preclusión prevista en el art. 400 LEC por la razón de que la *causa petendi* no aducida no puede -por inadecuación del procedimiento o por otra cuestión procesal- hacerse valer de modo admisible en el proceso iniciado por la demanda, no es una situación que sólo pueda surgir en el juicio verbal. También en el juicio ordinario puede plantearse.

En realidad es el límite a esta norma de preclusión que se expresa en el apartado 1 del artículo, cuando ciñe su efecto a aquellos fundamentos que “puedan invocarse al tiempo de interponerla (la demanda)”.

#### IV. LA AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA COMO EXCEPCIÓN A LA PRECLUSIÓN. SOBRE LA AMPLIACIÓN DE LA DEMANDA EN EL JUICIO VERBAL.

La primera oportunidad de modificar la demanda inicial y, además, con gran amplitud, la tiene el actor después de su presentación y hasta el momento en que la demanda haya sido contestada por el demandado.

Se trata de la ampliación de la demanda que autoriza el art. 401 en los siguientes términos:

“1. No se permitirá la acumulación de acciones después de contestada la demanda.

2. Antes de la contestación podrá ampliarse la demanda para acumular nuevas acciones a las ya ejercitadas o para dirigirlas contra nuevos demandados. En tal caso, el plazo para contestar a la demanda se volverá a contar desde el traslado de la ampliación de la demanda.”

Si bien no puede negarse que esta es una primera excepción a la preclusión producida con la propia presentación de la demanda, diverge considerablemente de las excepciones que se examinarán posteriormente.

No tiene limitaciones a la amplitud de las innovaciones objetivas y subjetivas que produce en el proceso, a diferencia de lo que ocurre con las alegaciones aclaratorias y complementarias.

Su admisión no depende de circunstancias de novedad de hechos o de su descubrimiento, como ocurre con las alegaciones ampliatorias de hechos.

Su admisión no tiene más condicionamientos que los que rigen la acumulación de acciones (arts. 71-73 LEC), que, con la ampliación, en lugar de producirse en la propia demanda, se produce en el trámite posterior de la ampliación.

No puede decirse que la posibilidad de producir la ampliación de la demanda no lleve aneja una carga procesal. En efecto, si el actor no realiza la ampliación antes de la contestación, pierde esta oportunidad de introducir nuevos objetos procesales para

su tratamiento en el mismo procedimiento; ha de iniciar un proceso diferente y, en su caso, pedir acumulación.

Pero la carga no es tan onerosa como la vinculada a la falta de aprovechamiento de las otras posibilidades de alegación por excepciones a la preclusión producida por la demanda: en los casos de estas excepciones las alegaciones quedan marginadas del proceso en cuyo pronunciamiento de fondo son relevantes para influir.

La preclusión expresa establecida en el art. 400 LEC genera un problema importante en relación con la posibilidad de ampliación de la demanda.

Como se hizo notar en el apartado 3, A, a diferencia de los diferentes títulos de adquisición del derecho real del que se pide tutela, los diversos conjuntos de hechos que -jurídicamente calificados- pueden fundar una misma petición de declaración negativa o un pronunciamiento constitutivo extintivo, tiene autonomía real como causa de pedir diferenciadas. Permiten identificar diferentes pretensiones procesales. Otra cosa es que el legislador -por comprensibles razones de política jurídica- establezca una carga para que todas las que concurren cuando se formule la petición, se hagan valer en la misma demanda.

A mi juicio, sería sumar a lo anterior una injustificada restricción, no permitir que causas de pedir para la misma petición que no hubieran sido aducidas con la demanda, no pudieran ser hechas valer mediante ampliación de la misma. Se trata, en definitiva, de una acumulación de acciones<sup>13</sup> por incorporación de causas de pedir autónomas y diferentes a la inicialmente propuestas.

El párrafo segundo del art. 400.1 LEC puede fundar una argumentación en contra de esa posibilidad, porque entre las excepciones a la carga del párrafo primero no considera la ampliación de la demanda.

Ahora bien, casi tan innecesario es que el art. 400 LEC mencione la posibilidad de ampliación de la demanda, como las excepciones a las que expresamente sí que remite. Sin esa norma coexisten, en todo proceso, la posibilidad de ampliación de la demanda y las otras excepciones a la preclusión. La cita de estas últimas en el art. 400 LEC no está puesta para significar que la alegación de otras *causae petendi* mediante ampliación de la demanda no sea admisible, sino para reforzar que -a pesar de innovar un elemento esencial del objeto del proceso- esa alegación será admisible también si concurren los supuestos de excepción a la preclusión que el artículo cita.

La ampliación de la demanda no es admisible en el juicio verbal, salvo que pudiera realizarse un ajuste en el procedimiento que, en principio, la ley no ha previsto. Para posibilitar la defensa del demandado, presentada la ampliación habría que dar traslado de la misma al demandado y señalar nuevamente la vista, o, como mínimo -tal como ocurre con la reconvención (art. 438.1 LEC)- notificar la ampliación al demandado con cinco días de antelación a la celebración de la vista.

En defecto de estos tratamientos procedimentales se infringiría la prohibición de indefensión y el principio de igualdad en las posibilidades procesales de las partes.

---

<sup>13</sup> Así, para los supuestos en que las diversas causas de pedir se hubieran planteado en la misma demanda, DE PADURA BALLESTEROS, M.T., *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*, Madrid, 1998, pág. 259-264.

Por otra parte sería necesaria una interpretación muy especial del momento preclusivo para la posibilidad de ampliación, que, según el art. 401 LEC, es la contestación de la demanda, lo cual no podría admitirse en el juicio verbal, porque supondría que el actor pudiera ampliar la demanda hasta en el momento de completarla al principio de la vista.

V. LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA COMO MOMENTO PRECLUSIVO ORDINARIO PARA LA ALEGACIÓN DE LAS EXCEPCIONES MATERIALES POR EL DEMANDADO Y PARA LA FORMULACIÓN DE PRETENSIONES POR EL MISMO. REMISIÓN A LA PONENCIA SOBRE LA RECONVENCIÓN.

Es conveniente distinguir entre juicio ordinario y juicio verbal, ya que la preclusión se produce de modo distinto tanto para las defensas o excepciones materiales, como para la interposición de pretensiones procesales mediante reconvencción.

### 1. Juicio ordinario

La contestación a la demanda es el momento procesal ordinario para que el demandado formule sus defensas o excepciones materiales o de fondo.

Esta norma se expresa en el art. 412 LEC, aunque de modo incorrecto e incompleto, porque ni en la contestación se establece el objeto del proceso (art. 412.1 LEC), ni la única excepción a la regla que establece son las alegaciones complementarias (art. 412.2 LEC).

La norma también se deduce del art. 405.1 LEC, que establece la carga de exponer en la contestación “los fundamentos de su oposición a las pretensiones del actor, alegando las excepciones materiales que tuviere por conveniente”, y de los arts. 426 y 286 LEC que, respectivamente, sólo de manera limitada y excepcional admiten innovaciones en cuanto a los hechos expuestos en la contestación a la demanda.

A causa de esta norma de preclusión y del tratamiento de las defensas procesales por el que ha optado la LEC en el juicio ordinario, el principio de eventualidad es operativo en la contestación a la demanda de u doble modo:

1º) Las defensas o excepciones materiales o de fondo han de ser propuestas en la contestación, aunque se hayan formulado también excepciones procesales, que, caso de ser estimadas en la audiencia previa, darán lugar a la terminación del proceso.

2º) Las propias defensas materiales han de ser propuestas en acumulación eventual cuando sean contradictorias entre sí.

Además la contestación a la demanda es momento preclusivo para que el demandado incorpore nuevos objetos al proceso, interponiendo pretensiones procesales mediante reconvencción (art. 406 LEC). Pero en cuanto a esto y a las llamadas excepciones reconvenccionales (art. 408 LEC) hay que remitirse a la ponencia específica sobre la reconvencción.

La regla de preclusión del art. 400 LEC es aplicable a la demanda reconvenccional (art. 406.4 LEC). Hay que hacer, no obstante, dos advertencias:

1ª) Una cosa es que, si se quiere reconvenir, el art. 406.4 LEC imponga la carga de fundar la pretensión en todas las causas de pedir disponibles, y otra distinta, y que la ley no impone, la de que exista una carga de reconvenir si el demandado puede interponer pretensiones contrapuestas, pero conexas, con las pretensiones de la demanda principal.

2ª) Obviamente no será obstáculo para la aplicación del art. 400 que los requisitos de admisión de la reconvencción (art. 406 LEC) impidan hacer valer determinadas *causae petendi*; esto sólo significará que tales causas no quedarán afectadas por la preclusión, precisamente (art. 400.1 LEC) por no haber podido ser invocadas al tiempo de interponer la demanda (reconvencional).

Por otra parte, en la contestación a la reconvencción (art. 407 LEC) existen para el reconvenido las mismas preclusiones que acabamos de ver para el demandado. Las excepciones a tales preclusiones se van a dar ya de manera uniforme para todas las partes, como veremos en los apartados 6 y siguientes.

## 2. Juicio verbal

El momento ordinario para la proposición por el demandado de las defensas materiales o de fondo se sitúa dentro de la vista y después de la complementación de la demanda y, en su caso, después del rechazo de las excepciones procesales que el propio demandado hubiera podido plantear (art. 443.2 y 4 LEC). A diferencia del juicio ordinario, no es necesaria la acumulación eventual de las defensas materiales a las procesales, sino que aquéllas pueden ser admisiblemente propuestas tras el rechazo de éstas.

También es distinto al juicio ordinario el momento preclusivo de la reconvencción: ésta sólo será admisible si es anunciada por el demandado y notificada al actor con cinco días de antelación al de la vista (art. 438.1, párrafo segundo LEC). De este modo el reconvenido tiene una posibilidad de defensa similar a la del demandado ante la demanda inicial.

## VI. LAS ALEGACIONES COMPLEMENTARIAS Y ACLARATORIAS COMO EXCEPCIÓN A LA PRECLUSIÓN.

Alegaciones complementarias y aclaratorias es el nombre legal que el art. 426 LEC asigna a unas posibilidades de alegación que tienen las partes en la audiencia previa del juicio ordinario. Constituyen una excepción a la preclusión de alegaciones y peticiones producida en los actos de demanda, ampliación de la demanda, contestación, reconvencción y contestación a la misma, excepción concebida restrictivamente, porque sólo del modo limitado que veremos autorizan modificaciones en los elementos del debate introducidos mediante esos actos<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> Excepciones a la preclusión que no entran en el ámbito de esta ponencia -porque se refieren a cuestiones procesales-, pero que se producen en el mismo momento que las alegaciones que ahora comentamos, son las alegaciones del actor relativas al incumplimiento de requisitos procesales en la personación y contestación del demandado. La audiencia previa no sólo tiene por objeto debatir las defensas procesales del demandado (en su caso, del reconvenido frente a la demanda reconvencional) o las cuestiones de naturaleza procesal planteadas de oficio por el órgano jurisdiccional -también sobre éstas las partes habrán de formular alegaciones en el acto, necesariamente complementarias a las de su

El artículo no es directamente aplicable al juicio verbal, pero está justificado plantearse si, dejando a un lado las diferencias procedimentales, pueden admitirse en la vista del juicio verbal alegaciones similares.

Atendida la principal distinción que puede hacerse del contenido de los actos de alegación iniciales (demanda, contestación, etc.) conviene considerar separadamente las modificaciones admisibles en las pretensiones procesales y en las alegaciones relevantes para el sentido del pronunciamiento sobre las mismas.

### **1. Alegaciones que implican modificación de la pretensión procesal o de las pretensiones procesales objeto del proceso**

Se trata de alegaciones que suponen la introducción de más pretensiones procesales o la modificación de los elementos identificativos de las mismas, de modo que resulte una pretensión distinta (aunque sea parcialmente).

Las oportunidades más amplias para este tipo de alegaciones se han tenido en la ampliación de la demanda y en la reconvención, pero estas oportunidades han precluido cuando se ha cerrado el plazo de contestación. Se trata de considerar ahora en qué medida, con posterioridad a esta preclusión, son admisibles alegaciones que comporten las modificaciones dichas.

#### **A) Juicio ordinario**

Alegaciones de esas características son limitadamente admisibles dentro de la audiencia previa del juicio ordinario.

Los preceptos relevantes están en el art. 426 LEC: según su apartado 2 “podrán las partes (...) rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos”; y de acuerdo con su apartado 3 “si una parte pretendiere añadir alguna petición accesoria o complementaria de las formuladas en sus escritos, se admitirá tal adición si la parte contraria se muestra conforme. Si se opusiere, el tribunal decidirá sobre la admisibilidad de la adición, que sólo acordará cuando entienda que su planteamiento en la audiencia no impide a la parte contraria ejercitar su derecho de defensa en condiciones de igualdad”.

Debe advertirse, de entrada, que estas disposiciones, a pesar de la terminología de pretensiones y peticiones, no sólo están considerando las modificaciones en el objeto procesal en sentido estricto, puesto que se refieren a las modificaciones que intentan introducir ambas partes (no sólo el actor, en su caso, reconvencional), sino que afectan también a las objeciones frente a la demanda y a las excepciones en sentido estricto que el demandado propuso en la contestación.

---

demanda y contestación iniciales- sino también las alegaciones del actor relativas a incumplimiento de requisitos procesales en la personación y contestación del demandado. Así: 1) Cuando el actor aduzca en la audiencia defectos de capacidad o representación, que sean subsanables o susceptibles de corrección, se podrán subsanar o corregir en el acto y si no fuese posible en ese momento, se concederá para ello un plazo, no superior a diez días (art. 418 LEC); 2) El actor puede aducir en la audiencia falta de claridad o precisión en la contestación (art. 424 LEC).

En cualquier caso, incluso respecto de la pretensión o pretensiones objeto del proceso son admisibles las alegaciones de modificación que reúnan alguna de las dos siguientes características<sup>15</sup>:

1ª) Consistir en una supresión o reducción de las pretensiones interpuestas. La admisión de esta modificación es poco dudosa por cuanto, si afecta estrictamente a la pretensión procesal, supondrá un acto de disposición parcial (renuncia, desistimiento), que es admisible, de acuerdo con el régimen de estos actos, durante toda la pendencia del proceso.

2ª) La extensión o ampliación, cualitativa y cuantitativa, de las pretensiones, siempre que no alteren la petición inicial, sino que acompañen a la misma por vía de aclaración (por ejemplo: corrección de errores en la súplica de la demanda; aclaración de la demanda para que sea admisible en los términos del art. 424 LEC), de conexión o deducción (por ejemplo: pedida la nulidad de una transmisión, pedir después la nulidad del asiento registral a que hubiera dado lugar; pedida en la demanda la división de todos los bienes comunes entre actor y demandado, especificar después qué bienes tienen esa condición de comunes).

No obstante, en cuanto a la segunda posibilidad de modificación, el tratamiento procesal que se establece en el art. 426.3 LEC permite pronosticar que el rigor de los cánones para admitirla será muy distinto según la contraparte muestre o no su conformidad a la modificación. Es cierto que, cualquiera sea la actitud de la parte, la ley sólo admite limitadamente la modificación, pero los criterios para la limitación sólo tenderán a ser restrictivos si la contraparte se opone a la admisión del cambio.

Por otra parte, considero que las diferentes cláusulas restrictivas utilizadas en el art. 426 LEC, en el sentido de no permitir alterar sustancialmente las pretensiones y sus fundamentos, excluyen que esta posibilidad de alegación pueda ser utilizada para introducir causas de pedir que, de acuerdo con el art. 400 LEC, vieran precluida su proposición con la presentación de la demanda. Aducir una nueva causa de pedir para una misma petición, cuando tal vez se ha vislumbrado por la contestación que la causa primeramente afirmada no tiene perspectivas de éxito, parece una alteración sustancial.

### **B) Juicio verbal.**

No sólo el art. 426 LEC es expresamente sólo aplicable al juicio ordinario, sino que el art. 443 LEC carece de toda referencia textual que abra un resquicio a una limitada modificación de las pretensiones que se interpusieron en los momentos procesales destinados a ello. El art. 443.4 LEC se refiere a posibilidades de alegación para fijar claramente los hechos en que se fundamenten las pretensiones, pero no a la posibilidad de modificar las peticiones.

No obstante, creo que hay razones para admitir algunas modificaciones:

---

<sup>15</sup> Así, desarrollando las posibilidades de modificación de la réplica y dúplica en la LEC de 1881, GUASP, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II-1, primera parte, Madrid, 1945, pág. 340-343; MUÑOZ JIMÉNEZ, F.J., “Actos de las partes delimitadores del objeto del proceso; demanda, contestación, réplica, dúplica, escrito de ampliación y conclusiones”, en *El objeto del proceso civil*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 208-209.

1ª) Sin duda las modificaciones aclaratorias, porque si el tribunal ha apreciado, a instancia de parte o de oficio, falta de claridad y precisión en la formulación de las pretensiones, procede precisamente requerir a que se realicen las actuaciones y precisiones convenientes (art. 424 en relación con el art. 443.2 y 3 LEC).

2ª) En cuanto a las modificaciones limitadamente ampliatorias, las condiciones procedimentales de la formulación de las mismas en la audiencia previa del juicio ordinario (formulación oral, frente a la que la contraparte ha de reaccionar del mismo modo), son iguales a las que existirían en la vista del juicio verbal, por lo que cabe postular la aplicación analógica de las posibilidades de modificación previstas en el art. 426.2 y 3 LEC.

## **2. Alegaciones complementarias y aclaratorias de las formuladas en la demanda y contestación sobre hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes.**

Esta clase de alegaciones no modifica la pretensión o las pretensiones procesales, pero sí los hechos que, según su interés, fueron aducidos por el actor (hechos constitutivos) y por el demandado (hechos impeditivos, extintivos y excluyentes) para que la pretensión procesal fuera resuelta en sentido favorable a cada una de esas partes.

En relación con las modificaciones autorizadas por el art. 548 de la LEC de 1881 mediante la réplica y la dúplica, llegó a entenderse por la doctrina que podían alcanzar a la formulación de nuevos hechos constitutivos, siempre que no fueran identificadores de una diferente causa de pedir<sup>16</sup>.

A mi juicio el art. 426 no es tan generoso. Se limita a decir que no son alterables (y, menos, sustancialmente) los fundamentos de las pretensiones. Esta última expresión es utilizada con el significado genérico de peticiones que formulan ambas partes, no en el específico de pretensión del actor que constituye el objeto del proceso. En consecuencia, por fundamentos de las mismas (de las peticiones) hay que entender, también genéricamente, los hechos que apoyen su estimación.

Por otra parte, teniendo en cuenta que la modificación se realiza en un contexto procedimental de oralidad (no como la que se realizaba en la réplica del antiguo mayor cuantía), sus límites han de ser rigurosos, porque las posibilidades de reacción defensiva de la contraparte son menores<sup>17</sup>.

---

<sup>16</sup> GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1975, (con HERCE QUEMADA), pág. 283; MUÑOZ JIMÉNEZ, F.J., “Actos de las partes delimitadores del objeto del proceso; demanda, contestación, réplica, dúplica, escrito de ampliación y conclusiones”, en *El objeto del proceso civil*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 210-211.

<sup>17</sup> Véase este argumento en MUÑOZ JIMÉNEZ, F.J., “Actos de las partes delimitadores del objeto del proceso; demanda, contestación, réplica, dúplica, escrito de ampliación y conclusiones”, en *El objeto del proceso civil*, Escuela Judicial/Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 211-212.

**A) Juicio ordinario.**

Con seguridad el alcance de la modificación de estas alegaciones en la audiencia previa del juicio ordinario, es la siguiente:

1º) Aclaración de las alegaciones formuladas (art. 426.2 LEC).

2º) Formulación de alegaciones complementarias cuya pertinencia está justificada atendido lo que ha sido alegado por la parte contraria (art. 426.1 LEC: “podrán efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario”)<sup>18</sup>.

Por ejemplo: el demandado alegó que el contrato en que el actor funda su pretensión se realizó sin su autorización, el actor replica que después el demandado ratificó el consentimiento prestado por otro en su nombre (art. 1259 CC); el demandado alega que pagó a persona autorizada por el acreedor, el actor aduce la inexistencia de tal autorización (art. 1162 CC); el demandado alega prescripción, el actor replica que no ha transcurrido el plazo legal o que éste fue interrumpido (art. 1961 CC).

**B) Juicio verbal.**

En el juicio verbal no están previstas estas nuevas alegaciones, pero tampoco parece necesaria la previsión de las mismas, porque la carga de alegar los hechos a los que pueden referirse tales modificaciones existe, por primera vez en la misma vista. En efecto, es en ésta cuando el actor tiene la carga de complementar su demanda alegando los hechos constitutivos no identificadores de la pretensión, y el demandado de alegar, por primera vez, los hechos que fundamentan sus excepciones materiales.

No obstante lo anterior, no cabe excluir la conveniencia y posibilidad de estas modificaciones. El tema no se plantea, obviamente, en torno a si existe una posibilidad de modificar alegaciones formuladas antes de la vista, sino respecto a la posibilidad de conceder a las partes turnos de palabra subsiguientes a la formulación de las excepciones materiales por el demandado y el alcance y límites que deberá tener el aprovechamiento de tales posibilidades.

En este sentido, cuando el art. 443.4 LEC dice que “se dará la palabra a las partes para fijar con claridad los hechos relevantes que fundamenten sus pretensiones” y alude, después, a la eventual falta de conformidad acerca de tales hechos, presupone que cada parte ha de tener oportunidad de reaccionar frente a los hechos alegados por la contraria y, al amparo de esto, la posibilidad de aclarar las propias alegaciones (modificaciones aclaratorias) y de complementarlas en respuesta a las alegaciones de la contraparte.

---

<sup>18</sup> Sobre esto, GÓMEZ ORBANEJA, E., *Derecho procesal civil*, I, Madrid, 1975, (con HERCE QUEMADA), pág. 281-282.

## VII. LAS ALEGACIONES AMPLIATORIAS DE HECHOS COMO EXCEPCIÓN A LA PRECLUSIÓN.

Las alegaciones que, como excepción a la preclusión, permiten las reglas analizadas en el apartado 6, tienen como característica que su amplitud es limitada de diversos modos, pero su admisión no está condicionada por la circunstancia de que los hechos no hubieran podido ser alegados (por inexistentes o por desconocidos) en los actos iniciales de demanda, contestación, etc.

Frente a esto, la excepción a la preclusión que ahora consideramos (alegaciones ampliatorias de hechos, a las que se refieren los arts. 286, 400.1 y 426.4 LEC), tiene características en cierto modo contrapuestas a las anteriores:

1ª) Es menos limitativa en cuanto al alcance de las alegaciones admisibles: aunque no permite modificar peticiones, autoriza a introducir hechos relevantes para fundamentarlas que, hasta ese momento, no habían entrado en el proceso. Y sin limitar la trascendencia de tales hechos. Más bien el contrario; se requiere que sean fundamentadores de las pretensiones (art. 426.4 LEC), relevantes para la decisión del pleito (art. 286.1 LEC).

2ª) Ahora bien, su alegación no es libre, sino que está condicionada a que tales hechos hubieran ocurrido o hubieran sido conocidos con posterioridad a precedentes posibilidades de alegación en el proceso. Esto es, precisamente, lo que justifica la excepción a la preclusión, que, en otro caso, se produciría con la demanda (su ampliación) y la contestación iniciales, sin más excepciones que las que pudieran ampararse en el estrecho cauce de las alegaciones complementarias y aclaratorias.

El control de las circunstancias de novedad de los hechos y de desconocimiento de los mismos es riguroso: “El tribunal rechazará, mediante providencia, la alegación de hecho acaecido con posterioridad a los actos de alegación si esta circunstancia no se acreditase cumplidamente al tiempo de formular la alegación. Y cuando se alegase un hecho una vez precluidos aquellos actos pretendiendo haberlo conocido con posterioridad, el tribunal podrá acordar, mediante providencia, la improcedencia de tomarlo en consideración si, a la vista de las circunstancias y de las alegaciones de las demás partes, no apareciese justificado que el hecho no se pudo alegar en los momentos procesales ordinariamente previstos. En este último caso, si el tribunal apreciare ánimo dilatorio o mala fe procesal en la alegación, podrá imponer al responsable una multa de veinte mil a cien mil pesetas” (art. 286.4 LEC).

### **1. Clases de hechos que se pueden aducir mediante alegaciones ampliatorias.**

La determinación de los hechos alegables al amparo de esta excepción a la preclusión se puede realizar con dos caracterizaciones de signo positivo y con una de signo negativo -es decir: que excluye la admisión de ciertos hechos-.

#### **A) *Hechos constitutivos, impeditivos, extintivos y excluyentes.***

La calidad de hecho relevante para la decisión del pleito (art. 286.1 LEC) o para la fundamentación de las pretensiones de las partes (art. 426.4 LEC) concurre en aquellos hechos que, directamente, tienen la condición de constitutivos, o de impeditivos, extintivos o excluyentes.

**B) *Hechos que determinan otra causa de pedir.***

También tienen la calidad necesaria los hechos determinantes de una diferente causa de pedir para la misma petición de tutela (art. 400.1 LEC). La admisión de esta diferente causa de pedir será decisiva para la estimación o no de la pretensión si ésta, eventualmente, es rechazada por la causa inicialmente aducida.

La doctrina se manifestó inicialmente en contra de la admisión de esta clase de hechos, considerando la versión del artículo que, en el borrador de la Ley de Enjuiciamiento Civil, se refería a esta materia -era el art. 291.6-<sup>19</sup>. La razón era doble: la indefensión del demandado, que no podía contradecir la nueva causa de pedir, y la falta de previsión legal expresa de la admisión.

El art. 400.1 LEC descarta, ahora, la segunda razón, al disponer que “La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación”.

En cuanto a la defensa del demandado, la ley prevé, como veremos a continuación, la posibilidad de la parte contraria de manifestarse respecto de los nuevos hechos alegados y de proponer prueba.

**C) *Exclusión de los hechos inatendibles de acuerdo con el art. 413 LEC.***

Lo que positivamente se deduce de los dos anteriores apartados queda limitado por una norma negativa establecida por el art. 413 LEC.

Según este precepto: “1. No se tendrán en cuenta en la sentencia las innovaciones que, después de iniciado el juicio, introduzcan las partes o terceros en el estado de las cosas o de las personas que hubiere dado origen a la demanda y, en su caso, a la reconvencción, excepto si la innovación privare definitivamente de interés legítimo las pretensiones que se hubieran deducido en la demanda o en la reconvencción, por haber sido satisfechas extraprocesalmente o por cualquier otra causa.

2. Cuando, según lo previsto en el apartado anterior, las pretensiones hayan quedado privadas de interés legítimo, se estará a lo dispuesto en el artículo 22”.

Este artículo formula expresamente un efecto de la litispendencia que la jurisprudencia y la doctrina habían sostenido<sup>20</sup>. Es un efecto distinto a la repercusión de la litispendencia sobre la transformación de la demanda y de la contestación, efecto que se establece separadamente en el art. 412 LEC. Va más allá de esta repercusión, por cuanto, aunque pudieran admitirse nuevas alegaciones por concurrir los casos de excepción a la prohibición de transformación, la calidad de los hechos alegables los hace inadmisibles según el art. 413 LEC.

Es fácil concluir que una disposición como la del art. 413 LEC reduce considerablemente -por no decir que anula- la virtualidad de las alegaciones

---

<sup>19</sup> Véase TAPIA FERNÁNDEZ, I., “El objeto del proceso: su fijación en los actos de alegaciones”, en *Jornadas nacionales sobre el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, Ponencias*, Murcia, 1997, pág. 139-140.

<sup>20</sup> Véase CHOZAS ALONSO, J.M., *La perpetuatio iurisdictionis: un efecto procesal de la litispendencia*, Granada, 1995, pág. 27-31.

ampliatorias de hechos como supuesto de excepción a la preclusión de alegaciones por novedad o descubrimiento de los hechos que constituyen base de las mismas.

Apartados los hechos resultantes de la conducta de las partes y de terceros, restan sólo los que deriven de fenómenos naturales. Incluso la excepción que establece el art. 413.2 LEC no supone un caso de aplicación de las alegaciones ampliatorias de hechos, porque el art. 22 LEC establece un cauce propio para hacer valer los hechos determinantes de satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto.

De la eficacia limitadora (casi anuladora) que tiene el art. 413 LEC sobre el alcance de las alegaciones ampliatorias se salvan también los hechos que no sean nuevos, sino precedentemente desconocidos por la parte que los alega. Obsérvese que a lo que el art. 413 prohíbe atender es a las innovaciones que partes y terceros introduzcan, mientras que mediante las alegaciones ampliatorias también pueden introducirse en el proceso hechos no nuevos, sino precedentemente desconocidos.

No obstante, debe hacerse notar, desde ahora, que la limitación que pueda deducirse del art. 413 LEC o de otros preceptos no significa que no exista posibilidad de hacer valer, en ningún caso y por ninguna vía, los hechos nuevos o descubiertos. Significa sólo que no pueden aducirse en el proceso en curso y como excepción a las preclusiones producidas en el mismo.

## **2. Posibilidades procesales para su alegación y tratamiento procesal subsiguiente.**

Las posibilidades de alegación dependen del momento en que el hecho haya ocurrido o haya sido descubierto y del tipo de proceso declarativo que se esté tramitando.

1º) Tratándose de juicio ordinario, “si después de la demanda o de la contestación ocurriese algún hecho de relevancia para fundamentar las pretensiones de las partes en el pleito, o hubiese llegado a noticia de las partes alguno anterior de esas características”, la alegación del hecho habrá de producirse en la audiencia previa (art. 426.4, párrafo cuarto LEC).

En la misma audiencia previa (art. 286.1 LEC), la contraparte ha de asumir la carga de manifestarse sobre la certeza del hecho, y, si la niega, puede aducir lo que aclare o desvirtúe el hecho alegado. La proposición de prueba, si el hecho no es admitido, puede hacerse en el momento ordinario -es decir, en la audiencia previa- (art. 429.1 LEC).

2º) En el juicio ordinario y en el juicio verbal, y, respectivamente, dentro de los actos del juicio o de la vista (art. 286.1 LEC), pueden alegarse los hechos ocurridos o descubiertos después de precluidos actos de alegación anteriores (en esencia: después de la audiencia previa, en la que los hechos hubieran podido alegarse según el art. 426.4 LEC).

La contraparte habrá de manifestarse en el acto sobre el reconocimiento o no del hecho como cierto, y formular, en su caso, alegaciones que aclaren o desvirtúen el hecho. Si no lo reconoce, la prueba correspondiente se propondrá y se practicará en la vista del juicio verbal o -tratándose del juicio ordinario- en el acto del juicio, siempre

que sea posible proceder a esa práctica inmediata (art. 433.1 LEC). De no ser esto posible, la prueba se practicará como diligencias finales (art. 435.1.3ª LEC).

3º) En el juicio ordinario, y si los hechos ocurrieron o fueron conocidos después de iniciada la práctica de la prueba en el acto del juicio, pueden ser alegados en el modo previsto en el art. 286.1, 2 y 3 LEC: las partes podrán hacer valer el hecho, alegándolo de inmediato por medio de escrito, que se llamará de ampliación de hechos; del escrito de ampliación de hechos se dará traslado a la parte contraria, para que, dentro del quinto día, manifieste si reconoce como cierto el hecho alegado o lo niega; si el hecho nuevo o de nueva noticia no fuese reconocido como cierto, se propondrá y se practicará la prueba pertinente y útil en el modo previsto para las diligencias finales.

El límite absoluto de admisión de esta alegación es el inicio del plazo para dictar sentencia (art. 286.1 LEC). La excepción a la preclusión que establece el artículo 271 LEC -que se produce incluso si se ha iniciado el plazo para dictar sentencia- no se refiere a la alegación de un hecho, sino a la aportación de documentos de determinadas clases.

#### VIII. REFERENCIA A OTRAS EXCEPCIONES A LA PRECLUSIÓN.

Para completar la visión de conjunto de las excepciones a la preclusión en cuanto a las alegaciones y peticiones referidas al fondo del asunto, mencionaré en este apartado dos excepciones: una de ellas es aplicable en un supuesto especial de terminación del proceso de declaración; la otra -cuestiones incidentales de especial pronunciamiento- tiene un alcance muy dudoso. Puntualizaré, por fin, el carácter de las alegaciones conclusivas, que no encierran ninguna excepción a la preclusión.

##### **1. Alegaciones de hechos determinantes de satisfacción extraprocesal o de carencia sobrevenida de objeto**

El art. 22.1 LEC dispone que “cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvención, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniendo o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia al tribunal”.

La LEC considera esta situación como supuesto de terminación del proceso, pero ahora importa advertir que también es una posibilidad especial de alegación de hechos, con dos particularidades:

1ª) No está sometida a los límites de las alegaciones ampliatorias de hechos, sino que puede producirse incluso cuando está en curso el plazo para dictar sentencia, porque ésta ha de ajustarse a las innovaciones producidas en el estado de cosas existente en el momento de la demanda, cuando tales innovaciones determinan la satisfacción extraprocesal de la pretensión o pérdida de interés legítimo en obtener la tutela (art. 413. 1 *a contrario* LEC).

2ª) Sólo permite introducir los hechos determinantes de satisfacción extraprocesal de la pretensión o pérdida sobrevenida de interés legítimo en obtener la tutela, no la de hechos que tengan otra eficacia. Además esos hechos no se introducen

para que el juez los tenga en cuenta en la sentencia, al resolver sobre la pretensión, sino para que, en su caso, acuerde la finalización del proceso por la causa y según el régimen del art. 22 LEC.

## **2. Planteamiento de cuestiones incidentales**

Las cuestiones incidentales son, en todo caso, alegaciones en el sentido de que son temas (con determinadas características) que las partes plantean (art. 392 LEC) para que el órgano jurisdiccional resuelva sobre ellos (art. 393 LEC).

Resulta particularmente difícil determinar en qué pueden consistir las alegaciones merecedoras del tratamiento de cuestiones incidentales no suspensivas o de pronunciamiento simplemente especial (art. 389 LEC). Y esa determinación influye, como es obvio, en la admisibilidad del planteamiento de la cuestión (art. 392.2 LEC).

Por una parte, los temas de naturaleza procesal que pueden plantearse como cuestión incidental quedan comprendidos en el tratamiento de las cuestiones incidentales de previa tramitación (art. 392 LEC). Esta regulación incide en el régimen de la preclusión de alegaciones y peticiones de naturaleza procesal.

Pero si los temas que se plantean como cuestiones incidentales se refieren al fondo del asunto, lo sorprendente es que se sustraigan a la regla general y a las excepciones sobre preclusión de su introducción en el proceso. O -por decirlo mejor- es difícil determinar qué alegación relevante respecto al fondo, no integrada en el objeto principal del pleito, pero sí relacionada de modo inmediato con el mismo (art. 387 LEC), queda exenta del régimen visto de la preclusión (demanda, contestación) y de sus excepciones (ampliación de la demanda, reconvención, alegaciones complementarias y aclaratorias, alegaciones ampliatorias), y queda sujeta a un régimen distinto que permite su alegación -sin otro condicionamiento que el de poder ser calificada de cuestión incidental- hasta el trámite procesal señalado en el art. 393.2 LEC.

## **3. Alegaciones conclusivas**

Tanto por la determinación positiva de lo que puede ser contenido de las conclusiones (véase art. 433.2 y 3 LEC), como por las preclusiones que se establecen por otras normas, resulta que en las conclusiones no es admisible introducir modificación alguna de las pretensiones y de las excepciones formuladas (y eventualmente modificadas, si ello es admisible) precedentemente por las partes.

Se deduce de lo expuesto que las conclusiones sólo pueden ser consideradas como alegaciones en un sentido amplio e impropio, puesto que lo que mediante ellas hacen las partes es algo que el juez puede y debe hacer de oficio (apreciar la prueba e investigar el Derecho adecuado al caso).

IX. INCIDENCIA DEL RÉGIMEN DE LA PRECLUSIÓN DE ALEGACIONES Y PETICIONES SOBRE EL FONDO EN LA CONGRUENCIA, LA LITISPENDENCIA Y LA COSA JUZGADA.

Las consecuencias del régimen de la preclusión de las alegaciones y peticiones sobre el fondo se proyectan, principalmente, sobre la congruencia de la sentencia, sobre la exclusión por litispendencia de procesos simultáneos idénticos y sobre el alcance de la cosa juzgada.

**1. Incidencia sobre la congruencia.**

La expresión “deducidas oportunamente en el pleito”, que cualifica las demandas y demás pretensiones de las partes con las que la sentencia debe ser congruente (art. 218.1 LEC), es, en realidad, una remisión implícita y en bloque al régimen de la preclusión de las alegaciones y peticiones, sobre las cuales -y sólo sobre las cuales- la sentencia debe resolver.

Esa cláusula se refiere a la oportunidad de los momentos ordinarios de introducción en el proceso de tales alegaciones y peticiones, y también a las subsiguientes, y en diversos modos limitadas, oportunidades de complementarlas o modificarlas.

Si sólo -y todo- lo aducido oportunamente, debe ser resuelto, es obvio que las alegaciones y peticiones precluidas no deben ser resueltas. Resolverlas no viene impuesto por la norma de congruencia como deber de pronunciamiento exhaustivo y, además, infringiría frontalmente la norma de congruencia como límite a la potestad de resolver (y sus principios fundamento: el dispositivo y el de aportación de parte). Estas apreciaciones -como ya anticipé- son una obviedad, pero no está de más expresarlas para precaver frente a posibles interpretaciones incorrectas del art. 400<sup>21</sup>: una cosa es que las alegaciones mencionadas en ese artículo precluyan en las condiciones fijadas en el mismo y en los concordantes; otra cosa distinta que tales alegaciones no han sido hechas, concretamente, objeto del proceso por quién puede hacerlas (el actor), por lo que no podrán -ni deberán- ser juzgadas.

Que las alegaciones y peticiones precluidas o aducidas sin la cobertura de alguna de las excepciones a la preclusión, no deben ser juzgadas significa, más precisamente, que no deben ser examinadas en cuanto al fondo, aunque el tribunal deberá pronunciarse sobre su inadmisión<sup>22</sup>.

Cuestión distinta es en qué momento procesal se realizará este examen de admisión y las consecuencias de la resolución de dirección procesal correspondiente.

Para algunas alegaciones y peticiones el control de admisión está expresa y claramente previsto en un momento casi inmediato a la formulación de aquéllas: así ocurre con la acumulación de acciones en la demanda y con la ampliación de ésta (arts.

---

<sup>21</sup> Ya apuntando la conveniencia de advertir sobre estos riesgos TAPIA FERNÁNDEZ, I., “El objeto del proceso: su fijación en los actos de alegaciones”, en *Jornadas nacionales sobre el anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, Ponencias*, Murcia, 1997, pág. 139-141.

<sup>22</sup> Acepto, pues, la certera puntualización de DE PADURA BALLESTEROS, M.T., *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*, Madrid, 1998, pág. 223.

73, 401, 402 y 443.2 LEC), con la reconvención (a la que es aplicable por analogía el tratamiento procesal de la acumulación de acciones), con las alegaciones ampliatorias de hechos mediante escrito de ampliación o en la propia audiencia previa (arts. 286, principalmente apartado 4, y 426.4 LEC) y con la incorporación de peticiones accesorias y complementarias en la audiencia previa (art. 426.3 LEC). En los casos en que la resolución de dirección procesal no está prevista por la ley con tanta nitidez (por ejemplo, alegaciones complementarias y aclaratorias del art. 426.1 y 2 LEC), este acto de dirección debe existir igualmente, porque formalmente corresponde y ello, además, está justificado para precisar frente a qué ha de defenderse la contraparte y para determinar el concreto objeto de la prueba.

Parece, pues, que debe excluirse que sea en la propia sentencia donde el tribunal decida sobre admitir o no una alegación o petición en función del cumplimiento o no del régimen de la preclusión. Cuando puede decidirse en sentencia, la ley lo dispone expresamente, como ocurre con determinados documentos en el art. 271.2 LEC.

La resolución de dirección procesal sobre la admisión o no de la petición adquiere firmeza (art. 207.1, 2 y 3 LEC) si no es recurrida en reposición (art. 451 LEC). En tal caso el tribunal debe estar a lo dispuesto en ella, sin poder adoptar, en el momento de dictar sentencia, decisión distinta sobre la toma en consideración de las alegaciones y peticiones formuladas.

## **2. Incidencia sobre la litispendencia.**

La principal cuestión se centra en la incidencia del régimen de la preclusión sobre la interposición de una pretensión procesal cuya petición sea idéntica a la de la pretensión interpuesta en un proceso primeramente pendiente, pero cuya *causa petendi* sea diferente a la que está hecha valer en el proceso últimamente citado.

En principio, el proceso iniciado con posterioridad debe quedar excluido por litispendencia. Ésta es una consecuencia implícita en haber extendido la preclusión a las diversas causas de pedir para la misma petición, pero, además, el art. 400.2 LEC la formula expresamente al disponer que “a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste”.

No obstante, como hubo oportunidad de analizar, la norma de preclusión de alegaciones y peticiones tiene sus excepciones, que permiten plantear, admisiblemente, alegaciones y peticiones que estén comprendidas en los supuestos legales de excepción.

El problema consiste en determinar por qué vía habrán de hacerse valer los hechos y los fundamentos jurídicos beneficiados por una excepción a la preclusión.

Este problema presenta unas características diferenciales cuando aún está pendiente el proceso y cuando está concluido con cosa juzgada.

En el segundo caso, la cuestión se centra en determinar si, desestimada la pretensión, la cosa juzgada impedirá un nuevo proceso sobre el mismo *petitum*, pero

con una causa de pedir diferente, o en qué condiciones la cosa juzgada no será obstáculo para ello<sup>23</sup>.

Sin embargo, en el primer caso -que es el que ahora nos ocupa-, dado que el proceso está aún pendiente, se abre una alternativa respecto de si las alegaciones habrán de ser planteadas dentro de ese proceso, aprovechando oportunamente las posibilidades de excepción a la preclusión legalmente previstas, o si podrán serlo interponiendo la petición, con la nueva causa de pedir, en un proceso diferente.

A mi juicio, hay que distinguir dos clases de supuestos entre los que el art. 400 LEC excepciona de la preclusión que el propio artículo establece:

1º) Aquellos en los que la causa de pedir no aducida en el proceso pendiente, no hubiera sido admisible en éste por inadecuación de procedimiento, falta de competencia o falta de cualquier otro presupuesto procesal. Sin duda, estos supuestos quedan comprendidos en las expresiones “no poderse invocar al tiempo de interponer la demanda” (art. 400.1 LEC) o “no haber podido alegarse” en el proceso (art. 400.2 LEC). La causa de pedir habrá de hacerse valer, en este caso, incoando un proceso diferente.

2º) Los supuestos en los que la causa de pedir no puede ser aducida en la demanda, por no existir en ese momento o por ser entonces desconocida. En tal caso, cuando se produzcan los hechos necesarios o sean descubiertos, su alegación tendrá que producirse aprovechando oportunamente las posibilidades de excepción a la preclusión de alegaciones previstas en la ordenación del proceso. La misma razón que conduce a imponer la carga de hacer valer en la misma demanda la causa de pedir que existan y sean conocidas para fundar la petición formulada, debe conducir a que se aporten en el mismo proceso iniciado por esa demanda las que se produzcan o descubran mientras éste se halla pendiente y exista posibilidad legal de aportación.

No obstante, si se entiende que estas posibilidades de aportación posteriores a la demanda no tienen la amplitud suficiente para albergar la introducción de una causa de pedir diferente, nueva o antes desconocida, hay que admitir que -de concurrir estas circunstancias- se interponga la petición fundada en la nueva causa en proceso separado.

Por una vía -excepciones a la preclusión dentro del proceso pendiente- o por otra -admisión de la pretensión en un proceso diferente y posterior- los hechos determinantes de una causa de pedir ocurridos o descubiertos con posterioridad a la demanda, quedan libres de la preclusión establecida por el art. 400. Y ello, tanto por lo dispuestos en ese mismo artículo, como por la prohibición de indefensión, que resultaría infringida si la preclusión no tuviera excepciones respecto de causas de pedir inexistentes o desconocidas al producirse la preclusión con la demanda inicial.

---

<sup>23</sup> Es cierto, por otra parte, que la solución dependerá de que se entienda que los hechos determinantes de la nueva *causa petendi* no pudieron ser alegados en el proceso que se cerró con cosa juzgada.

### 3. Incidencia en la cosa juzgada.

La incidencia de la preclusión en la cosa juzgada está prevista en dos preceptos, cuyos contenidos divergen en parte, pero que la interpretación sistemática ha de reconducir a una única interpretación.

Por un lado el art. 222.2, párrafo segundo LEC, según el cual “Se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen”.

Por otro, el art. 400.2 LEC, para el que “a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste”.

En términos generales el significado de esta disposiciones supone que si la pretensión procesal del segundo proceso se funda en hechos que hubieran podido hacerse valer en el proceso en que se produjo la cosa juzgada, ésta dará lugar a su efecto excluyente en ese segundo proceso.

También se deduce que la preclusión aludida en esos preceptos no es sólo la de la demanda, sino que, atendiendo a la mención de la “completa preclusión” -que se hace en el art. 222.2, párrafo segundo LEC- y a la expresa referencia a ciertos actos de alegación -que realiza el art. 400.1, párrafo segundo LEC-, la parte tiene la carga de aprovechar las oportunidades de excepción a la preclusión que se conceden en diversos momentos del proceso. Si no las aprovechan los arts. 222.2 y 400.2 surten también su efecto en cuanto a entender producida cosa juzgada.

Las preclusiones se han ido produciendo -en los momentos ordinarios y en las distintas excepciones no aprovechadas- en el proceso de declaración. La firmeza de la sentencia de fondo consolida definitivamente las preclusiones. Por el contrario, un pronunciamiento de absolución de la instancia o una resolución que anule o declare la nulidad de actuaciones procesales elimina, en la medida correspondiente a tales pronunciamientos, los efectos ya producidos por la preclusión y restablece - correlativamente- posibilidades procesales de formulación de alegaciones y peticiones.

Debe existir un preciso ajuste entre, por una parte, las normas que establecen la preclusión y las excepciones a la misma, y, por otra parte, las que determinan que la cosa juzgada se extiende a las alegaciones deducibles pero no deducidas, en el sentido de que las alegaciones que las normas de la primera clase no hayan permitido aportar en el proceso anterior, no pueden encontrar el obstáculo de la cosa juzgada si se hacen valer para fundar la pretensión en un proceso posterior (es decir: no pueden caer bajo la aplicación de las normas de la segunda clase).

En este sentido, surgen problemas principalmente con el art. 222.2, párrafo segundo LEC, que pueden resolverse con las previsiones más amplias y más completas del art. 400 LEC.

El art. 222 LEC sólo considera expresamente como no afectados por la cosa juzgada, en cuanto al fundamento de pretensiones ya resueltas, los hechos posteriores a la completa preclusión de alegaciones en el proceso sobre aquellas pretensiones.

Esta disposición no guarda la necesaria correspondencia con las normas reguladoras de excepciones a la preclusión. Durante la pendencia del proceso de declaración, son exceptuados de la preclusión tanto los elementos que se producen después del momento ordinario de aportación, como los elementos que se descubren después de ese momento. Sin embargo, una vez producida la cosa juzgada, los únicos hechos que pueden escapar de la preclusión, según el art. 222.2, párrafo segundo LEC, son los *hechos posteriores* a la completa preclusión de los actos de alegación, sin mencionar los hechos descubiertos con posterioridad a esa preclusión. Hay, pues, una cierta contradicción con la norma de excepción a la preclusión, cuya aplicación es, por cierto, reclamada por el propio artículo 222.

En mi opinión, las dudas apuntadas que derivan del art. 222.2, párrafo segundo LEC, han de resolverse en el sentido de que tampoco quedan afectados por la preclusión, a los efectos de excluir una pretensión que se funde en los mismos y que se interponga en proceso posterior, los hechos descubiertos con posterioridad a la completa preclusión de los actos de alegación en el primer proceso<sup>24</sup>.

Las razones son principalmente estas dos:

1º) El criterio de posibilitar la defensa de los derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE) es prioritario frente a la incidencia, sólo indirecta, que una más rigurosa concepción y aplicación de la preclusión puede tener en la evitación de dilaciones indebidas<sup>25</sup>.

2º) El art. 222.1 debe ser interpretado sistemáticamente con el art. 400 que, en su apartado 2, también regula la incidencia de la preclusión de hechos y fundamentos jurídicos a efectos de cosa juzgada, y lo hace salvando de la preclusión los que no hubieran podido alegarse en el primer proceso. Esta cláusula de imposibilidad es más amplia que la que requeriría estrictamente la novedad de los hechos, comprende los hechos precedentemente desconocidos e incluso aquellos cuya alegación no hubiera sido admisible por causa distinta a la simple extemporaneidad de tal alegación.

Al examinarse en el proceso posterior si se debe apreciar cosa juzgada, no sólo habrán de ser considerados los elementos relevantes para la identidad objetiva (fundamentalmente si la petición es la misma que la que fue desestimada en el proceso precedente), sino también si los hechos en que consiste la nueva *causa petendi* no se hallan afectados por las preclusiones producidas en el proceso precedente.

La comprobación mencionada en segundo lugar puede tener diferentes grados de dificultad.

Está facilitada si la parte que ha interpuesto la pretensión en el proceso posterior, intentó aportar las alegaciones en el proceso precedente, al amparo de las excepciones a la preclusión, y no fueron admitidas, no a causa de su extemporaneidad, sino por no corresponder al contenido legal de dichas excepciones.

---

<sup>24</sup> Ya así, considerando el asunto *lege ferenda*, DE LA OLIVA, A., *Sobre la cosa juzgada*, Madrid, 1991, pág. 89.

<sup>25</sup> DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., *Poder judicial y responsabilidad*, Madrid, 1990, pág. 118-119; SERRANO HOYO, G., *La prohibición de indefensión y su incidencia en el proceso*, Granada, 1997, pág. 148-149.

Es, por el contrario, más difícil si no se intentó la aportación en el proceso precedente, y, en el proceso posterior -enfrentando el tratamiento del presupuesto procesal negativo de la cosa juzgada- hay que demostrar o bien que, por el tiempo en que los hechos se produjeron o fueron descubiertos, no hubiera sido admisible su aportación a través de las excepciones a la preclusión, o bien que la entidad de los elementos a aportar hubiera encontrado la inadmisión como respuesta, atendida la comprensión jurisprudencial de la amplitud de las excepciones a la preclusión durante el proceso.

**ZWANGSGELD ODER *ASTREINTES*?  
SCHWAKENDE LÖSUNGEN IM NEUEN SPANISCHEN  
ZWANGSVOLLSTRECKUNG (\*) (\*\*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Ordentlicher Professor für Prozessrecht.  
Universität Valencia (Spanien)

INHALT

I. Einführung

II. Überblick über das System der Zwangsgelder im spanischen Recht

1. Die gesetzliche Regelung der Zwangsgelder

A) Zwangsgelder zur Vollstreckung von Verwaltungsakten

B) Zwangsgelder zur Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen

C) Voraussetzungen des Zwangsgelds, Wirkungen (Höhe, Periodizität und Veränderlichkeit) und Verfahren der Festsetzung

a. Voraussetzungen

b. Wirkungen (Höhe, Periodizität und zeitliche Grenze, Veränderlichkeit)

c. Verfahren

2. Funktion und juristische Natur der Zwangsgelder

3. Schließung von Lücken im System der Zwangsgelder im Zivilprozess

4. Rangverhältnis zwischen der Forderung über den geldwerten Gegenwert der Leistung und der Forderung wegen des dem Vollstreckungsschuldner auferlegten Zwangsgelds

III. Zwangsgeld und Vollstreckung wegen unvertretbaren Handlungen in der LEC 2000

1. Erzwingung der Erfüllung der Leistungsverpflichtung durch den Vollstreckungsschuldner: Monatliche Zwangsgelder und vierteljährliche Anordnungen

A) Die Entscheidung zur Festsetzung von Zwangsgeldern und ihre Wirkungen

B) Vierteljährliche Anordnungen

2. Tilgung des geldwerten Gegenwerts der geschuldeten Leistung, Geldvollstreckung und Auferlegung eines einzelnen Zwangsgelds

A) Anpassung der Vollstreckung an das Verfahren der Geldvollstreckung

B) Festsetzung eines einzelnen Zwangsgelds

a) Tatsächliche Voraussetzung für die Zulässigkeit eines einzelnen Zwangsgelds und rechtliche Natur desselben

b) Festsetzung von Amts wegen oder auf Parteiantrag

3. Die Unmöglichkeit der Erfüllung der unvertretbaren Handlung in der Vollstreckung und ihre Konsequenzen für die Zwangsgelder

4. Beendigung des maximalen Zeitraums der Auferlegung von Zwangsgeldern: Vollstreckung wegen des geldwerten Gegenwerts der Leistung oder Ergreifen von anderen Mitteln, die sich

---

\* Publicado en *ZZPInt*, N° 8, Köln, Alemania, 2004, pp. 201-228. También publicado, con el título “¿Multas o astricciones? Una indefinición de la nueva ejecución forzosa española”, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica* (<http://ripi.com>), N° 13, enero-junio 2004.

\*\* Übersetzung ins Deutsche durch Christian Gohm, Institut für Deutsches und Ausländisches Zivilprozessrecht, Universität Freiburg im Breisgau (Lehrstuhl Prof. Dr. Dr. h.c. Dieter Leipold).

zur Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers eignen

IV. Zwangsgelder und die Vollstreckung wegen Unterlassungsansprüchen in der LEC 2000

1. Die auf die Beseitigung des eingetretenen Zustands gerichtete Vollstreckungstätigkeit.
2. Die Anordnung des Unterlassens mit der Androhung der strafrechtlichen Verfolgung und des Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung zur Auferlegung von Zwangsgeldern für diesen Fall

V. Zwei unsystematische und zur neuen LEC zeitnahe Reformen: Art. 44 des Markengesetzes (ley 17/2001, de 7 de diciembre) und der neue Absatz 2 von Artikel 711 LEC (ley 39/2002, de 28 de octubre)

1. Die Zwangsschädigungen nach Art. 44 des Markengesetzes
2. Der neue Absatz 2 des Artikels 711 LEC, eingeführt durch das Gesetz 39/2002 vom 28. Oktober

VI. Schlussbetrachtung de lege ferenda

## I. EINFÜHRUNG

Allgemein gesprochen lassen sich die Mittel und Instrumente der Zwangsvollstreckung in zwei Arten einteilen. Die eine Art stellen die so genannten Mittel der Ersatzvornahme dar, die unabhängig vom Willen der zur Leistung verpflichteten Person vollzogen werden können. Sie ersetzen das Verhalten des Schuldners durch ein Tätigwerden eines staatlichen Organs, wodurch das gleiche Ergebnis wie bei der Erfüllung durch den Schuldner herbeigeführt wird. Die andere Art sind die Zwangsmittel. Sie verfolgen das Ziel, den Widerstand des Schuldners gegenüber der Erfüllung zu überwinden. In einigen Fällen erfolgt die Einwirkung auf den Schuldner direkt mittels körperlichen Zwangs, in anderen Fällen indirekt durch eine Beeinträchtigung oder der Drohung einer Beeinträchtigung seiner Rechte und Interessen, die für ihn nachteiliger ist als die Erfüllung als solche.

In Spanien gab es im Zivilprozess bis zur *Ley de Enjuiciamiento Civil* (im Folgenden: LEC) vom 7. Januar 2000<sup>1</sup> keine indirekten Zwangsmittel, sei es in der Form des Zwangsgelds oder in der Form der *Astreintes*. Sie existierten lediglich im Verwaltungs verfahren und in den anderen Gerichtsprozessen.

In diesem Artikel möchte ich zunächst das System der Zwangsgelder in der ursprünglichen Fassung der LEC 2000 untersuchen. Die Einführung dieses Vollstreckungsmittels entsprach einer alten Forderung und wurde daher sehr gut aufgenommen. Zwangsgelder wurden hauptsächlich für notwendig erachtet, um die Wirksamkeit der Vollstreckung bei unvertretbaren Handlungen und bei Unterlassungsansprüchen zu gewährleisten. Gleichwohl ist die Regelung der LEC in vielen Aspekten unbefriedigend, weil sie teilweise nicht präzise genug oder unsachgemäß ist.

Anschließend werde ich zwei wichtige Änderungen behandeln, die die LEC in dieser Materie erfahren hat. Die Reichweite dieser Änderungen ist auf einige spezielle Arten von Streitigkeiten beschränkt. Die zwei Änderungen widersprechen sich darüber hinaus offensichtlich gegenseitig.

Dieser offensichtliche Gegensatz und die Tatsache, dass die zwei erwähnten Änderungen schon kurz nach der Verabschiedung der LEC erfolgten<sup>2</sup>, belegen, dass eine große Unsicherheit über grundlegende Aspekte des rechtlichen Systems der Zwangsgelder besteht. Daher werde ich meine Überlegungen dadurch beenden, dass ich einige Kriterien aufzeigen werde, die diese Unsicherheit verringern könnten, hauptsächlich *de lege ferenda*.

---

<sup>1</sup> Ein allgemeiner Überblick über den neuen spanischen Zivilprozess findet sich bei *Ortells ZZPInt* 5 (2000), S. 95 ff. Eine breitere Darstellung geben *Ortells et al.*, *Derecho Procesal Civil*, 4. Auflage, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2003; *Gimeno/Asencio/López-Fragoso/Ortells/Pedraz*, *Proceso Civil Práctico*, 10 Bände, La Ley, Madrid, 2001-2002.

<sup>2</sup> Vernünftigerweise könnte man annehmen, dass ein Gesetz, das einer Prozessordnung, die bisher von einem Basistext aus dem Jahr 1881 bestimmt war, eine äußerst wichtige Neuerung bringt, eine sehr gewissenhafte Regelung dieses Vollstreckungsinstruments vornimmt. Daher überraschen bestimmte wichtige Änderungen in dieser Materie nur ein oder zwei Jahre nach dem In-Kraft-Treten der LEC von 2000.

## II. ÜBERBLICK ÜBER DAS SYSTEM DER ZWANGSGELDER IM SPANISCHEN RECHT

Art. 711 ist die einzige Bestimmung in der LEC, in dessen Überschrift die Zwangsgelder erwähnt sind<sup>3</sup>. Gleichwohl enthält die Bestimmung keine allgemeine Regelung dieses Instruments, sondern behandelt nur einen Aspekt: Die Ermittlung der Höhe des Zwangsgelds in zwei speziellen Fällen.

### 1. Die gesetzliche Regelung der Zwangsgelder

Die Zwangsgelder (spanisch: *multas coercitivas* oder *apremios pecuniarios*) sind ein von den Gesetzen vorgesehenes Mittel zur Vollstreckung. Sie sind sowohl zur Vollstreckung von Verwaltungsakten<sup>4</sup> als auch für die Vollstreckungstätigkeit und Erfüllung bei gerichtlichen Entscheidungen im vorläufigen Rechtsschutz vorgesehen.

Es gibt keine allgemeine Regelung der Zwangsgelder, nicht einmal Regelungen dieses Charakters in den einzelnen eben erwähnten rechtlichen Bereichen. Die Regelung des Art. 99 des Gesetzes über die öffentliche Verwaltung und das allgemeine Verwaltungsverfahren (*Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, im Folgenden LRJAPPAC), das auf die Verwaltungsvollstreckung Anwendung findet, ist weit davon entfernt, eine ausreichende allgemeine Regelung darzustellen.

Aus diesem Grund ist es von besonderem Interesse, die verschiedenen normativen Bestimmungen zu betrachten, welche die Zwangsgelder regeln. Aus dieser Betrachtung können sich nützliche Elemente ableiten lassen, mit deren Hilfe sich ein juristisches System „rekonstruieren“ lässt, das auf den ersten Blick sehr fragmentarisch ist. Diese „Rekonstruktion“ schafft Kriterien, mit denen sich die Gesetzeslücken, die in den verschiedenen speziellen Bereichen der Zwangsgelder in der LEC bestehen können, schließen lassen.

#### A) Zwangsgelder zur Vollstreckung von Verwaltungsakten

Die allgemeinste Norm ist Art. 99 LRJAPPAC. Sie verlangt ein formales Gesetz, das die Zwangsgelder festsetzt, bestimmt den Zweck derselben als Zwang zur Erfüllung des Verwaltungsakts bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen und unterscheidet die Zwangsgelder von den Geldstrafen (beide sind allerdings miteinander vereinbar). Zudem sieht sie vor, dass die Zwangsgelder einen periodischen Charakter haben und bestimmt, dass die auferlegten Fristen so ausreichend sein müssen, dass die Erfüllung der Leistung, auf die sie gerichtet sind, möglich ist.

Art. 107.3 des Gesetzes über die Seeküsten (*Ley 22/1988 de 28 julio, de Costas*) sieht die Anwendung von Zwangsgeld vor, wenn gerichtliche Anordnungen, die

---

<sup>3</sup> Der Absatz 2 der Vorschrift, der durch die Ley 39/2002 vom 28. Oktober angefügt wurde, soll zunächst unberücksichtigt bleiben. Auf ihn wird im Abschnitt V dieser Arbeit eingegangen werden.

<sup>4</sup> Anmerkung des Übersetzers: In Spanien ist Verwaltungsakt auch schlicht-hoheitliches Handeln und sonstiges Handeln der Verwaltungsorgane.

danach erlassen wurden, nicht erfüllt werden und legt eine prozentuale Grenze der Höhe fest. Art. 39.4 des Gesetzes 4/1989 vom 27. März über die Erhaltung von Naturräumen und der Waldflora und -fauna (*Ley 4/1989, de 27 de marzo, de Conservación de Espacios Naturales y de la Flora y Fauna Silvestres*) sieht ebenfalls ausdrücklich die Anwendung von Zwangsgeld vor. Allerdings belässt er es dabei, eine absolute Grenze der Höhe jedes einzelnen Zwangsgelds bestimmen.

Art. 11 des Gesetzes zum Schutz des Wettbewerbs (*Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia*) benennt einige Unter- und Obergrenzen der Höhe des Zwangsgelds, präzisiert die Voraussetzungen, unter denen es verhängt werden kann – Erzwingung des Verzichts auf eine verbotene Verhaltensweise und Beseitigung der Wirkungen einer Gesetzesverletzung – und enthält die ausdrückliche Anordnung, dass der *Tribunal de Defensa de la Competencia*<sup>5</sup> die ursprünglich festgesetzte Höhe des Zwangsgeldes in einigen Fällen verringern kann.

### **B) Zwangsgelder zur Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen**

Art. 95.4 des Verfassungsgerichtsgesetzes (*Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*, im Folgenden LOTC) sieht die Anwendung von Zwangsgeldern in sehr weitem Umfang vor und erklärt sie mit anderweitigen Haftungen für vereinbar. Der weite Anwendungsbereich zeigt sich sowohl hinsichtlich des Kreises der Schuldner (Zwangsgelder können gegenüber jeder Person verhängt werden, egal ob sie Partei oder eine dritte Person ist) als auch hinsichtlich der sachlichen Voraussetzungen (Erfüllung jedweder Anordnung, die durch das Gericht erlassen wurde). Art. 95.4 legt zudem eine Unter- und Obergrenze der Höhe des Zwangsgelds fest. Eine maximale Dauer bestimmt er nicht, obwohl er vorsieht, dass die Zwangsgelder für bestimmte Zeiträume auferlegt werden können. Die zeitliche Grenze der Anwendung ist damit nicht absolut, sondern hängt von der Erfüllung der Schuld ab.

Art. 239.2 und 3 des Arbeitsgerichtsgesetzes (*Ley de Procedimiento Laboral*, in der überarbeiteten Fassung durch den *Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril*, im Folgenden LPL) regelt die Zwangsgelder im arbeitsgerichtlichen Verfahren. Er bestimmt den Personenkreis und die Voraussetzungen zur Auferlegung von Zwangsgeld und führt einige Kriterien zur Festlegung der Höhe und einer maximalen täglichen Grenze auf. Er enthält eine Befugnis zur Änderung des Betrags sowie dazu, in bestimmten Fällen von der Durchsetzung des Zwangsgelds ganz abzusehen.

Das Verwaltungsgerichtsgesetz (*Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, im Folgenden LJCA) sieht Zwangsgelder zur Erzwingung der Vorlage von Akten eines Verwaltungsverfahrens vor (Art. 48.7 und 9) sowie als Mittel zur Vollstreckung für jede Art von Leistung, die durch den Vollstreckungstitel verlangt wird (Art. 112.a).

---

<sup>5</sup> Der Tribunal de Defensa de la Competencia ist kein Organ der Rechtsprechung, sondern ein Verwaltungsorgan mit einem gewissen Grad an Unabhängigkeit. Seine Akte sind vor der Verwaltungsgerichtsbarkeit anfechtbar (Art. 49 Ley 16/1989, de 17 de julio).

Die LEC enthält Regelungen über das Zwangsgeld in den folgenden Materien:

1. Erklärung des Vollstreckungsschuldners über sein Vermögen in der Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen, um die pünktliche und exakte Erfüllung der Erklärungspflicht zu erzwingen (Art. 589.3 LEC).

2. Pflicht zur Mitwirkung von Dritten im Vollstreckungsverfahren. Die Pflicht kann mit der Auferlegung von Zwangsgeld erzwungen werden (Art. 591.2 LEC).

3. Zwangsverwaltung durch den Vollstreckungsgläubiger, bei der das Zwangsgeld ein Mittel darstellt, um den Widerstand des Vollstreckungsschuldners oder von Dritten zu überwinden (Art. 676.3 LEC).

4. Vollstreckung wegen unvertretbaren Handlungen (Art. 709) und Unterlassungsansprüchen, letztere im Hinblick auf die Erfüllung der Pflicht, das durch eine rechtswidrige Handlung Bewirkte wieder rückgängig zu machen (Art. 710.1, Abs. 2). Mit dem Zwangsgeld für diese Fälle werde ich mich ausführlich in den Abschnitten II und IV dieser Arbeit beschäftigen.

5. Vollstreckung wegen Geldforderungen. Erfasst sind jedoch nur solche Geldforderungen, die in Vollstreckungstiteln enthalten sind, die in Eheprozessen erlassen wurden (art. 776 LEC).

6. Auf Grund der Verweisung in Art. 738 können einige der eben erwähnten Vorschriften auch in der Vollstreckung von einstweiligen Anordnungen angewendet werden.

### ***C) Voraussetzungen des Zwangsgelds, Wirkungen (Höhe, Periodizität und Veränderlichkeit) und Verfahren der Festsetzung***

Auch wenn man sich bei der Untersuchung der wichtigsten Elemente der Zwangsgelder auf den prozessrechtlichen Aspekt beschränkt, ist eine große Heterogenität in der Regelung derselben festzustellen.

#### ***a. Voraussetzungen***

Unter dem objektiven Aspekt – also bezüglich der Frage, welche tatsächlichen Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit das Gericht seine Befugnis zur Auferlegung von Zwangsgeld ausüben kann – ist die Vielfalt sehr groß.

In einigen Fällen bestehen diese Voraussetzungen in der Nichterfüllung von gerichtlichen Anordnungen, welche die Vornahme von Mitwirkungshandlungen zur Fortführung des Prozesses zum Ziel haben (Art. 95.4 LOTC; Art. 239.2 LPL, welche die Anwendung des Zwangsgelds erlauben, um die Erfüllung von gesetzlichen Verpflichtungen zu bewirken, die in einer gerichtlichen Entscheidung angeordnet sind).

In anderen Fällen sind sie nur bei der Nichterfüllung von einigen dieser gerichtlichen Anordnungen vorgesehen (Art. 589.3 LEC – Erklärung über das Vermögen zum Zwecke der Pfändung, Art. 591.2 LEC – Auskunft über pfändbares Vermögen und anderweitige Mitwirkung bei der Vollstreckung, Art. 676.3 LEC – Ver- oder Behinderung des Berechtigten bei der Zwangsverwaltung, Art. 48 LJCA – Vorlage von Akten eines Verwaltungsverfahrens bei Gericht).

In einer dritten Gruppe von Fällen ist die Weigerung des Vollstreckungsschuldners, die im Vollstreckungstitel angeordnete Leistung zu erbringen, objektive Voraussetzung. Teilweise spielt es keine Rolle, um welche Art von Leistung es sich handelt (Art. 95.4 LOTC; Art. 112 LJCA), teilweise sind nur Verpflichtungen zur Übergabe, zu einem Tun oder zu einem Unterlassen erfasst (Art. 239.2 LPL) und teilweise, in eingeschränkterem Umfang, muss es sich um Ansprüche auf unvertretbare Handlungen handeln oder um Unterlassungsansprüche, falls diese auf bestimmte Weise verletzt worden sind (Art. 709 und 710 LEC).

Die LEC unterscheidet davon die Vollstreckungstitel, die die Pflicht zur Zahlung von Geldschulden, die von bestimmten rechtlichen Beziehungen herrühren, zum Gegenstand haben – Beendigung der Ehe, verwandtschaftliche Haftung –, um im Falle der wiederholten Nichterfüllung die Auferlegung von Zwangsgeld zu rechtfertigen, das die Erfüllung durch den Schuldner erzwingen soll und vermeiden will, dass die gewöhnliche Vollstreckung durch Mittel der Ersatzvornahme – Pfändung und spätere Wegnahme – zur Anwendung gelangen.

Wie bei den objektiven Voraussetzungen des Zwangsgelds kann man auch bei den subjektiven Voraussetzungen von einer großen Vielfalt sprechen. Soweit es wegen der Nichterfüllung von gerichtlichen Anordnungen, welche die Vornahme von Mitwirkungshandlungen zur Fortführung des Prozesses zum Gegenstand haben, auferlegt werden kann, ist es folgerichtig, dass es nicht nur gegen die Parteien, sondern auch gegen Dritte verhängt werden kann (Art. 95.4 LOTC; Art. 239.3 LPL; Art. 591 und 676 LEC).

*b. Wirkungen (Höhe, Periodizität und zeitliche Grenze, Veränderlichkeit)*

In der Gestaltung der rechtlichen Wirkungen ist die Verschiedenheit der Regelungen beachtlich.

Im Hinblick auf die Höhe werden in einigen Fällen die Unter- und Obergrenzen festgelegt (Art. 95.4 LOTC; 48 LJCA); in anderen Fällen nur die Obergrenzen (Art. 239.2 LPL; Art. 711 LEC); weitere Fälle gehen nicht auf genaue Grenzen ein (Art. 589.3; 591.2 und 676 LEC). Zusätzlich zu diesen Festsetzungen geben einige Normen Kriterien, die das Ermessen zur Bestimmung der Höhe leiten sollen (Art. 239.2 LPL; Art. 589.3 LEC), während andere darauf verzichten (Art. 95.4 LOTC; Art. 676, 711, 776 LEC).

Die Periodizität der Zwangsgelder und die zeitliche Dauer ihrer Auferlegung ist ebenfalls Gegenstand einer unterschiedlichen Normgebung. In einigen Fällen sind die

Zeitabstände, in denen die jeweiligen Zwangsgelder verhängt werden können, nicht festgelegt (Art. 95.4 LOTC; Art. 239 LPL – auch wenn sich aus diesen Normen ableiten lässt, dass tägliche Zwangsgelder möglich sind); in anderen Fällen werden monatliche Zeitabstände angeordnet (Art. 709 und 776 LEC). In einigen Fällen wird auf eine endgültige zeitliche Grenze für die regelmäßige Festsetzung überhaupt nicht eingegangen (Art. 239 LPL; Art. 589.3, 591.1 und 676 LEC). In anderen Fällen wird die Grenze als „vollständige Erfüllung des Interesses“ beschrieben (Art. 95.4 LOTC). Schließlich gibt es teilweise eine genaue zeitliche Grenze (Art. 709 LEC), auch wenn bei der Vollstreckung im Rahmen bestimmter rechtlicher Beziehungen eine ausdrückliche Ausnahme von dieser Grenze angeordnet wird (Art. 776.2.º LEC).

In zwei Fällen sieht das Gesetz vor, dass eine bereits ergangene Entscheidung zur Auferlegung von Zwangsgeld einschließlich Festsetzung der Periodizität und Höhe desselben für unwirksam erklärt wird oder inhaltlich verändert werden kann. Berücksichtigt wird in diesem Zusammenhang das Verhalten des Vollstreckungsschuldners (bzw. das einer dritten Person) nach Auferlegung des Zwangsgelds sowie dessen Ausführungen, die er zur Rechtfertigung seines Verhaltens vorbringt (Art. 239 LPL; Art. 589.3 LEC).

### *c. Verfahren*

Über die fundamentale Frage, ob vor der Verhängung des Zwangsgelds eine Anhörung des Vollstreckungsschuldners bzw. das einer dritten Person (und der Parteien) zu erfolgen hat, geben nur drei Bestimmungen im positiven Sinne Auskunft (Art. 239.2 LPL; Art. 591.2 LEC; Art. 48.8 LJCA).

## **2. Funktion und juristische Natur der Zwangsgelder**

Aus der Betrachtung der unterschiedlichen Aspekte der heterogenen Regelung der Zwangsgelder lässt sich ableiten, dass ihre Funktion darin besteht, die Erfüllung der Schuld zu veranlassen, beispielsweise von Mitwirkungspflichten zur Fortführung des Prozesses oder von einer Leistung, die durch den Vollstreckungstitel verlangt wird.

Es liegt auf der Hand, dass dies nicht bedeutet, dass die Zwangsgelder in allen Fällen erlaubt wären, in denen sie geeignet sind, diese Funktion zu erfüllen. Das Gesetz – und insbesondere die LEC – entscheidet sich für eine Begrenzung der Voraussetzungen, unter denen sie zulässig sind. Diese Voraussetzungen zeigen aber zweifellos, dass die Zwangsgelder den eben beschriebenen Zweck erfüllen sollen. Besonders anschaulich ist dies in der LEC beim Anreiz zur Erfüllung von Mitwirkungspflichten (Art. 589, 591 und 676 LEC) und zur Erfüllung von Pflichten, die durch einen Vollstreckungstitel angeordnet werden (Art. 709, 710 und 776 LEC).

Diese Funktion herrscht bei den Voraussetzungen in der Regelung aller Zwangsgelder vor, auch wenn die Regelungen in den einzelnen Aspekten noch so verschieden sein mögen. Daher bietet sie ein wichtiges Kriterium, um die Lücken im

System der Zwangsgelder, das, wie gezeigt, immer ein spezielles ist, zu beurteilen und um diese Lücken gegebenenfalls schließen zu können.

Auf der anderen Seite stellt das Zwangsgeld eine Einnahme des öffentlichen Rechts dar, da es für die öffentlichen Kassen bestimmt ist (ausdrücklich in diesem Sinne Art. 239.2 LPL). Wenn es sich um Zwangsgelder handelt, die in Gerichtsprozessen verhängt wurden, wird ihre Festsetzung und Eintreibung nicht von den öffentlichen Verwaltungen vorgenommen, sondern vom erkennenden Gericht.

Dies zeigt, dass sich der spanische Gesetzgeber nicht für ein Vollstreckungsmittel entschieden hat, das dem Zwangsgeld sehr ähnlich ist: den so genannten *astreintes*.

Die *astreinte* ist ebenfalls ein Mittel der Zwangsvollstreckung. Sie führt zu einer Einwirkung auf das Vermögen des Vollstreckungsschuldners, um ihn zur geschuldeten Verhaltensweise zu veranlassen. Ihr Ursprung liegt im französischen Recht, sie hat aber auch eine große Verbreitung in anderen Rechtsordnungen gefunden. Ihre normative Ausgestaltung ist vielschichtig und vielfach durch die Rechtsprechung weiterentwickelt. Der wichtigste Unterschied zum Zwangsgeld besteht darin, dass die dem Schuldner auferlegten Beträge im Rahmen einer *astreinte* an den Vollstreckungsgläubiger zu zahlen sind.<sup>6</sup>

Das System der Zwangsgelder ist freilich sehr ungenau geregelt und lediglich im Falle des Art. 239.2 LPL wird ausdrücklich gesagt, dass sie an die Staatskasse zu zahlen sind. Es gibt aber Gründe, die dafür sprechen, diese Regelung auch auf die anderen Zwangsgelder auszuweiten, die in einem Prozess angewendet werden.

In erster Linie spricht die Bezeichnung „multa“ (wörtlich übersetzt „Geldstrafe“) dafür. Im spanischen Recht wird dieser Begriff in der Regel nur für eine bestimmte Art von Einnahmen im öffentlichen Recht mit sanktionierendem Charakter verwendet. So bestimmt beispielsweise Art. 2.1.g des Gesetzes über die Gemeindefinanzen (*Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales*), dass die Geldstrafen bzw. -bußen, die in ihrem Kompetenzbereich liegen, eine der Einnahmequellen des Gemeindehaushalts sind. Vergleichbares gilt für die Autonomen Regionen, s. Art. 4.1.g über die Finanzierung der Autonomen Regionen (*Ley Orgánica 8/1980, de 22 de diciembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas*).

In zweiter Linie gibt es keinen normativen Anhaltspunkt dafür, dass der Vollstreckungsgläubiger auch Gläubiger des im Zwangsgeldverfahren festgesetzten Betrages wäre und damit keinen Ansatz, der die Schlussfolgerungen, die sich aus der Terminologie der LEC (und einer Analogie von Art. 239.2 LPL) ziehen lassen,

---

<sup>6</sup> Aragoneses, *Las «astreintes» (Su aplicación en el proceso español)* [Ihre Anwendung im spanischen Prozess], EDERSA, Madrid, 1985, S. 60-65 und das gesamte Werk; Catalá, *Ejecución de condenas de hacer y no hacer (Vollstreckung von Verurteilungen zu einem Tun oder einem Unterlassen)*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1998, S. 112-141 und 170-172.

erschüttern könnte. Außerdem ist es nicht nachvollziehbar, dass die Gesetze *astreintes* meinen – im Übrigen, mit welcher gesetzlichen Regelung? –, wenn sie Zwangsgelder anordnen, wenn auch vielleicht unter einer anderen Bezeichnung.

Die spanische Literatur hat den Gesetzgeber für die Unklarheit in einem derart grundlegenden Punkt stark kritisiert. Dies hat sie jedoch nicht daran gehindert, fast einhellig anzunehmen, dass die Zwangsgelder an die Staatskasse zu zahlen sind.<sup>7</sup>

### 3. Schließung von Lücken im System der Zwangsgelder im Zivilprozess

Wie ich bereits oben erwähnt habe, kann die Gesamtheit der Normen, welche die verschiedenen Voraussetzungen regeln, unter denen ein Zwangsgeld verhängt werden kann, herangezogen werden, um die Lücken zu schließen, die in den Regelungen der einzelnen Zwangsgelder der LEC bestehen. Die prozessualen Zwangsgelder, die in anderen Prozessen als dem Zivilprozess vorgesehen sind, können zu diesem Zweck auf jeden Fall berücksichtigt werden. Aber auch die Zwangsgelder im Bereich der Verwaltung können herangezogen werden, soweit sich die Normen nicht ganz speziell auf das Verwaltungshandeln beziehen, sondern auf die allgemeine Funktion dieses rechtlichen Instruments abstellen.

Wie dem auch sei, damit eine Lücke geschlossen werden muss, muss sie, dies ist offensichtlich, zunächst einmal bestehen.

In diesem Sinne wäre es beispielsweise nicht korrekt, eine Gesetzeslücke in der LEC anzunehmen, nur weil die LEC Zwangsgelder lediglich in bestimmten Fällen der Nichterfüllung einer gerichtlichen Anordnung vorsieht, während Art. 95.4 LOTC, Art. 239 LPL oder Art. 112 LJCA diesbezüglich weiter sind. In diesen Fällen scheidet eine Erweiterung der Anwendung mit Hilfe der zitierten Vorschriften aus.

Ein anderes Beispiel soll dies verdeutlichen: Obwohl Art. 709 LEC für die Auferlegung von monatlichen Zwangsgeldern eine zeitliche Grenze von einem Jahr bei Vorliegen des genannten Tatbestands festlegt – eine zeitliche Grenze, die Art. 776.2.<sup>a</sup> für den gleichen Tatbestand, wenn auch nur im Hinblick auf eine bestimmte Art von rechtlichen Beziehungen, nicht vorsieht – bedeutet dies nicht, dass bei den Vorschriften, die keine derartige zeitliche Grenze vorsehen, in diesem Aspekt von

---

<sup>7</sup> Sabater, in: *Fernández-Ballesteros/Rifà/Valls*, Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, III, Iurgium, Barcelona, 2001, Seite 2848; *Illescas*, in *Fernández-Ballesteros/Rifà/Valls*, Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, III, zit., S. 3190; *Pardo*, Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer (Vollstreckung von Urteilen wegen Verpflichtungen zu einem Tun oder Unterlassen), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, S. 136-137; *Domínguez*, in *Lorca*, Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, III, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, S. 3740-3743; *Fernández-Ballesteros*, La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Die Zwangsvollstreckung und die vorbeugenden Maßnahmen in der neuen LEC), Iurgium, Barcelona, 2001, S. 271, 427-428; *Nadal*, in *Cordón/Armenta/Muerza/Tapia*, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, II, Aranzadi, Pamplona, 2001, S. 629-630. Anderer Auffassung sind *Vallespín*, in *Gómez de Liaño*, Ley de Enjuiciamiento Civil, Editorial Forum, Oviedo, 2000, S. 816, 817; *Cachón*, in *Lorca*, Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, III, zit., S. 2922.

einer Regelungslücke gesprochen werden darf. Im Gegenteil muss man davon ausgehen, dass die Zwangsgelder auf Grund ihres Zwecks, nämlich der Erzwingung der Erfüllung, solange aufrechterhalten bleiben müssen, bis die Erfüllung bewirkt oder unmöglich wird, es sei denn, eine Norm ordnet ausdrücklich etwas anderes an.

Ein drittes Beispiel für die Schließung von Regelungslücken bezieht sich auf die Frage, ob das Gericht, nachdem es die Wirkung der auferlegten Zwangsmittel geprüft hat, die Befugnis besitzt, die Höhe der Zwangsgelder zu reduzieren oder sie gänzlich aufzuheben. Die Art. 709, 710 und 711 gehen auf diesen Aspekt nicht ein, während andere Bestimmungen über Zwangsgelder – einige davon beziehen sich auf prozessuale Konstellationen und teilweise auch auf Zivilprozesse (Art. 11 LDC; Art. 239.2 LPL; Art. 589.3 LEC) – dem Gericht diese Befugnis ausdrücklich zuerkennen.

Wenn man die allgemeine Regelung auf die Abänderung der Entscheidung über die Festsetzung der Zwangsgelder anwenden müsste, würde durch Art. 207.3 LEC im Prinzip eine negative Antwort gegeben: „Die endgültigen Entscheidungen erwachsen in Rechtskraft und das Prozessgericht ist an deren Anordnungen in jedem Fall gebunden“.

Gleichwohl kann in Betracht gezogen werden, dass das Fehlen einer Möglichkeit zur Aufhebung oder zur Reduzierung des Zwangsgelds in Art. 711 – und auch in Art. 709 und 710 LEC –, wie sie in den anderen, zuvor erwähnten Vorschriften aufgeführt ist, eine Regelungslücke darstellt. Tatsächlich sind diese Möglichkeiten zur Aufhebung oder zur Reduzierung ohne weiteres mit dem Wesen des Zwangsgelds vereinbar, das nicht sanktionieren will, sondern die Vollstreckungstätigkeit erleichtern. Konsequenterweise ist das Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung in einigen Vorschriften nicht als Verbot zu verstehen, sondern als Gesetzeslücke, die mit der ausdrücklichen Regelung von anderen, vollständigeren Vorschriften über das Zwangsgeld gefüllt werden kann, wie z.B. mit Art. 239.2 LPL und Art. 589.3 LEC.

#### **4. Rangverhältnis zwischen der Forderung über den geldwerten Gegenwert der Leistung und der Forderung wegen des dem Vollstreckungsschuldner auferlegten Zwangsgelds**

Die gesetzgeberische Entscheidung für die Regelungstechnik des Zwangsgelds – dessen Gläubiger die Staatskasse ist – stellt das Problem des jeweiligen Vorrangs der bestehenden Forderungen. Fraglich ist, ob der Forderung wegen des Zwangsgelds der Vorzug zu geben ist oder der Forderung, die – falls die Zwangsvollstreckung nicht in einer speziellen Form zum Erfolg geführt hat – als Betrag in Höhe des geldwerten Gegenwerts der unerfüllten Leistung endgültig erfüllt werden muss. Beide Forderungen müssen aus dem Vermögen des Vollstreckungsschuldners bedient werden.

Einige Autoren haben sich damit begnügt, das Problem zu benennen, ohne eine klare Lösung aufzuzeigen.<sup>8</sup> Andere haben schlicht auf das Risiko aufmerksam gemacht, dass eine Priorität der Forderung über das Zwangsgeld zu Gunsten der Staatskasse die Befriedigung der Forderung des Vollstreckungsgläubigers über den geldwerten Gegenwert der Leistung, die *in natura* nicht erfüllt wurde, ganz oder teilweise verhindern kann<sup>9</sup>. Weitere Autoren verneinen einen Vorrang des Zwangsgelds,<sup>10</sup> erklären dabei aber nicht, auf welche gesetzliche Grundlage sich ihre Ansicht stützt.

Das Gesetz kennt keine ausdrückliche Norm. Auch die Anwendung der allgemeinen Vorschriften über die Einordnung und die Rangfolge von Forderungen führt zu verwirrenden Ergebnissen.<sup>11</sup>

Im Prinzip wird die Reihenfolge der Zahlung durch den Zeitpunkt der Pfändungen bestimmt, die auf der Grundlage der jeweiligen Vollstreckungstitel vorgenommen wurden (Art. 613 LEC). Der Vollstreckungstitel für das Zwangsgeld unterscheidet sich von dem Vollstreckungstitel, der den Anlass für die Vollstreckung gegeben hat, weil der Gläubiger ein anderer ist und die tatsächlichen Voraussetzungen für die Vollstreckbarkeit ebenfalls divergieren (beim Zwangsgeld: Die Entscheidung, die das Zwangsgeld androht und der Ablauf der gesetzten Frist, ohne dass erfüllt wurde). Wenn man zusätzlich in Betracht zieht, dass es zweifelhaft ist, ob das Gericht die Vollstreckung wegen des geschuldeten Zwangsgelds von Amts wegen einleiten darf – Art. 216 LEC schließt dies im Prinzip aus – und dass es notwendig wäre, der Staatskasse die Existenz der entsprechenden Forderungen zur Beantragung der

---

<sup>8</sup> *Domínguez*, in *Lorca*, Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, III, zit., S. 3746-3747.

<sup>9</sup> *Nadal*, in *Cordón/Armenta/Muerza/Tapia*, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, II, Aranzadi, Pamplona, 2001, S. 632-633.

<sup>10</sup> *Cachón*, in *Lorca*, Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, III, zit., S. 2912-2913; *Fernández-Ballesteros*, La ejecución forzosa y las medidas cautelares, zit., S. 428 und Anmerkung 50 auf derselben Seite, 271, 427-428.

<sup>11</sup> Die momentan geltende spanische Regelung über die Rangfolge von Forderungen in der Einzelzwangsvollstreckung ist ungenau, verwirrend und veraltet. Die 31. Schlussbestimmung des Konkursgesetzes (*Ley Concursal*, *Ley 22/2003*, *de 9 de julio*) hat der Regierung aufgegeben, über diese Materie einen Gesetzesentwurf zu präsentieren.

Zwangsvollstreckung mitzuteilen, ist es sehr wahrscheinlich, dass der „Hauptgläubiger“ zuvor eine Pfändung erwirkt und sich damit die vorrangige Befriedigung seiner Forderung gesichert hat.

Gleichwohl ist diese Lösung nicht angemessen, weil sie sich lediglich nach der tatsächlichen Situation richtet – frühere Pfändung durch den „Hauptgläubiger“ –, die nicht in jedem Fall so vorliegen wird.

Die korrekte Lösung wäre durch eine Norm zu erzielen, die der Forderung des Vollstreckungsgläubigers über den geldwerten Gegenwert der Leistung, die *in natura* nicht erfüllt wurde, den Vorrang gegenüber der Forderung der Staatskasse wegen des Zwangsgelds geben würde, auch wenn diese eine zeitlich vorhergehende Pfändung erwirkt haben sollte. Die korrekte Lösung müsste offensichtlich auch darin bestehen, dass es keine Normen gibt, die den Zwangsgeldern den Vorrang einräumen und die eine etwaige vorhergehende Pfändung wegen der Forderung des Vollstreckungsgläubigers über den geldwerten Gegenwert der Leistung, die *in natura* nicht erfüllt wurde, verdrängen könnten.

Im spanischen Recht liegt momentan keine der beiden Bedingungen für eine derartige korrekte Lösung vor.

Solange diese Bedingungen nicht erfüllt sind, müssen die Zweifel bei der Auslegung mit Hilfe von Kriterien beseitigt werden, die den effektiven Rechtsschutz des „Hauptgläubigers“ gewährleisten (Art. 24.1 der spanischen Verfassung – *Constitución Española*; im Folgenden CE). Jegliche Interpretation, auf Grund derer die Forderung des Vollstreckungsgläubigers über den geldwerten Gegenwert der Leistung wegen der Forderung über das Zwangsgeld nicht vollständig erfüllt werden könnte, wäre mit der Funktion des Zwangsgelds in der Vollstreckung nicht vereinbar. Die Zwangsgelder werden festgesetzt, um den Vollstreckungsrechtsschutz möglichst effektiv zu gestalten. Deshalb ergäbe es keinen Sinn, wenn die Zwangsgelder auf der einen Seite nicht zur Erfüllung der im Vollstreckungstitel angeordnete Leistung beigetragen haben und sie auf der anderen Seite sogar noch die Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers durch eine Behinderung der subsidiären Geldvollstreckung vollständig oder teilweise verhindern würden.

### **III. ZWANGSGELD UND VOLLSTRECKUNG WEGEN UNVERTRETBAREN HANDLUNGEN IN DER LEC 2000**

Einer der Fälle, für die die LEC die Anwendung von Zwangsgeldern vorsieht, ist die Vollstreckung von unvertretbaren Handlungen (Art. 709 LEC).

Die von Art. 709 vorgesehenen Vollstreckungshandlungen müssen vorgenommen werden, wenn das Gericht erstens (und in jedem Fall) der im Vollstreckungstitel angeordneten Leistungsverpflichtung einen unvertretbaren Charakter beimisst und zweitens eine der folgenden Situationen vorliegt:

1. Antrag des Vollstreckungsgläubigers, der vom Gericht positiv beschieden wurde. Wenn der Vollstreckungsgläubiger die Vollstreckung zur Erwirkung der spezifischen Leistung beantragt hat, können Zwangsgelder mit vierteljährlicher Wiederholung der Anordnungen zur Erfüllung der primären Leistungsverpflichtung festgesetzt werden (Art. 709.1 und 3). Wenn der Vollstreckungsgläubiger die Vollstreckung zur Erlangung des geldwerten Gegenwerts der unerfüllten Leistung gewählt hat, kann ein einmaliges Zwangsgeld mit gleichzeitiger Einleitung des Verfahrens zur Begleichung des geldwerten Gegenwerts der Leistung auferlegt werden (Art. 709.2).

2. Fälle der Unmöglichkeit der Erfüllung, in denen das Verfahren auf die Bestimmung und Vollstreckung des geldwerten Gegenwerts angepasst werden muss, allerdings ohne Anwendung von Zwangsgeldern (Art. 18.2 des Gerichtsverfassungsgesetzes – *Ley Orgánica del Poder Judicial*, im Folgenden LOPJ).

3. Erschöpfung der zeitlichen Grenze zur Auferlegung von Zwangsgeldern, ohne dass die Leistung bewirkt wurde. Diese Situation führt zur Anpassung des Verfahrens auf die Bestimmung und Vollstreckung des geldwerten Gegenwerts oder zur Annahme weiterer Mittel, die geeignet sind, den Vollstreckungsgläubiger zu befriedigen (Art. 709.3).

Im Folgenden sollen die rechtlichen Regelungen für jede dieser einzelnen Vollstreckungshandlungen dargestellt werden. Besonderes Augenmerk soll dabei auf die Zwangsgelder gelegt werden.

#### **1. Erzwingung der Erfüllung der Leistungsverpflichtung durch den Vollstreckungsschuldner: Monatliche Zwangsgelder und vierteljährliche Anordnungen**

Die Erzwingung der Vornahme einer unvertretbaren Handlung durch den Vollstreckungsschuldner erfolgt gemäß Art. 709 durch monatliche Zwangsgelder bis zu einer maximalen zeitlichen Grenze sowie durch Anordnungen, die vierteljährlich die erste, zu Beginn der Vollstreckung ergangene Anordnung des Gerichts wiederholen und sich nach den Art. 699 und 705 LEC richten.

### ***A) Die Entscheidung zur Festsetzung von Zwangsgeldern und ihre Wirkungen***

Auch wenn das Gericht im Vollstreckungsbeschluss (konkret in der Anordnung zur Erfüllung der im Vollstreckungstitel genannten Verpflichtungen) dem Vollstreckungsschuldner Zwangsgelder bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen androhen kann (Art. 699 Abs. 2 LEC), kann deren Festsetzung nicht in derselben gerichtlichen Entscheidung vorgenommen werden. Vielmehr ist es gemäß Art. 709 erforderlich, dass die in der ersten gerichtlichen Anordnung festgelegte Frist verstrichen ist, ohne dass erfüllt wurde. Erst als Konsequenz dieser Nichterfüllung ergeht auf Antrag des Vollstreckungsgläubigers ein diesbezüglicher Beschluss.

In diesem Beschluss, der ausdrücklich von Art. 709 vorgesehen ist, kann das Gericht anordnen:

1. Die Festsetzung aller Zwangsgelder für die gesetzlich festgelegten Zeiträume, bis zur maximalen zeitlichen Grenze. Wenn Umstände – die nicht ausdrücklich aufgeführt sein müssen – vorliegen, die einer Festsetzung entgegenstehen (Erfüllung der Leistungsverpflichtung, Unmöglichkeit der Leistung) wird ausnahmsweise kein Zwangsgeld angeordnet. Es wäre weder mit dem Wortlaut von Art. 709 vereinbar noch würde es dazu beitragen, unnötige Verzögerungen in der Vollstreckung zu vermeiden, wenn das Gericht monatliche, aufeinander folgende Entscheidungen über die Festsetzung jedes einzelnen Zwangsgelds fällen würde. Außerdem würde diese Praxis dem Vollstreckungsgläubiger die gesetzlich begrenzte Zeit rauben, in der er dieses Vollstreckungsmittel nutzen kann. Dies wird im folgenden Abschnitt, der sich der gerichtlichen Anordnung widmet, erläutert werden.

2. Die Höhe der Zwangsgelder entsprechend Art. 711. Die Zwangsgelder können alle gleich hoch sein, müssen es aber nicht. Die LEC ordnet jedenfalls nicht an, dass alle Zwangsgelder die gleiche Höhe aufweisen müssen, sondern lediglich, dass jedes einzelne nicht mehr als 20 Prozent der Hauptforderung ausmachen darf. Auch wenn das Gesetz es ebenfalls nicht sagt, entspricht es der Funktion der Zwangsgelder, dass deren Höhe in den aufeinander folgenden Zeitabschnitten erhöht wird, um einen größeren Druck auf den Vollstreckungsschuldner auszuüben. Wenn vierteljährliche Anordnungen nach Art. 709.3 ergehen, ist es auch sachgerecht, die Höhe an die Zeitabschnitte der einzelnen Anordnungen anzupassen.

Dieser Beschluss muss dem Vollstreckungsschuldner zugestellt werden, auch wenn er im Rahmen der Vollstreckung nicht vor Gericht erschienen ist.<sup>12</sup> Ohne diese Zustellung könnte der Beschluss sein Ziel nicht erreichen, das darin besteht, die Erfüllung der Anordnungen des Vollstreckungstitels durch den Vollstreckungsschuldner mit Hilfe der festgesetzten Zwangsgelder zu veranlassen.

Die vom Beschluss vorgesehenen Zwangsgelder beziehen sich auf abgelaufene Monate, gerechnet ab dem Datum der Zustellung des Beschlusses (Art. 709.1 LEC:

---

<sup>12</sup> Die Pflicht zur Zustellung ist in diesem Fall eine Ausnahme zu Art. 553.2 LEC.

„Gegenüber dem Vollstreckungsgläubiger wird eine Strafe für jeden Monat, in dem er nicht erfüllt hat, verhängt“). Der Gerichtssekretär muss eine prozessleitende Anordnung erlassen, in der er das Ende eines monatlichen Zeitabschnitts und den Beginn eines neuen feststellt, um den Zeitpunkt der Fälligkeit der monatlichen Strafe wegen Nichterfüllung zweifelsfrei festzulegen.

Während des Laufs jedes einzelnen monatlichen Zeitabschnitts kann der Vollstreckungsschuldner die Schuld erfüllen oder das Vorliegen eines Umstandes, das die Erfüllung unmöglich macht, einwenden. Wenn die Erfüllung ordnungsgemäß erfolgte oder das Gericht die Einwendung der Unmöglichkeit billigt, erlöschen die Wirkungen des Beschlusses für die noch nicht fälligen Zwangsgelder. Zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen das Gericht die bereits fälligen Zwangsgelder vollständig oder teilweise aufheben kann, vgl. das Ende des Abschnitts II, 3 dieser Arbeit.

### ***B) Vierteljährliche Anordnungen***

Das Gesetz legt fest, dass gleichzeitig zu den Zeitabschnitten, in denen das Zwangsgeld festgesetzt ist, „sich die gerichtlichen Anordnungen bis zu einer maximalen zeitlichen Grenze von einem Jahr ab der ersten Anordnung vierteljährlich wiederholen“ (Art. 709.3 LEC).

Der Hintergrund dieses Erfordernisses besteht darin, dass eine Erinnerung an die erste gerichtliche Anordnung, die auf Grund des Vollstreckungsbeschlusses erging, erfolgen soll (Art. 699 und 705 LEC). Nach meinem Urteil ist die Nützlichkeit dieses Instruments zu diesem Zweck – der wohl darin besteht, einen psychologischen Einfluss auf den Vollstreckungsschuldner auszuüben – fraglich. Einschneidendere Wirkungen im Hinblick auf den verfolgten Zweck können eher die monatlichen Mitteilungen über die prozessleitenden Entscheidungen des Gerichtssekretärs entfalten, die den Beginn eines Zeitabschnitts für ein erneutes Zwangsgeld bekannt machen.

Interessanter als diese Beobachtung sind die rechtlichen Konsequenzen, die mit dem Erlass der vierteljährlichen Anordnungen verbunden sind. In Bezug auf diese kann festgestellt werden:

1. Mittels der gerichtlichen Anordnung wird ein bestimmtes Verhalten oder eine bestimmte Tätigkeit verfügt (Art. 149.4.º LEC). Wenn die verlangte Handlung vorgenommen wird, kann der Ersuchte eine Antwort geben, die beurkundet werden muss. Dies bedeutet jedoch nicht, dass der Vollstreckungsschuldner, falls er eine Erklärung abzugeben hat, die für die beantragte Vollstreckungstätigkeit von Bedeutung ist – zum Beispiel die Erfüllung oder die Unmöglichkeit derselben – mit der Erklärung warten müsste, bis die vierteljährliche Anordnung erlassen wird. Er muss sie vielmehr unmittelbar abgeben, wenn das entscheidende Ereignis eintritt, weil dies für das monatliche Fälligwerden der ausstehenden Zwangsgelder entscheidend ist.

2. Nach meinem Dafürhalten stellt die Unterlassung der vierteljährlichen Anordnung kein Hindernis für die Fälligkeit der späteren Zwangsgelder dar, weil die Festsetzung derselben, ihrer Höhe, der Fristen und der Leistung, die vorgenommen werden muss, sich in dem Beschluss nach Art. 709.1 LEC befinden, der dem Vollstreckungsschuldner zur entsprechenden Zeit zugestellt wurde. Davon ist lediglich eine Ausnahme zu machen, wenn das Gericht bezüglich der einzelnen Zwangsgelder eine unterschiedliche (steigende) Höhe festgesetzt hat. Das Fälligwerden der Zwangsgelder tritt hier nach der zweiten oder jeden weiteren Anordnung ein. Um die Zwangsgelder anwenden zu können, müssen die entsprechenden gerichtlichen Anordnungen in diesem Fall also erlassen worden sein.

Die gerichtlichen Anordnungen haben eine Bedeutung für die Festsetzung der zeitlichen Grenze der Festsetzung der Zwangsgelder, weil das Gesetz diese Grenze nach einem Jahr ab der Festsetzung der ersten Anordnung angibt (Art. 709.3 LEC).

Als erste gerichtliche Anordnung versteht man die, welche nach den Art. 699 und 705 LEC als erster Vollstreckungsakt des Gerichts erlassen wurde. Nach Art. 709.1 LEC wird beim Beschluss eines weiteren Zwangsgelds keine neue Anordnung erlassen, sondern ab diesem Zeitpunkt wird diese Anordnung wiederholt, die auf der Basis der zuvor genannten zwei Artikel festgesetzt wurde.

Davon ausgehend ergeben sich Zweifel im Hinblick auf den *dies a quo* der Frist. Betrachten wir die Möglichkeiten:

1. Vom Zeitpunkt an, in dem das Gericht die Ausführung der ersten Anordnung (d.h. diejenige nach Art. 699 und 705) verfügte. Diese Möglichkeit muss verworfen werden, weil dieser Zeitpunkt im Hinblick auf die Einwirkung auf den Vollstreckungsschuldner, um ihn zur Erfüllung zu veranlassen, unerheblich ist. Bedeutsam dafür ist die Ausführung der Anordnung.

2. Ab der Ausführung dieser ersten gerichtlichen Anordnung. Auch diese Auslegung ist nicht befriedigend: Es gäbe eine durch die erste Anordnung eröffnete Frist zur Erfüllung, die ohne den Zwang der anstehenden Zwangsgelder laufen würde (Art. 699 Abs. 1 und 705 LEC); erst nach der Nichterfüllung innerhalb der durch die erste Anordnung gesetzten Frist können Zwangsgelder verhängt werden (Art. 709.1 LEC). Wenn man dieser Interpretation folgen würde, verkürzte man die Zeit zur Benutzung eines Mittels, das mit dem Ziel einer größeren Effektivität des Vollstreckungsrechtsschutzes eingesetzt wird.

3. Nach der Nichterfüllung der ersten gerichtlichen Anordnung und des daraufhin vom Vollstreckungsgläubiger beantragten und erwirkten Erlasses des Beschlusses zur Verhängung der regelmäßigen Zwangsgelder. Der *dies a quo* der maximalen Frist von einem Jahr ist richtigerweise der Tag, an dem dieser Beschluss seine Wirkungen zeitigt. Eine „tote Zeit“ zwischen der Nichterfüllung der ersten gerichtlichen Anordnung und des Erlasses des Beschlusses, der den Beginn der Folge der Zwangsgelder verfügt, lässt sich nicht vermeiden. Dieser Zeitraum, der unnütz

verstreicht, darf dem Vollstreckungsgläubiger nicht schaden, indem die Zeit reduziert wird, in der er die Zwangsgelder als Mittel der Vollstreckung eingesetzt werden können.

## **2. Tilgung des geldwerten Gegenwerts der geschuldeten Leistung, Geldvollstreckung und Auferlegung eines einzelnen Zwangsgelds**

Die Tilgung des geldwerten Gegenwerts der geschuldeten Leistung – um zur Geldvollstreckung überzugehen – und die Auferlegung eines einzelnen Zwangsgelds stellen die von Art. 709.2 LEC vorgesehene Vollstreckungstätigkeit dar. Sie ist angebracht, wenn der Vollstreckungsgläubiger sich für den geldwerten Gegenwert einer Verpflichtung zu einem Tun entschieden hat und das Gericht dieser Verpflichtung außerdem einen unvertretbaren Charakter beimisst.

Der Beschluss, der diese Vollstreckungstätigkeit verfügt, enthält zwei wesentliche Äußerungen, die getrennt betrachtet werden müssen.

### ***A) Anpassung der Vollstreckung an das Verfahren der Geldvollstreckung***

In erster Linie muss der Beschluss anordnen, dass „die Vollstreckung fortgesetzt wird, um den geldwerten Gegenwert der geschuldeten Leistung zu erhalten“ (Art. 709.2 LEC).

Diese Anordnung müsste ergehen, wenn sich der Vollstreckungsgläubiger für diese Art der Vollstreckung entschieden hat und nicht für die regelmäßige Auferlegung von Zwangsgeldern. Wenn ich sage, dass sie ergehen *müsste*, befürworte ich, dass das Gericht diesbezüglich gebunden ist, weil die letzten beiden Absätze des Art. 709.1 LEC dem Gericht nur dann ein Ermessen einräumen, wenn die Handlung einen unvertretbaren Charakter hat. Verneint das Gericht den unvertretbaren Charakter der Handlung, ordnet es die Fortsetzung der Vollstreckung gemäß Art. 706 LEC an. Dieser bezieht sich auf die Vollstreckung von vertretbaren Handlungen, in der keine Zwangsgelder vorgesehen sind. Wenn es der Auffassung ist, dass „die Leistung, die Gegenstand der Verurteilung ist, die besonderen Züge aufweist, die eine unvertretbare Handlung charakterisieren“, entspricht es dem Antrag des Vollstreckungsgläubigers und geht damit zur Vollstreckung des geldwerten Gegenwerts über, wenn diese Option entsprechend Art. 709.1 LEC beantragt wurde.

### ***B) Festsetzung eines einzelnen Zwangsgelds***

Art. 709.2 LEC besagt: „In der gleichen Entscheidung wird dem Vollstreckungsschuldner ein einzelnes Zwangsgeld gemäß Art. 711 auferlegt“.<sup>13</sup>

Im Folgenden soll die Zulässigkeit der Festsetzung dieses Zwangsgelds betrachtet werden. Beleuchtet werden muss sowohl die objektive Voraussetzung – die

---

<sup>13</sup> Das einzelne Zwangsgeld kann bis zu 50 Prozent der Gegenleistung in Geld (für die unvertretbare Handlung), die im Urteil angeordnet ist, das den Vollstreckungstitel bildet, betragen. Wenn die Gegenleistung nicht in Geld beziffert ist, ist der Marktwert der Gegenleistung als Basis für die Berechnung des Zwangsgelds zu Grunde zu legen.

tatsächliche Voraussetzung, welche die Auferlegung von Zwangsgeld rechtfertigt – als auch die prozessuale Frage, ob ein Antrag des Vollstreckungsgläubigers erforderlich ist.

*a) Tatsächliche Voraussetzung für die Zulässigkeit eines einzelnen Zwangsgelds und rechtliche Natur desselben*

Es ist offensichtlich, dass die tatsächliche Voraussetzung, unter denen ein einzelnes Zwangsgeld verhängt werden kann, aus zwei Komponenten besteht:

1. Die Vollstreckung muss sich entsprechend dem Antrag des Vollstreckungsgläubigers auf die Bestimmung und Einforderung des geldwerten Gegenwerts der Verpflichtung zu einem Tun bezogen haben.

2. Es muss sich um eine unvertretbare Handlung handeln.

Wenn der Beschluss ein einzelnes Zwangsgeld auferlegt, erlauben es die Regelungen des Vollstreckungsprozesses dem Vollstreckungsschuldner folglich nicht mehr, die Leistung, die im Vollstreckungstitel angeordnet wurde, *in natura* zu erbringen. Ihm ist mit anderen Worten der gewöhnliche Weg zur Befriedigung verwehrt, weil der Weg, der während der Vollstreckung möglich bleibt (Art. 19.3 LEC), nämlich ein Vergleich zwischen Vollstreckungsgläubiger und Vollstreckungsschuldner, nicht als gewöhnlicher bezeichnet werden kann.

Von der vorhergehenden Betrachtung ausgehend ist die Annahme berechtigt, dass das einzelne Zwangsgeld eine andere Rechtsnatur aufweist als die regelmäßigen (periodischen) Zwangsgelder. Im Gegensatz zu diesen besteht sein Zweck nicht darin, das zukünftige Verhalten des Vollstreckungsschuldners zu beeinflussen, indem er zur Erfüllung der im Vollstreckungstitel festgelegten Leistung gezwungen wird. Vielmehr geht es darum, den Widerstand gegen die Anordnung nach den Art. 699 und 705 zu sanktionieren, die den ersten Vollstreckungsakt des Gerichts bei Verpflichtungen zu einem Tun darstellt. Entscheidend ist speziell diese Anordnung und nicht die spätere Entscheidung des Gerichts, in der es – trotz der Annahme, dass es sich um eine vertretbare Handlung handelt – entsprechend dem Antrag des Vollstreckungsgläubigers die Anpassung an die Geldvollstreckung verfügt.

Das rechtliche System des einzelnen Zwangsgelds ermöglicht es nicht, es als Endpunkt einer Folge von Zwangsgeldern zu verstehen, deren maximale Höhe darauf gerichtet wäre, beim Vollstreckungsschuldner ein starkes Interesse daran zu erzeugen, das hohe letzte Zwangsgeld zu vermeiden. Es kann auch nicht angenommen werden, dass es sich um ein spezielles Vorgehen (bestehend aus der Gewährung einer einmaligen Frist und der Androhung eines einzelnen Zwangsgelds) für Fälle handelt, in denen es vorhersehbar ist, dass eine Folge von Zwangsgeldern den Zeitpunkt einer unvermeidlichen Vollstreckung wegen des geldwerten Gegenwerts lediglich hinauszögern würde. Wenn das Zwangsgeld festgesetzt wird, wird gemäß Art. 709.2 LEC bereits entschieden, dass sich die Vollstreckung auf den geldwerten Gegenwert richtet.

Nur wenn man vom eindeutigen Wortlaut des Art. 709 LEC abweicht, könnte man dem einzelnen Zwangsgeld die gleiche Funktion wie den regelmäßigen Zwangsgeldern zumessen: Seine Bestimmung müsste vor dem Vollstreckungsbeschluss vorgenommen werden, so dass ihre Auferlegung in der gerichtlichen Anordnung nach Art. 699 LEC konkret – und nicht nur die *mögliche* zukünftige Auferlegung – angedroht werden könnte.

So wie es geregelt ist, stellt das einzelne Zwangsgeld in bestimmten Fällen eine strikte Sanktion wegen der Verletzung der Pflicht zur Erfüllung der Anordnungen in den Urteilen der Gerichte dar. Diese Sanktion erfolgt also nicht nur im Interesse des Vollstreckungsgläubigers – Inhaber des Rechts auf gerichtlichen Rechtsschutz in der Ausgestaltung als Recht auf Vollstreckung –, das darin besteht, die Vollstreckung wegen des geldwerten Gegenwerts zu erlauben.

*b) Festsetzung von Amts wegen oder auf Parteiantrag*

Die Ausführungen über die objektive Voraussetzung des einzelnen Zwangsgelds bestätigen die Folgerungen aus Art. 709.2 in dem Sinne, dass die Festsetzung des Zwangsgelds von Amts wegen vorzunehmen ist. Dies ist eine Konsequenz, die mit der auf Grund eines Antrags des Vollstreckungsgläubigers ergangenen Anordnung zur Vollstreckung des geldwerten Gegenwerts einer unvertretbaren Handlung zusammenhängt.

Dies vervollständigt eine Summe von Faktoren, die zu der Befürchtung führen, dass das einzelne Zwangsgeld für die Wirksamkeit der subsidiären Vollstreckung wegen des geldwerten Gegenwerts ein gefährliches Element ist, und zwar in den Fällen, in denen das Vermögen des Vollstreckungsschuldners diese verschiedenen Belastungen nicht verkraftet. Das System des Vorrangs von Forderungen ist umstritten. Dies habe ich im Abschnitt II, 4 dieser Arbeit erläutert. Es ist problematisch, auch wenn es Argumente für eine angemessene Lösung gibt, dass der Betrag der Zwangsgelder nach seiner anfänglichen Festsetzung variieren kann.<sup>14</sup> Hinzu kommt, dass sich der Vollstreckungsgläubiger jetzt noch nicht einmal durch eine prozessuale Taktik, nämlich des Verzichts auf die Beantragung des einzelnen Zwangsgelds, vor den Nachteilen, die sich aus dem Vorherigen ergeben, schützen kann.

### **3. Die Unmöglichkeit der Erfüllung der unvertretbaren Handlung in der Vollstreckung und ihre Konsequenzen für die Zwangsgelder**

Wenn das Gericht dafür hält, dass die Erfüllung unmöglich ist, ist es wichtig zu bestimmen, welche Wirkungen dies auf den Fortgang der Vollstreckungstätigkeit und dabei speziell auf die Zwangsgelder zeitigt.

Im Hinblick auf die Vollstreckung einer unvertretbaren Handlung muss im jeden Fall beachtet werden:

---

<sup>14</sup> Vgl. dazu den Abschnitt II, 3 dieses Artikels.

1. Die Unmöglichkeit der Leistung im Zeitpunkt des Vollstreckungsverfahrens führt weder zur Nichtigkeit der Verpflichtung noch zum Erlöschen derselben, weil die Rechtskraft oder die im Erkenntnisverfahren angewendete Präklusion diese Konsequenzen hinsichtlich einer Verpflichtung, die das Urteil als wirksam und fällig erklärt hat, verhindern.

2. In Übereinstimmung mit Art. 18.2 LOPJ führt die Unmöglichkeit dazu, dass sich die Vollstreckung auf die Bestimmung und Einforderung des geldwerten Gegenwerts der unmöglichen Leistung richten muss.

Bei der Vollstreckung von unvertretbaren Handlungen hat die Unmöglichkeit spezielle Konsequenzen.

Vom Zeitpunkt ihres Eintritts an darf weder die Auferlegung von Zwangsgeldern angeordnet werden noch dürfen monatliche Zwangsgelder auferlegt werden, die bereits angeordnet worden waren. Es widerspricht der Funktion der Zwangsgelder, sie aufzuerlegen, wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung festgestellt wurde, die von den Zwangsgeldern ja gerade gefördert werden soll.

Um die Auferlegung des einzelnen Zwangsgelds auszuschließen, kann die Begründung nicht dieselbe sein. Wenn die Unmöglichkeit aber schon zum Zeitpunkt des Erlasses der Anordnung nach den Art. 699 und 705 LEC bestanden haben sollte, darf das Zwangsgeld nicht auferlegt werden, weil die Nichterfüllung nicht auf Grund eines Widerstands des Vollstreckungsschuldners gegen eine Anordnung aus dem Vollstreckungsbeschluss – dies rechtfertigt die Sanktion – erfolgt, sondern auf Grund der Unmöglichkeit. Wer dies mit dem Argument bestreitet, dass der Vollstreckungsschuldner während der Anhängigkeit im Erkenntnisverfahren und vor diesem die Möglichkeit zur Erfüllung hatte, verwandelt das einzelne Zwangsgeld nach Art. 709.2 LEC in ein Mittel für das Erkenntnisverfahren – und innerhalb von diesem in ein Mittel, das den Rechtsschutz auf Verurteilung des Schuldners gewährleisten würde. Es ist aber vielmehr ein Instrument der Vollstreckung.

#### **4. Beendigung des maximalen Zeitraums der Auferlegung von Zwangsgeldern: Vollstreckung wegen des geldwerten Gegenwerts der Leistung oder Ergreifen von anderen Mitteln, die sich zur Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers eignen**

Wenn der maximale Zeitraum zur Auferlegung von Zwangsgeldern erschöpft ist, ohne dass der Vollstreckungsschuldner die verlangte Leistung bewirkt hat, kann der Vollstreckungsgläubiger zwischen der Anpassung an die Vollstreckung des geldwerten Gegenwerts der Leistung und des Antrags auf unbestimmte Mittel, die geeignet sind, die Befriedigung bezüglich des im Titel genannten Rechts herbeizuführen, wählen (Art. 709.3 LEC). Kann eines dieser unbestimmten Mittel die Fortführung der Auferlegung von Zwangsgeldern sein, obwohl die zeitliche Grenze des Art. 709 LEC abgelaufen ist?

Im Prinzip und den Fall gesetzt, dass die Möglichkeit, diese Mittel zu beantragen, vorgesehen ist, wenn das Gesetz das Ende der Auferlegung von Zwangsgeldern angeordnet hat, verträgt es sich mit der gesetzlichen Zeitgrenze nicht, wenn man annimmt, dass diese Mittel in einer Fristverlängerung zur Auferlegung von Zwangsgeldern bestehen können. Eine zeitliche Grenze für die Zwangsgelder ist aber kein Erfordernis, das sich aus ihrer Funktion ergibt. Die Funktion dieser Zwangsgelder würde es eher erfordern, sie zu verlängern, bis erfüllt wird. Folglich gibt Art. 709.3 LEC dem Gericht die rechtliche Grundlage, um nach seinem Ermessen die gesetzliche Zeitgrenze zu verlängern. Diese Interpretation der Vorschrift führt auch nicht zu ungerechtfertigten Abgrenzungsschwierigkeiten mit Art. 776.2.<sup>a</sup> LEC. Diese zweite Bestimmung setzt keine zeitliche Grenze für die Zwangsgelder fest. Art. 709.3 LEC hingegen regelt zusätzlich, dass die Verlängerung auf Grund richterlichen Ermessens möglich ist, auch wenn die vorgeschlagene Interpretation anerkennt, dass die Vorschrift eine Grenze festsetzt.

#### **IV. ZWANGSGELDER UND DIE VOLLSTRECKUNG WEGEN UNTERLASSUNGSANSPRÜCHEN IN DER LEC 2000**

Der im Vollstreckungstitel angeordnete Unterlassungsanspruch kann unterschiedlicher Art sein. Davon hängt auch ab, wie gegen den Vollstreckungstitel (bzw. die dort festgelegte Verpflichtung) verstoßen werden kann. Beide Faktoren sind, jeder für sich, für die zur Vollstreckung geeigneten Mittel bestimmend, falls nicht erfüllt worden ist.

Wenn man die erwähnten Faktoren kombiniert, kommt man zu folgenden Konstellationen der Verletzung des Vollstreckungstitels und zu folgenden Vollstreckungsmitteln, die sich als Reaktion darauf eignen:

##### 1) Wiederholbare Verletzungen, die dauerhafte Wirkungen hervorrufen

Als Reaktion auf die durch die Verletzungshandlung hervorgerufenen Wirkungen, die einen dauerhaft Charakter haben, ordnet das Gesetz als Vollstreckungsmaßnahme an, dass der eingetretene Zustand wieder beseitigt werden muss (Art. 710.1 LEC; Art. 1099 des Bürgerlichen Gesetzbuchs – *Código Civil*, im folgenden CC).

Die rechtliche Reaktion auf die Möglichkeit der Wiederholung von Verletzungshandlungen besteht – oder könnte bestehen, soweit das Gesetz sie nicht vorschreibt – in folgenden Vollstreckungsmitteln:

a) Anordnung der Unterlassung mit Androhung strafrechtlichen Vorgehens (Art. 710.1 LEC).

b) Anordnung mit der Androhung der Auferlegung von Zwangsgeldern für jeden Fall der Zuwiderhandlung. Es ist unklar, ob dieses Vollstreckungsmittel in diesen Fällen nach der LEC Anwendung finden darf.

c) Entziehung der Mittel und Instrumente, die dem Vollstreckungsschuldner ausschließlich oder hauptsächlich zur Verwirklichung der Verletzungshandlungen dienen. Dieses Vollstreckungsmittel ist nur für spezielle Fälle vorgesehen.

Die unvollständige Befriedigung des Rechts des Vollstreckungsgläubigers, die trotz der Entfaltung von Vollstreckungshandlungen zur Wiedergutmachung des Schadens verbleibt, führt zur Geldvollstreckung, nachdem die Entschädigung für die eingetretenen Schäden und Nachteile bestimmt wurde.

## 2) Wiederholbare Verletzungen, die keine bleibenden Wirkungen hervorrufen

Die Unmöglichkeit der Vollstreckung durch Beseitigung des eingetretenen Zustands führt auf der einen Seite zur Anwendung der subsidiären Geldvollstreckung und unterstreicht auf der anderen Seite den Vorteil, der in der Nutzung der präventiven Vollstreckungsmittel liegt (Androhung eines Strafprozesses und unter Umständen von Zwangsgeldern oder Entziehung der Mittel, die zur Durchführung der Verletzungshandlungen benutzt werden).

## 3. Nicht wiederholbare Verletzungen<sup>15</sup>, mit oder ohne bleibende Wirkungen

Je nachdem, ob die Verletzungshandlung zu bleibenden Wirkungen geführt hat oder nicht, besteht die Vollstreckungstätigkeit darin, den eingetretenen Zustand wieder zu beseitigen oder in der subsidiären Geldvollstreckung einer Entschädigung für Schäden und Nachteile. Diese zweite Alternative ist auch anwendbar, wenn es ganz oder teilweise unmöglich war, den ursprünglichen Zustand wieder herzustellen (Art. 710.2 LEC).

Die von der LEC 2000 geregelten Zwangsgelder in der Vollstreckung von Unterlassungsansprüchen verdienen in zweierlei Hinsicht Aufmerksamkeit. Zum einen hinsichtlich der Voraussetzung, unter der sie *ausdrücklich* vorgesehen sind – Vollstreckungstätigkeit, die darauf gerichtet ist, den durch die Verletzungshandlung bewirkten Zustand wieder zu beseitigen – und zum anderen im Hinblick darauf, dass sie als Mittel zur Verhinderung der Fortsetzung oder Wiederholung – wenn eine solche möglich ist – der Verletzung der im Vollstreckungstitel verfügten Unterlassungspflicht im Gesetz nicht vorgesehen sind. Betrachten wir im Folgenden diese zwei problematischen Aspekte.

---

<sup>15</sup> Die Unmöglichkeit der Wiederholung einer Verletzungshandlung kann damit zusammenhängen, dass der im Vollstreckungstitel verfügte Unterlassungsanspruch ein einmaliger ist – darauf bezieht sich Art. 710.2 LEC, wenn er davon spricht, dass „die Rechtsnatur der Verurteilung zu einem Unterlassen zu berücksichtigen ist“. Es kann aber auch sein, dass die Pflicht zu einem Unterlassen, die zunächst als fortlaufende oder regelmäßige bestand, aus irgendeinem Grund erloschen ist (zum Beispiel das Verbot, im Fernsehprogramm am Ende des Jahres in den Jahren 2002 bis 2004 aufzutreten, wenn im Vertrag festgelegt ist, dass er aufzulösen ist, wenn gegen ihn verstoßen wird).

## **1. Die auf die Beseitigung des eingetretenen Zustands gerichtete Vollstreckungstätigkeit**

Diese Vollstreckungstätigkeit ist angebracht, wenn der Verpflichtete eine durch den Vollstreckungstitel verbotene Handlung vorgenommen hat und dadurch bleibende Wirkungen eingetreten sind, die beseitigt werden können. Das Gericht ordnet in diesem Fall im Vollstreckungsbeschluss an, dass der Vollstreckungsschuldner den rechtswidrigen Zustand zu beseitigen hat, wenn der Vollstreckungsgläubiger dies unter den genannten Voraussetzung in der Klage oder ihm Vollstreckungsantrag (Art. 549.1.2.º LEC) beantragt.

Wenn der Vollstreckungsschuldner die Pflicht zur Beseitigung innerhalb der gesetzten Frist nicht erfüllt, ordnet Art. 710.1 Abs. 2 LEC zunächst lediglich ein Vollstreckungsmittel an: „Ihm (dem Vollstreckungsschuldner) wird die Auferlegung von Zwangsgeldern für jeden Monat der Nichterfüllung angedroht“.

Auf der einen Seite überrascht die Anordnung dieses Vollstreckungsmittels, weil die LEC es in Art. 709 eigentlich nur für die Vollstreckung von unvertretbaren Handlungen vorsieht. Auf der anderen Seite ist es theoretisch nicht das einzig passende Mittel. Denkbar ist es auch, die Beseitigung auf Kosten des Vollstreckungsschuldners vornehmen zu lassen.

Das letztgenannte Mittel ist außerdem ein Vollstreckungsmittel, das eine höhere Nützlichkeit als die Zwangsgelder aufweist, weil es im Falle, dass der Vollstreckungsschuldner solvent ist, das Erreichen des vom Vollstreckungsgläubiger verfolgten Ziels auf dessen Kosten garantiert.

Art. 1099 CC löst die Probleme, die sich im Zusammenhang mit der Frage stellen können, ob dieses Vollstreckungsmittel auch zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands eingesetzt werden kann.

Es lässt sich kritisieren, dass Art. 710 LEC zu dieser Frage keine Stellung nimmt, aber gewiss wäre die Regelung auch nicht richtig gewesen, wenn sie nur – so wie Art. 1099 CC – die Beseitigung auf Kosten des Vollstreckungsschuldners vorgesehen hätte. Damit hätte man dem Vollstreckungsgläubiger in den Fällen, in denen die Beseitigung einen unvertretbaren Charakter aufweist, die Möglichkeit genommen, eine spezifischere Erfüllung seines Anspruchs zu erlangen (zum Beispiel: Antrag auf Auflösung eines Vertrags, weil die Pflicht zur Unterlassung verletzt wurde).

Als Folge ergibt die Kombination von Art. 709 LEC und 1099 CC ein äußerst vollständiges System der Vollstreckungsmittel zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustandes: Beseitigung auf Kosten des Vollstreckungsschuldners und Zwangsgelder.

Im Hinblick auf die Zwangsgelder erlaubt Art. 710.1 Abs. 2 LEC zwei Interpretationsmöglichkeiten:

Die erste gründet darauf, dass die Beseitigung letztendlich ein Tun ist. Sie besteht darin, den betrachteten Artikel in Art. 709 zu integrieren und daraus zu folgern, dass die Zwangsgelder nur auferlegt werden können, wenn die Beseitigung einen unvertretbaren Charakter aufweist.<sup>16</sup>

Eine zweite Interpretation, die ich für vorzugswürdig halte, sieht Art. 710.1 Abs. 2 LEC als Spezialregelung zu Art. 709 LEC an, wodurch die Zwangsgelder ohne den strengen Nachweis, dass die Beseitigungshandlung im konkreten Fall unvertretbar ist, auferlegt werden können. Ohne zu behaupten, dass das Gericht an den Antrag des Vollstreckungsgläubigers gebunden ist (auch wenn die Bedeutung der in Art. 709 verwendeten Begriffe dies erlauben würde), muss davon ausgehend angenommen werden, dass die Vorschrift dem Gericht aus Gründen der größeren Nützlichkeit und der größeren Vorteile dieses Vollstreckungsmittels im konkreten Fall die Befugnis verleiht, die Anwendung von Zwangsgeldern anzuordnen. Beispielsweise kann der Rückruf von Produkten aus einem Verteilungsnetz, mit dem der Vollstreckungsschuldner normalerweise zusammenarbeitet, wirkungsvoller und schneller erfolgen, wenn man den Vollstreckungsschuldner mit Zwangsgeldern dazu zwingt, als wenn die Einziehung der Produkte mit Hilfe von Dritten vorgenommen werden muss.

Der Charakter der Spezialität von Art. 710.1 Abs. 2 LEC zeigt sich auch in einem anderen Aspekt: Die danach auferlegten Zwangsgelder haben keine zeitliche Grenze. Sie sind vielmehr wirksam, bis die Verpflichtung zur Beseitigung erfüllt wird. Das Fehlen einer zeitlichen Grenze in Art. 709.3 darf nicht als Regelungslücke angesehen werden, da die Funktion dieser Zwangsgelder darin besteht, die Erfüllung der Leistung zu erzwingen, weshalb sie auferlegt werden müssen, bis die Erfüllung eintritt, es sei denn, das Gesetz bestimmt etwas anderes.

## **2. Die Anordnung des Unterlassens mit der Androhung der strafrechtlichen Verfolgung und des Fehlen einer gesetzlichen Bestimmung zur Auferlegung von Zwangsgeldern für diesen Fall**

Wenn die den Titel verletzende Handlung einer Wiederholung zugänglich ist, kann in der Klage oder dem Vollstreckungsantrag beantragt werden, dass in der Anordnung, die eine Wiederholung verbietet, eine ausdrückliche Androhung der Einleitung einer strafrechtlichen Verfolgung ausgesprochen wird (Art. 710.1 Abs. 1 LEC).

Es handelt sich um ein Mittel mit präventivem Charakter, das zum Ziel hat, den Vollstreckungsschuldner zu veranlassen, die verbotene Handlung weiterhin zu unterlassen, indem ihm die wohl größte Unannehmlichkeit angedroht wird, nämlich die Unterwerfung unter einen Strafprozess und eine eventuelle Verurteilung in diesem.

---

<sup>16</sup> *Fernández-Ballesteros*, La ejecución forzosa y las medidas cautelares (Die Zwangsvollstreckung und die vorbeugenden Maßnahmen), zit., S. 434; *Pardo*, Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer (Vollstreckung von Urteilen wegen Verpflichtungen zu einem Tun), zit., S. 348-349.

Mit dem gleichen Ziel hätte der Gesetzgeber statt der Androhung einer strafrechtlichen Verfolgung auch Zwangsgelder für den Fall anordnen können, dass der Vollstreckungsschuldner sich zu einer neuerlichen Nichterfüllung verleiten lässt. Die Wirkung wäre wohl noch höher gewesen, weil das Vollstreckungsgericht selbst die Befugnis zur Auferlegung von Zwangsgeldern hat und die Drohung der Sanktion damit glaubwürdiger ist. Hierdurch wäre eine größere Veranlassung gegeben, die Sanktion zu vermeiden.

Allerdings fehlt eine derartige Bestimmung sowohl in Art. 710 als auch Art. 711 LEC. Hinzu kommt die Schwierigkeit, dieses Fehlen als gesetzliche Regelungslücke einzustufen, da dieselben Vorschriften Zwangsgelder im Rahmen der Vollstreckung von Unterlassungsansprüchen vorsehen, wenn auch, wie oben ausgeführt, unter anderen tatsächlichen Voraussetzungen.

Auf der anderen Seite kann die Nichtberücksichtigung von Zwangsgeldern nicht durch eine analoge Anwendung der anderen Regelungen über die Zwangsgelder in der LEC ersetzt werden. Erstens besteht diesbezüglich kein allgemeines System; Art. 711 in der ursprünglichen Fassung der LEC regelt lediglich die Bestimmung der Höhe der Zwangsgelder. Zweitens müsste die Analogie zu den Zwangsgeldern, die zur Vollstreckung wegen einer Verpflichtung zu einem Tun (oder zur Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands) vorgesehen sind, nach jedem Zeitabschnitt der Nichterfüllung der Unterlassungspflicht zur Auferlegung von Zwangsgeldern zu ihrer Durchsetzung führen. Wenn man die Wiederholung des verbotenen Verhaltens allerdings verhindern will, bestünde der angemessene Gebrauch der Zwangsgelder im Gegenteil darin, die Auferlegung eines konkreten Zwangsgelds anzudrohen für den Fall, dass eine erneute Verletzung des Titels erfolgt und es im konkreten Fall auch aufzuerlegen – und zwar in *jedem* Fall, in dem eine Verletzungshandlung vorgenommen wird.

Bei den ständigen oder regelmäßigen Unterlassungspflichten führt jede Verletzungshandlung zu einem neuen Vollstreckungsverfahren. Davon ausgehend hätte der Gesetzgeber bestimmen können, dass nach einer Verletzungshandlung die Auferlegung eines Zwangsgelds angedroht werden kann, wenn eine erneute Verletzungshandlung vorgenommen wird. Jedenfalls wäre dieses Zwangsgeld ein Vollstreckungsmittel, das in einer anderen, wenn auch damit zusammenhängenden Vollstreckung Anwendung fände.

Letzten Endes würde es sich um ein anderes rechtliches Instrument als die regelmäßigen Zwangsgelder handeln, deren Anwendung im selben Vollstreckungsverfahren angeordnet wird und die im Prinzip mit einem gewissen Automatismus wirken.

Im Schrifttum wurde kritisiert, dass die LEC 2000 Zwangsgelder als spezifische Antwort auf die mögliche Wiederholung eines durch den Vollstreckungstitel

verbotenen Verhaltens nicht ausdrücklich vorsieht.<sup>17</sup> Ich teile diese Kritik, aber nicht, dass das Fehlen einer ausdrücklichen Bestimmung durch eine allgemeine Anwendung des Art. 699 Abs. 2 LEC ergänzt werden kann. Danach wird die Anwendung von Zwangsgeldern angedroht, und zwar in der ersten Anordnung des Gerichts bei allen Vollstreckungen von Verpflichtungen auf Übertragung von Mobilien oder Immobilien oder zu einem Tun oder Unterlassen.

Wenn Art. 699 Abs. 2 LEC diese befürwortete Reichweite zur Auferlegung von Zwangsgeldern in allen Fällen hätte, in denen sie in den von dieser Norm aufgeführten Vollstreckungen nützlich wären, hätte sich der Gesetzgeber nach meinem Dafürhalten die speziellen Regelungen der Art. 709 und 710 LEC sparen können. Vielmehr muss Art. 699 Abs. 2 LEC, soweit er sich auf die Zwangsgelder bezieht, als Verweisungsnorm angesehen werden, die in Zusammenhang mit den Vorschriften gelesen werden muss, welche die Voraussetzungen aufführen, unter denen die Anwendung von Zwangsgeldern in Betracht kommt.

#### **V. ZWEI UNSYSTEMATISCHE UND ZUR NEUEN LEC ZEITNAHE REFORMEN: ART. 44 DES MARKENGESETZES (LEY 17/2001, DE 7 DE DICIEMBRE) UND DER NEUE ABSATZ 2 VON ARTIKEL 711 LEC (LEY 39/2002, DE 28 DE OCTUBRE)**

Das rechtliche System der Zwangsgelder, das oben einschließlich seiner Unsicherheiten und Mangelhaftigkeit dargestellt wurde, hat kurze Zeit nach seiner Einführung durch die LEC 2000 zwei wichtigen Änderungen erfahren, auch wenn deren Anwendungsbereich auf spezielle Materien beschränkt ist.

Keine zwei Jahre nach der Verkündung der LEC 2000 führte das neue Markengesetz (*Ley de Marcas, 17/2001, de 7 de diciembre*) für die Vollstreckung von Verurteilungen zu einem Unterlassen von Verletzungen eines Markenrechts ein ähnliches, analoges Mittel ein, auch wenn dieses nicht völlig mit den Zwangsgeldern identisch ist.

Weniger als ein Jahr später fügte das Gesetz 39/2002 (*Ley 39/2002, de 28 de octubre*), das mehrere Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet des Schutzes der Interessen der Verbraucher in das spanische Recht umsetzte, dem Art. 711 LEC einen zweiten Absatz hinzu. Dieser verändert die Voraussetzungen für die Anwendung der Zwangsgelder in der Vollstreckung von bestimmten Unterlassungspflichten und betont außerdem den Charakter der Zwangsgelder als Einnahme im Sinne des öffentlichen Rechts. Letzteres widerspricht in gewisser Weise der Orientierung des Markengesetzes in Richtung der *astreintes*.

---

<sup>17</sup> *Fernández-Ballesteros*, La ejecución forzosa y las medidas cautelares, zit., S. 435, Anm. 66; *Pardo*, Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer, zit., S. 139, 337, 343-347, 350.

## **1. Die Zwangsschädigungen nach Art. 44 des Markengesetzes**

Art. 44 des Markengesetzes bestimmt: „Wenn zur Einstellung von Handlungen zur Verletzung einer Marke verurteilt wird, setzt das Gericht eine Entschädigung in bestimmter Höhe fest, die mindestens 600 Euro pro abgelaufenem Tag betragen muss, bis die tatsächliche Einstellung der Verletzungshandlungen erfolgt. Der Betrag dieser Entschädigung und der Tag, ab dem die Pflicht zur Entschädigung besteht, wird in der Vollstreckung des Urteils festgelegt.“

Diese Bestimmung betrifft das System der Zwangsgelder nicht direkt. Die betreffenden Regelungen unterscheiden sich selbst in grundlegenden Aspekten.

Auf der einen Seite sind die regelmäßig geschuldeten Geldbeträge auf eine Entschädigung des Vollstreckungsgläubigers gerichtet. Es stellt daher ein rechtliches Instrument dar, das der *astreinte* näher steht als die Zwangsgelder, die – obwohl die LEC diesbezüglich schweigt – an die Staatskasse abzuführen sind.

Auf der anderen Seite ist die tatsächliche Voraussetzung, für die Anwendung der Zwangsschädigungen und Zwangsgeldern verschieden. Wie im Abschnitt IV, 2 gezeigt, sind Zwangsgelder bei einer wiederholbaren Verletzung einer Unterlassungspflicht vom Gesetz nicht vorgesehen.

Gleichwohl existieren offensichtliche Zusammenhänge zwischen beiden Regelungen.

An erster Stelle, auf der Ebene der Gesetzgebung, zeigt sich die Unsicherheit des spanischen Gesetzgebers bei der Regelung der Vollstreckung mit Zwangsmitteln, die nicht strafrechtlicher Natur sind. In der LEC 2000 wurden, wenn auch durch das Fehlen einer ausdrücklichen Norm etwas „verschämt“, Zwangsgelder eingeführt, die Einnahmen des öffentlichen Rechts darstellen. Das Markengesetz von 2001 regelt hingegen zweifelsfrei *astreintes*.

An zweiter Stelle, auf der Ebene der Normanwendung, stellt sich das Problem der Konkurrenz zwischen den Zwangsgeldern der LEC 2000 und den Zwangsschädigungen des Markengesetzes von 2001. In meinen Augen verdrängt die Anwendung des Markengesetzes im Falle der Konkurrenz die Anwendung der Zwangsgelder nach Art. 710.1 LEC. Die erste Bestimmung ist sowohl die spätere als auch die speziellere Norm, deren normativer Inhalt den der Vorschrift für die Zwangsgelder umfasst. Die Zwangsschädigungen gehen nämlich noch über den Nutzen, die Erfüllung der Unterlassungspflicht zu fördern, hinaus, indem sie der Entschädigung der Schäden dienen, die durch die irreversible Nichterfüllung entstanden sind.

## **2. Der neue Absatz 2 des Artikels 711 LEC, eingeführt durch das Gesetz 39/2002 vom 28. Oktober**

Das Gesetz 39/2002 vom 28. Oktober zur Umsetzung verschiedener Gemeinschaftsrichtlinien auf dem Gebiet des Schutzes der Interessen der Verbraucher in das spanische Recht hat Art. 711 LEC einen neuen Absatz 2 hinzugefügt. Dieser

bestimmt: „Das stattgebende Urteil auf eine Einstellungsklage zum Schutz der kollektiven Interessen und der einzelnen Interessen der Verbraucher setzt ein Zwangsgeld fest, das sich zwischen 600 und 60.000 Euro für jeden Tag, um den die Vollstreckung der gerichtlichen Entscheidung in der im Urteil angegebenen Frist verzögert wird, bewegt, je nach der Natur und Bedeutung des eingetretenen Schadens sowie der wirtschaftlichen Leistungsstärke des Verurteilten. Besagtes Zwangsgeld muss der Staatskasse zugeführt werden“.

Diese neue Vorschrift hat im rechtlichen System der Zwangsgelder Auswirkungen in zweierlei Hinsicht.

Einerseits hat sie eine ambivalente Bedeutung im Hinblick auf das grundlegende Thema der Kriterien der Gesetzgebungspolitik über die Vollstreckung mit Zwangsmitteln, die nicht strafrechtlicher Natur sind. Sie legt ausdrücklich fest, dass „das Zwangsgeld der Staatskasse zugeführt werden muss“, was man als eine Bestätigung dafür ansehen könnte, dass die Zwangsgelder in der LEC 2000 die Natur einer öffentlich-rechtlichen Einnahme aufweisen. Man könnte aber auch argumentieren, dass ihre klare Ausdrucksweise eher Zweifel über die Natur der Zwangsgelder im allgemeinen aufwirft, zumal die neue Vorschrift eine Norm mit speziellem Charakter darstellt. Jedenfalls berichtigt die Vorschrift abermals den durch das Markengesetz von 2001 eingeschlagenen Kurs und schließt die Option für die *astreintes* aus.

Andererseits gibt die Vorschrift – wenn auch nur in seinem speziellen Anwendungsbereich – Antwort auf die Notwendigkeit, die Zwangsgelder mit dem Ziel einzusetzen, den Verurteilten zu zwingen, das durch das Urteil angeordnete Verbot zu respektieren, ohne auf eine weitere Nichterfüllung warten zu müssen, die zeitlich nach der vollstreckungsfähigen Verurteilung zu einem Unterlassen eintritt.

## **VI. SCHLUSSBETRACHTUNG DE LEGE FERENDA**

Die Aufnahme der Technik der Zwangsgelder in die neue spanische Zwangsvollstreckung stellt eine der bemerkenswertesten Neuerungen in der LEC 2000 dar.

Gleichwohl wäre es angesichts der Defizite in der Regelung der Zwangsgelder in der LEC und den beiden gesetzgeberischen Neuerungen bezüglich dieser Materie, die unsystematisch durchgeführt wurden und in speziellen Streitigkeiten Anwendung finden, ratsam, eine Gesetzesreform durchzuführen. Um die Gesamtheit der Probleme dieses Vollstreckungsmittels zu lösen, sollten folgende Überlegungen beachtet werden:

1. Der Gesetzgeber muss klar festlegen, ob er sich für das Modell der Zwangsgelder – die der Staatskasse zugute kommen – oder dem Modell der *astreintes* entscheidet. Wenn er sich für das erste Modell entscheidet, muss er geeignete Normen erlassen, die sicherstellen, dass die Einforderung der Zwangsgelder vom Vermögen

des Vollstreckungsschuldners in keinem Fall die Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers mittels des geldwerten Gegenwerts der Leistung, die trotz der Auferlegung von Zwangsgeldern nicht *in natura* vollstreckt werden konnte, verhindert oder einschränkt (Abschnitt II, 4 dieser Arbeit).

2. Die Voraussetzungen für die Anwendung der Zwangsgelder in der Vollstreckung von Unterlassungsansprüchen müssen verändert werden. Hauptsächlich in dem Sinne, dass die Möglichkeit eingeführt werden muss, Zwangsgelder zur Verhinderung der Nichterfüllung der Unterlassungspflicht aufzuerlegen, verbunden mit der konkreten Androhung der Auferlegung derselben für oder während jedem Fall, in dem diese Pflicht verletzt wird. Man müsste das, was bereits für einige Vollstreckungen in den Vorschriften, die im Abschnitt V dieser Arbeit behandelt wurden, vorgesehen ist, auf alle Vollstreckungen von Unterlassungsansprüchen ausdehnen.

## LA EJECUCIÓN DE PRESTACIONES NO DINERARIAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000<sup>(\*)</sup>

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València (Estudi General)

### SUMARIO:

#### I.-INTRODUCCIÓN.

- 1.-EL DERECHO A QUE LA SENTENCIA SE EJECUTE EN SUS PROPIOS TÉRMINOS COMO INTEGRANTE DEL CONTENIDO DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA
- 2.-EL PERFECCIONAMIENTO DEL RÉGIMEN DE LA EJECUCIÓN POR OBLIGACIONES NO DINERARIAS
- 3.-EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PROCESAL Y EL RÉGIMEN DE LA EJECUCIÓN POR OBLIGACIONES NO DINERARIAS
  - A) Antecedentes del régimen de esta ejecución y desvalorización del principio de legalidad
  - B) La regulación postconstitucional de los medios y procedimientos para la ejecución no dineraria y la recuperación del principio de
  - C) Normas legales rectoras de la ejecución por obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa distinta a dinero
    - a) Normas generales
    - b) Normas
    - c) Otras normas que habilitan medios que pueden coaccionar al cumplimiento de obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa determinada, impuestas en título ejecutivo
- 4.-NATURALEZA JURÍDICA DE LAS NORMAS QUE RIGEN LA EJECUCIÓN NO DINERARIA.

#### II.-EJECUCIÓN DE PRESTACIONES DE ENTREGAR COSA MUEBLE DETERMINADA

- 1.-ADECUACIÓN DE LA ACTIVIDAD EJECUTIVA
- 2.-ACTIVIDADES EJECUTIVAS
  - A) Requerimiento de entrega con fijación de plazo
  - B) Actos destinados a la entrega de la
    - a) Actos de averiguación del paradero de la cosa
    - b) Actos de transferencia de la posesión de la cosa
  - C) La constancia registral de la titularidad resultante del título ejecutivo
  - D) La imposibilidad de entrega de la cosa
    - a) Tercero que posea en concepto de
    - b) Tercero que posee en concepto distinto al de
  - E) Falta de entrega de la cosa y transformación de la actividad ejecutiva

#### III.-EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE DAR COSA GENÉRICA

- 1.-ADECUACIÓN DE LA ACTIVIDAD EJECUTIVA
- 2.-ACTIVIDAD EJECUTIVA
  - A) Entrega de las cosas si se hallan en el patrimonio del ejecutado

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en «Estudios de Derecho Judicial», *Consejo General del Poder Judicial*, Nº 53, Madrid, 2004, pp. 263-343. El mismo texto, con excepción del capítulo primero de la Introducción, fue publicado anteriormente, bajo el título «Ejecución de prestaciones no dinerarias», en *III Jornadas Sobre la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. La ejecución*, Artes Gráficas, 2003, pp. 305-357.

- B) Adquisición a costa del ejecutado
- C) Ejecución por equivalente

#### IV.-EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE DAR COSA INMUEBLE

##### 1.-ADECUACIÓN DE LA ACTIVIDAD EJECUTIVA

##### 2.-ACTIVIDADES EJECUTIVAS

- A) Requerimiento para el cumplimiento, en cierto plazo, de lo dispuesto en el título. Regla especial en caso de que el inmueble esté destinado a vivienda
- B) Actos dirigidos a la entrega de la
- C) En especial, los actos de desalojo o lanzamiento
  - a) El ejecutado y quienes ocupan el inmueble con aquél o en dependencia
  - b) Terceros ocupantes del inmueble que, en el incidente declarativo previsto por el art. 704.2 LECiv, no son reconocidos con título suficiente para la
- D) Actividades para adecuar el Registro de la Propiedad a lo establecido en el título ejecutivo
  - a) Título ejecutivo obtenido frente al titular
  - b) Si se adoptó la medida cautelar de anotación preventiva de demanda
- E) Actividades complementarias relativas a aspectos accesorios de la entrega de la posesión.
- F) La imposibilidad de ejecución en los propios términos del título ejecutivo y la procedencia de la ejecución por el equivalente dinerario de la prestación

#### V.-EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE HACER

##### 1.-LA ADECUACIÓN DE LAS ACTIVIDADES EJECUTIVAS

##### 2.-ACTIVIDADES EJECUTIVAS

- A) Requerimiento de cumplimiento del título ejecutivo en sus propios términos
- B) Incumplimiento del ejecutado y disposición expresa del título ejecutivo para esa eventualidad
- C) Determinación del carácter no personalísimo o personalísimo de la prestación de hacer
  - a) Actos del ejecutante referidos al modo de continuar la actividad ejecutiva
  - b) Criterios para calificar un hacer como personalísimo
- D) Actividad ejecutiva en caso de que el hacer no sea personalísimo
  - a) Encargo del hacer a un tercero y ejecución dineraria por el coste sobre el patrimonio del ejecutado.
  - b) Imposibilidad de la prestación de hacer, aun mediante encargo de la misma a un tercero
  - c) Ejecución dineraria sobre el patrimonio del ejecutado por el importe de los daños y perjuicios y por el equivalente dinerario de la prestación
  - d) El supuesto especial de la condena a publicar la sentencia en medios de comunicación
- E) Actividad ejecutiva en caso de hacer personalísimo
  - a) Coacción al cumplimiento de la prestación por el ejecutado: multas coercitivas mensuales y requerimientos trimestrales
  - b) Finalización del periodo de multas coercitivas sin cumplimiento de la prestación
  - c) Liquidación del equivalente dinerario de la prestación debida, ejecución dineraria e imposición de una multa única
  - d) Tratamiento penal de la conducta del ejecutado
  - e) Imposibilidad del hacer personalísimo y sus consecuencias sobre la actividad ejecutiva

#### VI.-EJECUCIÓN DE CONDENAS A EMITIR UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

##### 1.-ADECUACIÓN DE LA ACTIVIDAD EJECUTIVA

##### 2.-SUPUESTOS EN LOS QUE ES PROCEDENTE LA EJECUCIÓN EN SUS PROPIOS TÉRMINOS DEL TÍTULO QUE IMPONE LA EMISIÓN DE UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

- A) Voluntad previamente declarada sobre los elementos esenciales del negocio al que se refiere el título ejecutivo
- B) Potestades de integración del contenido negocial
- C) Inexistencia de voluntad previamente declarada y falta de potestades de integración

VII.-EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE NO HACER

1.-ADECUACIÓN DE LAS ACTIVIDADES EJECUTIVAS

2.-ACTIVIDADES EJECUTIVAS

- A) Especialidades en la iniciación de la ejecución
- B) Modalidades de infracción del título ejecutivo y actividades ejecutivas adecuadas
  - a) Modalidades de infracción del título según la clase de prestación de no hacer impuesta en el mismo
  - b) Las actividades ejecutivas adecuadas
  - c) Ejecución dineraria subsidiaria
- C) Ejecución por medios de coacción de condenas de cesación en materia de marcas y de condenas dictadas para tutela de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios
  - a) Las indemnizaciones coercitivas del artículo 44 de la Ley de Marcas 2001
  - b) El nuevo apartado 2 del artículo 711 LECiv introducido por la Ley 39/2002, de 28 de octubre

VIII.-MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LA EJECUCIÓN

1.-CONCEPTO Y NATURALEZA

2.-PRESUPUESTOS

3.-MEDIDAS ADOPTABLES

- A) Medidas para asegurar específicamente la efectividad del título ejecutivo
- B) Embargo preventivo especial

4.-PROCEDIMIENTO

NOTA BIBLIOGRÁFICA

## I.- INTRODUCCIÓN

En estas páginas pretendo resaltar los aspectos más importantes del cambio sustancial del régimen de la ejecución de sentencias de condena no dineraria introducido por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, que ha modificado la anterior legislación procesal en la materia, absolutamente insatisfactoria por muchas razones.

### **1.- El derecho a que la sentencia se ejecute en sus propios términos como integrante del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva**

El régimen de la ejecución no dineraria, como otras instituciones jurídicas, encuentra en la Constitución el fundamento jurídico superior y el límite a su configuración normativa.

Sobre este régimen se ha proyectado específicamente una parte de la doctrina jurisprudencial del TC referida al fundamento de la fuerza ejecutiva de las resoluciones judiciales.

El TC reconoció, muy tempranamente, que el derecho a que la sentencia se cumpla y a que, quien hubiera obtenido la sentencia a su favor, sea repuesto en su derecho y, en su caso, compensado por los daños y perjuicios sufridos, forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva (STC 32/1982, FJ 2.º). Por otra parte, en términos objetivos, el deber de cumplimiento de las resoluciones judiciales también encuentra su fundamento constitucional en el art. 117.3 CE —potestad jurisdiccional de hacer ejecutar lo juzgado— y en el art. 118 CE —obligación de cumplimiento de las sentencias— (SSTC 67/1984, FJ 4.º y 15/1986, FJ 3.º).

Esta regulación objetiva y, a la vez, este contenido de un derecho fundamental plantean, además, un problema especial en los supuestos en que la sentencia impone deberes de prestación de naturaleza no dineraria.

En el caso de las condenas dinerarias no puede haber reproche constitucional frente a que la ejecución se detenga ante la insolvencia del ejecutado, porque ésta constituye una indiscutible imposibilidad material de desarrollo de la actividad ejecutiva. Cuestión diferente es la de si son o no suficientes los medios establecidos por la ley ordinaria —o su aplicación por los tribunales— para tratar una insolvencia que sea sólo aparente, para evitar que condicione la ejecución como si fuera real.

Diferentemente, en el caso de las condenas no dinerarias, el régimen de la actividad ejecutiva establece, en muy variadas circunstancias, que no se realice la ejecución de la misma prestación impuesta por la sentencia, sino otra prestación, generalmente la del equivalente dinerario de la prestación establecida en el título ejecutivo. Las circunstancias que determinan esa variación son, unas veces, expresivas de una imposibilidad material de ejecución de la prestación no dineraria; otras veces representan las limitaciones que el legislador ordinario ha estimado conveniente fijar a la ejecución en sus propios términos de los títulos que imponen tales prestaciones. Más allá de estas limitaciones, la ley sólo posibilita la ejecución por una prestación distinta, aunque equivalente —en términos jurídicos— a la prestación inicialmente impuesta por el título ejecutivo.

Atendida, por un lado, esta peculiaridad del régimen de la ejecución por obligaciones no dinerarias, y, por otro, la concepción del derecho a que la sentencia se

cumpla —como contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva—, es imprescindible plantearse si este último derecho implica también, como imperativo constitucional, un régimen determinado de la ejecución, concretamente uno dirigido al exacto cumplimiento de la prestación impuesta por el título ejecutivo.

La respuesta de la doctrina jurisprudencial del TC a esta cuestión ha sido negativa. Las exigencias constitucionales y el contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva son igualmente respetados por un régimen de la ejecución que garantice la exacta correspondencia entre lo establecido en la sentencia y lo que se ejecuta, como por una ordenación en el que, por razones atendibles, la ley disponga que debe ejecutarse un equivalente dinerario de la prestación inicial u otra prestación distinta (SSTC 58/1983, FJ 2.º; 67/1984, FJ 2.º y 322/1994, FJ 2.ª).

Además, el modo en que los tribunales ordinarios interpreten y apliquen el régimen legal que establece la transformación de la actividad ejecutiva, es materia que no corresponde enjuiciar al TC, dado que no constituye infracción del art. 24.1 CE, salvo que la correspondiente decisión judicial haya sido adoptada con arbitrariedad o adolezca de un error patente. También podría enjuiciarla si supusiera violación de un derecho fundamental diferente a los del art. 24 CE (SSTC 322/1994, FJ 3.º y 112/1995, FJ 3.º).

En ese sentido, en la STC 322/1994 no se estima producida violación del derecho a la ejecución de la sentencia por el hecho de que los tribunales ordinarios no entendieran aplicable al caso la LPL de 1990, sino el texto anterior, lo que implicaba que la condena a readmisión en caso de despido nulo podía ser ejecutada, si el empresario se negaba a readmitir, con una indemnización dineraria. Y en la STC 112/1995 tampoco se entiende producida la infracción de aquel derecho, por el hecho de que el tribunal ordinario, al amparo de una interpretación del art. 18.1 LOPJ, acordara no ejecutar una condena a dar cosa inmueble en los términos precisos establecidos por la sentencia, sino de otro modo y con una indemnización adicional.

No obstante, el TC sí que puede revisar si esa actividad judicial que decide sobre la procedencia de la ejecución y sobre el modo de realizarse ésta, ha respetado lo que ya se ha resuelto con fuerza de cosa juzgada, o, por el contrario, ha modificado fuera de los cauces legales esos juicios.

La alteración en decisiones posteriores de lo que fue resuelto de manera firme está prohibida porque, como indica la STC 15/1986 (FJ 3.º), «El obligado cumplimiento de lo acordado por los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es una de las más importantes garantías para el funcionamiento y desarrollo del Estado de Derecho y, como tal, es enunciado y recogido en el art. 18 CE. Exigencia objetiva del sistema jurídico, la ejecución de las Sentencias y demás resoluciones que han adquirido firmeza también se configura como un derecho fundamental de carácter subjetivo incorporado al contenido del art. 24.1 CE, cuya efectividad quedaría decididamente anulada si la satisfacción de las pretensiones reconocidas por el fallo judicial en favor de alguna de las partes se relegara a la voluntad caprichosa de la parte condenada o, más en general, éste tuviera carácter meramente dispositivo. Presupuesto para el ejercicio del derecho que asiste al justiciable a instar la ejecución de lo juzgado y ser repuesto, así, en el disfrute de los derechos e intereses que le fueron cuestionados

el principio de intangibilidad de las Sentencias y demás resoluciones dictadas por los órganos integrados en el Poder Judicial entra a formar parte, por lo mismo, del cuadro de garantías que el art. 24.1 CE consagra. No quiere decir ello que la formulación constitucional impida al legislador sacrificar la “santidad de la cosa juzgada” en aras del superior valor de la justicia, estableciendo supuestos de firmeza potencialmente debilitada; lo que el derecho a la tutela judicial efectiva proscribiera es que, fuera de los supuestos taxativamente previstos, las resoluciones firmes queden sin efecto. Como indicamos en la Sentencia 67/1984, 7 junio, los principios de seguridad jurídica y de legalidad en materia procesal (art. 9.3 y 117.3 CE) vedan a los Jueces y Tribunales, fuera de los casos previstos por la Ley, “revisar el juicio efectuado en un caso concreto, si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad”, sea ésta sustantiva o meramente adjetiva».

Consecuencias de lo acabado de apuntar son las siguientes:

1ª) No puede denegarse la ejecución de una condena por obligación no dineraria impuesta en sentencia firme (en el caso, desalojo de un local de negocio por resolución del contrato de arrendamiento), con base en razones jurídicas que pudieron ser consideradas al dictarse la sentencia para, en su caso, desestimar la pretensión de resolución (STC 34/1993, FJ 3.º).

2ª) No puede acordarse un cambio en el modo de ejecutar una condena por obligación no dineraria, con base en la valoración de circunstancias que, aunque legalmente pudieran justificar ese cambio, ya fueron apreciadas —y rechazada su aplicación al caso— por resoluciones firmes dictadas en el proceso de ejecución (SSTC 67/1994, FJ 4.º y 149/1989, FJ 5.º).

## **2.- El perfeccionamiento del régimen de la ejecución por obligaciones no dinerarias**

Según lo visto, el legislador ordinario tiene libertad de configuración normativa para establecer el modo de ejecución de condenas no dinerarias y, en particular, las circunstancias determinantes del cambio a una ejecución por equivalente dinerario de la prestación. No obstante, ha de tenerse presente, por una parte, que la efectividad del derecho a la tutela judicial «quedaría decididamente anulada si la satisfacción de las pretensiones reconocidas por el fallo judicial en favor de alguna de las partes se relegara a la voluntad caprichosa de la parte condenada o, más en general, éste tuviera carácter meramente dispositivo» (STC 15/1986, FJ 3.º), y, por otra parte, que ese cambio en el modo de ejecución ha de estar fundado —como dice la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional examinada en el apartado anterior— en razones atendibles.

El régimen de esta ejecución en la LECiv de 1881 presentaba notables deficiencias, tanto en los aspectos acabados de apuntar (excesiva influencia de la voluntad del condenado, facilidad de las razones determinantes del cambio del modo de ejecución), como en otros aspectos importantes para que el ejecutante pudiera recibir efectivamente la prestación establecida en el título ejecutivo.

Las muestras más significativas de las deficiencias de esa ordenación eran las siguientes:

1ª) La referencia del art. 924 LECiv de 1881 a las condenas de hacer podía entenderse limitada al hacer de carácter material, de modo que faltaba una regulación general adecuada de la ejecución de condenas a emitir una declaración de voluntad.

2ª) En los supuestos de condena a hacer no personalísimo, la solución, establecida por el art. 924 LECiv de 1881, de que se ordenará hacer a costa del condenado si éste se niega a realizar la prestación, es idónea en cuanto a la fijación del fin a conseguir con la actividad ejecutiva, pero imprecisa en cuanto al modo de alcanzarlo. En efecto, la disposición era, en buena parte, inútil por falta de regulación tanto del modo de designar al tercero al que se ha de encargar el hacer, como de la exacción de fondos del patrimonio del condenado para garantizar y satisfacer el crédito del tercero.

3ª) Si el hacer tiene carácter personalísimo, la conclusión que la ley extraía de la falta de realización de la prestación en el plazo concedido dentro de la ejecución («se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios», según el art. 924 LECiv de 1881), implicaba dejar en manos del condenado el modo de realizar la ejecución. La ley no establecía ningún medio idóneo para imponer la realización de la prestación fijada en el título ejecutivo.

4ª) En el régimen de la ejecución de condenas de no hacer del art. 925 LECiv de 1881, el condenado también tenía el control del modo de la ejecución puesto que «si quebrantare la sentencia, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios». Tampoco en este caso se prevenían medios para sancionar la infracción de la condena, que indirectamente pudieran inducir a su cumplimiento.

5ª) El complemento —debido al art. 1099 CC— de que, cuando fuera posible, se debía ordenar deshacer lo indebidamente hecho a costa del condenado, tenía el mismo inconveniente de efectividad por falta de regulación suficiente que hemos apuntado antes para los casos de condenas de hacer no personalísimo.

6ª) En caso de condena a entregar cosas muebles (art. 926 LECiv de 1881) faltaba toda regulación de medidas para descubrir el paradero de la cosa en caso de ocultación de la misma.

La nueva LECiv introduce notables mejoras en todos los aspectos mencionados. Como apunta su Exposición de motivos: «Mención especial ha de hacerse del cambio relativo a la ejecución no dineraria. Era preciso, sin duda, modificar una regulación claramente superada desde muy distintos puntos de vista. Esta Ley introduce los requerimientos y multas coercitivas dirigidas al cumplimiento de los deberes de hacer y no hacer y se aparta así considerablemente de la inmediata inclinación a la indemnización pecuniaria manifestada en la Ley de 1881. Sin embargo, se evitan las constricciones excesivas, buscando el equilibrio entre el interés y la justicia de la ejecución en sus propios términos, por un lado y, por otro, el respeto a la voluntad y el realismo de no empeñarse en lograr coactivamente prestaciones a las que son inherentes los rasgos personales del cumplimiento voluntario».

### **3.- El principio de legalidad procesal y el régimen de la ejecución por obligaciones no dinerarias**

El art. 1 LECiv establece que: «En los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley».

El principio de legalidad procesal ha de ser especialmente considerado al tratar del régimen de la ejecución por obligaciones no dinerarias, por razones que tienen que ver con los antecedentes del mismo en nuestro Derecho.

#### ***A) Antecedentes del régimen de esta ejecución y desvalorización del principio de legalidad***

El art. 895 LECiv de 1855 disponía que «si la sentencia contuviera condena de hacer o de no hacer, o de entregar alguna cosa, se procederá a darle cumplimiento empleando los medios necesarios al efecto».

Por una parte, esta técnica podía considerarse idónea. Como apunta Tapia Fernández, esta ley «sin duda en la idea de que no podían determinarse a priori los medios necesarios para hacer efectivas las ejecutorias, por no ser fácil prever la diversidad de casos y circunstancias, no estableció limitación alguna de los medios susceptibles de ser empleados».

Pero, por otra parte, esta imprecisión legal de los medios ejecutivos resultaba inapropiada para regir una materia «como la ejecución de las sentencias, donde el cuidado y el esmero en la regulación y en el modo de actuar tales normas debería ser extremado por la importancia que conlleva la inmiscusión de una persona ajena (por más que esta persona actúe en nombre del Estado revestida de *imperium*) en la esfera jurídica y patrimonial de otra» (Tapia Fernández).

En el art. 923 LECiv de 1881 fue superada esa indeterminación de los medios y los procedimientos ejecutivos, añadiéndose a la mención de «los medios necesarios al efecto», la especificación de que tales medios «se expresan en los artículos que siguen».

No obstante, la regulación de estos medios y procedimientos era insuficiente e inapropiada, particularmente al ser confrontada con la ordenación constitucional, expresada en los arts. 24.1, 117.3 y 118 CE, y con el art. 18.1 LOPJ, cuyo contenido ya había nacido adaptado a las exigencias constitucionales.

Esto condujo a la doctrina a sostener que la limitación que se deducía del final del párrafo primero del art. 923 LECiv de 1881 había desaparecido. «El superior rango de estas normas —en palabras de Catalá Comas— y su especial proyección en el ordenamiento y en su interpretación convierten los medios a emplear no sólo en los expresados a continuación, sino —y fundamentalmente— en todos aquellos legales que permitan ejecutar las sentencias en sus propios términos. El principio imperante es el de la eficacia, el cual supone que, en la medida en que pueda obtenerse el cumplimiento específico de un título ejecutivo, en esa medida ha de proporcionarse satisfacción al ejecutante, empleando cuantos medios sean idóneos para ello».

Este planteamiento, guiado por una finalidad acertada, condujo, además de a concretas correcciones en la interpretación de las normas rectoras de la ejecución por

prestaciones de hacer, no hacer y dar cosas determinadas, a una indicación de medios para esta ejecución respecto de los cuales podía dudarse si eran la conclusión resultante de una compleja operación de interpretación e integración normativa defendible *lege data*, o una útil y conveniente propuesta de ordenación *lege ferenda*.

***B) La regulación postconstitucional de los medios y procedimientos para la ejecución no dineraria y la recuperación del principio de legalidad***

Los arts. 699 al 711 LECiv realizan el ajuste a la CE del régimen legal de la ejecución por obligaciones no dinerarias. La actividad ejecutiva deberá llevarse a efecto de acuerdo con esas disposiciones y otras más específicamente aplicables a ciertas clases de pretensiones.

Esto no excluye, como es lógico, que deban aplicarse a esos preceptos todos los medios de interpretación y utilizarse las técnicas de integración normativa si hay lagunas de regulación. Tampoco que deba investigarse y elegirse la interpretación ajustada a la Constitución. Pero la ordenación normativa de esta ejecución está constituida por ese conjunto de disposiciones.

Esta ordenación contiene técnicas normativas muy diversas. Junto a normas que cuentan con elementos reglados, aparecen abundantes conceptos jurídicos indeterminados (carácter personalísimo o no del hacer, imposibilidad de realizar la prestación o de deshacer lo hecho con infracción del título ejecutivo, etc.), e incluso preceptos que atribuyen al tribunal potestades discrecionales (así, por ejemplo, el art. 709.3 LECiv, cuando autoriza al tribunal a acordar «cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante» en determinadas circunstancias de la ejecución por obligaciones de hacer personalísimas).

En cualquier caso, la ordenación no consiste sólo en establecer la finalidad de que la sentencia sea cumplida en sus propios términos y en apoderar, a continuación, al tribunal para que aplique cualquier medio no ilegal idóneo para alcanzar ese fin.

La potestad de aplicar determinados medios ejecutivos no puede, en virtud de una interpretación sistemática con otras normas del ordenamiento —incluso de rango constitucional, y hasta garantizadas de derechos fundamentales—, entenderse conferida simplemente por ser adecuada para alcanzar aquel fin, sino que requiere de una atribución legal sobre presupuestos determinados.

Así ocurre principalmente con dos medidas específicas de gran efectividad para la ejecución de esta clase de prestaciones:

1º) La entrada y registro en domicilios para hacer posible la entrega de cosas que, de algún modo, se intenten sustraer a la actividad ejecutiva. Atendidos los arts. 18.2 y 55.1 CE es necesaria la regulación legal de la potestad de llevarla a cabo.

2º) Las multas coercitivas para coaccionar la voluntad del ejecutado a que cumpla con obligaciones de carácter personalísimo impuestas por el título ejecutivo, aunque estrictamente no sean sanciones, tienen cierta proximidad con las mismas, por lo que se justifican las garantías de legalidad y tipicidad, que requieren la previsión legal de tales multas para determinadas conductas del ejecutado en la ejecución procesal civil y no se satisfacen con la aplicación analógica de una regulación establecida para supuestos similares.

***C) Normas legales rectoras de la ejecución por obligaciones de hacer, no hacer y dar cosa distinta a dinero***

Dejando aparte los preceptos constitucionales (principalmente los arts. 24.1, 117.3 y 118 CE) las normas que rigen la ejecución que ahora consideramos pueden clasificarse del siguiente modo.

*a) Normas generales*

Lo son, principalmente, los arts. 699 al 711 LECiv, pero también los arts. 712 al 720 LECiv —en cuanto la actividad ejecutiva se haya desarrollado de manera que proceda la liquidación de ciertas obligaciones dinerarias constituidas por falta de realización en forma específica de las prestaciones de hacer, no hacer o dar cosa determinada— y los artículos incluidos en los títulos I, II y III del Libro III —aplicables a todas las actividades ejecutivas, cualquiera sea el objeto del título ejecutivo—.

En el estudio del régimen establecido, principalmente, por los arts. 699 al 711 LECiv se examinará la incidencia de los mismos sobre la vigencia e interpretación de los arts. 1096 al 1099 CC.

Sigue vigente, y es también una norma general, el art. 18.2 LOPJ, cuyas referencias a la imposibilidad de la ejecución y a la expropiación de los derechos reconocidos por la sentencia para evitar, por razones de utilidad pública o interés social, la ejecución *in natura* de la misma, deberán tenerse presentes al interpretar las disposiciones de LECiv en diversos supuestos.

*b) Normas especiales*

Regulan, con mayor o menor amplitud, la actividad ejecutiva por específicas obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa distinta a dinero. Las propias normas que establecen las especialidades, delimitan las obligaciones, de entre las de las clases indicadas, en cuya ejecución son aplicables.

Sin pretensiones de exhaustividad cabe citar las siguientes normas:

1º) Según el art. 776 LECiv, los pronunciamientos sobre medidas (provisionales y definitivas) adoptadas en juicios matrimoniales «se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el Libro Tercero de esta Ley», pero con unas especialidades, algunas de las cuales afectan a condenas de las que estamos estudiando ahora. Así, «en caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado tercero del artículo 709 y podrán mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto». Además, «El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del régimen de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas».

2º) El art. 15 LA (Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje) regula la designación judicial de árbitros en defecto de acuerdo de las partes, lo que constituye un régimen específico de la ejecución de condenas a emitir una declaración de voluntad.

3º) Para la ejecución de condenas de no hacer a causa de violación de una patente, han de tenerse presentes las posibilidades de «embargar» —sería mejor decir secuestrar— «los medios exclusivamente destinados a tal producción (la de los objetos que violan el derecho de patente) o a la realización del procedimiento patentado» (art. 63.c LP), y de obtener la transformación de tales medios «o su destrucción cuando ello fuera indispensable para impedir la violación de la patente» (art. 63.e LP).

Cabe dudar si estas medidas sólo pueden ser pretendidas en el proceso de declaración y acordadas en la sentencia, o si constituyen medios disponibles en el momento de la ejecución. Estimo que hay argumentos que permiten entender lo segundo.

4º) Hay disposiciones especiales similares respecto a la ejecución de condenas de no hacer a causa de actos de infracción de derechos de la propiedad intelectual.

El art. 139.1 LPI autoriza, en su apartado 1.d —que es luego matizado por el apartado 2—, «la inutilización y, en caso necesario, destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos destinados exclusivamente a la reproducción de ejemplares ilícitos y de los instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización, no autorizadas, de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador», y en el apartado 1.e «la remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada».

Se plantea también aquí la cuestión de si son actuaciones que el tribunal puede acordar en la ejecución de condenas a abstención, o pronunciamientos de la sentencia, que han de haberse instado en el proceso de declaración.

5ª) Para la ejecución de la condena del ocupante o propietario de un piso o local en inmueble en régimen de propiedad horizontal, a no desarrollar actividades prohibidas en estatutos, dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas, puede contarse con la privación temporal del uso del piso o local (art. 7 LPH). En este caso sí que parece ser necesario que la sentencia prevea este efecto jurídico, que, en una ejecución por obligaciones de no hacer, tiene una utilidad preventiva de infracciones futuras.

*c) Otras normas que habilitan medios que pueden coaccionar al cumplimiento de obligaciones de hacer, no hacer o dar cosa determinada, impuestas en título ejecutivo*

No son normas rectoras de la actividad ejecutiva, ni establecen medios para la misma. No son ni siquiera normas procesales. Pero las consecuencias jurídicas vinculadas a las mismas —aplicadas por el órgano que tenga competencia para ello, que tampoco es el tribunal competente para la ejecución— tienen influencia en estimular (por coacción) el cumplimiento de obligaciones que han podido ser impuestas en un título ejecutivo.

Se incluyen aquí, en primer término, las normas penales que tipifican como delito o falta ciertas conductas contrarias a lo decidido en resoluciones judiciales de contenido específico (art. 622 CP), o contrarias a ciertos derechos que pueden estar reconocidos por sentencia judicial (arts. 226, 270 al 272 —delitos contra la propiedad intelectual—, 273 al 276 —delitos contra la propiedad industrial—), o, en fin, que tipifiquen conductas de resistencia o negación al cumplimiento de una sentencia (arts.

172 —coacciones—, 556 —desobediencia grave a la autoridad— y 634 —falta de desobediencia—).

En segundo lugar, han de ser mencionadas las normas rectoras de la actividad administrativa que, en los casos correspondientes, atribuyen a las Administraciones competentes potestades de clausura o cierre de empresas, instalaciones o establecimientos, o de suspensión de sus actividades. Indirectamente estas actuaciones administrativas redundan en utilidad de eventuales condenas a no hacer que hayan sido dictadas y se estén ejecutando.

#### **4.- Naturaleza jurídica de las normas que rigen la ejecución no dineraria. Consecuencias**

La cuestión de la naturaleza jurídica de las normas que rigen la ejecución no dineraria tiene importantes consecuencias prácticas como se verá al final de este apartado.

Por unos autores se sostiene su naturaleza procesal, incluso la de las disposiciones contenidas en el CC (arts. 1096, 1098 y 1099), cuyo contenido es prácticamente idéntico a los de los artículos 923, 924, 925 y 926 LECiv de 1881 (Tapia Fernández).

De modo contrario, ha sido afirmada su naturaleza jurídica material con fundamento en que «ciertamente, la posibilidad de hacer cumplir la obligación se configura como uno de los efectos de la relación obligatoria, derivada de su carácter jurídico. Por ello, sorprende que la confirmación del carácter vinculante de la obligación, a través de la exigibilidad del cumplimiento, pueda considerarse un aspecto no sustantivo de la relación obligatoria» (Verdera Server).

A mi juicio, las normas sobre la ejecución no dineraria tienen naturaleza jurídica procesal, porque se proyectan «sobre la potestad jurisdiccional, sobre las situaciones jurídicas de los sujetos procesales y sobre los actos que integran el proceso». Esas normas establecen qué potestades tiene el tribunal y sobre qué presupuestos (por ejemplo: si puede o no imponer multas coercitivas y en qué casos), qué facultades asisten a las partes (por ejemplo: si el ejecutante puede o no elegir el modo de ejecución en caso de obligaciones de hacer no personalísimo y bajo qué condiciones), y a qué sujeciones se hallan sometidas (por ejemplo: en qué supuestos ha de soportar el ejecutado multas coercitivas). Regulan también, obviamente, los actos para el desarrollo de las mencionadas situaciones jurídicas.

Lo que ocurre es que, en materia de ejecución, en la que se trata de producir la satisfacción de derechos a prestación en la realidad social, las normas jurídico-privadas sobre cumplimiento de obligaciones y respeto a los derechos, se hallan frecuentemente en concurrencia con las normas procesales sobre la ejecución.

De ese modo, si el condenado cumple lo ordenado por la sentencia sin haber sufrido ninguna actividad ejecutiva, hay que entender que está actuando, de acuerdo con el Derecho privado, en el sentido que la sentencia ha establecido para el caso concreto. Siendo así, el derecho declarado por la sentencia es satisfecho y respetado en el plano extraprocesal, y, consecuentemente, el ordenamiento establece medios (oposición a la ejecución: art. 556.1 LECiv) para extinguir, en el plano procesal, la eficacia ejecutiva del título.

Recíprocamente —ahora desde el plano procesal— el ejercicio de las potestades que la ley atribuye al tribunal y de las facultades que atribuye a las partes —principalmente al ejecutante—, que van dirigidas a producir la satisfacción del ejecutante de acuerdo con la ley, no sólo incide en el desarrollo y terminación de la actividad ejecutiva, sino también en el plano jurídico-material, dando lugar, según los casos, a la extinción por cumplimiento del derecho del ejecutante o a la restauración del estado de respeto a tal derecho. Esta concurrencia de las normas procesales y materiales la expresa bien el art. 570 LECiv: «La ejecución forzosa sólo terminará con la completa satisfacción del acreedor ejecutante».

Para terminar, deben apuntarse cuáles son las consecuencias de la naturaleza procesal de las normas rectoras de la actividad ejecutiva por obligaciones no dinerarias:

1º) Cualquiera sea el ámbito temporal de vigencia de la norma material que rija el contenido y objeto del derecho a cuyo cumplimiento o respeto haya condenado la sentencia, la actividad ejecutiva (los medios y procedimientos para la misma) estará sometida a las normas procesales vigentes en el tiempo de realización de la ejecución (art. 2 LECiv). Las disposiciones transitorias 2.ª, 3.ª, 4.ª y 6.ª de la Ley 1/2000 constituyen aplicación de la anterior regla.

2º) Aunque el tribunal, de acuerdo con las normas de conflicto, deba resolver sobre el contenido jurídico-material del derecho con arreglo a algún Derecho extranjero, las actividades ejecutivas de la sentencia deberá realizarlas con aplicación de las normas españolas que las rijan (art. 3 LECiv; y véase, también, art. 10.10, in fine CC), sin que pueda utilizar medios y procedimientos ejecutivos previstos en el ordenamiento extranjero rector del contenido material del derecho.

## II.- EJECUCIÓN DE PRESTACIONES DE ENTREGAR COSA MUEBLE DETERMINADA

La regulación de la actividad ejecutiva por los títulos que imponen una prestación de entregar cosas muebles determinadas o específicas se contiene, principalmente, en el art. 701 LECiv.

Por otra parte, actividad ejecutiva para la entrega de cosas muebles puede producirse, también, al amparo de lo dispuesto en el art. 703 LECiv. *A contrario sensu* de lo dispuesto en el art. 703.1, párrafo segundo LECiv, si en el bien inmueble que debiera de entregarse hubiera cosas que sean objeto del título, la entrega de las mismas se efectuará con la del inmueble. Sin embargo, no cabe excluir que si, en las actuaciones de desalojo, esas cosas muebles no son halladas en el inmueble que debía contenerlas, deba procederse con arreglo a lo dispuesto en el art. 701 LECiv.

### 1.- Adecuación de la actividad ejecutiva

Las referencias a la entrega de la cosa, a su paradero, a su ocultación y hallazgo, son indicativas de que esta actividad ejecutiva no va referida a bienes muebles en general (es decir, a cualquier clase de bien que la ley no considere expresamente como inmueble [art. 335 CC]), sino a derechos sobre cosas corporales que tengan el carácter de muebles.

De acuerdo con esta primera característica, la actividad ejecutiva del art. 701 LECiv es adecuada si el título ejecutivo se refiere a la entrega de cosas muebles corporales o materiales, entre las que cabe incluir la entrega de títulos valores, en los que el derecho esté incorporado a un documento.

Respecto de valores representados mediante anotaciones en cuenta (arts. 5-12 Ley del Mercado de Valores), la actividad ejecutiva regulada por el art. 701 LECiv resulta inapropiada en buena medida, porque no hay transferencias de títulos-documento. Es útil, sin embargo, lo relativo a las inscripciones en los registros (art. 701.1, párrafo segundo LECiv), porque la transmisión de los valores se produce mediante inscripción en los registros contables (art. 9 Ley del Mercado de Valores).

El título ha de imponer el deber de entregar una cosa concreta, determinada, individualizada (por ejemplo: cuadro con cierto número de catálogo; maquinaria con determinado número de fabricación) . Si impone el deber de entregar cosa genérica o cantidad de cosas genéricas, es aplicable el art. 702 que posibilita otras actividades ejecutivas, además de las previstas por el art. 701 LECiv.

La actividad ejecutiva del art. 701 LECiv sólo es directa e inmediatamente adecuada si lo único necesario de acuerdo con el título es realizar la transferencia posesoria de la cosa mueble. En algunos casos, sin embargo, previamente puede ser necesario el desarrollo de actividades ejecutivas de otra naturaleza, porque el título ejecutivo imponga prestaciones distintas a la de dar cosa mueble, aunque relacionadas con ésta.

Principalmente los casos serán los siguientes: prestaciones de hacer relacionadas con prestaciones de dar (por ejemplo, obligación de transporte de las cosas, que deben ser entregadas en su destino; obligaciones de manipulación de la cosa que, tras el resultado de esa intervención, deba ser entregada a su titular); condenas a emitir una declaración de voluntad, de la que, una vez pueda entenderse formulada de acuerdo con el art. 708 LECiv, derivarán las obligaciones para cuya efectividad podrán realizarse las actividades ejecutivas del art. 701 LECiv. La diferencia entre que estas últimas actividades ejecutivas sean o no directamente adecuadas, viene dada por el hecho de que el propio título ejecutivo reconozca o constituya por si mismo el título jurídico del desplazamiento de la posesión. En caso negativo, la emisión de las resoluciones previstas en el art. 708.1, párrafo primero y apartado 2, párrafo primero es necesaria de modo previo.

El concepto jurídico en el que se realiza la entrega de la cosa (por ejemplo, propiedad, comodato, usufructo) no influye en las actuaciones de la actividad ejecutiva dirigidas a la entrega posesoria: la cosa ha de ser del mismo modo entregada al ejecutante, cualquiera sea la causa jurídica que legitime la entrega. No obstante si, de acuerdo con el art. 701.1, párrafo segundo LECiv, ha de adecuarse el contenido de un registro público a lo que resulte del título ejecutivo, el asiento registral deberá reflejar la clase de derecho que, de acuerdo con el título ejecutivo, corresponde al ejecutante sobre la cosa mueble.

## **2.- Actividades ejecutivas**

### ***A) Requerimiento de entrega con fijación de plazo***

Despachada la ejecución, el primer acto ejecutivo consiste en la práctica del requerimiento de entrega de la cosa específica (art. 701.1 LECiv). En el requerimiento se ha de fijar plazo para el cumplimiento, cuya duración la establece discrecionalmente el tribunal, atendiendo a que el ejecutado ya ha dispuesto de cierto plazo (art. 548 LECiv).

El requerimiento no es procedente si respecto de las cosas muebles que deban ser entregadas estuviera adoptada una medida cautelar de depósito judicial. Si el depositario es un tercero o el propio ejecutante (art. 626.4 LECiv) el requerimiento no tiene objeto, sino que la entrega de la posesión se produce sin requerimiento y sin mediar actos que, en otro caso, serían necesarios, como se examinará después. Si el depositario fuera el propio ejecutado (art. 626.3 LECiv), el requerimiento de entrega no carece completamente de sentido, pero debe puntualizarse que, en primer lugar, el plazo de entrega debe ser inmediato (dado que los bienes han de estar conservados a disposición del tribunal –arts. 626.2 y 627.1 LECiv -), y, en segundo lugar, que la responsabilidad en que el ejecutado incurre si no cumple la orden de entrega en su calidad de depositario (art. 627.1, párrafo segundo LECiv), no es la misma que la que contrae si simplemente incumple el deber de entrega.

### ***B) Actos destinados a la entrega de la posesión***

Salvo que estuviera constituida una medida cautelar de depósito judicial, puede ser necesario, en función de las circunstancias que se indicarán a continuación, realizar alguno o todos los actos siguientes:

1º) Si es conocido el paradero de la cosa mueble específica dentro del patrimonio del ejecutado, se realizarán los actos de transferencia posesoria (art. 701.1 LECiv).

2º) Si no es conocido el paradero, se realizarán, previamente, actos de averiguación del mismo (art. 701.2 LECiv). Pero esto también es procedente si, al realizarse los actos de transferencia posesoria, la cosa no es hallada.

Expondremos estos actos por su orden lógico, aunque, como es obvio, los primeros no serán necesarios siempre.

#### ***a) Actos de averiguación del paradero de la cosa***

Los actos de averiguación consisten en un interrogatorio sobre si la cosa está en su poder y si saben dónde se halla, dirigido a:

1º) El ejecutado.

2º) Terceros. Como la calidad de estos no está limitada por la ley y como estos actos no tienen el efecto de desapoderar de la cosa, han de considerarse terceros, a estos efectos, a personas dependientes del ejecutado, o a quien el mismo hubiera podido encargar la custodia o depósito, o les hubiera transmitido la cosa, en su caso, simuladamente o creando una titularidad fiduciaria.

El interrogatorio se realiza “con apercibimiento de incurrir en desobediencia” (arts. 556 y 637 CP). Pero la desobediencia no consiste en no entregar la cosa, sino en

no proporcionar la información requerida (en caso de disponer de tal información) o en proporcionarla falsamente.

*b) Actos de transferencia de la posesión de la cosa*

Averiguada la existencia, constatada la identidad con la cosa a la que se refiere el título ejecutivo, y salvo la imposibilidad jurídica que se tratará después, la actividad ejecutiva va dirigida a privar al ejecutado de la posesión o de la tenencia de la cosa para entregarla al ejecutante.

Con este fin, el art. 701.1, párrafo primero LECiv, determina los medios de los que el tribunal está apoderado:

1º) Los necesarios para poner al ejecutante en posesión de la cosa, aunque no concurra la voluntad del ejecutado. Es el tribunal, no el ejecutante, quien pone en posesión.

2º) El uso de la fuerza pública para poner al ejecutante en posesión, aunque sea en contra de la voluntad del ejecutado (art. 549.1, c LOPJ).

3º) La orden de entrada en lugares cerrados, incluidos domicilios, cuando haya motivos para pensar que la cosa mueble se encuentra en aquellos.

***C) La constancia registral de la titularidad resultante del título ejecutivo***

Si el bien mueble al que se refiere el título ejecutivo está sujeto a un régimen de publicidad registral similar al inmobiliario -es decir que publique, con una específica eficacia jurídica, derechos (propiedad u otros) sobre bienes muebles de ciertas clases-, el registro deberá ajustarse a lo dispuesto en el título ejecutivo (art. 701.1, párrafo segundo LECiv).

El régimen de publicidad registral al que alude la disposición es el Registro de Bienes Muebles, creado por Real Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, que está compuesto por varias secciones, entre las cuales interesan aquí la 1ª (Sección de Buques y Aeronaves), 2ª (Sección de Automóviles y otros Vehículos de Motor), 3ª (Sección de Maquinaria industrial, establecimientos mercantiles y bienes de equipo) y 5ª (Sección de otros bienes muebles registrables). De acuerdo con lo establecido por la disposición adicional única, apartado 2 del Real Decreto 1828/1999, el Registro de Bienes Muebles es un registro no sólo de gravámenes sobre los bienes objeto de registración, sino también de titularidades (de derechos) sobre tales bienes.

El ajuste del Registro a lo que resulte del título ejecutivo, mediante las correspondientes cancelaciones e inscripciones, requiere que, en el proceso o en el procedimiento arbitral que hayan dado lugar al título ejecutivo, haya sido pedida la nulidad o cancelación de las inscripciones correspondientes. Si esta pretensión ha de perjudicar a terceros habrá de fundarse en las causas que, de acuerdo con la ley, permiten que el derecho inscrito (el negocio o acto que lo genera) sea anulado o resuelto -y, en consecuencia, que su inscripción deba ser extinguida- en perjuicio de terceros (art. 38, párrafo segundo LH, del que hace aplicación, para su ámbito, el art. 24 de la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles). En cualquier caso, es necesario que la pretensión haya sido dirigida (y estimada) frente a

todos aquellos a quienes conceda algún derecho el asiento que se deba rectificar (art. 40, párrafo segundo LH).

#### ***D) La imposibilidad de entrega de la cosa mueble***

Al principio del art. 701.3 LECiv se contempla la situación de que “habiéndose procedido según lo dispuesto en los apartados anteriores, no pudiere ser habida la cosa”. Sin embargo, los supuestos de imposibilidad de entrega de la cosa no se limitan a esa imposibilidad material, sino que existen imposibilidades de otra clase.

Principalmente debe considerarse la imposibilidad de entrega que deriva de que la cosa se halle en poder de un tercero frente al que no sea eficaz el título ejecutivo.

Hay que partir de la distinción prevista por el art. 432 CC de que el tercero posea en concepto de dueño, o que tenga la cosa en su poder para conservarla o disfrutarla, reconociéndole el dominio a otra persona.

##### *a) Tercero que posea en concepto de dueño*

Concorre este supuesto si la persona que posee la cosa se comporta respecto de ella como si fuera propietario, lo que genera una apariencia social de esa condición. Procesalmente estas circunstancias se habrán puesto de manifiesto como resultado de las actividades de busca de la cosa.

A partir de esta situación han de distinguirse dos supuestos en cuanto a la posibilidad o no de proceder al desapoderamiento del tercero para la entrega al ejecutante.

1º) Si los bienes que el ejecutado ha transmitido a tercero estaban inscritos en el Registro de bienes Muebles y en la inscripción constaban cláusulas de reserva de dominio o de prohibición de disponer, el ejecutante puede obtener, en la misma actividad ejecutiva en curso, la entrega del bien incluso frente al tercero (argumentando art. 16.3 LVPBM).

2º) Fuera de los supuestos anteriores, las consecuencias sobre la actividad ejecutiva de la transmisión de la cosa mueble a tercero han de examinarse atendiendo, principalmente, a lo dispuesto en el art. 464 CC, que establece como regla principal que “La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título”.

El art. 464 CC no excluye absolutamente que la titularidad de la cosa mueble pueda serle reconocida al ejecutante frente al tercero, aunque lo dificulta en gran medida, porque el tercero está beneficiado por la presunción de buena fe (art. 434 CC).

El problema es, no obstante, de naturaleza procesal, en el sentido de si, para conseguir la entrega del bien, el ejecutante ha de iniciar un nuevo proceso declarativo –esta vez contra el tercero- o si puede obtenerla dentro del propio proceso de ejecución que está en curso. Si fuera necesario lo primero, se puede concluir con seguridad que la posesión de la cosa por el tercero constituye supuesto de imposibilidad de entrega, que determina que la ejecución deba dirigirse al pago del equivalente dinerario.

La posibilidad de obtener la desposesión del tercero dentro de la ejecución en curso cabría plantearla por dos vías:

1ª) Aplicación analógica del art. 704.2 LECiv, para decidir si el tercero tiene un título suficiente según el art. 464 CC para que la cosa no deba ser entregada al ejecutante.

2ª) Petición de que el despacho de ejecución se dirija frente al tercero como sucesor del ejecutado, previo acreditamiento de que la transmisión efectuada del bien permite perseguirlo en manos de tercero (art. 540 LECiv).

*b) Tercero que posee en concepto distinto al de dueño*

La consecuencia importante sobre la ejecución de que el concepto posesorio que aduzca el tercero sea éste, consiste en que dicho concepto implica “el reconocimiento de que el dominio pertenece a otra persona y que, en uno u otro momento, será menester restituir la cosa, dado que la obligación de restituir existe” (DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN).

Esto permite que al ejecutante se le pueda entregar, en la ejecución, la posesión mediata, lo que sin duda en muchos casos puede corresponder a su interés (por ejemplo: la pretensión estimada versaba sobre la propiedad de una obra de arte que, en el momento de la ejecución, está cedida a un museo de acuerdo con determinadas cláusulas contractuales). El menoscabo por tener que soportar restricciones a la plena posesión inmediata, puede compensarse con una indemnización de daños y perjuicios.

***E) Falta de entrega de la cosa y transformación de la actividad ejecutiva***

Si el título no ha podido ser ejecutado en sus propios términos, el tribunal, a instancia del ejecutante ordenará que “la falta de entrega de la cosa o cosas debidas se sustituya por una justa compensación pecuniaria, que se establecerá con arreglo a los artículos 712 y siguientes” (art. 701.3 LECiv).

Se produce una transformación de la actividad ejecutiva, consistente en que, después de un incidente declarativo para determinar el equivalente dinerario de la prestación que no se ha podido ejecutar, la ejecución continuará según lo dispuesto para las prestaciones dinerarias.

### III.- EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE DAR COSA GENÉRICA

#### 1.- Adecuación de la actividad ejecutiva

Si el título impone la entrega de cosas genéricas la actividad ejecutiva se regula en el art. 702 LECiv.

Cosa genérica es la que pertenece a un género, como conjunto de cosas con caracteres comunes, aunque cualesquiera sean los caracteres tenidos presentes para delimitar el género. Normalmente se tratará de bienes muebles (por ejemplo: cierta cantidad de hectolitros de vino de determinada añada y denominación de origen; cierta cantidad de madera de cedro), pero nada impide que puedan ser inmuebles (por ejemplo: dos locales comerciales de los diez proyectados en el edificio).

Para los efectos en la actividad ejecutiva, la calificación de una obligación como genérica no depende tanto de la configuración que las partes hayan querido hacer de la prestación de dar, sino de lo que resulte del título ejecutivo. En efecto, aunque inicialmente la obligación fuera genérica, si se hubiera especificado antes del proceso declarativo o en el mismo, concentrándose la condena en determinada cosa de las pertenecientes al género, la actividad ejecutiva será la correspondiente a la entrega de cosas determinadas.

A mi juicio en la nueva LECiv el tratamiento ejecutivo de la condena a dar frutos –en cuanto sean naturales e industriales; los denominados civiles consisten en dinero– no difiere del general de las condenas a dar cosas genéricas. Es cierto que el art. 718 LECiv establece un procedimiento especial de liquidación para los frutos, pero, a diferencia del art. 947 LECiv de 1881, el supuesto de aplicación de ese procedimiento no es que “la sentencia condene al pago de una cantidad determinada de frutos en especie”, sino que “se solicitase la determinación de la cantidad que se debe en concepto de frutos”. Este modo de establecer la adecuación del procedimiento de liquidación es perfectamente compatible con que el ejecutante haya podido elegir entre esa determinación del importe en dinero y la entrega de los frutos, si existen en el patrimonio del ejecutado, o su adquisición a costa de éste.

#### 2.- Actividad ejecutiva

Si en el plazo fijado en el requerimiento ordenado en el despacho de ejecución, el ejecutado no ha hecho entrega de las cosas del género y en la cantidad debidos, el ejecutante puede optar entre tres modalidades de actividad ejecutiva (art. 702 LECiv).

##### *A) Entrega de las cosas si se hallan en el patrimonio del ejecutado*

El ejecutante puede instar que se le ponga en posesión de las cosas debidas. Se aclara de este modo la interpretación del art. 1096, párrafo primero CC, en el sentido de que la actividad consistente en la aprehensión y entrega de los bienes existentes en el patrimonio del ejecutado, no sólo es procedente en caso de prestación de dar cosa específica, sino también si se trata de dar cosas genéricas, porque éstas pueden existir en aquel patrimonio, en la cantidad necesaria y de la calidad adecuada.

##### *B) Adquisición a costa del ejecutado*

Para la adquisición de las cosas genéricas de la calidad y en la cantidad debidas, el art. 702.1 LECiv no establece ningún procedimiento que posibilite la concurrencia

pública de ofertas con vistas a garantizar una formación objetiva del precio de adquisición.

En efecto, carece de sentido un reforzamiento de garantías, que encarecería y dificultaría la ejecución, teniendo en cuenta que el ejecutado ha tenido la oportunidad de cumplir la prestación, incluso una vez iniciado el proceso de ejecución. Para ese cumplimiento, si carecía en su patrimonio de las cosas genéricas en la cantidad y calidad debidas, pudo adquirirlas en el mercado, en las condiciones que, a su juicio, fueran más ventajosas.

Las únicas garantías específicas a favor del ejecutado son la previa autorización judicial de la adquisición y la posterior justificación documental de los gastos necesarios para la misma.

La ejecución, en el caso de haberse procedido a la adquisición a costa del ejecutado, no termina con la entrada de las cosas adquiridas en el patrimonio del ejecutante, sino con el pago al mismo, con cargo al patrimonio del ejecutado, de las cantidades que el ejecutante ha destinado a aquella adquisición (art. 570 LECiv). Para garantizar este pago, el tribunal, al tiempo que autorizó la adquisición, ha podido decretar el embargo de bienes del ejecutado.

### ***C) Ejecución por equivalente dinerario***

Para esta opción el art. 702.2 LECiv se refiere a los motivos del ejecutante –“la adquisición tardía de las cosas genéricas o indeterminadas con arreglo al apartado anterior no satisface ya su interés legítimo”-. No obstante, la constatación de la realidad de tales motivos no tiene trascendencia para la decisión del tribunal, porque basta que el ejecutante haga la manifestación de su interés para que el tribunal deba proceder a la ejecución por el equivalente dinerario –“ Si el ejecutante manifestara (...) el tribunal determinará, mediante providencia, el equivalente pecuniario, con los daños y perjuicios que hubieran podido causarse al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes”-.

## **IV.- EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE DAR COSA INMUEBLE**

Si el título ejecutivo impone la prestación de entregar un bien inmueble, la actividad ejecutiva está regulada en los arts. 703 y 704 LECiv.

Estas disposiciones regulan la actividad estrictamente dirigida a ejecutar aquella clase de prestación, mediante la puesta del bien en posesión del ejecutante –con las necesarias actividades materiales, incluido el desalojo de personas-, y, en su caso, mediante la concordancia del Registro de la Propiedad con la realidad jurídica resultante del título ejecutivo.

También regulan cuestiones que, esencialmente, no forman parte de esta ejecución, pero que son conexas con la misma, como el destino de ciertos bienes muebles que se hallan en el inmueble (art. 703.1, párrafo segundo LECiv) y determinadas cuestiones de accesión y de liquidación de estados posesorios (art. 703.2 LECiv).

## **1.- Adecuación de la actividad ejecutiva**

La actividad ejecutiva regulada por los arts. 703 y 704 LECiv es adecuada si el título ejecutivo impone directamente la entrega de la posesión de los llamados inmuebles por naturaleza (suelo y subsuelo) y de algunos inmuebles por incorporación -las edificaciones y construcciones (art. 334.1º CC)-. La razón principal de esta interpretación es que tanto el art. 703, como el 704 LECiv presuponen en su regulación este concepto restrictivo. En unos apartados lo mencionan expresamente; así, el art. 703.2 habla de finca, y el art. 704.1, de vivienda. Todos los apartados de los artículos están aludiendo a un espacio material que contiene cosas –art. 703.1, párrafo segundo LECiv- o está ocupado por personas, que habrán de ser desalojadas –arts. 703.2 y 3, 704 LECiv -.

Coherentemente con eso la actividad ejecutiva prevista por estos artículos va dirigida –dejando aparte la referida al Registro de la Propiedad, que puede tener aplicación incluso en supuestos distintos a la entrega de bienes inmuebles- a dejar ese espacio material vacuo y accesible al ejecutante.

Por el contrario, se aplicará el régimen de la ejecución para entrega de cosas muebles para, por ejemplo, la tala y entrega de árboles, aunque sean inmuebles por incorporación (art. 334.2º CC). O el de la ejecución por prestaciones de hacer o de no hacer si el título reconoce un derecho de servidumbre sobre bien inmueble, aunque el art. 334.10º CC la considera bien inmueble por analogía.

## **2.- Actividades ejecutivas**

### ***A) Requerimiento para el cumplimiento, en cierto plazo, de lo dispuesto en el título. Regla especial en caso de que el inmueble esté destinado a vivienda***

De acuerdo con la regla general del art. 699 LECiv, el primer acto ejecutivo es un requerimiento al ejecutado fijando un plazo para el cumplimiento de lo dispuesto en el título; en este caso, poner el inmueble en posesión del ejecutante.

La duración de ese plazo –que ha de concederse, a pesar de las dudas que plantea la expresión del art. 703.1, párrafo primero LECiv (“ordenará inmediatamente”)- es discrecional. Pero esa regla tiene una excepción en el caso de que el inmueble sea utilizado como vivienda habitual por el ejecutado y quienes de él dependen (art. 704.1 LECiv).

No basta que el inmueble esté destinado, por sus características, a ser vivienda, sino que importa que efectivamente esté siendo utilizado como tal, y, además, de modo habitual. Coherentemente, si un inmueble es inapropiado para su uso como vivienda, pero, a pesar de ello, se le da ese uso, el régimen del art. 704.1 LECiv es aplicable.

Las especialidades consisten:

1ª) El plazo para el cumplimiento de lo establecido en el título ejecutivo no lo fija discrecionalmente el tribunal, sino que lo fija la ley en un mes.

2ª) El plazo es –a diferencia del régimen general del art. 699 LECiv - prorrogable por un mes más. La prórroga no depende de presupuestos legales reglados, sino de que el tribunal aprecie la concurrencia de “motivo fundado”. Partiendo de este último dato, entiendo que no es necesario que la prórroga sea de un mes, porque en el poder del

tribunal de apreciar si debe prorrogar o no, está comprendido el de fijar una duración de la prórroga ajustada al motivo que la justifica, siempre dentro del límite legal.

Si el ejecutado cumple lo ordenado en el requerimiento dentro del plazo inicialmente fijado o, en su caso, de la prórroga, no procede realizar otras actividades ejecutivas.

Esto implica, principalmente, dos cosas:

1ª) Ha existido una actividad ejecutiva válida, porque el condenado no cumplió en el plazo de gracia previsto en el art. 548. Eso ha justificado la presentación de la demanda o solicitud ejecutiva, el despacho de ejecución y la práctica del requerimiento. Las costas generadas por estas actividades son de cargo del ejecutado (art. 539.2, párrafo segundo).

2ª) Son improcedentes las actividades ejecutivas subsiguientes, debe finalizar la ejecución y queda excluido el devengo posterior de costas a cargo del ejecutado.

La segunda consecuencia -que, verdaderamente, es obvia- es expresamente establecida por el art. 703.4, pero de un modo que precisa correcciones y aclaraciones:

1ª) No hay razón para limitar el tratamiento que establece el apartado mencionado al caso de ejecución de desahucio por impago de rentas o cantidades asimiladas. El fundamento de lo que dispone no es otro que el de que el requerimiento ha sido cumplido, situación que puede darse respecto de cualquier título que imponga una condena o el deber de desalojar una vivienda, y merece un tratamiento similar.

2ª) Lo dispuesto por el art. 703.4 debe aplicarse aunque no sea el actor, sino el ejecutado -mediante, por ejemplo, la entrega de las llaves por comparecencia en la oficina judicial- quien acredite el cumplimiento de lo requerido.

3ª) El llamado “mantenimiento de la diligencia de lanzamiento”, que puede hacerse si lo pide el ejecutante y para el efecto accesorio que indica el apartado mencionado, no lo es, realmente, de una diligencia de lanzamiento, y, al menos según la expresión literal del apartado examinado, tampoco se dirige a la actividad ejecutiva complementaria prevista por el art. 703.3. Más bien parece referirse a un acto de naturaleza jurídica de jurisdicción voluntaria para constancia del estado del inmueble; una especie de acta de presencia, pero bajo fe pública judicial, en vez de notarial. En consecuencia, cabe negar que tenga naturaleza ejecutiva y que las costas que pueda devengar sean de cargo del ejecutado.

### ***B) Actos dirigidos a la entrega de la posesión***

La actividad ejecutiva ahora considerada está comprendida en la referencia que hace el art. 703.1 LECiv a que el tribunal ordenará lo que proceda según el contenido de la condena a transmitir o entregar un bien inmueble. Esa referencia lo es, según la misma disposición, a unas actuaciones distintas a la práctica de asientos en el Registro. Consiguientemente la delimitación positiva de tales actuaciones permite definir las como aquéllas mediante las que se entrega al ejecutante la posesión del bien inmueble, de modo material -que posibilite su acceso al inmueble y el uso y disfrute del mismo- o de un modo jurídico efectivo.

Los actos que pueden realizarse con esa finalidad no están todos ellos especificados en los arts. 703 y 704 LECiv, pero pueden apuntarse tres modalidades básicas.

1ª) Actos destinados a eliminar obstáculos materiales que impiden que el ejecutante acceda al inmueble o que manifieste su posesión sobre él. Lo peculiar de estos actos es que no suponen coerción sobre el ejecutado u otras personas que pueden hallarse ocupando el inmueble, sino que operan sobre elementos materiales del inmueble que impiden que el ejecutante acceda al mismo y manifieste socialmente su posesión sobre él. Operan sobre ellos eliminándolos o rectificándolos para ajustar la realidad al título ejecutivo (por ejemplo: apertura, incluso forzosa, de cerraduras y sustitución de las mismas; eliminación de los signos externos de delimitación de la posesión ilegítimamente establecidos por el ejecutado y reposición, de acuerdo con el título ejecutivo, de los que delimitaban las posesiones de ejecutante y ejecutado)

2ª) Actos jurídicos destinados a dar al ejecutante la posesión mediata: si el inmueble está ocupado por terceros cuyos derechos impliquen la posesión inmediata del inmueble y deban ser respetados por el ejecutante (por ejemplo, arrendatarios, usufructuarios) la puesta en posesión del ejecutante consistirá en la notificación por el tribunal a aquellos terceros del título ejecutivo que confiere al ejecutante un determinado derecho superior sobre el bien inmueble.

3ª) Actos de desalojo o lanzamiento, que son procedentes si el bien inmueble se halla ocupado por persona que carece de derecho para ello o cuyo derecho puede ser examinado y, en su caso, desestimado mediante un incidente declarativo sumario vinculado al proceso de ejecución. Consisten en coacción directa sobre las personas que ocupan el inmueble, para expulsarlas del mismo, de modo que éste quede vacío y libre para ser ocupado por el ejecutante.

### ***C) En especial, los actos de desalojo o lanzamiento***

Importa, principalmente, determinar qué personas se hallan sujetas a ser desalojadas del inmueble en la ejecución.

#### ***a) El ejecutado y quienes ocupan el inmueble con aquél o en dependencia suya***

El art. 704 LECiv somete directamente –en el sentido de no intermediar ninguna actividad declarativa complementaria- a los actos de lanzamiento o desalojo forzoso al ejecutado –incluido al que lo sea por sucesión, de acuerdo con el art. 540 LECiv - y, además, con cierta imprecisión, a “quienes de él dependen” y a “quienes con él comparten la utilización de aquél (del inmueble)”. Esta condición concurre en aquellas personas cuyas situaciones posesorias pueden enmarcarse en lo previsto en el art. 431 CC: personas que ocupan el inmueble, pero que no poseen por sí mismas, sino que posee su representante (por ejemplo: los hijos que convivían con la persona condenada al desalojo), personas que ocupan el inmueble en calidad de representantes o mandatarios del poseedor, y los que ocupan el inmueble por cuenta y con sujeción a las instrucciones del titular de la posesión (por ejemplo, los vinculados al ejecutado por una relación de trabajo).

*b) Terceros ocupantes del inmueble que, en el incidente declarativo previsto por el art. 704.2 LECiv, no son reconocidos con título suficiente para la posesión*

El inmueble puede estar ocupado por personas distintas al ejecutado y a las consideradas en el anterior apartado, que afirmen haber adquirido la propiedad del bien, ser usufructuarios, arrendatarios o titulares de cualquier otro derecho que faculte para el uso y disfrute del inmueble. La limitada eficacia subjetiva del título ejecutivo tiene, en principio, como consecuencia que la actividad ejecutiva no puede, en estos casos, continuar para la entrega del inmueble al ejecutante.

Hasta la LECiv de 2000, solamente en el caso de que se hubiera practicado anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad, estaba prevista la posibilidad de que, dentro del proceso de ejecución, fueran examinados y rechazados, de forma más o menos directa, los derechos adquiridos por tercero sobre la cosa litigiosa (art. 198 RH). Fuera de ese caso no había ninguna técnica que facilitara – dentro del proceso de ejecución- el desalojo de terceros ocupantes, o, mejor, el examen de si ese desalojo es procedente.

El art. 704.2 LECiv establece ahora un procedimiento adecuado, en general, para esta cuestión. Se trata de un proceso sumario, con estructura procedimental similar a la del juicio verbal, incidental del proceso de ejecución, y cuyo objeto es dilucidar si, atendidos los derechos que el tercero ha hecho valer, el mismo debe ser desalojado del inmueble para entregar la posesión al ejecutante.

Respecto de este procedimiento sumario han de destacarse dos cuestiones:

1ª) Según el art. 675.3 LECiv (al que remite el art. 704.2, párrafo segundo), el lanzamiento se “decretará en todo caso si el ocupante u ocupantes citados no comparecen sin justa causa” a la vista convocada tras la solicitud del ejecutante. Es un caso de allanamiento tácito.

2ª) El auto que ponga fin al incidente se dictará en el sentido de proceder el lanzamiento dentro de la ejecución en curso, si los ocupantes deben ser considerados de mero hecho o sin título suficiente (arts. 704.2, párrafo segundo, 675.3 y 4, 661.2 LECiv).

Esta situación se da en los supuestos siguientes:

- Detentación del inmueble por el tercero debida a actos que, según el art. 444 CC, no afectan a la posesión del ejecutado (actos meramente tolerados, ejecutados clandestinamente o con violencia),

- Posesión en precario, por fundarse en una concesión gratuita y libremente revocable, o por no tener como base ningún título jurídico o ser éste nulo

- El tercero tiene un título que no es oponible al ejecutante, atendido el contenido de la inscripción de la que trae causa la adquisición del tercero o la anotación preventiva de la demanda que se hubiera practicado en el Registro de la Propiedad, según lo que examinaremos después. Si el bien está inscrito a favor del tercero y la inscripción no puede ser cancelada, dentro de la ejecución, por los procedimientos que luego veremos, el desalojo del tercero es improcedente.

- Falta de acreditamiento del título hecho valer por el tercero.

***D) Actividades para adecuar el Registro de la Propiedad a lo establecido en el título ejecutivo***

Según el art. 703.1 LECiv el tribunal “en su caso, dispondrá lo necesario para adecuar el Registro al título ejecutivo”. Atendido que el objeto de esta ejecución es la entrega de bienes inmuebles, el Registro al que la disposición se refiere es el Registro de la Propiedad (arts. 1, párrafo primero, 2 LH).

La justificación del precepto es evidente. Dado que, según el art. 38, párrafo primero LH, “a todos los efectos legales se presumirá que los derechos reales inscritos en el Registro existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. De igual modo se presumirá que quien tenga inscrito el dominio de los bienes inmuebles o derechos reales tiene la posesión de los mismos”, si, de acuerdo con el título ejecutivo, ha habido una modificación en la titularidad o en el contenido del derecho y, consiguientemente, en la situación posesoria, la coherencia del ordenamiento exige poner el Registro en concordancia con la nueva realidad jurídica.

El Registro podrá ser adecuado, dentro de la ejecución –es decir, sin necesidad de acudir para ello a un nuevo proceso declarativo- en los siguientes casos:

*a) Título ejecutivo obtenido frente al titular registral*

La adecuación del Registro podrá indudablemente realizarse si el título ejecutivo ha sido obtenido frente al titular o titulares registrales cuyos asientos han de ser afectados por dicha adecuación (arts. 20, 38, párrafo segundo, 40 LH).

*b) Si se adoptó la medida cautelar de anotación preventiva de demanda.*

Las posibilidades de adecuación del Registro dentro del proceso de ejecución se amplían considerablemente, porque los actos de adecuación pueden proyectarse sobre asientos registrales a favor de personas que no son alcanzadas por el título ejecutivo. La justificación de esta ampliación se halla en la eficacia propia de la medida cautelar que, consistiendo en una anotación preventiva en el Registro, no impide que los bienes sean enajenados o gravados, ni cierra el Registro a las inscripciones que de ello deriven, “pero sin perjuicio del derecho de la persona a cuyo favor se haya hecho la anotación” (art. 71 LH).

En cuanto a la eficacia de la anotación preventiva de demanda respecto de los asientos registrales, es necesario distinguir varios supuestos

1<sup>a</sup>) Asientos anteriores a la anotación practicados en virtud de títulos también anteriores a la anotación. Su cancelación sólo es posible demandando a los titulares de esos asientos, y la demanda sólo podrá ser estimada si se consideran concurrentes las causas de nulidad del asiento que, según la LH, deben perjudicar a terceros (arts. 38, párrafo segundo *in fine*, 34 y 37 LH). Además, por lo dispuesto en el art. 38, párrafo primero LH, tampoco podrá entregarse la posesión al ejecutante, desalojando al titular registral.

2<sup>a</sup>) Asientos posteriores a la anotación preventiva de demanda, practicados en virtud de títulos también posteriores a la misma. Especificando una deducción necesaria del art. 71 LH, el art. 198, párrafo segundo RH, establece que “La ejecutoria o el mandamiento judicial será título bastante, no sólo para practicar la inscripción

correspondiente, sino también para cancelar los asientos posteriores a la anotación de demanda, contradictorios o limitativos del derecho que se inscriba, extendidos en virtud de títulos de fecha posterior a la notación y que no se deriven de asientos que gocen de prelación sobre el de la misma anotación”. Cancelados los asientos registrales, la posesión que tuvieran sus titulares no puede ser mantenida frente al ejecutante en el incidente del art. 704.2 LECiv, porque las presunciones del art. 38, párrafo primero LH, ya no favorecen a los titulares de aquellos, sino que benefician al ejecutante.

3ª) Asientos posteriores a la anotación preventiva de demanda, pero practicados en virtud de títulos de fecha anterior a la anotación. El conflicto de prioridad de titularidades (la reconocida por la sentencia y las que, en contradicción con la anterior, constan en las inscripciones posteriores a la anotación) que subyace en este caso, no debe resolverse con criterios registrales, sino con arreglo al Derecho civil. No obstante, la virtualidad de la anotación se comprueba porque la resolución de este conflicto no se deja para un proceso declarativo ordinario, sino que se realiza mediante un incidente declarativo inserto en el proceso de ejecución, al que se refiere el art. 198, párrafo cuarto RH. Según se resuelva el incidente, serán o no cancelados los asientos posteriores a favor del tercero. Si no son cancelados, la solicitud de desalojo del tercero (art. 704.2 LECiv) deberá ser desestimada (art. 38, párrafo primero LH).

#### ***E) Actividades complementarias relativas a aspectos accesorios de la entrega de la posesión***

El art. 703.1 LECiv, párrafo segundo y 2 regula una actividad procesal de carácter complementario a la actividad ejecutiva de entrega del inmueble, que se refiere a las cuestiones de liquidación de la situación posesoria, que son consecuencia de lo que principalmente establece el título ejecutivo (destino de los bienes muebles que se hallen en el inmueble, mejoras y desperfectos en el inmueble). Para que la referencia a estas cuestiones sea completa, le falta mencionar la condena al abono de frutos y rentas.

Estas actividades complementarias no son inicialmente ejecutivas, sino incidentes declarativos mediante los que se resuelven, dentro del proceso de ejecución –que es el que produce los cambios en el estado posesorio-, de un modo simplificado y, en algunos casos, sumario, diversos aspectos de la liquidación de aquel estado. Los pronunciamientos que se dicten en estos incidentes serán, en su caso, ejecutados.

La efectividad de estos pronunciamientos y de los que con el mismo contenido ya consten en el título ejecutivo, puede ser específicamente garantizada por las medidas cautelares del tipo de la intervención y de la administración judicial de bienes litigiosos productivos (véanse arts. 726, 727, 731 y 738 LECiv).

#### ***F) La imposibilidad de ejecución en los propios términos del título ejecutivo y la procedencia de la ejecución por el equivalente dinerario de la prestación***

A diferencia de lo que ocurre en todas las modalidades de actividad ejecutiva por prestaciones no dinerarias, los arts. 703 y 704 LECiv no contienen ninguna previsión expresa sobre los supuestos en que no pueda ser ejecutada la entrega del bien inmueble, ni sobre el modo en que, de darse el caso, debe desarrollarse la actividad ejecutiva.

En realidad son posibles, de una parte, situaciones de desaparición material del inmueble y circunstancias que implican un menoscabo para su uso y disfrute y que no consisten en desperfectos, y, de otra parte, supuestos de transmisión del bien a un tercero del que no pueda obtenerse la restitución.

En defecto de una disposición más específica en este sentido en el contexto de los arts. 703 y 704 LECiv, se cuenta con lo establecido por el art. 18.1 LOPJ que, con carácter general, dispone que “si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno”. Porque esta transformación de la ejecución es posible, el art. 700 LECiv incluye los casos de dar cosa inmueble entre los que pueden fundar una medida de aseguramiento de embargo, cuyo fin es, precisamente, “asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias”.

#### V.- EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE HACER

La regulación de la ejecución por obligaciones de hacer está principalmente contenida en los arts. 705 al 709 LECiv. A ellos hay que añadir las disposiciones que constituyen normas generales de la ejecución. Entre estas disposiciones debieron ser incluidas las referidas a las multas coercitivas, dado que el legislador establece este instrumento jurídico para su utilización en diversas modalidades de actividad ejecutiva.

El régimen de esta ejecución se completa con disposiciones aplicables a modalidades específicas de hacer. Entre ellas cabe citar las obligaciones de hacer consistentes en rendir cuentas de una administración –necesario presupuesto de la ejecución dineraria por el eventual saldo a favor del ejecutante- cuya ejecución se regula en el art. 720 LECiv; y las obligaciones de hacer establecidas como medidas definitivas en las sentencias de procesos matrimoniales, a cuya ejecución se aplican como reglas especiales las del art. 776.2ª y 3ª LECiv.

#### **1.- La adecuación de las actividades ejecutivas**

Las actividades ejecutivas reguladas por estos artículos son adecuadas si el título ejecutivo impone una prestación de hacer. Por ésta se entiende una conducta activa del ejecutado, que produce una transformación en la realidad material o jurídica diferente a la transformación consistente en la entrega de un bien –mueble, inmueble o una cantidad de dinero-. Consiguientemente se trata de las actividades ejecutivas de más amplio ámbito de aplicación, porque son adecuadas en todos los casos en que no procede la ejecución dineraria, la ejecución por prestaciones de dar y por prestaciones de no hacer.

Para la tutela de determinados derechos (patentes, marcas, propiedad intelectual) o de principios o intereses que han de ser respetados en ciertos ámbitos de la relación social (competencia desleal, publicidad), la ley no se limita a establecer deberes de abstención de actividades ilícitas, en cuanto lesivas de tales derechos e infractoras de ese orden jurídico, sino que, producida la lesión o la infracción, impone precisos deberes de hacer dirigidos a reparar específicamente el daño producido.

Por ejemplo: En caso de lesión del derecho de marca, la retirada del tráfico económico de productos, embalajes, envoltorios, material publicitario, etiquetas u otros documentos en que se haya materializado la lesión, y la publicación de la sentencia (art. 41.1, c) y e) LM); en caso de violación del derecho de patente, el llamado “embargo” de los productos y medios con los que se ha realizado la lesión, la transformación o destrucción de esos productos y medios y la publicación de la sentencia (art. 63, c, e y f LP); en caso de competencia desleal, la remoción de los efectos producidos por el acto, la rectificación de informaciones y la publicación de la sentencia (art. 18.3<sup>a</sup>, 4<sup>a</sup> y 5<sup>a</sup> LCD); en caso de actividades ilícitas contra derechos de propiedad intelectual, la retirada del comercio y destrucción de ejemplares ilícitos, la inutilización y, en su caso, destrucción de ciertos medios e instrumentos y la remoción o precinto de aparatos (art. 139.1,c,d y e LPI), etc.

La cuestión que, razonablemente, cabe plantear es la de si, en caso de condena a abstención, que conlleve las consecuencias mencionadas en cuanto a las lesiones o infracciones ya producidas, es aplicable el régimen de la actividad ejecutiva de los arts. 706 y 707 LECiv o ha de considerarse que estas consecuencias son manifestación del deber de deshacer lo mal hecho, cuyo tratamiento ejecutivo lo establece el art. 710.1, párrafo segundo LECiv. A mi juicio, si estos deberes de hacer son impuestos en el propio título ejecutivo, por haberse formulado y estimado la correspondiente pretensión en vía declarativa, la actividad ejecutiva adecuada es, sin duda, la de los artículos 706 y 707.

## **2.- Actividades ejecutivas**

### ***A) Requerimiento de cumplimiento del título ejecutivo en sus propios términos***

Presentada la demanda o solicitud de ejecución y dictado auto despachándola, ese auto ordenará que se requiera al ejecutado para que cumpla la prestación de hacer impuesta por el título, en el plazo que se le señale (art. 705 LECiv).

La prestación que se ha de exigir del ejecutado en el acto del requerimiento deberá ajustarse, sin modificarlas, a las características del hacer establecidas en el título ejecutivo.

El plazo ha de tener una duración suficiente para que el ejecutado inicie y complete el cumplimiento de la prestación.

No obstante, también debe considerarse la posibilidad de que, señalado un plazo de duración suficiente, el ejecutado no inicie su actividad o no la desarrolle con la diligencia necesaria para culminar el cumplimiento dentro del plazo señalado. Carece de sentido, en este caso, que el plazo pueda llegar a demorar las posibilidades procesales que el ejecutante adquirirá con la continuación de la actividad ejecutiva.

Específicamente puede estimarse procedente que continúe la actividad ejecutiva:

1º) Si el ejecutado ha respondido al requerimiento (art. 152.3 LECiv) manifestando su negativa a cumplir.

2º) Si, habiéndose señalado el plazo como un plan temporal de cumplimiento de la prestación –posibilidad que, sin duda, está amparada por la discrecionalidad conferida por el art. 705 LECiv -, el ejecutado incumpliera lo previsto para alguno de los plazos

parciales programados para el pleno cumplimiento de la prestación. Puede que en esos retrasos haya influido la fuerza mayor; pero ese caso tiene adecuado tratamiento al amparo del art. 134.1 LECiv

***B) Incumplimiento del ejecutado y disposición expresa del título ejecutivo para esa eventualidad***

Tanto el art. 706.1, párrafo segundo, como el art. 709.4 LECiv establecen que si el título ejecutivo contiene una específica disposición para el caso de incumplimiento del ejecutado, se procederá de acuerdo con la misma, sin que puedan ser aplicados los preceptos sobre ejecución de prestaciones de hacer no personalísimo o personalísimo.

La posibilidad de alcanzar un título ejecutivo con estas características depende principalmente de dos condiciones:

1ª) Que en el régimen jurídico-material de la obligación de cuyo cumplimiento se trata se halle establecido, para el caso de incumplimiento, un efecto jurídico destinado al resarcimiento del acreedor y diferente del ordinario tratamiento ejecutivo legal. Generalmente ese establecimiento se lleva a cabo en el negocio jurídico constitutivo de la obligación, en el cual se disponen cláusulas resolutorias, cláusulas penales de diferente configuración (arts. 1152-1155 CC) o la entrega de arras con diferentes funciones (art. 1454 CC, que la doctrina estima aplicable a relaciones contractuales distintas a la compraventa).

Son medios de coerción privada –en el sentido de autoimpuestos por la autonomía de la voluntad-, con los que se evitan la dificultad y el factor aleatorio en la determinación del resarcimiento por incumplimiento o cumplimiento retrasado o inexacto, y mediante los que también se consigue un efecto motivador del cumplimiento

2ª) Que, como consecuencia de la pretensión del actor o de la defensa del demandado, en el proceso de declaración se hubiera dictado sentencia condenando al cumplimiento y estableciendo, para el caso de que éste no se produzca ante el requerimiento correspondiente en la ejecución, condenas u otros pronunciamientos subsidiarios.

***C) Determinación del carácter no personalísimo o personalísimo de la prestación de hacer***

En defecto de la expresa disposición del título ejecutivo que se acaba de examinar, la actividad ejecutiva por prestaciones de hacer se regula de modo diferente según ese hacer deba calificarse como no personalísimo (arts. 706, 707 LECiv) o como personalísimo (art. 709 LECiv).

El criterio de calificación no lo define la ley, sino que hay que extraerlo de los conceptos jurídicos indeterminados de hacer no personalísimo y personalísimo. Pero las oportunidades (y la necesidad) de que el tribunal aplique estos criterios se hallan muy acotadas por el modo en que el ejecutante ejercite las posibilidades procesales que le conceden los arts. 706 y 709 LECiv.

*a) Actos del ejecutante referidos al modo de continuar la actividad ejecutiva*

Transcurrido el plazo señalado por el requerimiento, el ejecutante puede expresar su plena conformidad con el cumplimiento realizado por el ejecutado, en cuyo caso la ejecución termina.

También puede, por el contrario, constatar que el cumplimiento no se ha producido en absoluto o entender que ha sido defectuoso. En este caso la ley le confiere una facultad de opción entre el resarcimiento dinerario o la instancia de la actividad ejecutiva adecuada a la calidad de la prestación de hacer (arts. 706.1, párrafo primero y 709.1 LECiv). Si el tribunal estima que el cumplimiento no ha existido o es defectuoso, la opción del ejecutante por el resarcimiento es vinculante para él, porque el art. 709.1 LECiv, al regular la decisión judicial respecto del acto del ejecutante, no prevé ninguna posibilidad de rechazo de la opción por el resarcimiento.

Si el ejecutante ha optado por la actividad ejecutiva dirigida a obtener la específica prestación debida, el acto que dirige al tribunal tiene una eficacia distinta según inste las actuaciones previstas para los casos de hacer no personalísimo o las establecidas para el hacer personalísimo.

1º) En el primer caso, la instancia del ejecutante es vinculante para el tribunal, presupuesto –como es obvio- que el tribunal aprecie que el cumplimiento no se ha producido o ha sido defectuoso. Esta conclusión se basa en los arts. 706 y 709 LECiv (el primero, a diferencia del segundo, no permite que el tribunal desestime la petición por entender que el hacer es personalísimo) y en que esta interpretación es coherente con la consideración de principio de que, en la regulación de los medios ejecutivos, hay que ponderar la satisfacción del derecho del ejecutante con la libertad individual del ejecutado, para que ésta no sea constreñida en mayor medida que la requerida para aquella satisfacción.

Si el ejecutante estima que su derecho queda satisfecho con la actuación de un tercero a costa del ejecutado, está justificado que la ley confiera a esa apreciación eficacia vinculante de la decisión del tribunal, porque de este modo puede alcanzarse el fin de la ejecución –la satisfacción del ejecutante (art. 570 LECiv)- sin limitar la libertad personal del ejecutado, sino afectando solamente a su patrimonio. Si, por el contrario, el ejecutante estima imprescindible el hacer personal del ejecutado, el juez ha de tener plena potestad de decisión, para ponderar concretamente las exigencias de la tutela de la libertad personal y las del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a que el fallo se cumpla.

2º) En el segundo caso –actuaciones previstas para un hacer personalísimo- el acto del ejecutante es una estricta petición, una solicitud al tribunal de que adopte determinados medios ejecutivos, con alegaciones de hecho y derecho destinadas a convencerle de que la solicitud es fundada por el carácter personalísimo del hacer.

Respecto de esta solicitud el tribunal tiene plena potestad de resolución, como resulta del art. 709.1 al final LECiv: “El tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706”.

*b) Criterios para calificar un hacer como personalísimo*

Si la prestación de hacer tiene origen negocial deberá considerarse personalísima si de la interpretación del negocio jurídico que la constituye puede concluirse que sólo la prestación realizada por el obligado satisface el interés del acreedor.

Este criterio es correcto en cuanto sirve para excluir que sólo por la característica objetiva de que la clase de prestación pactada necesita, para su realización, una especial cualificación del deudor, la prestación de hacer deviene personalísima, sin indagar si, de acuerdo con el negocio, el interés del acreedor podría ser satisfecho por la prestación de un tercero que tuviera la adecuada cualificación.

Por ejemplo: la elaboración del proyecto de construcción de un edificio no es una prestación personalísima, porque puede hacerla cualquier arquitecto, mientras que lo es la de un edificio singular que, por esa razón, ha sido precisamente encargado a un determinado arquitecto de prestigio internacional.

Me parece, en cambio, más discutible la consecuencia –en cierto modo contraria– que se deduciría de este criterio. Es decir, que, de acuerdo con la interpretación del negocio, resultara que el hacer es personalísimo, a pesar de que, objetivamente, pudiera ser realizado por muchas personas con igual calidad que la pactada.

En efecto, la cuestión es si el ordenamiento debe poner al servicio del ejecutante no sólo medios ejecutivos –que eso es obvio que debe hacerlo–, sino unos medios ejecutivos específicos, que afectan más intensamente a la persona del deudor, para alcanzar –o intentar alcanzar– un resultado que –atendida la naturaleza de la prestación– podría ser conseguido, de modo objetivamente igual, con la prestación de un tercero con la adecuada cualificación.

El criterio de la interpretación del negocio constitutivo de la obligación, no puede servir en los casos de obligaciones de hacer derivadas de la ley –por ejemplo: retirada del comercio de ejemplares ilícitos, por haber infringido derechos de propiedad intelectual (art. 139.1, c LPI); difusión de publicidad correctora, en algunos casos de publicidad ilícita (art. 31, d LGP)–. En estos casos la determinación del carácter personalísimo del hacer depende del análisis objetivo de la prestación y de si el condenado es o no la única persona en quien concurren las cualidades personales y, en su caso, técnicas para llevarla a cabo.

Hay casos en los que la prestación de hacer podría ser realizada, con la misma utilidad para el ejecutante, por persona distinta del ejecutado, aunque con las mismas o similares cualidades técnicas que éste, pero que, en concreto, sólo puede ser cumplida por el ejecutado, dado que sólo éste dispone de los medios técnicos imprescindibles para llevar a cabo la prestación que requiere el ejecutante.

Si la causa de esta limitación es de carácter jurídico –por ejemplo: monopolio de derecho; necesidad de utilizar, para la realización del hacer, un procedimiento patentado del que el ejecutado es licenciataria exclusivo– el hacer debe considerarse personalísimo.

Si la limitación no es jurídica, sino de hecho, considerar que el hacer es personalísimo disminuye la efectividad de los medios ejecutivos, porque las multas coercitivas sólo pueden imponerse durante un año. Por el contrario, si se entendiera

que el hacer no es personalísimo –un tercero tiene la aptitud técnica necesaria, pero carece de todos o de parte de los medios también necesarios-, el problema se trasladaría a los costes del hacer, que sin duda serían más elevados que si el tercero fuera autorizado por el ejecutado a utilizar sus medios productivos, pero que, de no ser así, habrán de ser financiados con cargo al patrimonio del ejecutado.

***D) Actividad ejecutiva en caso de que el hacer no sea personalísimo***

Si, como consecuencia de los actos examinados en el apartado anterior, ha quedado establecido que el hacer no tiene carácter personalísimo, puede desarrollarse alguna de las dos siguientes actividades ejecutivas: encargo del hacer a un tercero, con ejecución dineraria sobre el patrimonio del ejecutado para el pago del coste; ejecución dineraria sobre el patrimonio del ejecutado para el resarcimiento de los daños y perjuicios, previa liquidación de la indemnización correspondiente. El artículo 706 sólo toma en consideración que el seguimiento de una u otra actividad ejecutiva se deba a la opción del ejecutante. No obstante, también cabe que la procedencia de la ejecución dineraria sea debida a una situación de imposibilidad de ejecución de la sentencia en sus propios términos, incluso mediante el encargo del hacer a un tercero a costa del ejecutado.

*a) Encargo del hacer a un tercero y ejecución dineraria por el coste sobre el patrimonio del ejecutado.*

Las principales cuestiones que suscita esta actividad ejecutiva son las siguientes:

1ª) La selección de la persona o entidad a la que encargar el hacer y la vinculación jurídica de la misma en cuanto a la realización del encargo

En este aspecto, el art. 706 LECiv sólo establece que el encargo se hará por el ejecutante a un tercero. Queda fuera de regulación lo relativo al contrato con el tercero y, previamente a ello, la existencia de algún requisito y procedimiento para la selección del contratista.

La LECiv en ningún caso habla de designación del tercero por el juez, ni de aprobación por éste de una previa designación por el ejecutante, sino de que será necesario que “se le faculte (al ejecutante) para encargarlo a un tercero”, en términos genéricos. La aprobación del coste del hacer previa tasación pericial no incide –al menos directamente- en la designación del contratista, sino en la obtención de fondos con carácter previo a la obligación de pagar la prestación del tercero. Es decir, la ley ofrece datos literales a favor de una libre elección del contratista por el ejecutante.

El tercero no realiza la prestación en virtud de un deber jurídico-público que le someta a una correspondiente potestad del tribunal de la ejecución, sino que asume voluntariamente la obligación y adquiere un derecho a contraprestación no frente al tribunal –que, de ser así, podría verse en el caso de responder de la insolvencia del ejecutado-, sino frente a quien contrata con él, que es el ejecutante.

2ª) La financiación y el pago de la contraprestación debida al tercero por el hacer contratado con él.

Aunque el art. 924, párrafo primero LECiv de 1881 y el art. 1089 CC ya establecían como actividad ejecutiva, en estos casos, la de hacer a costa del obligado,

dejaban indeterminado el modo de operar de la cláusula “a su costa”. La misma significaba, sin duda, que el coste de la prestación contratada con tercero recaía sobre el patrimonio del ejecutado. Pero no se regulaba en qué momento y con qué requisitos podía hacerse efectiva ejecutivamente. La situación era arriesgada para el ejecutante, porque si optaba por satisfacer él mismo la contraprestación debida en virtud del contrato con el encargado del hacer, financiaba una deuda del ejecutado, y, además, si el ejecutado devenía insolvente, perdía las expectativas de reembolso de las sumas adelantadas.

El art. 706.2 LECiv ha establecido una regulación para evitar al ejecutante los riesgos apuntados. No obstante, debe entenderse que si esta regulación se ha establecido para beneficiar al ejecutante –que, de ese modo, no se verá forzado a anticipar cantidades-, éste puede instar o no su aplicación, asumiendo, en el segundo caso, el pago de lo adeudado, sin perjuicio del reembolso por vía ejecutiva contra el ejecutado, cuando presente cuenta detallada.

Desde el punto de vista del pago de la contraprestación al tercero, el art. 706 LECiv abre dos posibilidades: obtención previa, por vía de ejecución dineraria sobre el patrimonio del ejecutado de los fondos necesarios –para lo que se requiere la valoración pericial del coste de la prestación y la aprobación judicial-; financiación por el ejecutante y cobro de la deuda que conste en las facturas abonadas, igualmente por vía de ejecución dineraria.

Requisito necesario, en todo caso, para proceder ejecutivamente contra el ejecutado por el importe –previsto o cierto- de la contraprestación debida al tercero, es que el tribunal haya facultado al ejecutante, aunque sea en términos genéricos, a contraer con tercero la realización de la prestación debida según el título ejecutivo.

Requisito conveniente es que el ejecutante haya pedido el embargo del art. 700 LECiv. Si opta por el procedimiento de cobro anticipado (art. 706.2 LECiv), el embargo le permitirá contrarrestar el riesgo de insolvencia del ejecutado durante el plazo del requerimiento para el cumplimiento en la ejecución (art. 705 LECiv). Si se inclina por la otra posibilidad, el embargo le pone a cubierto de la insolvencia del ejecutado en el momento en que decida exigir el pago de las cantidades que efectivamente ha abonado al tercero.

*b) Imposibilidad de la prestación de hacer, aun mediante encargo de la misma a un tercero*

La imposibilidad de ejecución de la prestación de hacer no personalísimo influye, de acuerdo con el art. 18.2 LOPJ, en el desarrollo de la actividad ejecutiva por esta clase de prestación.

Existe esa imposibilidad si el ejecutante optó por ser autorizado para contratar la prestación con un tercero y no ha encontrado a quien aceptara esa contratación, si se da un estado o situación física o material de las cosas en virtud del cual no resulta factible la realización de la prestación impuesta por el título (por ejemplo: condenado el demandado a ejecutar las obras de rehabilitación de un edificio, éste ha debido ser demolido a causa de su estado de ruina), en caso de denegación de autorizaciones o licencias administrativas necesarias para la realización de la prestación.

La jurisprudencia ha aceptado, en ocasiones, una causa de imposibilidad jurídica consistente en falta de proporcionalidad entre las ventajas que obtendrá el ejecutante con la ejecución en los propios términos del título y los perjuicios que habrá de sufrir el ejecutado. A mi juicio, esta clase de imposibilidad es muy dudosa si se tiene en cuenta la norma expresa y limitativa del art. 18.2 LOPJ.

*c) Ejecución dineraria sobre el patrimonio del ejecutado por el importe de los daños y perjuicios y por el equivalente dinerario de la prestación*

Si el ejecutante ha optado por “reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios” o si, con independencia de esa opción, la realización en forma específica de la prestación de hacer ha sido considerada imposible por el tribunal, la actividad ejecutiva se adecua a las normas de la ejecución dineraria, aunque previa cuantificación de lo adeudado en concepto de “resarcimiento de daños y perjuicios” (art. 706.2, párrafo segundo LECiv).

Esta obligación dineraria tiene un doble componente: de una parte, la indemnización de daños y perjuicios en sentido estricto, que depende de la prueba de la existencia de los mismos, así como de la del dolo o culpa y del nexo causal con la conducta del agente, todo ello con arreglo al régimen de la responsabilidad contractual o extracontractual que sea de aplicación; por otra parte, el valor en dinero de la prestación misma, que, habiendo sido impuesta por el título ejecutivo, no ha sido ni cumplida, ni ejecutada en sus propios términos. De ahí que el art. 18.2 LOPJ imponga que “en todo caso” se fije la indemnización que proceda por la prestación no realizada.

*d) El supuesto especial de la condena a publicar la sentencia en medios de comunicación.*

El art. 707 LECiv regula separadamente la actividad ejecutiva por una prestación de hacer no personalísima cual es la publicación de la sentencia en medios de comunicación, prevista por diversas leyes (por ejemplo: art. 31, c LGP, 18.5ª LCD, 41.1, e LM, 63, f LP, 21 LCGC). La única diferencia sustancial entre el art. 707 y el art. 706 LECiv es que, en la ejecución de las prestaciones de hacer a la que se refiere el primero, el ejecutante no tiene la facultad de opción –establecida por la segunda disposición- entre el encargo a tercero a costa del ejecutado y el resarcimiento de daños y perjuicios.

La publicación de la sentencia representa una forma de resarcimiento *in natura* del daño que han podido causar determinados actos ilícitos, orientado a evitar que perduren las consecuencias dañosas de tales actos. Aunque su efectividad para ese fin no puede estimarse absolutamente segura, aún más dificultoso resultaría intentar constatar de modo preciso esas consecuencias dañosas hasta el agotamiento de las mismas y valorar los daños para su indemnización dineraria. Partiendo de esto se comprende que la opción del ejecutante quede excluida. No sería una opción entre la satisfacción específica de su derecho –que fue violado por el condenado con su hacer indebido- y el resarcimiento de daños y perjuicios, sino entre dos formas de producirse este resarcimiento. Y, dentro de esto, significaría poder inclinarse por una indemnización dineraria cuya determinación sería prácticamente imposible por las dificultades de abarcar los daños en toda su extensión y de probar la relación de

causalidad. Obviamente, lo que no cabe entender es que el coste de la publicación de la sentencia representa la indemnización que el ejecutante, en caso de opción, podría recibir. Son entidades absolutamente heterogéneas.

La publicación en vía ejecutiva de la sentencia que ha condenado a una rectificación de hechos, con arreglo a los arts. 3 y 6 de la LO 2/1984, de 26 de marzo, no está sujeta a lo dispuesto por el art. 707 LECiv, puesto que la ejecución de esa sentencia en sus propios términos (que impone el art. 6, párrafo tercero LO 2/1984) no se produciría, obviamente, con la publicación en cualquier medio de comunicación, sino exactamente en el mismo en que se difundieron los hechos inexactos y, además, con unas características de publicación que le den la misma relevancia informativa que a la noticia rectificada (art. 3 LO 2/1984). Se trata de un hacer personalísimo, que sólo puede ser cumplido por el director del medio informativo y por la entidad titular del mismo.

### ***E) Actividad ejecutiva en caso de hacer personalísimo***

Los actos ejecutivos son diversos en función de las circunstancias que se exponen a continuación.

#### ***a) Coacción al cumplimiento de la prestación por el ejecutado: multas coercitivas mensuales y requerimientos trimestrales***

La coacción del ejecutado al cumplimiento del hacer personalísimo se realiza, de acuerdo con el art. 709 LECiv, con multas de periodicidad mensual, hasta un máximo temporal, y con requerimientos que reiteran trimestralmente el que se efectuó al principio de la ejecución.

Aunque el auto de despacho de ejecución puede establecer que, en el requerimiento, se aperciba al ejecutado con el empleo de multas pecuniarias (art. 699, párrafo segundo LECiv), la decisión de imponerlas no puede ser adoptada en esa resolución judicial, sino, de acuerdo con el art. 709 LECiv, después de haber transcurrido, sin cumplimiento, el plazo concedido por el primer requerimiento, y mediante el auto que se dicta a consecuencia de ello y a petición del ejecutante.

En ese auto, el tribunal debe resolver:

1º) La imposición de todas las multas por los periodos previstos por la ley (mensuales) y hasta el máximo establecido por ésta (hasta un año desde el primer requerimiento), a salvo de la concurrencia de circunstancias que obsten a los efectos de la imposición (cumplimiento de la prestación, imposibilidad de la misma).

2º) La cuantía de las multas con arreglo al art. 711 LECiv, que puede ser la misma para todas las multas o distinta para cada una. Con el máximo del veinte por ciento del coste de la prestación -para cada una de las multas-, el auto puede establecer multas de cuantía igual o de importes progresivamente crecientes.

Simultáneamente a la periódica efectividad de las multas, la ley impone que “se reiterarán trimestralmente los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero” (art. 709.3 LECiv). El límite inicial de ese plazo de un año debe situarse, a mi juicio, en el momento en que, por no cumplir el ejecutado el requerimiento inicial, se solicitó y obtuvo el auto de imposición de multas. Si se fijara como *dies a quo* el de

la práctica del primer requerimiento, como en el plazo del mismo no procede imponer multas, se estaría reduciendo el periodo máximo de utilización de este medio coercitivo.

*b) Finalización del periodo de multas coercitivas sin cumplimiento de la prestación*

Concluido el periodo máximo de imposición de multas coercitivas, sin que el ejecutado haya realizado la prestación requerida, el ejecutante puede optar entre la adecuación a la ejecución por el equivalente dinerario de la prestación o la petición de unas medidas indeterminadas, idóneas para la satisfacción del derecho que le reconoce el título (art. 709.3 LECiv).

La primera opción es vinculante para el tribunal. Por el contrario, sobre la segunda opción el tribunal decide discrecionalmente, previa audiencia del ejecutado.

Las medidas deben estar orientadas a generar una satisfacción *in natura* del derecho a prestación reconocido por el título, aunque esa satisfacción no sea perfecta.

Pueden consistir en el encargo de la prestación a un tercero a costa del ejecutado, con indemnización complementaria del daño por haber de aceptar la prestación de persona no absolutamente idónea según el título. También en una prórroga discrecional del periodo de las multas coercitivas, dado que tal prórroga no es incompatible con la naturaleza de las multas, sino que, por el contrario, es adecuada a su función de coaccionar al cumplimiento.

*c) Liquidación del equivalente dinerario de la prestación debida, ejecución dineraria e imposición de una multa única*

Esta actividad ejecutiva, prevista por el art. 709.2, es procedente si el ejecutante hubiera optado por el equivalente dinerario de la prestación de hacer y, además, el tribunal hubiera apreciado que esa prestación tiene carácter personalísimo. La opción por la ejecución de un equivalente dinerario de la prestación, previa determinación del mismo en el procedimiento adecuado, es vinculante para el tribunal.

Además el tribunal ha de imponer una multa única, cuyo importe no puede exceder del cincuenta por ciento del valor de la prestación (art. 711, párrafo segundo LECiv).

En principio la multa única procede de oficio y, dado que ya se ha resuelto seguir la ejecución dineraria subsidiaria, su función no consiste en influir en la conducta futura del ejecutado, coaccionándole al cumplimiento de la prestación en los términos del título ejecutivo, sino en sancionar la actitud rebelde ante el requerimiento de cumplimiento con el que se ha iniciado la ejecución.

*d) Tratamiento penal de la conducta del ejecutado*

A diferencia de otras disposiciones (por ejemplo: arts. 589.3, 701.2, 710.1 LECiv) el art. 709 no considera expresamente la posibilidad de que la resistencia del ejecutado pueda ser tener un tratamiento penal.

Ahora bien, para que proceda este tratamiento no es necesaria norma expresa. El delito y la falta de desobediencia son perseguibles sin ninguna especial condición de procedibilidad que dependa de alguna resolución del tribunal de la ejecución. A diferencia de otros delitos cometidos en actuaciones judiciales, como las injurias y calumnias vertidas en juicio (art. 215.2 CP) o la acusación y denuncia falsas (art. 456.2 CP). Jurídicamente el ejecutante no necesita tal resolución. Sin ella e, incluso, sin apercibimiento específico del tribunal de la ejecución al ejecutado, el ejecutante puede presentar una querrela admisible contra el ejecutado por entender que su conducta en la ejecución es constitutiva del delito o la falta de desobediencia a la autoridad judicial.

Cuando en el régimen del proceso de ejecución están prevista expresas advertencias de impulsar el tratamiento penal de una conducta, la eficacia de tales advertencias no es tanto jurídica –aunque puede tener relevancia para entender cumplido el tipo penal, como luego apuntaré-, cuanto psicológica. Es decir, surten efecto en la ejecución por lo que puede influir en el comportamiento del ejecutado la amenaza de una posible pena y, más aún, de un probable proceso penal con sus repercusiones de desprestigio social. Pero, en definitiva, la imposición de la correspondiente pena está en función de la apreciación de responsabilidad penal a título de delito (art. 556 CP) o de falta (art. 634 CP) por el tribunal competente y tras el debido proceso.

No obstante, para facilitar la apreciación del tipo penal correspondiente es importante que las órdenes de hacer hayan sido claras y precisas en la determinación de la prestación requerida y que hayan sido personalmente comunicadas a los obligados por las mismas.

*e) Imposibilidad del hacer personalísimo y sus consecuencias sobre la actividad ejecutiva*

Las características del hacer personalísimo y la dificultad de que los medios legalmente previstos para su ejecución garanticen, en todo caso, que ésta va a tener lugar en forma específica –dado que la negativa recalcitrante del ejecutado siempre puede acabar impidiendo ese resultado-, oscurece la comprensión de los casos de imposibilidad de la prestación y su incidencia en la actividad ejecutiva.

Conceptualmente la distinción es clara:

1º) Una es la situación de “puedo y no quiero”. Frente a esta actitud del ejecutado están previstos distintos medios legales, algunos de ellos destinados a doblegar su voluntad. Si, al agotarse la aplicación de los mismos -de acuerdo con su ordenación por la ley procesal- no se ha logrado la realización del hacer personalísimo, la causa no es la imposibilidad de tal realización, sino los límites legales en cuanto a los medios ejecutivos.

2º) Otra cosa diferente es la situación de “quiero y no puedo”, aunque, evidentemente, si hay auténtica imposibilidad, la voluntad de cumplir es irrelevante.

El ejecutado puede intentar presentar como casos de imposibilidad, situaciones que realmente consisten en una simple falta de voluntad por su parte. Es necesario, pues, un examen más cuidadoso, particularmente de los casos de imposibilidad

jurídica de realizar la prestación, cuya entidad es más difícil de objetivar que la de los casos de imposibilidad material.

Por ejemplo: resulta evidente la imposibilidad de un afamado organista – condenado a grabar la obra completa para órgano de Bach- si, como secuela de un accidente, ha perdido su brazo derecho, mientras que la apreciación de la imposibilidad es más insegura si la misma se hace consistir en un estado de salud delicado que le impediría asumir la carga de trabajo correspondiente, o en una prolongada falta de preparación técnica, que podría dar lugar a un resultado indigno del prestigio que el interprete tiene adquirido.

Si existe verdadera imposibilidad las consecuencias son: la procedencia de la ejecución por el equivalente dinerario (art. 18.2 LOPJ) y la improcedencia de las multas desde el momento en que concurra la causa de imposibilidad, porque aquéllas ya no pueden servir para alcanzar su fin de coaccionar al cumplimiento.

#### VI.- EJECUCIÓN DE CONDENAS A EMITIR UNA DECLARACIÓN DE VOLUNTAD

La ejecución de títulos que imponen emitir una declaración de voluntad (art. 708 LECiv) está sistemáticamente regulada con la ejecución de las prestaciones de hacer, pero con especialidades respecto de la ejecución por prestaciones de hacer personalísimo, en la que debería ser, en principio, subsumida.

Considerada la emisión de una declaración de voluntad como una forma de prestación de hacer, sin duda tiene, además, la característica de ser un hacer personalísimo. Solamente la voluntad expresada por el ejecutado puede satisfacer la utilidad perseguida por el ejecutante. Y ello en un doble sentido: natural y jurídico. Natural, porque sólo el ejecutado puede exteriorizar su propia voluntad. Pero también en un sentido jurídico, porque es el ejercicio de las facultades o de la posición jurídica de la que el ejecutado esté investido lo que produce, a través de la declaración de su voluntad, los efectos jurídicos que satisfacen el derecho del ejecutante.

Ahora bien, así como la infungibilidad natural o material de la expresión de voluntad por el ejecutado no puede ser superada en modo alguno, no ocurre lo mismo con la infungibilidad jurídica. El ordenamiento puede establecer que los efectos jurídicos que el ejecutante aspira a conseguir mediante la declaración de la voluntad del ejecutado, se produzcan –si hay suficiente fundamento- sin necesidad de que esa voluntad sea declarada en cumplimiento de lo que impone el título ejecutivo, disponiendo que la declaración omitida del ejecutado sea suplida por ciertas resoluciones del tribunal.

Esta explicación de la fungibilidad jurídica de las declaraciones de voluntad, sitúa la ejecución de los títulos que impongan tales declaraciones en un terreno muy próximo al de la actuación de las sentencias que hayan dispensado tutela judicial constitutiva.

La tutela judicial constitutiva también crea, modifica o extingue efectos jurídicos, prescindiendo de la voluntad del demandado. En el caso de la tutela constitutiva necesaria esa voluntad es irrelevante aunque se exprese a favor del cambio jurídico (por ejemplo, arts. 89 y 199 CC). Si la tutela constitutiva no tiene la anterior

naturaleza, la sentencia producirá el cambio jurídico (por ejemplo, la resolución de un contrato) si estima concurrente la causa legal del que depende, aunque el demandado se oponga o niegue la concurrencia de tal causa.

A mi juicio, la distinción entre las sentencias que conceden tutela constitutiva y las que condenan a emitir una declaración de voluntad, radica en lo siguiente:

1º) En la tutela judicial constitutiva se prescinde de la voluntad del demandado para la producción de los efectos jurídicos, porque estos no dependen de esa voluntad, sino de ciertos eventos objetivos previstos por la ley. Cuando la tutela constitutiva no tiene calidad de necesaria, si el demandado reconoce la concurrencia de tales eventos y los efectos ligados a los mismos, estos últimos pueden producirse sin acudir al proceso. Si no hubiera sido así y el interesado se hubiera visto obligado a pretender la tutela judicial y su demanda hubiera sido estimada, la sentencia no impone al demandado que declare reconocer el hecho determinante de la modificación jurídica, sino que constata la concurrencia del mismo y produce por si misma el cambio jurídico. Para un ejemplo, pueden aplicarse las anteriores consideraciones a las causas de disolución de la sociedad anónima previstas en el art. 260.1.3º a 7º LSA, teniendo en cuenta el art. 262 LSA.

2º) En los casos de condena a emitir una declaración de voluntad se puede prescindir de la voluntad del condenado en el proceso de ejecución, pero porque el ordenamiento aprecia que esa voluntad ya ha sido suficientemente declarada con anterioridad –y así consta, además, en el título ejecutivo-, de modo que los actos que deban llevarse a cabo en la ejecución para completar de algún modo la eficacia de la declaración que se tiene por emitida, pueden ser realizados por el tribunal.

### **1.- Adecuación de la actividad ejecutiva**

Aunque en la jurisprudencia predominan los casos en que la declaración de voluntad a la que se condena va dirigida al establecimiento de una relación contractual entre ejecutante y ejecutado, el art. 708 no está limitado a tales declaraciones, sino que es aplicable a todas las que pueden ser debidas por cualquier causa jurídica reconocida por el título ejecutivo.

Sólo con finalidad indicativa, la disposición es aplicable, además de al caso más frecuente de los precontratos:

1º) A las declaraciones que el ejecutado debe hacer respecto de terceros (por ejemplo, denuncia de cierta relación contractual) o respecto de registros públicos (por ejemplo, cancelación de hipoteca, cancelación de condición resolutoria inscrita).

2º) A los actos que el ejecutado deba practicar para formar su voluntad en cuanto persona jurídica o entidad asimilada. Por ejemplo, que el Consejo Rector de una cooperativa acuerde readmitir a un socio y reponerlo en su cargo de presidente de la entidad (STS, Sala de lo Civil, 18 diciembre 1997). O, a los efectos de posibilitar una interpretación y aplicación útiles del art. 22 LPH, que los órganos competentes de la comunidad de propietarios acuerden liquidar y exigir el pago de las cuotas debidas por cada copropietario respecto de la cantidad a cuyo pago hubiera sido condenada la comunidad.

## **2.- Supuestos en los que es procedente la ejecución en sus propios términos del título que impone la emisión de una declaración de voluntad**

El art. 708 LECiv establece los supuestos en los que, si el condenado se niega admitir la declaración de voluntad que el título le impone, su conducta puede ser sustituida por el tribunal para producir el mismo efecto jurídico, y también fija el límite de esa potestad del tribunal, así como el procedimiento a seguir.

### ***A) Voluntad previamente declarada sobre los elementos esenciales del negocio al que se refiere el título ejecutivo***

Según el art. 708.1 LECiv “el tribunal, por medio de auto, resolverá tener por emitida la declaración de voluntad, si estuviesen predeterminados los elementos esenciales del negocio”.

Los requisitos de este artículo se cumplen en los casos siguientes:

#### 1º) Condena a elevar a escritura pública un negocio jurídico

En este caso, el negocio jurídico ha sido válidamente celebrado (así consta en el título ejecutivo) y sólo se trata de cumplir un requisito de forma –necesario para obtener ciertos efectos jurídicos; generalmente asientos en registros públicos-, pero con la peculiar característica de que, en el acto de cumplimentar el requisito de forma, el condenado ha de reiterar la expresión de la voluntad que ya declaró en su momento.

2º) Condena a celebrar un negocio jurídico, respecto de cuyos elementos esenciales existiera previo acuerdo entre las partes

Las cuestiones del precontrato y sus efectos jurídicos, que han dado lugar a muy amplios debates, deberían simplificarse notablemente cuando son consideradas en la etapa procesal de ejecución, porque lo decisivo entonces es que el título ejecutivo contenga o no la constatación de que la voluntad ha sido declarada respecto de los elementos esenciales para la existencia de un concreto negocio jurídico.

Como dice la STS, Sala de lo Civil, 7 febrero 1966 –y lo recuerda la STS, Sala de lo Civil, 18 julio 1993- es incuestionable que la figura del precontrato no siempre se presenta de la misma forma, “pues unas veces las propias partes contractuales han dejado para el futuro no sólo la obligación de celebrar el contrato definitivo, sino también la total y completa determinación de los elementos y circunstancias del referido contrato, en cuyo caso el incumplimiento no puede conducir más que a la exigencia –por el contratante dispuesto a cumplir su compromiso- de la indemnización por los daños y perjuicios que dicho incumplimiento le haya podido acarrear, mientras que en otros supuestos las mismas partes demuestran su decidida voluntad –en todos los pormenores y detalles- de celebrar un auténtico contrato de compraventa, que de momento no pueden actuar por impedirlo la concurrencia de determinados obstáculos como falta de autorizaciones o liberación de gravámenes, o simplemente porque en dicho instante no les conviene la celebración en firme y desean esperar cierto plazo, poniendo de manifiesto no sólo su voluntad de presente, sino exacta y total para cuando cesen aquellos obstáculos o venza el término establecido, momento a partir del cual es incuestionable que si uno incumple lo prometido, el otro está facultado a exigir el cumplimiento no de la promesa en si, sino también del contrato definitivo al que aquella voluntad se determinó”.

Sólo si el precontrato responde al segundo tipo especificado por esta sentencia y, atendido el planteamiento de la demanda, se hubiera condenado a la conclusión definitiva del contrato, habrá base para que el tribunal actúe en la ejecución con arreglo al art. 708.1 LECiv. Sin perjuicio de las dudas que pueda suscitar la interpretación del título ejecutivo, el verdadero problema a mi juicio, radica en el proceso declarativo, en el que los hechos probados y la aplicación de las reglas de hermenéutica negocial habrán debido conducir al tribunal a entender que la voluntad ha sido declarada sobre los elementos esenciales de un concreto negocio jurídico.

### ***B) Potestades de integración del contenido negocial***

El art. 708 LECiv atribuye al tribunal la potestad de integrar el contenido negocial en el mismo auto en que tenga por emitida la declaración de voluntad, previa audiencia de las partes.

En primer término, para que el tribunal tenga potestad de integración es necesario que, según la interpretación del título ejecutivo, las partes no hayan expresado en ningún sentido su voluntad sobre algún elemento del negocio.

En segundo término, y como regla general, la potestad de integración está limitada a los elementos no esenciales del negocio (art. 708.2 LECiv). Por ejemplo, respecto de los gastos de escrituración, las partes no han pactado ni que serán pagados según ley, ni que se abonarán de un modo específico, distinto al legalmente previsto.

En principio, el negocio sería plenamente válido y eficaz aunque faltaran expresas determinaciones sobre los elementos no esenciales, porque las fuentes de la reglamentación negocial diferentes a la autonomía privada previstas en el ordenamiento, operan sin necesidad de aceptación por las partes (DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN).

Sin embargo, el art. 708.2 LECiv impone que los elementos no esenciales se determinen en el auto en el que se tenga por emitida la declaración, con el fin de evitar situaciones litigiosas en el futuro cumplimiento de las consecuencias jurídicas que deriven del negocio que se tiene por celebrado. Se trata de que el negocio contenga todas las determinaciones que son usuales en negocios de su clase.

En cuanto a los criterios con arreglo a los cuales ha de producirse la integración el art. 708.2 LECiv se refiere a un criterio –“lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico”–, que, a mi juicio, debe completarse –atendiendo, principalmente, al art. 1258 CC– con la consideración de lo que, de modo imperativo o supletorio, dispongan las leyes respecto al contrato de que se trate.

La integración del contenido de acuerdo con las normas de Derecho imperativo no ofrece dudas. Por el contrario, si se trata de normas legales supletorias de la voluntad de las partes y en el título ejecutivo no consta el sentido de esa voluntad, la integración sólo puede realizarse en el sentido de la ordenación legal, salvo que las partes, al ser oídas, se mostraran concordes en aceptar una reglamentación diferente o que esto correspondiera en virtud del criterio de los usos del tráfico.

El criterio que el art. 708.2 señala expresamente responde a lo que ya establecen los arts. 1258 –las consecuencias conformes al uso– y 1287 CC –el uso y la costumbre

del país suplirán en los contratos “la omisión de cláusulas que de ordinario suelen establecerse”- y 2 Cco –“usos del comercio, observados generalmente en cada plaza”-.

Fuera del régimen general del art. 708 LECiv, el tribunal tiene atribuidas potestades específicas de integración de ciertos negocios jurídicos. Así, en materia de arbitraje, el art. 15 Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje encomienda a los tribunales la potestad de efectuar el nombramiento de los árbitros en diversos supuestos; en los procesos matrimoniales el juez puede determinar las medidas definitivas en defecto de acuerdo de las partes o de aprobación del mismo (art. 774 LECiv) y tiene idénticas potestades respecto del convenio regulador en el procedimiento de separación y divorcio de mutuo acuerdo (art. 777.5 y 7 LECiv).

### ***C) Inexistencia de voluntad previamente declarada y falta de potestades de integración***

Si el título ejecutivo no constata que la voluntad ha sido declarada sobre los elementos esenciales del negocio y atendido que la potestad de integración no alcanza a estos elementos, el tribunal no puede tener por emitida la declaración de voluntad, de modo que la omisión de la misma por el ejecutado sólo permite proceder a la liquidación y exacción de una indemnización de daños y perjuicios (art. 708.2 LECiv).

## **VII.- EJECUCIÓN POR PRESTACIONES DE NO HACER**

La ejecución de títulos que imponen una prestación de no hacer está regida por el art. 710 LECiv y por las disposiciones generales de la ejecución en cuanto sean aplicables. Precisamente existe en esta materia una importante matización en cuanto a la iniciación de la ejecución.

### **1.- Adecuación de las actividades ejecutivas**

La adecuación de estas actividades ejecutivas depende de que el ejecutado haya sido (dice el art. 710.1) “condenado a no hacer alguna cosa”, o, como sería más correcto, de que el título imponga una prestación de no hacer.

El contenido de esa prestación puede consistir en una simple omisión de una determinada conducta (por ejemplo, no edificar más de cierta altura o a menos de cierta distancia de un inmueble vecino, o no abrir vistas sobre el mismo o no obstaculizarlas, no producir o no comercializar determinado producto, no contratar con ciertas personas en determinado ámbito territorial), o en el deber de soportar una determinada acción de otro sobre la esfera jurídica propia, patrimonial o no (por ejemplo, permitir el uso de una servidumbre de paso, o la actividad de un determinado medio de comunicación en cobertura informativa de cierto acto que disfruta, en principio, de la protección dispensada a los derechos a la intimidad y a la propia imagen).

La conducta que debe omitirse puede ser una material o física, o una conducta jurídica (por ejemplo; no contratar o no incluir, ni recomendar la inclusión, de determinadas cláusulas en los contratos).

Una prestación con estas características puede haberse establecido por diferentes fundamentos jurídicos, que el título ejecutivo habrá reconocido como existentes para imponer aquella prestación: obligaciones negativas, un derecho real de servidumbre, deberes de abstención impuestos como consecuencia de la estimación de acciones de cesación (art. 31, b LGP; art. 18.2ª LCD; art. 63, a LP; art. 139.1, a y b LPI; art. 12.2 y 3 LCGC).

## **2.- Actividades ejecutivas**

### ***A) Especialidades en la iniciación de la ejecución***

A diferencia de los títulos que imponen otra clase de prestaciones, no basta con la existencia del título y con el transcurso del plazo del art. 540 LECiv (veinte días desde la notificación de la resolución que impone la prestación) para que pueda ser despachada ejecución por prestaciones de no hacer.

Por el contrario:

1º) Si el condenado a no hacer (u obligado a lo mismo por una transacción judicial), una vez creado el título ejecutivo, observa la conducta de abstención que el mismo le impone, no es lícito iniciar la ejecución frente a él.

2º) Mientras permanezca la situación apuntada, no está justificado dirigir ningún requerimiento al condenado (u obligado) porque ese requerimiento sería consecuencia de un despacho de ejecución, obtenido tras la solicitud o demanda correspondiente –es decir, implicaría la realización de una actividad ejecutiva que debe considerarse ilícita-, y porque, además, sería absurdo que se concediera plazo para el cumplimiento de una obligación o deber, cuya omisión de cumplimiento, aun antes de terminar el plazo del requerimiento, ya justifica que deban desarrollarse otras actividades ejecutivas.

La iniciación de la ejecución impone, en este caso, que el ejecutante haga constar, en la demanda ejecutiva o solicitud de ejecución, que el ejecutado ha quebrantado lo dispuesto por el título ejecutivo. Este requisito deriva de lo dispuesto por el art. 549.1.2º LECiv (“...se expresarán:...2º. La tutela ejecutiva que se pretende, en relación con el título ejecutivo que se aduce”) en relación con el art. 710 LECiv, que establece la tutela ejecutiva que puede pretenderse y la circunstancia –“si...quebrantare la sentencia”- en la que puede pretenderse.

La ley, en cambio, no requiere que esa circunstancia del quebrantamiento de lo dispuesto por el título sea acreditada documentalmente, ni de otra forma, para que la ejecución deba ser despachada. No obstante, el ejecutado podrá oponerse a la ejecución por motivos de fondo, con fundamento en el “cumplimiento de lo ordenado en la sentencia” (art. 556.1 LECiv), y la estimación de esta oposición comportará dejar sin efecto las actividades ejecutivas realizadas, con imposición de costas al ejecutante (art. 561.2 LECiv).

El ejecutante tiene facultad de instar la iniciación de la ejecución cada vez que el condenado u obligado quebrante lo dispuesto por el título ejecutivo. Como dispone el art. 710.1, párrafo segundo LECiv: “Se procederá de esta forma cuantas veces incumpla la condena”.

***B) Modalidades de infracción del título ejecutivo y actividades ejecutivas adecuadas***

La prestación de no hacer impuesta por el título ejecutivo puede ser de clases diversas. De ellas depende también el modo en que el título ejecutivo (el deber por él impuesto) puede ser infringido. Ambos factores son, a su vez, condicionantes de los medios que son adecuados para la ejecución, en el caso de que no se haya producido el cumplimiento.

En el art. 710 falta un precepto similar al de los arts. 706.1 y 709.1 LECiv, que disponen que si el título ejecutivo contuviera disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor, debe actuarse con arreglo a lo previsto por tal disposición, en vez de realizar la actividad ejecutiva regulada por la ley. A mi juicio esta previsión es aplicable por analogía a las prestaciones de no hacer derivadas de obligaciones negativas.

*a) Modalidades de infracción del título según la clase de prestación de no hacer impuesta en el mismo*

La infracción de un deber de no hacer impuesto por un título ejecutivo presenta una variada tipología en la que influyen, principalmente, los factores de la estabilidad o no de los resultados producidos por la conducta infractora y de la posibilidad o no de reiteración de esta conducta –que depende de la configuración del deber de no hacer-.

La infracción de un deber de no hacer puede generar unos resultados estables o permanentes; por ejemplo, la realización de una construcción que obstaculiza el disfrute de una servidumbre, la distribución de ciertos productos y objetos. No estamos considerando, ahora, la imposibilidad o dificultad concretas que puede plantear la restitución de las cosas al estado anterior a la infracción.

En otros casos, la conducta infractora agota su eficacia perjudicial en un breve periodo de tiempo, como ocurre en el caso del técnico o del artista que –teniéndolo prohibido por contrato- prestara sus servicios profesionales.

El otro factor relevante es el de la reiterabilidad o no de la conducta. La conducta infractora no es reiterable si el deber de abstención se agota en un único comportamiento omisivo. Por ejemplo: no actuar en el programa de año nuevo del año 2002 en cierta cadena televisiva; no impedir el acceso de cierto medio de comunicación a dar información de un concreto acto privado. La irreiterabilidad también puede deberse a que, por cualquier causa, se extinguiera el deber de no hacer en principio configurado como continuado o periódico (por ejemplo, la prohibición de actuar en el programa televisivo de fin de año comprende los años 2002 al 2004, pero se establece en el contrato que éste quedará resuelto si se produce un incumplimiento del mismo).

La conducta infractora es reiterable si el deber de no hacer está configurado como continuado (por ejemplo, permitir el disfrute de la servidumbre de paso, no ejercer la misma actividad industrial o comercial que aquél a quien se ha arrendado una industria) o como periódico (por ejemplo, no impedir la extracción de áridos de un determinado terreno según cierto tonelaje mensual).

*b) Las actividades ejecutivas adecuadas*

La combinación de los factores que se acaban de apuntar, da lugar a diversas situaciones de infracción, para las que son adecuadas diferentes actividades ejecutivas.

1º) Si la infracción del deber de no hacer produce resultados permanentes y se pide en la demanda o solicitud ejecutiva (art. 549.1.2º LECiv), el auto que acuerde despachar ejecución ordenará que se requiera al ejecutado para deshacer lo mal hecho.

Si el ejecutado no cumple el requerimiento de deshacer en el plazo señalado, el art. 710.1, párrafo segundo LECiv sólo establece, de entrada, un medio ejecutivo: “se le intimará con imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo”. Además de este medio ejecutivo, también puede decretarse, de acuerdo con el art. 1099 CC, que, a costa del ejecutado, se deshaga lo indebidamente hecho.

2º) Si la conducta infractora del título es susceptible de repetición, en la demanda o solicitud de ejecución podrá pedirse que en el requerimiento de no reiterar la conducta se haga constar un expreso apercibimiento de iniciación de persecución penal (art. 710.1, párrafo primero).

Se trata de un medio de carácter preventivo, que persigue inducir al ejecutado a mantener la conducta omisiva por el mayor inconveniente que puede suponer para él ser sometido a proceso penal y, eventualmente, condenado en el mismo. Podría operar del mismo modo la imposición de multas coercitivas, pero falta una previsión legal en ese sentido.

3º) Si las conductas infractoras del título ejecutivo son reiterables y la ley, por la clase de prestación de no hacer contenida en el mismo, formula una especial previsión en este sentido, el ejecutante puede obtener que en el despacho de ejecución se decreten unos medios de carácter preventivo consistentes en privar al ejecutado, definitiva o temporalmente, de aquellos elementos instrumentales, de muy variada naturaleza, que necesita y de los que se sirve para perpetrar la conducta infractora.

No existe una previsión general de este tipo de medios ejecutivos, pero sí previsiones específicas, para determinados deberes de abstención, como las siguientes:

1º) En caso de violación del derecho de patente, el denominado “embargo” –que ha de entenderse como un desapoderamiento- “de los medios exclusivamente destinados a tal producción (de objetos que violan la patente) o a la realización del procedimiento patentado” (art. 63, c LP), y, para evitar que prosiga la violación, la transformación de tales medios “o su destrucción cuando ello sea indispensable para impedir la violación de la patente” (art. 63, e LP).

2º) En caso de actividades ilícitas contra la propiedad intelectual, el art. 139.1 LPI prevé “d) La inutilización y, en caso necesario, destrucción de moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos destinados exclusivamente a la reproducción de ejemplares ilícitos y de los instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización, no autorizados, de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador. e) La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada”. Coherentemente con la finalidad de estos medios, el art. 139.2 LPI autoriza al ejecutado para que, si el material objeto de estas

actuaciones puede ser destinado a otros usos, inste que la destrucción o inutilización sólo “se efectúe en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita”.

3º) En caso de condena al propietario o al ocupante de un piso o local en edificio en régimen de propiedad horizontal a abstenerse de desarrollar “actividades prohibidas en los estatutos, que resulten dañosas para la finca o que contravengan las disposiciones generales sobre actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas” (art. 7.2, párrafo primero LPH), podrá imponerse a los mismos “la privación del derecho al uso de la vivienda o local por tiempo no superior a tres años, en función de la gravedad de la infracción y de los perjuicios ocasionados a la comunidad. Si el infractor no fuese el propietario, la sentencia podrá declarar extinguidos definitivamente todos sus derechos relativos a la vivienda o local, así como su inmediata lanzamiento”.

4º) El art. 117 LH permite que el tribunal ordene al dueño de la finca hipotecada las conductas de no hacer que sean procedentes para evitar que aquélla se deteriore, disminuyendo su valor, y “si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial”.

#### *c) Ejecución dineraria subsidiaria*

Dentro de la ejecución por prestaciones de no hacer la ejecución dineraria puede ser procedente en dos supuestos:

1º) Para obtener la suma de dinero necesaria para la contraprestación del tercero con el que, en su caso, se hubiera contratado el deshacer lo mal hecho. En este caso a la ejecución dineraria no ha de preceder un incidente de liquidación, sino la actividad regulada en el art. 706.2 o el acreditamiento de lo efectivamente pagado como contraprestación del deshacer.

2º) Para la indemnización al ejecutante de los daños y perjuicios causados por la realización de la conducta infractora, siempre que no hayan podido ser eliminados, en su totalidad o en parte, mediante la actividad ejecutiva dirigida a deshacer lo mal hecho.

Esta indemnización puede tener un carácter sustitutivo de la prestación de no hacer, si “su incumplimiento no fuera susceptible de reiteración y tampoco fuera posible deshacer lo mal hecho” (art. 710.2 LECiv). Puede tener carácter complementario del cumplimiento defectuoso de la prestación de no hacer, en el caso de que pudiera repararse específicamente –mediante el deshacer lo mal hecho- el daño causado por el incumplimiento, y si la prestación pudiera ser cumplida en el futuro. El art. 710.1 LECiv menciona, en efecto, la indemnización como complementaria de la aplicación de otros medios ejecutivos.

La ejecución dineraria, en este caso, ha de ser precedida de un procedimiento de liquidación de la indemnización.

***C) Ejecución por medios de coacción de condenas de cesación en materia de marcas y de condenas dictadas para tutela de intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios***

La ejecución por medios de coacción, para la que la LECiv optó por un determinado régimen jurídico de multas coercitivas, ha experimentado, poco tiempo después de su establecimiento, dos modificaciones de importancia, aunque con un ámbito de aplicación limitado a específicas materias.

Poco antes de que se cumplieran dos años de la promulgación de la LECiv 2000, la nueva Ley de Marcas (17/2001, de 7 de diciembre) estableció, para la ejecución de las condenas a abstención de violar un derecho de marca un medio similar, análogo, aunque no igual que las multas coercitivas.

Aun no había pasado un año desde la ley que se acaba de mencionar, cuando la Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de consumidores y usuarios, añadió al art. 711 LECiv un segundo apartado, que modifica los supuestos de aplicación de las multas coercitivas en la ejecución por determinadas prestaciones de no hacer y, además, expresa el carácter de ingreso de Derecho Público de esas multas.

*a) Las indemnizaciones coercitivas del artículo 44 de la Ley de Marcas 2001*

El art. 44 de la Ley de Marcas (17/2001, de 7 de diciembre) dispone que “cuando se condene a la cesación de los actos de violación de una marca, el Tribunal fijará una indemnización de cuantía determinada no inferior a 600 euros por día transcurrido hasta que se produzca la cesación efectiva de la violación. El importe de esta indemnización y el día a partir del cual surgirá la obligación de indemnizar se fijará en ejecución de sentencia”.

Esta disposición no afecta directamente al régimen de las multas coercitivas. Lo que regula aquélla es diferente a lo que regula éste, incluso en aspectos esenciales.

Por un lado, las sumas de dinero periódicamente debidas están destinadas a indemnizar al ejecutante. Es, en consecuencia, un instrumento jurídico de naturaleza más próxima a la *astreinte*, que a las multas coercitivas –que, a pesar del silencio de la LECiv, han de entenderse destinadas a la Hacienda Pública-.

Por otra parte, el supuesto de hecho determinante de la aplicación de las indemnizaciones coercitivas no está previsto para las multas coercitivas: infracción reiterable de un deber de abstención, que justifica aplicar un medio destinado a estimular el mantenimiento de la conducta omisiva debida.

No obstante, entre las dos regulaciones existen conexiones evidentes.

En primer lugar, en el plano de los criterios de política legislativa, resulta manifiesta la inseguridad del legislador español al regular la ejecución por medios de coacción de naturaleza no penal. En la LECiv estableció las multas coercitivas –ingresos de Derecho Público-, aunque de manera un tanto vergonzante por la falta de norma expresa. En la Ley de Marcas 2001, por el contrario, regula indudablemente *astreintes*.

En segundo lugar, en el plano de la aplicación de las normas, se plantea el problema de la concurrencia de aplicación de las multas coercitivas de la LECiv y de las indemnizaciones coercitivas de la Ley de Marcas 2001. En mi opinión, la

aplicación de la Ley de Marcas 2001 desplaza, en caso de concurrencia, la aplicación de las multas coercitivas del art. 710.1 LECiv. La primera disposición es norma posterior, y también norma especial, cuyo contenido normativo consume el de la norma que establece las multas coercitivas. En efecto, las indemnizaciones coercitivas, además de la utilidad de las multas para estimular el cumplimiento del deber de no hacer, sirven para la indemnización de los daños causados por el incumplimiento irreversible.

*b) El nuevo apartado 2 del artículo 711 LECiv introducido por la Ley 39/2002, de 28 de octubre*

La Ley 39/2002, de 28 de octubre, de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de consumidores y usuarios, ha añadido al art. 711 LECiv un nuevo apartado 2, que dispone: “La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de consumidores y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público”.

La incidencia de este nuevo precepto en el régimen jurídico de las multas coercitivas es doble.

De una parte, en el tema básico de los criterios de política legislativa sobre la ejecución por medios de coerción de naturaleza no penal, tiene un significado ambivalente. Establece expresamente que la “multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público”, lo que podría considerarse una confirmación de la naturaleza de ingreso de Derecho público de las multas coercitivas en la LECiv. Pero también podría argumentarse que, dado el carácter de norma especial de esta nueva disposición, realmente su clara expresión arroja dudas sobre aquella naturaleza de las multas coercitivas en los supuestos más generales. En cualquier caso, la disposición rectifica nuevamente el rumbo respecto de la Ley de Marcas 2001, marginando la opción por las *astreintes*.

Por otra parte, el precepto da respuesta, aunque sólo en su específico ámbito de aplicación, a la necesidad de utilizar las multas coercitivas con la finalidad de forzar al condenado a respetar la prohibición que le ha impuesto la sentencia, incluso sin tener que esperar a un nuevo incumplimiento posterior al momento en que la sentencia de condena a abstención haya adquirido eficacia ejecutiva.

## VIII.- MEDIDAS DE ASEGURAMIENTO EN LA EJECUCIÓN

### 1.- Concepto y naturaleza

La completa realización de la actividad ejecutiva, desde su comienzo hasta su final “con la completa satisfacción del ejecutante” (art. 570 LECiv) de acuerdo con la ley, requiere tiempo.

En la ejecución dineraria, el embargo ejecutivo, a la vez que afecta a la ejecución determinados bienes y derechos del patrimonio del ejecutado, posibilita, mediante la garantía o publicidad de esa afección, un aseguramiento de los bienes, en el sentido de evitar su destino a un fin diferente de aquél al que han sido afectados.

En la ejecución no dineraria no existe un acto ejecutivo similar, pero existe la necesidad de unas medidas que eviten la frustración de la ejecución durante el tiempo necesario para que alcance su acto final.

El régimen ordinario de la tutela cautelar no es adecuado para resolver el problema, porque es injustificadamente restrictivo y riguroso cuando la tutela judicial ya ha sido concedida, esto ha generado un título ejecutivo y el único peligro por la mora procesal que existe es el que se puede dar durante el desarrollo de la actividad ejecutiva y hasta su acto de terminación.

De ahí que el art. 700 LECiv regule unas medidas cautelares especiales.

### 2.- Presupuestos

La adopción de las medidas depende de unos presupuestos, aunque también merecen destacarse unos presupuestos no exigibles.

1º) Existencia o procedencia de un requerimiento para el cumplimiento de condenas u obligaciones de hacer o no hacer o de entregar cosa distinta a dinero

Si el art. 700 debiera interpretarse a la letra, en el caso de condenas de no hacer, la posición de quien dispone de un título ejecutivo estaría más desprotegida que la del actor en el proceso de declaración. Por un lado, las medidas cautelares que se hubieran adoptado en su favor deberían alzarse si no solicita la ejecución en el plazo del art. 548 (art. 731.1), pero tampoco podría pedir legítimamente ejecución mientras no se “haya quebrantado la sentencia” (art. 710.1). Por otro lado, no podría obtener medidas del art. 700, porque faltaría el requerimiento que, según la letra de tal artículo, es presupuesto de las mismas.

A mi juicio, hay que interpretar el precepto de acuerdo con su finalidad. También en los casos de no hacer existe riesgo de incumplimiento, porque la posibilidad de que el cumplimiento se produzca (de que se continúe produciendo) o no, se pospone en el tiempo. Frente al riesgo que esto origina han de garantizar las medidas del art. 700, como lo hacen respecto de las otras clases de prestaciones.

2º) Existencia de una situación que impida que el final de la actividad ejecutiva pueda alcanzarse de modo inmediato.

De nuevo la letra del art. 700 es insuficiente. Que el requerimiento no pudiera tener inmediato cumplimiento, parece referirse al sólo supuesto de que el requerido,

aun queriendo, no pudiera cumplir de modo inmediato. No obstante, el riesgo existe también en otras situaciones.

Por ejemplo: cuando, en caso de desobediencia al requerimiento, la realización de la actividad dirigida a la ejecución en los propios términos del título, precisara de un tiempo; o, tratándose de ejecución provisional, la oposición del ejecutado hubiera dado lugar a la suspensión de aquélla (art. 530.2 LECiv), demorando su final; o si el necesario previo intento de la ejecución en los propios términos del título impusiera demorar las actividades dirigidas a una ejecución por el equivalente dinerario; o cuando, tratándose de la ejecución de resoluciones al amparo del Reglamento (CE) núm. 44/2001, el ejecutado hubiera formulado el recurso que autoriza el art. 43.5, porque, en tal caso, no se inicia (o no continúa) la actividad ejecutiva, pero pueden adoptarse medidas cautelares con arreglo al art. 47.3 del citado Reglamento.

3º) No se requiere que se acredite una concreta situación de riesgo, ni que el solicitante preste caución.

### **3.- Medidas adoptables**

Pueden ser de dos clases.

#### ***A) Medidas para asegurar específicamente la efectividad del título ejecutivo***

Están autorizadas en el párrafo primero del art. 700 y son medidas destinadas a posibilitar que el título pueda ser ejecutado en sus propios términos.

Entre las mismas se halla la anotación preventiva de sentencia -que puede ser útil en los casos en que, para la completa ejecución de ésta, se necesite que el condenado realice cierta actividad antes de la inscripción (por ejemplo, otorgar una escritura pública) o deba ser sustituido en esa actuación, si no la realiza dentro de cierto plazo- y cualesquiera medidas que puedan ser adoptadas como cautelares según los arts. 726 y 727 LECiv. Esta clase de medidas no son sustituibles por caución del sujeto pasivo.

#### ***B) Embargo preventivo especial***

Un embargo preventivo (especial, porque no está sujeto a los mismos presupuestos y procedimiento que para esa medida cuando se adopta al amparo del art. 727.1ª) es la medida adecuada si lo que se persigue asegurar es una responsabilidad dineraria que pueda surgir en las actividades ejecutivas tratadas en este capítulo.

Esto conduce, en primer término, a puntualizar que la medida de embargo puede concurrir con una medida de aseguramiento específico de la efectividad del título. El caso más claro es el del embargo que, sin perjuicio de la otra medida, asegure las costas de la ejecución. También cabe pensar en la garantía de una indemnización de daños y perjuicios por el retraso en la satisfacción específica.

El embargo *ex art. 700* puede ser sustituido por la prestación de una caución por la cuantía que el embargo debía garantizar -y que debe haberse fijado en el auto que lo decreta- y de la calidad que se establece en el art. 529.3, párrafo segundo. No es necesario que el sujeto pasivo pida la sustitución de la medida por caución, con la posibilidad de que el tribunal deniegue esa petición (como en arts. 746 y 747 LECiv),

sino que ofrecida la caución en las condiciones legales, el tribunal está vinculado a aceptarla.

#### **4.- Procedimiento**

Las medidas se adoptan a instancia de la parte ejecutante, formulada al pedir la ejecución o después del despacho de la misma. Si el título impone prestación de no hacer puede solicitarlas sin necesidad de pedir el despacho de ejecución.

Sobre la solicitud se resuelve sin previa audiencia del sujeto pasivo, quien puede impugnar las resoluciones y los actos para su ejecución con arreglo a los arts. 562.1.1º y 3º.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Para una más amplia y detallada consideración de los temas tratados en la ponencia, con referencias jurisprudenciales de interés y análisis de la bibliografía fundamental, remito a **ORTELLS RAMOS**, *Proceso Civil Práctico*, VIII-1, Editorial La Ley, Madrid, 2001, **GIMENO SENDRA** (Coordinador), páginas 2-1 a la 2-371. En la última actualización (enero 2004) se recoge una selección de jurisprudencia formada en aplicación de la LECiv 2000.

Por lo demás, entre las obras generales, véanse: **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.**, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium Editores, Madrid, 2001, págs. 411-435; **DE LA OLIVA SANTOS, A.**, **DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I.**, **VEGAS TORRES, J.**, **BANACLOCHE PALAO, J.**, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, págs. 1179-1208; **FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A.**, **RIFÁ SOLER, J. M.**, **VALLS GOMBAU, J. F.** (Coordinadores), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Iurgium Editores, Barcelona, 2001, págs. 3151-3220; **LORCA NAVARRETE, A.** (Director), **GUILARTE GUTIÉRREZ, V.**, (Coordinador), *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo III, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, págs. 3590-3809; **CORDÓN MORENO, F.**, **ARMENTA DEU, T.**, **MUERZA ESPARZA, J.**, **TAPIA FERNÁNDEZ, I.** (Coordinadores), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2001, págs. 563-656; **JIMÉNEZ CONDE, F.** (Coordinador), *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, Sepin, Madrid, 2002, págs. 533-576; **DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.**, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, II, Civitas, Madrid, 1996.

Monografías y artículos de interés, anteriores y posteriores a la LECiv 2000, son los siguientes: **TAPIA FERNÁNDEZ, I.**, *Las condenas no pecuniarias*, Palma de Mallorca, 1984; **VERDERA SERVER, R.**, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995; **CATALÁ COMAS, Ch.**, *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, Barcelona, 1998; **CARBALLO PIÑEIRO, L.**, *Ejecución de condenas de dar*, Barcelona, 2001; **PARDO IRANZO, V.**, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer*, Valencia, 2001; **CHIARLONI, S.**, *Misure coercitive e tutela dei diritti*, Giuffrè Editore, Milano, 1980; **TARUFFO, M.**, “L’attuazione esecutiva dei diritti: profili comparatistici”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1988; **ARMENGOT VILAPLANA, A.**, *La tutela judicial civil de la propiedad intelectual*, La Ley, Madrid, 2003; **BELLIDO PENADÉS, R.**, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Editorial Comares, Granada, 1988; **CUCARELLA GALIANA, L.**, *El proceso civil en materia de patentes*, Editorial Comares, Granada, 1999; **PEREDA GÁMEZ, F. J.**, “Ejecución de condenas de dar, hacer y no hacer y liquidación de títulos ejecutivos y ejecución de sentencias”, en *Ejecución de sentencias civiles II. La vía de apremio*, CGPJ, 29/1996, págs. 17-86. Código 962908; **EGUSQUIZA, M. A.**, *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Editorial Bosch, Barcelona, 1990; **MARTÍN PASTOR, J.**, «La anotación preventiva de sentencia como medida cautelar (análisis de la evolución de la doctrina de la DGRN)», en *Aranzadi TSJ y AP*, Revista quincenal, junio, 1999, núm. 5, págs. 9-20; **MARTÍN PASTOR, J.**, *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001; **FERNÁNDEZ SEIJO, J.**, “La ejecución de sentencias de desahucio por falta de pago en rebeldía del demandado”, en *Ejecución de sentencias civiles II. La vía de apremio*, CGPJ, 29/1996, págs. 17-86. Código 962908; **CASERO ALONSO, J. L.**, «La ejecución a su costa (art. 924 LEC) en los supuestos de condena por ruina del inmueble», en *Ejecución de sentencias civiles*, CGPJ, Madrid, 1992.

**LA TUTELA CAUTELAR Y SU PRÁCTICA EN LOS DOS PRIMEROS AÑOS DE VIGENCIA  
DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000<sup>(\*)</sup>**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València (Estudi General)

SUMARIO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA TUTELA JUDICIAL CAUTELAR. 1. Concepto. 2. Configuración normativa. 3. Fundamento constitucional de la tutela cautelar. III.- LA INSTRUMENTALIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR. IV.- NATURALEZA JURÍDICA. 1. Medidas cautelares y garantías jurídico-privadas de los derechos. 2. Consecuencias de la naturaleza jurídica procesal de la tutela cautelar. 3. ¿Proceso cautelar o medidas cautelares? V.- LAS MEDIDAS CAUTELARES. VI.- PRESUPUESTOS DE LA CONCESIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. 1. El peligro por la mora procesal. 2. La apariencia de buen derecho. 3. Prestación de caución por el solicitante. VII.- LOS EFECTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES. 1. Clases de efectos de las medidas cautelares. 2. El criterio limitador de las medidas cautelares satisfactivas establecido por el art. 726.2. VIII.- SUSTITUCIÓN DE LAS MEDIDAS POR CAUCIÓN. IX.- JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA. 1. Atribución de la jurisdicción y de la competencia. 2. Tratamiento procesal. Norma especial sobre reparto de asuntos. X.- LAS PARTES. 1. Especialidades en la postulación mediante abogado y procurador. 2. Legitimación y normas especiales sobre la misma en la tutela cautelar. 3. Intervención de terceros en las actuaciones procesales cautelares. Las tercerías de dominio y de mejor derecho en caso de medida cautelar de embargo preventivo. XI.- EL PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCIÓN SOBRE LA TUTELA CAUTELAR. 1. La solicitud de la medida cautelar. 2. Resolución sobre el procedimiento a seguir: regla general y criterios para la resolución sobre la medida sin previa audiencia del demandado. 3. Actuaciones hasta la resolución sobre la medida cautelar, en caso de procedimiento sin audiencia previa del demandado. 4. Procedimiento en caso de resolución con audiencia previa del demandado. 5. La resolución sobre la solicitud de medida cautelar y los recursos contra la misma. 6. La ejecución de la resolución que acuerda una medida cautelar. 7. Oposición a la medida cautelar decretada sin audiencia previa. 8. La variabilidad de las resoluciones sobre las medidas cautelares. XII.- RELACIONES ENTRE LA TUTELA CAUTELAR Y EL PROCESO PRINCIPAL. 1. Admisibilidad de medidas previas al proceso principal. 2. Consecuencias de la paralización del proceso principal sobre la tutela cautelar. 3. Consecuencias sobre las medidas cautelares de la terminación del proceso principal. XIII.- RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD POR LA UTILIZACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR.- XIV. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA.

---

<sup>(\*)</sup>Publicado en «Estudios de Derecho Judicial», *Cuadernos de Derecho Judicial*, N° 44, 2003, pp. 591-689.

## I. INTRODUCCIÓN.

El objetivo de esta ponencia es doble.

De una parte, persigue ofrecer una exposición sistemática de la configuración de la tutela cautelar en la LEC de 2000. La exposición es necesariamente sintética, pero da cabida, en todo caso, al planteamiento de las principales cuestiones que suscita la aplicación de una ordenación que ha sido muy novedosa, y posibilita, en gran medida, esbozar respuestas razonables a esas cuestiones.

Por otra parte, he intentado considerar las resoluciones que han tenido oportunidad de aplicar el nuevo régimen de la tutela cautelar<sup>1</sup>, para comprobar cómo ha sido recibida esa nueva ordenación en la práctica forense y qué aspectos de la regulación han presentado mayores problemas de interpretación y aplicación.

## II. LA TUTELA JUDICIAL CAUTELAR

### 1. Concepto

La tutela judicial cautelar es una modalidad de tutela judicial que, de acuerdo con el art. 5.1 LEC, puede ser otorgada en un proceso civil, si concurren los presupuestos legales de la misma.

Los elementos esenciales de esta modalidad de tutela son los siguientes:

1º) La sentencia, como resultado del proceso de declaración, que se pronunciará sobre la tutela judicial pedida en el mismo -condena, mera declaración, constitución-, no puede ser dictada en el mismo momento en el que es pedida, sino que el desarrollo del proceso, con sus garantías, requiere tiempo.

2º) Esa ineludible demora está justificada por ser necesaria para garantizar la defensa del demandado y el acierto de la sentencia que termina el proceso.

3º) Pero desde la perspectiva del actor esa demora constituye un inconveniente, porque durante la misma el demandado puede adoptar comportamientos que impidan o dificulten gravemente la efectividad de la tutela que pueda ser concedida al actor en el proceso de declaración.

La tutela cautelar es la modalidad de tutela judicial que está destinada a contrarrestar el riesgo de ineffectividad de la tutela que pueda ser concedida en el proceso de declaración, mediante una afectación de la esfera jurídica del demandado adecuada y suficiente para producir aquel efecto.

---

<sup>1</sup> Las referencias de las resoluciones citadas y analizadas en el texto son de la Base de Datos de Jurisprudencia de Aranzadi.

## 2. Configuración normativa

Sin perjuicio de su fundamento constitucional -al que nos referiremos inmediatamente- la tutela cautelar es configurada o diseñada por las leyes ordinarias.

Estas leyes destinan a su regulación dos clases de normas, ambas de naturaleza procesal, pero de contenido diferente:

1ª) Por un lado están las normas que rigen la competencia, especiales requisitos de las partes o de los actos procesales en general, el procedimiento para la resolución sobre la medida cautelar y sus relaciones con el proceso principal. La LEC de 2000 ha supuesto un avance extraordinario en este aspecto, porque las normas reguladoras de la jurisdicción, competencia, partes y procedimientos para resolver sobre las medidas cautelares se establecen con carácter común, por regla general, a cualesquiera medidas cautelares que se soliciten, y, además, son bastante completas. Estos aspectos serán tratados en los apartados 9 al 12 de la ponencia.

2ª) Por otro lado están las normas que rigen la propia tutela jurisdiccional cautelar, es decir, determinan cuáles son los presupuestos que deben concurrir para que deba acordarse una medida cautelar, cuyo contenido y efectos igualmente son configurados por esas mismas normas. En materia jurisdiccional cautelar, las normas procesales no se limitan a regular cómo se llega a la resolución y los requisitos de los que depende su admisibilidad, sino que regulan el propio contenido de la resolución, rigen el juicio sobre la estimación de la pretensión interpuesta. Al estudio de esta parte de la regulación se destinan los apartados 5 al 8 de la ponencia.

La disposición del art. 721.2 LEC según la cual la tutela cautelar se podrá solicitar “conforme a lo dispuesto en este Título” es correcta en cuanto expresión del principio de legalidad procesal en materia de tutela cautelar. En ese sentido tiene el mismo contenido normativo que el art. 5.1 LEC cuando autoriza a pretender medidas cautelares de acuerdo con la ley.

La disposición no puede ser entendida, en cambio, en el sentido de que la regulación de la tutela cautelar se halla sólo en ese Título de la LEC. El mismo contiene la parte más importante, en sentido cuantitativo y cualitativo, de las disposiciones sobre la tutela cautelar civil, que serán supletorias de las regulaciones especiales. Pero fuera de él hay otras disposiciones que, aun a riesgo de no ser exhaustivo, conviene catalogar ahora:

1º) Medidas cautelares en procesos sobre la capacidad de las personas (art. 762 LEC).

2º) Medidas cautelares en procesos sobre filiación, paternidad y maternidad (art. 768 LEC). En esta materia, como en la anterior, las disposiciones remiten a los preceptos del Título VI que regulan la resolución sobre las medidas cautelares con audiencia previa.

3º) Medidas provisionales en procesos matrimoniales (arts. 771-773 LEC).

4º) Medidas cautelares en procesos civiles sobre situaciones de menores, cuya regulación se caracteriza por una gran dispersión normativa.

5º) Naturaleza cautelar, aunque con muchas particularidades, tiene también la intervención y administración del caudal hereditario (arts. 709-805 LEC) y la formación de inventario y medidas sobre administración y disposición de bienes afectados por la liquidación judicial del régimen económico-matrimonial (arts. 808-809 LEC).

6º) Regulaciones especiales del embargo preventivo se incluyen en el régimen del juicio cambiario (arts. 821 y 823 LEC), en el del procedimiento monitorio de reclamación de deudas por gastos comunes derivados del régimen de propiedad horizontal (art. 21.5 Ley de Propiedad Horizontal) y en el de la tutela sumaria por incumplimiento por el comprador de las obligaciones derivadas de contrato inscrito de compraventa a plazos de bienes muebles (art. 441.4 LEC).

7º) En fin, la remisión del art. 727.11ª LEC y las modificaciones que la Disposición Derogatoria y las Disposiciones Finales de la Ley 1/2000 han introducido en diversas leyes, inciden de manera muy diversificada en disposiciones sobre medidas cautelares incluidas en textos legales distintos a la LEC. Cabe destacar, fuera de la LEC, normas sobre tutela cautelar en la Ley de Patentes (arts. 133 al 139), en la Ley de Marcas (por la remisión del art. 40) y en la Ley de Propiedad Intelectual (art. 141).

### **3. Fundamento constitucional de la tutela cautelar**

El establecimiento por las leyes ordinarias de un régimen de tutela cautelar responde a un imperativo constitucional, específicamente al derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por el art. 24.1 CE.

El estudio de la jurisprudencia del TC sobre el fundamento constitucional de la tutela cautelar y las consecuencias que derivan del mismo, permite establecer las siguientes conclusiones:

1º) El derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a una tutela judicial cautelar e impone al legislador ordinario que establezca posibilidades de que los jueces adopten medidas cautelares (STC 238/1992).

2º) Esas posibilidades no pueden quedar limitadas a los supuestos de tutela judicial de derechos fundamentales (aunque la primera formulación del derecho a la tutela cautelar como componente del derecho a la tutela judicial efectiva -STC 115/1987- se refirió a ese ámbito), ni a los de tutela judicial de derechos de carácter no patrimonial (STC 238/1992), sino que deben preverse en relación con la tutela judicial de toda clase de derechos e intereses legítimos.

3º) Como consecuencia de lo anterior será inconstitucional, por infringir el derecho a la tutela judicial efectiva, una ley que excluya absolutamente la posibilidad de tutela cautelar para ciertas clases de derechos o intereses (STC 238/1992), y lo será adicionalmente por infringir el principio de igualdad si tal exclusión se produce para ciertas clases de personas determinadas con criterios discriminatorios (STC 115/1987)

4º) También se tiene frente al juez ordinario derecho a un pronunciamiento fundado en Derecho y motivado sobre las peticiones de tutela cautelar. Ese derecho es satisfecho mediante una resolución judicial que cumpla ciertos requisitos externos, descritos con alguna variante, pero esencialmente consistentes en que la resolución ha

de pronunciarse sobre la petición de medidas “razonadamente y no de forma arbitraria o carente de fundamento” (STC 210/1993).

5º) Pero el derecho a la tutela judicial cautelar, que forma parte del contenido esencial del derecho a la tutela judicial efectiva, no sólo resulta violado si se omite o se deniega una resolución que cumpla los requisitos antedichos y que verse sobre el fondo de la tutela cautelar solicitada, sino que también puede ser lesionado por dictarse una resolución desestimatoria, en el supuesto de que esa clase de resolución dé lugar a ciertas consecuencias negativas sobre la posibilidad de obtener en definitiva la tutela judicial. El TC ha dicho, en efecto, que es contrario al derecho a la tutela judicial que el régimen de las medidas cautelares o su aplicación dé lugar, si es estimada la pretensión del proceso principal, a “dificiles fórmulas reintegrativas” o a “situaciones irreversibles” (STC 66/1984), o conduzca a “que ese procedimiento (el principal) no pueda ya alcanzar sus fines”, lo que se produce si aquel régimen o su aplicación implican “la desaparición o pérdida irremediable de los intereses cuya protección se pretende” o “prejuzgan irreparablemente la decisión final del proceso” (STC 237/1991).

6º) Sin embargo, cuando se le ha pedido al TC, en recurso de amparo, que entre a examinar el enjuiciamiento cautelar realizado por el tribunal ordinario, para determinar si se han producido esas consecuencias negativas sobre la posibilidad de obtener, en definitiva, la tutela judicial, su jurisprudencia ha sido diferente según estuviera afectado en el caso un derecho fundamental sustantivo (ha estimado que puede revisar aquel enjuiciamiento y conceder el amparo si estima que el derecho fundamental sustantivo afectado ha sido violado; véase STC 144/1991, STC 148/1993 y ATC 588/1985), o solamente el derecho a la tutela judicial (por regla general el TC entiende que el enjuiciamiento cautelar compete al juez ordinario, que debe realizarlo motivadamente y con sujeción a la regulación legal de la medida).

### III. LA INSTRUMENTALIDAD DE LA TUTELA CAUTELAR

La característica esencial que define la tutela cautelar y la distingue de instituciones procesales próximas a la misma es la instrumentalidad, entendida en el específico sentido de que la tutela cautelar, considerando en conjunto el régimen de la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas, no constituye una finalidad en sí misma, sino que se halla necesariamente vinculada a la sentencia que pueda dictarse en el proceso principal (y a este mismo proceso) por la función de asegurar su efectividad práctica. Si tal sentencia puede considerarse como el instrumento mediante el cual se actúa el Derecho en el caso concreto, la tutela cautelar es, a su vez, el instrumento para que lo anterior pueda producirse sin riesgo de ineffectividad a causa de la necesaria demora de la sentencia. En ese sentido, la instrumentalidad de la tutela cautelar es una instrumentalidad cualificada; como decía gráficamente Calamandrei: una instrumentalidad elevada al cuadrado.

Son manifestaciones de esta característica de la tutela cautelar las siguientes:

1ª) Sólo puede concederse si está pendiente un proceso principal y en el caso de que pueda obtenerse previamente a éste, la no incoación del proceso dentro de cierto plazo opera como condición resolutoria de la medida acordada (art. 730 LEC).

2ª) Debe extinguirse cuando el proceso principal termine. Si la pretensión interpuesta en ese proceso no es estimada, la medida debe extinguirse, porque ya no hay efectos que requieran ser asegurados (art. 731.1, párrafo primero, 745 LEC). Si la pretensión ha sido estimada, la medida también debe extinguirse, porque entonces ya pueden desplegarse los efectos propios de la sentencia principal (art. 731.1, párrafo primero LEC).

3ª) Las medidas en las que se sustancia la tutela cautelar consisten en un conjunto de efectos jurídicos que, por regla general, coinciden sólo parcialmente con los efectos propios de la sentencia principal, si bien en algún supuesto pueden llegar a coincidir con estos en su resultado práctico, pero siempre con un carácter provisional. En todo caso, la instrumentalidad de la medida cautelar la hace incidir con intensidad variable sobre la situación jurídica a la que se refiere la pretensión del proceso principal y sobre la que se proyectará la sentencia que en éste se dicte (art. 726 LEC).

La característica de instrumentalidad así entendida, permite distinguir la tutela cautelar de la tutela jurisdiccional que se dispensa en un proceso sumario, y ello aunque esta última tutela se establezca, a veces, con el fin de evitar la frustración de ciertos derechos, a causa de la mayor duración de un proceso plenario. A diferencia de la tutela cautelar, que se adopta a la espera de la sentencia del proceso principal y está destinada a desaparecer con ella, la sentencia de un proceso sumario puede permanecer indefinidamente eficaz, siendo casual que su estabilidad se vea afectada por un proceso plenario posterior, que el favorecido por aquella sentencia no tiene la carga de instar (art. 447 LEC).

La característica de instrumentalidad se concibe como una relación entre la tutela cautelar y la tutela que el actor ha pedido y que se le puede otorgar en el proceso principal.

Pero la regulación de la ejecución provisional en la LEC habrá de conducir a matizar lo anterior, aunque sin alterarlo esencialmente.

En efecto, en caso de revocación de una sentencia provisionalmente ejecutada la parte que ha sufrido la ejecución tiene derecho a una retrocesión de la misma por vía ejecutiva (arts. 533.3, 534.3 y 537 LEC). Es razonable pensar que esa expectativa de tutela judicial ejecutiva pueda tener su efectividad garantizada por una tutela cautelar, cuya instrumentalidad se afirmaría respecto de la tutela antes mencionada.

Desde este punto de vista ha de ser considerado el caso resuelto por **el ATS (Sala de lo Civil), de 27 de junio de 2001 (RJ 2001\6520)**.

Se pidió del Tribunal Supremo la medida de anotación preventiva del recurso de casación interpuesto contra la sentencia que había declarado la nulidad de un procedimiento extrajudicial de ejecución hipotecaria. La solicitud se fundaba en que la cancelación de la inscripción a favor del adjudicatario, acordada en la ejecución provisional, posibilitaría enajenaciones del anterior titular a favor de quienes pudieran tener la condición de tercero hipotecario.

El Tribunal Supremo desestimó la medida con la siguiente motivación: “Así justificada la petición de la adopción de la medida cautelar lo que en realidad se está haciendo es formular una oposición anticipada y ante órgano judicial no competente a

la ejecución provisional solicitada. Tratándose como es el caso de una ejecución provisional no dineraria, el ejecutado puede oponerse a la ejecución con fundamento en la causa 2ª del art. 528.2 de la Ley de Enjuiciamiento 1/2000 (RCL 2000, 34 y 962), es decir, «por resultar imposible o de extrema dificultad, atendida la naturaleza de las actuaciones ejecutivas, restaurar la situación a la ejecución provisional o económicamente al ejecutado mediante resarcimiento de los daños y perjuicios que se le causaren, si aquella sentencia fuese revocada», causa que es la que sirve de justificación a la petición que ahora se formula. Siendo competencia del Juez de Primera Instancia acordar la ejecución provisional y resolver sobre la oposición que en su caso formule el ejecutado, tales facultades resultarían cercenadas si esta Sala adoptase la medida cautelar solicitada que, prácticamente, dejaría sin efecto la posibilidad de que el Juzgador de Primera Instancia entre a enjuiciar la oposición que el provisionalmente ejecutado, recurrente en casación, puede formular al amparo del art. 528 antes citado. Por todo ello, no ha lugar a adoptar la medida cautelar solicitada”.

Aunque estimo, de entrada, que la sentencia no es provisionalmente ejecutiva (art. 524.4 LEC), entiendo también que, en caso de serlo, la medida solicitada no es incompatible absolutamente con la oposición a la ejecución provisional. Ciertamente, la estimación de la oposición haría inútil la medida, porque no sería cancelada la inscripción a favor del adjudicatario. Pero, desestimada la oposición, la medida solicitada garantizaría adecuadamente la efectividad del derecho a la retrocesión de la ejecución en caso de estimación de la casación.

Planteamiento similar podría hacerse en caso de demanda de rescisión de sentencia dictada en rebeldía. Un intento de este enfoque apunta en el **AJPI (3) Santa Cruz de Tenerife, de 18 de diciembre de 2002 (AC 2002\2268)**, para el que: “Siendo el objetivo de toda medida cautelar asegurar el resultado del proceso al que se vincula, y para cuyo éxito se pretende, no puede entenderse que en el proceso de rescisión de una sentencia quepa esta posibilidad pues, como se indica en la resolución recurrida, la demanda de rescisión no puede entenderse desvinculada del proceso en el que se dicta la sentencia cuya rescisión se intenta, y es tal rescisión el único objeto del proceso el cual no precisa medida cautelar alguna que lo ampare, por consiguiente, el recurso deberá ser desestimado”. Frente a la radicalidad del argumento base de la denegación habría que tener en cuenta la suspensión -de indudable matiz cautelar- prevista por el art. 566 LEC.

#### IV. NATURALEZA JURÍDICA

Respecto de la naturaleza jurídica de la tutela cautelar se planean dos cuestiones fundamentales:

1ª) Establecer si tiene naturaleza jurídica procesal o su naturaleza es la misma que la de otras garantías jurídico-privadas de los derechos. La solución de este problema repercute en el ámbito territorial y temporal de vigencia de las normas sobre la tutela cautelar.

2ª) Si, presupuesto que su naturaleza sea procesal, constituye un proceso con entidad propia o una actividad procesal dependiente de los procesos de declaración y de ejecución.

## **1. Medidas cautelares y garantías jurídico-privadas de los derechos**

En algunos supuestos las leyes imponen al deudor obligaciones de realizar una prestación de aseguramiento, consistente en concluir un negocio jurídico destinado a la constitución de la correspondiente garantía (fianza, prenda, hipoteca), del cual nacerán a su vez los derechos personales o reales según la garantía constituida, en favor del acreedor. Tanto el derecho a la constitución de la garantía, cuanto los derechos que derivan de la creación de la misma tienen una indudable naturaleza jurídico privada; son nuevos derechos y facultades que se confieren al acreedor, que acompañan al derecho principal garantizado y dependen de él.

Considérense como ejemplo los siguientes supuestos: derecho del fiador a que el deudor principal constituya en su favor una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia del deudor en los casos de los números 1.º 2.º y 4.º el artículo 1843 CC; derecho de los acreedores del causante al afianzamiento de sus créditos si los herederos quieren proceder a la partición (art. 1082 CC); derecho del heredero condicional al aseguramiento de su derecho cuando los restantes herederos pretendan la partición (artículo 1054 CC); diversos derechos *ex lege* a la constitución de hipoteca (hipotecas legales): arts. 158 y siguientes LH; derecho del propietario a la prestación de fianza por el usufructuario (art. 491-2.º y concordantes CC).

La tutela cautelar es diferente a estas garantías por varias razones, de las que se pueden destacar dos :

1ª) Las garantías jurídico-materiales existe la obligación de prestarlas independientemente de la pendencia del proceso. Pueden ser constituidas sin necesidad de intervención judicial, cumpliendo el deudor voluntariamente su obligación de prestarlas. Los propios derechos que origina su constitución son susceptibles de satisfacción extrajudicial: así, el fiador puede pagar voluntariamente en caso de incumplimiento del deudor, la hipoteca puede realizarse bajo ciertas condiciones por un procedimiento extrajudicial de venta del bien hipotecado (art. 129 LH), también la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento (arts. 86, 94 LHMPD) y la prenda ordinaria (arts. 1872 CC). Por el contrario, las medidas cautelares sólo pueden adoptarse en relación con un proceso y la práctica de las mismas no puede entenderse como cumplimiento de una obligación del demandado, sino como sujeción de mismo al ejercicio de la potestad jurisdiccional.

2ª) Por fin, hay que reseñar una última diferencia muy importante. Si se hace valer en el proceso un derecho material de garantía, bien pretendiéndose su constitución, bien su cumplimiento, y el proceso termina sin sentencia sobre el fondo del asunto, aquel derecho permanece subsistente y eficaz. Contrariamente, si se ha obtenido una medida cautelar y el proceso termina sin pronunciamiento sobre el fondo, la medida cautelar se extingue. Esto demuestra que, a diferencia de los derechos

materiales de garantía, las medidas cautelares desarrollan su eficacia sólo en el plano de la tutela jurisdiccional de los derechos.

Por estas razones está también justificado sostener la naturaleza jurídica procesal de la tutela cautelar. Ciertamente no es un obstáculo para ello que la regulación de la misma no se limite a ser regulación de procedimientos y de presupuestos de admisibilidad del pronunciamiento sobre la tutela, sino también una regulación de las condiciones de fondo para la concesión de la tutela y de los efectos de la misma. El Derecho procesal no agota su ámbito normativo en la regulación de aspectos formales, sino que comprende también la regulación de determinados bienes jurídicos que exclusivamente en el proceso pueden obtenerse. Esto ocurre, de manera particularmente ostensible, en materia cautelar.

## **2. Consecuencias de la naturaleza jurídica procesal de la tutela cautelar**

La naturaleza jurídica procesal de la tutela cautelar tiene consecuencias, principalmente, sobre la vigencia en el espacio y en el tiempo de las normas que la regulan.

En cuanto a la vigencia territorial, los tribunales de la jurisdicción estatal competente deben aplicar a las solicitudes sobre tutela cautelar el Derecho de su foro. Si nos situamos en la perspectiva del Derecho español, el fundamento normativo se halla en el art. 3 LEC: “Con las solas excepciones que puedan prever los Tratados y Convenios internacionales, los procesos civiles que se sigan en el territorio nacional se regirán únicamente por las normas procesales españolas”.

El Derecho del foro -desde la perspectiva que aquí adoptamos: el Derecho español- es el aplicable a las medidas cautelares que pueden pedirse y obtenerse de los tribunales de ese foro; la configuración de sus presupuestos y efectos corresponde a ese Derecho, así como también la de su régimen procedimental.

El **AAP Barcelona 16 Enero 1999, BDA 1999/142**, rechaza con razón una medida cautelar prevista por el Derecho francés y solicitada a un tribunal español: “La medida solicitada de “hipoteca provisional judicial”, no existe en nuestro ordenamiento jurídico, siendo las leyes procesales españolas las únicas aplicables a las actuaciones que se sustancian en territorio español...”

La **SAT Barcelona 20 Noviembre 1972, RJC, 1972, páginas 924-926**, acordó mantener la resolución que concedía el embargo con prestación de fianza con la motivación de que “Resulta que también en el derecho patrio tal documento puede servir para obtener un embargo preventivo y en nada puede afectar que para acordar ese embargo en dicho Principado (de Andorra) no se exija fianza, puesto que el principio de territorialidad, *lex fori*, de la ley procesal, norma de orden público, con carácter de principio general aparece sancionado en el art. 11 del Código Civil...”

En cuanto a la vigencia temporal, la ley aplicable a la tutela cautelar es la vigente en el momento de solicitarla -o de formular cualquier otra petición respecto de la misma-, sin que ello suponga una aplicación retroactiva de ley en los supuestos en que la ley vigente en el momento de constituirse la relación jurídico-material deducida en juicio, concediera la medida cautelar sobre unos presupuestos diferentes a los que establece la ley vigente en el momento de formularse la solicitud.

En la Disposición Transitoria 7ª de la Ley 1/2000 se resuelven los problemas de vigencia temporal del nuevo régimen legal de las medidas cautelares precisamente de acuerdo con lo que acabo de apuntar, al disponer, por un lado, que “las medidas cautelares que se soliciten, tras la entrada en vigor de esta Ley, en los procesos iniciados antes de su vigencia, se regirán por lo dispuesto en la presente Ley”, y, por otro, que las ya adoptadas “se regirán por las disposiciones de la legislación anterior, pero se podrá pedir y obtener su revisión y modificación con arreglo a la presente Ley”.

Es discutible la aplicación del segundo apartado de la disposición transitoria mencionada al procedimiento adecuado para la pretensión de indemnización de daños causados por una medida cautelar acordada y alzada bajo la ley anterior a la LEC de 2000. El **AJPI (1) Santander, de 27 de noviembre de 2002 (AC 2002\1909)** entiende que: “lo que no expresa la Disposición citada es que la parte que sufrió la cautela con arreglo a la vieja LECiv y que conoció el resultado del procedimiento principal y la ineficacia de la medida adoptada bajo el total amparo temporal de vigencia de dicha legislación (la medida se acordó por auto de 11 de junio de 1998 en relación con la providencia de 12 de junio de 1998, la sentencia recayó el 20 de noviembre de 1998 y la medida se alzó el 11 de abril de 2000) y bajo sus exclusivas normal legales, pretenda después aprovecharse de las disposiciones de la nueva legislación, no previstas en la anterior, y no aplicable por el tiempo. En definitiva, no puede extenderse la aplicación del régimen de los artículos señalados para iniciar un procedimiento específico liquidatorio de daños y perjuicios para una situación nacida y finalizada cuando no estaban en vigor”.

Me parece más correcto entender que la cuestión es cuál es la norma procesal sobre adecuación del procedimiento para la pretensión mencionada, en el caso de que ésta se interponga cuando ya está en vigor la LEC 2000. La respuesta indudable es, entonces, que el procedimiento de liquidación de daños y perjuicios en ejecución de sentencia (arts. 742 y 745 LEC).

### **3. ¿Proceso cautelar o medidas cautelares?**

Comprobada la naturaleza procesal de la tutela cautelar se plantea un problema de orden sistemático tanto de sistemática doctrinal (cómo debe encuadrarse aquella actividad en la sistematización de las instituciones procesales) como legislativa (qué lugar debería ocupar en una ley procesal correctamente ordenada).

Según una orientación, la actividad jurisdiccional cautelar puede considerarse como un proceso por sí mismo y diferente de los procesos de declaración y de ejecución, que se halla al servicio de una función de la jurisdicción diferente a la de declarar el Derecho en el caso concreto y a la de realizar forzosamente ese Derecho, igualmente en el caso singular.

Otra orientación considera la actividad cautelar como un elemento complementario de los procesos de declaración y ejecución; técnicamente, un incidente del primero y un medio de aseguramiento del segundo.

Respecto de este debate sobre la terminología y encuadramiento sistemático de la materia de la tutela cautelar en una ley procesal civil, la LEC de 2000 ha optado por

el planteamiento de utilizar la denominación de medidas cautelares y de situar las disposiciones que las regulan con proximidad a las de la ejecución forzosa (se incluyen en el título VI del libro III dedicado a la ejecución forzosa y a las medidas cautelares).

Esta opción metodológica no ha sido obstáculo para mejorar técnicamente la regulación de la tutela cautelar, ni ha inducido a limitar la amplitud de esa tutela.

En cuanto a lo primero, la nueva LEC ha realizado notables avances, con el establecimiento de régimen unitario y bastante completo de la competencia y de los procedimientos en relación con las medidas cautelares, de las cuales las mismas disposiciones de la LEC regulan sus modalidades.

En cuanto a lo segundo, la excesiva vinculación (ligada a la opción sistemática que acoge la nueva LEC) entre medidas cautelares y ejecución forzosa, hubiera podido conducir a que tales medidas sólo hubieran podido obtenerse en procesos en los que se hubieran ejercitado pretensiones de condena, con lo que no se habría avanzado en el perfeccionamiento del grado de efectividad de la tutela judicial. Este riesgo ha sido evitado, como después veremos más ampliamente.

Esta opción sistemática del legislador está llamada a tener alguna repercusión en la interpretación del régimen de las preclusiones en la actividad procesal cautelar (véase en el apartado 11, H, lo relativo a la variabilidad de las resoluciones sobre la tutela cautelar).

## V. LAS MEDIDAS CAUTELARES

Las medidas cautelares son actuaciones que, de acuerdo con la ley, el tribunal acuerda con unos efectos jurídicos y también materiales -en el sentido de que inciden en la realidad social- para cumplir la función de la tutela cautelar.

Habitualmente, cuando se habla de medidas cautelares se piensa exclusivamente en las características de la actuación decretada por el tribunal (por ejemplo, embargo preventivo, anotación preventiva de demanda, suspensión de un acuerdo social). Pero, como he dicho, esa actuación se decreta de acuerdo con la ley, la cual no sólo establece las características de la misma, sino también los presupuestos que deben concurrir para que sea decretada.

Consecuentemente el régimen jurídico de una medida cautelar, de las medidas cautelares, comprende el de sus presupuestos y el de sus efectos -que son los que, habitualmente, reciben la denominación de medida cautelar-. En la LEC ese régimen se halla en los arts. 726, 727, 728 y 746, que establecen las normas procesales materiales sobre la tutela cautelar. Es decir, fijan las reglas a las que está sujeto el enjuiciamiento de fondo que debe hacer el tribunal para conceder o denegar la tutela cautelar solicitada.

## VI. PRESUPUESTOS DE LA CONCESIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Los presupuestos para la concesión de una medida cautelar se establecen, como regla general, en el art. 728 LEC.

Algunas medidas cautelares dependen, además, de la concurrencia de otros presupuestos. Así, por ejemplo, la suspensión de acuerdos de órganos colegiados de sociedades anónimas y limitadas requiere que los solicitantes representen, como mínimo, cierto porcentaje del capital social (art. 727.1.10ª LEC; art. 56 LSRL); la de acuerdos de órganos colegiados de sociedades cooperativas ha de ser pedida por los interventores o por socios que representen un mínimo del veinte por ciento de los votos sociales (art. 31.5 LC); las medidas cautelares de protección de una patente dependen de que el solicitante acredite que la está explotando o realiza preparativos serios para su explotación (art. 133 LP).

### 1. El peligro por la mora procesal

El presupuesto de peligro por la mora procesal no sólo es el primero al que se refiere el art. 728.1 LEC, sino que es el principal reflejo de la finalidad institucional de la tutela cautelar en los presupuestos de las medidas. El aseguramiento de la efectividad de la tutela judicial se dispone, precisamente, para contrarrestar los riesgos que pueden impedir la o dificultarla.

Según el art. 728.1, párrafo primero LEC: “Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica, que, en el caso de que se trate, podrían producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiere otorgarse en una eventual sentencia estimatoria”.

#### A) *¿En qué consiste el peligro por la mora procesal?*

El *periculum in mora* -como también es conocido este presupuesto- se concibe como el riesgo de daño para la efectividad de la tutela judicial pretendida en el proceso principal, riesgo que puede surgir con ocasión de la necesaria dilación temporal en alcanzarse, tras la realización del proceso de declaración, la sentencia que conceda aquella tutela.

Desde la clásica aportación de CALAMANDREI, suele resaltarse la distinción entre peligro de infructuosidad -consistente en que la ejecución sea posible o difícil en el momento en que proceda- y peligro de retraso -daño inmediato e irreparable que se produce por el simple retraso en obtener la prestación-.

Los riesgos para la efectividad de la tutela pretendida en el proceso de declaración pueden presentar una gran variedad, pero se puede intentar una enumeración aproximativa más completa que la anterior:

1º) Riesgos que afectan a la posibilidad práctica de ejecución considerada en absoluto.

Por ejemplo, el riesgo de insolvencia del demandado que puede frustrar la ejecución dineraria, bien proceda inicialmente, por tratarse de prestación pecuniaria, o bien proceda por imposibilidad de una ejecución específica.

2º) Riesgos que amenazan a la posibilidad práctica de una ejecución en forma específica o a la posibilidad de que la ejecución específica se desarrolle con plena utilidad.

Ejemplo de lo primero: que la cosa mueble no pueda ser habida y deba procederse a una ejecución dineraria de la justa compensación pecuniaria de la falta de entrega de la cosa debida -art. 701.3 LEC-.

Ejemplos de una ejecución específica no completamente útil: sin una medida de intervención o de administración judicial el vencedor en el proceso podría recibir la instalación industrial, pero con diversos daños producidos por la mala gestión del demandado durante el proceso, respecto de los cuales tendría que aceptar una indemnización; o el actor conseguiría que la sentencia impusiera la abstención del uso ilegítimo de la marca registrada, pero tendría que conformarse con una indemnización por las pérdidas sufridas durante aquel uso y por el daño al prestigio comercial del producto.

En el caso considerado por el **AAP Cádiz (Sección 7ª), de 15 de mayo de 2002 (JUR 2002\222663)**, la actora (propietaria y arrendadora de un hotel) pretendía, en el proceso principal, la resolución del contrato de arrendamiento y, como medida cautelar, la entrega provisional de la posesión del hotel. Esta medida es denegada por los siguientes motivos: “la apelante, en su recurso, insiste en confundir ambas finalidades (de la demanda y de la medida cautelar), efectuando una serie de alegaciones (perjuicios causados a la actora o a terceros por el cierre del hotel, impago de rentas -objeto de otro procedimiento-, o duplicidad de contratos) que nada tienen que ver con el exigido periculum in mora, pudiendo ser relevantes, en todo caso, en el procedimiento principal. Pero el apelante no aporta un solo dato que permita inferir que, de no adoptarse la medida, sería difícil o imposible ejecutar lo interesado en la demanda, es decir, la resolución de contrato. De hecho, resulta arduo imaginar por qué motivo la no entrega del hotel ahora podría dificultar o imposibilitar su futura entrega, en caso de estimarse la demanda”.

Sin perjuicio de la probablemente correcta denegación de la medida por excesiva, quisiera apuntar que el último inciso del fundamento de derecho reproducido revela una concepción muy restrictiva de las clases de peligro por la demora que puede ser necesario contrarrestar. El actor no sólo pretende recuperar el negocio de hostelería, sino hacerlo útilmente, sin que, durante el proceso, pierdan valor las instalaciones que se propone recobrar. Tal vez era excesiva la entrega de la posesión provisional al actor, pero no cabe excluir la idoneidad de medidas de intervención o administración judiciales.

3º) Riesgos que amenazan la utilidad práctica de los efectos no ejecutivos de la sentencia.

Por ejemplo, la estimación de una pretensión declarativa de dominio puede resultar inútil si, en el ínterin del proceso, el titular registral ha vendido el inmueble a un tercero de buena fe y que ha inscrito a su favor. O este otro: cuando, después de la sentencia de incapacitación, se constituyan la tutela o la curatela, con sus efectos jurídicos de protección de la gestión del patrimonio del incapaz, aquellas instituciones

pueden ser prácticamente inefectivas si, durante el proceso de incapacitación, el presunto incapaz ha vaciado su patrimonio.

4º) Por fin, hay una clase de riesgos de ineffectividad que deriva del mero retraso del momento en que pueden producirse los efectos de la sentencia en cuanto por la naturaleza de la situación jurídica a la que la sentencia ha de referirse, ese retraso supone por sí una lesión irreversible de tal situación.

**B) *Cómo influye el presupuesto de peligro en la concesión de las medidas cautelares?***

Las características de la situación de peligro como condicionante de la concesión de una medida cautelar son las siguientes:

1ª) La concreta probabilidad de peligro para la efectividad de la sentencia ha de ser justificada para la concesión de la medida cautelar.

Salvo normas especiales para ciertas medidas (arts. 441.4, 821.2.2ª LEC; art. 21.1 a 4 LPH), el *periculum* ni se presume, ni se vincula a supuestos típicos (por ejemplo, la extranjería del deudor en la antigua regulación del embargo preventivo), sino que ha de ser concretamente demostrado. No obstante, deberán evitarse excesos en el grado de justificación exigible del presupuesto de peligro, principalmente en aquellos supuestos en que el peligro puede convertirse en daño irreparable con gran rapidez, como ocurre con los asientos registrales cuya eficacia está destinada a contrarrestar la anotación preventiva de demanda.

En la jurisprudencia de estos dos años encontramos muestras de diferente rigor en la apreciación judicial del presupuesto.

Una concreta demostración de la probabilidad del peligro la requiere el **AAP Salamanca (Sección única), de 7 de mayo de 2002 (JUR 2002\186836)**, que, respecto de una medida de suspensión de acuerdo social, la rechaza con el motivo de que: “No se ha alegado ni tampoco ha motivado específicamente el Juzgador de instancia (razonamiento jurídico 2.º del auto), el riesgo de ineffectividad de la tutela judicial del socio que la pretende, de manera que debe conectarse con el interés que se satisfará de aceptarse la nulidad del acuerdo social. En particular, la cuestión debe referirse a la irreversibilidad de los eventuales efectos lesivos consecuencia del acuerdo impugnado. En este lugar, el actor D. Paulino G. T., solamente hace ver la protección de que gozarían los terceros que se amparen en lo que el Registro Mercantil pública; pero no expone las conductas previsibles de la propia sociedad o de los otros socios posteriores a la ampliación, que puedan afectar bien a los intereses de la sociedad o bien los del propio socio. El riesgo se formula de un modo genérico sin que se especifiquen los casos o supuestos en que se concreta”. Ésta es la orientación predominante, como se observará en otras resoluciones que se examinarán en este apartado.

El **AAP Zaragoza (Sección 5ª), de 24 de abril de 2002 (AC 2002\156268)**, parece, por el contrario, conformarse con una simple posibilidad de peligro: “El peligro de que la sentencia estimatoria de la demanda fuese de difícil ejecución,

también se da. Pues si los actores son herederos de D. Pedro Felipe G. tendrán derecho a un piso concreto (no a su sustitución en dinero) y a una cantidad de dinero difícil de restituir si desapareciera por -en principio- legítimo gasto de la actualmente declarada heredera de D. Pedro Felipe”. Tal vez esta laxitud se explique, como hacemos notar en el siguiente párrafo, por la extrema facilidad con la que, en algunos casos, el posible peligro puede convertirse en daño consumado.

2ª) Las situaciones de peligro en la demora no están legalmente limitadas, porque tampoco las medidas tienen una eficacia legalmente especificada, sino configurada según las características generales del art. 726 LEC. No obstante, a pesar de la falta de limitación legal de las situaciones de peligro y de las medidas entre estos dos elementos existe una precisa relación impuesta por los arts. 726.1 y 728.1: las medidas que se adopten deben ser las adecuadas para evitar que la efectividad de la tutela judicial se vea impedida o dificultada por las situaciones de peligro.

Para la misma pretensión interpuesta en el proceso principal, las diferentes situaciones de *periculum in mora* que puedan concurrir justifican medidas cautelares distintas.

Por ejemplo: respecto de una pretensión de condena a la entrega de bienes inmuebles productivos, el riesgo de transmisión o de gravamen de los bienes inmuebles será combatido mediante la anotación preventiva de demanda en el Registro de la Propiedad, mientras que el riesgo de que el actor realice una administración activamente devastadora de los bienes en cuestión justificará una intervención judicial, en la que el interventor podrá conocer los actos de gestión y oponerse a los que estime perjudiciales. Pero el riesgo de devastación puede derivar también del abandono de los bienes o de una continuada mala gestión, frente a los que será adecuada una medida de administración judicial, en la que una persona distinta al demandado poseedor de los bienes asumirá las facultades de administración (art. 632 LEC).

3ª) El presupuesto se configura en términos objetivos, como probabilidad de que se produzcan situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela pretendida en el proceso principal. No se requiere, por tanto, que se haya producido cierto comportamiento del demandado, ni menos una intención de éste de causar perjuicio al actor.

En este sentido pueden considerarse estas dos resoluciones.

El **AAP Valladolid (Sección 3ª), de 28 de junio de 2002 (AC 2002\1198)**, respecto de una medida cautelar de embargo preventivo, estima que la justificación del peligro: “no debe ser entendida en el sentido estricto y riguroso que lo hace la juzgadora de instancia, es decir, como necesidad de que se aporte una prueba cierta y demostrativa de que los demandados son insolventes o van a caer en una situación de insolvencia al finalizar el procedimiento, sino que debe ser interpretada de una forma más flexible y abierta, pues no en vano la Ley emplea el término «justificar», que sin duda es más amplio y comporta un grado de certeza algo menor que el de «probar» o «acreditar». Se trata simplemente de que el solicitante evidencie la concurrencia de una situación de riesgo durante la pendency del proceso, por la que razonablemente pudiera quedar amenazada la efectividad de una futura sentencia condenatoria. Como ya dijera esta Audiencia en su Sentencia de 3 de junio de 1998, el juez no debe exigir

la existencia de un peligro concreto de insolvencia, que resultaría de hecho difícil o imposible de acreditar en general, sino «un cierto riesgo futuro y meramente previsible racionalmente».

Y a este respecto, teniendo en cuenta que los documentos aportados por la recurrente ponen de manifiesto no sólo la existencia «prima facie» de la deuda reclamada, sino también, el pleno conocimiento que de la misma tenían los demandados antes de la presente reclamación judicial; que éstos han mantenido una injustificada actitud de total incumplimiento, haciendo caso omiso a los previos requerimientos de pago que les fueron efectuados a pesar de continuar en la posesión y disfrute del vehículo financiado; que este tipo de bienes experimentan un evidente deterioro o desvalor por el uso y el trascurso del tiempo; y en fin, que en el acto de la vista de medidas cautelares, no formularon ninguna propuesta de solución ni designaron ningún bien distinto del vehículo con el que hacer frente a la deuda contraída, todos estos datos -ponderados en sana crítica- justifican de forma suficiente, la concurrencia de este segundo requisito del peligro de mora procesal («periculum in mora»), en los términos antes definidos, es decir, como la existencia de un riesgo de insolvencia que previsiblemente podría hacer ineficaz la ejecución de una eventual sentencia condenatoria”

Para el **AAP Barcelona (Sección 18ª), de 6 de junio de 2002 (JUR 2002\210124)**, La administración provisional de bienes de un demandado para declaración de incapacidad está fundada, en cuanto a este presupuesto, en que: “el presunto incapaz tiene un importante patrimonio, fundamentalmente heredado de su padre del que se originan rentas; según el informe practicado por el médico forense, tiene nula capacidad comercial, y según se manifestó por la propia hermana en la audiencia practicada al efecto, ha realizado ventas de determinados inmuebles, ventas que en este expediente no se ha justificado su necesidad, dándose así una posible confusión de patrimonios y consiguiente perjuicio en el del presunto incapaz cuyo interés, la medida adoptada pretende amparar, por lo que, sin perjuicio de la resolución a adoptar en su día en el proceso principal, debemos mantener la acordada con la consiguiente desestimación del recurso que se resuelve”.

A pesar de la configuración estrictamente objetiva del *periculum in mora*, el párrafo segundo del art. 728.1 LEC confiere una decisiva influencia para la denegación de la medida a la actitud del solicitante consistente en haber consentido durante largo tiempo situaciones que, en cierto momento, pretende alterar con la medida cautelar, salvo justificación cumplida de las razones por las que omitió una solicitud más temprana de las medidas. La justificación de esta norma radica en que a una conducta significativa (omisión de la solicitud de la medida) incoherente con la conciencia de una situación de peligro, se le vincula un efecto de disposición sobre la tutela judicial cautelar, como una renuncia presunta a la misma.

Hace aplicación de la disposición de LEC mencionada el **AAP Valencia (Sección 6ª), de 18 de febrero de 2002 (JUR 2002\115517)**: “la entidad demandada reconviniente -ahora apelante- en fecha 26 de mayo de 2000 requirió notarialmente a la actora para que cesase en la fabricación y comercialización de máquinas iguales a la patentada por la demandada, y en reclamación de daños y perjuicios, a lo que se opuso la parte adversa. Lo cierto es que contestado el requerimiento en términos de

oposición, la entidad CELOSIAS TUR, SL no promueve entonces solicitud de medidas cautelares, ni insta demanda alguna en defensa de su derecho, y no es sino con ocasión de la demanda formulada por COMAPRE R.P., SL cuando en fecha 13 de marzo de 2001 -diez meses después- interesa la adopción de medidas cautelares, sin justificar las razones por las que dichas medidas no se han interesado hasta entonces, lo que determina, con arreglo al contenido del artículo 728,1,2º que no proceda la adopción de las medidas cautelares solicitadas, máxime cuando al razonar la concurrencia del requisito del peligro en la demora argumenta una eventual desviación de clientela durante la tramitación del pleito, cuando la propia solicitante ha venido admitiendo que la explotación de la patente que hace no se ha traducido en la comercialización de la máquina a terceros, sino a su exclusiva utilización de la maquinaria patentada en el marco de su proceso de fabricación, resultando del acta de presencia notarial de 26 de mayo de dos mil uno que en la fábrica de la solicitante y al tiempo del levantamiento de la misma existían 4 máquinas en funcionamiento y una en reparación”.

El **AAP Castellón (Sección 1ª), de 15 de noviembre de 2001 (JUR 2002\182253)**, no estima, por el contrario, que la solicitud de medidas se retrase injustificadamente: “Igualmente cabe rechazar el argumento de la apelada, que no se debe acordar la medida cautelar conforme establece el art. 728.1 LEC, habida cuenta de la situación consentida por el solicitante, señalando a los efectos, que el demandante realizó una permuta en fecha 9/1/00, cuando la obra estaba en construcción y la supuesta invasión ya se había producido, y ello, porque ha de entenderse, que el largo tiempo a que se refiere el precitado artículo, no es de aplicación al caso, pues no puede considerarse a los efectos de la medida cautelar como largo tiempo, el transcurrido desde la permuta (9/1/00) y la presentación de la demanda 5 de febrero de 2001, además de las conversaciones preliminares habidas a la reclamación, y de la dificultad de apreciar a simple vista la invasión que se postula”.

## **2. La apariencia de buen derecho**

La previsión legislativa de las medidas cautelares es explicable por la consideración de un eventual resultado procesal favorable al actor. Cuando se inicia un proceso esta eventualidad es, desde luego, siempre posible. Sin embargo, así como sería inicuo condicionar el acceso al proceso a una cierta demostración preliminar de la realidad del derecho que se hace valer, por cuanto supondría cortar la posibilidad misma de reconocimiento del derecho, es, por el contrario, aceptable que para la concesión de una medida cautelar, que implica una injerencia en la esfera jurídica del demandado, se requiera que pueda formarse un juicio positivo sobre un resultado favorable al actor.

Ahora bien, esa exigencia no puede llevarse hasta el extremo de que el material (alegaciones, pruebas) que el juez deba tomar en consideración para otorgar la medida, tenga que ser el mismo que el necesario para resolver sobre el objeto del proceso principal y deba ser aportado y tratado del mismo modo que para este último se halla establecido. De ser así se incurriría en una duplicación de la instrucción, pero, sobre todo, la medida cautelar no podría cumplir la función que tiene encomendada, pues se reproduciría a su respecto la dificultad que está destinada a superar.

Basta que se demuestre la probabilidad del derecho u otra situación jurídica cuya tutela se pretende en el proceso principal. En este sentido el art. 728.2 LEC dispone que “El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecerla por otros medios”.

El régimen de este presupuesto plantea dos cuestiones que deben ser tratadas por separado: la relación entre la situación jurídica de la que se pide tutela en el proceso principal y la medida cautelar; las formas previstas por la ley para el acreditamiento de aquella situación.

#### ***A) Las situaciones jurídicas respecto de las que se puede pedir tutela cautelar***

La ordenación de la LEC de 2000 en esta materia presenta, a diferencia de la regulación anterior, dos características diferenciales:

1ª) Por regla general, no hay medidas cautelares exclusivamente previstas para determinadas situaciones jurídicas. No obstante, las características generales que rigen la potestad de concreción de las medidas cautelares (art. 726 LEC) imponen que entre la pretensión procesal -la tutela judicial que podrá obtenerse con su estimación- y la medida cautelar que se solicite, exista una adecuación, de manera que la medida sea cuantitativa y cualitativamente apropiada para el fin de garantizar la efectividad de aquella tutela.

Este vínculo de adecuación aparece en diferentes reglas del art. 727 LEC, que especifican -sin carácter limitativo- algunas medidas cautelares: las pretensiones de condena dineraria tienen como medida apropiada el embargo preventivo (art. 727.1ª LEC); si la petición de tutela se refiere a bienes productivos, la intervención y la administración judiciales son las adecuadas para garantizar la productividad (art. 727.2ª LEC), etc.

Presupuesta la necesidad de este vínculo de adecuación, se comprende bien la razón de ser de una norma como la del art. 727.1ª, párrafo segundo, que establece la procedencia del embargo preventivo, incluso cuando la pretensión principal no fuera de condena dineraria, pero el embargo resultara “medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado”. En definitiva, aunque se pretendan condenas al cumplimiento de obligaciones no dinerarias, un embargo preventivo siempre puede asegurar la ejecución subsidiaria por el equivalente dinerario de la prestación específica incumplida (arts. 701.3, 702.2, 706.2, párrafo segundo, 708.2, párrafo segundo, 709.1 y 3, 710.2 LEC), o el apremio para obtener la suma de dinero para retribuir el encargo a tercero de un hacer no personalísimo (art. 706.2 LEC), o para habilitar fondos a efectos de publicación de la sentencia en los medios de comunicación -si existiera posibilidad de que fuera decretada- (art. 707 LEC).

2ª) La fórmula general utilizada por el art. 728.2 -“juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión”- garantiza que, cualesquiera sean las características de la pretensión interpuesta en el proceso principal, podrá tener una

medida cautelar adecuada, siempre que, obviamente, concurren los demás presupuestos.

No sólo la pretensión no puede entenderse limitada a la de condena -comprende también las pretensiones meramente declarativas y las constitutivas-, sino que tampoco se limita el fundamento y la justificación de tales pretensiones en Derecho material. Este fundamento puede hallarse tanto en relaciones jurídicas de obligación, en derechos reales u otros derechos absolutos sobre bienes inmateriales, en derechos de la personalidad, en facultades jurídicas de impugnación de actos y negocios jurídicos; en definitiva, en cualquier fundamento que pueda hallarse en el ordenamiento para una pretensión procesal.

### ***B) Los medios de acreditamiento de la apariencia de buen derecho***

Hasta la LEC de 2000 el medio requerido, por regla general, para el acreditamiento de la situación jurídica cautelable era el documento, no como prueba documental, sino como justificación documental, como principio de prueba por escrito.

Por acreditamiento documental había que entender un documento de los llamados negociales -atribuibles y oponibles a los titulares de la situación jurídica cautelable- o imperativos; en ningún caso documentos testimoniales, en los que un tercero expresa un conocimiento o una apreciación técnica acerca de la existencia de la situación cautelable o de elementos de la misma. Aceptar como justificación documental una de las últimas características implicaba burlar la no autorización legal del acreditamiento testifical.

La justificación documental de la apariencia de buen derecho fue introducida en nuestro ordenamiento respecto al embargo preventivo, con la finalidad de dar objetividad al acreditamiento de la deuda y, de ese modo, proteger al sujeto pasivo de la medida frente a posibles abusos.

No obstante, la exclusividad de este modo de acreditamiento impedía o dificultaba en exceso la obtención de la tutela cautelar para determinadas pretensiones.

El art. 728.2 ha establecido el régimen de los medios de acreditamiento de acuerdo con el principio de normalidad en esta materia. Es decir: si atendida la pretensión y su fundamento es normal disponer de una justificación documental, la concesión de la medida dependerá de que se aporte esa clase de justificación; en otro caso podrá concederse con base en otros medios de acreditamiento.

Para determinar los casos en que no es normal disponer de acreditamiento documental sirven de guía, precisamente, las situaciones en que, bajo la anterior regulación, era problemática la aportación de acreditamientos documentales o se había iniciado una orientación jurisprudencial tolerante al respecto: nacimiento y cuantificación de deudas indemnizatorias por responsabilidad extracontractual, comprobación del cumplimiento de condiciones o de contraprestaciones de las que dependiera la exigibilidad de la prestación, hechos determinantes de nulidad, anulabilidad, resolución, etc. de relaciones jurídicas y negocios jurídicos, en general siempre que los efectos jurídicos para los que se pide tutela deriven de la ley por haber acaecido los hechos que dan lugar al efecto previsto por la misma.

Incluso podría sostenerse que, aún siendo normal la documentación en las relaciones jurídicas respecto de las que se pide tutela cautelar, puede ser concedida ésta con medios de acreditamiento de otra clase, siempre que se justifiquen las circunstancias por las cuales, en ese caso concreto, falta la documentación. El fundamento de esta tesis radica tanto en la escasa claridad con la que el art. 728.2 LEC expresa la preferencia del acreditamiento documental, como en la posibilidad de complementar la eventual insuficiencia del acreditamiento con la caución que ha de prestar el solicitante.

En la práctica judicial de los dos primeros años de vigencia de la LEC 2000 no se ha hecho cuestión expresa de la prioridad, aunque no exclusividad, del acreditamiento documental, ni del modo en este acreditamiento ha de ser entendido. Pero el examen de las resoluciones revela que está generalizada una orientación poco rigurosa en la exigencia de un estricto acreditamiento documental.

Para un embargo preventivo, el **AAP Valladolid (Sección 3ª), de 28 de junio de 2002 (AC 2002\1198)**, estima que: “Cierta es la concurrencia del primero de tales requisitos, del que nada objeta el Auto recurrido, pues la recurrente, junto con su solicitud inicial, ha presentado datos, argumentos y justificaciones documentales (contrato de financiación a comprador suscrito por los demandados y certificación del saldo adeudado) que a simple vista o «prima facie» acredita la existencia a su favor y en contra de los demandados, del derecho de crédito que afirma y reclama en su demanda, o, como refiere el artículo 728 de la LECiv, en su apartado 2, «conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión”. Obsérvese que la cuantía de la deuda reclamada se estima acreditada por una declaración unilateral del acreedor (el llamado certificado del saldo adeudado).

La determinación unilateral por el acreedor -en el caso, de unos honorarios profesionales- es rechazada, en cambio, por el **AAP Girona (Sección 2ª), de 9 de abril de 2002 (JUR 2002\183524)**, pero no porque sea inadmisibles para acreditar el importe de la deuda, sino porque la deuda que acredita es jurídicamente calificada como desproporcionada al servicio prestado: “aún admitiendo que el derecho general que ampara la acción ejercitada (arrendamiento de servicios, relación entre abogado y su cliente, art. 1544 CC), tiene el correspondiente sustento, no lo tiene el alcance económico propugnado por una actividad básicamente gestora (que no propiamente de particular trascendencia jurídica), de constitución e inscripción de una sociedad de responsabilidad limitada con un capital social de 500.000 pesetas, por la que se solicitan unos honorarios de 810.121 pesetas.

Teniendo en cuenta que la cantidad reclamada no responde a una valoración objetiva determinante de un precio cierto, ya que los honorarios profesionales han de sujetarse a las previsiones de las normas orientadoras del Colegio de Abogados y pueden ser objeto de moderación judicial, considera la Sala que la medida cautelar (embargo preventivo) solicitada, lo es por un importe desproporcionado”.

El **AAP Cádiz (Sección 3ª), de 6 de junio de 2002 (JUR 2002\224078)**, para una petición de anotación preventiva de demanda de retracto de comuneros, estima que: “se ejercita acción de retracto, y como recoge el auto impugnado, de la

documental presentada por la actora se derivan en principio las titularidades dominicales en juego, sin que aparezcan adjudicatarios distintos o terceros ajenos a este procedimiento”. Pero no menciona, en cambio, de qué modo han quedado acreditados otros requisitos del retracto.

El **AAP Salamanca (Sección única), de 7 de mayo de 2002 (JUR 2002\186836)**, que rechaza la concurrencia del presupuesto para una medida de suspensión de acuerdo social, no restringe los medios con los que hubiera podido acreditarse la lesividad del acuerdo: “El acuerdo de ampliación de capital puede ser discutible desde el punto de vista de su oportunidad económica y también puede aceptarse que tiene por efecto "aguar" la posición de los socios que no concurran a la ampliación. Pero no se ha justificado la probabilidad de su carácter lesivo y el aprovechamiento que de él obtenga uno o varios socios o terceros (art. 115.1 LSA) el precio probable de adquisición del inmueble es razonable y conforme con el estipulado para la enajenación de una de las cuotas en que se divide su propiedad y no hay razones para estimar perjudicial, ni beneficioso específicamente para alguno de los accionistas, la adquisición con extinción del contrato de arrendamiento estipulado. Como hemos dicho, una medida que afecta con tanta intensidad el funcionamiento normal de una sociedad no puede adoptarse sino tras un juicio muy estricto sobre su procedencia”.

En el caso del **AAP Zaragoza (Sección 5ª), de 24 de abril de 2002 (AC 2002\156268)**, el fundamento del derecho a excluir de la herencia del causante, según Derecho aragonés, era una situación de separación de hecho al tiempo del fallecimiento de éste. Para la medida cautelar se entiende acreditada la apariencia de derecho porque: “En el caso presente existen indicios de separación de hecho entre el causante, D. Pedro Felipe G. y su esposa Dña. Josefina L. L. Obviamente, no se puede ni se debe decidir en este trámite procesal sobre el alcance de los requisitos del art. 216 de la Ley de sucesiones por causa de muerte 1/99 de 24 de febrero, de Aragón. Únicamente emitir un juicio apriorístico sobre la "posibilidad" (nada más) de triunfo de la demanda. Virtualidad que en el caso presente es admisible a la vista de la documentación aportada con la demanda”.

Para una medida cautelar de embargo preventivo de condena a restituir lo pagado por una compraventa de la que se pretende declaración de nulidad, el **AAP Córdoba (Sección 3ª), de 12 de abril de 2002 (AC 2002\697)**, estima que: “sobre la entidad «Montón de la Sierra», SL, sí hay indicios de carácter documental que, por ahora, justifican la apariencia de buen derecho, puesto que fue la vendedora de un terreno donde por razones urbanísticas no se puede construir”.

Por fin, aunque el **AJPI (31) Barcelona, de 8 de junio de 2001 (AC 20012332)**, parte de lo que consta en una escritura pública oponible a los demandados, también aprecia otros medios de acreditamiento: “Sin prejuzgar la cuestión planteada en la demanda principal, y a los meros efectos de acordar la medida cautelar, se advierte que: el actor es titular de un local sito en la planta baja del inmueble de la calle Tallers ..., al haberlo acreditado documentalmente (documentos 1, 2 y 3 de la demanda) y no discutirlo las partes; en la escritura de constitución de la comunidad de propiedad horizontal, al describir dicho local expresamente dice que tiene acceso al vestíbulo de la casa (documento núm. 4 de la demanda); esta escritura tuvo acceso al

Registro de la propiedad, y todos los actuales propietarios de la comunidad adquirieron sus respectivos pisos con posterioridad a la constitución de dicha comunidad (documento núm. 3 de la demanda); el local no tiene en la actualidad ninguna puerta que tenga acceso al vestíbulo, y tan sólo hay apariencias de que mientras se hacían las obras de remodelación del edificio había un hueco que permitía el acceso al local desde el vestíbulo, pero en un lugar distinto a donde ahora se pretende abrir; no existía, pues, con anterioridad un hueco de acceso desde el local al vestíbulo por donde se pretende abrir, a la altura del hueco de la escalera (hechos constatados por el reconocimiento judicial y el informe del perito judicial). Estos hechos bastan para otorgar al actor de una apariencia de buen derecho, respecto de la acción principal. Sin perjuicio de que en el juicio ordinario pueda analizarse si existen otras circunstancias fácticas que permitan concluir que tal derecho a comunicarse con el vestíbulo no existe, como pudiera ser que no exista físicamente una puerta de acceso en la actualidad, ni parece que haya existido antes, fuera de la que sirvió para la comunicación de los obreros mientras hacían las obras; o que el local esté expresamente excluido de la contribución a los gastos de vestíbulo y escalera, lo que parece contradictorio con la facultad de comunicarse directamente con dichos elementos comunes”.

Por otra parte, ha de llamarse la atención sobre que los documentos o los conjuntos documentales a los que se refiere el art. 812 LEC para justificar la deuda a los efectos del proceso monitorio, tienen valor orientativo para lo que pueda entenderse por justificación documental para una medida cautelar.

En fin, debe hacerse notar que, en virtud de normas especiales, para ciertas medidas cautelares (también especiales) sólo se admite el acreditamiento documental y, además, mediante documentos de las características que precisa la ley (art. 441.4 LEC; art. 21.2 y 5 LPH; para el embargo preventivo especial del juicio cambiario, un documento cambiario formalmente correcto de acuerdo con la LCCH).

### **3. Prestación de caución por el solicitante**

La tutela cautelar conlleva por esencia decidir con inseguridad, por eso el establecimiento de técnicas de garantía para los casos de error es útil para contrarrestar posibles recelos frente a la concesión de esa tutela

Una de las piezas fundamentales del sistema de tutela cautelar es la caución que ha de prestar el solicitante de la medida. Mediante la caución el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida a una indemnización no sólo está respaldado por el patrimonio del solicitante, como soporte ordinario de su responsabilidad (art. 1911 CC), sino con una garantía específica.

#### ***A) Regla general de exigencia de la caución y excepciones***

El art. 728.3, párrafo primero LEC establece que “salvo que expresamente se disponga otra cosa, el solicitante de la medida cautelar deberá prestar caución”.

Es decir: la ausencia de norma sobre este punto en el régimen jurídico de cualquier medida cautelar, no debe entenderse como no exigencia de este presupuesto, sino que para ello es necesaria norma expresa.

La norma expresa contraria a la regla general establecida en el art. 728.3, párrafo primero LEC, puede consistir tanto en la disposición de no ser exigible caución (por ejemplo, art. 441.4 LEC; art. 21.5 LPH), como en la de ser exigible pero no en virtud de regla legal estricta, sino discrecionalmente (por ejemplo, art. 768.3 LEC).

No puede, en consecuencia, ser compartida la afirmación -después no aplicada a la resolución del caso- del **AAP Cádiz (Sección 3ª), de 6 de junio de 2002 (JUR 2002\224078)**, de que la ley “otorga al juez la facultad -por tanto, facultativa- de fijar la caución”.

Están exentos de prestar fianza el Estado y sus Organismos autónomos, así como las entidades públicas empresariales, los Organismos públicos regulados por su normativa específica dependientes de ambos y los órganos constitucionales (art. 12 de la Ley 52/1997, de 27 de noviembre, de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas), las Comunidades Autónomas (a las que, según la disposición adicional cuarta de la Ley 52/1997, es de aplicación el art. 12 acabado de citar) y las Administraciones locales (art. 154.2 Ley 39/1988, de 28 de diciembre, reguladora de las Haciendas Locales). Se trata de una manifestación de la posición especial de estos entes públicos en el proceso civil.

### ***B) Criterios para determinar la cantidad garantizada por la caución***

El párrafo segundo del art. 728.3 LEC establece dos criterios a los que el tribunal ha de atender para determinar la caución. Por tal debe entenderse determinar la cuantía de la misma, o, mejor, la cantidad garantizada por ella, dado que a su calidad se refiere el párrafo tercero del mismo apartado y artículo.

Los criterios son:

1º) La naturaleza y contenido de la pretensión.

La incidencia de las características de la pretensión ha de ser neutra si están en litigio meros intereses patrimoniales. Mientras que si en el proceso principal se pretende tutela de derechos fundamentales o de derechos de la personalidad (art. 10 CE), la tutela cautelar que se solicite no ha de ser dificultada con la imposición de cauciones de cuantía inasumible por el solicitante.

2º) La valoración que se realice, según el apartado 2 del art. 728, sobre el fundamento de la solicitud de la medida.

La cuantía de la caución debe guardar proporción con el grado de fiabilidad del acreditamiento presentado: a mayor fiabilidad menor importe de la caución.

3º) A estos criterios debe, sin duda, añadirse un tercero: la previsión de los daños y perjuicios que la medida cautelar pudiera causar en el patrimonio del demandado. Garantizar la indemnización de los mismos es el fin de la caución (art. 728.3, párrafo primero LEC), de modo que su cumplimiento impone la toma en consideración de este aspecto.

Este tercer criterio -que no es destacado suficientemente por la letra del art. 728.3, párrafo segundo- es el que ha merecido más atención en las resoluciones que, hasta ahora, han aplicado el nuevo régimen de la tutela cautelar.

**El AAP Cádiz (Sección 3ª), de 6 de junio de 2002 (JUR 2002\224078)**, en relación con una medida de anotación preventiva de demanda, establece que la caución ha de fijarse “en atención al perjuicio económico que el asiento registral produce al titular inscrito y demandado. No juega, por tanto, aquí la capacidad económica del actor, al menos con más intensidad que la valoración del perjuicio que pueda sufrir el demandado, sino propiamente ese perjuicio, porque hay que tener en cuenta que, en la mayoría de los casos frente a la presunción legal de firmeza del derecho del titular inscrito, lo que se opone por el actor es una pretensión en principio no inscribible y generalmente calificable de derecho expectante o al menos sujeto a discusión”.

**El AAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 25 de febrero de 2002 (AC 2002\642)**, puntualiza, también para una medida de anotación preventiva de demanda, cómo ha de calcularse la cuantía de los daños y perjuicios que puede causar: “se impugna también la cuantía de esta caución y se solicita que se eleve a trece millones de pesetas que es el importe del valor de adjudicación de la finca hipotecada; hay que precisar, sin embargo, que la caución no trata de asegurar este valor ni su abono, sino los perjuicios que la restricción que lleva consigo la medida (en orden a la limitación de las posibilidades de disposición del bien al que afecta, fundamentalmente) puede ocasionar, perjuicios que no guardan relación con dicho valor, por lo que éste no es un criterio de referencia idóneo para fijar la cuantía de la contracautela, y a falta de otros datos y alegaciones sobre los perjuicios concretos que esa limitación pueda producir, debe considerarse suficiente la caución exigida en la resolución impugnada”.

### **C) *La calidad de la caución***

Son específicamente admisibles (art. 728.3, párrafo tercero en relación con el art. 529.3, párrafo segundo LEC) como caución el depósito irregular de dinero y el aval de entidad de crédito o de sociedad de garantía recíproca con ciertas características (solidario, de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento). Ofrecida una garantía de alguna de estas dos clases, el juez no puede rechazarla en atención a su calidad.

Será admisible cualquier otro medio de garantía que “a juicio del tribunal garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate” (artículos citados). Para esto los medios correspondientes deberán cumplir dos requisitos: seguridad del valor del bien y fácil liquidación.

## VII. LOS EFECTOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Para la configuración de los efectos de las medidas cautelares -es decir, de los contenidos jurídicos y materiales de las actuaciones en las que consisten las mismas- el legislador puede utilizar una doble técnica:

1ª) Determinación reglada de los mismos, estableciendo unas medidas cautelares que suelen llamarse típicas y que corresponden a presupuestos también determinados.

2ª) Atribución a los tribunales de una potestad para establecer las medidas cautelares que sean necesarias en atención a los presupuestos concurrentes. Ese poder ha de ejercerse con sujeción a unos criterios con los que el legislador lo encauza y limita, dirigiéndolo a los fines de la tutela cautelar.

Generalmente estas técnicas no son excluyentes, sino concurrentes. Principalmente porque si la ley sólo utilizara la primera -es decir, la determinación reglada de las medidas- la tutela cautelar sería, con seguridad, insuficiente, dado que es imposible que el legislador prevea tantas medidas cautelares como sean las adecuadas para los diferentes derechos e intereses cuya tutela puede pretenderse en el proceso principal y para la variedad de riesgos que pueden amenazar la efectividad de esa tutela. Esto conduce a que un sistema de medidas típicas se complete, normalmente, con una norma que apodere al tribunal para completar la tutela no prevista por la ley de forma reglada.

La LEC de 2000 también combina estas dos técnicas, pero lo hace de un modo diferente al que se acaba de describir. Exactamente de un modo inverso.

De entrada, el art. 726 LEC fija unos criterios con arreglo a los cuales deberá ejercerse la potestad de tribunal de configurar las medidas cautelares.

A continuación, el art. 727 LEC especifica algunas medidas que pueden ser acordadas como cautelares y cierra el catálogo con una remisión a otras medidas que prevean expresamente las leyes, y con una cláusula general (las medidas “que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”) que, en realidad, remite al criterio general del art. 726.1.1ª LEC.

Tanto el párrafo primero del art. 727 LEC, como la cláusula general que acabo de mencionar dejan muy clara la relación sistemática que existe entre ese artículo y el 726. El art. 727 LEC no recorta las posibilidades de configuración de la medida cautelar necesaria en aquellos supuestos en que la pretensión del proceso principal esté considerada en dicho artículo, ni limita a adoptar sólo las medidas cautelares previstas en el mismo, sino que es un desarrollo ilustrativo de las posibilidades de configuración judicial de medidas de acuerdo con los conceptos jurídicos indeterminados del art. 726 LEC.

En este contexto merece comentario el **AAP Asturias (Sección 4ª), de 20 de mayo de 2002 (AC 2002\1054)**, que desestima una medida de administración judicial de un negocio con la siguiente motivación: “en primer lugar ha de destacarse que la actora solicitó la adopción de una medida cautelar concreta, la administración judicial del negocio de sidrería, con cita expresa del artículo 727-2º de dicha Ley, y por tanto a

tal solicitud habrá de atenderse de acuerdo con el fundamental principio de rogación, sin que la genérica invocación de la regla 11 permita la adopción de cualquier otra posible medida de naturaleza o alcance no especificados, frente a la que la parte adversa no tuvo posibilidad de alegación o defensa precisamente por la ambigüedad e indefinición de la solicitud deducida.

En este ámbito concreto, resultan de obligada observancia los preceptos legales citados en el Auto recurrido, que refieren la medida cautelar de la administración judicial a los supuestos de embargos de empresas (art. 630), o a aquellos en que se pretenda una Sentencia de condena a entregar bienes productivos (art. 727-2ª), ninguno de los cuales concurre en el caso de autos, sin que ello pueda suplirse con base en lograr la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual Sentencia estimatoria, pues obviamente tal principio general no puede dispensar a la parte de la solicitud de la medida adecuada y de la justificación de los requisitos de peligro por demora y la apariencia de buen derecho a que se refieren el artículo 728 de la Ley”.

De la motivación del auto no se deduce qué pretensión estaba ejercitada en el proceso principal, y, por tanto, no puede apreciarse si la desestimación de la medida obedeció -como parece- a que era inadecuada para asegurar la efectividad de la posible sentencia. Pero, en cualquier caso, no comparto la estricta vinculación de la medida debatida con los supuestos del art. 727.2ª LEC.

## **1. Clases de efectos de las medidas cautelares**

El tribunal puede dotar a las medidas cautelares que conceda de diferentes clase de efectos. En alguna de esas clases están incluidos efectos que la ley determina específicamente en el art. 727 LEC o en disposiciones a las que ese artículo remite.

### ***A) Efectos de aseguramiento***

Estos efectos se caracterizan por mantener o constituir una situación adecuada para que, cuando jurídicamente puedan desarrollarse los efectos de la sentencia principal, puedan efectivamente hacerlo, sin obstáculos de difícil superación y con toda plenitud. Además esta clase de efectos de las medidas no producen una satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal.

Esta clase de efectos constituyen el contenido de las medidas cautelares que es aceptado más amplia y pacíficamente, porque responde con exquisitez al criterio de la mínima injerencia en la esfera jurídica del demandado hasta la emisión de la sentencia firme (o, en su caso, simplemente, ejecutiva). Consiguientemente, si estos efectos son suficientes para posibilitar la efectividad de la sentencia, el tribunal deberá optar por los mismos con arreglo al art. 726.1.2ª LEC.

Una concreta aplicación de esta disposición puede verse en **AAP Córdoba (Sección 2ª), de 7 de mayo de 2002 (JUR 2002\186829)**, para el que no está justificada “la adopción de una medida cautelar de tanta trascendencia cual es una prohibición de disponer que supone nada menos que privar al demandado de una facultad ínsita en el derecho de propiedad lo que lleva a la jurisprudencia, con carácter genérico a interpretar muy restrictivamente las cuestiones relacionadas con esta figura.

Precisamente, consciente de todo ello, aunque también con carácter genérico el art. 726-1-2 de la vigente LEC trata de que la medida cautelar sea lo menos gravosa posible y establece como requisito para su concesión " no ser susceptible la sustitución por otra medida igualmente eficaz, a los efectos del apartado precedente, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado", en cuyo supuesto se encuentra con mucho mejor encaje técnico la anotación preventiva de la demanda a la que específicamente alude el art. 727-5<sup>a</sup>, y que podría producir los mismos efectos que la prohibición de disponer pues si lo que teme el recurrente es que un tercero de buena fe adquiriese las fincas litigiosas y procurarse los beneficios del art. 34 de la Ley Hipotecaria - como reiteradamente afirma su escrito de recurso - esta finalidad se logra con la anotación preventiva de la demanda cuya finalidad es precisamente la de enervarla presunción que dicho artículo establece”.

Son efectos cautelares de esta clase los siguientes:

1º) El embargo preventivo, que asegura, frente al riesgo de insolvencia del demandado, la eficacia de la ejecución dineraria de las sentencias que, directa o indirectamente, condenen al pago de dinero (art. 727.1<sup>a</sup> LEC).

2º) Las anotaciones preventivas de demanda de propiedad y derechos reales en el Registro de la Propiedad según el art. 42.1 LH; otras anotaciones preventivas de demanda en el Registro de la Propiedad y en el de Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de Posesión, en las que se interpongan pretensiones fundadas en derechos reales, en derechos personales que puedan originar una modificación jurídico-real o pretensiones de contenido registral, la anotación preventiva de la demanda de incapacitación en el Registro de la Propiedad; la anotación preventiva de la demanda de impugnación de acuerdos de una sociedad anónima y de otras formas de sociedades. Mediante la publicación en el Registro de la situación litigiosa excluyen la buena fe del tercero que se relaciona con el demandado respecto del derecho litigioso, de modo que la sentencia estimatoria de la pretensión podrá ser eficaz incluso frente a éste, de manera directa o indirecta (art. 727.5º y 6º LEC).

3º) La intervención y la administración judiciales de bienes productivos, para que no pierdan su valor durante el proceso, a consecuencia de la mala gestión del demandado (art. 727.2<sup>a</sup> LEC).

4<sup>a</sup>) La formación de inventarios de bienes; el depósito judicial de bienes muebles; la intervención y el depósito de rendimientos que se obtengan por la explotación de derechos cuya titularidad y disfrute se reclama en el proceso (art. 727.3<sup>a</sup>, 4<sup>a</sup>, 8<sup>a</sup> y 9<sup>a</sup> LEC). Se dirigen a asegurar que ciertos bienes estén disponibles para lo que proceda realizar con los mismos en la ejecución.

### ***B) Efectos de conservación de la situación existente en el momento de plantearse el litigio***

Esta segunda clase de efectos cautelares supera la mínima injerencia que suponía la clase anterior. Confieren una cierta satisfacción a la pretensión interpuesta en el proceso principal, en cuanto consisten en mantener un estado de hechos que beneficia al actor y cuya alteración por el demandado ha dado origen al litigio.

Este alcance de las medidas cautelares ha sido criticado en ocasiones por suponer una ejecución sin título. Sin embargo, si no se permitiera que las medidas tuvieran estos efectos, la consecuencia sería más grave: durante la pendencia del proceso de declaración, el litigio que, en la realidad, existe entre las partes, podría ser resuelto extraprocesalmente mediante la autotutela activa o pasiva de alguna de ellas, sin otro límite que el muy remoto (principio de intervención penal mínima) que pueda establecer la ley penal.

El postulado del Estado de Derecho (art. 1 CE) impone rechazar la autotutela e inclinarse decididamente por una tutela judicial provisional, aun con riesgos de error.

Obviamente el problema esencial es evitar el perjuicio irreparable o irreversible. Pero no hay que hacerse la ilusión de que no estableciendo medidas cautelares con la clase de efectos que ahora consideramos, ese problema se resuelve por el mero hecho de no plantearse. Sencillamente lo que entonces ocurre es que el riesgo del perjuicio irreparable o irreparable se desplaza unidireccionalmente hacia el que ha de adoptar la posición procesal de actor. Parece preferible no ocultar el problema y ensayar soluciones al mismo.

En este sentido la LEC dispone que las medidas cautelares puedan tener los siguientes efectos:

1º) Suspensión de la eficacia de actos impugnados en el proceso y órdenes de abstención iguales a las que puede formular la sentencia (arts. 726.2 y 727.7ª y 10ª).

Por ejemplo: suspensión de acuerdos de sociedades y de asociaciones, de los que en el proceso se pretende la nulidad o la anulación; orden de cesar en la realización de actos que supongan violación de un derecho de patente (art. 134.1ª LP) o de marca, o de un derecho de propiedad intelectual (art. 141.2 LPI), orden de cesar en conductas que parecen constitutivas de competencia desleal.

Esta clase de efectos puede estar excluida específicamente por la ley en algunos supuestos. Así en el caso considerado en el **AAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 25 de febrero de 2002 (AC 2002\642)**, que, respecto de una medida de suspensión o paralización de procedimiento de ejecución hipotecaria, no la considera procedente “ya que, por un lado, subastado y adjudicado el bien hipotecado en dicho procedimiento, la medida puede carecer de virtualidad en orden al cumplimiento de su finalidad cautelar característica, y, por otro lado y sobre todo, tanto el art. 132 citado como el art. 698.1 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, vedan terminantemente la posibilidad de la suspensión pues, al remitir al juicio correspondiente, señalan que éste no producirá nunca -ni siquiera y por tanto, por la vía indirecta de las medidas cautelares innominadas o inespecíficas- el efecto de suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución, lo que, en cualquier caso, excluye esta pretensión cautelar”.

Se habrá observado que el Auto mencionado argumenta también, contra la procedencia de la medida solicitada, que la actuación hipotéticamente lesiva había sido ya consumada.

Éste parece ser también el problema determinante de la desestimación de la medida solicitada en el **AJPI (1) Pamplona, de 24 de enero de 2002 (AC**

**2002\1020):** “Las pruebas practicadas en la audiencia prevista en el art. 734 LECiv, han puesto claramente de relieve la inutilidad de la medida cautelar solicitada por Inversiones Flomar Pamplona, SL -la retirada del hormigón vertido sobre el colector de aguas que transcurre bajo su propiedad y que impide la correcta evacuación de aguas desde la finca de la solicitante-, y ello debido a que lo que Flomar denomina colector y Mapsa tubería, ha sido retirada por completo cuando ésta realizó obras de urbanización.

Así las cosas, y de retirarse el hormigón, se iría inundando el relleno de la cimentación de Mapsa, poniendo en peligro la propia nave, sin que por ello obtuviera ventaja o beneficio alguno Flomar.

De modo que a la inutilidad sobrevenida por la actuación de Mapsa al haber eliminado la tubería, se uniría un riesgo muy concreto, desproporcionado e injustificado para la demandada, cuya nave se encuentra a cota inferior de la de Flomar, dato adicional revelador, de que los perjuicios a ocasionar por la medida postulada son mucho mayores que los hipotéticos que podría sufrir la demandante Flomar durante la tramitación del litigio, lo que, en definitiva, aconseja no acordar la adopción de la medida pretendida por Flomar, ante la evidente inutilidad de la misma para hacer posible, como dice la LECiv, la efectividad de la tutela judicial derivada de una hipotética estimación de su pretensión principal”.

2º) Órdenes de que se continúe realizando una prestación que, hasta el momento de iniciarse el litigio, estaba siendo cumplida por el demandado (arts. 726.2 y 727.7ª LEC).

Considérese este caso: Residencial Mediterránea S.A. es promotora de una gran urbanización residencial en la Costa Blanca. Para dar servicio de agua potable compró a Infraestructuras Turísticas S.A. determinado número de dotaciones de agua, que deben ser suministradas mensualmente. Durante unos años Infraestructuras cumplió debidamente el contrato, poniendo el agua a pie de las instalaciones de distribución de la urbanización. En determinado momento, aduciendo la imposibilidad derivada de haber sido obligada a cerrar dos de los pozos de captación, Infraestructuras reduce la entrega mensual debida a un 25 por ciento. Residencial podría obtener unas medidas consistentes en ordenar a Infraestructuras que continúe suministrando los caudales de agua en las cantidades convenidas, mientras en el proceso principal se debate y resuelve sobre la eficacia del contrato.

Con esta clase de efectos las medidas cautelares pueden llegar a conservar la situación existente al plantearse el litigio, evitando su alteración, tanto por una conducta activa, como por una omisiva, cuya legitimidad o conformidad a Derecho precisamente ha de ser debatida y resuelta en el proceso principal.

La posibilidad de configurar medidas cautelares con estos efectos está delimitada por el carácter no definitivo que ha de tener, en todo caso, la tutela cautelar. Después consideraremos la norma que establece al respecto el art. 726.2 LEC.

### ***C) Efectos innovativos de la situación existente al plantearse el litigio***

Con estas medidas ya no se trata de conservar una situación en la que tuvieran satisfacción derechos e intereses cuya tutela se pide en el proceso principal, sino de

introducir una innovación, satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido.

En la LEC se mantiene una medida cautelar determinada de esa clase: los alimentos provisionales que el juez puede acordar a cargo del demandado cuando haya sido reclamada judicialmente la filiación (art. 768.2 LEC). La derogación del art. 17 II Texto Refundido de la Ley de Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor ha eliminado -al menos para el proceso civil, para el penal véase art. 765.1 LECRIM- otro reconocimiento expreso de medidas de esta clase: la pensión provisional en favor de las víctimas de accidentes derivados del uso y circulación de vehículos de motor o de las personas a su cargo mientras pende el proceso para resolver sobre la indemnización.

No es seguro que, fuera de los casos expresos, deban entenderse prohibidas las medidas cuyos efectos alcancen a ser innovativos y satisfactivos de la pretensión.

1ª) El reconocimiento expreso en supuestos específicos -que luego mencionaré- y la limitación derivada de que el art. 727.1.7ª LEC sólo se refiere a la posibilidad de prohibir la interrupción de prestaciones iniciadas, no excluyen la adopción de medidas con esta clase de efectos con base en el art. 726 LEC, del cual el art. 727 LEC es un desarrollo abierto y ejemplificativo, no una acotación.

2ª) Las medidas cautelares en procesos de estado civil tienen, en algunos casos, esta clase de efectos. Piénsese, por ejemplo, en las medidas que pueden ser adoptadas en el proceso de incapacitación, al amparo del art. 762 LEC, que, en cuanto consistan en el nombramiento provisional de un tutor o de un curador para el cuidado personal y del patrimonio del demandado, anticipan la restricción de capacidad que podrá establecer la sentencia principal. Estas previsiones, más que un óbice, son una razón a favor de que medidas con estos efectos anticipativos puedan ser adoptadas en procesos sobre pretensiones de contenido patrimonial. No se me alcanza, en efecto, qué razón de eventual inseguridad en el ejercicio de las potestades constitutivas del juez podría oponerse, por ejemplo, a la constitución provisional por vía cautelar de una servidumbre legal de paso (que afecta al derecho de propiedad -art. 33 CE-), cuando el ordenamiento está admitiendo con norma expresa el establecimiento cautelar de restricciones provisionales a la capacidad de obrar de una persona (libre desarrollo de la personalidad -art. 10 CE-).

En todo caso, la concesión de medidas con esta clase de efectos está limitada, también, por lo dispuesto en el art. 726.2 LEC.

Con una petición de medida innovativa se enfrenta el **AJPI (31) Barcelona, de 8 de junio de 2001 (AC 2001\2332)**: que no se obstaculizara la apertura de un acceso desde un local comercial al zaguán del edificio, acceso previsto en la escritura, pero, al parecer, inexistente salvo en una concreta circunstancia. La medida no es desestimada por entender que esa clase de actuación no está comprendida entre los efectos legalmente autorizados para las medidas cautelares, sino porque la medida no es necesaria para la situación de peligro que ha sido acreditada.

Dice el Auto citado que: “Las consecuencias de una sentencia estimatoria de la demanda serían que el acuerdo impugnado quedaría sin efecto y se condenaría a la demandada a permitir la apertura de una puerta de comunicación desde el local hasta el

vestíbulo. La medida solicitada no persigue unos efectos meramente aseguratorios de una futura ejecución, pues en cualquier caso la sentencia se podría ejecutar, ya que de la misma manera que ahora se puede abrir la puerta, ésta se podría abrir dentro de unos meses, en el caso de una sentencia estimatoria de la demanda; y del mismo modo operaría la condena de no hacer y la condena dineraria -pago de las obras- interesada. No se pretende el aseguramiento del fallo de la sentencia, sino la anticipación provisional del mismo. Por lo que su admisibilidad no puede encauzarse por el núm. 1 del art. 726 LECiv sino en todo caso por el núm. 2 del mismo artículo.

Como ya hemos visto, el art. 726.2 no es que permita la anticipación de un hipotético fallo estimatorio de la demanda, pues en este caso no podría declararse provisionalmente nulo el acuerdo de la comunidad de propietarios, sino dictar órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretende en la demanda principal. En este caso, lo que se pretende en la demanda principal es la posibilidad de abrir una puerta que permita el acceso del local al vestíbulo de la casa. Y la medida interesada sería autorizar la realización de las obras, lo que lleva implícita la prohibición de que la demandada obstaculice su ejecución”.

No obstante, la medida es denegada tras un análisis cuidadoso del presupuesto de peligro y de la idoneidad de la medida para contrarrestarlo: “El actor justifica la medida porque en la actualidad está realizando las obras de adaptación de los locales de planta baja y sótanos al establecimiento comercial que pretende instalar. Ha obtenido unas licencias administrativas, de obras y de actividad (documento 8 de la demanda). Administrativamente se le exige el cumplimiento de la normativa contra incendios, que le exige para el sótano otra puerta de salida distinta de la de acceso al local. De ahí que el actor haga hincapié en la necesidad de abrir esa puerta al vestíbulo, para que cumpla esta finalidad. Y alega la necesidad de hacerlo ahora, en cuanto que si no, se le denegará el permiso para desarrollar su actividad comercial, y ahora que está realizando las obras, se encuentra sujeto al cumplimiento de unos plazos para su ejecución. En esto radica el «periculum in mora».

Sin entrar a discutir si son susceptibles esos plazos de prórroga por causa justificada, y si la pendencia del presente juicio lo justificaría, entraremos a analizar si el alcance de la necesidad a la luz de la medida interesada, esto es la apertura de la puerta de acceso desde el local al vestíbulo. Esta puerta se pretende abrir para cumplir con ello las exigencias de la normativa contra incendios.

La actora no ha acreditado que con la apertura de la puerta al vestíbulo cumpla con las exigencias de la normativa de evacuación de personas en caso de incendio, y del vestíbulo a la calle hay dos puertas, que la comunidad cierra con llave, y el hipotético derecho del titular del local a acceder al local no le habilitaría para obligar a la comunidad a que dichas puertas se adaptaran a las exigidas por la autoridad administrativa para la salida de incendios. Y por otra parte, y de acuerdo con lo informado por el perito judicial, existen otras medidas alternativas para evitar el perjuicio invocado por el actor, una de las cuales podría ser «la formación de un túnel ignífogo de salida a la calle a partir del rellano de la escalera de la planta sótanos, a la altura de local planta baja».

A la vista de la amplitud de la fachada del local a la calle Tallers, y que éste se encuentra en un estado de obras en el que la planta está diáfana, sin tabiques ni recubrimiento de paredes e instalación de pavimentos, es menos perjudicial la realización de estas obras que las de apertura de la puerta al vestíbulo; sin que además quede asegurado que con esta apertura se pueda alcanzar el cumplimiento de la normativa contra incendios.

La adopción de una medida tan agresiva como la solicitada que además constituye una anticipación de fallo debe quedar justificada por la concurrencia de una necesidad de evitar un gran perjuicio que no puede paliarse de ninguna otra manera. Y esto no concurre en el presente caso. El perjuicio que de presente evitar la paralización de la apertura del establecimiento porque no se cumpla con la normativa administrativa de incendios, además de que puede valorarse económicamente y transformarse en su caso en una indemnización de daños y perjuicios, puede evitarse a través de otros medios distintos de los interesados. Sin que quede constancia que el interesado, la apertura de la puerta de acceso al vestíbulo, satisfaga las necesidades de la normativa de evacuación en caso de incendio. Todo lo cual, unido a la grave injerencia en la esfera ajena que supone la medida solicitada y el hecho de que sea además anticipatoria del fallo, conducen a desestimarla”.

## **2. El criterio limitador de las medidas cautelares satisfactivas establecido por el art. 726.2 LEC**

El art. 726.2 LEC, al mismo tiempo que autoriza las medidas satisfactivas, establece un criterio de carácter negativo o limitador de la configuración que el tribunal puede hacer de las medidas de esa clase.

Concretamente:

1ª) Las medidas habrán de tener “carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley para las medidas cautelares” y no habrán de “prejuzgar la sentencia que en definitiva se dicte”.

La resolución que acuerde una medida satisfactiva genera un estado de cosas prácticamente equivalente al que origina la sentencia estimatoria, pero no equivalente en términos jurídicos, porque ha de respetar la eficacia temporalmente limitada de la tutela cautelar. Pero, además de este límite -que ya está implícito en la naturaleza jurídica de una medida cautelar- el art. 726.2 LEC prohíbe que ese “estado de cosas prácticamente equivalente” tenga unas características que le conviertan en materialmente irreversible.

2ª) El contenido de las medidas habrá de ser “similar a lo que se pretende en el proceso”. Contenido similar se contrapone a contenido igual. Esto no sólo excluye medidas que den lugar a un estado de cosas irreversible -que serían iguales a la tutela principal por la estabilidad de sus efectos-, sino también medidas iguales en el aspecto cuantitativo y en aspectos cualitativos distintos a la estabilidad.

## VIII. SUSTITUCIÓN DE LAS MEDIDAS POR CAUCIÓN

El art. 746 LEC concede al sujeto pasivo de la medida cautelar una posibilidad de obtener la sustitución de la medida por la prestación de una caución.

La autorización legal para sustituir la medida cautelar por una caución, supone, en todos los casos en los que no se pretende una condena dineraria, que el ordenamiento admite que no se preste una tutela cautelar específica a cierto derecho o interés, limitándola a la tutela cautelar del derecho a indemnización por la eventual lesión que pueda producirse en ese derecho o interés. De una parte, esta solución resulta adecuada a la tutela cautelar, porque en ocasiones las medidas específicas causan grave daño al sujeto pasivo -y sin base más segura que una apariencia de derecho-. Pero, por otra parte, cuando por la calidad de los derechos o intereses tutelados el tratamiento indemnizatorio resultaría inapropiado en el momento de su satisfacción definitiva, también debe sostenerse la inadecuación -en el momento de la tutela cautelar- de la sustitución de una medida específica por una cautela del derecho a indemnización.

Por esas razones la sustitución de la medida por caución la configura la ley como una posibilidad procesal del sujeto pasivo de la medida, cuya concesión ha de postular del juez -que la concederá si procede por los criterios que después consideraremos-, y no como una facultad del demandado, cuyo ejercicio vincule al juez a establecer la sustitución.

Los criterios de decisión los fija el art. 746.2 LEC y su sentido es el siguiente:

1º) El fundamento de la solicitud de la medida y la apariencia jurídica favorable de la posición del demandado son dos criterios que difícilmente se distinguen: ambos significan que la sustitución debe ser concedida si la apariencia de buen derecho resulta especialmente dudosa para el tribunal.

2º) El tercero permite atender a si un resarcimiento dinerario -que es lo que la caución asegura- resulta adecuado o tolerable a la calidad de la tutela pedida en el proceso principal.

3º) El último atiende a los efectos colaterales de la medida sobre la actividad patrimonial y económica del demandado y busca evitar daños desproporcionados al fin de la tutela cautelar.

La regla general del art. 746 tiene excepciones. La más destacada es la del art. 137.2 de la Ley de Patentes, en el que la sustitución por caución no es una petición a resolver por el juez teniendo en cuenta los factores establecidos en el art. 746.2 LEC, sino un acto del demandado vinculante para el juez si aquél ofrece caución por el importe y de la clase establecidos por el tribunal.

## IX. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA

La resolución sobre medidas cautelares y su ejecución son potestad jurisdiccional. Esto se ha querido negar a veces aduciendo, fundamentalmente, la no producción de cosa juzgada. Aunque lo último fuera cierto, siempre nos encontraríamos con que se desarrolla una función de actuación del Derecho con desinterés objetivo, desde una posición de ajenidad respecto a los sujetos afectados por la tutela. En definitiva, se produce un juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, marcados con las características propias de la función cautelar, que sólo a los órganos jurisdiccionales puede legítimamente atribuirse (art. 117.3 CE).

### 1. Atribución de la jurisdicción y de la competencia

Para la determinación de la jurisdicción y de la competencia hay que distinguir los tres supuestos que se exponen a continuación.

#### *A) Medidas solicitadas con la demanda principal o pendiente el proceso principal*

En este caso se aplica una norma de competencia funcional y las actuaciones respecto a la medida cautelar se atribuyen al órgano que está conociendo del proceso principal (arts. 723.1 y 61 LEC).

Hay que tener presentes algunas normas complementarias:

1ª) Si sobre la jurisdicción o la competencia para conocer del proceso principal se plantea conflicto, el órgano jurisdiccional que estuviera conociendo puede, a pesar de la regla general de suspensión, realizar actuaciones respecto a las medidas cautelares si concurren concretas razones de urgencia (arts. 11 y 12 LO 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales; art. 48 LOPJ). Del mismo modo se procede si el demandado hubiera planteado declinatoria (art. 64.2 LEC).

En este sentido, sin problemas, el **AAP Santa Cruz de Tenerife (Sección 4ª), de 25 de febrero de 2002 (AC 2002\642)**: “La cuestión sobre la competencia territorial -a la que alude la entidad demandada en su recurso- se ha resuelto de manera correcta por el auto dictada por el Juzgado el diez de diciembre de dos mil uno, que, por lo demás, no es objeto de recurso; en efecto, la competencia para la adopción de medidas cautelares solicitadas con la demanda corresponde al tribunal al que este conociendo del asunto en primera instancia (art. 723.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), y se mantiene incluso en el supuesto de que se haya deducido declinatoria en el proceso de declaración”.

2ª) Si las medidas fueran solicitadas cuando el proceso principal se halla en segunda instancia, recurso extraordinario por infracción procesal o casación, “será competente el tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos” (art. 723.2 LEC).

Esta norma plantea problemas. Buena parte de la tramitación de los recursos citados se realiza ante el tribunal *a quo* (en la apelación hasta la presentación de escrito de oposición del apelado; en los demás hasta la presentación de escrito de

interposición por el recurrente) y sólo al término de esa tramitación se remiten los autos al tribunal *ad quem*.

Dos son las soluciones posibles:

1ª) Que el solicitante pida testimonio de las actuaciones que puedan serle de utilidad para pedir la tutela cautelar y formule la solicitud ante el tribunal *ad quem*.

2ª) Entender que la competencia corresponde al *a quo* o al *ad quem* según la solicitud se presente cuando cada uno de ellos está ejerciendo su competencia en la tramitación del recurso.

La segunda solución es más acorde con la efectividad que ha de perseguirse con la tutela cautelar.

El Tribunal Supremo ha resuelto sobre solicitudes de medidas cautelares formuladas en recursos de casación ya pendientes ante él, en **ATS (Sala de lo Civil), de 13 de junio de 2002 (JUR 2002\193601)**, y en **ATS (Sala de lo Civil), de 14 de diciembre de 2001 (RJ 2002\1528)**. Ambas resoluciones han rechazado la petición por no justificarse las razones por las que no se formuló con la demanda. Es decir: ha reconocido tener competencia para resolver las peticiones de medidas en los casos correspondientes.

El **AAP Asturias (Sección 4ª), de 8 de abril de 2002 (JUR 2002\164264)**, entiende que la Audiencia Provincial pierde su competencia desde que tiene por preparada la casación: “Primero.- El artículo 723 de la L.E.C determina en su párrafo segundo que para conocer de las solicitudes relativa a medidas cautelares será competente el Tribunal que conozca de la segunda instancia o de dichos recursos En el presente supuesto dichas medidas se interesaron con posterioridad a que esta Sala por providencia de 11 de febrero del corriente año tuviera por preparados los recursos de casación formulados por la Consejería de Asuntos Sociales y las personas a quienes ésta había entregado en acogimiento a la menor por lo que de conformidad con dicha norma deberían solicitarse ante el Tribunal Supremo.

Segundo.- Cuestionan los recurridos que el precepto antes citado sea aplicable en el presente caso ya que entienden que solo pierde la competencia objetiva esta Audiencia Provincial cuando se interpone el recurso de casación en el plazo de 20 días subsiguientes a la providencia de admisión lo que no había sucedido cuando interesó la medida cautelar No puede compartirse este razonamiento pues el artículo 480 de la L.E.C determina que el Tribunal habrá de decidir si tiene por preparado el recurso o lo rechaza y por tanto es esa resolución lo que determina la pérdida de competencia objetiva de la Audiencia Provincial como demuestra el 481-4 que determina que si no se interpone el recurso se declarará desierto; pronunciamiento que no tendría lugar si se entendiera que la providencia teniéndolo por preparado no formara ya parte de la tramitación del propio recurso”.

Nadie discute que la providencia forme parte del procedimiento del recurso. Pero tampoco es discutible que la competencia para dictarla corresponde a la Audiencia Provincial, como también la competencia sobre otros actos de dirección procesal posteriores hasta que el procedimiento deba ser remitido al Tribunal Supremo (art. 482 LEC). La Audiencia Provincial es, en ese sentido, competente en el recurso

de casación, aunque, como es obvio, no para todo él, sino para la etapa cuya dirección la ley le confiere. Y es a esa competencia a la que se vincula, con incontestable base literal en el art. 723.2 LEC, la competencia para resolver sobre las medidas cautelares solicitadas en esa oportunidad.

**B) *Medidas cautelares solicitadas con anterioridad a la demanda principal***

La competencia corresponde al tribunal que sea competente para conocer de la demanda principal (art. 723.1 LEC).

La correcta aplicación de esta norma requiere atender a las mismas normas sobre jurisdicción y competencia que rigen la atribución de éstas en cuanto al objeto del proceso principal.

Específicamente:

a) Competencia judicial internacional

La norma expresa del art. 22.5.º LOPJ que atribuye competencia a los tribunales españoles “cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España”, no significa que sólo en ese caso tengan competencia para la tutela cautelar los tribunales españoles. Lo que ocurre es que en este caso tienen esa competencia aunque carezcan de ella para conocer del proceso principal. Por eso, esta norma de atribución de competencia no es relevante ahora, sino en los casos que veremos después (apartado c) de medidas cautelares instrumentales de procesos ante tribunales extranjeros.

En general, la competencia judicial internacional de los tribunales españoles para conocer de un determinado asunto –de acuerdo con el sistema de fuentes que realizan esa atribución, y del que forman parte convenios internacionales, normas de la Unión Europea y el art. 22 LOPJ como norma interna (véase capítulo 8)- comporta la competencia para resolver la tutela cautelar instrumental de ese asunto. La competencia judicial internacional se atribuye por materias y no por funciones jurisdiccionales, y comprende, en principio, todas estas funciones –incluida la cautelar- en cuanto deban ejercerse respecto a las materias incluidas. Sólo hay una excepción: la competencia para reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales extranjeras, que es considerada competencia exclusiva de los tribunales del Estado en que tales resoluciones se han de cumplir, cualquiera sea la materia sobre la que versen.

Ahora bien, si es necesario que la medida cautelar acordada por un tribunal español sea ejecutada en un Estado extranjero, habrá de ser previamente sometida a *exequátur* en ese Estado. Este *exequátur* suele ser más difícil de obtener que el de sentencias. Por eso es más aconsejable, en la situación apuntada, instar la tutela cautelar directamente ante los tribunales del Estado en el que haya de ser ejecutada, lo que es posible al amparo de diversos convenios internacionales y de normas europeas (art. 31 Reglamento núm. 44/2001, principalmente, que el 1 de marzo de 2002 asumirá la función del art. 24 del Convenio de Bruselas).

b) Atribución a los tribunales del orden judicial civil.

La jurisdicción (competencia genérica) para la tutela cautelar se atribuye al orden jurisdiccional que corresponda en atención a la naturaleza jurídica del asunto principal. Específicamente, la tutela cautelar civil corresponde a la jurisdicción (competencia genérica) de los tribunales del orden civil, de acuerdo con el art. 9.2 LOPJ y con otras disposiciones que delimitan, respecto a la civil, la jurisdicción de otros órdenes jurisdiccionales (arts. 1 y 2 LPL; arts. 2 y 4 LJCA).

Esta regla tiene una excepción en el caso de las pretensiones procesales civiles que pueden ser acumuladas al proceso penal, porque el fundamento de aquéllas son los mismos hechos que están siendo enjuiciados como delitos (arts. 100, 108 al 113, 115 al 117 LECRIM, arts. 109 al 122 CP). Si se produce la acumulación, y mientras ésta no deba terminar, la competencia genérica corresponde a los tribunales del orden penal; si la acumulación se extingue (por reserva de la acción civil; por finalización del proceso penal sin condena penal), la competencia genérica corresponde a los tribunales del orden civil.

Hay otro supuesto que no constituye una excepción, porque la tutela cautelar es acordada en el ámbito de la jurisdicción propia del tribunal -que no es civil sino constitucional- pero, no obstante, tiene inmediata eficacia de tutela cautelar civil. Me refiero a la anotación preventiva de la demanda de amparo, que puede acordar el Tribunal Constitucional si la sentencia de amparo, por el objeto de la resolución judicial ordinaria impugnada, puede tener trascendencia registral.

### c) Competencia

En cuanto a la competencia objetiva, la regla general es la de su atribución a los Juzgados de Primera Instancia (art. 45 LEC), pero, en sus respectivos casos, pueden ser competentes Juzgados de Primera Instancia con competencia exclusiva en la materia de que se trate (art. 46 LEC), los Juzgados de Paz (art. 47 LEC) y otros tribunales que, según la LOPJ, tengan atribuida competencia por razón de la calidad de la persona del demandado.

La competencia territorial se determinará con arreglo a las reglas imperativas que la rijan respecto del objeto del proceso principal, en su defecto en atención a la sumisión expresa si existe (las cláusulas de sumisión son amplias y es improbable que excluyan su aplicación en caso de solicitud de medidas cautelares) y, en último término, según las normas legales supletorias.

En todo caso hay que advertir que la presentación de la solicitud implica para el actor sumisión tácita en cuanto al proceso principal (art. 56.1 LEC). La personación y defensa del demandado no implica ese efecto, porque legalmente no puede formular declinatoria.

### ***C) Medidas cautelares no instrumentales de un proceso ante los tribunales españoles***

Si las medidas cautelares son instrumentales de un litigio sometido a arbitraje – ya iniciado o que deba iniciarse con posterioridad-, será tribunal competente para acordarlas el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia (art. 724, párrafo primero LEC).

Si las medidas cautelares son instrumentales de un proceso pendiente ante un tribunal extranjero o que deba iniciarse ante el mismo, pueden ser obtenidas de los tribunales españoles si esta competencia les está atribuida por los tratados, por normas europeas (principalmente art. 31 Reglamento núm. 44/2001) y, en su defecto, con arreglo al art. 22.5.º LOPJ (“cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España”), siempre y cuando el asunto principal no sea de la competencia exclusiva de los tribunales españoles.

Entre los tribunales españoles, salvo otra determinación de los tratados, serán competentes los Juzgados de Primera Instancia del lugar donde –si en el futuro es dictada- deberá ejecutarse la sentencia del tribunal extranjero, o, en su defecto, los del lugar donde las medidas hayan de producir efectos (art. 724, párrafo segundo LEC).

No es segura la competencia para conocer de medidas cautelares instrumentales de un procedimiento de exequátur pendiente ante la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo.

Del asunto se ha ocupado el **ATS (Sala de lo Civil), de 9 de octubre de 2001 (RJ 2001\9419)**, que entiende que no puede subsumirse ni en la competencia regulada en el art. 723, ni en la considerada en el art. 724. “Se impone -según el fundamento jurídico tercero del auto citado-, pues, colmar una laguna normativa mediante la interpretación analógica, teleológica e, incluso, finalista, de las normas, sin perder de vista el entorno en el que se sitúan y la realidad hacia la que se han de proyectar, que sea capaz, por demás, de dar la máxima eficacia no sólo a los fines de protección del crédito a que están ordenadas las medidas cautelares, sino también de garantizar la efectividad de la tutela judicial que se pretende obtener. El resultado de esta labor, tras ponderar las diferentes posibilidades, conduce a esta Sala a considerar como criterio más seguro para la consecución de esos fines el que pasa por atribuir la competencia para adoptar medidas cautelares en el curso de un procedimiento de exequátur sujeto al régimen de la LECiv de 1881 a los órganos jurisdiccionales del lugar donde la resolución extranjera deba ser ejecutada o, en su defecto, del lugar donde las medidas solicitadas deban producir su eficacia. Por encima de los evidentes inconvenientes que presenta la disociación de las competencias para resolver sobre el exequátur y para decidir sobre tales medidas, especialmente patentes a la hora de efectuar un juicio de valor sobre la apariencia de buen derecho -que, rectamente, ha de proyectarse sobre la procedencia de la homologación-, y teniéndose presente que los mismos inconvenientes surgen cuando se trata de decidir sobre medidas cautelares estando en curso un procedimiento en el extranjero, se alzan los motivos que abogan por la solución propuesta, que es más respetuosa con la especial naturaleza y el específico objeto del proceso de reconocimiento, y que, además, se ve avalada por razones de diferente signo: en primer lugar, porque respeta también el carácter y la esencia de las funciones encomendadas a este Tribunal, así como el propio carácter de éste, que en el diseño actual de competencias no se quiere como órgano de instancia; en segundo lugar, porque se anticipa a la legalidad por venir y al sistema y régimen procedimental que se destina al exequátur; en tercer lugar, porque se sitúa la competencia en quien finalmente se encargará de la ejecución de la decisión extranjera (cfr. art. 958 LECiv 1881), lo que redundará en una mayor eficacia y en una mayor economía procesal; en

cuarto lugar, porque se abren al solicitante los medios de recurso contra la resolución que decida sobre las medidas pretendidas (arts. 735 y 736 LECiv 1/2000), lo cual supone adoptar una interpretación de la legalidad favorable a la mayor efectividad de la tutela judicial y, en particular, al derecho a acceder al sistema de recurso legalmente establecido, por lo que, en consecuencia, resulta más adecuada en términos de garantías constitucionales; en quinto lugar, se evita adoptar una solución diferente a la que corresponde en los casos en que se encuentra pendiente un proceso en el extranjero, o, que, habiendo recaído sentencia en éste, no se ha instado aún el reconocimiento en España de sus efectos, tratándose de supuestos que presentan una notoria similitud con la solicitud de medidas en el procedimiento de exequátur; y en sexto lugar, porque es la solución a la que lleva una aplicación también analógica de otras normas, como sucede con el art. 50 de la Ley 36/1988, de Arbitraje, que, al regular el recurso de anulación -que participa de caracteres, en su objeto y finalidad, propios de un mecanismo de homologación-, establece que la parte a quien interese podrá solicitar del Juez de Primera Instancia competente para la ejecución las medidas cautelares conducentes a asegurar la plena efectividad del laudo, no obstante corresponder a la Audiencia Provincial la competencia para conocer del recurso”.

## **2. Tratamiento procesal. Norma especial sobre reparto de asuntos.**

Frente a la solicitud de medidas cautelares no es admisible la declinatoria del demandado, para impugnar la jurisdicción o la competencia. Pero el tribunal ha de examinar de oficio su jurisdicción y competencia, incluso la territorial salvo que estuviera atribuida por sumisión expresa. Como consecuencia de este examen puede abstenerse de conocer, salvo si aprecia incompetencia territorial, en cuyo caso puede adoptar las medidas que estime más urgentes antes de remitir las actuaciones al tribunal que considere competente (art. 725 LEC).

Si las medidas han sido solicitadas antes de que el asunto esté repartido, el Juez Decano o el Presidente de la Audiencia o Tribunal, según los casos, puede adoptar las medidas más urgentes, antes de proceder al reparto, si, de no hacerlo, pudiera quebrantarse algún derecho o producirse algún perjuicio grave e irreparable (art. 70 LEC).

## X. LAS PARTES

El régimen de las partes, de sus diversos requisitos de capacidad y de legitimación, es el establecido en las disposiciones generales del libro I LEC, aunque hay algunas especialidades.

### 1. Especialidades en la postulación mediante abogado y procurador

Por regla general la actividad de las partes en materia de tutela cautelar requiere representación mediante procurador (art. 23.1 LEC) y asistencia de abogado (art. 31.1 LEC).

Esta regla tiene dos excepciones:

1ª) En primer término, la intervención de procurador y abogado no es necesaria en actuaciones cautelares incidentales de un proceso principal en el que tal intervención no sea necesaria.

2ª) También está exenta de la preceptiva intervención de abogado y procurador la solicitud de medidas urgentes con anterioridad al juicio (arts. 23.2.3º y 31.2.2º LEC).

Esta exención no alcanza a los actos de parte distintos de la solicitud inicial. Requiere, además, que concurren razones de especial urgencia, que no se confunden con los hechos y circunstancias que fundamenten el presupuesto de peligro por la mora procesal, aunque sí que coinciden con uno de los presupuestos que hacen admisible la solicitud de medidas con carácter previo a la demanda (art. 730. 2, párrafo primero LEC).

En este sentido, el **AJPI (4) Santander, de 4 de junio de 2001 (AC 2001\2332)**, sostiene lo siguiente: “El primer problema que se ha planteado en esta litis ha venido ocasionado por la interpretación de uno de los artículos de la nueva Ley Rituaria. En efecto, por la parte solicitante de la medida cautelar se acudió a la litis sólo con el procurador alegando lo dispuesto en el artículo 31 de la misma. Sin embargo entendemos que eso no es admisible, pues el citado artículo sólo permite el no hacer uso de letrado para la presentación de escritos solicitando medidas urgentes, pero una vez presentado dicho escrito las demás actuaciones deben realizarse con la postulación completa. Así se aprecia por analogía con el artículo 771.1 párrafo segundo. Y ello es normal ya que en el acto del juicio la intervención del procurador en ningún modo puede sustituir la del letrado. A este respecto el artículo 185.2 establece que los informes en las vistas se hacen por los abogados, y sólo cuando la Ley lo permita por las propias partes, sin que se prevea que el procurador sustituya al letrado. De la misma forma, en la regulación de las pruebas se establece que son los abogados los que deben preguntar a las partes (art. 306), a los testigos (372) y en general intervenir u oponerse a las pruebas de la contraria.

No es admisible por ello el que se acuda a la litis sin la postulación oportuna, sobre todo teniendo en cuenta que el tipo de juicio en el que nos encontramos es un procedimiento eminentemente técnico en el que su actuación resulta imprescindible.

El no haber procedido a decretar el desistimiento, a semejanza de lo previsto en el artículo 442, se debe a las dificultades interpretadoras que plantea la nueva Ley y a

que se trata por todos los medios de dictar una resolución de fondo para no atentar al derecho de la contraparte a su acceso a la justicia”.

## **2. Legitimación y normas especiales sobre la misma en la tutela cautelar**

### ***A) Legitimación activa***

La legitimación activa para obtener tutela cautelar corresponde a quien está legitimado para la tutela judicial pretendida en el proceso principal, según las diversas modalidades de legitimación previstas en el ordenamiento.

Para la obtención de la tutela cautelar la legitimación, cualquiera sea su modalidad, tendrá que ser acreditada, porque es uno de los componentes -el componente subjetivo- del fundamento de la pretensión (art. 728.2 LEC). Obviamente, la desestimación de la medida cautelar por falta de acreditamiento de la legitimación activa no prejuzga el pronunciamiento sobre la pretensión en el proceso principal.

La regla general de coincidencia de la legitimación activa para el proceso principal y para la tutela cautelar tiene excepciones en el doble sentido de reducción y de ampliación del círculo de legitimados.

Para la medida cautelar de suspensión de acuerdos sociales impugnadas no basta la legitimación para la tutela principal, sino que se requiere que los accionistas que impugnen el acuerdo representen cierto porcentaje del capital social en el caso de sociedades anónimas o de responsabilidad limitada, o, si se trata de sociedades cooperativas, que los que impugnen los acuerdos sean los interventores o el veinte por ciento de los socios (art. 727.11º).

La legitimación activa para la tutela cautelar experimenta, en cambio, una ampliación en el supuesto del art. 124.2 LP. El licenciatario sin exclusiva no tiene legitimación para pedir la tutela por violación del derecho de patente, hasta que no transcurran tres meses desde el requerimiento al titular de la patente para que ejercite la acción, sin que éste la haya ejercitado. No obstante, el precepto citado le legitima para, realizado el citado requerimiento, instar medidas cautelares urgentes destinadas a prevenir daños importantes.

### ***B) Legitimación pasiva***

La legitimación pasiva corresponde a las personas que deben ser afectadas por la resolución que acuerde las medidas cautelares (art. 5.2 LEC).

Para la concreción de esa afectación se atenderá a los mismos criterios que para precisar la legitimación pasiva en el proceso principal. El carácter instrumental de la tutela cautelar también hace coincidir las posiciones legitimantes pasivas, porque una medida cautelar solicitada respecto a una persona frente a la cual la pretensión principal no podrá ser estimada, no puede ser concedida por falta de fundamento de la pretensión -de apariencia de buen derecho- en relación con esa persona (art. 728.2 LEC).

El AAP Córdoba (Sección 3ª), de 12 de abril de 2002 (AC 2002\697), desestima la medida cautelar de embargo preventivo contra los administradores de la

sociedad demandada, con la motivación de que: “no se ejercita en la demanda ninguna acción de declaración de responsabilidad solidaria de los administradores de la mercantil demandada, por incumplimiento de sus obligaciones como tales, al amparo de lo previsto en la legislación societaria; sin siquiera hacerse mención a la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica para justificar la responsabilidad de las personas físicas codemandadas. Por lo que, salvo que la sentencia condene a tales demandados al pago de cantidad a favor de los actores, los mismos no serán deudores de los compradores, y por ahora en este estadio procesal únicamente aparece como posible deudora de los demandantes la sociedad «Montón de la Sierra», SL, y no el resto de los demandados, ya que sólo fue ésta quien contrató con los actores. Razón por la que no cabe la adopción de medidas cautelares contra los administradores de la entidad vendedora, pero sí y en discrepancia con el auto impugnado admitir el embargo preventivo respecto de la mercantil”.

### **3. Intervención de terceros en las actuaciones procesales cautelares. Las tercerías de dominio y de mejor derecho en caso de medida cautelar de embargo preventivo**

La intervención de terceros en las actuaciones cautelares tiene múltiples facetas de las que la LEC no se ocupa específicamente. No obstante el art. 729 LEC sí que regula expresamente unos medios de tutela de terceros frente a la ejecución de la medida cautelar de embargo preventivo.

#### ***A) La intervención de terceros en las actuaciones procesales cautelares en general***

El art. 721.1 LEC dispone expresamente que las medidas cautelares se pueden solicitar por el actor principal o reconvenional, lo que induce a dudar, inicialmente, sobre la admisión de una solicitud de medidas formulada por un tercero admitido a intervenir en el proceso. A mi juicio, las posibilidades que forman parte del estatuto procesal del interviniente de acuerdo con el art. 13.3 LEC, obligan a resolver tales dudas en sentido afirmativo para la admisión de su solicitud, cuando el interés legítimo de éste le lleva a apoyar objetivamente la postura procesal del actor.

También puede ser considerada la posibilidad de intervención de terceros como instrumento de protección de estos, en cuanto pueden ser indirectamente afectados por la medida cautelar acordada.

La medida cautelar va dirigida contra el demandado, imponiéndole ciertos deberes o un estado de sujeción a él mismo, o a bienes de su patrimonio. No obstante, la eficacia jurídica de la medida y su efectividad material puede comportar efectos indirectos desfavorables para terceros. Por ejemplo: el depósito judicial de un bien mueble impide, eventualmente, el cumplimiento de obligaciones de transmisión a terceros de ese bien; las órdenes provisionales de abstención pueden afectar negativamente al cumplimiento de obligaciones contraídas con terceros, al igual que la administración judicial de bienes productivos conducirá a que el administrador adopte decisiones correctoras o de impugnación de anteriores compromisos.

No obstante, la admisión de esta intervención encontrará dificultades, salvo que el tercero esté legitimado para intervenir en el proceso principal y, efectivamente, intervenga en el mismo.

***B) La tercería de dominio y la tercería de mejor derecho en caso de medida cautelar de embargo preventivo***

El art. 729, párrafo primero LEC permite el ejercicio de la tercería de dominio desde el momento en que el bien ha sido afectado en cumplimiento de una resolución de embargo preventivo. De este modo la ley recoge una jurisprudencia que ya admitía esta defensa del tercero.

Aunque la afección del bien mediante un embargo preventivo no suponga su inmediato destino a la realización forzosa, sí que origina, para el verdadero titular del bien frente al cual no haya sido decretado el embargo, perjuicios actuales y riesgos futuros que justifican el establecimiento de un medio defensivo para anular la afección.

De manera más novedosa el art. 729 LEC permite también, respecto de bienes afectados por un embargo preventivo la interposición de tercería de mejor derecho.

El efecto de esta tercería no es el alzamiento del embargo preventivo, ni tampoco únicamente la fijación preventiva de la preferencia del crédito del tercerista, sino la vinculación instrumental del embargo preventivo al proceso principal en el que el tercero tiene reclamado su crédito. De ahí que la ley exija que, para la admisión de la tercería de mejor derecho, habrá de interponerla “quien en otro proceso demande al mismo deudor la entrega de una cantidad de dinero” (art. 729, párrafo primero LEC). Si la tercería es estimada, la caución constituida por quien obtuvo inicialmente el embargo preventivo deberá ser cancelada, y el tercerista deberá prestar la misma caución.

## XI. EL PROCEDIMIENTO PARA LA RESOLUCIÓN SOBRE LA TUTELA CAUTELAR

La nueva LEC establece un procedimiento único para la petición de medidas cautelares y también para la oposición a las mismas y para su revisión.

Esta regla general tiene excepciones, entre otros, en el caso de medidas cautelares de procesos sobre capacidad de las personas, sobre filiación, paternidad y maternidad, medidas provisionales en procesos matrimoniales, embargos preventivos y depósitos judiciales especiales (arts. 441.1, párrafo primero, 821.2.2ª y 823 LEC; art. 21,5 LPH) y medidas cautelares posteriores al laudo arbitral (art. 50 LA).

El procedimiento para medidas previas y simultáneas de procesos matrimoniales se aplica para la adopción de medidas cautelares instrumentales de procesos sobre guarda y custodia de hijos menores y sobre alimentos reclamados en su nombre, aunque no estén relacionados con materia matrimonial (art. 770.6ª LEC). Esta norma sobre adecuación de procedimiento ha sido especialmente destacada, en varias resoluciones, principalmente porque de ella deriva la consecuencia del carácter no apelable de la resolución sobre las medidas, según los arts. 772.2, párrafo segundo y 773.4 (AAP Girona [Sección 2ª], de 6 de mayo de 2002 (AC 2002\1067); AAP Girona [Sección 2ª], de 29 de abril de 2002 (JUR 2002\192735); AAP Madrid [Sección 22ª], de 1 de marzo de 2002 (JUR 2002\126693).

Respecto del procedimiento para medidas instrumentales de un proceso de incapacitación puede verse el AAP Álava (Sección 2ª), de 3 de diciembre de 2001 (AC 2002\282), que se refiere a una medida de administración judicial adoptada de oficio con arreglo al art. 762 LEC: “El citado artículo en su apartado primero prevé que el Tribunal pueda adoptar de oficio las medidas que estime necesarias para la adecuada protección del presunto incapaz o de su patrimonio, y entre éstas la de nombrar administrador de los bienes del presunto incapaz, ahora bien, no puede olvidar el juzgador lo dispuesto en el apartado 3º del mismo precepto -las medidas a que se refieren los apartados anteriores se acordarán previa audiencia de las personas afectadas-. Para ello será de aplicación lo dispuesto en los arts. 734, 735 y 736 de esta Ley, lo que significa que antes de la adopción de una medida cautelar de estas características se debe acordar una audiencia con las personas afectadas, requisito que no se ha cumplido en el presente procedimiento. En consecuencia, la medida cautelar se adoptó sin seguir los trámites legales previstos, la audiencia previa puede aportar datos necesarios para el buen fin de la medida, los interesados se han visto privados de la posibilidad de expresar su opinión sobre algo tan importante y que afecta a sus intereses, no sólo se ha prescindido de las normas esenciales del procedimiento sino que se ha causado indefensión a las partes, por ello, y conforme a los artículos ya mencionados y a lo dispuesto en el art. 225.3º LECiv, procede decretar la nulidad del Auto recurrido”. Sólo debe matizarse que el art. 762 LEC establece la previa audiencia como regla general, aunque para excluirla en un caso concreto es necesaria resolución expresa motivada, que en este caso tampoco fue dictada.

## **1. La solicitud de la medida cautelar**

Para la resolución sobre la tutela cautelar en el proceso civil rige, como regla general, el principio dispositivo. La petición de parte es presupuesto de la concesión de la tutela cautelar y también medida de la tutela que se puede conceder.

Esta regla general tiene excepciones en algunos procesos especiales (art. 721.2 LEC): es el caso de las medidas de los procesos sobre la capacidad de las personas (art. 762 LEC) y sobre filiación, paternidad y maternidad (art. 768 LEC).

### **A) *Requisitos generales de la solicitud***

Los requisitos de esta solicitud –que ha de formularse por escrito- se establecen en el art. 732 LEC y en otras disposiciones sistemáticamente enlazadas con el mismo.

Además del cumplimiento del régimen de la jurisdicción y la competencia y de los requisitos de las partes, en el aspecto objetivo ha de formularse una petición fundada de medida cautelar.

Esto implica dos requisitos, a los que se añade uno tercero sobre la caución.

1º) Formulación de una petición de medida específica y determinada, bien sea eligiendo entre las previstas en el art. 727 LEC, bien sea concretando una medida que responda a las características establecidas por el art. 726 LEC.

La norma sobre congruencia que establece el art. 721.2 -“Tampoco podrá éste (el tribunal) acordar medidas más gravosas que las solicitadas”-, tiene una muy precisa repercusión sobre el contenido de la solicitud. Se trata de que, para que pueda ser cumplido precepto tan básico, y también para que el demandado conozca frente a qué ha de defenderse, es preceptivo que el solicitante determine, “diseñe” en su caso, la medida cautelar que solicita. Una solicitud de medidas cautelares en el sentido de pedir que el juez adopte las que considere procedentes a la vista de los fundamentos que se alegan y del régimen de configuración de medidas de los arts. 726 y 727 LEC debería ser tratada con la consecuencia de la inadmisión por causa análoga a la del art. 424 LEC (defecto legal en el modo de proponer la demanda por falta de claridad y precisión en la determinación de la petición).

2º) Alegación de los hechos y circunstancias que fundan tal petición, por constituir el soporte de la aplicación de los presupuestos de la medida cautelar.

En cuanto a la alegación de los hechos y circunstancias que concretamente determinan la existencia del peligro por la mora procesal, no basta con la genérica afirmación de que, en caso de no adoptarse las medidas pedidas, pueden producirse situaciones que impedirán o dificultarán la efectividad de la tutela que puede concederse en el proceso principal. La alegación ha de serlo de hechos y circunstancias concretos que den apoyo a la aplicación del presupuesto legal.

3º) Las exigencias de concreción en la alegación de los presupuestos de la medida se traducen, en cuanto al presupuesto de la caución, en exigencias de ofrecimiento concreto de la caución, en el sentido de especificación de su forma y cuantía y de alegación de las razones que fundan esa especificación (art. 732.3 LEC). Esto permite que el demandado pueda ejercitar eficazmente la contradicción frente al

ofrecimiento de caución (art. 734.2, párrafo segundo LEC) y que el tribunal pueda resolver sobre este presupuesto con conocimiento de causa (arts. 728.3, párrafo tercero, 735.2, párrafo primero LEC).

Sin embargo, el **AAP Córdoba (Sección 3ª), de 12 de abril de 2002 (AC 2002\697)**, entiende que: “la objeción interpuesta por la demandada, al oponerse a la adopción de la medida, consistente en la ausencia de ofrecimiento de caución por parte del solicitante, no es un obstáculo insalvable, pues dicha omisión puede soslayarse como en efecto así ha sido en el acto de la vista, situación que encuentra perfecto apoyo en el artículo 231.1 de la LECiv, que prevé la posibilidad de subsanación de defectos procesales”.

### **B) Requisitos especiales**

En la solicitud se han de cumplir requisitos especiales tanto si se persigue que la misma sea admitida aunque no se presente con la demanda principal, sino antes (art. 730.2, párrafo primero LEC) o después de ella (art. 730.4, párrafo primero LEC), como si se pretende que el tribunal resuelva sobre la solicitud sin previa audiencia del demandado (art. 733.2 LEC): la especialidad consiste en que el solicitante ha de alegar las circunstancias concretas que, de acuerdo con la ley, hacen admisible la solicitud no presentada con la demanda o determinan que sea adecuado el procedimiento sin previa audiencia.

Específicamente respecto de los requisitos de admisibilidad de una solicitud posterior a la demanda (“hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos”) se ha pronunciado el **ATS (Sala de lo Civil), de 13 de junio de 2002 (JUR 2002\210124)**, en el siguiente sentido: “En el presente caso, no se dan hechos y circunstancias que justifiquen tal adopción no siendo bastante a estos efectos la estimación de la demanda en la sentencia recurrida y la interposición de este recurso de casación, habida cuenta que la medida solicitada pudo ser instada al interponer la demanda al amparo del art. 42, número 5º, de la Ley Hipotecaria (RCL 1946, 342, 886 y NDL 18732), en relación con el art. 4, número 2º de la propia Ley, sin que consten hechos posteriores que justifiquen su adopción en este momento procesal”. La aplicación que se hace de los requisitos es injustificadamente restrictiva, porque las circunstancias que el auto menciona significan, respectivamente, una más sólida apariencia de derecho y una ampliación del periodo en que existirá peligro por la mora procesal, lo que, razonablemente, justifica que la medida se pida en ese momento.

El **ATS (Sala de lo Civil), de 14 de diciembre de 2001 (RJ 2002\1528)**, aprecia los requisitos más acertadamente, aunque también con la consecuencia de denegación: “En este caso, no ha acreditado la parte recurrente que se hayan modificado los supuestos de hechos contemplados cuando recurrió en apelación, que no han sido sino, que la ejecución de la sentencia dictada en el pleito principal ha seguido por sus cauces, y que al socaire de las medidas cautelares trata de suspender la parte recurrente, por lo que hay que entender que al no haber solicitado la adopción de medidas cautelares en instancia, y pretenderlo en este recurso extraordinario, lo ha hecho de manera extemporánea, sin que hayan variado los hechos y circunstancias contemplados al promoverse el recurso de apelación, momento en que se había procedido al apremio de lo acordado en la sentencia del juicio principal”.

### **C) Carga de acompañamiento**

De acuerdo con el art. 732.1 LEC “Se acompañarán a la solicitud los documentos que la apoyen o se ofrecerá la práctica de otros medios para el acreditamiento de los presupuestos que autorizan la adopción de medidas cautelares”. El momento de la solicitud es preclusivo para la proposición de los medios de acreditamiento (art. 732.2, párrafo tercero LEC).

Aunque el art. 732 LEC no menciona ninguna excepción a la regla de preclusión, a mi juicio las excepciones son admisibles. Tanto las excepciones referidas a documentos o medios asimilados cuya relevancia sólo se pueda apreciar a la vista de la contestación del demandado (art. 265.3 LEC), como las referidas a los documentos o medios asimilados de fecha posterior o descubiertos con posterioridad (art. 270.1.1º y 2º LEC).

Resultan difíciles de entender las tesis sostenidas, en esta materia, por el **AAP Zaragoza (Sección 5ª), de 24 de abril de 2002 (AC 2002\156268)**, y por el auto recurrido en el recurso que aquél resuelve: “Entiende la juez a quo, en sintonía con la parte demandada, que las pruebas en que se justifiquen los requisitos del art. 728 LECiv (“periculum in mora” y “fumus boni iuris”) deben de acreditarse cumplidamente con la petición de las medidas cautelares. No habiéndose hecho así no procede, en la citada vista, admitir prueba más que a la parte demandada.

Segundo.- Discrepa este Tribunal de esa interpretación de la normativa procesal, que incurre en el error de interpretar aisladamente los artículos referentes a las medidas cautelares que contienen referencias a la prueba de aquellos requisitos. En efecto, si se lee aisladamente el art. 732 y se sigue el criterio de la juez a quo y de la apelada carecería de sentido la dicción del art. 734 que -sin duda- permite la prueba a ambas partes. Es decir si es “obligado” justificar documentalmente con la petición de medidas cautelares los requisitos que las amparan y en ese momento procesal precluye la posibilidad de ampliar o completar la prueba, ¿cómo interpretar el art. 734” cuando dice “... actor y demandado podrán exponer ... sirviéndose de cuantas pruebas dispongan ... Es más, el propio art. 732-2 dice que el peticionario “acompañará” a la solicitud los documentos que la apoyan (la solicitud) “o se ofrecerá la práctica de otros medios ...”; por tanto, no necesariamente junto con el escrito de petición de las medidas.

Tercero.- La confusión se produce por la inadecuada sistemática de la Ley, que mezcla de forma inarmónica las diferentes posibilidades de petición de medidas cautelares. Así, se podrán solicitar antes de la demanda y junto con la demanda; pero, en este segundo supuesto, cabe -a su vez- dos posibilidades, cuando existen razones de urgencia y cuando no las haya. La urgencia, según el art. 733-2, conduce al juzgador a resolver sin audiencia del demandado. En este supuesto -obviamente- al no existir “vista” no podrá haber petición adicional de prueba. Si hay vista -es decir, cuando no hay urgencia- la prueba puede ser instada en ella por ambas partes. No se desprende otra explicación del artículo 734 LECiv”.

Correcta me parece, en cambio, la orientación del **AAP Asturias (Sección 7ª), de 4 de abril de 2002 (JUR 2002\183273)**: “El solicitante de la medida, en el caso de autos, no aportó las justificaciones necesarias que conduzcan al Tribunal, sin prejuzgar

el fondo del asunto, a un juicio provisional indiciario, según es propio de la tutela sumaria; y el núm. 2 del mismo precepto (732) requiere el imprescindible acreditamiento documental o el ofrecimiento de otros medios demostrativos de la vigencia en el caso de dichos presupuestos, pero en el momento de la solicitud.

Es decir, a la demanda se acompañarán los documentos que justifiquen la adopción de la cautela pedida y, en su caso, se pedirá (en el escrito inicial) la práctica de los medios de prueba que conduzcan a fundar la pretensión, los cuales deben admitirse o denegarse en la providencia de señalamiento de la vista para su práctica en la comparecencia; preclusión que si bien rige con relación a la justificación de los presupuestos de la tutela cautelar no lo es así en relación a la parte demandada por ser en el momento de la vista, y no otro, cuando realiza la exposición de hechos”.

## **2. Resolución sobre el procedimiento a seguir: regla general y criterios para la resolución sobre la medida sin previa audiencia del demandado**

Regulado de manera unitaria el procedimiento a seguir para la resolución sobre la solicitud de tutela cautelar, la ley deja abiertas dos modalidades de desarrollo de ese procedimiento, en función de que deba resolverse previa audiencia al demandado o de que ésta deba quedar diferida a la adopción y ejecución de la medida cautelar.

El seguimiento de una u otra modalidad depende de una resolución de dirección procesal, adoptada a instancia del solicitante, en función de unos criterios fijados por la LEC en el art. 735.

De una parte no está justificado, de entrada y en principio, que sobre la tutela cautelar se resuelva sin audiencia del demandado porque, a diferencia de la tutela ejecutiva, la cautelar no se funda en un título ejecutivo en cuya formación ha participado el sujeto pasivo, sea mediante la contradicción del previo proceso declarativo, sea con el concurso de su voluntad para crear un título de naturaleza negocial, sino que la tutela cautelar depende de unos presupuestos legales cuya concurrencia en la realidad ha de declarar el tribunal.

De otra, la finalidad de la tutela cautelar podría quedar frustrada, en algunos casos, si la contradicción del demandado hubiera de ser previa a la resolución sobre la solicitud de la misma.

En atención a estas consideraciones, la LEC no fija *ex lege* la procedencia o no de la audiencia previa del demandado, sino que, tras establecer la audiencia previa como regla general, apodera al tribunal para excluirla en ciertos casos.

Específicamente:

1º) El tribunal acordará resolver sobre la solicitud de medidas con previa audiencia del demandado en la forma establecida en el art. 734 LEC, cuando el solicitante no haya pedido la resolución sin previa audiencia y cuando, habiéndola pedido, no hubiera acreditado la concurrencia en el caso de las razones legales para proceder sin previa audiencia.

2º) El tribunal acordará resolver sobre la solicitud de medida cautelar sin previa audiencia del demandado, si el solicitante lo pide y acredita “que concurren razones

de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar” (art. 733.2 LEC).

Concorre urgencia si la conducta constitutiva del peligro por la mora procesal estuviera preparada o se hubiera incoado con riesgo de consumir el perjuicio si hubiera que esperar a la celebración de vista.

El segundo criterio permite excluir la audiencia previa por cualquier razón, distinta de la urgencia, que pudiera impedir la efectividad de la medida solicitada, como, por ejemplo, que el traslado de la solicitud sirviera de preaviso al demandado y le instigara a actualizar la conducta constitutiva de peligro por la mora procesal.

En la práctica judicial, el control de los requisitos para resolver sin previa audiencia se realiza rigurosamente.

El **AJPI (4) Granada, de 5 de julio de 2001 (JUR 2001\240563)**, motiva de este modo el rechazo de la reposición de la providencia que citaba para vista previa: “cualquier medida cautelar entraña una restitución (sic) coactiva de la esfera patrimonial del demandado, al que le asiste el derecho fundamental de defensa y la facultad inherente de ser oído antes de que se dicte una resolución, siendo muy exigente nuestra actual Ley para dar aplicación a la regla excepcional del art. 733.2 debiendo concurrir como requisitos: -expresa petición de parte y -acreditación de las razones de urgencia o bien el posible resultado fraudulento por el demandado, no bastando la simple alegación genérica. Razones que deben ser plasmadas en el Auto a dictar de norma motivada”.

Para el **AJPI (4) Santander, de 4 de junio de 2001 (AC 2001\2055)**, respecto de una medida de suspensión, sin audiencia previa, de comunicación pública de obras musicales y precinto de aparatos: “lo más importante es que según se ha acreditado por la propia actora el citado establecimiento lleva abierto desde el mes de mayo de 2000. Por sus empleados ha sido visitado en noviembre y en febrero, y la solicitud de medidas cautelares se pone en el mes de marzo. Es evidente, y además no se indica en la demanda lo contrario, que no concurre ninguna causa de urgencia ni de necesidad, que en todo caso se podía haber acreditado por la parte actora y no se ha hecho”.

### **3. Actuaciones hasta la resolución sobre la medida cautelar, en caso de procedimiento sin audiencia previa del demandado**

Si el tribunal decide resolver sobre la solicitud sin audiencia previa del demandado no hay, en apariencia, ninguna actuación intermedia entre la solicitud y el auto por el que se acuerdan las medidas, pues éstas “se acordarán sin más trámites, en el plazo de cinco días” (art. 733.2, párrafo primero LEC).

A pesar de esta falta de trámites adicionales es necesario que los presupuestos de la medida sean acreditados.

En general esto puede hacerse acompañando a la solicitud no sólo justificaciones documentales, sino también dictámenes periciales, informes de profesionales de la investigación privada (acreditamientos testificales) y medios consistentes en instrumentos de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen (art. 382 LEC), o de archivo y reproducción de datos (art. 384 LEC).

Para supuestos especiales (medidas relacionadas con la prohibición o cesación de actividades ilícitas) la LEC establece unas posibilidades de que el tribunal acuerde unas comprobaciones, a instancia de parte, mediante las cuales se puede acreditar hechos que la parte no ha podido acreditar con medios de acreditamiento de las clases acabadas de ver (art. 732.2, párrafo segundo).

#### **4. Procedimiento en caso de resolución con audiencia previa del demandado**

El procedimiento sobre la solicitud de medidas cautelares con previa audiencia del demandado está regulado por el art. 734 LEC. Responde, en líneas generales, a la estructura del juicio verbal, porque el demandado no tiene posibilidad de contestación escrita, sino que se señala una vista en la que el demandado puede formular oralmente sus alegaciones defensivas y en la que se practican los medios de acreditamiento propuestos por las partes.

La defensa del demandado puede presentar diversas modalidades.

##### ***A) Defensa del demandado referida a la falta de presupuestos de las medidas cautelares solicitadas***

En la ordenación de la tutela cautelar anterior a la nueva LEC era un tema doctrinal y jurisprudencialmente debatido si la defensa del demandado podía extenderse al presupuesto de apariencia de buen derecho.

El art. 734.2 LEC despeja, a mi juicio, toda duda, sobre la amplitud de la defensa del demandado al permitir que exponga lo que convenga a su derecho y se sirva de cuantas pruebas disponga, que se admitirán si fueran pertinentes en razón de los presupuestos de las medidas cautelares.

El criterio de la pertinencia se refiere, expresamente, a los medios de acreditamiento, pero podría extenderse a las alegaciones. También la admisibilidad de éstas dependerá de que se refieran a los presupuestos de las medidas cautelares. Por otra parte, la relación de pertinencia se refiere, claramente, a todos los presupuestos de las medidas. No sólo al peligro por la mora procesal y a la caución, sino también a la apariencia de derecho.

Ahora bien, está justificado que se limite el debate procesal, principalmente sobre el presupuesto de apariencia de buen derecho, porque para el mismo es suficiente un juicio de probabilidad sobre el fundamento de la pretensión principal.

Esta justificada limitación se produce en el régimen de la admisión de los medios de acreditamiento en la vista, porque esa admisión depende de que las partes estén en condiciones de practicarlos inmediatamente, por disponer de los documentos, objetos o instrumentos necesarios para la práctica del medio y por estar a disposición del tribunal las personas en cuya declaración consista el medio de acreditamiento.

A mi juicio esta conclusión, además de ser perfectamente coherente con la urgencia del procedimiento cautelar y con la restricción del debate y de la cognición judicial propia del mismo, deriva, por un lado, de que el art. 734.2, párrafo primero LEC dispone que “las partes se servirán de cuantas pruebas dispongan”, y, por otro lado, de que sólo permite la suspensión de la vista para posibilitar la práctica de prueba

respecto del reconocimiento judicial (art. 734.2, párrafo primero, inciso segundo LEC).

**B) *Solicitud del demandado de sustitución de la medida por la prestación de una caución***

La facultad de instar la sustitución de la medida cautelar por la prestación de una caución tiene carácter defensivo porque posibilita al sujeto pasivo obtener una situación más favorable para él que la medida específica decretada.

Normalmente la petición de sustitución por caución la realizará el demandado en acumulación eventual a su defensa referida a la falta de presupuestos de la medida solicitada. No obstante, aunque el demandado sólo haya pedido la sustitución por caución, el pronunciamiento sobre esta petición siempre será subsidiario del pronunciamiento sobre la medida, porque sólo procede hacerlo en el caso de que este último sea estimatorio.

**5. La resolución sobre la solicitud de medida cautelar y los recursos contra la misma**

**A) *La resolución sobre la solicitud de la medida cautelar***

Ha de dictarse en forma de auto y su contenido consiste en el enjuiciamiento de la concurrencia, en el caso concreto, de los presupuestos de la tutela cautelar solicitada y en la concreción de la medida cautelar, según las reglas de configuración de las medidas que se trataron antes (arts. 733.2, párrafo primero y 735.2, párrafo primero LEC).

Ese enjuiciamiento y concreción de las medidas ha de realizarse en consideración de las peticiones y alegaciones formuladas y de los medios de acreditamiento aportados y practicados en el procedimiento cautelar.

El art. 721.1 LEC -“Tampoco podrá éste (el tribunal) acordar medidas más gravosas que las solicitadas”- tiene una importancia específica para el deber de congruencia en materia de tutela cautelar.

El solicitante ha de establecer “con claridad y precisión” la medida cautelar que pide (art. 732.1 LEC). Ante esa petición de medida concreta el tribunal podría estimar que no es procedente, por entender, de acuerdo con el art. 726.1.2ª LEC, que son posibles otras medidas cautelares, igualmente eficaces, pero menos gravosas o perjudiciales para el demandado.

Una concepción rigurosa del régimen de la congruencia podría conducir, en este caso, a la desestimación de la solicitud, porque, pedidos unos efectos jurídicos cualitativamente identificados, si no están amparados por la norma hay que denegarlos, no resolver sobre otros efectos cualitativamente distintos. La disposición que consideramos mitiga ese rigor y establece para el caso un tratamiento similar a la congruencia cuantitativa. No es en realidad esta última (Por ejemplo: pedir un embargo preventivo por 5 millones y concederlo por 10 millones), sino una valoración

ponderativa de la diversa gravedad de la incidencia de la medida en la esfera jurídica del demandado.

Dado que la sustitución de la medida por una caución ha de ser pedida por el sujeto pasivo por regla general, el tribunal no puede, de oficio, establecer la caución sustitutoria, salvo en el caso de medidas cautelares en materia de patentes (art. 137.2 LP).

El pronunciamiento sobre las costas del procedimiento cautelar está sujeto a las reglas generales del art. 394 LEC.

Consiguientemente puede no hacerse pronunciamiento sobre costas si se dan los requisitos legalmente previstas para ello, como es el caso del **AAP Salamanca (Sección única), de 7 de mayo de 2002 (JUR 2002\186836)**: “En lo que se refiere a las (costas) causadas en la instancia el art. 736.1 remite al art. 394 en orden a su imposición, en particular a su número 1º, precepto que consiente la no imposición de costas si hay serias dudas de hecho o de derecho, como sucede en este caso. En consideración a la dificultad de delimitar los casos de acuerdos lesivos del interés de la sociedad o de algún socio en provecho de otros socios o terceros, así como de precisar la irreversibilidad de los efectos del acuerdo impugnado, no procede hacer pronunciamiento alguno de las costas causadas en la instancia”.

El **AJPI (1) Pamplona, de 24 de enero de 2002 (AC 2002\1020)**, no condena en costas, a pesar de haber desestimado la medida solicitada, porque “la irrelevancia e inutilidad de la misma (la medida) obedece a la actuación de la propia interpelada” que hizo imposible la adopción de una medida ajustada a las características previstas por la ley.

### **B) Recursos contra la resolución**

En cuanto a los recursos contra el auto que resuelva sobre la solicitud de medidas es necesario distinguir varias situaciones.

#### 1º) Auto dictado sin previa audiencia del demandado

Si el auto es estimatorio de la solicitud no es admisible ningún recurso, sino que el demandado dispone de la posibilidad de oposición (art. 733.2, párrafo segundo LEC).

Si el auto es desestimatorio, el solicitante puede presentar recurso de apelación (art. 736.1 LEC).

#### 2º) Auto dictado con previa audiencia del demandado

Si el auto es estimatorio es admisible al demandado recurso de apelación, cuya pendencia no suspende los efectos de la resolución que ha decretado la medida cautelar (art. 735.2, párrafo segundo LEC).

Si es desestimatorio el solicitante puede presentar recurso de apelación (art. 736.2 LEC).

3º) Respecto de ambos casos hay que advertir que si las resoluciones son desestimatorias parciales (embargo por menos cantidad que la solicitada, medida menos eficaz que la pedida, medida con caución si se entiende que la caución no es

exigible, o con caución más gravosa que la que se estima procedente), ni el recurso del demandado, ni el del solicitante deben ser obstáculo para la actuación de la medida decretada, en su caso previa constitución de la caución establecida, todo ello sin perjuicio de lo que se resuelva en el recurso.

4º) Contra el auto que resuelva la apelación no cabe ningún otro recurso ante los tribunales ordinarios.

## **6. La ejecución de la resolución que acuerda una medida cautelar**

Dictado el auto por el que se adopta una determinada medida cautelar existe título para la ejecución de la misma (arts. 517.2.9º y 738 LEC).

Esencialmente es correcto hablar de una ejecución del auto que ha acordado una medida cautelar, puesto que existe una actividad judicial, jurídicamente regulada, destinada a ajustar la realidad a lo dispuesto como medida cautelar en el auto correspondiente, prescindiendo de la voluntad del sujeto pasivo o ejerciendo coacción sobre ella para conseguir el ajuste antes apuntado. Que se trate de una actividad ejecutiva no significa que le sea de aplicación íntegra el régimen de la ejecución forzosa previsto en los Títulos I al V del Libro IV de la LEC.

### ***A) Aspectos comunes de la ejecución***

Según el art. 738.1 LEC “Acordada la medida cautelar y prestada la caución se procederá, de oficio, a su inmediato cumplimiento”. Esta resolución regula la iniciación de la ejecución del auto que ha acordado una medida cautelar de modo diferente a la ejecución forzosa.

No son aplicables las normas relativas a la demanda ejecutiva -ni siquiera en la forma simplificada del art. 549.2 LEC -, ni al despacho de ejecución. Tampoco el plazo de espera para la ejecución de resoluciones judiciales que estatuye el art. 548 LEC.

Por otra parte, el auto es ejecutable aunque no sea firme (art. 735.2, párrafo segundo).

La prestación de la caución sustitutoria de la medida cautelar, en el caso de que haya sido fijada por el tribunal, incide sobre la ejecución de la medida de modo diferente según el momento en que la caución se preste por el sujeto pasivo.

1º) Impide la ejecución de la medida cautelar: si la caución está fijada en el auto que ha concedido la medida, el sujeto pasivo puede, mediante su efectiva constitución, evitar las actuaciones para el cumplimiento forzoso de la medida.

2º) Impone el alzamiento de los actos ejecutivos de la medida cautelar. Esto ocurre cuando la caución hubiera sido fijada con posterioridad a la ejecución de la medida (art. 747.1, párrafo primero) o prestada después de la misma.

### ***B) Actividades ejecutivas según el contenido de las medidas***

En cuanto al régimen de la actividad ejecutiva específica de las diferentes medidas cautelares hay que distinguir.

a) Medidas cuyos medios ejecutivos se hallan específicamente establecidos por la ley

Están en este caso (art. 738.2) el embargo preventivo -la ley remite a los preceptos reguladores del embargo en la ejecución dineraria (art. 584-633 LEC), aunque excepciona la obligación del sujeto pasivo de manifestar sus bienes (art. 738.2, párrafo primero LEC)-, la administración judicial de bienes productivos -“se procederá conforme a los artículos 630 y siguientes”- y las varias medidas consistentes en anotaciones preventivas en registros públicos -se procederá según las normas del registro correspondiente-.

b) Medidas cuyos medios ejecutivos no se hallan específicamente establecidos por la ley

Para su ejecución se apodera al tribunal de cualesquiera medios ejecutivos previstos por la ley -no, obviamente, a pesar de la referencia a los que fueran necesarios, de cualesquiera medios útiles imaginables-, incluso de los más efectivos por ser los destinados a la ejecución de las sentencias (art. 738.1 LEC). Tales medios deberán ser aplicados en cuanto sean adecuados para la realización del contenido de la medida cautelar de que se trate.

### **C) *Ejecución en España de resoluciones judiciales extranjeras que acuerdan medidas cautelares***

La ejecución en España de resoluciones cautelares dictadas por tribunales extranjeros, plantea, principalmente, el problema de la procedencia del exequátur con arreglo al Derecho convencional o interno aplicable.

En materia de *exequátur* de resoluciones cautelares extranjeras nuestro Derecho interno autónomo no ofrece otra solución que la de las normas comunes de los artículos 951 y siguientes de la LEC, que, de acuerdo con la disposición derogatoria única, 1, 3ª de la Ley 1/2000, continuarán en vigor hasta la vigencia de la Ley sobre cooperación jurídica internacional en materia civil. Esas normas sólo admiten a *exequátur* las sentencias firmes (art. 951 LEC), lo que constituye un obstáculo insoslayable para la declaración de ejecutividad de resoluciones cautelares, dejando a un lado lo inadecuado del procedimiento común del *exequátur* para aplicarlo con efectividad a una resolución cautelar.

Por otro lado, España no es parte en el Convenio multilateral más amplio sobre esta materia (el de La Haya de 17 de marzo de 1969), aunque, como confirmación de la tendencia restrictiva del *exequátur* de resoluciones cautelares extranjeras, el artículo 2 de este Convenio las excluye de su ámbito de aplicación y el art. 23.4 del mismo remite a convenios bilaterales la posibilidad de extender a tales resoluciones el procedimiento de *exequátur*.

Puede obtenerse la ejecución de resoluciones cautelares al amparo, desde el 1 de marzo de 2002, del Reglamento (CE) núm. 44/2001, del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil. El art. 32 del Reglamento 44/2000 -como antes el art. 25 del Convenio de Bruselas- concibe de manera muy amplia las

resoluciones para cuya ejecución es adecuado ese procedimiento, por lo que no habría obstáculo para estimar comprendidas las resoluciones judiciales cautelares.

No obstante, el TJCE introdujo, y mantiene por el momento, una limitación a la anterior conclusión. El *Oberlandesgericht* de Frankfurt a. M. suscitó cuestión prejudicial, con ocasión de pretenderse obtener la ejecución en Alemania de una *ordonnance sùr requête* dictada por el Presidente de un tribunal francés, que decretaba un embargo preventivo sin previa audiencia del sujeto pasivo.

La STJCE 21 de mayo de 1980, asunto *Denilauler c. Couchet Frères* resolvió la cuestión prejudicial en el sentido de que las resoluciones que han decretado medidas provisionales o cautelares sin previo emplazamiento para ser oída de la parte contra la que se decretan, no pueden acceder al régimen de reconocimiento y ejecución previsto en el título III del Convenio de Bruselas.

Respetando la esencia de la tesis del TJCE, puede entenderse que no es que este régimen sea inaplicable a las resoluciones cautelares, sino que hay causa para la denegación de la ejecución si no se acredita, al pedirla, que existió una posibilidad efectiva de audiencia previa. Se trata, pues, del cumplimiento de uno de los requisitos para la ejecución.

## **7. Oposición a la medida cautelar decretada sin audiencia previa**

Si la medida fue decretada sin audiencia previa del sujeto pasivo de la misma, el derecho de defensa de éste se garantiza mediante una posibilidad de oposición, configurada por los arts. 739 al 742 LEC.

El sujeto pasivo de la medida tiene la carga de formular la oposición, sin que ello signifique que recaiga sólo sobre él la carga de alegación y de acreditamiento de todo lo que determine la procedencia del alzamiento o la modificación de la medida cautelar.

Una parte de las cuestiones problemáticas de la oposición coinciden, en su planteamiento y solución, con las que se trataron en el procedimiento con audiencia previa: la amplitud con la que son admisibles las defensas del sujeto pasivo de la medida -el art. 740 LEC es aún más contundente en el sentido de que la defensa del sujeto pasivo puede extenderse a todos los presupuestos y al contenido de la medida-, el régimen del señalamiento y desarrollo de la vista, la resolución -ahora, la nueva resolución- sobre la medida cautelar y el régimen de recursos contra ella.

El procedimiento de la oposición consta de un acto escrito del sujeto pasivo de la medida, que ha de ser presentado en el plazo preclusivo establecido por el art. 739 LEC - veinte días contados desde el siguiente a la notificación del auto que acuerda la medida cautelar-, y de una vista, previamente a la cual se habrá dado traslado del escrito al solicitante de la medida (art. 741.1 LEC).

La resolución sobre la oposición se dicta en forma de auto en el plazo de cinco días posteriores a la vista (art. 741.2 LEC) y contiene dos clases de pronunciamientos: los principales, que están referidos a la medida cautelar, y los accesorios, que versan sobre la indemnización de daños y perjuicios y sobre las costas.

Los pronunciamientos principales versan sobre la medida inicialmente acordada y pueden producirse en alguno de los sentidos siguientes:

1º) Declaración de nulidad del auto y de las actuaciones que lo precedieron desde la que ordenó proceder sin previa audiencia del demandado, en caso de haberse estimado nulidad por no concurrir los presupuestos que permiten excluir la audiencia previa.

Véanse, en este sentido, **AAP Salamanca (Sección única), de 7 de mayo de 2002 (JUR 2002\186836)**, fundamento de derecho primero, y **AAP Álava (Sección 2ª), de 3 de diciembre de 2001 (AC 2002\282)**, en el fundamento de derecho que he reproducido en el apartado 11 de esta ponencia.

2º) Revocación o confirmación totales de la medida decretada inicialmente, por estimar, respectivamente, que no concurren o que concurren sus presupuestos.

3º) Revocación parcial del auto de concesión, con modificación de la medida decretada, bien sea dándole un contenido diferente y menos perjudicial para el sujeto pasivo, bien sea imponiendo la caución-presupuesto o aumentando la cuantía de ésta.

4º) En caso de mantenimiento total o parcial de la medida, podrá resolver, si lo ha pedido el opositor, sobre la sustitución de la misma por la prestación de una caución.

Sobre las costas se resuelve con arreglo a las normas generales del art. 394 LEC.

La condena a indemnizar daños y perjuicios está regida por el art. 741.2, párrafo tercero LEC: “Si alzare las medidas cautelares, condenará...al pago de los daños y perjuicios que éstas hayan producido”. Se trata de una norma de responsabilidad objetiva, ligada al hecho del alzamiento de la medida, al daño producido por su concesión, e independiente de toda valoración de culpa en la conducta del solicitante de la medida cautelar.

## **8. La variabilidad de las resoluciones sobre las medidas cautelares**

### ***A) En general***

Concluidas las actividades del procedimiento cautelar ¿deviene inmodificable la resolución sobre la medida cautelar que hubiera acabado por dictarse? Agotadas las posibilidades de recurso y de formular oposición, y firme, en consecuencia, la resolución dictada sobre la medida ¿es o no admisible un nuevo pronunciamiento acerca de medidas cautelares instrumentales del mismo proceso principal?

La respuesta a la última cuestión es negativa. La resolución sobre la medida -y, en su caso, la medida misma- es modificable.

Son diferentes las causas de la modificación, también los procedimientos para realizarla y otros efectos jurídicos de la misma. Específicamente:

1º) Las resoluciones firmes que hubieran concedido una medida cautelar están expuestas, en primer lugar, a las causas de extinción que derivan de su relación de instrumentalidad con el proceso principal, del modo que veremos más adelante.

2º) Las resoluciones que hubieran concedido una medida cautelar están expuestas a la modificación consistente en la sustitución de la medida específica por una caución, modificación que puede obtenerse del tribunal antes de que la resolución sobre la medida sea firme (pidiendo la sustitución por caución en la vista previa a la resolución sobre la medida o en la oposición, en sus respectivos casos) o después de la firmeza de tal resolución. Ocurre lo segundo cuando la petición de sustitución por caución se formula de modo independiente o separado, con arreglo a lo que autoriza el art. 747 LEC.

El **AAP Barcelona (Sección 16ª), de 5 de marzo de 2002 (JUR 2002\161620)**, estima que a esta modalidad de modificación no es aplicable la Disposición Transitoria 7ª.2 Ley 1/2000: “Hemos de matizar que la aplicación de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil a las medidas cautelares acordadas en base a la normativa antigua, sólo es admisible en los supuestos de revisión y modificación; y esa modificación, según dispone el artículo 743 sólo es admisible cuando se aleguen y prueben hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas.

Lo que la parte apelante pretendía no era tanto una modificación de la medida cautelar como su sustitución, o alteración; posibilidad que ya se contemplaba en el artículo 1405 de la LECiv de 1881.

Pero es que además la sustitución peticionada no se basa en hechos o circunstancias nuevas sobrevenidas, sino que ya había sido peticionada en un momento anterior. Simplemente se trataba de insistir en una pretensión invocada en su momento y rechazada por el juzgador de instancia.

Teniendo en cuenta que la resolución en la que el juez "a quo" rechazaba esa sustitución era objeto de otro recurso de apelación, lo procedente era que en aquel recurso hubiera insistido en la petición de sustituir la medida cautelar, y no plantear un nuevo incidente al respecto”.

3º) Por fin, cualesquiera resoluciones sobre una medida cautelar -las que la denegaron y las que la concedieron- pueden ser modificadas -entiéndase también como modificación la posibilidad de dictar resolución estimatoria cuando antes la petición fue denegada- en virtud de lo que, genéricamente, se puede denominar ahora cambio de los hechos y circunstancias relevantes para resolver sobre la tutela cautelar.

***B) Admisión de nuevos pronunciamientos sobre medidas cautelares que ya han sido objeto de resolución firme: nueva petición de medidas denegadas y petición de modificación de medidas decretadas***

La LEC establece dos disposiciones sobre esta materia. Por un lado el art. 736.2 LEC -que considera el supuesto de denegación por resolución firme-, según el cual “Aun denegada la petición de medidas cautelares, el actor podrá reproducir su solicitud si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición”. Por otro lado el artículo 743 LEC -referido a resoluciones firmes que han decretado medidas- a cuyo tenor “Las medidas cautelares podrán ser modificadas alegando y probando hechos y circunstancias que no pudieron tenerse en cuenta al tiempo de su concesión o dentro del plazo para oponerse a ellas”.

El problema principal es el de la calidad que han de tener los datos aducidos, para que ese nuevo pronunciamiento deba considerarse permitido por los artículos citados.

Es pacífico que tienen la calidad necesaria los hechos y circunstancias relevantes para la concurrencia de los presupuestos de las medidas, que no existían o que eran desconocidos en el momento de producirse la preclusión de las posibilidades de alegación y de acreditamiento en el procedimiento que ha conducido a que se dictara la resolución firme sobre la tutela cautelar.

Continuará, sin embargo, siendo dudoso y discutible si la aportación de medios de acreditamiento nuevos o descubiertos con posterioridad al momento procesal relevante, constituirá un dato de la calidad requerida. A favor de la respuesta afirmativa cabe argumentar que en el proceso principal –del que, según la LEC, el procedimiento cautelar es un incidente- hay excepciones a la preclusión que permiten aportar medios de prueba nuevos o de nuevo conocimiento (arts. 270, 271 y 460 LEC).

## XII. RELACIONES ENTRE LA TUTELA CAUTELAR Y EL PROCESO PRINCIPAL

La característica de instrumentalidad de la tutela cautelar vincula ésta y su estabilidad a un proceso principal de cuya sentencia está destinada a garantizar la efectividad. Esta característica condiciona una serie de aspectos del régimen jurídico de las medidas cautelares, que expresan la relación de las mismas con el proceso principal.

El régimen de la instrumentalidad de las medidas cautelares se aplica más ágilmente si la competencia para conocer del procedimiento sobre ellas corresponde al mismo tribunal que tiene competencia para el proceso principal. Así ocurre en nuestro ordenamiento, por regla general, como consecuencia de los arts. 723 y 730.2, párrafo segundo LEC.

Su aplicación plantea problemas especiales si la competencia corresponde a órganos diferentes, como es el caso de las medidas instrumentales de un arbitraje o de un proceso principal para el que sea competente un tribunal extranjero. El tribunal competente para la medida cautelar, que es, respectivamente, un órgano jurisdiccional estatal y un tribunal español, es el que ha de dar lugar a las diferentes consecuencias del régimen de la instrumentalidad a partir de la constancia ante el mismo, por el procedimiento debido, de las diversas situaciones relevantes del proceso principal que no se desarrolla ante él.

### **1. Admisibilidad de medidas previas al proceso principal**

La LEC ha hecho más rigurosa la incidencia de la instrumentalidad sobre la relación entre adopción de medidas cautelares e inicio del proceso principal y ha restringido la admisión de medidas previas únicamente al supuesto de que concurren “razones de urgencia y necesidad” (art. 730.2, párrafo primero LEC).

#### ***A) Requisitos para el mantenimiento de las medidas previas***

En caso de que se hubieran concedido medidas antes de iniciarse el proceso principal la instrumentalidad impone la presentación de la demanda dentro de los

veinte días siguientes a la adopción de las medidas (art. 730.2, párrafo segundo LEC). Por adopción ha de entenderse concesión de las medidas, no ejecución de las mismas. Más exactamente el plazo debería transcurrir desde el día siguiente a la notificación del auto (art. 133.1 LEC).

Los requisitos para que se mantenga una medida cautelar adoptada previamente al proceso principal son:

1.º) Presentación de la demanda principal en la que se interponga una pretensión procesal que se corresponda con la situación jurídica cautelable que se alegó para obtener la medida previa.

Sobre la necesidad de que se precise la futura pretensión, al solicitar la medida con carácter previo a la demanda, puede verse el **AAP Córdoba (Sección 1ª), de 23 de mayo de 2002 (JUR 2002\190511)**: “Ante todo cabe decir que la Juzgadora ni tan siquiera ha debido entraren el análisis que sobre dicho presupuesto lleva a cabo, pues sise trata de examinar si existe justificación inicial e indiciaria del derecho reclamado con la pretensión principal, se ha de saber como "condictio sine qua non" cual sea o vaya a ser esta, y en el caso de autos en la petición inicial ni se anuncia la demanda a deducir ni la pretensión que constituiría su objeto; por lo que falta el elemento fundamental que justifique la solicitud de una medida cautelar.

Es cierto que las medidas cautelares pueden solicitarse antes de la presentación de la demanda (art. 730.2) pero lo que no pueden es estar desconectadas de una demanda con una determinada pretensión, cuyo contenido se habrá de conocer, bien porque la demanda ya se encuentre presentada, bien porque se anuncie cual será el que vaya a tener cuando se presente en plazo legal. (...)

Todo lo expuesto se recoge para hacer ver como no es posible enjuiciarla apariencia de buen derecho en una medida cautelar cuando se ignora "en función" de que proceso y pretensión principal se solicita esta.

La parte solicitante no es que en su solicitud ignore el anuncio de una demanda posterior sino que omite toda referencia a una pretensión principal cuya efectividad se trate de asegurar con la medida que se insta”.

2.º) Presentación en el plazo legal de veinte días. De acuerdo con la regla general del art. 134.2 LEC el plazo puede ser interrumpido si la fuerza mayor impide cumplirlo y se reanudará su cómputo cuando ésta cese.

3º) La presentación de la demanda debe realizarse “ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud de aquéllas” (art. 730.2, párrafo segundo LEC).

4.º) Admisión de la demanda del proceso principal, aunque la fecha relevante para entender cumplido en plazo el requisito es la de presentación, a la que se retrotraen los efectos de la admisión posterior (como en la litispendencia -art. 410 LEC -).

Hay especialidades en el caso de medidas instrumentales de un arbitraje o de un proceso que deba iniciarse ante un tribunal extranjero

De entrada, el acto necesario para el mantenimiento de las medidas previas no consiste en la presentación de la demanda principal ante el tribunal que hubiera

acordado las medidas. Este tribunal, cuya competencia para acordar las medidas se regula por el art. 724 LEC, no puede conocer del asunto principal, porque está sometido a arbitraje o corresponde a la competencia de un tribunal extranjero.

No obstante, aunque exista disociación entre la competencia para conocer del procedimiento cautelar y competencia para el proceso principal, la instrumentalidad -y el contenido normativo esencial del art. 730.2, párrafo segundo LEC - requieren que, en un plazo determinado, la parte que obtuvo las medidas haya realizado los actos necesarios para que se inicie el procedimiento arbitral (arts. 722, párrafo primero, 730.3 LEC) o el proceso ante el tribunal extranjero.

### ***B) Efectos de los actos relativos al mantenimiento de las medidas previas***

En cuanto a los efectos principales, la falta de realización de los actos necesarios y en el plazo establecido produce, por ese sólo hecho, por disposición de la ley y sin necesidad de instancia del sujeto pasivo, la extinción de la eficacia jurídica de las medidas. En este sentido dispone el art. 730.2, párrafo segundo LEC: “Las medidas que se hubieran acordado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare...”.

Por otra parte el mismo artículo dispone que “El tribunal, de oficio, acordará mediante auto que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que hubieran sido realizados”. De manera que no sólo la extinción de la eficacia jurídica de la medida se producirá ex lege, sino que los actos para revocar las actividades de cumplimiento (asientos en registros públicos, comunicaciones a administradores, depositarios o interventores judiciales y a personas requeridas para adoptar cierta conducta o abstención) deben ser realizados también sin necesidad de instancia del sujeto pasivo.

Otros efectos son la imposición de las costas al que hubiera obtenido la medida y el pronunciamiento de que es responsable de los daños y perjuicios causados.

## **2. Consecuencias de la paralización del proceso principal sobre la tutela cautelar.**

Normalmente la paralización del proceso principal no debe determinar la extinción de la medida cautelar, porque la litispendencia permanece. No obstante esa regla tiene justificadas excepciones. Según el art. 731.1, párrafo segundo LEC: “Tampoco podrá mantenerse una medida cautelar si el proceso quedare en suspenso durante más de seis meses por causa imputable al solicitante de la medida”.

Este supuesto no concurre, por ejemplo, en los casos de suspensión por cuestiones prejudiciales (arts. 40, 42 y 43 LEC), aunque la suspensión haya sido pedida por el solicitante de la medida. En este caso la causa de la suspensión es la cuestión prejudicial cuya incidencia en el proceso principal ha sido apreciada por el juez.

El caso más frecuente de concurrencia de este supuesto de extinción será el de suspensión del proceso por acuerdo de las partes (arts. 19.4 y 179.2 LEC). Téngase en cuenta, por otro lado, que como cada parte puede reanudar el proceso con un acto unilateral, la simple omisión de ese acto por la parte solicitante de la medida determina que la suspensión le sea imputable.

### **3. Consecuencias sobre las medidas cautelares de la terminación del proceso principal.**

Hay que distinguir según la resolución que ponga fin al proceso principal no haya adquirido aún firmeza y que haya ya adquirido esa calidad.

#### **A) Resolución de terminación del proceso principal no firme**

##### a) No estimatoria de la demanda

Si la resolución no firme que termina el proceso principal es una sentencia absolutoria del demandado, el tribunal ordenará el inmediato alzamiento de las medidas cautelares adoptadas, salvo que el recurrente solicite su mantenimiento o la adopción de alguna medida distinta; sobre esa petición será oída la parte contraria y, en todo caso previo aumento de la caución, podrán acordarse nuevas medidas o mantenerse las adoptadas. (art. 744 LEC). A pesar de lo dispuesto en art. 723 LEC, la competencia para resolver esto la tiene el tribunal *a quo*.

##### b) Estimatoria de la demanda

Si, por el contrario, se tratara de una sentencia estimatoria de la demanda (o de resolución equivalente: transacción judicial), la medida sólo habrá de ser alzada si, a petición del vencedor, se hubiera despachado la ejecución provisional y la medida guardara relación con los pronunciamientos que se ejecutan (art. 731.2 LEC). La mera posibilidad de instar la ejecución provisional no es causa para el alzamiento de la medida, porque esa modalidad de ejecución es una facultad para la parte procesal favorecida por la sentencia, e, incluso, si una vez instada queda en suspenso por alguna razón, las medidas cautelares subsisten (art. 530.2, al final LEC).

#### **B) Resolución de terminación del proceso principal firme**

##### a) No estimatoria de la demanda

El art. 745 LEC se refiere a los supuestos de terminación con sentencia absolutoria o por renuncia o desistimiento, y dispone que las medidas serán alzadas de oficio. Los supuestos han de ser completados por todos los demás en los que el proceso termina sin estimación de la pretensión (satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto, diversos supuestos con ocasión de la audiencia previa o actividad procesal similar en el juicio verbal, caducidad del procedimiento en la primera instancia).

La responsabilidad por daños y perjuicios de quien obtuvo la medida cautelar será liquidada en el procedimiento especial adecuado, pero el art. 745 LEC no dispone con claridad que sea, en todo caso, una responsabilidad objetiva.

##### b) Estimatoria de la demanda

Si el proceso ha terminado por sentencia estimatoria de la pretensión la LEC establece una mínima regulación específica de la doctrinalmente conocida como “conversión de las medidas cautelares en medidas ejecutivas”.

Según el art. 731.1 LEC las medidas sólo serán alzadas, en ese caso, si en el plazo de veinte días desde la notificación al ejecutado del acto que constituye título

ejecutivo, el ejecutante no hubiera solicitado la ejecución. Es decir, el mantenimiento de las medidas no depende de la simple disponibilidad de un título ejecutivo, sino de la presentación de la demanda ejecutiva en plazo determinado.

Por otra parte, como el artículo citado equipara a las sentencias condenatorias “los autos equivalentes” se aclara la situación en que quedan las medidas cautelares si el proceso termina por transacción judicial. Es evidente que el proceso no termina con sentencia estimatoria de la demanda, pero la transacción judicial es título de ejecución, por lo que está justificado mantener las medidas.

En el sentido del texto, el **AAP Valladolid (Sección 3ª), de 28 de junio de 2002 (AC 2002\1198)**: “En su escrito de oposición al recurso, los apelados aluden a la existencia de una transacción -homologada judicialmente- por cuya virtud han pagado la deuda reclamada y se ha puesto fin al procedimiento principal, alegato que sin embargo, no constituye ningún óbice procesal para debida resolución del presente recurso (podrá tenerlo, obviamente, a la hora de ejecutar o no lo que aquí se resuelva) por lo siguiente: primero, porque nada consta en la presente pieza de medidas cautelares sobre los términos y alcance del citado pacto transaccional y segundo, y en todo caso, porque teniendo en cuenta las fechas en que fue dictado el auto resolutorio de medidas cautelares objeto de la presente apelación (8 de enero de 2002) y aquellas en que este recurso fue preparado y formalizado (16 de enero y 15 de febrero de 2002), en relación con el momento en que, según los propios apelados, se produjo el acuerdo transaccional homologado judicialmente (30 de enero de 2002) y aquel en que quedó constancia en autos, de su cumplimiento (18 de febrero de 2002), es innegable que este acuerdo transaccional producido en el procedimiento principal y posterior al Auto aquí impugnado, no priva de objeto al presente recurso ni al recurrente de todo interés legítimo respecto a la pretensión cautelar ejercitada.

Si bien el artículo 731 de la nueva Ley Procesal establece que no se mantendrá una medida cautelar cuando el proceso principal haya terminado por cualquier causa, sin embargo exceptúa el caso de que se trate de una sentencia condenatoria o auto equivalente (supuesto en el que bien puede incluirse la resolución judicial aprobatoria de un convenio transaccional para el pago de la deuda reclamada), pues en tal caso, «deberán mantenerse tales medidas hasta que transcurra el plazo a que se refiere el artículo 548 de la presente Ley» (veinte días posteriores a aquel en que la resolución de condena o de aprobación del convenio haya sido notificada al ejecutado).

Si durante dicho período (aún no transcurrido cuando fue interpuesto y formalizado el presente recurso de apelación) deben mantenerse las medidas cautelares acordadas, también lógicamente, durante ese mismo período habrá de reconocerse al solicitante el derecho e interés legítimo a insistir en su adopción o a recurrir su desestimación, cual es el caso”.

El art. 731.1 LEC no es directamente aplicable en el caso de que la tutela judicial en garantía de cuya efectividad se hubieran adoptado las medidas cautelares y que hubiera sido otorgada por la sentencia firme, fuera constitutiva o meramente declarativa. En estos casos no procede el despacho de ejecución (art. 521 LEC), cuya solicitud debe ser rechazada (art. 552 LEC). Para evitar el absurdo de que las medidas tengan, en este caso, una eficacia indefinida cabe postular una aplicación analógica del

art. 731.1 LEC en la que, en vez de solicitar la ejecución dentro del plazo legal, lo relevante para mantener las medidas será haber solicitado al tribunal, dentro de ese plazo, las actuaciones precisas para la eficacia de la sentencia (art. 521.2, 522 LEC).

### XIII. RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD POR LA UTILIZACIÓN DE LA TUTELA CAUTELAR

Un régimen efectivo de la responsabilidad por la utilización de la tutela cautelar es esencial para contrapesar los riesgos que la misma supone para el sujeto pasivo, dado que se fundamenta en un juicio esencialmente inseguro (aparición de buen derecho, previsión de impedimentos a la efectividad de la tutela que se conceda en el proceso principal).

Para la efectividad de este régimen se requiere que el mismo presente las siguientes características:

1ª) No estimar suficiente, por regla general, la ordinaria responsabilidad del patrimonio, sino exigir una garantía patrimonial concreta y específica para el eventual derecho del sujeto pasivo de la medida a la indemnización de daños y perjuicios causados por la misma cuando, por diversas razones, no ha servido al fin para el que la norma la establece. Sobre esto hay que remitir a lo que se expuso sobre la caución como presupuesto de las medidas.

2ª) Unas normas jurídico-materiales rectoras de la atribución de la responsabilidad adecuadas a las características de las conductas que hacen nacer tal responsabilidad. En diversos supuestos, que se han ido apuntando, la ley configura esta responsabilidad como objetiva. En defecto de norma expresa es dudoso si la responsabilidad es objetiva o por culpa (art. 1902 CC).

3ª) Un cauce procesal económico para declarar las consecuencias de esa responsabilidad y ejecutarlas. El art. 742 LEC –al que remiten otros- establece que se liquidará la indemnización –a los efectos de la posterior ejecución- en procedimiento incidental del proceso principal (art. 712 y siguientes), lo que evita tener que acudir al proceso declarativo adecuado por la cuantía.

#### XIV. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Esta referencia bibliográfica se ciñe a las publicaciones de mayor interés que han analizado la LEC 2000.

ARMENGOT VILAPLANA, A., *La tutela judicial civil de la propiedad intelectual*, La Ley, Madrid, 2003, páginas 395-516.

CALDERÓN CUADRADO, M. P., MARTÍN PASTOR, J., “Tutela judicial efectiva, derecho de asistencia jurídica gratuita y medidas cautelares (Sobre la caución como presupuesto de la tutela cautelar civil y el acceso a la misma de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar)”, en *Tribunales de Justicia*, 2001, número 3, páginas 1-20.

CUCARELLA GALIANA, L., “Arbitraje y tutela cautelar en la Ley 1/200, de Enjuiciamiento Civil”, en *Tribunales de Justicia*, 2000, número 12, páginas 1267-1288.

DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, páginas 1209-1259.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A., *La ejecución forzosa y las medidas cautelares en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Madrid, 2001.

FERNÁNDEZ-BALLESTEROS LÓPEZ, M. A., RIFÁ SOLER, J.M., VALLAS GOMBAU, J.F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Iurgium, Barcelona, 2000, páginas 3221-3382.

MARTÍN PASTOR, J., *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2001.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, coord. Córdón, Armenta, Muerza y Tapia, II, Aranzadi, Pamplona, 2001, páginas 657-744.

ORTELLS RAMOS, M, en *Proceso Civil Práctico*, coord. Gimeno, VIII-2, La Ley, Madrid, 2001, obra abierta con primera actualización de 2002.

ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, La Ley, Madrid, 2000.

PICÓ Y JUNOY, J., “De las medidas cautelares a las medidas autosatisfactorias ¿Un avance de Derecho Procesal?”, en *Justicia*, 2001, números 2-4.

VARIOS AUTORES, *Las medidas cautelares, Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, Madrid, 2000.

**OBJETO, EFICACIA JURÍDICA E IMPUGNACIÓN DEL DOCUMENTO NOTARIAL.  
(REFLEXIONES SOBRE EL ARTÍCULO 17 BIS, APARTADO 2, DE LA LEY DEL  
NOTARIADO) (\*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València (Estudi General)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.— II. ¿DACIÓN DE FE MÁS ALLÁ DE LOS HECHOS PERCIBIDOS? SIGNIFICADO JURÍDICO DE ESA «DACIÓN DE FE» Y ALGUNAS DUDAS.— III. ¿IMPUGNACIÓN DEL DOCUMENTO NOTARIAL?: 1. Impugnación del valor probatorio del documento notarial. Imprecisiones, inseguridades y seguridades excesivas. ¿Sólo mediante condena en proceso penal por falsedad? 2. Impugnación de efectos del documento notarial distintos al valor probatorio legal. Carga de la demanda, carga de la prueba y modo de contrarrestar una ventaja probatoria.

---

(\*) Publicado en *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, Año LXXX, julio-agosto, N° 684, 2004, pp. 1931-1946.

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley 24/2001, de de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, incluyó un amplio capítulo sobre medidas relativas a la seguridad jurídica preventiva, entre las que se incluía el régimen necesario para la utilización de los medios electrónicos, informáticos y telemáticos como forma válida de las actividades notarial y registral. En parte, ese régimen ha quedado contenido en una ley extravagante -la propia Ley 24/2001-. En otra parte, se introdujo mediante modificación de la Ley Hipotecaria y de la Ley del Notariado.

Mi propósito es comentar algunos aspectos de la disposición utilizada para regular la plena validez formal del instrumento notarial en forma electrónica, incluidas las firmas de los otorgantes y del notario: el nuevo art. 17 bis de la Ley del Notariado. Ciertamente lo que me llama la atención de la mencionada disposición no es la que parece ser su principal razón de ser -regular una nueva forma para el desempeño de la función notarial-, sino la más que discutible oportunidad de introducir unas proposiciones normativas que, prescindiendo de los requisitos de forma, generan dudas e inseguridad sobre el objeto y eficacia jurídica de la función notarial.

El art. 17 bis dice, en la parte que interesa, lo siguiente:

«En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantía y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:

a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes e intervinientes».

Apunto una interpretación posible -que puede corresponder, si no a la *voluntas legislatoris*, sí a la intención de inspiradores de la redacción del texto-: bajo la cobertura de la específica eficacia jurídica que produce la fe pública se coloca, no sólo lo que ontológicamente puede ser objeto de ella, sino también otros elementos del acto documentado con intervención notarial. Concretamente: la capacidad y legitimación de los otorgantes -aunque, respecto a esto, la dación de fe aparece matizada por el “a su juicio”, matiz que la letra de la disposición no facilita extender a los elementos siguientes de esta enumeración-, la libre prestación del consentimiento y el carácter debidamente informado de la voluntad expresada, y, en fin, la adecuación del otorgamiento a la legalidad.

## II. ¿DACIÓN DE FE MÁS ALLÁ DE LOS HECHOS PERCIBIDOS? SIGNIFICADO JURÍDICO DE ESA “DACIÓN DE FE” Y ALGUNAS DUDAS

Es sabido que la dación de fe sólo puede tener por objeto los hechos o acaecimientos perceptibles con los sentidos. En cuanto el ordenamiento establece una norma de prueba legal para una parte del contenido del documento público -y el Derecho español lo hace con el art. 319.1 LEC, que establece que “harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ellos”<sup>1</sup>-, está imponiendo -en principio y salvo éxito de la impugnación procedente- tener por ciertos esos hechos y establecerlos como tales en la sentencia. Esta eficacia imperativa que la norma de prueba legal anuda a la constatación notarial de un determinado hecho puede ser entendida en el sentido de que, atendidos los efectos de su intervención, el notario “manda” u “ordena”, porque la interposición de su oficio tiene el resultado de vincular una parte del contenido de la sentencia judicial. Éste sería el punto de partida para la impropia extensión semántica de la “dación de fe” a la que me referiré de inmediato.

La disposición comentada parece querer convertir en objeto de la dación de fe lo que no son hechos sensorialmente perceptibles, sino juicios o apreciaciones del notario. Los que versan sobre las aptitudes subjetivas de una persona, sobre la titularidad por esa persona de un derecho o situación jurídica subjetiva condicionantes de la validez o eficacia del negocio celebrado -¿qué significa legitimación en el art. 17 bis?-, sobre el conocimiento informado y la expresión libre de la voluntad, y, más aún, el juicio acerca de que las declaraciones de voluntad han respetado los límites imperativos establecidos por el ordenamiento -parece correcto entender así la referencia a la adecuación del otorgamiento a la legalidad-.

¿Cuál es el significado jurídico de estas proposiciones normativas tan claramente expresadas en la letra del art. 17 bis, apartado 2, de la Ley del Notariado?

En principio, pueden considerarse estos dos<sup>2</sup>:

1) Significa una norma jurídica imposible, porque ontológicamente no puede ser objeto de dación de fe el acierto de un juicio o de una apreciación.

2) El legislador ha utilizado impropriamente los términos de dación de fe para significar una eficacia o valor imperativos de ciertos juicios o apreciaciones expresadas por el notario. La impropiedad terminológica de utilizar expresiones cuyo significado corresponde al ámbito de las declaraciones de conocimiento para representar realidades que están situadas en el campo de las declaraciones imperativas de voluntad, no es en absoluto nueva, ni desconocida en el mundo del Derecho. Baste recordar la formulación de la cosa juzgada -que realmente es una prohibición de nuevo enjuiciamiento y un deber de ajustarse al enjuiciamiento realizado- como una

---

<sup>1</sup> La prueba plena de la identidad de los otorgantes e intervinientes entiendo que debe excluirse. En este aspecto la dación de fe no puede alcanzar más que a lo previsto por el art. 23 de la Ley del Notariado.

<sup>2</sup> Ya las plantea DE LA OLIVA SANTOS, A., “Sobre el objeto y eficacia de la dación de fe notarial (a propósito del art. 98 de la Ley 24/2001)”, en *Tribunales de Justicia*, octubre, 2002, págs. 19-25.

presunción de verdad, que hasta hace muy poco campeaba en la letra del artículo 1251, párrafo segundo, Código Civil.

En definitiva, la letra del art. 17 bis, apartado 2, letra a) de la Ley del Notariado, habría que entenderla no tanto como que el notario da fe sobre los extremos que en el mismo se enuncian, sino como que el notario “establece”, con cierta eficacia jurídica, que las partes son capaces y tienen legitimación para el negocio que han realizado, que han expresado su voluntad libremente y con la información debida y que han realizado un negocio jurídico conforme a ley -tal vez mejor: no disconforme con ella en cuanto a sus normas de *ius cogens*-. La función notarial añadiría a la dación de fe en sentido estricto, ligada a la existencia de normas de prueba legal, una especie de “función resolutive” acerca de las cuestiones que han quedado enunciadas.

Puntualicemos, enseguida, que la eficacia o valor jurídicos de esa “función resolutive”, que acompañaría a la autorización o intervención notarial de la documentación de un negocio jurídico, tendría un carácter interino, expuesto a una eventual impugnación jurisdiccional del negocio jurídico. Aunque, llegado a este punto, ya empiezo a dudar si no sería más acertado hablar de la impugnación de la autorización-intervención notarial, que sería la que habría dado al negocio el valor que hace necesario atacarlo, si no se comparten los juicios y apreciaciones formulados por el notario. Porque, si el negocio por sí sólo, aunque no tenga forma escrita notarial, tiene la misma eficacia jurídica para crear, modificar o extinguir las relaciones jurídicas privadas, y está sujeto a impugnación si la producción de esos efectos puede ser negada por no haberse operado de modo conforme con el ordenamiento, se hace difícil entender qué le añade la autorización-intervención notarial, como no sea, precisamente, la dación de fe en sentido estricto y el correspondiente valor probatorio legal, aunque ceñido a los hechos objeto de la dación de fe. Si determinados juicios o apreciaciones del notario producen un efecto jurídico que hace necesaria, en su caso, una impugnación, parece que ésta se justifica por algo distinto a la simple existencia del negocio sin forma escrita notarial.

Si se admitiera que la autorización-intervención notarial en la forma de celebración de un negocio jurídico tiene, aunque sea en parte, el segundo significado que se acaba de exponer, habría que reconocer una nueva modalidad de hechos constitutivos -en sentido amplio; es decir, comprendiendo los modificativos y extintivos- de las relaciones jurídicas privadas. Junto a la eficacia constitutiva ligada a la estricta celebración de un negocio jurídico, o a los actos del poder público que pueden generar efectos jurídicos con fundamento en una *potestas imperii* habilitada por el ordenamiento, tendríamos un supuesto de hecho constitutivo en el que a la declaración de voluntad de las partes en la que consiste el negocio jurídico, se adheriría una aparente “declaración de verdad”, pero realmente una “orden interina de validez jurídica”, emitida por el notario.

A partir de ahí se abren una serie de interrogantes, alguno de los cuales no me atrevo ni siquiera a apuntar cómo podría cerrarse.

El valor o eficacia de esa “orden interina”, ¿Se fundaría en una “imposición” de la voluntad del notario, con fundamento en sus juicios jurídicos, sobre la de los otorgantes? Me parece evidente que no, porque es suficiente que uno de los otorgantes niegue el concurso de su voluntad para que el acto o el negocio no se realice.

¿Sería su fundamento la voluntad del otorgante u otorgantes, por si sola, aceptando los términos del otorgamiento? Tampoco convence, porque en tal caso queda sin explicación por qué la “especial eficacia” necesita de la autorización-intervención notarial y no se produce sin ella.

¿Habría que pensar, como fundamento, en que la voluntad del otorgante u otorgantes concurre con la voluntad del notario de formular aquella implícita “orden interina de validez jurídica”?

En fin, es claro que el notario responde por falsedad si falta conscientemente a la verdad en la dación de fe en sentido estricto. Pero si, además, hubiera que entender que el notario emite real, aunque implícitamente, una “orden interina de validez jurídica” al autorizar o intervenir el otorgamiento ¿debería responder también a título de prevaricación en el caso de que haya efectuado los juicios y apreciaciones de manera arbitraria y conscientemente injusta?

### III. ¿IMPUGNACIÓN DEL DOCUMENTO NOTARIAL?

Vayamos, ahora, a la impugnación del acto o negocio autorizado o intervenido por notario.

Lo primero que habría que apuntar es que no corresponde a nuestra cultura jurídica la idea de impugnar el acto o negocio precisamente por la autorización-intervención notarial de los mismos, como quien impugna un acto administrativo para destruir la eficacia de la que le rodea el art. 57 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. La cuestión del valor y eficacia de la autorización-intervención notarial surge, más bien, con ocasión de un litigio en el que un acto o negocio documentado notarialmente es relevante, sea para fundar la pretensión, sea como objeto de una pretensión impugnativa (contra el acto o negocio, no contra su autorización notarial).

Presupuesto lo anterior, hay que distinguir, a continuación, entre, por un lado, la impugnación del valor probatorio legal vinculado a la dación de fe sobre ciertos extremos, y, por otro lado, la eventual necesidad y el modo de combatir en el proceso los efectos jurídicos -de naturaleza distinta a la dación de fe y a su acompañante valor probatorio legal- de ciertos juicios y apreciaciones expresados por el notario.

**1. Impugnación del valor probatorio del documento notarial. Imprecisiones, inseguridades y seguridades excesivas. ¿Sólo mediante condena en proceso penal por falsedad?**

La impugnación del valor probatorio legal del documento público en cuanto a los extremos dotados estrictamente de ese valor (arts. 319.1 LEC, 1218 CC) sigue teniendo en la nueva LEC un régimen tan deficiente como en el antiguo ordenamiento procesal. Realmente el problema es que no se establece expresamente un régimen de impugnación, lo que origina dudas sobre cuál deba ser el mismo y, en cierto modo, sobre la verdadera entidad y eficacia de las normas de prueba legal. Lo último tanto más desde que la LEC ha establecido una norma de facilitación probatoria a favor de una clase de documentos públicos que no están dotados de valor probatorio legal en ninguno de sus extremos (art. 319.2 LEC).

Me adelanto a decir que no constituyen impugnación del valor probatorio legal del documento público, a pesar del epígrafe del art. 320 LEC, las actividades a las que se refiere este artículo, ni las de impugnación de testimonios o certificados incompletos (art. 321 LEC), ni, en fin, las de comprobación de la autenticidad formal de documentos públicos sin protocolo, matriz o expediente original (art. 322 LEC). Estas actividades van dirigidas a establecer o a impugnar un requisito previo a la atribución del valor probatorio legal y condicionante de esa atribución: si el documento es un documento público -en efecto, también ha de ser posible una impugnación fundada en que el documento no cumple los requisitos de los arts. 1216 y 1217 CC y de las normas a las que estos remiten-, completo y plenamente coincidente con el original si se aportó una copia (arts. 320 y 321 LEC), o que, cuando no es posible el cotejo con el original, cumple determinados requisitos (art. 322 LEC). Si las mencionadas condiciones no se dan en sus respectivos casos, la impugnación del valor probatorio legal del documento no es ni siquiera necesaria, porque el documento aportado no encaja en el supuesto de hecho legal al que, también la ley, vincula aquel valor en cuanto a ciertos extremos del documento.

De impugnación del valor probatorio del documento público cabe hablar si una parte sostiene que el hecho, acto o estado de cosas documentados, la fecha de la documentación o la identidad del fedatario o de las personas que se dicen intervinientes, no coinciden o son divergentes con la realidad de lo acontecido.

El establecimiento de las normas de prueba legal no excluye que esa realidad divergente de lo documentado pueda ser probada y, con ello, queden privados de valor probatorio legal los extremos del documento en principio dotados del mismo.

La cuestión es de qué modo debe hacerse la impugnación, porque una poco matizada exposición de los datos probados por prueba legal a ser contrarrestados con fundamento en medios de prueba de libre apreciación, puede conducir a una real infravaloración de las reglas de prueba legal y de los fines a los que quiere servir el establecimiento de las mismas.

La técnica jurídica en cuanto al modo de impugnación que, a mi juicio, simboliza una mayor protección del valor probatorio legal es la vigente en Derecho italiano, que impone instar una declaración específica de la falsedad del documento para eliminar su valor probatorio legal, declaración que puede obtenerse en un proceso

civil autónomo o en un debate incidental específico inserto en el proceso civil en el que se aportó el documento<sup>3</sup>.

Diferentemente, la ZPO se limita a disponer que “*Der Beweis, daß der Vorgang unrichtig beurkundet sei, ist zulässig*” (§ 415, párrafo segundo). Pero, aunque falte el rigor procedimental del que rodea la impugnación el Derecho italiano, la doctrina recalca que “es necesaria la prueba de la incorrección (de lo documentado). El valor probatorio del documento no queda excluido, ni eliminado mediante la prueba de la posible incorrección o por la mera puesta en duda de la corrección”<sup>4</sup>.

En nuestro ordenamiento, y bajo la antigua LEC, la cuestión del modo de impugnación del valor probatorio legal del documento público no tenía una respuesta específica<sup>5</sup>. La doctrina sostenía -a veces con incomprensibles reservas<sup>6</sup>- que, junto al proceso penal para el enjuiciamiento del delito de falsedad eventualmente cometido, era admisible plantear en el propio proceso civil la divergencia entre lo documentado y la realidad que pretende reflejar, probar esta última con todos los medios de prueba admisibles, y que, en definitiva, la sentencia decida qué hechos han de ser tenidos por ciertos<sup>7</sup>.

La nueva LEC no ha alterado los términos para resolver la cuestión. Y, a mi juicio, la doctrina no siempre se ha pronunciado sobre el modo de resolverla con la suficiente claridad, y, menos aún, de manera uniforme.

En unos casos, la impugnación del valor probatorio legal del documento público no se distingue con suficiente nitidez de impugnaciones previas dirigidas a establecer si la copia aportada coincide plenamente con el original del documento<sup>8</sup>.

---

<sup>3</sup> Sobre la denominada *querela di falso*, véanse los arts. 221-227 CPC, y una aproximación a sus problemas en CARPI, F., TARUFFO, M., *Comentario breve al Codice di Procedura Civile*, Cedam, Padova, 2002, páginas 692-702.

<sup>4</sup> LEIPOLD, D, en STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, IV-2, 21ª edición, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1999, página 432.

<sup>5</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO, XVI-2, Edersa, Madrid, 1981, página 119.

<sup>6</sup> PRIETO-CASTRO, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Aranzadi, Madrid, 1982, página 716, indica -demostrando cierta reticencia frente a este modo de impugnación- que “al lado de la falsedad penal se habla (con razones poco asequibles) de falsedad civil, sin duda para significar la ausencia de dolo penal, pero subsistiendo la idea de falsedad”.

<sup>7</sup> GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II-1, Aguilar, Madrid, 1947, página 548; GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO, XVI-2, Edersa, Madrid, 1981, página 119-120

<sup>8</sup> Me parece que es el caso de DE LA OLIVA, A., *Derecho procesal civil. El proceso de declaración*, con DIEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., CERA, Madrid, 2001, páginas 341-342. Aunque comienza matizando que «el art. 320 LEC se ocupa de la impugnación del valor probatorio del documento público o, *mejor* (la cursiva es mía) -como dice el precepto literalmente- de la impugnación de la autenticidad», concluye que «si el cotejo o la comprobación -en todo caso, una comparación- arrojan resultado de identidad, la específica fuerza probatoria del documento público queda confirmada y deviene inatacable». Del mismo autor, ahora en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con otros autores, Civitas, Madrid, 2001, es la siguiente frase en páginas 563-564. «Son documentos que, en principio, llevan el sello de la autenticidad y de la verdad de lo que documentan y su autenticidad y veracidad sólo puede ser destruida mediante una impugnación que, además, demuestre inequívocamente la falsedad o el error, tras las operaciones previstas en el art. 320,

En algunos autores la impugnación del valor probatorio legal del documento público no aparece netamente distinguida del modo de contrarrestar efectos del documento público que no consisten en valor probatorio legal, porque se refieren a aspectos sobre los cuales ese valor no está establecido. Así, por ejemplo, la veracidad del contenido de las declaraciones de los otorgantes<sup>9</sup>, siendo así que el valor probatorio legal sólo cubre, respecto de las declaraciones de los otorgantes, el hecho de que fueron formuladas con un determinado tenor, pero no la sinceridad y veracidad de su contenido.

Otros autores sí que expresan con claridad su tesis sobre el modo de impugnación del valor probatorio legal del documento público.

Así, para MONTERO: “en el proceso civil en que se presenta un documento público, y ahora nos referimos a los notariales, la parte del mismo que queda cubierta por la fe pública y que hace prueba plena (y el caso más evidente es el de la fecha), no puede verse desconocida por el Juez al que se le impone la valoración legal del medio de prueba, salvo que se ponga en marcha un proceso penal, con suspensión del civil, y en aquel proceso se condene a los autores por el delito de falsedad. La fe pública notarial supone que en el proceso civil no cabe prueba para evidenciar la falsedad de la escritura pública, siempre en su parte de valor legal, y desde la misma dictar sentencia negando el valor probatorio legal de ese documento”<sup>10</sup>.

Y para ORMAZÁBAL: “el ejercicio de la correspondiente acción penal, por haber incurrido el fedatario en falsedad en relación con los hechos aseverados en el documento, es el único medio para evitar que aquél despliegue su eficacia de prueba legal en los términos más arriba expuestos”<sup>11</sup>.

A mi modo de ver, el proceso penal que finalice con una sentencia de condena por falsedad del fedatario público no es, ni puede ser, el único modo de impugnar el valor probatorio legal del documento público.

Aún suponiendo que el único caso en que pudiera ser excluido ese valor probatorio fuera el de que el fedatario público hubiera incurrido en una consciente divergencia entre lo percibido por él y aquello sobre lo que ha dado fe en el documento, el proceso penal con resultado de condena sería un instrumento insuficiente para constatar la concurrencia en la realidad de tal único supuesto de

---

si son posibles y cuando no sea de aplicación el art. 321». La frase me parece equívoca, porque no deja claro si tales operaciones son las únicas admisibles para demostrar la falsedad o el error o si la mención de las mismas se debe a que, en todo caso, deben realizarse previamente a esa demostración.

<sup>9</sup> ASECIO MELLADO, J.M., *Proceso civil práctico*, con otros autores, IV, La Ley, Madrid, 2001, página 526; GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P., en CORDÓN/ARMENTA/MUERZA/TAPIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 2001, páginas 1122-1123; SACRISTÁN REPESA, G., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS/RIFÁ/VALLS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Iurgium, Barcelona, 2001, páginas 1522-1524; ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000, páginas 100-101.

<sup>10</sup> MONTERO AROCA, J., “La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso”, en *La Ley*, 27 de marzo de 2003, apartado V, 2, B.

<sup>11</sup> ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000, página 101.

exclusión del valor probatorio legal. Como GUASP hace tiempo que advirtió<sup>12</sup>, bastaría el fallecimiento del fedatario público imputado -o una incapacidad del mismo que diera lugar a una suspensión indefinida del proceso penal-, la prescripción del delito o la concurrencia de circunstancias eximentes de la responsabilidad penal, para que, aunque constara objetivamente la divergencia entre la realidad y lo documentado con cobertura de fe pública, el valor probatorio legal no pudiera ser excluido.

Pero es que, además, como apunta DE LA OLIVA<sup>13</sup>, también la demostración inequívoca de un error del fedatario público que haya conducido a la mencionada divergencia puede fundar la exclusión del valor probatorio legal<sup>14</sup>.

Como la LEC no establece ningún procedimiento específico para impugnar el valor probatorio legal del documento público, he de concluir que, salvo que proceda la aplicación del art. 40.4 y 5 -y, aún en tal caso, si el proceso penal termina sin pronunciamiento de condena, pero que no niegue la divergencia objetiva entre lo documentado por el fedatario y lo acontecido ante él-, el modo de impugnación habrá de consistir en alegar la mencionada divergencia y probarla con cualesquiera medios de prueba admisibles. La clave de la protección que el ordenamiento dispensa al valor probatorio legal por él establecido radica en el resultado probatorio que esos medios de prueba habrán de producir para que resulte excluido el valor probatorio legal. Habrá de ser un resultado de plena, absoluta y total convicción del tribunal acerca de que lo ocurrido en la realidad fue diferente a lo que figura documentado con fe pública. Las razones de esa convicción han de ser, además, expuestas en la motivación de la sentencia (art. 218.2 LEC).

Sostener que el valor probatorio legal de los documentos públicos puede ser impugnado del modo dicho, puede entenderse que conduce a una equiparación del trato de estos -establecido en el art. 319.3 LEC- con el correspondiente a los documentos que la LEC ha diferenciado como documentos administrativos u oficiales (art. 319.2 LEC), respecto de los cuales sí que dispone que “los hechos, actos o estados de cosas que consten en los referidos documentos se tendrán por ciertos, a los efectos de la sentencia que se dicte, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado”.

Evidentemente si esta desvirtuación hay que entenderla como una prueba conducente “a un juicio de certeza contrario o distinto”<sup>15</sup>, se produciría aquella equiparación. Pero, de modo no menos evidente, si, en caso de valor probatorio legal del documento público, se excluyera toda posibilidad -salvo la de condena penal del

---

<sup>12</sup> GUASP DELGADO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, II-1, Aguilar, Madrid, 1947, página 548.

<sup>13</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con otros autores, Civitas, Madrid, 2001, página 564.

<sup>14</sup> En la doctrina alemana no se discute que lo relevante es alcanzar la prueba de la objetiva incorrección de la documentación en relación con el hecho de lo declarado, las circunstancias de lugar y tiempo de la declaración y la identidad del fedatario y de los declarantes, sin que importe que esa incorrección se deba a falsedad, a error o a otras causas. Véase, en sentido, LEIPOLD, D, en STEIN-JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, IV-2, 21ª edición, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1999, página 432-433.

<sup>15</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, con otros autores, Civitas, Madrid, 2001, página 564.

fedatario- de una prueba plena acerca de haberse producido una documentación con fe pública que diverge de la realidad documentada, se estaría incurriendo en la insuficiencia de los medios de impugnación de la prueba legal que más arriba comenté.

A mi juicio, el apartado 1 del art. 319 -aún con la posibilidad de impugnación razonablemente amplia que sostengo- puede tener un significado plenamente distinto al del apartado 2 del mismo artículo, si se entiende que en este apartado “desvirtuar la certeza de lo documentado” no significa conseguir la plena convicción del tribunal sobre la certeza de algo distinto a lo documentado, sino generar las dudas del tribunal -quitar fuerza a la certeza- sobre lo documentado. El valor probatorio de los documentos administrativos u oficiales quedaría desplazado con el simple *acreditamiento* de lo contrario a lo que en ellos se constata, tal como, por cierto, literalmente dicen las dos disposiciones más importantes en esta materia -los artículos 133.5 y 145.3 de la Ley General Tributaria-.

## **2. Impugnación de efectos del documento notarial distintos al valor probatorio legal. Carga de la demanda, carga de la prueba y modo de contrarrestar una ventaja probatoria**

Aparte del contenido del documento notarial estrictamente cubierto por la fe pública y al que se atribuye valor probatorio legal -contenido al que, principalmente, se refiere el art. 319.1 LEC-, el art. 17 bis, apartado 2, letra a, de la Ley del Notariado parece atribuir, bajo la fórmula impropia de “el notario deberá dar fe”, una eficacia especial a ciertos juicios y apreciaciones del notario contenidos también en el documento notarial.

¿Cómo se impugna esa especial eficacia? ¿Qué significa impugnarla y qué se requiere para el éxito de la impugnación? Incluso ¿Es necesario impugnar esa “eficacia especial” o se trata, realmente, de la impugnación de algo diferente a la misma?

Entre los juicios y apreciaciones del notario a los que se refiere el art. 17 bis, apartado 2, letra a, de la Ley del Notariado, cabe distinguir dos clases, en atención a la naturaleza del juicio o apreciación y también a la existencia o no de una doctrina jurisprudencial que reconozca alguna eficacia especial a los mismos:

1º) Por un lado, tenemos la pretendida dación de fe sobre la capacidad de los otorgantes, la libre prestación de su consentimiento y la debida información de la voluntad expresada por los mismos.

Estos juicios o apreciaciones tienen una naturaleza compleja. En parte expresan los resultados de cierta observación de la realidad por el fedatario, o, mejor, de una apariencia externa de esa realidad: signos externos reveladores del estado psicofísico del otorgante, circunstancias que rodean la expresión del consentimiento. En otra parte son suposiciones de hechos ni percibidos, ni perceptibles por el fedatario -por ejemplo, que la declaración de un otorgante no está influida por el miedo, la intimidación, el error o la conducta dolosa de la contraparte o de un tercero-. En fin, expresan auténticas valoraciones jurídicas acerca de la aptitud de los otorgantes y de la ausencia de vicios de consentimiento, valoraciones que se basan en los elementos anteriormente mencionados.

La eficacia especial de esta clase de juicios y apreciaciones es explicada por la jurisprudencia y la doctrina de modos muy diversos. Unos acuden a la categoría de la presunción *iuris tantum*<sup>16</sup>. Otros autores critican la anterior explicación y estiman más correcta la de una regla especial de carga de la prueba<sup>17</sup>. Otros, en fin, la explican como un principio de prueba sobre los elementos beneficiados por esa eficacia especial<sup>18</sup> o como una regla especial que incide en la libre valoración de la prueba<sup>19</sup>.

Por el momento diré que no me parece del todo equivocada la explicación de la especial eficacia de esta primera clase de juicios y apreciaciones mediante conceptos propios de Derecho probatorio. Como he apuntado antes, esos juicios y apreciaciones se fundan sobre ciertas constataciones de hechos -más bien menos que más seguras- realizadas por el fedatario. Cuestiones diferentes -sobre las que volveré después- son si, de una parte, los conceptos de Derecho probatorio bastan para la explicación, y, de otra, si alguna de las explicaciones ensayadas sirve sólo para los negocios jurídicos con documentación notarial o es extensible a toda impugnación de negocio jurídico, cualquiera haya sido la forma de su celebración.

2º) La segunda clase de juicios o apreciaciones que consideramos incluye la pretendida dación de fe acerca de que “el otorgamiento se adecua a la legalidad”.

La explicación de una especial eficacia de este juicio en términos de presunción *iuris tantum* también la ha hecho la doctrina. Decía NÚÑEZ LAGOS -y CORDÓN MORENO estima acertada su tesis- que “la fe pública notarial irradia sus efectos en dos capas o estratos del otorgamiento: en la de los hechos (*iuxta verum dictum*) como manifestación de verdad o de realidad, y en la del derecho, como manifestación de legalidad (*iuxta legem actum*). En el primer estrato, el acto documentado por el notario surte todos sus efectos íntegramente mientras una sentencia no declare su falsedad, es decir, mientras no deje de ser instrumento público. En el segundo estrato, el negocio jurídico contenido en la escritura pública es legal y válido *iuris tantum* mientras una sentencia firme no declare su nulidad”<sup>20</sup>.

En este caso, la explicación mediante aquella categoría de Derecho probatorio me parece del todo inapropiada, porque en modo alguno se halla en cuestión la fijación de hechos relevantes, sino, presupuestos los elementos del negocio a los que los

---

<sup>16</sup> CORDÓN MORENO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO, XVI-2, Edersa, Madrid, 1981, página 141; GARCIANDÍA GONZÁLEZ, P., en CORDÓN/ARMENTA/MUERZA/TAPIA, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi, Pamplona, 2001, páginas 1123-1124; y la jurisprudencia citada por ambos, así como la que cita ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000, páginas 64-65.

<sup>17</sup> MONTERO AROCA, J., “La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso”, en *La Ley*, 27 de marzo de 2003, apartado VI.

<sup>18</sup> SACRISTÁN REPESA, G., en FERNÁNDEZ-BALLESTEROS/RIFÁ/VALLS, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Iurgium, Barcelona, 2001, página 1524.

<sup>19</sup> ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *La prueba documental y los medios e instrumentos idóneos para reproducir imágenes o sonidos o archivar y conocer datos*, La Ley, Madrid, 2000, páginas 66-67.

<sup>20</sup> NÚÑEZ LAGOS, *Estudio sobre el valor jurídico del documento notarial*, Alcalá de Henares, 1945, página 68, citado por CORDÓN MORENO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Dir. ALBALADEJO, XVI-2, Edersa, Madrid, 1981, página 141.

otorgantes han prestado su consentimiento como consta documentado, que tales elementos respetan los límites imperativos de la autonomía de la voluntad. Es decir, el juicio del notario es un juicio estrictamente jurídico, que, si es el caso, en un proceso será realizado *ex novo*, como uno de los componentes del enjuiciamiento sobre el objeto del proceso, sin que la parte interesada en impugnar el negocio, ni el tribunal, estén condicionados por, ni deban contrarrestar específicamente, aquel implícito juicio de legalidad efectuado por el notario. Cómo máximo puede reconocerse un valor extrajurídico debido a la *auctoritas* que pueda reconocerse, genéricamente, a la intervención notarial o, más probablemente, a la de un determinado notario.

La impugnación de un negocio jurídico porque sus estipulaciones no se ajustan a la legalidad no tiene ninguna especialidad debida al requisito de forma de la documentación notarial frente a otras formas del negocio. Únicamente es más probable que, con la intervención de notario y con su asesoramiento, las partes eviten desajustes a los límites imperativos a la autonomía de la voluntad.

Vayamos, ahora, a la impugnación de la especial eficacia de los juicios y apreciaciones de la primera clase antes descrita.

Una primera observación es la de que no hay, de entrada y directamente, ninguna impugnación de tal especial eficacia, sino una impugnación del negocio jurídico, celebrado en forma de documento público notarial.

Esta impugnación puede articularse, procesalmente, de dos modos:

1º) Si el negocio se ha hecho valer como hecho constitutivo para obtener la tutela judicial, la falta de capacidad, de libertad en el consentimiento (por incidencia de violencia o miedo), de voluntad debidamente informada (influida por el error o el dolo) y, aunque el art. 17 bis, apartado 2, letra a, de la Ley del Notariado no lo diga, la falta de expresión sincera del consentimiento (por ejemplo, por simulación), serán utilizados por el demandado para fundar una reconvención, una excepción reconvencional (art. 408.2 LEC) o una defensa de fondo para obtener, simplemente, la desestimación de la demanda.

2º) Pero la persona interesada puede también utilizar esos hechos y las apreciaciones jurídicas que se sustentan en los mismos para instar una tutela judicial declarativa (negativa) o constitutiva (extintiva) del negocio jurídico.

Pero ¿ocurre, en principio, algo distinto si el negocio sólo tiene documentación privada o se ha formalizado como pacto verbal?

En esencia, no. Las posibilidades de articulación procesal de la impugnación del negocio son las mismas. Pero es cierto que la presencia, en un caso, del documento público notarial -con sus efectos no procesales (acceso al Registro de la Propiedad) y procesales de valor probatorio legal- y la ausencia del mismo en los demás casos, influirá en la carga de la demanda:

1º) Es más probable, si la documentación es privada o no hay documentación, que, con base en el negocio, se tenga necesidad de pretender tutela declarativa o de condena, mientras que, si hay documentación notarial, los efectos de la forma de la documentación inducen al reconocimiento y al cumplimiento extraprocésal.

Pero, con independencia de la forma de la documentación, si se piden esas tutelas el actor habrá de probar los hechos constitutivos del negocio y, si el demandado quiere impugnarlo, habrá de alegar y probar las causas mencionadas.

2º) Es, en cambio, más probable si hay documentación notarial que si no la hay, que exista interés en presentar demanda de impugnación del negocio. Aunque también faltando esa documentación puede haber interés en la demanda de impugnación si, por ejemplo, se hubiera ya operado una transmisión patrimonial en cumplimiento de las obligaciones constituidas por el negocio.

Presentada la demanda ¿Hay una diferente atribución de la carga de la alegación y de la prueba según el negocio haya sido o no documentado con intervención notarial?

Según las reglas generales sobre carga de la prueba, no. Y, aunque es innecesario, se podría añadir que la prueba legal vinculada a una parte del documento público de ninguna manera impone matizar esa respuesta negativa. En efecto, la prueba legal prueba determinados hechos y, en la correspondiente medida, queda excluida la aplicación de la regla de carga de la prueba -que es una regla de imputación de las consecuencias desfavorables de la falta de prueba-, precisamente por que la parte ha probado con éxito.

Algún autor<sup>21</sup> ha querido explicar aquella especial eficacia generada por la autorización notarial y diferente al valor probatorio legal vinculado al estricto objeto de la fe pública, mediante una regla especial de carga de la prueba. El interesado en que se declare la invalidez o ineficacia del negocio tendría que probar plenamente la falta de capacidad, de seriedad y sinceridad de la declaración de voluntad, o de libertad de la misma o de conocimiento informado, y la posición procesal de esa parte resultaría perjudicada por la falta de esa prueba.<sup>22</sup>

A mi juicio, esa explicación es incorrecta y aboca a una identificación entre dos cosas que se querían distinguir: el valor probatorio legal del documento público notarial y una especial eficacia de ese documento consistente en una ventaja o facilitación probatoria cuya entidad hay que precisar.

---

<sup>21</sup> MONTERO AROCA, J., “La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso”, en *La Ley*, 27 de marzo de 2003, apartado VI.

<sup>22</sup> En principio, la explicación suena bien. Pero, rápidamente, tiende uno a preguntarse si acaso ocurre algo distinto cuando el negocio no ha sido notarialmente documentado. Por ejemplo, sería una de tales reglas especiales de carga de la prueba la de que, en caso de testamento abierto, quien lo impugnara con base en falta de capacidad del testador por carencia de cabal juicio, tendría que probar esa falta plenamente. Pero ¿acaso la regla de carga es diferente en caso de testamento ológrafo? Creo que no. Tanto si para determinar que la falta de capacidad es un hecho impeditivo acudimos a la teoría de la normalidad -PRIETO-CASTRO. L., “La defensa del demandado”, en *Trabajos y orientaciones de Derecho procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, páginas 178-179-, como si atendemos a la más objetiva teoría normativa -DE PADURA BALLESTEROS, M.T., *Omisión de pronunciamiento y desestimación tácita. Términos de comparación para discernir la congruencia*, MacGraw- Hill, Madrid, 1998, páginas 90-91, en nota; específicamente para nuestro ejemplo, el art. 662 CC reconoce la capacidad para testar de un modo que la prohibición de la misma constituye una excepción-, concluiremos que la carga de la prueba de la incapacidad para testar la tiene el que impugna el testamento.

¿En qué puede consistir esa ventaja o facilitación?

En primer lugar, en una especie de preconstitución de una prueba testifical respecto de elementos de hecho relevantes para fundar determinados juicios o apreciaciones. Si el notario hace constar que, a su juicio, los otorgantes tienen la capacidad (natural) necesaria, se debe a que ha observado unos signos externos que le llevan a aquella conclusión; y si hace constar que los otorgantes expresan una voluntad debidamente informada, se deberá a que les leyó y, en su caso, explicó, las cláusulas y los otorgantes manifestaron entenderlas.

En segundo término, la ventaja o facilitación probatoria puede consistir en considerar adquiridas para la prueba, sin necesidad de que el notario declare como testigo, las constataciones anteriormente mencionadas, implícitas o subyacentes a juicios o apreciaciones expresadas por el notario en el documento.

En fin, el grado más intenso de esa facilitación probatoria consistiría en -sin abandonar la libre valoración de la prueba, porque, si en algo hay acuerdo es en que para estos extremos del documento público no hay valor probatorio legal- entender que el juicio o apreciación expresados por el notario, debido a la inmediatez de las observaciones en que se basa y a las aptitudes que desarrolla en su práctica profesional, son especialmente fiables y prueban, de entrada y en principio, los hechos subyacentes a los mismos. A partir de esto, la tarea probatoria de la parte que, por su posición procesal, necesite combatirlos será más ardua que si no existiera aquel inicial reconocimiento de fiabilidad.

Obviamente es admisible que la parte interesada contrarreste esa especial fiabilidad. El problema consiste en determinar qué resulta necesario para entender que ha sido contrarrestada con éxito.

Una respuesta puede ser la de que, para contrarrestar el resultado probatorio inicialmente establecido por determinados juicios y apreciaciones expresados por el fedatario público, es necesaria la prueba plena de lo contrario<sup>23</sup>, de unos hechos distintos a aquellos que están presupuestos o implícitos en los juicios o apreciaciones mencionados.

Esta respuesta no me parece correcta, porque acaba por exigir lo mismo para destruir el valor probatorio legal del documento público que para contrarrestar la especial eficacia de esos juicios y apreciaciones del fedatario, que ahora estamos considerando.

Evidentemente, en la anterior confusión no se incurre si se sostiene que el único modo de destruir el valor probatorio legal es el de obtener una condena penal por falsedad del fedatario público. Pero, como ya apunté más arriba, esa limitación me parece arbitraria -es decir: sin razón objetiva que la fundamente- porque el medio jurídico mencionado ni siquiera sirve para corregir todos los casos de divergencia entre lo percibido por el fedatario y lo que el mismo ha hecho constar en el documento bajo fe pública. Por no hablar de los casos de error en la percepción.

---

<sup>23</sup> MONTERO AROCA, J., “La justificación y la prueba de la existencia y de la suficiencia de la representación en el proceso”, en *La Ley*, 27 de marzo de 2003, apartado VI.

Más plausible me parece la respuesta de que la ventaja o facilitación probatoria vinculada a los hechos implícitos o presupuestos en determinados juicios o apreciaciones notariales, quedará eliminada si la parte a la cual aquella ventaja es desfavorable, consigue un resultado probatorio parcial que simplemente genere en el juez la duda acerca del resultado probatorio inicialmente vinculado a ciertos contenidos del documento público que ahora consideramos. A partir de esa quiebra de la ventaja inicial -quiebra que habrá de ser razonada en la motivación de la sentencia (art. 218.2 LEC)- la formación de la convicción sobre los hechos relevantes se desenvolverá sin especiales condicionamientos. Por otra parte, según los resultados probatorios alcanzados -o no alcanzados- en la libre apreciación de la prueba sobre esos hechos, la sentencia resolverá sobre la pretensión, aplicando, en su caso, las reglas de carga de la prueba establecidas por la ley.

**CONCURSO DE ACREEDORES Y TUTELA JUDICIAL CAUTELAR  
(A PROPÓSITO DE LA NUEVA LEY CONCURSAL)(\*)**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València

I. CUESTIONES PREVIAS PARA DELIMITAR LA MATERIA Y ORDENAR SU ANÁLISIS

El art. 5.1 LEC establece la tutela cautelar como una de las modalidades de tutela judicial que pueden ser obtenidas con arreglo a la ley. La misma LEC, en el título VI del libro III, dispone el régimen jurídico general o común de la tutela cautelar y configura las medidas cautelares –o fija los criterios para configurarlas-, con sus presupuestos, al tiempo que regula una adecuada ordenación procedimental y el vínculo de instrumentalidad con la tutela judicial principal.

Por la disposición final 5ª LCon, el régimen jurídico mencionado es de aplicación supletoria a la LCon.

El juego de esta norma de supletoriedad plantea, en mi opinión, más problemas que los habituales de establecer la falta de norma especial y el alcance de esa falta. Por razones diversas.

En primer término, la LCon utiliza con impropiedad los términos “medidas cautelares” en algunos supuestos, lo que obliga a examinar si la terminología legal se ajusta a la naturaleza de la institución regulada, antes de plantearse si las carencias de regulación son o no tales, y si deben o no suplirse con las normas comunes de la tutela cautelar.

En otros casos no es la LCon la que suscita el problema apuntado, sino la apresurada, aunque convencida, calificación doctrinal de algunas medidas que pueden ser acordadas en el concurso.

En segundo término –y esta segunda razón es más importante y suele ser menos atendida- el modelo de tutela cautelar al que está referido el régimen común o general de LEC –modelo en el que las medidas aparecen vinculadas a un proceso declarativo singular- no encuentra, de entrada, fácil encaje en la compleja estructura del concurso. No puede concluirse, de modo inmediato, en qué supuestos del desarrollo del concurso de acreedores puede ser procedente la tutela cautelar, y, a partir de ahí, en cuáles queda excluida esta tutela, precisamente porque ha sido declarado el estado de concurso, o, por esa misma causa, lo que ocurre es que la tutela cautelar queda sometida a un régimen especial en diversos aspectos.

---

(\*) Publicado en *Las claves de la Ley Concursal*, Aranzadi, 2005, pp. 113-162.

## 1. El concepto de tutela judicial cautelar y medidas impropiaamente calificadas como cautelares por la LCon

El art. 21.1.4º LCon establece que, en el auto de declaración de concurso, serán acordadas “En su caso, las medidas cautelares que el juez considere necesarias para asegurar la integridad, la conservación o la administración del patrimonio del deudor hasta que los administradores concursales acepten el cargo”. Estas “medidas cautelares” –el art. 44.2 LCon vuelve a utilizar el término- limitarán las facultades del concursado en la continuación de su actividad profesional o empresarial, que, con límites diversos, autoriza *ex lege* el art. 44.2 LCon.

El art. 87.4 LCon llama también “medidas cautelares” a las que puede adoptar el juez respecto de créditos sometidos a condición suspensiva o de créditos contingentes, si, en el primer caso, se estima probable el cumplimiento de la condición, o, en el segundo, la confirmación del crédito.

Al denominar “medidas cautelares” a las medidas mencionadas el legislador ha prescindido de la noción técnico-jurídica de tutela cautelar que él mismo consolidó, recientemente, con el régimen de esa tutela establecido por los arts. 721 y siguientes de la LEC 2000.

### A) *La concepción de la tutela judicial cautelar en la LEC 2000*

La legislación procesal civil española anterior a la LEC 2000 no sólo desconocía la terminología, sino, más principalmente, una regulación sistemática y tendencialmente completa de lo que conocemos como tutela cautelar. No obstante, la literatura procesal civil española, bajo la influencia metodológica principal de la doctrina italiana, construyó, con los mimbres que ofrecía el Derecho positivo, una concepción coherente y aceptada con bastante amplitud sobre los presupuestos, efectos y función de las medidas cautelares –en definitiva, sobre la entidad de éstas-, que servía, en ocasiones, para integrar lagunas de regulación, y, en otras, para evidenciar las deficiencias del sistema normativo y realizar planteamientos de *lege ferenda*.

En esa concepción, la tutela cautelar aparece como la específica respuesta a las amenazas que pueden provenir de la inevitable demora en obtener la tutela jurisdiccional que ha sido pretendida como principal. Con ese fin, la tutela cautelar se vincula o es instrumental del proceso en el que ha sido pretendida esa tutela principal; no es una tutela admisible sin que éste se halle pendiente –salvo rigurosas excepciones de solicitud previa-, ni puede permanecer cuando éste termine, cualquiera sea el sentido –favorable o adverso al actor- de la resolución de finalización del proceso declarativo.

El vínculo de instrumentalidad era concebido por la doctrina española de modo diferente.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Sobre esto, ORTELLS RAMOS, M., CALDERÓN CUADRADO, M.P., *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Granada, 1996, págs. 11-12; KNOTHE, B., *Einstweiliger Rechtsschutz im spanischen und deutschen Zivilprozess*, Berlin, 1999, págs. 42-44.

Parte de la doctrina lo entendía de un modo estricto, como una relación entre la medida cautelar y la sentencia principal, precisamente consistente en que aquélla asegura la ejecución de ésta; ni otra función diferente a la de asegurar, ni referida a otro efecto jurídico de la sentencia.<sup>2</sup>

Otra orientación doctrinal estimó que la relación instrumental podía referirse a efectos no ejecutivos de la sentencia del proceso principal y también podía ir más allá de una función de aseguramiento. Incluso una satisfacción provisional –normalmente no innovativa del *statu quo* previo al litigio- debía considerarse propia de una medida cautelar y no exclusiva de un proceso sumario, a condición de que la estabilidad de la disposición adoptada para la tutela provisional del derecho dependiera –como más arriba he apuntado- de un proceso pendiente sobre la tutela (principal) del mismo derecho y no de un hipotético y eventual proceso futuro.<sup>3</sup>

Esta divergencia en la comprensión de la instrumentalidad no fue obstáculo ni para que la doctrina distinguiera las medidas cautelares de las garantías jurídico-materiales de los derechos<sup>4</sup>, ni para concordara en que no cualquier institución procesal en cuyo régimen influyan fines de prevención de eventos futuros debe ser considerada, sólo por eso, manifestación de la tutela cautelar.<sup>5</sup>

### **B) Medidas que la LCon califica incorrectamente como cautelares**

Precisamente desde los parámetros que proporciona el régimen de la tutela cautelar de LEC debe ser negado el carácter cautelar que la LCon asigna a algunas medidas.

Esa negación no sólo tiene un carácter teórico, sino que, principalmente, significa sostener que a las medidas incorrectamente calificadas por la LCon no es de aplicación el régimen de las medidas cautelares. Ni el general de la LEC, ni tampoco un ajuste del mismo debido a especialidades –la mayor parte de las veces no expresas- de la tutela cautelar en el concurso.

---

<sup>2</sup> CARRERAS LLANSANA, J., *Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento civil*, en “Estudios de Derecho procesal” (con FENECH, M.), Barcelona, 1962, págs. 570-586; SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Teoría general de las medidas cautelares*, en “Las medidas cautelares en el proceso civil” (con RAMOS MÉNDEZ, F.), Barcelona, 1974, págs. 15-21; TAPIA FERNÁNDEZ, I., *El artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, 1985, nov.-dic, pág. 140.

<sup>3</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Effektiver Rechtsschutz im spanischen Privatrecht; insbesondere zum einstweiligen Rechtsschutz*, ZZPInt, 1997, págs. 103-106; *Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil*, Actualidad Civil, 1996, núm.42, pág. 933-934.

<sup>4</sup> CARRERAS, *Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento civil*, en “Estudios”, cit., págs. 569-571; ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, págs. 44-51.

<sup>5</sup> Así, negando naturaleza cautelar a la prueba anticipada, SERRA *Teoría general de las medidas cautelares*, en “Las medidas cautelares en el proceso civil”, cit., págs. 20, 75-76; ORTELLS, *La tutela judicial cautelar*, cit., pág. 10; GASCÓN INCHAUSTI, F., *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (Art. 24 del Convenio de Bruselas)*, Granada, 1998, págs. 52-63; KNOTHE, *Einstweiliger Rechtsschutz*, cit., pág. 45.

a) *Las medidas provisionales hasta la asunción del cargo por los administradores concursales*

La calificación de cautelares que los arts. 21.1.4º y 44.3 LCon asignan a las medidas provisionales que el juez puede adoptar en el ínterin de que los administradores concursales asuman el ejercicio de su cargo, ha sido acogido, sin críticas, por algunos autores, que, incluso, han aproximado las medidas mencionadas a las previstas en el art. 17 LCon,<sup>6</sup> las cuales, como veremos más adelante, sí que tienen naturaleza cautelar.

En mi opinión, la calificación legal es errónea.<sup>7</sup>

Estas medidas no son adoptadas para asegurar la efectividad de una tutela jurisdiccional sobre la cual el pronunciamiento está pendiente y es inseguro, sino para dar eficacia inmediata a una tutela judicial ya otorgada –por el auto de declaración de concurso- uno de cuyos efectos –que el propio auto ha de establecer (art. 21.1.2º LCon)- consiste en limitar las facultades de administración y disposición del concursado y en someterlo a alguna de las modalidades legales de administración concursal.

Los riesgos de la demora que las medidas del art. 21.1.4º LCon persiguen contrarrestar no son los debidos a la duración de un proceso sobre una tutela judicial de incierto otorgamiento, sino los que derivan del tiempo que, por razones de mero hecho, resulta necesario para nombrar administradores, que estos acepten el cargo (art. 29 LCon) y que den comienzo a su ejercicio.

Es esa estricta circunstancia fáctica la que justifica las medidas del art. 21.1.4º LCon, ni siquiera la pendencia de un pronunciamiento jurisdiccional determinante de la firmeza del auto de declaración de concurso, o de un pronunciamiento sobre la legitimidad del nombramiento de los administradores por haber sido estos recusados. En efecto, para el primer supuesto no son aplicables las medidas del artículo mencionado, sino el régimen de eficacia provisional del auto de declaración de concurso, que establece el art. 20.2 LCon. Y, para el segundo supuesto, es aplicable el art. 33.4 LCon, que habilita al administrador recusado para continuar en el ejercicio de sus funciones.

Sólo en un supuesto podría dudarse de la naturaleza cautelar de las medidas del art. 21.1.4º LCon. Sería aquél en que se hubieran adoptado medidas cautelares –éstas sí seguramente tales-, al amparo del art. 17 LCon, en el auto de admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario, y, declarado el concurso –incluso con auto no apelado-, el juez ordenara el mantenimiento de estas medidas hasta la aceptación del cargo por los administradores.

---

<sup>6</sup> MAGRO SERVET, V., “Las medidas cautelares por los Jueces de lo Mercantil en el proceso concursal”, en *Práctica de Tribunales*, núm. 10, noviembre 2004, págs. 59-60; CORDÓN MORENO, F., *Proceso concursal*, Elcano, 2003, pág. 86.

<sup>7</sup> Ya de esta opinión, RIFÁ SOLER, J.M., *Derecho concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., (coordinador), Madrid, 2004, págs. 138-140.

En este supuesto, las medidas que fueron acordadas como cautelares bajo el art. 17 LCon, y que han continuado teniendo esa naturaleza si el auto de declaración de concurso ha sido recurrido en apelación (art. 20.2 LCon), dejan de ser medidas cautelares cuando el auto de declaración de concurso devenga firme, y esto aunque las medidas subsistan hasta la aceptación del cargo por los administradores. Este cambio sobrevenido de naturaleza jurídica tiene, entre otras,<sup>8</sup> la consecuencia de la cancelación de la fianza que, si le fue exigida, debió prestar el solicitante del concurso (art. 17.2 LCon): firme la declaración de concurso, se excluye que la medida cautelar previa haya causado daño ilegítimo y desaparece el fundamento de la garantía de su indemnización.

*b) Las garantías en caso de créditos concursales sujetos a condición resolutoria y de créditos concursales contingentes*

El art. 87.4 LCon establece que “4. Cuando el juez del concurso estime probable el cumplimiento de la condición resolutoria o la confirmación del crédito contingente, podrá, a petición de parte, adoptar las medidas cautelares de constitución de provisiones con cargo a la masa, de prestación de fianzas por las partes y cualesquiera otras que considere oportunas en cada caso”.

Para la ley<sup>9</sup> serían medidas cautelares:

1º) Las disposiciones que el juez pudiera adoptar respecto del patrimonio de un acreedor concursal por crédito sometido a condición resolutoria, para garantizar, en el caso de que el cumplimiento de la condición sea probable, la devolución a la masa activa de las cantidades que aquél hubiera cobrado. Para este supuesto parece pensada la “prestación de fianza por las partes”.

2º) Las que el juez pudiera adoptar respecto de la masa activa y del plan de pagos con cargo a su liquidación, para garantizar el pago de créditos sujetos a condición suspensiva o de créditos litigiosos integrantes del pasivo concursal, en el caso de concreta probabilidad de cumplimiento de la condición o de reconocimiento jurisdiccional del crédito. Seguramente está prevista para este supuesto la medida de “constitución de provisiones con cargo a la masa”.

En mi opinión, carecen claramente de naturaleza cautelar las medidas relacionadas con los créditos sometidos a condición.

---

<sup>8</sup> Con el mismo también se extingue la posibilidad del demandado –en este caso, del concursado- de obtener la sustitución de la medida cautelar decretada por una caución, al amparo del art. 746 LEC.

<sup>9</sup> Algunos autores repiten, sin crítica, la letra legal, así: CORDÓN, *Proceso concursal*, cit., pág. 160; CABANAS TREJO, R., “Ley Concursal (exposición sistemática y comentarios)”, en *La Notaria*, núm. 7-8, juliol-agost, 2003, pág. 118. Otros autores, así BEJAR, J., *Derecho concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., (coordinador), Madrid, 2004, págs. 458-459, incluso argumentan sobre las medidas del artículo mencionado con criterios propios del régimen de la tutela cautelar.

Respecto de estos créditos, los eventos de los que depende la extinción, con obligación de restitución de la prestación (en caso de condición resolutoria), o la exigibilidad (en caso de condición suspensiva), no tienen que ver con la declaración jurisdiccional del crédito, sino con el régimen jurídico-material del mismo, atendido su carácter condicional. Tanto es así que las medidas previstas por el artículo deben ser adoptadas aunque los créditos y su calidad de condicionales no devengan litigiosos. Se trata, en definitiva, de garantías jurídico-materiales de los derechos de crédito, cuya diferente naturaleza a las medidas cautelares ha sido detalladamente demostrada por la doctrina procesal.<sup>10</sup> Específicamente, es una aplicación al estado de concurso de las previsiones del art. 1121 CC e impone la realización, por diversos obligados, de prestaciones de aseguramiento, cuya estabilidad depende del cumplimiento de las condiciones o de la pérdida de eficacia de las mismas.

Respecto de las medidas relacionadas con los créditos concursales litigiosos no resulta tan sencilla la negación de la naturaleza cautelar. En efecto, lo que impide que se proceda a la satisfacción del crédito en el concurso –y según las reglas de éste- es la pendencia de la declaración jurisdiccional del crédito. Y lo que justifica las medidas es la probabilidad de un pronunciamiento estimatorio (apariencia de buen derecho) y el riesgo de que, en el ínterin de su emisión, se agote la masa activa y, con ella, la posibilidad de cobrar en el concurso (peligro por la mora procesal).

No obstante, estas consideraciones tampoco son decisivas. Desde el momento en que, declarado el concurso, los créditos concursales no cuentan con la tutela ejecutiva singular y han de obtener su satisfacción según las reglas del concurso, la constitución y funcionamiento de las instituciones que preservan la masa activa y proceden a la satisfacción del pasivo, conduce a otra explicación de las medidas que consideramos. No son medidas cautelares instrumentales del proceso sobre el crédito, sino disposiciones especiales sobre el ejercicio de las facultades de los administradores concursales, dentro del concurso en el que los créditos han de ser satisfechos.

## **2.- La tutela cautelar y las medidas del art. 1 de la Ley Orgánica 8/2003**

La calificación como cautelares de las medidas de intervención de comunicaciones, de limitación de la libertad de residencia del deudor y de entrada y registro en su domicilio, reguladas por el art. 1 LO 8/2003, de 9 de julio, no es debida a la ley, que se limita a denominarlas medidas y las deja literalmente al margen de las medidas cautelares anteriores a la declaración de concurso, contempladas en el art. 17 LCon. En efecto –en cuanto a la última observación- una cosa es que las medidas del art. 1 de la LO 8/2003 puedan ser adoptadas desde el auto de admisión a trámite y otra distinta que deban ser acordadas con arreglo al art. 17 LCon. Lo segundo queda excluido, entre otras, por la razón, del todo obvia, de que no es la LEC, sino la LO 8/2003, el texto legal que regula las medidas correspondientes.

---

<sup>10</sup> De modo general, CARRERAS, *Las medidas cautelares del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento civil*, en “Estudios”, cit., págs. 569-571; con análisis más específico, ORTELLS RAMOS, M., *El embargo preventivo*, Barcelona, 1984, págs. 44-51.

No obstante, algunos autores las califican de cautelares e intentan reconstruir su régimen jurídico como si tuvieran esa naturaleza.<sup>11</sup> Esta opción me parece errónea.<sup>12</sup>

Las medidas del art. 1 LO 8/2003 no tienen carácter instrumental respecto de una tutela jurisdiccional que se halle pendiente de otorgamiento, ni, por si solas, aseguran la efectividad de esa tutela frente a riesgos que puedan hacerla imposible o difícil.

Para empezar, debe hacerse notar que, sin que cambie su régimen jurídico –que es, en todo caso, el del art. 1 de la LO 8/2003-, estas medidas pueden ser adoptadas en cualquier estado del procedimiento de concurso. Es decir –por destacar lo que deriva más llamativamente de esta previsión normativa que expresa, por dos veces, el reiterado art. 1-: pueden ser adoptadas incluso cuando la tutela jurisdiccional ya ha sido otorgada, mediante la declaración de concurso, de modo que la actividad jurídica que se desarrolla consiste, precisamente, en llevar a la práctica, con arreglo a la ley, los efectos de la tutela otorgada.

Pero, aunque hayan sido decretadas en la admisión a trámite de la solicitud de concurso necesario –como permite el art. 1.1 LO 8/2003- tampoco son cautelares, porque los efectos de estas medidas no son, en absoluto, idóneos para preservar la integridad del activo concursal. Estrictamente, las medidas del art. 1.1.1ª y 3ª sirven para conseguir información sobre datos de interés para el concurso; las del art. 1.1.3ª, para tener acceso a lugares en los que puedan hallarse objetos de interés para el concurso –pero no es esta medida la que habilita para el depósito o embargo de tales objetos-; en fin, las del art. 1.1.2ª para obstaculizar –limitadamente- maniobras de ocultación de datos, de presión o de confabulación por parte del deudor. En todos los supuestos, los efectos se consiguen mediante restricción de derechos fundamentales de los arts. 18 y 19 CE.

A mi modo de ver, el art. 1 LO 8/2003 constituye una especialísima habilitación de potestades coercitivas, de medios de actuación, al tribunal del concurso –habilitación imprescindible por la naturaleza de los derechos afectados-, para que este tribunal los ejercite para hacer posible el más eficaz cumplimiento de las funciones de los órganos del concurso, tengan o no esas funciones carácter cautelar.

Por ejemplo, la medida del art. 1.1.3ª LO 8/2003 puede ser decretada, si procede según los criterios del art. 1.3, para dar cumplimiento a una medida cautelar de embargo preventivo o de depósito judicial de determinados bienes muebles, acordada al amparo del art. 17 LCon, pero medidas cautelares serán el embargo y el depósito, no los medios coercitivos que –en un concurso, no en cualquier proceso civil- han servido para ejecutar la resolución que las ha acordado. Pero esos mismos medios pueden ser utilizados para hacer efectivos los deberes de colaboración y de información que, respecto de la administración concursal, tienen el deudor concursado o los administradores o liquidadores de la persona jurídica concursada (arts. 42 y 45

---

<sup>11</sup> Así, MAGRO, “Las medidas cautelares por los Jueces de lo Mercantil en el proceso concursal”, cit., págs. 57-66, con cita de otros autores.

<sup>12</sup> Ya, antes, en este sentido, RIFÁ, *Derecho concursal práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., (coordinador), cit., págs. 108-114.

LCon), sin que, después de ser declarado el concurso, pueda sostenerse que la actuación de la administración concursal tenga naturaleza cautelar.

La naturaleza de medios coercitivos, que se hallan al servicio de muy diversas funciones del proceso concursal, se demuestra, también, en que sus presupuestos no son los de las medidas cautelares, sino los adecuados para justificar, constitucionalmente, la restricción de los derechos fundamentales afectados.<sup>13</sup>

### **3.- Diversidad de manifestaciones de la tutela cautelar relacionada con el concurso de acreedores**

La tutela cautelar se define por su destino a “asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia que se dictare” (art. 721.1 LEC). Esa finalidad constituye criterio para configurar las medidas (arts. 726.1.1ª y 727.11ª LEC) y debe ser específicamente examinada para decidir sobre la sustitución de las medidas por caución (art. 746.1 LEC). El riesgo concreto de perder esa efectividad es uno de los presupuestos de las medidas (art. 728.1 LEC) y la probabilidad del fundamento de la pretensión de tutela constituye otro de los presupuestos (art. 728.2 LEC). El régimen procedimental de la tutela cautelar, y, en particular, de las consecuencias de la instrumentalidad de esa tutela, contiene continuas referencias a una tutela judicial principal y al proceso en el que ésta es pretendida y resuelta (arts. 730, 731, 744 y 745 LEC).

He recordado este elemento tan determinante del concepto y del régimen jurídico de la tutela cautelar para resaltar la necesidad de averiguar, respecto de las diversas y complejas actividades judiciales que son reguladas por la LCon, cuáles representan la formulación de pretensiones de tutela judicial y debate procesal y resolución sobre tales pretensiones. A partir de ahí podrá identificarse una tutela cautelar instrumental de cada una de tales actividades y, en consideración de las características de estas últimas, habrá que plantearse si es aplicable, y cómo, el régimen de la tutela cautelar de LEC o debe atenderse a normas especiales, más o menos expresas.

Para no incurrir en reiteraciones de temas que más adecuadamente serán tratados en los apartados siguientes, me limitaré, ahora, a una enunciación de las que son, o parecen ser, tutelas judiciales configuradas por la LCon, o, al menos, contempladas por la misma. Estas tutelas podrían, en principio, contar con una instrumental tutela cautelar, cuyo régimen jurídico –tal vez especial- es el que debemos investigar.

Con el significado expuesto encontramos:

1º) La tutela judicial de declaración de concurso (arts. 1 al 3, 6, 7, 13 al 15, 18, 21 y 22 LCon), respecto de la cual el art. 17 LCon formula una expresa, aunque incompleta, previsión de tutela cautelar. A la tutela mencionada al principio se asimila

---

<sup>13</sup> De acuerdo con el art. 1.3 LO 8/2000: justificación concreta de la restricción, proporcionalidad y limitación temporal. En general, sobre los requisitos para la restricción de derechos fundamentales, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990, *passim*.

que la que puede dar lugar a la reapertura del concurso, con arreglo a lo previsto por el art. 179 LCon.

2º) La acción de declaración de incumplimiento del convenio (art. 140 LCon) no puede ser explicada fácilmente como una tutela jurisdiccional distinta a la del número precedente, porque si el tribunal accede a la misma el concurso no ha concluido (art. 141 LCon). No obstante, por sus efectos (arts. 143.1.5º, 145 al 147 LCon), aunque no por sus presupuestos, parece una tutela de similar naturaleza a la de declaración de concurso. En todo caso, en relación con la misma se plantea una peculiar necesidad de tutela cautelar.

3º) A diferencia de las mencionadas en los dos números anteriores –que se refieren a tutelas jurisdiccionales configuradas por la propia LCon-, las que ahora apuntaré son tutelas establecidas por normas más o menos generales del ordenamiento, pero a las que afecta la declaración de concurso, modificando, de diversas maneras, las previsiones de las normas últimamente mencionadas.

Me refiero a las tutelas judiciales pretendidas en juicios en los que es parte el deudor y que están pendientes en el momento de declararse el concurso. Sin duda, con carácter instrumental de estos procesos, ha podido ser solicitada y obtenida tutela cautelar. Hay que preguntarse qué incidencia tiene sobre la misma la declaración de concurso. Cabe avanzar, con seguridad, que la incidencia será distinta según el deudor fuera actor o demandado en esos procesos pendientes.

4º) Tutelas judiciales declarativas con trascendencia patrimonial pueden ser pretendidas frente al concursado después de la declaración de concurso (art. 50 LCon). Las cuestiones respecto de una eventual tutela cautelar instrumental de las mismas son parcialmente iguales a las que se suscitan respecto de procesos previamente pendientes frente al deudor.

5º) La tutela judicial declarativa de créditos contra la masa es considerada por el art. 154 LCon. En principio, no hay razones para excluir absolutamente una tutela cautelar instrumental de la tutela acabada de mencionar.

6º) Puede haber pretensiones de tutela judicial de derechos del concursado, interpuestas por los administradores concursales, por el propio concursado o por acreedores subsidiariamente legitimados. No cabe duda respecto de una tutela cautelar instrumental de las mismas con arreglo a las normas generales de LEC, aunque con algunos problemas específicos. El art. 54 LCon, que es la disposición que contempla el supuesto más genérico de la clase de tutela judicial que ahora mencionamos, no se refiere a la tutela cautelar, pero sí que lo hace –además con establecimiento de normas especiales- la disposición más específica del art. 48.3 LCon.

7º) Las pretensiones de tutela judicial de derechos de la masa activa, interpuestas por los administradores concursales o por acreedores subsidiariamente legitimados (por ejemplo, las acciones a que se refieren los arts. 71 al 73 y 36 LCon), también cuentan con tutela cautelar según las disposiciones generales de LEC.

8º) No me parece, en cambio, seguro que nos hallemos ante tutelas judiciales diferentes a la que se presta, precisamente, mediante la declaración de concurso, en una serie de supuestos en que la LCon prevé la impugnación jurisdiccional de actos

realizados en el procedimiento de concurso y como consecuencia –más o menos directa- de la declaración de concurso. Me refiero a la recusación de administradores concursales (art. 33 LCon), a la impugnación del inventario y de la lista de acreedores (art. 96 LCon) y a la oposición a la aprobación del convenio (art. 128 LCon). Además, por razones diferentes a la falta de instrumentalidad con una tutela principal, también puede dudarse de la naturaleza cautelar de medidas precautorias relacionadas con estas impugnaciones.

9º) A pesar de que la calificación del concurso, si concurren los supuestos del art. 163 LCon, constituye una parte preceptiva del procedimiento de concurso, no es seguro que en la “pieza de calificación” no se formulen pretensiones de tutela judicial con sustantividad propia, la efectividad de cuyos pronunciamientos necesite ser asegurada por medidas cautelares en sentido estricto (piénsese, por ejemplo, en los pronunciamientos previstos por el art. 172.2.3º y 3 LCon).

## II.- LA TUTELA CAUTELAR INSTRUMENTAL DEL PROCESO DE DECLARACIÓN DE CONCURSO NECESARIO. EL SUPUESTO SIMILAR DE LA ACCIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE CONVENIO

En este apartado reúno el tratamiento de las cuestiones de la tutela cautelar relacionadas con dos supuestos de tutela judicial en materia concursal entre los que existen abundantes y notables diferencias, pero que presentan similitud en el aspecto más importante para la función de la tutela cautelar.

Entre las diferencias debe destacarse la de los presupuestos de la tutela judicial –que, para la declaración de concurso necesario, están constituidos, principalmente, por el presupuesto objetivo del art. 2.1, 2 y 4 LCon, mientras que, para la estimación de la acción de rescisión del convenio por incumplimiento, consisten en esta conducta del concursado (art. 140.1 LCon)-, y la del procedimiento para la resolución sobre la tutela –el especial de los arts. 7, 13, 15 y 18 al 20, para la tutela de declaración de concurso; el del incidente concursal, para la acción de incumplimiento (art. 140.2 LCon)-. A las mismas se añade una diferencia particularmente significativa para la tutela cautelar, cual es que, en el supuesto de la acción de incumplimiento, preexiste un convenio en el que han podido ser pactadas garantías de naturaleza jurídico-material, que excluyan o disminuyan la necesidad de tutela cautelar, situación que no se da, por el contrario, si ha de pedirse la tutela de declaración de concurso.

Sin embargo, las dos tutelas consideradas se aproximan notablemente en punto a los efectos que producen las sentencias que las conceden. La sentencia estimatoria de la acción de incumplimiento, además de rescindir el convenio, determina la extinción del efecto novatorio de éste sobre los créditos concursales (art. 140.4 LCon), el restablecimiento de la administración concursal (art. 145.1 LCon) y la reanudación de la actividad judicial concursal con preceptiva orientación a la liquidación (art. 143.1.5º LCon). Esta sentencia restaura –además en un sentido agravado (véase, por ejemplo, el art. 145.1, párrafo primero LCon)- los efectos sobre el concursado y su patrimonio, que produjo, precisamente, la declaración de concurso, y que fueron interrumpidos para posibilitar una solución de la insolvencia diferente a la realización forzosa de la masa activa.

Dado que la función de la tutela cautelar es asegurar la efectividad de la tutela que otorga una sentencia estimatoria, si esa tutela tiene unos efectos similares en los dos supuestos que consideramos ahora, también tiene sentido aproximar el tratamiento de la tutela cautelar correspondiente a ambos.

### **1.- Medidas cautelares en la resolución de admisión a trámite de una solicitud de concurso presentada por legitimados diferentes al deudor**

Este supuesto de tutela cautelar tiene expresa regulación en el art. 17 LCon, aunque, por una parte, necesita ser integrada con el régimen general de LEC, y, por otra, requiere considerar si y con qué alcance modifica ese régimen general.

No es del todo necesario aclarar que el régimen de la tutela cautelar que ahora analizamos es también aplicable a los supuestos de reapertura del concurso. Realmente lo que el art. 179 LCon llama reapertura del concurso no introduce ninguna diferencia en el procedimiento de declaración, sino que afecta al procedimiento concursal subsiguiente a la declaración. No obstante, si la reapertura constituyera una tutela diferente a la de declaración de concurso,<sup>14</sup> también habría que sostener la procedencia de la misma tutela cautelar que para los supuestos de declaración, porque respecto de los nuevos (o los ahora descubiertos) activos patrimoniales del, en su momento, concursado, ya no subsisten las limitaciones a las facultades de administración y disposición (art. 178.1 LCon), de modo que pueden existir situaciones de peligro por la mora procesal, hasta que la resolución de reapertura restablezca la administración concursal.

#### **A) *Los presupuestos de las medidas cautelares a las que se refiere el art. 17 LCon***

En cuanto a los presupuestos de las medidas cautelares sólo hay expresa diferencia, respecto de lo establecido por el art. 728 LEC, en el presupuesto de la caución.

Cuando el art. 17.2 LCon dispone que “el juez podrá pedir al solicitante que preste fianza”, establece, para nuestro caso, una norma especial –respecto la del art. 728.3 LEC-,<sup>15</sup> con un doble alcance:

1º) En lo más esencial, la caución-presupuesto deja de ser preceptiva, y su imposición se convierte en objeto de una potestad discrecional del tribunal. El principal criterio de ejercicio de la misma deberá ser el grado de consistencia del acreditamiento de los otros dos presupuestos de la medida.

---

<sup>14</sup> Así lo entienden GONZÁLEZ OLLEROS, J., *Derecho concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., (coordinador), Madrid, 2004, págs. 806-808; CABANAS, “Ley Concursal (exposición sistemática y comentarios)”, cit., págs. 182-183; menos claramente, CORDÓN, *Proceso concursal*, cit., págs. 211-212.

<sup>15</sup> Sobre la regulación general, con detalle, ORTELLS RAMOS, M., *Las medidas cautelares*, Madrid, 2000, págs. 182-194.

2º) Relaja las exigencias de calidad de la caución, porque, del rigor de las modalidades específicas de caución y de la modalidad genérica previstas por el art. 728.3, párrafo tercero LEC, se pasa, ahora, a autorizar una fianza sin mayores matices.<sup>16</sup> En la dirección de facilitar la adopción de medidas cautelares en este supuesto –y, también, por la lógica interpretación de que el art. 17.2 LCon no autoriza cauciones más rigurosas- debe sostenerse que la discrecionalidad de la potestad de imponer caución no habilita para establecer una clase de la misma más rigurosa que la modalidad general de fianza, que autoriza el art. 17.2 LCon.

Los presupuestos de apariencia de buen derecho y de peligro por la mora procesal pueden entenderse requeridos por la genérica remisión a lo “previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, que se formula al final del apartado 1 del art. 17 LCon. No obstante, resulta conveniente alguna reflexión sobre la aplicación de estos presupuestos.

Respecto de la apariencia de buen derecho debe precisarse:

1º) El “juicio provisional e indiciario favorable al fundamento” de la pretensión (art. 728.2 LEC) versará sobre los presupuestos subjetivos (art. 1 LCon), objetivos (art. 2.4 LCon) y sobre la legitimación requerida para instar una declaración de concurso necesario (art. 3 LCon, salvo la legitimación del deudor). Son todos estos elementos los que fundamentan la pretensión de declaración de concurso.

2º) Si el acreedor se limita a solicitar la declaración de concurso, le basta proponer, en la solicitud, los medios de prueba de los que quiera valerse para probar los hechos constitutivos de su pretensión (art. 7.2 LCon). En cambio, si solicita medidas cautelares habrá de presentar justificaciones documentales o, en defecto de las mismas, otros medios para acreditar el fundamento de su pretensión (art. 728.2 LEC).

Teniendo en cuenta la entidad de algunos hechos que integran el presupuesto objetivo del concurso (por ejemplo, los previstos en el art. 2.4, primer inciso y números 2º y 4º LCon) resulta fácil la disponibilidad de justificaciones documentales.

No obstante, de una parte, el presupuesto objetivo del concurso no se halla limitado a la clase de hechos a que acabo de aludir, y, de otra, la LEC no acota a la justificación documental los medios de acreditamiento.<sup>17</sup> Consiguientemente, no cabe excluir la admisión de otros medios de acreditamiento.<sup>18</sup> Debe advertirse también que la norma de que “la prueba testifical no será bastante por si sola” (art. 7.2, último inciso LCon) no es aplicable a la resolución sobre la tutela cautelar, porque esta resolución no declara el concurso, sino que se contrae a asegurar la efectividad de esa declaración.

---

<sup>16</sup> Me parece que descuida esta diferencia RIFÁ, *Derecho concursal práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., (coordinador), cit., págs. 114.

<sup>17</sup> Sobre la justificación y el alcance del régimen de LEC en esta materia, ampliamente, ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 171-174, 178-181.

<sup>18</sup> No obstante, no está bien resuelto el trámite procedimental para su práctica: ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 288-292.

El peligro por la mora procesal consiste, aquí, en las situaciones que impidan o dificulten la efectividad de la tutela que otorga el auto de declaración de concurso, atendido el contenido que le asigna el art. 21 LCon, situaciones que pueden producirse durante el tiempo necesario para desarrollar la actividad procesal prevista en los arts. 13, 15, 19 y 20 LCon.

La LCon no sólo no exime de este presupuesto a las medidas cautelares previstas por su art. 17, sino que puede entenderse que lo impone por la remisión que efectúa el apartado 1 del artículo. Por otra parte, una de las características de la nueva ordenación de la tutela cautelar por la LEC es la de requerir, por regla general, la demostración de una concreta probabilidad de peligro.<sup>19</sup>

Lo que ocurre es que, como la doctrina ya ha advertido,<sup>20</sup> los mismos hechos que constituyen el presupuesto objetivo del concurso son expresión de las situaciones de peligro por desaparición o reducción notable del activo y, en relación con esto, por su insuficiencia para satisfacer en grado adecuado el conjunto de créditos con arreglo al principio de *par conditio*. No tiene, pues, sentido hacer riguroso el examen de este presupuesto para conceder la tutela cautelar del art. 17 LCon.<sup>21</sup>

### **B) Medidas cautelares que pueden ser acordadas**

La remisión a LEC contenida en el art. 17.1 LCon y la nueva técnica instaurada por aquélla para configurar las medidas cautelares,<sup>22</sup> abre a la parte solicitante y al tribunal la posibilidad de solicitar y otorgar, respectivamente, las medidas cautelares que sean adecuadas para asegurar la efectividad del auto de declaración de concurso.

El precepto determinante de la configuración de las medidas cautelares es el art. 726 LEC –que establece los criterios para las actuaciones, directas o indirectas, sobre bienes y derechos del demandado, que pueden ser acordadas en calidad de medidas cautelares-, y no tanto el art. 727 LEC –que menciona, específicamente, algunas, tal vez las principales, de tales actuaciones-.

---

<sup>19</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 150-161.

<sup>20</sup> RIFÁ, *Derecho concursal práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., (coordinador), cit., págs. 112. Además, si una configuración restrictiva del presupuesto objetivo del concurso necesario puede llegar a hacer de éste un instrumento inútil para satisfacer a la colectividad de los acreedores –sobre esta cuestión, véase ROJO, A., “La reforma del Derecho concursal español”, en *La reforma de la legislación concursal*, ROJO, A., director, Madrid, 2003, págs. 113-117-, no es adecuado agravar la restricción en el momento de la tutela cautelar que, sin prejuzgar la declaración de concurso, puede reducir el riesgo de inutilidad de la misma si llega a dictarse.

<sup>21</sup> Con este mismo planteamiento para otros supuestos de tutela cautelar, en los que el peligro se actualiza con facilidad, ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., pág. 162. Y sobre la “primera jurisprudencia” en cuanto al rigor de la exigencia de acreditar un *periculum* concreto, ORTELLS RAMOS, M., “La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la LEC 2000”, en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 44, CGPJ, Madrid, 2004, 614-615.

<sup>22</sup> Ampliamente sobre esa técnica y sus razones, ORTELLS, *Derecho procesal civil*, (con otros autores), cit., págs. 930-935.

No obstante, los autores, al considerar el art. 17 LCon, han tendido a referirse a las medidas contempladas por el art. 727 LEC. Así, Cabanas alude a las medidas de intervención y administración judiciales de bienes litigiosos.<sup>23</sup> Curiel menciona la anotación preventiva de la solicitud de concurso, que se ampara en lo previsto por el art. 727.5ª LEC y el art. 42.5 LH.<sup>24</sup> Rifá, muy genéricamente, se refiere a los “depósitos, inscripciones y embargos que fueren precisos”.<sup>25</sup>

A mi juicio, con la única excepción de las anotaciones preventivas muy específicamente previstas por la LH, las demás medidas que se mencionan, cuando sean adoptadas como instrumentales de un proceso de declaración de concurso, no lo serán según el régimen que, para algunas de ellas, prevé el art. 727 LEC, sino como resultado de una aplicación de los criterios establecidos por el art. 726 LEC.

Así, por ejemplo, si el solicitante del concurso pide como medida cautelar el embargo preventivo de todos los bienes del deudor, la medida no puede encuadrarse en el art. 727.1º, porque el solicitante no pide condena por un crédito concreto o a una, también concreta, prestación no dineraria. No obstante, puede entenderse que el embargo preventivo es una medida procedente sin duda.

Atendiendo a los criterios de configuración de medidas, que establece el art. 726 LEC, las medidas instrumentales del proceso de declaración de concurso:

1º) Han de asegurar que efectivamente puedan desarrollarse los efectos jurídicos del auto de declaración de concurso, cuando éste sea dictado. Estos efectos son el contenido de la tutela pretendida por el solicitante de concurso.<sup>26</sup>

2º) En todo caso han de ser adecuadas para contrarrestar los riesgos concretos que pueden afectar a los mencionados efectos.<sup>27</sup>

Específicamente, a partir de lo dicho, son procedentes, entre otras, las siguientes medidas:

1ª) La intervención o la administración judiciales de los bienes productivos de deudor, en consideración al efecto de la declaración de concurso de limitar las facultades de administración y de disposición del concursado, previsto en los arts. 21.1.2º y 40.1 al 6 LCon.

2ª) La suspensión de los actos de pago al ejecutante en ejecuciones singulares pendientes, habida cuenta de que la declaración de concurso suspenderá dichas ejecuciones (art. 55.2 y 3 LCon). Esta medida es idónea para contrarrestar riesgos concretos que amenacen la satisfacción de los créditos con arreglo a la *par conditio*.

---

<sup>23</sup> CABANAS, “Ley Concursal (exposición sistemática y comentarios)”, cit., pág. 46.

<sup>24</sup> CURIEL, F., *Concurso de acreedores y Registro de la Propiedad*, Madrid, 2004, págs. 157-158.

<sup>25</sup> RIFÁ, *Derecho concursal práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., (coordinador), cit., pág. 113.

<sup>26</sup> Las medidas han de ser cuantitativa y cualitativamente apropiadas para asegurar esos efectos: ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 174-175.

<sup>27</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 165-166.

3ª) El embargo preventivo de la totalidad de los bienes y derechos integrantes del activo. En atención a la diversa intensidad de las medidas cautelares,<sup>28</sup> esta medida es clasificable entre las estrictamente asegurativas. El deudor no queda privado de las facultades de administración y disposición por el mero hecho del embargo,<sup>29</sup> pero los bienes quedan afectados al concurso, lo que tiene como consecuencia –con toda seguridad, al menos, cuando, además de la declaración de afección, hayan sido constituidas las garantías de la afección- que la actividad concursal puede continuar recayendo sobre esos bienes,<sup>30</sup> por lo que ni siquiera será necesario ejercitar acciones de reintegración. Este efecto cautelar es más intenso que el de las medidas consistentes en anotaciones en el Registro de la Propiedad, cuyo efecto no es hacer innecesario el ejercicio de acciones de impugnación de transmisiones efectuadas por el deudor, sino facilitar la estimación de esas acciones, porque la anotación contrarresta la buena fe del adquirente.<sup>31</sup>

Este embargo puede concretarse, al proceder al cumplimiento de la resolución que lo acuerde, o incluso ser ya solicitado desde el principio, como embargo de empresa,<sup>32</sup> con lo que se consigue que el aseguramiento de los efectos del auto de declaración de concurso alcancen, específicamente, a la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del deudor, por la que la LCon muestra una matizada preferencia.

En el contexto de la entidad de las medidas procedentes, ha de examinarse, también, si la remisión del art. 17.1 LCon a la LEC ampara la posibilidad procesal del deudor de obtener la sustitución de la medida o medidas específicas decretadas por la prestación de una caución, con arreglo al art. 746 LEC.

Me parece seguro que esta posibilidad no puede ser negada en términos absolutos,<sup>33</sup> porque la tutela que concede el auto de declaración de concurso tiene una entidad patrimonial, incluso estrictamente dineraria, si se atiende al destino final de las actividades que desencadena la concesión de dicha tutela (arts. 100, 139, 154 al 162 LCon).

Tampoco ofrece dudas la calidad de la caución admisible. Debe serlo alguna de las previstas por el art. 529.3 LEC, por la remisión del art. 747.3 LEC.

---

<sup>28</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 138-145.

<sup>29</sup> CACHÓN CADENAS, M., *El embargo*, Barcelona, 1991, págs. 73-78.

<sup>30</sup> CACHÓN CADENAS, M., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, LORCA NAVARRETE, A., director, III, Valladolid, 2000, págs. 2857-2882; ORTELLS RAMOS, M., *Proceso Civil Práctico*, GIMENO SENDRA, V., director, VII, Madrid.

<sup>31</sup> Con detalle, pero respecto de la anterior ordenación de la materia concursal, MARTÍN PASTOR, J., *La anotación preventiva como medida cautelar y el Registro*, Madrid, 2001, págs. 435-476.

<sup>32</sup> Sobre esta concreción del embargo, ampliamente, LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El embargo de la empresa*, Pamplona, 1999.

<sup>33</sup> Por otra parte, no ha de descuidarse que el deudor no tiene por qué prestar la caución con (o con cargo a) bienes propios, sino que terceros pueden constituir a favor del deudor garantías reales o conceder avales de la clase legalmente requerida.

Las dudas se plantean, en cambio, y con gran dificultad, respecto de la suficiencia cuantitativa de la caución. Me parece absurdo que deba cubrir todos los créditos contra el deudor que no se hallen de otro modo garantizados, porque resulta incomprensible que un deudor que se halle en condiciones de prestar caución por ese importe, no haya utilizado su capacidad de crédito precisamente para evitar su situación de insolvencia.

Una línea de solución realista podría abrirse teniendo en cuenta que el régimen de LEC sobre la caución sustitutoria es ambiguo<sup>34</sup> y podría dar cobertura a cauciones cuya cuantía, atendidas las circunstancias, garantizara el compromiso del deudor de no alterar su patrimonio, mientras se halle pendiente la resolución sobre la declaración de concurso.

**C) *El procedimiento para resolver sobre la solicitud de medidas. En especial, el problema de la audiencia del deudor***

Sobre las medidas del art. 17 LCon el juez ha de resolver sin previa audiencia del demandado, porque el apartado 1 del artículo establece que el juez podrá adoptarlas al admitir a trámite la solicitud de concurso, trámite en el que el deudor no ha sido todavía emplazado.<sup>35</sup> La LCon excepciona la regla general de LEC, que se ha inclinado por subordinar la exclusión de la audiencia previa a la concreta constatación de razones de necesidad o urgencia.<sup>36</sup>

Otros aspectos procedimentales presentan problemas de diversa importancia.

Es aplicable el art. 732 LEC en cuanto regula la solicitud de medidas, aunque no la disposición sobre la resolución (art. 733 LEC), al menos en cuanto se refiere a la decisión sobre el momento de la audiencia.

Sólo es conveniente puntualizar que las medidas cautelares pueden ser solicitadas al pedir la declaración cualquiera de los legitimados para instar concurso necesario y no sólo por quien, entre todos los legitimados, presentó la primera solicitud de concurso. Una cosa es que el procedimiento de declaración ya esté iniciado por la primera solicitud, y las demás solicitudes se acumulen (art. 15.2 LCon), y otra que cada solicitud de declaración de concurso no se halle sometida a una específica admisión a trámite, de manera que si en solicitudes posteriores se piden medidas cautelares, también ha de entenderse cumplida la exigencia del art. 17.1 LCon.

Falta cobertura literal en LCon -pero no la necesita porque la tiene en el art. 730.4 LEC- para una solicitud de medidas cautelares posterior presentada en momento posterior a la admisión a trámite y anterior a la emisión del auto de declaración de concurso. Pueden haber concurrido razones que justifiquen esta petición demorada

---

<sup>34</sup> Se mueve entre la finalidad de garantizar el equivalente dinerario y la de comprometer al demandado a no realizar actos que puedan dificultar la efectividad de la tutela principal, si es concedida: ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 194-200.

<sup>35</sup> Ya en este sentido, por el mismo argumento, RIFÁ, *Derecho concursal práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., (coordinador), cit., pág. 113.

<sup>36</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 282-288.

(art. 730.4 LEC) y la resolución de estas peticiones puede tener utilidad práctica, porque, como la respuesta judicial debe ser inmediata, todavía permite contrarrestar riesgos implícitos en la demora que imponen la práctica de emplazamientos y la celebración de la vista.

RIFÁ entiende que el régimen de la congruencia tiene especialidades, porque basta que el solicitante pida, genéricamente, medidas cautelares, mientras que corresponde a la potestad del juez determinar las medidas específicas que considere procedente adoptar.<sup>37</sup> En mi opinión, el régimen de la congruencia no tiene por qué ser distinto al previsto por el art. 721.1 LEC: el juez no podrá acordar medidas más gravosas que las solicitadas.<sup>38</sup> La razón principal para esta conclusión tiene que ver con la caución-presupuesto. La cuantía de esa caución guarda relación con la de los daños y perjuicios previsibles, que, como es lógico, son diferentes en función de la intensidad o gravedad de la medida. Siendo así, no tendría sentido que el juez pudiera denegar una medida menos grave, en función de la cual el solicitante ha ofrecido una caución proporcionada, por entender el juez más idónea una medida más grave, para cuyo acuerdo debería exigir una caución por cuantía más elevada, que el solicitante no está dispuesto a asumir.

En cualquier caso, si se entiende autorizada una decisión de oficio sobre la entidad de la medida, el exceso respecto de la solicitada no ha de repercutir sobre la caución exigible al solicitante, ni sobre su eventual responsabilidad en caso de que las medidas deban ser alzadas.

Con todo, la principal cuestión dudosa sobre el procedimiento, es la referida al modo de dar oportunidad de defensa al sujeto pasivo de las medidas acordadas.

En LEC la exclusión de audiencia previa va acompañada de la admisión de una posibilidad de oposición (arts. 733.2, párrafo segundo, 739-742). Se ha afirmado que esta posibilidad podría ser utilizada por el deudor frente a las medidas cautelares *ex* art. 17 LEC.<sup>39</sup>

El problema es que, por los plazos y por la actividad procesal necesaria para el tratamiento de esta oposición,<sup>40</sup> la misma acabaría por finalizar, normalmente, cuando ya hubiera sido dictada resolución sobre la declaración de concurso.

Para apreciar mejor las situaciones, habría que distinguir en función de que el concurso hubiera sido o no declarado y de la firmeza del auto.

El auto firme que desestime la solicitud de declaración de concurso debe acordar el alzamiento de las medidas y permite iniciar el procedimiento para la fijación de la indemnización.

---

<sup>37</sup> RIFÁ, *Derecho concursal práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., (coordinador), cit., pág. 113.

<sup>38</sup> Sobre el significado de esta limitación, ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 310-311.

<sup>39</sup> MAGRO, “Las medidas cautelares por los Jueces de lo Mercantil en el proceso concursal”, cit., pág. 59.

<sup>40</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 354-368.

El auto firme de declaración de concurso, al afirmar concurrente el presupuesto objetivo del mismo, no sólo constata que el derecho aparente era existente, sino también que había situaciones reveladoras de peligro por la demora. No tendría sentido, por tanto, que el tribunal, en el procedimiento del art. 733 LEC, acabara concluyendo que las medidas cautelares –cuyo puesto ha sido ahora ocupado por los efectos propios del auto de declaración- debieron ser alzadas por falta de *periculum*.

Sólo si el auto no es firme, por haberse recurrido en apelación el pronunciamiento estimatorio o desestimatorio, continúa teniendo alguna repercusión la reconsideración –provocada por una oposición del deudor- del peligro por la demora.

Si el auto apelado ha sido desestimatorio, el juez tiene argumentos adicionales para decidir el inmediato alzamiento de las medidas o para subordinar su mantenimiento a un importante incremento de la caución-presupuesto (arts. 17.3 LCon y 744.1 LEC).

Si el auto apelado declaró el concurso, una eventual –y poco probable, por lo que más arriba apunté- resolución de alzamiento de medidas por falta de *periculum* influirá en las decisiones sobre plena eficacia provisional del auto o sobre la suspensión de sus efectos, con mantenimiento de medidas parciales.

En cualquier caso, lo que llevamos dicho revela que el tratamiento más adecuado de la oposición del deudor, no es el del art. 733 en relación con los 739 y siguientes LEC, sino el de acumularla a la oposición a la declaración de concurso y, en su caso, a los recursos que deriven de aquélla.

**D) *Relaciones de las medidas cautelares con el proceso principal del que son instrumentales (proceso de declaración de concurso)***

En el anterior apartado B ha sido oportuno tratar de buena parte de las cuestiones sobre las que incide el régimen de la instrumentalidad.

Al menos las medidas cautelares del art. 17 LCon son pedidas con la demanda principal –aquí, la solicitud de concurso-, aunque hemos sostenido que hay razones para admitir peticiones posteriores.

También hemos aunque sólo sea mencionado las consecuencias que tienen para las medidas cautelares las resoluciones de terminación del proceso principal –aquí, el de declaración de concurso- según el sentido –estimatorio o no- de las mismas y su firmeza.

En cuanto a lo último sólo queda apuntar algunas cuestiones sobre la situación de las medidas en caso de auto firme de declaración de concurso:

1º) Las medidas pierden su carácter de cautelares, dando paso a las actuaciones de cumplimiento del auto de declaración de concurso (art. 21.1.2ª LCon, entre otros). Estas actuaciones pueden ser unas de carácter provisional, a las que llama cautelares, incorrectamente, el art. 21.1.4º LCon. Ésta transformación o “conversión” no se

produce con arreglo al art. 731.1 LEC,<sup>41</sup> sino sin necesidad de solicitud especial del peticionario de declaración de concurso.

2º) La pérdida del carácter de cautelares -aunque las mismas medidas que fueron en su momento adoptadas como cautelares, se mantengan en vigor para cumplir la función de las medidas previstas por el art. 21.1.4º LCon- significa que se ha extinguido la eventualmente existente posibilidad del deudor de instar la sustitución por caución. También que debe ser cancelada la caución que se constituyó para obtener las medidas, porque carece de objeto al no existir los daños y perjuicios cuya indemnización estaba destinada a garantizar.

## **2.- Sobre la admisibilidad de medidas previas a la presentación de la solicitud de declaración de concurso**

La admisión de medidas cautelares previas a la presentación de la solicitud de concurso no está expresamente considerada por la LCon, pero podría estimarse amparada por las normas supletorias de LEC, en concreto por el art. 730.2, que permite esas medidas en casos de urgencia o necesidad y subordina su eficacia a la presentación de la demanda principal con ciertos requisitos.<sup>42</sup>

Rifá Soler se ha manifestado en contra de la admisión de medidas previas, tanto por la taxatividad del art. 17.1 LCon, como porque, aunque las medidas sean pedidas con la solicitud de concurso, el plazo para resolver sobre las mismas es muy breve.<sup>43</sup>

En mi opinión, aunque esta petición de medidas previas no tenga gran interés práctico, por lo que luego diré, no puede sostenerse que sea inadmisibile.

Respecto del argumento de la precisa disposición del art. 17.1 LCon, que excluiría cualquier otro momento de solicitud, cabe indicar que tal disposición no sería contradicha si se entendiera que las medidas cautelares pedidas en momento diferente al previsto por el precepto mencionado no se beneficiarían de las especialidades del mismo –particularmente, el carácter discrecional, y no preceptivo, de la caución-presupuesto y menor rigor de la calidad de la caución-, sino que estarían sometidas al régimen ordinario de LEC.

En cuanto al argumento práctico que apunta Rifá, lo decisivo no me parece el breve plazo de resolución sobre la solicitud, sino la simplicidad del acto de solicitud del art. 7 LCon, que, en todo caso, es igual o incluso más simple que una solicitud de medidas cautelares previas. Es lógico, pues, que la parte se incline por pedir las medidas con la solicitud de concurso y no antes.

No obstante, si, por circunstancias no fácilmente previsibles, hubieran sido pedidas medidas previas, no hay razones para negar el pronunciamiento sobre ellas con arreglo al régimen común de LEC, en cuanto a los presupuestos de admisión y de

---

<sup>41</sup> Sobre los requisitos ordinarios de la “conversión” de una medida cautelar en una ejecutiva, véase, con detalle, ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 448-466.

<sup>42</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 280-281, 395-408.

<sup>43</sup> RIFÁ, *Derecho concursal práctico*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., (coordinador), cit., pág. 111.

concesión y a los requisitos que deben ser cumplidos para que las medidas previas conserven eficacia.

Una cuestión diferente, aunque próxima a la que hemos tratado, es la de si una solicitud de concurso podría entenderse como “demanda” a los efectos de cumplir el requisito que exige el art. 730.2 LEC para que las medidas previas conserven eficacia.

Si el derecho (de crédito) que se adujo como presupuesto de apariencia de buen derecho para obtener las medidas previas, es el mismo que se hace valer para fundar la legitimación para solicitar la declaración de concurso (art. 3 LCon), no tengo dudas para una respuesta afirmativa. La medida cautelar previa aseguraba la efectividad de la tutela del crédito en el proceso singular; si, por concurrir el presupuesto objetivo del concurso, éste es solicitado y declarado, las medidas continuarán asegurando la efectividad de la tutela del mismo derecho, aunque, ahora, en el proceso concursal.

La solicitud de concurso cumple, en los supuestos apuntados, las exigencias de la instrumentalidad.<sup>44</sup> Por el contrario, alzar las medidas cautelares porque no ha sido presentada una demanda de proceso declarativo respecto del derecho singularmente considerado, resultaría contrario a la función de la tutela cautelar, en una oportunidad en que esa función es muy necesaria, por el *periculum in mora* insito en el presupuesto objetivo del concurso.

No obstante, puede haber dificultades para la solución más correcta. El art. 730.2 LEC requiere que la demanda –la solicitud de declaración de concurso, en nuestro caso- se presente “ante el mismo tribunal que conoció de la solicitud” de medidas previas. Dado que la competencia objetiva para el concurso corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, no cabría entender “ratificados” por una solicitud de concurso medidas previamente decretadas por Juzgados de Primera Instancia con competencia objetiva civil ordinaria.

### **3.- Tutela cautelar instrumental de proceso en el que se ejercite acción por incumplimiento de convenio**

Una vez declarado el concurso ya no son necesarias medidas cautelares respecto de la masa activa. Las que se hubieran acordado con anterioridad a la declaración se extinguirán, como tales medidas cautelares, al adquirir firmeza el auto de declaración. Desde ese momento, se desarrollan los efectos del auto limitativos de las facultades de administración y de disposición del concursado y los atributivos de facultades a los administradores concursales.

No obstante, lo anterior debe tener una excepción en el caso de que se haya alcanzado un convenio, porque, desde que el mismo adquiere eficacia mediante la aprobación judicial, cesan los efectos de la declaración de concurso, y, en concreto, cesan los administradores concursales en el ejercicio de su cargo (art. 133.2 LCon). Y

---

<sup>44</sup> Implica una petición de tutela judicial para el mismo derecho, lo que está ausente de otras actuaciones, diferentes a la demanda de proceso declarativo –las solicitudes de diligencias preliminares, de justicia gratuita, de conciliación-, que, correctamente, la doctrina ha rechazado como suficientes para la “ratificación” de las medidas previas; véase, GASCÓN INCHAUSTI, F., *La adopción de medidas cautelares con carácter previo a la demanda*, Madrid, 1999, págs. 120-124.

todo ello a pesar de que el concurso no concluye, precisamente, hasta que el juez declare cumplido el convenio (art. 139 LCon) y concluido el concurso (art. 141 LCon).

Cualquier acreedor vinculado por el convenio puede pretender su rescisión con base en el incumplimiento del deudor (art. 140.1 LCon). La pretensión de rescisión ha de interponerse ante el juez del concurso, se tramita por el procedimiento del incidente concursal, con apelación (art. 140.2 y 3 LCon). La estimación de la pretensión comporta, además de la rescisión del convenio, la apertura de la fase de liquidación (arts. 143.1.5º, 145 a 147 LCon) y la reposición en el cargo de los administradores concursales o el nombramiento de nuevos administradores (art. 145.1 LCon, párrafo segundo LCon).

Pero, mientras se tramita el proceso declarativo sobre la acción de rescisión, el patrimonio del concursado queda sin control, salvo lo que diré más adelante. Esta situación puede generar una necesidad de tutela cautelar, que se tendría que satisfacer con medidas instrumentales de aquel proceso. Estas medidas asegurarían que los efectos jurídicos derivados de la estimación de la acción de incumplimiento puedan realmente desarrollarse, si la acción es estimada.

LCon no se refiere expresamente a la admisión de estas medidas cautelares, pero pueden ser solicitadas y resueltas con arreglo a las normas de LEC, que son supletorias.

Podría objetarse a lo dicho que, precisamente en el convenio, han podido ser pactadas prohibiciones y limitaciones a las facultades de administración y de disposición del deudor (arts. 137 y 133.2 LCon), que excluirían la necesidad de tutela cautelar en estos casos.

No se trata de desconocer la eficacia de garantía que deriva de estos pactos. En cuanto se hallen establecidos, el juez deberá tenerlos presentes para adoptar – normalmente en sentido denegatorio- decisiones de dirección procesal en el procedimiento cautelar –excluyen la urgencia y la necesidad, a los efectos de los arts. 730.2 y 733 LEC-, e, incluso, una resolución desestimatoria de la tutela cautelar pedida, por falta del presupuesto de *periculum in mora* (art. 728.1 LEC).

Ahora bien, en cuanto esos pactos no existan o sean insuficientes para impedir las conductas del deudor que pongan en peligro la efectividad de la eventual apertura de la fase de liquidación, la tutela cautelar es procedente según las normas generales de LEC.

Tampoco es óbice para esta conclusión lo previsto por el art. 728.1, párrafo segundo LEC, porque para su aplicación es necesario que el solicitante de las medidas cautelares conozca y tolere las situaciones de riesgo.<sup>45</sup>

En nuestro caso, es posible que el acreedor que ejercita la acción de incumplimiento de convenio ni siquiera haya votado a favor del mismo (arts. 124 y 134 LCon). Incluso haber votado a favor de un convenio con determinado contenido

---

<sup>45</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 157-158; para las primeras aplicaciones jurisprudenciales, ORTELLS, “La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la LEC 2000”, en *La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia*, cit., págs. 618-619.

no da base para aplicar el art. 728.1, párrafo segundo LEC, con toda seguridad si las situaciones de peligro son posteriores a la aceptación del convenio.

### III.- EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE CONCURSO SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES INSTRUMENTALES DE PROCESOS DECLARATIVOS PENDIENTES, EN LOS QUE SEA PARTE EL CONCURSADO

Hay que distinguir entre las medidas cautelares instrumentales de procesos en que el concursado fuera actor y las de aquellos en que éste ocupara la posición de demandado y sujeto pasivo de la medida cautelar acordada.

En el primer supuesto, los efectos del auto de declaración de concurso sobre la tutela cautelar tienen una entidad menor. En ningún caso llegan a excluir esa tutela, a determinar su extinción, como, por el contrario, ocurre, en la mayor parte de los casos en los que el concursado ostenta la condición de demandado.

#### 1.- **Incidencia sobre medidas cautelares de procesos en los que el concursado es actor**

La declaración de concurso no produce, directamente, ningún efecto jurídico sobre las medidas cautelares que, a favor del concursado, se hallen adoptadas en esos procesos. Dado que la gestión patrimonial del que figura como demandado en esos procesos no es, en absoluto, afectada por la declaración de concurso, la necesidad de tutela cautelar que condujo, en su momento, a conceder las medidas, no sufre alteración, por lo que la eficacia de las mismas subsiste, sometida al régimen ordinario de LEC.

No obstante, la declaración de concurso sí que puede tener consecuencias indirectas sobre la tutela cautelar en este supuesto.

Apuntaré las principales:

1ª) Si el auto de declaración de concurso ha dispuesto la suspensión de las facultades de administración y de disposición del concursado, la administración concursal le sustituirá (art. 51.2 LCon) no sólo en la actividad procesal del proceso principal, sino también en las actividades procesales pendientes respecto de la tutela cautelar (por ejemplo: en la defensa de la medida adoptada frente a la oposición del sujeto pasivo o frente a una petición de alzamiento por cambio sobrevenido de circunstancias) y en la iniciativa de tales actividades (por ejemplo: solicitud de modificación de medidas por cambio de circunstancias o solicitud de medidas posterior a la demanda).

La actividad procesal del propio concursado, al amparo del art. 51.2, párrafo segundo LCon, específicamente respecto de la tutela cautelar, se halla sujeta a una limitación, que afecta al cumplimiento por su parte del presupuesto de la caución: tendrá que ser constituida por un tercero y sin coste para la masa del concurso.

2ª) La declaración de concurso también repercute indirectamente sobre la caución que, como presupuesto para obtener la tutela cautelar, el concursado, antes de ser declarado tal, hubiera constituido con cargo a su patrimonio. Esta característica de la caución –básica para lo que ahora tratamos- concurre tanto si, en su momento, el

ahora concursado consignó dinero en la cuenta de depósitos y consignaciones, como si constituyó derechos reales de garantía sobre bienes propios, como, en fin, si la garantía la prestó un tercero, pero con contraprestación de la persona cuya responsabilidad es garantizada –avales prestados por entidades de crédito–.

La administración concursal, mediante el ejercicio de sus facultades de administración (arts. 35.1 y 43 LCon) y de sus facultades de conducción procesal (art. 51.2, párrafo primero LCon), puede instar la extinción de la restricción que la caución comporte sobre bienes y derechos determinados de la masa activa o la de las deudas de la masa que la caución origina –los costes del aval constituido a favor del ahora concursado tienen el tratamiento del art. 61.2 LCon).

Para decidir el modo de ejercitar las facultades mencionadas, la administración concursal ha de tener presente la utilidad de las medidas que está adoptadas y estas dos consideraciones:

a) El coste de la caución prestada por tercero, en su momento contratada por el ahora concursado, ha de satisfacerse, desde la declaración de concurso, con cargo a la masa (art. 61.2 LCon).

b) La indemnización por los daños y perjuicios que cause la medida cautelar si se la deja subsistente y, en algún momento, ha de ser alzada sin que haya cumplido su fin, pasa a ser deuda de la masa, en cuanto al importe imputable a los daños producidos desde la declaración del concurso (art. 84.2.10º LCon).

Si la administración concursal opta por la extinción de la caución, es necesario:

a) Que la administración concursal desista de las medidas cautelares que estuvieran decretadas o que renuncie a las mismas. Aunque no se le denomine del modo que acabo de mencionar, el acto procesal de la administración concursal de solicitar la cancelación de la caución tiene, como mínimo, el significado de desistimiento de la medida, porque ésta no puede permanecer eficaz sin el presupuesto de la caución, si éste fue considerado exigible en la resolución de concesión. Es dudoso si este desistimiento requiere autorización del juez del concurso, porque no lo es de la demanda del proceso principal.

b) Aunque la LEC no prevé una norma expresa de responsabilidad por los daños causados por una medida cautelar que ha sido alzada por desistimiento o renuncia de la parte en cuyo favor fue acordada, esa norma puede ser deducida de las que establecen responsabilidad en todos los casos en que las medidas no han servido para cumplir su función.<sup>46</sup> A partir de esto, el tribunal del proceso del que sea instrumental la medida cautelar, no accederá a la solicitud de cancelación, salvo que el sujeto pasivo de la medida preste conformidad o no inste la condena a indemnización para cuya garantía fue constituida la caución.<sup>47</sup>

3ª) En cualquier supuesto de alzamiento de medidas cautelares, diferente a su utilización para la ejecución u otro modo de cumplimiento de la sentencia cuya

---

<sup>46</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 468-469; GASCÓN, *Medidas cautelares de proceso civil extranjero*, cit., págs. 474-477.

<sup>47</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., pág. 477.

efectividad aseguran, el tribunal se pronunciará sobre la responsabilidad del solicitante, y, en el procedimiento correspondiente, sobre la condena a indemnización.<sup>48</sup>

El derecho de crédito a esa indemnización tiene diferente calidad según anticipé. El art. 84.2.10º califica como créditos contra la masa los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado “con posterioridad a la declaración del concurso”. Por lo tanto, hay que entender que son créditos concursales –además con privilegio general: art. 91.5º LCon- los que tienen por objeto indemnizar daños y perjuicios producidos con anterioridad a la declaración de concurso. La aplicación de esta distinción a la indemnización por los daños y perjuicios causados por una medida cautelar es factible. Los daños se producen por la limitación o restricción patrimonial que la medida origina, y, consiguientemente, pueden distinguirse los causados antes y después de la declaración y cuantificarse separadamente.

## **2.- Incidencia sobre medidas cautelares de procesos en que el concursado es demandado y sujeto pasivo de las medidas cautelares**

La declaración de concurso determina, en primer término y de acuerdo con la previsión expresa de LCon, una modificación de la competencia objetiva sobre la tutela cautelar instrumental de procesos en los que el concursado había sido demandado y, además, sometido a medidas cautelares. La modificación se produce tanto respecto de las medidas cautelares ya adoptadas –y opera sobre las potestades que resten por ejercitar sobre la tutela cautelar-, como sobre la competencia para decidir sobre peticiones de tutela cautelar posterior a la demanda del correspondiente proceso declarativo.

Debe destacarse, no obstante, que, atendido lo previsto por el art. 8.1º y 4º y por el art. 51 LCon, la modificación se produce de dos modos diferentes:

1º) Si el proceso declarativo es acumulado al concurso, con base en lo dispuesto por el art. 8.1º y por el art. 51.1 inciso segundo LCon, el juez del concurso adquirirá competencia para conocer del declarativo y, con ella, la competencia funcional para la tutela cautelar instrumental del mismo.<sup>49</sup>

2º) Si el proceso declarativo no es acumulado al concurso, bien sea por la regla general del art. 51.1, inciso primero, bien sea porque no cumple los requisitos del inciso segundo, el juez del concurso adquiere, no obstante, la competencia sobre la tutela cautelar instrumental de ese proceso. El art. 8.4º LCon le atribuye la última competencia mencionada independientemente de que adquiera o no competencia para el proceso principal. El juez de este último proceso pierde su competencia funcional sobre la tutela cautelar vinculada con éste, competencia que adquiere, como competencia objetiva, el juez del concurso.

Tanto en un supuesto como en otro, lo importante es determinar qué significa que el juez del concurso adquiere la competencia sobre la tutela cautelar.

---

<sup>48</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 466-478.

<sup>49</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 216-225.

¿Significa sólo que el Juzgado del concurso adquiere la competencia, pero ejercerá sus potestades sobre la tutela cautelar con arreglo al régimen jurídico de la misma según LEC? ¿O significa, además, que este régimen de LEC es desplazado en virtud de los efectos jurídicos que derivan de la declaración de concurso? Si se responde afirmativamente a la segunda cuestión ¿en qué sentido y con qué alcance se produce ese desplazamiento?

A mi juicio, hay que distinguir según el fundamento y objeto de las pretensiones interpuestas en los procesos pendientes, en los que estuvieran adoptadas las medidas cautelares.

**A) *Medidas cautelares instrumentales de procesos sobre pretensiones con las que se hacen valer derechos de obligación***

Con toda seguridad, la declaración de concurso suspende la eficacia de estas medidas, modifica su contenido y determina su extinción, aunque, por lo que apuntaremos, no es fácil precisar con qué alcance y en qué momento se produce cada uno de los mencionados efectos.

El art. 9, párrafo quinto de la antigua Ley de Suspensión de Pagos formulaba norma expresa sobre esta materia,<sup>50</sup> que, en cambio, no figura en la LCon, aunque la doctrina entiende que el criterio que sustentaba el antiguo precepto puede mantenerse bajo la LCon.<sup>51</sup>

En efecto, las líneas generales de la solución expresada en el art. 9, párrafo quinto de la antigua LSP, no ofrecen dudas ni por la función del proceso concursal, ni por la de la tutela cautelar.

Los derechos que se hacen valer en la demanda del proceso declarativo son créditos concursales y serán satisfechos con arreglo al régimen del concurso, sin expectativa de poder serlo en un proceso singular de ejecución. Consiguientemente, las medidas cautelares que estuvieran adoptadas ya no pueden cumplir su fin, de modo que la característica de instrumentalidad impone la extinción de las mismas.

Por otra parte, el mantenimiento de las medidas cautelares, con las limitaciones que introducen en la gestión patrimonial, constituiría un grave obstáculo para el desarrollo del proceso concursal y para la finalización del mismo con cumplimiento de su función. Además, por lo apuntado más arriba, ese obstáculo sería absurdo.

Si de este planteamiento general se descende al detalle, surgen, no obstante, algunas dudas.

En primer lugar, respecto de si la declaración de concurso tiene el efecto de suspender la eficacia de las medidas cautelares preexistentes contra el deudor-concursado o el efecto de extinguirlas.

---

<sup>50</sup> Disponía el apartado del artículo citado lo siguiente: “Desde que se tenga por solicitada la suspensión de pagos todos los embargos y administraciones judiciales que pudiera haber constituidos sobre bienes no hipotecados ni pignorados, quedarán en suspenso y sustituidos por la actuación de los interventores, mientras esta subsista, con arreglo a las normas que señale el Juzgado”.

<sup>51</sup> CORDÓN, *Proceso concursal*, cit., pág. 111.

Ha apuntado Córdón<sup>52</sup> que si el concurso termina por desistimiento de todos los acreedores (art. 176.1.5ª LCon) o por insuficiencia de bienes (art. 176.1.5ª LCon), el embargo que estuviera previamente adoptado subsistirá. Ya defendió esta tesis Mascarell, respecto de la interpretación del art. 9, párrafo quinto de la antigua Ley de Suspensión de Pagos.<sup>53</sup> Parece, pues, que el efecto del auto de declaración de concurso sería el de suspender la eficacia de las medidas cautelares.

No obstante, ese estado de las medidas puede convertirse en un obstáculo para la función del concurso a partir de cierto momento de su desarrollo. Por ejemplo: la subsistencia –aunque con la eficacia suspendida- de un embargo preventivo sobre un bien o derecho de la masa activa influirá negativamente en las posibilidades de realización forzosa del mismo.

Podría entenderse que las medidas cautelares se extinguen, si bien no desde que se abre la fase de liquidación –la causa de conclusión del concurso del art. 176.1.5º LCon puede darse durante la fase mencionada-, sino desde que sea realizado, en la liquidación, el bien o derecho sobre el que recaía la medida –previamente a la realización será anunciado el efecto extintivo de la misma sobre el “gravamen” procesal-. No es, en cambio, seguro sostener que la aprobación del convenio también produce la extinción de las medidas cautelares –dejando a un lado la posibilidad de extinción por renuncia del acreedor en cuyo favor estuvieran constituidas-, porque los argumentos a favor de la extinción fundados en el art. 136 LCon, son contrarrestados por lo previsto en el art. 140.4 y 143.1.5º LCon.

En segundo lugar, las dudas se refieren a si la declaración de concurso comporta, al menos para algunas medidas, una modificación de su contenido. Mascarell, interpretando el art. 9, párrafo quinto, de la antigua LSP, hizo notar que el precepto no imponía ni la extinción de la eficacia de la resolución que hubiera adoptado la medida cautelar, ni –tratándose de un embargo preventivo- de las garantías de la afección diferentes al depósito o a la administración judicial. Las anotaciones preventivas en registros públicos podían subsistir, mientras que las garantías de depósito y administración judicial sí que serían desplazadas por la acción de los interventores.<sup>54</sup>

En todo caso, la posible subsistencia de algunos actos de cumplimiento de la medida cautelar tiene el límite de la extinción de la medida, con arreglo a lo que expuse poco antes.

---

<sup>52</sup> CORDÓN, *Proceso concursal*, cit., pág. 111-112.

<sup>53</sup> MASCARELL NAVARRO, M.J., *Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos*, Granada, 1994, pág. 97.

<sup>54</sup> MASCARELL, *Aspectos procesales de la Ley de Suspensión de Pagos*, cit., pág. 98.

**B) *Medidas cautelares instrumentales de procesos sobre pretensiones referidas al cumplimiento o la resolución de contratos con obligaciones recíprocas***

Aunque la diversidad de hipótesis posibles es muy amplia, pueden distinguirse algunos supuestos básicos para encuadrar las cuestiones sobre la tutela cautelar que estuviera adoptada y para realizar, al menos, un primer análisis de las mismas.

*a) Pretensiones interpuestas por la parte contractual que hubiera cumplido sus obligaciones antes de la declaración de concurso*

Normalmente se tratará de contratos de cumplimiento instantáneo, aunque pueden serlo también contratos con prestaciones continuadas o periódicas, si la parte contractual diferente al concursado hubiera cumplido las suyas antes de la declaración de concurso. También antes de ese momento, habrá sido presentada la demanda y habrán sido solicitadas y obtenidas las medidas cautelares.

Si la pretensión interpuesta en el proceso del que estas medidas son instrumentales, es una pretensión de condena al cumplimiento, cualquiera sea la prestación –dineraria, de dar cosas específicas, de hacer o de no hacer-, la incidencia de la declaración de concurso sobre la medida es la que ya hemos examinado en el anterior apartado A. Frente al concursado, el actor hace valer, en todo caso, un derecho de crédito cuya satisfacción debe producirse dentro del proceso concursal (arts. 84.1 y 88 LCon).

Si la pretensión interpuesta por la parte contractual que hubiera cumplido se dirige a la resolución del contrato, con pretensiones accesorias de condena a la restitución de cosas, al pago de equivalentes dinerarios de prestaciones no restituibles o de indemnizaciones, el tratamiento de la tutela cautelar que hubiera sido concedida es, también, el expuesto en el inmediato anterior apartado A, aunque en este caso puede haber una excepción.

Si el título jurídico de la restitución pretendida tiene naturaleza real –por ejemplo, por existir pacto de reserva de dominio-, la incidencia de la declaración de concurso sobre la medida cautelar adoptada ha de examinarse teniendo en cuenta las peculiaridades de la *separatio ex iure dominii*, que consideraremos en el siguiente apartado D. Principalmente las especialidades derivan de que el derecho del actor no se satisface –salvo en el supuesto del art. 81 LCon- en el proceso de concurso, aunque lo deba satisfacer la administración concursal, y, en caso de litigiosidad, la competencia objetiva corresponda al juez del concurso y resulte alterado el procedimiento adecuado (art. 80 LCon).

Por otra parte, debe tenerse en cuenta la incidencia, en el proceso principal sobre la acción de resolución, de la facultad de rehabilitación del contrato establecida por el art. 69 LCon. El ejercicio de la misma redundará en la finalización del proceso principal –por la vía del art. 22 LEC- y en la extinción de las medidas cautelares.

*b) Pretensiones referidas a contratos con obligaciones de tracto continuado o periódico pendientes de cumplimiento*

En el supuesto de que la parte procesal cumplidora hubiera pretendido la resolución y las correspondientes condenas accesorias, el carácter continuado o periódico de las prestaciones no introduce ninguna especialidad notable en lo que hemos expuesto en el inmediato anterior subapartado a). Solamente conviene advertir que las facultades de rehabilitación contractual que puede ejercer la administración concursal –y que darán lugar a la extinción de las medidas cautelares, como consecuencia de la finalización del proceso principal con base en el art. 22 LEC– existen en mayor variedad de supuestos (arts. 62.1 y 3, 68 y 70 LCon).

Si la pretensión del proceso principal pidiera, respecto del (después) concursado, condena al cumplimiento de prestaciones continuadas o periódicas, sí que se abren nuevas cuestiones sobre la tutela cautelar que estuviera adoptada como instrumental de aquel proceso.

La declaración de concurso no afecta, por si sola, a la vigencia de los contratos con obligaciones pendientes de cumplimiento, que, si son obligaciones del concursado, serán realizadas con cargo a la masa (art. 61.2 LCon). La declaración tampoco interrumpe la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado (art. 44 LCon), a la que pueden estar ligadas las prestaciones continuadas o periódicas a cuyo cumplimiento está pedida condena.

Puede haberse obtenido frente al deudor –antes de la declaración de concurso– una medida cautelar muy específica, con el contenido previsto en el art. 727.7ª LEC –prohibición de interrumpir o cesar en la realización de prestaciones que vinieran llevándose a cabo-. ¿Esta justificado que la declaración de concurso determine la extinción de esta medida, teniendo en cuenta que las prestaciones posteriores al momento de la declaración no son objeto de créditos concursales, sino de créditos frente a la masa?

Una cuestión similar puede ser planteada si fue adoptada la medida, menos específica, de embargo preventivo (art. 727.1ª, párrafo segundo LEC), para garantizar condenas al pago de equivalentes dinerarios o de indemnizaciones por prestaciones definitiva e irreversiblemente incumplidas. La parte de la cantidad –garantizada por el embargo preventivo– que corresponda a incumplimientos anteriores a la declaración de concurso queda sujeta al tratamiento del anterior apartado A. Pero ¿está justificado extender ese tratamiento a aquella parte de la cuantía garantizada por el embargo que, declarado el concurso, puede entenderse que cubre equivalentes dinerarios e indemnizaciones por incumplimiento de prestaciones continuadas o periódicas debidas con posterioridad a la declaración?

La administración concursal puede hacer valer la facultad de resolución prevista por el art. 61.2, párrafo segundo, LCon, cuyo éxito afectará a la subsistencia de las medidas cautelares instrumentales del proceso sobre la pretensión de condena a cumplimiento. Pero ni siquiera en esta hipótesis es clara la procedencia del alzamiento de medidas como el embargo preventivo, porque el juez puede decidir que se satisfagan indemnizaciones “con cargo a la masa” (art. 61.2, párrafo segundo LCon),

lo que puede dar lugar a ejecuciones singulares (art. 154.2 LCon) cuya efectividad garantizaría el embargo preventivo.

En definitiva, en estos supuestos comienza a apuntar un problema, que se manifestará con toda intensidad en supuestos que consideraremos a continuación: la administración concursal, con sus garantías, funciones y responsabilidades ¿constituye razón suficiente para excluir la necesidad de tutela cautelar respecto de derechos que no habrán de ser satisfechos en el proceso de concurso, sino que cuentan con una tutela declarativa y, en su caso, ejecutiva singularizadas, a cuyo servicio puede hallarse una, también singularizada, tutela cautelar?

**C) *Medidas cautelares instrumentales de procesos en los que se pretende tutela de derechos e intereses legítimos, a causa de haber sido afectados ilegítimamente los mismos por quien, posteriormente, es declarado en concurso***

Los procesos pendientes contra la persona o entidad que, después, es declarada en estado de concurso pueden versar, por ejemplo, sobre pretensiones de cesación de conductas lesivas del derecho al honor, intimidad o propia imagen, de derechos de propiedad intelectual e industrial en sus diversas modalidades, o de conductas constitutivas de competencia desleal o infractoras de los límites a la actividad publicitaria.

En cuanto hayan sido acumuladas a las anteriores pretensiones –siendo precedente- pretensiones de condena a indemnización (art. 84.1, en relación con el apartado 2.10º del mismo artículo LCon) y haya sido obtenida una medida cautelar de embargo preventivo, la incidencia de la declaración de concurso sobre la misma es la que ha sido considerada en anterior apartado A.

Pero, respecto de las pretensiones de condena a abstención pueden haber sido pedidas y concedidas medidas cautelares más específicas, como órdenes provisionales de abstención (art. 727.7º LEC), de depósito provisional de obras u objetos producidos con aparente infracción de las normas sobre propiedad intelectual o industrial o de los materiales empleados para su producción (art. 727.9ª LEC).

Dejemos a un lado las deudas indemnizatorias que nacen por la lesión irreversible de los derechos e intereses considerados. Tendrán la calidad de créditos concursales o de créditos contra la masa, en función de si los hechos constitutivos de la responsabilidad son previos o subsiguientes al momento de declaración de concurso.

Si las medidas cautelares que, para garantizar la efectividad de la tutela judicial de derechos o intereses legítimos de un tercero, restringen, provisionalmente, la libertad de conducta del concursado o de su actividad profesional o empresarial, continúan subsistentes, a pesar de la declaración de concurso, sin duda que limitarán la actividad del concursado o de la administración concursal que, en su caso, haya asumido la gestión de la actividad profesional o empresarial de aquél (art. 44.3 LCon). Pero no podrá sostenerse que constituyan un obstáculo o entorpecimiento injustificado para el cumplimiento de los fines del concurso. Es obvio que una mayor entidad cuantitativa del activo, facilita la mejor consecución de aquellos fines. Pero no es menos obvio que el ordenamiento no ampara que esa mayor entidad se consiga de cualquier modo; en concreto, desconociendo el límite que suponen los derechos de

otros e incorporando ilegítimamente su valor al patrimonio del concursado. Por el contrario, las situaciones litigiosas con incidencia en el contenido de la masa activa deben ser consideradas específicamente en el inventario, con apreciación de la repercusión del litigio sobre el valor del bien o derecho (arts. 82.4 y 83 LCon).

Desde el punto de vista de la vinculación instrumental de las medidas cautelares con la tutela pretendida en el proceso principal, no existe razón para que la declaración de concurso provoque la extinción o modificación de las medidas cautelares.

Será necesario finalizar el proceso principal para que sea determinado si el (después) concursado afectó ilegítimamente al derecho de otro o, por el contrario, sólo ejercitó un derecho existente en su patrimonio. En el primer caso, el respeto de las medidas cautelares específicas que hubieran sido decretadas habrá asegurado la efectividad de la tutela del actor –en varios sentidos, entre ellos evitando o reduciendo la necesidad de hacer valer su crédito, según el tiempo de su nacimiento, como concursal o como crédito contra la masa- y también habrá contribuido a que no experimenten incremento los créditos concursales o contra la masa.

Cuestión diferente es la de si la asunción de sus funciones por los administradores concursales justifica, y en virtud de qué causa, una extinción o una modificación –en sentido de aligerarlas- de las medidas que estamos considerando.

Las garantías que la ley establece para el nombramiento y actividad de los administradores concursales (arts. 27 al 33 y 37 LCon), el régimen de su responsabilidad (art. 36 LCon) y el sometimiento de los mismos a la supervisión judicial (art. 35.6 LCon) permite entender que, con repercusión sobre los asuntos litigiosos que examinamos en este apartado y con relevancia sobre la justificación de la tutela cautelar, existen diferencias entre la situación de libre actuación de la persona o entidad –que, posteriormente, han sido declarados concursados- y esa misma actuación, aunque sometida a las autorizaciones de la administración concursal, e, incluso más allá, la actuación de la propia administración concursal –si el concursado ha sido privado de sus facultades de administración y disposición (art. 40 LCon)-.

En mi opinión, estas diferencias pueden considerarse significativas de una desaparición o importante disminución sobrevenidas del presupuesto de peligro en la demora. Con base en esa modificación sobrevenida puede instarse el alzamiento de las medidas o una modificación de las mismas en el sentido de hacerlas menos restrictivas, todo ello al amparo de lo previsto por el art. 743 LEC.<sup>55</sup>

---

<sup>55</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 374-387.

**D) *Medidas cautelares instrumentales de procesos en los que se hace valer la titularidad de bienes que fundamenta la separación prevista por el art. 80 LCon***

Los arts. 80 y 81 LCon contemplan la separación de bienes de la masa activa del concurso, si el concursado no tiene derecho sobre ellos, sino que la titularidad corresponde a otra persona.<sup>56</sup>

La situación que ahora consideramos consiste en que el derecho del titular de los bienes a recuperar su posesión hubiera sido hecho valer judicialmente antes de la declaración de concurso, y, además, hubieran sido decretadas medidas cautelares para garantizar la efectividad de la sentencia eventualmente favorable. Las medidas pueden ser diversas: anotaciones preventivas de demanda, depósitos judiciales –tratándose de bienes muebles-, administración o intervención judicial si los bienes reclamados son productivos, prohibiciones de disponer, inventarios de los bienes, etc.

¿Determina la declaración de concurso la extinción o modificación de estas medidas?

La respuesta debe ser negativa si se atiende a la característica de instrumentalidad. La tutela judicial pretendida en el correspondiente proceso de declaración puede ser específicamente concedida, a pesar del estado de concurso. Si la administración concursal no reconoce el derecho del actor –podría reconocerlo, con arreglo al art. 80.1 LCon, y daría lugar a la terminación del proceso declarativo al amparo del art. 22 LEC-, la sentencia estimatoria de la pretensión del actor deberá ser ejecutada con entrega del bien –esa ejecución es la que asegura la medida adoptada-.

Sin duda, la consecuencia sería la que se acaba de mencionar en el caso de que el titular del derecho debiera instar la tutela del mismo en el incidente concursal, por haber rechazado la administración concursal el requerimiento de entrega (art. 80.2 LCon).

Pero la solución debe ser la misma si el pronunciamiento jurisdiccional sobre la titularidad del derecho se emite en un proceso iniciado antes de la declaración de concurso. Este proceso será o no acumulado al concurso, en función de lo previsto por el art. 51.1 LCon, pero, en todo caso, la administración concursal habrá tenido en el mismo la participación preceptuada por el art. 51.2 y 3 LCon. La sentencia firme vinculará al juez del concurso (art. 53.1 LCon) y darle –como dispone el último precepto mencionado- “la tramitación concursal que corresponda” significa, en este caso, que se proceda por la administración concursal a la entrega del bien al reconocido como titular del mismo (art. 80.1 LCon), mediante la actividad ejecutiva correspondiente si la administración concursal no cumple la sentencia en el plazo del art. 548 LEC.

---

<sup>56</sup> Para la situación anterior a la nueva Ley Concursal, DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho procesal civil*, IV, con FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., Madrid, 1991, págs. 397-398; VICENT CHULIÀ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, II, Barcelona, 1990, págs. 888-889. Respecto de la nueva Ley Concursal, SASTRE PAPIOL, S., *Derecho concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., (coordinador), Madrid, 2004, págs. 429-437; CORDÓN, *Proceso concursal*, cit., págs. 137-138.

Lo expuesto tiene la excepción –prevista en el art. 81.1 LCon- de que el bien o derecho hubieran sido enajenados por el deudor, antes de la declaración de concurso, a tercero de quien no puedan ser reivindicados.

Ahora bien, es evidente que precisamente la medida cautelar evita que se produzca la situación que da lugar a que se aplique el régimen del art. 81 LCon, porque obstaculiza la buena fe en la adquisición por el tercero y, con ello, la irrevindicabilidad.

No obstante, si, a pesar de la medida cautelar, en virtud de circunstancias poco imaginables, el art. 81 LCon pudiera ser aplicado, la extinción de la medida cautelar no se produciría simplemente por la declaración de concurso, sino por la terminación del proceso, del que la medida es instrumental, sin estimación de la pretensión de condena a la entrega del bien o derecho que constituía objeto del proceso, por constatarse la situación prevista en el primer inciso del art. 81.1 LCon. Según circunstancias, esta constatación puede producirse en el proceso de declaración –en tal caso, la sentencia desestimaré la pretensión y dejaré abiertas las posibilidades del art. 81.1, segundo inciso LCon-, o en el proceso de ejecución, al no hallarse el bien o derecho en el patrimonio del concursado –en tal caso, quedarán excluidos el cómputo a dinero de la prestación no ejecutable específicamente y la subsiguiente ejecución dineraria, pero se podrán utilizar, en el concurso, las posibilidades del art. 81.1 LCon-.

La subsistencia de las medidas cautelares, o su extinción o modificación, en el supuesto que nos ocupa, puede ser también examinada desde la perspectiva de una desaparición o disminución sobrevenida del presupuesto de *periculum*, debida a que la situación de libre actuación del deudor ha devenido, con la declaración del concurso, en situación de gestión controlada –con mayor o menor intensidad- de su patrimonio por la administración concursal. Remito, en este aspecto, a lo que he expuesto en el inmediatamente anterior apartado C.

#### IV.- LA TUTELA CAUTELAR INSTRUMENTAL DE PROCESOS RELACIONADOS CON EL CONCURSO E INICIADOS CON POSTERIORIDAD A SU DECLARACIÓN

Los criterios esenciales para resolver las principales cuestiones que plantea la tutela cautelar en los supuestos del epígrafe han sido, en buena medida, avanzados al estudiar los supuestos del apartado III.

No obstante, además de especialidades menores, entre los supuestos que deben examinarse ahora encontramos otro de los regímenes especiales de la tutela cautelar que la LCon formula de modo expreso –el embargo preventivo en los supuestos del art. 48.3 y 5 LCon-. Por otra parte, se plantea un peculiar problema acerca de si, respecto de ciertas solicitudes de pronunciamiento jurisdiccional que pueden ser realizadas durante el desarrollo del proceso de concurso, existe una propia tutela cautelar.

## **1.- La tutela cautelar instrumental de procesos en los que se hacen valer derechos del concursado o de la masa activa**

Los supuestos son muy variados y heterogéneos desde otros puntos de vista, pero en cuanto al régimen de la tutela cautelar merecen un tratamiento unitario por lo que inmediatamente explicaré.

Entre los supuestos considerados se encuentran el muy genérico de ejercicio de acciones del concursado (art. 54 LCon), las acciones de responsabilidad contra los administradores y liquidadores de la persona jurídica concursada (art. 48 LCon), las acciones de reintegración de la masa activa con arreglo a los arts. 71 y 72 LCon, y las acciones de responsabilidad contra los administradores concursales y sus auxiliares delegados, previstas en el art. 36 LCon.

En todos estos supuestos la tutela cautelar es, sin duda, admisible, porque se formula una pretensión de tutela judicial frente a una persona o entidad que no se halla sometida a una especial restricción en la gestión de su patrimonio. La efectividad de esa tutela ha de poder ser asegurada.

Esa tutela cautelar estará sometida, como regla general, al régimen ordinario de LEC, aunque en algunos supuestos el juez del concurso atraiga la competencia para conocer del proceso principal –cuyo procedimiento adecuado será, a veces, el “incidente concursal”- y de las medidas cautelares instrumentales del mismo.

Por regla general, los problemas de la tutela cautelar instrumental de estos procesos se limitan al presupuesto de la caución.

Para los supuestos específicos que regula el art. 48 LCon se prevén, en cambio, importante especialidades que afectan, o pueden afectar, a la configuración de la medida cautelar de embargo preventivo y al procedimiento para resolver sobre la misma.

### ***A) El presupuesto de la caución y la imputación de responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la tutela cautelar***

Las especialidades respecto del presupuesto de la caución no afectan a las normas de suficiencia cualitativa y cuantitativa –es decir, a su eficacia como presupuesto de las medidas cautelares-. Se refieren a la precisa determinación del patrimonio sobre el que recae la obligación de constituir la caución y a la posibilidad de recuperar los costes que ha causado la misma. Indirectamente se proyectan, también, sobre la imputación de la responsabilidad por los daños y perjuicios que la tutela cautelar pueda causar.

Conviene distinguir según los legitimados para la tutela principal pretendida -o que pueda serlo, en el caso de medidas previas (art. 730.2 LEC)- y para instar las correspondientes medidas cautelares.

#### *a) Administración concursal*

Si la legitimación corresponde a la administración concursal –sea por sustitución del concursado suspendido en sus facultades de disposición y administración (art. 54.1 LCon), sea como legitimación propia (arts. 48.3 y 5, 72 LCon)- ésta podrá instar medidas cautelares y cumplir el presupuesto de la caución

con cargo a la masa activa, sobre la que recaerá la responsabilidad por los daños y perjuicios en caso de que la medida cautelar sea alzada sin haber cumplido su fin (arts. 84.2.3º y 9º LCon).

*b) El concursado*

La misma solución del anterior apartado a) es aplicable si el concursado – sometido a intervención- interpone la pretensión y solicita medidas cautelares con la conformidad de la administración concursal (arts. 54.2, 84.2.3º y 9º LCon). La conformidad no se referirá sólo a la interposición de la demanda, sino también a los negocios jurídicos necesarios para la constitución de la caución (art. 40.1 LCon).

El concursado puede personarse y defenderse de forma separada en juicios promovidos por la administración concursal (art. 54.3 LCon). Al intervenir, al amparo de este artículo, en el proceso iniciado por la administración concursal puede instar medidas cautelares,<sup>57</sup> pero deberá constituir la caución –exigible con arreglo al régimen general de la tutela cautelar- sin posibilidad de afectar a la masa activa del concurso. El segundo inciso del art. 54.3 LCon, al mencionar sólo las costas, es menos ilustrativo que el art. 51.2, párrafo segundo, que se refiere, más ampliamente, a los gastos de la actuación procesal y que es aplicable por analogía. Esto conduce a que la caución tenga que prestarla un tercero a favor del concursado y asumiendo el tercero los costes que la caución pueda originar.

*c) Acreedores*

En los supuestos más frecuentes, la interposición de la pretensión por los acreedores, con solicitud de medidas cautelares, se realizará con base en la legitimación subsidiaria que les atribuye el art. 54.4 LCon y a la que remiten los arts. 48.5 y 72.1 LCon. No obstante, hay supuestos en los que la legitimación se les atribuye de manera directa y principal, como en el de la acción de responsabilidad contra administradores concursales y sus auxiliares delegados (art. 36.1 LCon).

El tratamiento de la caución-presupuesto es el mismo para todos los supuestos anteriores, a pesar de la diversidad de los mismos.

El acreedor demandante y solicitante de la medida tendrá que constituir la caución con cargo a su patrimonio y a él se le imputará la responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la medida, si debe ser alzada sin haber cumplido su función. Pero si la pretensión interpuesta en el proceso principal es estimada, tiene derecho a que se le reembolsen los costes de la caución, con cargo a la masa activa y hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia (art. 54.4, párrafo segundo LCon).

Este derecho al reembolso es más restringido en los supuestos de acción de responsabilidad contra administradores concursales y auxiliares delegados, porque el art. 36.6 LCon lo limita a los gastos necesarios. Entre los últimos no pueden incluirse los originados por la obtención de medidas cautelares si éstas son alzadas por falta de presentación temporánea de la demanda (art. 730.2 LEC) o por estimarse la oposición

---

<sup>57</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 255-256.

del sujeto pasivo de las mismas (art. 741.2 LEC). Es obvio que si las medidas son alzadas porque la sentencia no es estimatoria (art. 745 LEC), el derecho al reembolso queda excluido, aunque por la razón diferente de que no existe la condena que requiere el art. 36.6 LCon.

**B) *Los embargos preventivos especiales del art. 48 LCon***

Regulados en un mismo artículo, el 48 LCon, las especialidades de dos embargos preventivos, el del apartado 3 –instrumental de una acción también especial de responsabilidad contra administradores y liquidadores de una persona jurídica concursada- y el del apartado 5 –instrumental de la acción para hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de los socios por deudas de la sociedad concursada-, plantean problemas muy diferentes respecto de aspectos esenciales del régimen de la tutela cautelar, e incluso en cuanto al segundo de los embargos hay razones para dudar de su naturaleza cautelar.

*a) Los presupuestos para la adopción de estos embargos y la facultad de sustitución por caución*

Para el estudio de los presupuestos hay que distinguir los dos embargos, mientras que lo relativo a la sustitución por caución es común a ambos.

*a') Presupuestos del embargo preventivo instrumental de la acción de responsabilidad “concursal” contra administradores y liquidadores*

Los presupuestos que expresa la letra del art. 48.3 LCon han de ser examinados sistemáticamente con los presupuestos de la tutela cautelar, establecidos por el art. 728 LEC, sea para completar la regulación del artículo citado al principio, sea para concluir que una parte de la regulación del segundo es desplazada por alguna norma especial –expresa o no- de la LCon.

El presupuesto de apariencia de buen derecho es el único que se halla expreso en el art. 48.3 LCon, aunque con alguna insuficiencia. La pretensión, cuyo fundamento ha de ser acreditado (art. 728 LCon), es la que hace valer la especial responsabilidad de administradores y liquidadores de una sociedad concursada (arts. 164.1 y 172.3 LCon). Consiguientemente, habrá que acreditar la condición de administrador o liquidador en el periodo legal, el carácter culpable del concurso y la insuficiencia del activo para cubrir las deudas concursales. También, aunque no se halle expreso en el art. 48.3 LCon y sea discutido respecto de la configuración material de esta responsabilidad, el dolo o culpa con el que hubiera actuado el responsable y la medida en que hubiera contribuido al carácter culpable del concurso y a la insuficiencia del activo.<sup>58</sup>

---

<sup>58</sup> Sobre las cuestiones de configuración jurídico-material de esta responsabilidad, ALCOVER GARAU, G., “Introducción al régimen jurídico de la calificación concursal”, en GARCIA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA, *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la reforma concursal*, Madrid, 2003, págs. 501-503; ALONSO UREBA, A., “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (El artículo 172.3 de la Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”, en GARCIA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA, *Derecho Concursal*, cit., págs. 519-520, 532-544; también, VIAÑO LARA, J., *Derecho*

La configuración jurídico-material de la llamada responsabilidad concursal, en relación con la general responsabilidad de los administradores societarios, es problemática y debatida. No obstante, desde la perspectiva procesal lo importante es resaltar que para la adopción del embargo preventivo es necesario “un juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de la pretensión” (art. 728.2 LEC) y en cuanto a todos los componentes de ese fundamento. El sujeto pasivo del embargo preventivo podrá extender su defensa (art. 734.2 LEC, aunque, como veremos, con otra forma procedimental a la que este artículo establece) o su oposición (art. 740, párrafo primero LEC) a todos los componentes de ese fundamento, aunque para una constatación de los mismos no con calidad de prueba plena, sino en términos de juicio de probabilidad.

Por otra parte, la forma de acreditamiento podrá ser documental o de otra índole. Ya lo autoriza, en general, el art. 728.2 LEC; de manera que, cuando el art. 48.3 LCon se refiere a que “de lo actuado resulte fundada”, la previsión encaja perfectamente en la norma general. En este aspecto, tanto la LEC como la LCon posibilitan un embargo preventivo en un caso cuyo *fumus* difícilmente hubiera podido acreditarse con medios estrictamente documentales.<sup>59</sup>

El art. 48.3 LCon no menciona el presupuesto de peligro por la mora procesal (art. 728.1 LEC), que, en el caso, se concreta en el riesgo de insolvencia de la persona que, probablemente, es responsable por el título más arriba examinado.

Por descontado, no alude a este presupuesto la posibilidad de insuficiencia de la masa activa, porque lo que ahora importa no es la situación patrimonial de la sociedad concursada, sino la solvencia del responsable y el riesgo de que la pérdida y de que sea inefectiva la condena al pago de la correspondiente indemnización.

La LEC 2000 ha generalizado y reforzado la comprobación concreta de este presupuesto<sup>60</sup> y en la LCon no hay base para una excepción. Se ha dicho que el presupuesto puede entenderse “subsumido en los requisitos específicos que se prevén para este embargo”.<sup>61</sup> Ya he expuesto mi opinión sobre que la insuficiencia de la masa activa no tiene relevancia directa. Diré, ahora, que una conducta del probable responsable, tal vez adoptada dos años antes de la declaración del concurso, no es seguro que pueda ser estimada como indicativa de una actitud actual, que es la decisiva para apreciar si es previsible que preparará su insolvencia. En mi opinión, el presupuesto de *periculum in mora* –riesgo de insolvencia del probable responsable- ha

---

*concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., (coordinador), cit., pág. 275.

<sup>59</sup> Sobre esta dificultad antes de LEC, ORTELLS, *El embargo preventivo*, cit., págs. 152-155; y sobre la solución en la LEC 2000, ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 178-181.

<sup>60</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 155-165; para la primer jurisprudencia, ORTELLS, “La tutela cautelar y su práctica en los dos primeros años de vigencia de la LEC 2000”, en *La Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., págs. 612-619.

<sup>61</sup> CORDÓN, *Proceso concursal*, cit., pág. 106.

de ser concretamente demostrado,<sup>62</sup> y a su apreciación contribuirán las circunstancias previstas en el art. 48.3 LCon.

Respecto del presupuesto de la caución, Córdón entiende que no es exigible, porque el art. 48.3 no lo menciona.<sup>63</sup> Tal vez el legislador no quiso exigir este presupuesto, porque la caución recaerá sobre la masa activa (art. 84.2.3º LCon), cuya insuficiencia persigue, precisamente, corregir la acción de responsabilidad de la que es instrumental este embargo preventivo. Pero, dejando aparte que la caución es una garantía para el sujeto pasivo de la medida cautelar<sup>64</sup> -por tanto no es tan relevante el inconveniente que pueda originar en el patrimonio con cargo al cual deba ser constituida-, la técnica elegida para excluir especialmente el presupuesto es incorrecta, porque la norma del art. 728.3, párrafo primero, LEC impone la exigibilidad de la caución siempre que no haya norma expresa en contrario, sin que baste con el silencio normativo.<sup>65</sup>

Por otra parte, aunque se entendiera que no rige aquí el presupuesto de la caución -como es seguro que ocurre si el embargo preventivo es acordado de oficio, como autoriza el art. 48.3 LCon-, eso no significa que quede excluida la responsabilidad por uso ilegítimo de la tutela cautelar, que aquella caución tiene la función de garantizar específicamente,<sup>66</sup> y que, en su caso, deberá hacerse efectiva como deuda de la masa (art. 84.2.3º y 9º LCon).

*b') Presupuestos del embargo en el supuesto de acción contra socios subsidiariamente responsables de deudas de la sociedad concursada*

El carácter problemático de los presupuestos del embargo previsto por el art. 48.5 LCon deriva de la cuestión previa de si se trata de un embargo ejecutivo o de un embargo preventivo. Sólo si la naturaleza jurídica es la segunda -como entiendo que es- tiene sentido preguntarse por sus presupuestos como medida cautelar. En ese caso las respuestas serían similares a las que hemos expuesto en el anterior apartado a'), con los imprescindibles ajustes sobre el presupuesto del *fumus* -aquí la responsabilidad subsidiaria de unos socios y la irrelevancia del carácter culpable del concurso-.

Pero, antes de cerrar con sólo lo dicho el tratamiento del tema, hay que analizar la apuntada cuestión previa.

En efecto, cabría entender que nos hallamos ante un embargo ejecutivo, si hubiera base para interpretar que el embargo se adopta con fundamento en la extensión de la eficacia de algún título ejecutivo<sup>67</sup> a los socios subsidiariamente responsables de

---

<sup>62</sup> Una detallada referencia a las situaciones que la jurisprudencia ha considerado indiciarias de ese peligro, ORTELLS, *El embargo preventivo*, cit., págs. 214-234.

<sup>63</sup> CORDÓN, *Proceso concursal*, cit., pág. 106.

<sup>64</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., pág. 182.

<sup>65</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 184-186.

<sup>66</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 466-469.

<sup>67</sup> Para la ejecución singular, véase ORTELLS, *Derecho procesal civil*, (con otros autores), cit., págs. 707-709.

deudas de la sociedad concursada. No obstante, hay importantes razones para excluir esta interpretación.

En primer lugar, la LCon ha querido excluir precisamente la extensión automática del concurso a los socios que se hallan en la situación que consideramos.<sup>68</sup>

El anterior argumento no sería decisivo si, en segundo lugar, el propio art. 48.5 LCon no subordinara la posibilidad de vincular ejecutivamente el patrimonio de los socios subsidiariamente responsables al éxito de una acción de la administración concursal, cuyo momento de ejercicio queda, además, demorado a cuando se hubiera constatado la insuficiencia del activo.<sup>69</sup> Respecto del socio subsidiariamente responsable no habrá título ejecutivo hasta que sea estimada esa acción.

A partir de lo anterior, la ley debía atender a la necesidad de asegurar la tutela que comporta esa estimación, y atiende a ello con el embargo preventivo previsto en el art. 48.5 LCon, cuya naturaleza cautelar se confirma también porque es admisible sustituirlo por prestación de una caución,<sup>70</sup> incluso en la forma facilitada que inmediatamente veremos.

### *c') Sustitución del embargo preventivo por aval de entidad de crédito*

La sustitución del embargo preventivo acordado por una caución prestada por el sujeto pasivo de la medida se ampara en el art. 746 LEC y su recuerdo por el art. 48.3 y 5 LCon, al final de ambos apartados, tiene un objeto limitado a la forma de la caución.

Los presupuestos que el juez apreciará para acceder a la sustitución por caución son los del art. 746 LEC,<sup>71</sup> y las oportunidades procesales para que el sujeto pasivo del embargo haga valer la facultad de sustitución también son las mismas que en LEC,<sup>72</sup> pero el procedimiento en que han de ejercerse es el incidente concursal (art. 192.1 LCon).

La especialidad expresa de la LCon sobre esta sustitución es la de aligerar las exigencias de calidad de la caución en comparación con las que requiere, en general, el art. 747.3 y su remisión al art. 529.3 ambos de LEC: frente al aval de entidad de crédito, solidario y pagadero a primer requerimiento, simple aval de entidad de crédito.

---

<sup>68</sup> Véase, en ese sentido, el párrafo séptimo del apartado III de la Exposición de Motivos de la LCon y CABANAS, “Ley Concursal (exposición sistemática y comentarios)”, cit., pág. 71.

<sup>69</sup> CORDÓN, *Proceso concursal*, cit., pág. 106-107.

<sup>70</sup> Esta posibilidad se halla excluida en caso de embargo ejecutivo, por lo que su expresa admisión legal es relevante para demostrar la naturaleza cautelar de un embargo; véase, ORTELLS, *El embargo preventivo*, cit., págs. 80-87.

<sup>71</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 194-200.

<sup>72</sup> Al defenderse frente a la medida, si se resuelve con audiencia previa, al oponerse al embargo concedido sin audiencia, o mediante una petición separada; véase ORTELLS, *Derecho procesal civil*, (con otros autores), cit., págs. 935-936.

Es obvio que esta norma facilita la posición del sujeto pasivo de la medida, sin que ello le impida optar por formas de caución de calidad más rigurosa.<sup>73</sup> Pero, a pesar de lo anterior, la norma sigue siendo limitativa, porque no cumple la exigencia legal, por ejemplo, una fianza en sentido estricto en la que el fiador no tenga la condición de entidad de crédito.

*b) El procedimiento para acordar el embargo preventivo y para la contradicción del sujeto pasivo del mismo*

En el art. 48.3 y 5 LCon no hay normas especiales sobre el procedimiento para resolver sobre la petición de embargo preventivo, y, específicamente, acerca de la contradicción del sujeto pasivo.

La única excepción es la potestad de adopción de oficio de la medida que, aunque es una norma que va más allá de lo procedimental,<sup>74</sup> significa la ausencia de solicitud en algunos supuestos, y, derivadamente, da lugar a otras cuestiones sobre el desarrollo del procedimiento.

Si el juez del concurso decide acordar de oficio los embargos preventivos, no tienen aplicación las normas de LEC que establecen criterios de admisibilidad para una resolución sobre la tutela cautelar sin previa audiencia del sujeto pasivo (art. 733 LEC) y anterior a la presentación de la demanda principal (art. 730.2 LEC). Pero sí que abre un interrogante sobre cómo restablecer la contradicción del sujeto pasivo, que no ha sido respetada con carácter previo a la resolución sobre la medida. La solución es la contradicción diferida, mediante una oposición del sujeto pasivo, que podría entenderse regida por los arts. 739-742 LEC, salvo en cuanto al procedimiento en sentido estricto –que debe ser el del incidente concursal (art. 192.1 LCon)- y en cuanto al régimen de los recursos –para el que habrá que atender al art. 197 LCon-.

Si el embargo es pedido por la administración concursal (o por los acreedores legitimados subsidiarios) es aplicable la LEC en cuanto a la regla general de resolución con previa audiencia del sujeto pasivo (art. 733.1 LEC) y en cuanto a los criterios de admisibilidad de una resolución sin previa audiencia y con posterior posibilidad de oposición (art. 733.2 LEC).<sup>75</sup> No obstante, los procedimientos no están sometidos a las normas de LEC, sino al régimen del incidente concursal, que deberá ser instado por el solicitante de la medida para obtener una resolución con previa audiencia, o por el sujeto pasivo para oponerse a un embargo preventivo decretado sin audiencia.

---

<sup>73</sup> VIAÑO, *Derecho concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., (coordinador), cit., pág. 274.

<sup>74</sup> Constituye excepción al principio dispositivo que rige la tutela del Derecho privado y que también se aplica a la tutela cautelar (art. 721 LEC). No obstante, la eficacia de esta excepción queda matizada por la circunstancia de que, si no es instada por los legitimados la correspondiente tutela principal, la medida cautelar deberá extinguirse. En definitiva, la potestad de oficio acaba funcionando como una técnica tuitiva de los intereses de los acreedores de carácter complementario a la que desarrolla la administración concursal, aunque con la provisionalidad de una tutela cautelar que sólo subsistirá si la administración concursal pretende la correspondiente tutela principal.

<sup>75</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 282-288.

El incidente concursal, como procedimiento adecuado para las actividades que ahora examinamos, me parece una solución excesiva y contraria a la economía procesal. Pero la previsión del art. 192.1 LCon conduce inevitablemente a ella.

*c) El régimen de la relación de estos embargos preventivos con sus respectivos procesos principales*

Lo único que deja claro el art. 48 -y, aún esto, no con tanta claridad en el supuesto del apartado 3, como en el del apartado 5- es que los embargos preventivos aseguran la efectividad de sendas acciones de responsabilidad “concursal” de administradores y liquidadores de una sociedad concursada y de responsabilidad subsidiaria de socios por deudas de la sociedad concursada.

Si, de la constatación apuntada, pasamos a inquirir por la ordenación de las consecuencias de la instrumentalidad, por el régimen jurídico de las relaciones entre estos embargos preventivos y sus correspondientes procesos principales, las respuestas son bastante inseguras.

El punto de partida es la aplicación de lo previsto por LEC en esta materia,<sup>76</sup> salvo previsión distinta de la LCon. La aplicación rigurosa de las normas de LEC conduce a unas conclusiones que, en algunos supuestos, contrastan de lleno con las previsiones del art. 48 LCon. A partir de esta constatación debe concluirse, por vía interpretativa o mediante integración normativa, la existencia de normas especiales en el ámbito de la LCon, que posibiliten que lo dispuesto por el art. 48 LCon pueda regir sin restricciones.

No obstante, conviene distinguir:

*a') En el supuesto del art. 48.3 LCon*

Como regla general (art. 730.1 LEC), el embargo preventivo deberá ser solicitado “junto a la demanda principal”.

La aplicación de esta regla en el supuesto que nos ocupa plantea, principalmente, dos problemas:

1º) Por disposición expresa del art. 48.3 LCon el embargo puede ser acordado de oficio, por lo que es claro que, si el juez opta por decidir de este modo, la regla general no rige. No sólo en el sentido de que el embargo no es pedido con la demanda –podría acordarse, aunque no hubiera sido solicitado, al admitirla-, sino también en el de que la potestad del juez del concurso puede ser ejercitada con plena desvinculación temporal del momento de presentación de la demanda.

2º) ¿Qué debe entenderse por “demanda principal” en este caso?

El embargo preventivo del art. 48.3 LCon es instrumental del proceso en que sea ejercitada la acción de responsabilidad “concursal” contra los administradores y liquidadores de la sociedad concursada. Teniendo en cuenta lo previsto por el art. 172.3 LCon, la correspondiente pretensión ha debido ser interpuesta en el proceso de

---

<sup>76</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 393 y siguientes.

calificación del concurso.<sup>77</sup> Específicamente, son actos adecuados para la interposición de esa pretensión las alegaciones de los acreedores personados en la pieza de calificación (art. 168 LCon) y el informe de la administración concursal (art. 169 LCon).<sup>78</sup>

El embargo preventivo puede ser también pedido con posterioridad a la “demanda” (durante los periodos siguientes a la misma que resultan, o pueden resultar, de lo previsto por los arts. 169 al 171 LCon), pero, por lo dispuesto en el art. 730.4 LEC, la solicitud tendría que basarse en hechos y circunstancias que justifiquen su presentación en este momento. Esta cláusula, que por si misma ya resulta poco limitativa,<sup>79</sup> acaba por perder toda entidad, porque, como la medida puede ser adoptada de oficio, en cualquier momento la parte legitimada puede instar del tribunal el ejercicio de esa potestad.

A mi juicio, el principal problema se centra en el embargo preventivo acordado –de oficio o a instancia de parte legitimada– con anterioridad a la demanda principal. Y el problema se refiere no tanto a si son o no exigibles “razones de urgencia o necesidad”, como requiere el art. 730.2 LEC,<sup>80</sup> cuanto al régimen de la que sintéticamente suele llamarse “ratificación” de la medida cautelar previa.

El art. 730.2, párrafo segundo, LEC establece la extinción *ipso iure* de las medidas y el alzamiento de oficio de los actos de cumplimiento de las mismas, si la demanda principal no es presentada en el plazo de veinte días desde la adopción de las medidas.<sup>81</sup> ¿Rige esta regla para el embargo preventivo del art. 48.3 LCon?

En principio, hay dos razones que conducen a no excluir su aplicación. Por un lado, el art. 48.2, párrafo tercero LCon desvincula de la pieza de calificación el ejercicio de las acciones de responsabilidad de los administradores y liquidadores de la sociedad concursada, sin distinguir según la clase de estas acciones –y, por tanto, sin aparentemente excluir la de responsabilidad “concursal”-. Por otro lado, el apartado 3 del art. 48, a diferencia del apartado 5, no pospone el ejercicio de la acción a un determinado estado del concurso. De esto se deduciría que, dado que la acción puede ser ejercitada, existe la carga de ejercitarla en el plazo de LEC, si se hubiera obtenido un embargo preventivo previo y se tiene interés en conservar la medida.

No obstante, esta tesis comportaría que la acción principal tuviera que ser ejercitada en un momento en que no concurre su fundamento –el concurso no se ha declarado culpable y se desconoce si el activo será suficiente–, como una especie de tutela de condena a prestación futura, aunque extraña a los supuestos que reconoce la

---

<sup>77</sup> No es admisible pronunciamiento de oficio, QUECEDO ARACIL, P., *Derecho concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, cit., pág. 780.

<sup>78</sup> En cuanto a los actos de formulación de pretensiones en el proceso de calificación, QUECEDO, *Derecho concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, cit., pág. 765-769.

<sup>79</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 281-282.

<sup>80</sup> No hay razones para excluir este requisito, aunque la potestad incondicionada de adopción de oficio matiza la importancia de la limitación que deriva del mismo.

<sup>81</sup> Con detalle, ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 394-408.

LEC.<sup>82</sup> Y no parece lógico sostener que, dado que la medida cautelar es procedente por la disposición del art. 48.3 LCon, también lo sería la acción de condena a prestación futura en este supuesto, porque sólo de ese modo se consigue cumplir el requisito de ratificar la medida previa en plazo de veinte días.<sup>83</sup>

En mi opinión, es más acertado sostener que el embargo preventivo del art. 48.3 LCon acordado antes de la interposición de la pretensión de responsabilidad “concursal” de administradores y liquidadores de sociedades concursadas, permanece eficaz hasta que la demanda correspondiente pueda ser interpuesta. Se extinguirá si la demanda no es interpuesta en absoluto o si no lo es específicamente frente a algún administrador o liquidador cuyos bienes hubieran sido embargados.

Se ha sostenido que el convenio excluye la responsabilidad concursal de los administradores,<sup>84</sup> de modo que la aprobación del mismo debe conducir al alzamiento de este embargo preventivo.<sup>85</sup>

A mi juicio, el alzamiento por causa de convenio sólo es procedente cuando el convenio se declare cumplido o hayan caducado las acciones de declaración de incumplimiento, porque hasta entonces el convenio puede ser declarado incumplido y ser abierta de oficio la fase de liquidación (art. 143.1.5º LCon), lo que hace, de nuevo, exigible la responsabilidad “concursal”. Cosa distinta es que el embargo preventivo pueda ser alzado o modificado –en su alcance cuantitativo- al amparo de lo dispuesto por el art. 743 LEC.<sup>86</sup>

*b’) En el supuesto del art. 48.5 LCon*

*Mutatis mutandi* –la responsabilidad y los responsables son distintos y también los hechos que hacen exigible la responsabilidad de los socios- las reflexiones del supuesto anterior pueden ser trasladadas a éste.

En un aspecto, no obstante, es más claro el apartado 5: la acción, de la que el embargo preventivo es instrumental, no puede ser ejercitada hasta que concurra el presupuesto desencadenante de la exigibilidad de la responsabilidad subsidiaria del socio –convenio con quita de créditos y liquidación con insuficiencia del activo-. Además, la acción no guarda relación con la calificación del concurso, sino que ha de ser interpuesta en demanda tramitada en incidente concursal. Hasta que esta demanda no haya podido ser interpuesta, el embargo no puede ser alzado por falta de instrumentalidad.

---

<sup>82</sup> ORTELLS, *Derecho procesal civil*, (con otros autores), cit., págs. 47-48.

<sup>83</sup> Criticando esta forma de argumentar, que invierte el proceso lógico del razonamiento, ORTELLS, *El embargo preventivo*, cit., págs... 120-129.

<sup>84</sup> ALONSO UREBA, “La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal”, en GARCIA VILLAVERDE/ALONSO UREBA/PULGAR EZQUERRA, *Derecho Concursal*, cit., pág. 532

<sup>85</sup> VIAÑO, *Derecho concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., (coordinador), cit., pág. 275.

<sup>86</sup> ORTELLS, *Las medidas cautelares*, cit., págs. 373-387.

Ciertamente también cabe la interpretación de que el embargo del último inciso del art. 48.5 LCon, no es previo, sino que puede ser acordado “si la administración concursal inicia la reclamación frente a los socios subsidiariamente responsables”.<sup>87</sup> Pero esta interpretación excluye la posibilidad de embargo previo, que la LEC concede bajo ciertos presupuestos, y, principalmente, contradice el precepto mencionado, que permite el embargo preventivo por simple previsión de insuficiencia del activo, sin demorarlo al momento de ejercicio de la acción, en el cual la insuficiencia ya ha sido constatada.

## **2.- Tutela cautelar instrumental de procesos contra el concursado y contra la masa activa**

No será necesario un tratamiento muy amplio de esta materia, porque, en sus aspectos esenciales, coincide con lo expuesto en el apartado III, 2 de este trabajo. Me limitaré, pues, a resaltar lo peculiar.

### ***A) Tutela cautelar instrumental de procesos contra el concursado***

En esta parte de la materia, la similitud con lo tratado en el apartado III, 2, es máxima. La diferencia entre lo expuesto en ese apartado y la materia que ahora se considera radica en la iniciación del proceso antes o después de ser declarado el concurso.

No obstante, en los procesos iniciados contra el concursado con posterioridad a la declaración del concurso, hay que distinguir dos clases.

Por un lado, están aquellos cuya pretensión tiene fundamento en hechos anteriores a la declaración de concurso, aunque la demanda haya sido presentada con posterioridad a esa declaración.

Por otro lado, los procesos cuyas pretensiones están fundadas en hechos posteriores a la declaración de concurso y en los que se demande al concursado, por que no haya sido privado de sus facultades de administración y de disposición, sino sólo sometido a intervención en el ejercicio de las mismas. Esto comporta, tanto en el plano jurídico-material (arts. 40.1 y 44.2 LCon), como en el jurídico-procesal (art. 51.3 LCon: puede personarse por si mismo, con limitaciones para la eficaz realización de ciertos actos), que la demanda está bien dirigida frente a él, y que las consecuencias patrimoniales de la misma recaerán sobre la masa activa del concurso. En definitiva, estos procesos son procesos contra la masa y quedan incluidos en el apartado siguiente.

Limitando, pues, la consideración a los procesos contra el concursado, las principales cuestiones son las siguientes:

1ª) Presentada la demanda o solicitada una medida cautelar previa ante un juez del orden jurisdiccional civil diferente al juez que conoce del concurso ya declarado, aquél debe abstenerse de conocer (art. 50.1 LCon en relación con el art. 86 ter.1.1ª y 4ª LOPJ) y “prevenir a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso”.

---

<sup>87</sup> Así, no sé si con mucha convicción, VIAÑO, *Derecho concursal práctico (Comentarios a la nueva Ley Concursal)*, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., (coordinador), cit., pág. 275.

2ª) El modo de “usar de su derecho” ante ese juez, en cuanto a la reclamación principal, varía en función del derecho que se haga valer. Sólo a título de ejemplo: la reclamación de cumplimiento de una obligación, dineraria o no, deberá instrumentarse en el concurso como “comunicación” del crédito; la reclamación de titularidad de un derecho en los términos del art. 80.1 LCon, a una petición a la administración concursal y, si es desatendida, a una demanda de incidente concursal. Pero, no interesa tanto esto, cuanto la respuesta que el juez del concurso debe dar a una eventual petición de tutela cautelar por quien formula la reclamación principal.

3ª) En el apartado III, 2 de este trabajo ya expuse con detalle que sólo si el derecho que se hace valer es un derecho de obligación incumplido antes de la declaración de concurso, la tutela cautelar puede ser denegada por falta de instrumentalidad. Ese derecho es crédito concursal y será satisfecho, según las reglas del concurso, con los demás créditos de su misma naturaleza, sin que su titular tenga ninguna expectativa de una satisfacción singularizada, como la que la ley prevé para los casos de *separatio ex iure dominii* (art. 80 LCon), y, en las condiciones de los arts. 61, 62, 68 y 69 LCon, para pretensiones de cumplimiento y de resolución de contratos con obligaciones recíprocas.

En el apartado III, 2, el anterior argumento servía para resolver la cuestión sobre si procedía, una vez declarado concurso, el alzamiento de medidas eventualmente adoptadas, mientras que ahora es relevante para determinar si las medidas que sean solicitadas al juez del concurso deben ser denegadas.

En los casos en que no podría ser estrictamente negada una relación de instrumentalidad, el argumento determinante para denegar la medida es la falta de peligro por la demora, por las restricciones a la libre gestión del patrimonio por el concursado, sometido a diversas funciones de una administración concursal, judicialmente supervisada.

### ***B) Tutela cautelar instrumental de procesos contra la masa activa del concurso***

Los créditos contra la masa activa, y cualesquiera derechos frente a ella, han de ser satisfechos por la administración concursal o por el concursado, con intervención de aquella administración en su caso, sin necesidad, en principio, de pronunciamiento jurisdiccional (art. 154.2, inciso primero LCon). Se trata del cumplimiento extraprocésal, que, en caso de concurso continúa siendo tal, aunque quienes cumplan sean los órganos oficiales del concurso o actúen sometidos a la intervención de estos.

Pero lo anterior no excluye la posibilidad de situaciones litigiosas. Así lo reconoce paladinamente el mismo art. 154.2 LCon:

1º) Mediante el establecimiento del incidente concursal como procedimiento adecuado para las acciones sobre calificación y pago de estos créditos. Dado que los derechos que pueden hacerse valer contra la masa son de diversa naturaleza, habría que incluir también acciones constitutivas, o de condena no basadas en derechos de crédito.

2º) Con el expreso reconocimiento de una tutela ejecutiva singular, aunque sometida a un específico plazo de demora (el momento más próximo entre los siguientes: aprobación de convenio, apertura de liquidación o un año desde la declaración de concurso).

Con esta base, resulta más que obvia la admisión de la tutela cautelar con arreglo al régimen general de LEC. Otra cosa es la concesión en concreto de la tutela que sea solicitada, que dependerá de la concurrencia de los presupuestos previstos por el art. 728 LEC.

Es evidente, por otra parte, que la ampliada demora legal de la ejecución, no significa una exclusión, por ese mismo tiempo, de la tutela cautelar. Muy al contrario, con aquella demora legal se amplía el período de *periculum*.

Precisamente el presupuesto de peligro por la mora procesal puede ser el más problemático para el pronunciamiento sobre medidas instrumentales de procesos contra la masa.

En varias ocasiones anteriores, hemos advertido que la constitución y ejercicio de funciones de la administración concursal, en cuanto supone un control, judicialmente supervisado, de la gestión patrimonial del concursado –que deja de ser libérrima-, puede ser considerado como un hecho o circunstancia sobrevenido, relevante –por extinción o disminución del *periculum*- para el alzamiento o modificación atenuadora de medidas cautelares que tuvieran al concursado como sujeto pasivo.

En los supuestos de este apartado ¿Habría que pensar que excluyen el *periculum* y deben conducir a desestimar la medida?

Hay una importante razón para una respuesta negativa, y, precisamente, por una peculiaridad de los supuestos que hemos incluido en este apartado.

Las situaciones litigiosas aquí consideradas han sido generadas con participación de la propia administración concursal, por acción –porque a esa administración le corresponden las facultades de gestión patrimonial cuyo ejercicio ha contribuido al litigio- o por omisión –porque la administración concursal no hubiera denegado conformidad a cierto ejercicio de facultades por el concursado que ha propiciado el litigio-.

Presupuesto lo anterior, la administración concursal ya no puede ser considerada como el órgano imparcial, gestor objetivo del patrimonio concursal, y, por lo anterior, garante de la efectividad de tutelas judiciales eventualmente favorables a los actores, frente a los riesgos derivados de una gestión patrimonial incontrolada del deudor –posteriormente declarado en concurso-.

Habrá que entender que, como mínimo, siempre será procedente como medida una instrucción específica del juez a la administración concursal, con el contenido adecuado para que en la actividad de ésta sean evitadas las situaciones determinantes de *periculum* para la efectividad de tutelas pretendidas frente a la masa.

### 3.- ¿Tutela cautelar respecto de algunas actuaciones del concurso?

Hasta ahora, la tutela cautelar que hemos analizado ha sido la instrumental del proceso de declaración de concurso y la instrumental de procesos con objeto procesal propio, pero conexos con el concurso, que, en unos casos, son acumulados al mismo y, en otros, son, como mínimo, atraídos a la competencia del juez del concurso.

No obstante, en el desarrollo del procedimiento concursal existen determinadas actuaciones respecto de las cuales se podría plantear si es admisible tutela cautelar.

En principio, la respuesta debe ser negativa, porque otorgada ya la tutela judicial, mediante el auto de declaración de concurso, una tutela cautelar ya no es necesaria. Lo que existen son actuaciones, diversas y complejas en sus funciones, para llevar a la práctica los pronunciamientos del auto de declaración de concurso; es decir, el contenido de la tutela ya concedida.

Vamos a revisar los principales supuestos y comprobaremos razones adicionales para excluir la procedencia de la tutela cautelar respecto de los mismos.

#### ***A) Tutela cautelar e impugnación del inventario de la masa activa y de la lista de acreedores***

Frente a la formación del inventario del activo y de la lista de acreedores, como acto de los administradores concursales, es admisible una impugnación jurisdiccional (art. 96 LCon), mediante la que se harán valer los derechos e intereses lesionados o amenazados por el modo concreto en que los administradores han realizado ese acto que, en principio, es de su competencia.

La primera objeción para admitir que, en relación con esta impugnación y durante la pendency de su resolución, puedan pedirse medidas cautelares, consiste en que esta actuación de los administradores concursales es una parte necesaria del procedimiento concursal, y el pronunciamiento jurisdiccional que se pide respecto de la misma no representa una tutela judicial diferenciada, sino el control jurisdiccional de los actos de un auxiliar en el procedimiento.

Por lo demás, la LCon regula de un modo las actuaciones en las que pueden repercutir los efectos jurídicos del inventario y la lista de acreedores, que no es fácil imaginar la necesidad de la tutela cautelar para asegurar la efectividad del pronunciamiento jurisdiccional sobre los mismos. La apertura de la fase de convenio y, en su caso, la de liquidación sólo pueden hacerse una vez haya “transcurrido el plazo de impugnación del inventario y de la lista de acreedores sin que se hubieren presentado impugnaciones o, de haberse presentado, una vez puestos de manifiesto en la secretaría del juzgado los textos definitivos de aquellos documentos” (art. 98 LCon), de modo que, cuando llegue el momento de realizarse los actos en que deben repercutir los créditos reconocidos, con su cuantía y calificación, y la composición del activo patrimonial, estos ya estarán fijados por resolución firme o por preclusión.

### **B) Tutela cautelar y oposición al convenio**

Podría pensarse que la oposición al convenio (art. 128 y 129 LCon) es una modalidad de tutela constitutiva impugnativa, a cuyo servicio se hallaría, de ser necesaria, tutela cautelar.

Las razones para la respuesta negativa son varias, pero destacaré la absoluta falta de necesidad de esa tutela por el modo de configurarse legalmente la eficacia jurídica del convenio y el momento desde el que comienza a desarrollarse tal eficacia.

Dispone el art. 133.1 LCon que “El convenio adquirirá plena eficacia desde la fecha de la sentencia de su aprobación”. Pues bien, si el convenio impugnado no va a ser eficaz hasta que se resuelva la impugnación ¿Qué mejor tutela provisional para quien lo ha impugnado?

Es más: la referencia a las medidas cautelares del art. 129.4 LCon, no lo es a las que pudiera necesitar el impugnante del convenio, sino a unas medidas provisionales necesarias para que evitar que el convenio sea inefectivo, en caso de impugnación, por la falta de efectos inmediatos que hemos visto que dispone la LCon. Estas medidas provisionales, favorables a la efectividad del convenio, no son instrumentales de ninguna tutela judicial principal referida al convenio. Esta tutela no la ha pretendido ninguna parte, porque no la necesita, dado que, por sus propias facultades, quienes eran favorables a un convenio con determinado contenido, contribuyeron a formarlo votando a favor de la propuesta de convenio que, ahora, otros impugnan jurisdiccionalmente. Es decir, no son unas medidas provisionales adecuadas a pretensión impugnativa del convenio, sino unas adecuadas a una hipotética e inexistente pretensión declarativa del convenio como conforme a Derecho.

No se trata de medidas cautelares instrumentales de una determinada tutela principal, sino de unas medidas que se adoptan de oficio, sin atender a los presupuestos, ni al procedimiento de las medidas cautelares.<sup>88</sup>

En fin, el que obviamente no es expresivo de tutela cautelar es el supuesto contemplado en el art. 133.1 LCon, por la remisión al art. 197.5 LCon. El régimen de la suspensión o de la eficacia provisional del convenio, en caso de recurso de apelación contra la sentencia de aprobación del mismo, no es tutela cautelar, sino regulación del efecto del recurso sobre la eficacia de la resolución impugnada.

### **C) Tutela cautelar y calificación del concurso**

Un discurso diferente respecto de la procedencia de la tutela cautelar, está, por el contrario, justificado en cuanto a esta tutela como instrumental de las actuaciones de calificación del concurso.

---

<sup>88</sup> De otra opinión, DE LA CUESTA RUTE, J. M., *El convenio concursal (Comentario a los arts. 98 al 141 de la Ley Concursal)*, Elcano, 2004, pág. 184, aunque sin desarrollar los problemas derivados de la aplicación del régimen jurídico de las medidas cautelares a las medidas así denominadas por el art. 129.4 LCon.

El dato básico es el de dos contenidos posibles de la sentencia de calificación, para los que la tutela cautelar puede ser, sin duda, necesaria. Me refiero a los previstos en el art. 172.2.3<sup>o89</sup> y 3<sup>o90</sup> LCon. Y, en efecto, ya hemos visto, respecto del art. 172.3 LCon que el art. 48.3 regula un embargo preventivo con especialidades.

Medidas instrumentales de los pronunciamientos del art. 172.2.3<sup>o</sup> LCon han de poder ser acordadas, según el régimen común de LEC, en cuanto a los presupuestos y al contenido de las medidas, aunque en los aspectos procedimentales se dejará notar la remisión al incidente concursal.

---

<sup>89</sup> Dispone lo siguiente: “2. La sentencia que califique el concurso como culpable contendrá, además, los siguientes pronunciamientos: (...) 3.º La pérdida de cualquier derecho que las personas afectadas por la calificación o declaradas cómplices tuvieran como acreedores concursales o de la masa y la condena a devolver los bienes o derechos que hubieran obtenido indebidamente del patrimonio del deudor o hubiesen recibido de la masa activa, así como a indemnizar los daños y perjuicios causados”.

<sup>90</sup> A tenor de ese apartado: “Si la sección de calificación hubiera sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, la sentencia podrá, además, condenar a los administradores o liquidadores, de derecho o de hecho, de la persona jurídica cuyo concurso se califique como culpable, y a quienes hubieren tenido esta condición dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración de concurso, a pagar a los acreedores concursales, total o parcialmente, el importe que de sus créditos no perciban en la liquidación de la masa activa”.

**ENTREVISTA SEÑOR MANUEL ORTELLS(\*)**

1. ¿Cuáles son, a su juicio, los principios formativos del procedimiento que deben constituir la base para enfrentar la solución del conflicto civil, dada la característica de mayor reflexión e interpretación del Derecho?
2. ¿Es posible la existencia de procedimientos de oralidad absoluta en el ámbito civil? ¿Cuáles serían los límites a dicha oralidad?
3. ¿Qué rol debe jugar el juez en la solución del conflicto civil?
4. ¿Es conveniente entregar la tramitación de procedimientos ejecutivos a órganos administrativos?
5. ¿Hasta donde debe llegar el poder cautelar del juez en el procedimiento civil?
6. ¿Es conveniente entregar facultades de aportación de pruebas al juez civil?
7. ¿Qué aplicación debe dársele a las reglas de exclusión de prueba por ilicitud, considerando los distintos intereses en juego en comparación al procedimiento criminal?
8. ¿Qué sistema recursivo parece más conveniente a un procedimiento oral, público y con intermediación?
  - a) Tribunal unipersonal de primera instancia y tribunal colegiado de segunda instancia.
  - b) Tribunal colegiado de única instancia y tribunal superior que conozca de recursos de nulidad.

## MANUEL ORTELLS RAMOS. RESPUESTAS AL CUESTIONARIO

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de Valencia (Estudi General)

### PRIMERA CUESTIÓN

El final de la pregunta planteada tiene un matiz sugestivo que altera el significado de la primera parte de la misma, hasta el punto de poder entenderse que son dos las cuestiones que, en definitiva, se formulan.

Una primera cuestión –contenida en la primera parte de la pregunta- que nos remite al tema clásico de la coherencia entre los principios informadores del proceso civil y la naturaleza del Derecho que rige las relaciones privadas y cuyas normas constituyen, consecuentemente, también las reglas para la decisión de los litigios que surgen en el desarrollo de esas relaciones.

La segunda cuestión alude a la adecuación entre los principios informadores del proceso civil y la complejidad de los litigios en materias de Derecho privado y de las normas a las que el juez ha de atenerse para resolverlos. Salvo error mío, esta perspectiva de consideración de los principios informadores del proceso civil es menos frecuente, pero es ineludible ensayar, como mínimo, una respuesta si no se quiere escamotear el tema sugerido por el último inciso de la pregunta.

Es conveniente, pues, diferenciar las respuestas.

Sobre la primera cuestión conviene empezar recordando que el proceso civil tiene por fin la realización en concreto del Derecho privado, resolviendo los litigios sobre relaciones sujetas a las normas de esa parte del ordenamiento jurídico.

Pues bien, la realización jurisdiccional del Derecho privado, que se caracteriza por reconocer a los particulares un ámbito de autonomía jurídica en el que, dentro de ciertos límites, libremente ejercen y disponen de sus derechos y, con idéntica libertad, configuran sus relaciones jurídicas, debe ser coherentemente entregada a la libre voluntad de los propios particulares. De ella ha de depender la iniciación del proceso, la configuración de su objeto –una petición de tutela judicial concreta, con un fundamento que la diferencia de otras peticiones iguales, y que limitará el poder de decisión del juez en virtud del deber de congruencia- y la propia terminación del proceso, mediante actos de disposición condicionantes del sentido de la resolución judicial. Los principios de oportunidad y dispositivo derivan de la naturaleza privada del Derecho material que los tribunales aplican en las materias propias de un proceso civil.

Un cambio esencial de los principios procesales mencionados sólo sería posible desde una supresión de la categoría del derecho subjetivo y de la autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas privadas, que se hallaría en abierta contradicción con el modelo socioeconómico básicamente reconocido por la Constitución de Chile.

Sin embargo, es necesario distinguir lo que afecta al régimen de la tutela de interés material en el proceso –ámbito propio del principio dispositivo- y lo que, por el contrario, atañe al régimen interno del instrumento procesal.

dispositivo, no conduce ineludiblemente a unos criterios determinados como informativos del régimen legal de otras materias básicas para la ordenación de un proceso civil. Principalmente de las materias siguientes: quién puede introducir hechos en el proceso – salvo aquellos hechos que, por ser identificadores del objeto del proceso, entran en el campo propio del principio dispositivo-, quién puede producir prueba sobre esos hechos, cómo ha de ser dirigido el desarrollo del proceso –es decir, si habrá de ser o no necesaria la instancia de las partes para impulsar un proceso iniciado, para que el juez pueda constatar la falta de presupuestos procesales o los defectos que pueden afectar a la realización de actos procesales específicos-, en qué medida conviene conservar o establecer la valoración legal de algunos medios de prueba (prueba documental, según sea de documentos públicos o privados; prueba de confesión o de declaración de la parte, en función de cómo la parte se comporte o responda ante los requerimientos de declaración).

En mi opinión, la naturaleza del Derecho privado simplemente es compatible con el principio de aportación de parte, con un modo de ordenar la materia de dirección formal del proceso que atribuye a las partes una decisiva influencia y con un cierto ámbito de vigencia de normas de prueba legal. Pero, a diferencia de lo que ocurre con el principio dispositivo, no impone ineluctablemente ninguno de esos criterios básicos de ordenación.

El problema es, entonces, a qué habrá que atenerse para establecer los criterios informadores de la regulación de estos importantes componentes del proceso. En mi opinión, los referentes deben ser varios: la preservación de la imparcialidad del juez, la efectividad de la tutela judicial que el demandante persigue, la efectividad del derecho de defensa, la interdicción de dilaciones indebidas o efectividad del derecho a obtener una sentencia en un plazo razonable, etc.

La segunda cuestión, que surge de la sugerencia implícita en el segundo inciso de la pregunta, conduce a poner en relación la complejidad de los litigios privados y de las normas con cuya aplicación aquellos deben ser resueltos, con los principios (criterios básicos) para la ordenación del proceso civil.

El propio modo de formular la cuestión parece orientar la respuesta en el sentido de que el proceso civil debería ordenarse de manera que las partes y el juez disfrutaran de amplios plazos para realizar sus respectivas actividades y de muchas posibilidades de realizarlas, así como de una forma de relación que favoreciera la reflexión en mayor medida que exigiera reacciones rápidas. En definitiva, el tema que parece suscitar esta segunda cuestión tiene que ver, principalmente, con lo que llamamos principios del procedimiento, como criterios básicos sobre la forma de los actos procesales y el orden temporal de su realización.

La contestación a la siguiente pregunta sobre la medida de la oralidad en el proceso civil me dará oportunidad para ampliar mi opinión, pero algo debo decir ahora.

El grado de complejidad de los litigios civiles es variado. No siempre nos hallamos ante una complicada acción reivindicatoria de inmuebles, ni ante asuntos difíciles de patentes y marcas o de competencia desleal, sino que también hay que considerar las acciones de resolución de un arriendo por falta de pago de las rentas o por extinción del plazo del mismo, o reclamaciones de cantidad sencillas porque, por ejemplo, no requieren apreciar una atribución difícil de responsabilidad extracontractual, ni realizar minuciosas determinaciones y valoraciones de daños y perjuicios.

Por otra parte, el objetivo de asignar a cada tipo de litigio civil, en función de su complejidad, una clase de procedimiento adecuadamente funcional a esa complejidad,

En mi opinión, para un correcto tratamiento de las implicaciones entre complejidad de los litigios y tipo de procedimiento, es suficiente con:

1º) Establecer, para determinadas clases de litigios cuyo grado de complejidad – tanto mayor, como menor- sea bien conocido y cuya frecuencia estadística sea relevante, procedimientos especiales, cuyos actos, forma de hacerlos, plazos y orden de los mismos se ajusten a las necesidades contrastadas de tratamiento del litigio. Esta solución es también aconsejable si en la tradición jurídica del país existen antecedentes de procedimientos especiales de utilidad demostrada.

2º) Para los litigios civiles en general pueden preverse, por ejemplo, dos procedimientos comunes, uno de los cuales haga posible un debate más pausado y complejo, y el otro un debate más ágil. A continuación, al regular la adecuación de cada procedimiento común –litigios que se tramitan con arreglo a cada procedimiento-, ha de evitarse el simplismo de entender que cuantía de asunto más elevada equivale a litigio más complejo y requiere, por tanto, el tipo de procedimiento con mayores posibilidades de actuación procesal. La adecuación de los procedimientos comunes hay que hacerla depender, en primer término, de la materia de los litigios, lo que permite ajustar, en lo posible, el tipo de procedimiento al grado de complejidad del litigio.

## SEGUNDA CUESTIÓN

A la primera parte de la pregunta la respuesta es: oralidad absoluta, absolutamente no. Y no sólo en el ámbito civil.

En cuanto a la segunda parte, yo no me plantearía los límites de la oralidad, como si esta forma procedimental debiera ser una regla general, a cuyo alcance, tendencialmente omnicompreensivo, hubiera que poner coto.

En mi opinión, la cuestión de la forma de la actividad procesal no es una cuestión de exclusividad de formas, sino de combinación de éstas, consistente en someter cada clase de acto o de conjuntos de actos a la forma que resulte más idónea para que cada acto o conjuntos de actos cumplan la función que les corresponde. Y para la última valoración mencionada (forma idónea para cumplir la función), se han de tener presentes criterios muy diferenciados. Ha de dotarse de seguridad y fijeza a la proposición del objeto del proceso y a la formulación de las alegaciones básicas del actor y del demandado y ha de garantizarse a la parte contraria una razonable posibilidad de reacción; en mi opinión estos criterios imponen el requisito de la escritura para los actos de demanda y de contestación. Pero también han de evitarse dilaciones indebidas en el proceso, lo que conduce a que las aclaraciones y las modificaciones que la ley permita realizar en los actos iniciales del proceso recién mencionados deban realizarse oralmente, para no dar lugar a pérdidas de tiempo con nuevos intercambios de actos escritos. Y también es esencial que la prueba sea producida ante el juez en la forma que le permita hacer una valoración más correcta de la misma, y esto de nuevo impone la oralidad, al menos para la práctica de algunas clases de medios de prueba, como son el interrogatorio de las partes – libre de las rigideces de la confesión-, la declaración de testigos y la prueba pericial en cuanto a la exposición del dictamen y examen contradictorio de los peritos por las partes.

Obviamente presuponemos que esta pregunta por la forma del procedimiento va referida al proceso de declaración. Pensando en eso la ha contestado. Si se preguntara por la forma del proceso de ejecución, me expresaría decididamente a favor del predominio de la escritura porque da más seguridad y fijeza a las actividades que en ese proceso se

### CUESTIÓN TERCERA

Estrictamente la pregunta se refiere al rol del juez en la decisión, cierre o solución del litigio civil, pero, en la ciencia jurídica procesal, la cuestión suele referirse más ampliamente al papel del juez en el proceso civil, comprendiendo su desarrollo, como conjunto de actividades previas a la decisión. Al final me ocuparé del segundo aspecto, pero empiezo por lo que expresamente plantea la pregunta.

En la solución del litigio civil el juez ha de jugar el rol de quien decide justamente ese litigio.

La tarea de decisión justa requiere, en primer término, que el juez establezca con acierto –y, en todo caso, según las normas del proceso- los hechos concretos relevantes para la aplicación de las normas. Para ello ha de realizar una cuidadosa y razonada valoración de la prueba y, en su caso, una razonada fijación de los hechos si estos han debido establecerse en virtud de admisión o por aplicación de una norma de prueba legal, si rige y es aplicable; justificando, en fin y en su caso, por qué decide con aplicación de las reglas de carga de la prueba.

La función de decidir justamente requiere también, en ordenamientos como el chileno y el español -que no atribuyen a los jueces una potestad de crear Derecho, sino una potestad de juzgar aplicando normas abstractas, generales y preestablecidas-, que elija, interprete y aplique con acierto las normas pertinentes para decidir la petición de tutela judicial que se le ha presentado y que sean aplicables en atención a los hechos que ha considerado ciertos.

Pero quisiera dejar también apuntados dos matices a esa estricta - y tal vez poco realista- concepción de la función del juez como aplicador de normas.

Primer matiz. Obviamente no concibo el “trabajo” que el juez hace con la norma que utiliza como criterio de decisión como un automatismo que se realiza sin ninguna creatividad. Soy consciente de las dificultades de la interpretación y, más aún, de las tareas de integración normativa. Pero el juez ha de realizar esta parte de su función de manera que los litigantes, y los ciudadanos, puedan percibir –en la motivación de las sentencias- que no decide como quiere, sino que el criterio de decisión se halla en unas normas que él no crea, sino que están “sobre él”, y ha de interpretarlas e integrar sus lagunas, a veces con gran dificultad para la técnica jurídica –en la que es experto-.

El segundo matiz se refiere a la influencia en el modo de decidir del juez civil de la doctrina jurisprudencial de otros tribunales, del mismo o de superior grado. Esa influencia me parece esencial para que tenga realidad el principio de igualdad ante la ley, en su faceta de igualdad en la aplicación de la ley. No sostengo que el juez deba decidir los casos que penden ante él del mismo modo que un tribunal o unos tribunales de grado superior decidieron casos iguales, pero sí que el juez debe resolver “en diálogo” con la jurisprudencia de los demás tribunales, de modo que los cambios de criterio en la interpretación de una norma o en la determinación del contenido de un principio jurídico no sean fruto de una ocurrencia individual, sino resultado de un razonamiento jurídico compartido o compartible en el contexto de un ordenamiento.

Con lo dicho queda también claro que, en mi opinión, el papel esencial del juez ante el litigio civil no es el de contribuir a cerrar ese litigio como mediador, conciliador o promotor de cualquier otra forma de solución autocompositiva del litigio. Es cierto que el litigio civil, por la naturaleza en gran medida disponible de las relaciones en las que surge y de las normas aplicables a su decisión puede ser resuelto incluso cuando ya ha llegado

plantee a las partes posibilidades de autocomposición. Pero una excesiva implicación del juez en que las partes alcancen una solución autocompositiva puede poner en peligro la garantía de imparcialidad.

En la perspectiva más amplia que apunté al comenzar mi contestación, el cuestionamiento del rol del juez también puede referirse a la dirección del proceso y no sólo a la decisión sobre su objeto.

En este aspecto, rechazo la figura del juez espectador –muchas veces espectador pasmado, y no sólo durante el desarrollo del proceso, sino también en el momento de la sentencia- y me inclino por un juez activo en la dirección del proceso, sin otros límites – y no es pequeño el campo de reflexión que esto abre- que el riesgo de pérdida de imparcialidad.

A la vez, ese juez activo ha de hallarse sujeto a unas normas procesales claras, que hagan previsible para los litigantes el modo en que el juez ejercerá sus poderes de dirección y, en esa medida, excluyan riesgos de arbitrariedad.

Por otra parte, en fin, las normas procesales reguladoras de los poderes de dirección del juez civil han de posibilitar que estos poderes sean ejercidos antes que para imponer irremisiblemente consecuencias desfavorables por actuaciones de parte que no han sido realizadas con ajuste a la ley procesal, para reconducir las actuaciones a ese ajuste. Para ello ha de posibilitarse ampliamente la subsanación, aunque ponderando los intereses a los que la misma, en cada caso, beneficia, con la consideración de la actitud subjetiva de la parte al incurrir en el defecto procesal y con las exigencias de la prohibición de dilaciones indebidas.

#### **CUARTA CUESTIÓN**

Antes de plantear si es conveniente, habría que preguntarse –al menos en Derecho español- si es conforme con la Constitución, por respetar la reserva de potestades que la misma establece a favor de los jueces.

Si la Constitución atribuye a los jueces, como potestad exclusiva, la de ejecutar o la de hacer ejecutar lo juzgado, debe reflexionarse –antes de la regulación más específica de la ejecución en las leyes ordinarias- en qué medida potestades públicas que deben ejercerse para el desarrollo y cumplimiento del fin de la ejecución, han de ser atribuidas a jueces o pueden serlo a otros órganos de los poderes públicos.

En efecto, el problema es de medida en la atribución de potestades y no de que absolutamente ninguna de éstas pueda ser atribuida a órganos no jurisdiccionales. Esto es particularmente evidente si la fórmula constitucional es la de “hacer ejecutar lo juzgado”. Pero, aún siendo la de “ejecutar lo juzgado”, no se excluye que potestades auxiliares puedan ser inicialmente atribuidas a quienes no tengan la condición de jueces, siempre que, después, se pueda acceder a los jueces para que controlen el modo en que esas potestades han sido ejercitadas.

En mi opinión, la potestad exclusiva de los jueces de ejecutar o de hacer ejecutar lo juzgado es respetada si se atribuye a los mismos: la potestad de ordenar que se realice la ejecución, determinando, después de examinar el título ejecutivo, a favor de quién se despacha la ejecución, qué persona o personas (su patrimonio) se hallan concretamente sujetas a la actividad ejecutiva y cuál es la precisa prestación que debe ser ejecutada; la potestad de resolver la oposición a la ejecución que la ley puede establecer: las potestades

Esas potestades deben ser atribuidas a jueces aunque los títulos ejecutivos no hayan sido creados mediante actividad jurisdiccional declarativa o –como ocurre con la transacción judicial- con ocasión de la misma, sino que sean títulos extrajudiciales, creados, de conformidad con la ley, por los agentes del tráfico jurídico privado. Al ser de naturaleza privada los derechos a prestación que estos títulos constituyen, la atribución de las potestades esenciales de la ejecución de estos títulos a órganos administrativos no podría fundamentarse en la finalidad de una mayor eficacia en el servicio de los intereses generales que la Administración tiene encomendado. En algunos ordenamientos –el español entre ellos- esa finalidad conduce a atribuir a la Administración potestades de autotutela ejecutiva, que la habilitan para imponer, sin acudir a los tribunales –aunque sin perjuicio de que el afectado acceda posteriormente a los mismos-, deberes de prestación de naturaleza jurídico-pública, como los tributarios o los que son consecuencia de la potestad expropiatoria por razones de utilidad pública.

Potestades no esenciales en el desarrollo de la ejecución pueden ser encomendadas a órganos no jurisdiccionales, bien sean estrictamente órganos administrativos, bien sean personal no jurisdiccional integrado en la organización judicial. Esos órganos, una vez que los jueces hubieran ejercido sus potestades esenciales, darían cumplimiento a las consecuencias derivadas de las resoluciones judiciales, aplicando la ley que regule esas consecuencias, pero ejerciendo, a tal efecto, potestades propias, con posible control judicial posterior.

La atribución últimamente mencionada puede ser, además de constitucionalmente conforme, conveniente para una mayor efectividad de la actividad ejecutiva. Piénsese, por ejemplo, en la utilidad para la localización de los bienes a efectos de embargo de las informaciones de las que dispone la Administración pública sobre la situación patrimonial de los contribuyentes, en las posibilidades de optimización de resultados de subastas públicas de bienes embargados si la gestión de las mismas es encargada a entidades más "profesionalizadas" que un juzgado.

## QUINTA CUESTIÓN

Nadie discute que las medidas cautelares puedan producir efectos de aseguramiento –es decir, efectos que, sin producir una satisfacción, ni siquiera provisional, de la pretensión interpuesta en el proceso principal, posibilitan que la misma sea efectivamente satisfecha si y cuando la sentencia la estime-. Pero es frecuente que se entienda por los autores que los efectos de estas medidas deben quedar limitados a los de la clase mencionada, y eso con base en el aparentemente poderoso argumento de que, si ese límite fuera traspasado, se estaría autorizando una ejecución sin título.

En mi opinión, el problema real es que limitar los efectos de las medidas cautelares a los de mero aseguramiento, implica tolerar una consecuencia más grave que una ejecución sin título. Implica que, durante la pendencia del proceso de declaración, el litigio existente entre las partes -no se olvide que éstas no han sometido al juez un caso teórico- esté siendo resuelto extraprocesalmente mediante la autotutela activa o pasiva de alguna de ellas, sin otro límite que el muy remoto -no se olvide, por coherencia, el principio de intervención penal mínima- que pueda establecer la ley penal.

La opción real y completa que se plantea ante el legislador -quien, aunque quiera eludirla, también toma partido- no es, pues, entre unas medidas cautelares con efectos sólo asegurativos o una especie de “ejecución sin título”, sino entre tolerar soluciones

Parece razonable, desde el postulado del Estado de Derecho, inclinarse decididamente por el segundo término de la alternativa: mejor una tutela judicial provisional, aun con riesgos de error, que la autotutela.

Ocurre, por otra parte, que en ocasiones se ha dudado menos en establecer como contenido admisible de las medidas cautelares la orden de abstención, tal vez por entender que, aunque el efecto que produce no se limita a asegurar, puesto que satisface aquellos derechos o intereses cuyo objeto sea precisamente la abstención, las medidas siguen teniendo, en tal caso, un carácter conservativo, porque sus efectos se dirigen a mantener el *statu quo* previo al conflicto, en espera de lo que se resuelva en la sentencia principal.

Se piensa que los efectos cautelares consistentes en órdenes de abstención de ciertas conductas no llegan a ser -de acuerdo con la variada terminología al uso- innovativos (de la situación de hecho existente), satisfactivos (del derecho o interés cuya tutela se pide), ni anticipativos (de la tutela que la sentencia concederá).

Esta comprensión me parece equivocada. Que una medida cautelar tenga o no las últimas características apuntadas no depende de que sólo consista en un orden de no hacer, sino de que la medida reporte al actor una utilidad similar a la de la sentencia final estimatoria, aunque siempre con carácter provisional.

Para determinar si una medida cautelar tiene las últimas características (innovativa, satisfactiva, anticipatoria) hay que considerar la pretensión interpuesta y la sentencia a la que puede conducir su estimación. Si la pretensión y la sentencia se dirigen a un no hacer -cierto que indefinido o en los límites temporales de la obligación que sirva de fundamento a la pretensión-, la medida cautelar que consista en una orden provisional de no hacer es provisionalmente satisfactiva.

Si un ordenamiento admite medidas cautelares de abstención, no puede coherentemente oponer un obstáculo radical a medidas cautelares consistentes en órdenes provisionales de hacer o de entregar determinadas cosas. Si las prohíbe o no las autoriza se debe a que, en la alternativa entre autotutela y tutela judicial provisional -ante la cual son ciertamente posibles soluciones graduales-, el legislador se ha inclinado por dar instrumentos jurídicos solamente para contrarrestar la autotutela más peligrosa e intolerable: la autotutela activa.

Obviamente el problema esencial es evitar el perjuicio irreparable o irreversible. Pero no hay que hacerse la ilusión de que no estableciendo medidas cautelares con la clase de efectos que ahora consideramos, ese problema se resuelve por el mero hecho de no plantearse. Sencillamente lo que entonces ocurre es que el riesgo del perjuicio irreparable o irreparable se desplaza unidireccionalmente hacia el que ha de adoptar la posición procesal de actor. Parece preferible no ocultar el problema y ensayar soluciones al mismo.

La LEC española de 2000 ha dado el paso necesario en esa dirección y permite que los efectos de las medidas cautelares consistan no sólo en órdenes de abstención iguales a las que puede formular la sentencia (arts. 726.2 y 727.7ª LEC), sino también en órdenes de que se continúe realizando una prestación que, hasta el momento de iniciarse el litigio, estaba siendo cumplida (arts. 726.2 y 727.7ª LEC).

Con ello los efectos de las medidas cautelares pueden llegar a conservar la situación existente al plantearse el litigio, evitando su alteración, tanto por una conducta activa, como por una omisiva, cuya legitimidad o conformidad a Derecho precisamente ha de resolver la sentencia del proceso principal

propia de las medidas cautelares) una satisfacción de la pretensión interpuesta en el proceso principal, que, extraprocesalmente, ni estaba siendo reconocida, ni satisfecha. En Derecho español han sido específicamente autorizadas medidas cautelares con estos efectos (orden de pago de alimentos provisionales al demandado para reconocimiento de paternidad; orden de pago de pensión provisional al probable acreedor de una indemnización por responsabilidad extracontractual cuya obligación de pago está garantizada por un seguro obligatorio), pero hay reticencias a entender que la LEC las autoriza de manera general.

### SEXTA CUESTIÓN

Como regla general, la aportación de los hechos y de los medios de prueba al proceso debe corresponder a las partes. Y, en cuanto a la aportación de hechos, no sólo la de aquellos que, por identificar la causa de pedir de la pretensión, forman parte del objeto del proceso y, por ello, su fijación por el demandante es exigencia del principio dispositivo, sino también la de cualquier hecho que sea relevante para el sentido de la sentencia.

Esta regla garantiza un método de instrucción fáctica –es decir, de obtención del conocimiento de hechos que es necesaria para fundar la sentencia- eficiente, porque, con el menor esfuerzo del juez, se alcanza un grado muy fiable de conocimiento de esos hechos.

En efecto, no es cierto que, por encomendarse a las partes la tarea de recrear en el proceso la situación de hecho, deba entenderse que sólo se obtiene una “verdad formal”, de menor calidad, incompleta o imperfecta, mientras que sólo habría un auténtico designio legislativo de alcanzar la verdad completa cuando aquella función se encomendara al juez. Por el contrario, salvo en aislados supuestos anormales (procesos fraudulentos y simulados), el principio de aportación representa la técnica instructoria más adecuada y económica para reproducir en el proceso la realidad extraprocesal, partiendo de la contraposición de intereses entre las partes y de la voluntad de éstas de defenderlos.

Por otro lado, el principio de aportación de parte protege la imparcialidad del juez, que podría verse comprometida si tuviera que investigar los hechos y buscar las fuentes para su prueba, en vez de limitarse a valorar las pruebas practicadas por las partes respecto de los hechos por ellas mismas alegados.

No obstante, entiendo también que esa regla general debe tener excepciones. Y esas excepciones deben situarse incluso más allá de las que son obvias, como la potestad judicial de intervenir en la práctica de la prueba de parte para esclarecer el significado de los resultados que arroje cada medio de prueba practicado.

En términos concretos, la LEC española de 2000 ha establecido esas excepciones de un modo aceptable.

De un lado, la LEC rechaza el modelo de juez que observa impertérrito la defectuosa actividad probatoria de las partes, provisto sólo del instrumento legal de la carga de la prueba, listo para utilizarlo en la sentencia -cuando ya nada tiene remedio- y sin el deber de advertir previamente a las partes sobre el riesgo de que tener que utilizar dicho instrumento dadas las circunstancias concretas del pleito. Con arreglo al art. 429.1, párrafos 2 y 3 de la LEC 2000, el juez debe advertir a las partes de que la prueba que han

juez ha de hacer lo necesario para la práctica *–in extremis*, como diligencias finales- de los medios de prueba fallidos.

Obviamente, estas matizaciones al principio de aportación de parte no persiguen hacer del juez un investigador al modo del instructor penal, de tal manera que, si se quisiera proteger su imparcialidad, fuera necesario un cambio de la organización judicial para establecer una especie de instructor civil. Se pretende sólo que, si el juzgador lo estima conveniente para resolver acertadamente, utilice las fuentes de prueba que las propias partes, con su actividad procesal, le hayan puesto de manifiesto; o, incluso, menos que eso: que, a partir de ese conocimiento, el juez insinúe a las partes que su proposición de prueba ha quedado “corta” y les convendría completarla.

### SÉPTIMA CUESTIÓN

En Derecho español, la exclusión de pruebas por ilicitud no se funda en que las mismas hayan sido obtenidas con infracción de determinados principios básicos, aunque tal vez de impreciso contenido, sino, específicamente, en que han sido obtenidas, directa o indirectamente, con violación de derechos y libertades fundamentales, que, a su vez, son los reconocidos en un catálogo establecido por la Constitución.

A partir de lo anterior, las consecuencias sobre la eficacia probatoria de una prueba ilícita son las mismas cualquiera sea la naturaleza del proceso en que se la quiera hacer valer: se excluye su admisión, y, si ya hubiera sido practicada, se excluye la posibilidad de ser valorada.

Las diferencias entre proceso civil y penal en esta materia no se sitúan tanto en las consecuencias de la prueba ilícita, cuanto en la diferente posibilidad de que la prueba sea o no ilícita. Me explico.

Algunos derechos fundamentales –por ejemplo, el derecho a la inviolabilidad de domicilio, el derecho al secreto de las comunicaciones personales- pueden ser restringidos en los términos de una ley –aprobada por una mayoría reforzada-, que fija las causas que autorizan la restricción, la forma de llevarla a cabo y la exclusiva competencia judicial para establecerla en el caso concreto. Las pruebas obtenidas con infracción de este régimen son ilícitas; las que lo hayan respetado, no.

Pues bien, la cuestión radica en la existencia y amplitud de habilitaciones legales para restringir un derecho fundamental, que, en atención a los intereses y valores en juego, debe ser mayor para un proceso penal que para un proceso civil.

No obstante, no debe excluirse la regulación de estas restricciones en función de un proceso civil. Lo condicionante, a estos efectos, son los límites constitucionales que se hallen establecidos y, más genéricamente, una apreciación de proporcionalidad que habrá de hacer el legislador.

En Derecho español, en atención al derecho (fundamental) a los medios de prueba pertinentes, la ley autoriza la restricción del derecho (fundamental) a la inviolabilidad de domicilio, para hacer efectivo, en casos límite de negativa de aportación, el deber de aportación documental. Pero, por ejemplo, las restricciones al derecho (fundamental) al secreto de las comunicaciones telefónicas y postales sólo están legalmente autorizadas, bajo presupuestos, en relación con un proceso concursal, en consideración de la amplitud

### **OCTAVA CUESTIÓN**

El sistema de recursos más conveniente, dados los presupuestos de la pregunta, es el segundo; es decir: tribunal colegiado de única instancia y tribunal superior que conozca de un recurso de nulidad.

Este sistema respeta las exigencias esenciales del modelo procedimental por el que se ha optado, en cuanto ese modelo influye en la producción del material procesal que debe tomar en consideración el juzgador. Si, además, se opta por un tribunal de instancia colegiado, se incorporan las ventajas de la colegialidad en cuanto garantía de un mayor acierto en la resolución, al tiempo que se elude la siempre resbaladiza cuestión de la comparación de calidad entre de las sentencias de primera y las de segunda instancia – cuestión que repercute sobre otros importantes temas relacionados, como el de la ejecución provisional de sentencias y su amplitud-.

No obstante, si se opta por la doble instancia y se resuelve correctamente el problema del suficiente conocimiento por el tribunal de segunda instancia de las actuaciones procesales practicadas con sujeción a la regla de oralidad, y, en especial, de los medios de prueba personales, el modelo procedimental fundamentalmente oral no puede estimarse traicionado. Es el caso de la LEC española de 2000, que impone –y así se hace en la práctica- que el desarrollo de las audiencias sea registrado “en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen” (art. 187 LEC), lo que posibilita que el tribunal de la apelación tome conocimiento de manera completa del material procesal introducido en forma oral, percibiendo, incluso, los comportamientos de los sujetos de prueba al contestar a los interrogatorios, en cuanto son relevantes para una valoración libre –y crítica- de esas pruebas.

**INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000:  
LEGITIMACIÓN, INFORMACIÓN DE LA PENDENCIA DEL PROCESO Y PODERES DEL  
INTERVINIENTE<sup>(\*)</sup>**

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València (Estudi General)

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ANTIGUO ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL

1. La inexistencia de un régimen general de la institución y sus posibles causas
2. Una válvula de escape: La configuración jurisdiccional de los supuestos de litisconsorcio necesario y de su tratamiento
3. El art. 24.1 CE y sus consecuencias sobre la materia en examen

III. LÍNEAS GENERALES DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN LA LEC/2000

IV. LA LEGITIMACIÓN DEL TERCERO

1. La problemática mención del interés directo y legítimo por el art. 13.1 LEC/2000
2. Clases de legitimación del tercero para la intervención procesal
  - A) Intervención litisconsorcial
  - B) Intervención adhesiva simple

V. LA NOTIFICACIÓN DE LA PENDENCIA DEL PROCESO Y LOS SUPUESTOS DE INTERVENCIÓN PROVOCADA

1. Los supuestos específicos de intervención provocada
2. El art. 150.2 LEC/2000: Deber de notificación de la pendencia del proceso

VI. EL ESTATUTO PROCESAL DEL INTERVINIENTE

1. Estatuto de parte, deficiencias de la norma que lo atribuye y dudas sobre el estatuto del interviniente
2. Aprovechamiento de las posibilidades procesales y tiempo de la intervención: Preclusiones del proceso y excepciones a las mismas
3. Posibilidad de interposición de pretensiones (nuevos objetos de proceso) por el interviniente
4. Poderes del interviniente y actos de disposición
5. Posibilidad procesal de recurrir de modo autónomo respecto de las partes iniciales
6. ¿Extensión de la cosa juzgada al interviniente?
7. Intervención y régimen de la condena en costas

VIII. A MODO DE EPÍLOGO: APLICACIÓN JUDICIAL DEL RÉGIMEN DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS DE LA LEC/2000

BIBLIOGRAFÍA CITADA

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en *XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, Universidad Libre, Bogotá, 2005, pp. 981-1022.

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (en adelante, LEC/2000) ha supuesto un importante avance en tres aspectos que son importantes para evaluar la calidad de un texto legal.

En primer término, ha mejorado la tutela judicial de las situaciones subjetivas de Derecho privado, adecuándola a los requerimientos sociales y económicos de una sociedad profundamente distinta a la que optó por conservar el antiguo ordenamiento procesal.

En segundo término, ha perfeccionado la seguridad jurídica en la ordenación del proceso civil, rescatando partes del mismo de las imprecisas y cambiantes –aunque benefactoras en caso de laguna legal- orientaciones de la doctrina jurisprudencial e, incluso, de la mera práctica judicial.

En fin, ha recibido los mejores resultados alcanzados por la ciencia jurídica procesal española, plenamente integrada, desde finales del primer tercio del siglo XX, en el contexto metodológico del procesalismo científico.

Una de las instituciones que ilustran ese avance es la intervención de terceros en el proceso de declaración, a la que la LEC/2000 ha dotado, por primera vez, de un régimen jurídico general.

Esta conferencia versará sobre las líneas fundamentales de este cambio normativo, sobre la apreciación crítica que los procesalistas españoles han realizado del modo en que ese cambio ha sido plasmado en el texto legal, y también sobre la incidencia de ese cambio en la práctica del proceso civil, en la medida en que las resoluciones de los tribunales en estos pocos años de aplicación de la LEC/2000 permiten llegar a alguna conclusión.

## II. LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN EL ANTIGUO ORDENAMIENTO PROCESAL CIVIL

La LEC de 1881 (en adelante, LEC/1881) y sus reformas parciales no dieron acogida a la intervención de terceros, que sólo fue expresa, aunque parcialmente, regulada en el ámbito del proceso especial para la tutela jurisdiccional civil de derechos fundamentales (arts. 12.2 y 14.3 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre).

No obstante, como la institución satisface necesidades reales, la doctrina jurisprudencial dio respuesta a las mismas, bien sea admitiendo la intervención, bien sea atribuyendo una amplitud excesiva a una institución como el litisconsorcio pasivo necesario, que, por otra parte, tampoco era conocida en la antigua LEC. En un determinado momento, el art. 24.2 de la Constitución Española (en adelante, CE) –que reconoce el derecho de toda persona a la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que puede producirse indefensión-, vino a dar un nuevo apoyo a la admisión de la intervención.

## 1. La inexistencia de un régimen general de la institución y sus posibles causas

Los fundamentos normativos que la intervención de terceros podía encontrar en la LEC/1881 eran normas que sólo indirecta e imprecisamente presuponían la admisión de la intervención, como admitió la doctrina (Prieto-Castro, pág. 389; Fernández López, pág. 581). Así, el art. 73 LEC/1881, que habilitaba para interponer declinatoria e inhibitoria no sólo a quien tenía la condición de parte por haber sido demandado, sino también a quienes “puedan ser parte legítima en el juicio promovido”; y el art. 260 LEC/1881, que ordenaba notificar las resoluciones judiciales no sólo a las partes, sino también “a quienes se refieran o *puedan deparar perjuicio*” (cursiva mía). Estas normas, como puede observarse, son secundarias o colaterales respecto de una verdadera norma de admisión de la intervención; de ellas podía extraerse la solución de problemas si la intervención debía ser admitida, pero no la procedencia de admisión de la intervención.

Más decisivas en ese sentido, aunque limitadas en cuanto a su ámbito de aplicación –salvo que se procediera a extenderlo, por vía de razonamiento analógico-, eran los preceptos del Código Civil y de leyes materiales especiales que configuraban, con mayor o menor precisión –preponderantemente lo segundo- supuestos de intervención provocada. Como mínimo, en esos supuestos la norma tomaba en consideración el interés que podía justificar una intervención, que la propia norma autorizaba o podía interpretarse que autorizaba.

Cabría preguntarse por qué esta ceguera normativa ante un régimen general de la intervención de terceros.

En mi opinión, la LEC/1881 –como no podía ser de otro modo, por su contexto histórico, social e ideológico- se enfrentaba a los problemas que genera la interdependencia de relaciones jurídicas, en caso de litigiosidad de la relación condicionante, con un planteamiento estrictamente liberal-individualista: cada uno es dueño de su propia relación, también en cuanto al si y al cómo de la tutela jurisdiccional de la misma cuando deviene litigiosa, de modo que no deben ser admitidas injerencias de tercero, no sólo en cuanto a si esa tutela ha de ser o no instada, sino ni siquiera, cuando ya lo ha sido, en las actividades que pueden influir en la concesión de la tutela. De ese modo quedaba establecido el primer postulado de este planteamiento liberal: *res inter alios acta*.

Es posible, por la interdependencia de las relaciones jurídicas, que la inactividad o el modo de desarrollar la actividad procesal del “dueño” de la relación litigiosa condicionante, acabe por perjudicar al titular de una relación jurídica dependiente. Pero eso no debe ser presumido, y, consiguientemente, no justifica restricciones o entorpecimientos a la libertad de acción del “dueño” de la relación condicionante.

No obstante, para completar la lógica del planteamiento debería quedar también nítidamente establecida su consecuencia: *res inter alios acta*, pero también *neque prodest, neque nocet*. Ningún perjuicio para el titular de la relación jurídica dependiente a causa del resultado del proceso en el que él no ha podido intervenir.

También él habrá de ser vencido en cuanto a los presupuestos de aplicación de las normas que le pueden perjudicar.

La coherencia del planteamiento fallaba, precisamente, a la hora de establecer esta exigible consecuencia.

En efecto, podían constatarse diversos supuestos de perjuicio para terceros de sentencias dictadas *inter alios*:

1º) Respecto de terceros litisconsortes necesarios frente a los que no hubiera sido dirigida la demanda, la norma de limitación subjetiva de la cosa juzgada debía evitar todo perjuicio. El litisconsorte necesario preterido no estaba limitado por aquella norma para obtener la tutela de su posición jurídica (Cedeño Hernán, pág. 73). Incluso podría sostenerse que la cosa juzgada no se habría formado ni siquiera respecto del litisconsorte demandado. No obstante, la inexistente definición legal de la figura del litisconsorcio necesario, y la inevitable construcción jurisprudencial supletoria ha conducido en ocasiones a entender que el litisconsorte preterido sí que resulta afectado por la sentencia, al menos en principio, y tiene la carga de reaccionar frente a la misma (Cedeño Hernán, pág. 73).

2º) Los terceros que, en virtud de la norma de extensión de subjetiva de la cosa juzgada a determinados terceros, en supuestos también determinados, resultan afectados por ésta, no puede decirse, por esa simple razón, que resultan perjudicados. Sufren unas consecuencias, tal vez desfavorables, pero, en todo caso, conforme a ley. Ahora bien, la cosa juzgada también impide a ese tercero reaccionar cuando la consecuencia desfavorable para él se ha producido por la defectuosa o malintencionada actividad procesal de su litisconsorte (Cedeño Hernán, págs. 74-75).

3º) Los terceros no afectados legalmente por la cosa juzgada, pero cuyo interés económico resulta perjudicado por el resultado de un proceso *inter alios* (por ejemplo, los terceros titulares de un crédito no preferente frente al mismo deudor condenado en ese proceso) no tendrán obstáculo al reconocimiento jurisdiccional de su derecho. Además, la imposibilidad de ejecutar por la reducción o pérdida del activo patrimonial responsable, como consecuencia de la ejecución de la sentencia del primer proceso, no siempre debe ser calificada de perjuicio. La ley no otorga preferencia a su crédito y otro acreedor más diligente supo aprovechar el principio de prioridad. Pero, obviamente, la valoración no puede ser la misma si el primer proceso fue fraudulento, dirigido a impedir que el acreedor tercero pudiera hacer efectiva la tutela ejecutiva de su crédito (Cedeño Hernán, págs. 75-76).

4º) Los terceros no afectados por la cosa juzgada de la sentencia, pero sí por los efectos indirectos o colaterales de la misma, resultan perjudicados si la sentencia es constitutiva y ha sido obtenida con fraude o por falta de diligencia de la parte titular de la relación litigiosa condicionante. El cambio jurídico se ha producido y es inatacable. No obstante –se ha dicho– si la primera sentencia es declarativa o de condena, no habría tal perjuicio, porque al no estar el tercero legalmente afectado por la cosa juzgada podrá obtener un pronunciamiento jurisdiccional no condicionado sobre la relación jurídica de la que es titular (Cedeño Hernán, págs 76-80). Comparto la primera afirmación, pero no la segunda, porque no puede excluirse que, como en ocasiones respecto de supuestos de litisconsorcio necesario, se entienda, de hecho e

indebidamente, que sí hay extensión de la cosa juzgada o, al menos, de la eficacia ejecutiva.

Y, para mayor preocupación, el ordenamiento procesal anterior a la LEC/2000 – que, como ya hemos apuntado, desconocía instrumentos preventivos de tutela del tercero- tampoco preveía con claridad –y, por tanto, con facilidad de acceso útil- instrumentos de tutela “represivos” frente a aquellos perjuicios. El intento de utilizar la acción revocatoria o pauliana para impugnar el resultado del proceso fraudulento “presenta, al menos *lege lata*, inconvenientes difíciles de salvar” (Cedeño Hernán, pág. 136). Y la alternativa, consistente en acudir al juicio de revisión, chocaba con una letra de la ley que sólo atribuía a las partes la legitimación activa para instar revisión, y, aunque la doctrina jurisprudencial registró intentos de superación de ese límite, no se llegó a establecer la indiscutible legitimación del tercero procesal que hubiera sufrido perjuicio (Cedeño Hernán, págs. 141-166).

## **2. Una válvula de escape: La configuración jurisdiccional de los supuestos de litisconsorcio necesario y de su tratamiento**

El insatisfactorio tratamiento normativo que hemos descrito tuvo paliativos que atemperaron sus consecuencias inconvenientes.

De la manera fragmentaria y asistemática que es característica de la doctrina jurisprudencial, la intervención de terceros fue reconocida en casos aislados. Pero el más amplio instrumento de protección de la posición jurídica de los terceros procesales lo fue una determinada concepción jurisprudencial de los supuestos que deben ser considerados de litisconsorcio pasivo necesario y del tratamiento procesal que les corresponde.

En la mayor parte de los casos, no son normas legales expresas las que determinan que deben ser conjuntamente demandadas una pluralidad de personas, en litisconsorcio necesario, sino que esa es una conclusión que ha de extraerse del análisis de la tutela judicial que concretamente se pide, análisis en el que participan las partes y sobre el que concluye definitivamente el juez. La importancia de esta apreciación judicial del caso concreto hace que, según se entienda el fundamento del litisconsorcio necesario, la exigencia de la legitimación conjunta pueda tener una diferente amplitud.

Uno de los fundamentos que la jurisprudencia española ha invocado con frecuencia, normalmente de manera concurrente con otros, es el de garantizar el derecho a ser oídos a todos los titulares de la relación litigiosa, evitando que una sentencia dictada sólo respecto de algunos de ellos afecte a los demás, sin darles oportunidad de defenderse.

Así, en la jurisprudencia española pueden leerse tesis generales como las siguientes:

1º) La excepción de litisconsorcio pasivo necesario justifica su esencia teleológica e institucional en la necesidad de evitar que puedan ser afectados por la resolución judicial quienes no fueron oídos ni vencidos en juicio (STS, Sala 1ª, 25 abril 2000).

2º) El litisconsorcio pasivo necesario es una creación jurisprudencial derivada de las sentencias del TS y perfectamente asumida por las corrientes doctrinales del Derecho procesal, que deriva de las vinculaciones subjetivas que resultan de los derechos deducidos en el juicio, por lo cual será preciso demandar a todos los sujetos cuyos derechos se integran en la relación jurídica de derecho material que se debate, dado que todos ellos se verán afectados por la sentencia que se dicte. Como dicen las STS, Sala 1ª, 18 Oct. 1999 y 16 Feb. 2000, con el litisconsorcio pasivo necesario se trata de evitar que personas no litigantes se vean afectadas por la sentencia recaída en un proceso en el que no han sido parte (STS, Sala 1ª, 17 julio 2000).

3º) Constituye consolidada doctrina del TS, que el litisconsorcio pasivo necesario es una figura de construcción jurisprudencial, regida por la necesidad de cuidar que el litigio se ventile con todos aquellos que puedan resultar afectados por la sentencia (Sentencia Audiencia Provincial Sevilla, Sección 5ª, 18 diciembre 2000).

4º) El litisconsorcio pasivo necesario se produce cuando una decisión judicial afecta exclusivamente a personas no llamadas al proceso, provocando su condena sin ser oídas, pero tal afectación tiene lugar cuando entre éstas exista un nexo tan normal y directo que no pueda emitirse un pronunciamiento sólo respecto de una, dado el carácter de la relación jurídica material controvertida, que exige una resolución uniforme e impide su manifestación por separado (Cfr. STS, Sala 1ª, 22 junio 1999) (STS, Sala 1ª, 6 octubre 2000).

5º) La figura del litisconsorcio pasivo necesario, de creación puramente jurisprudencial, no sólo tiene su fundamento en el hecho de que una sentencia que se dicte pueda resultar inútil por no haber llamado a todas las personas en cuya esfera patrimonial haya de ejecutarse, sino que además la necesidad del litisconsorcio se da cuando la sentencia que recaiga en un pleito afectará inexcusable a personas no llamadas al mismo (STS, Sala 1ª, 24 octubre 2000).

Probablemente, lo que el Tribunal Supremo quiere decir no es tanto que la sentencia afectará a los litisconsortes no traídos al proceso como parte, sino más bien que si, para que la sentencia sea útil –atendida la tutela jurisdiccional pedida y la relación jurídica a la que se refiere-, los pronunciamientos deben ser emitidos frente a todos los litisconsortes, todos ellos deberán haber sido demandados y haber podido participar en el debate procesal. Aún así, hubiera debido reconocer la excepción de aquellos supuestos en que, legalmente, la cosa juzgada se extiende a terceros, dado que estos supuestos obviamente significan que la ley no impone que esos terceros sean parte, sin perjuicio de lo que ocurra con la posibilidad procesal de intervención de los mismos.

Pero si, dejando a un lado la anterior aclaración, para fundamentar el litisconsorcio pasivo necesario se pone el acento en la evitación de infracciones al principio de contradicción, en vez de radicarlo en una previa acotación de supuestos en que, por específicas causas jurídicas, la demanda debe ser dirigida frente a una pluralidad de demandados, la consecuencia será una mayor amplitud del litisconsorcio pasivo necesario, amplitud correlativa con las variadas formas en que una sentencia puede afectar a las partes y a los terceros.

Y así, a título de ejemplo, el TS ha llegado a sostener:

1º) “Para la determinación de la salida de la finca del actor a camino público a través de las fincas colindantes, la acción ejercitada debió dirigirse contra todos los colindantes y ello porque, para la determinación de la salida, debe atenderse primordialmente, en aplicación del art. 565 CC, al criterio del mínimo perjuicio para el fundo sirviente y a la regla subsidiaria de la menor distancia a camino público, lo cual exige un previo estudio comparativo de las distintas soluciones posibles, que no puede hacerse sin la presencia en autos de todos los interesados que puedan verse afectados por la solución que se adopte” (STS, Sala 1ª, 29 febrero 1993).

2º) “Para hacer valer la responsabilidad civil extracontractual subsidiaria del art. 1903 CC es indudable la obligación de traer al pleito tanto al causante del daño como al responsable subsidiario, porque tal responsabilidad subsidiaria no puede obtenerse sin declarar a la vez la principal, porque no puede darse nacimiento a lo accesorio sin antes, o a la vez, dar nacimiento a lo principal” (STS, Sala 1ª, 4 octubre 1980).

Las consecuencias de este modo de entender el fundamento del litisconsorcio pasivo necesario han sido ampliamente criticadas por la doctrina procesal española (Cedeño Hernán, págs. 9-17; Garnica Martín, pág. 182; Cordón Moreno, págs. 171-172; López-Fragoso [2001], pág. 2-156; Ortells Ramos, pág. 169), pero, sin duda, esta orientación jurisprudencial contribuyó a paliar las deficiencias de protección de los terceros afectados por un proceso de declaración instaurado entre otros (Garnica Martín, pág. 183; López-Fragoso [2001], pág. 2-157).

Las ha paliado incluso con exceso, en comparación con la tutela preventiva que se consigue con la posibilidad procesal de intervención. No haber demandado a alguien que puede ser afectado por la sentencia excluye, incluso de oficio, que ésta pueda ser dictada en cuanto al fondo. Y, más adelante, el TS entendió que “el defecto de litisconsorcio pasivo puede subsanarse en la comparecencia intermedia prevista en el art. 693 LEC y su apreciación tardía no puede llevar a la absolución en la instancia, sino a una reposición de las actuaciones al momento procesal oportuno, es decir, a dicha comparecencia. La falta de litisconsorcio pasivo debe ser corregida mediante el emplazamiento de los que debieron ser demandados” (STS, Sala 1ª, 29 junio 1999, que cita, en el mismo sentido, las SSTs, Sala 1ª, 13 octubre 1994 y 1 septiembre 1995).

Esta hiperprotección del tercero procesal redundante, sin embargo, en una mayor dificultad en el ejercicio del derecho a la tutela judicial por el actor. La determinación de los legitimados pasivos se hace difícil e insegura, por la imprecisión del grado de afectación que impone que deban ser demandados. El error por defecto conduce a la inutilidad del proceso o al retraso en su tramitación. Y también el error por exceso tiene consecuencias desfavorables para el actor, que no podrá recuperar sus costas – por imposición al litigante vencido- aunque su pretensión sea estimada respecto de alguno de los varios sujetos a los que, para asegurarse, haya optado por demandar.

### 3. El art. 24.1 CE y sus consecuencias sobre la materia en examen

La legislación ordinaria, con las insuficiencias que han quedado apuntadas, y la doctrina jurisprudencial y de los autores sobre la intervención de terceros en el proceso de declaración, experimentaron la influencia del art. 24.1 CE, que venía a dotar de un fundamento normativo fuerte a la posibilidad de intervención.

Reconoce el art. 24.1 CE el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso se pueda producir indefensión.

La CE no es un mero texto político, sino que es la norma jurídica suprema del ordenamiento, de la que deriva, para los tribunales ordinarios, un deber de interpretación de las leyes con arreglo a la Constitución, y, si tal ajuste interpretativo no pudiera ser alcanzado, les impone, según casos, considerar derogada la disposición de la ley ordinaria o plantear al Tribunal Constitucional cuestión sobre su constitucionalidad (Ortells, pág. 636).

Sobre estas bases, algún autor llegó a la conclusión del “fundamento constitucional de los institutos procesales de la intervención adhesiva simple o litisconsorcial de terceros en el proceso civil, y, en consecuencia, la necesaria integración que nuestra LEC recibe del contenido, directamente aplicable, del art. 24.1 CE, en cuanto derecho fundamental de defensa” (López-Fragoso [1990], pág. 219). Y además “a los terceros titulares del derecho de defensa, en cuanto tienen reconocida una legitimación especial o extraordinaria para participar en un proceso ajeno, ex art. 24.1 CE, ha de garantizárseles efectivamente el ejercicio de tal posibilidad mediante la notificación de la existencia del proceso” (López-Fragoso [1990], pág. 228).

También la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) consideró como violación del derecho fundamental reconocido por el art. 24.1 CE el rechazo de admisión como parte de persona que no había sido demandada, pero que iba a resultar afectada por la sentencia.

Veamos algunos ejemplos:

1º) En el caso de la STC 135/1986, los tribunales ordinarios, en proceso sobre acción de resolución de contrato de arrendamiento celebrado por el marido respecto de vivienda familiar, cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos después de separación matrimonial, no admitieron el intento de personación de la esposa, no estimaron defecto de litisconsorcio necesario, y acogieron la demanda en rebeldía del marido, único demandado. El TC estimó el recurso de amparo por infracción del art. 24.1 CE.

“Aquí se trata de determinar –dice el TC- si a la recurrente se le produjo indefensión al negársele el derecho a ser parte, en tanto en cuanto mostró un interés legítimo traducido en el derecho concreto a serlo. [...] En este sentido es al Juez ordinario a quien compete realizar como primer guardián de la Norma suprema una interpretación acomodada a ésta, pro defensa del derecho constitucional en juego (el acceso a la justicia) y evitar así que la defensa en juicio sea impedida por obstáculos salvables, ya que en ningún caso puede producirse indefensión (art. 24.1 C.E.). Ha de enlazar, pues, el Juez la aplicación de la legalidad, por muy estricta que sea, con su trascendencia constitucional en punto a la protección de los derechos fundamentales,

mediante la intermediación interpretativa más favorable al acceso jurisdiccional. [...] Es claro que el art. 24.1 C.E. incluye en sus garantías la protección del derecho de todo posible litigante o encausado a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio y que de no ser así, supuesto un impedimento no legal o legal, pero no atemperado a una aplicación razonable, se causaría indefensión susceptible de amparo constitucional” (Fundamento Jurídico 3°).

2º) En el caso considerado por la STC 94/1987, el tribunal ordinario no admitió la personación como parte de la (después) recurrente en amparo en un pleito sólo dirigido frente al marido de aquélla, como resultado del cual la esposa separada iba a resultar privada del uso de la vivienda que había constituido domicilio conyugal. El TC desestimó el recurso de amparo, pero no por entender que el art. 24.1 no podía haber sido infringido, sino por caducidad de la acción de amparo “puesto que no es dudoso que si la recurrente en amparo consideraba que el haberle mantenido al margen del pleito entre «Fintra, Sociedad Anónima» y su marido constituía, como alegó ante el Tribunal Supremo, una violación de su derecho a una tutela judicial efectiva, debió recurrir ante nosotros una vez que el supremo Tribunal de la jurisdicción ordinaria desestimó de manera expresa dicha pretensión” (FJ 5º).

3º) La STC 58/1988 consideró que “cuando el motivo de resolución del contrato de arrendamiento de local de negocio sea la discusión sobre el carácter consentido o no del subarriendo o cesión del local por el formalmente arrendatario (art. 114.2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos), el subarrendatario como titular de una apariencia de derecho, ha de ser oído necesariamente en el proceso y defenderse en él si lo estima preciso, pues lo contrario vulneraría su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su fase de contradicción y le produciría indefensión” (FJ 2º). No obstante, desestimó el recurso de amparo porque el subarrendatario, conociendo la pendencia del proceso en el que hubiera podido intervenir, no solicitó que se admitiera su intervención: “En los autos consta, pues, que el solicitante de amparo, al menos en cinco ocasiones, tuvo cumplida información de la existencia de un proceso de desahucio de local de negocio y por la causa legal de subarriendo o cesión inconsentida. Todo ello demuestra que el actor ha tenido conocimiento en diversos momentos de la existencia del proceso, pese a no haber sido citado formalmente como demandado en él. Sólo a su falta de diligencia se debe el no haber comparecido en él, exigiendo su entrada en el mismo y alegando los derechos legales que ahora trata de aducir en este recurso de amparo” (FJ 3º).

4º) En fin, la STC 124/2002 también declaró la nulidad de las resoluciones de los tribunales ordinarios que no admitieron la solicitud de intervención de los después recurrentes en amparo.

“[E]n atención –dice el TC- a la condición de los demandantes de amparo de acogedores preadoptivos de los menores, y en atención también al objeto del procedimiento, en el que, en virtud de la acumulación de autos acordada por el Juzgado de Primera Instancia, se ventilaba, no sólo la oposición a la declaración de desamparo, sino también la formalización judicial del acogimiento preadoptivo a favor de los demandantes de amparo, no cabe negar a éstos un evidente interés legítimo en el objeto del procedimiento, a fin de personarse y ser oídos en el mismo, puesto que la decisión judicial que habría de dictarse y, consiguientemente, el mantenimiento y

confirmación judicial de esa situación de acogimiento preadoptivo, como aconteció en la primera instancia, o su revocación, afectaba evidentemente a su esfera jurídica, ya que, de confirmarse el desamparo, continuarían en su condición de familia de acogida, y podrían ver cumplida su expectativa de instar la adopción de los menores, y, de revocarse, no sólo se anularía el acogimiento familiar, sino que se vería frustrada aquella expectativa. En consecuencia, siendo los demandantes de amparo titulares de un interés propio y cualificado, vinculado al objeto del procedimiento, no cabe duda de que poseen un interés legítimo para personarse y ser oídos en el mismo” (FJ 6º).

### III. LÍNEAS GENERALES DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS EN LA LEC/2000

La LEC/2000 ha superado el silencio en el que, bajo el antiguo ordenamiento procesal, estaba sumida la intervención de terceros en el proceso de declaración.

Se destinan a la regulación de la intervención tres artículos básicos, con los que se relacionan sistemáticamente otros preceptos que citaremos: los artículos 13, 14 y 15. Estas disposiciones establecen los supuestos en que debe ser admitida la intervención de terceros, el procedimiento para solicitarla y resolver la solicitud, así como el estatuto procesal del interviniente admitido.

Antes de entrar en el análisis de los principales problemas interpretativos que esos preceptos han planteado, quisiera mencionar tres cuestiones relacionadas con la intervención que, en cada caso por razones distintas, no trataré con más profundidad en las páginas que siguen.

1º) La LEC/2000 contiene una regulación específica de la integración subjetiva del proceso en casos en que, existiendo un litisconsorcio pasivo necesario, el mismo no hubiera sido respetado. Consecuentemente ya no hay necesidad de acudir a una utilización espúrea y problemática de la intervención con aquella finalidad, sino que el ordenamiento facilita la solución correcta de que el litisconsorte preterido sea demandado y tenga oportunidad de contestar a la demanda.

El artículo 420 LEC/2000 establece cómo ha de procederse cuando el demandado haya alegado en la contestación falta del debido litisconsorcio, distinguiendo que el actor acepte o no tal alegación:

1) Si el actor acepta esa alegación podrá presentar, en la misma audiencia, y con las copias correspondientes, «escrito dirigiendo la demanda a los sujetos que el demandado considerase que habían de ser sus litisconsortes y el tribunal, si estima procedente el litisconsorcio, lo declarará así, ordenando emplazar a los nuevos demandados para que contesten a la demanda, con suspensión de la audiencia» (art. 420.1 LEC/2000).

2) El actor puede oponerse a la alegación del demandado, tanto por entender que, dado el objeto del proceso, no se impone un litisconsorcio, como por estimar que ha demandado a las personas debidas. En tal caso el tratamiento es el establecido en los apartados 2 al 4 del artículo 420 LEC/2000 (a saber: el tribunal oír a las partes sobre este punto y, si entendiere procedente el litisconsorcio, concederá al actor el plazo para constituirlo; si lo hace, los nuevos demandados podrán contestar a la demanda; si el actor no demanda a los litisconsortes se pondrá fin al proceso).

2º) La LEC/2000 no ha establecido la regulación necesaria para que sea admisible la intervención principal.

La intervención principal no da lugar a una simple pluralidad de partes, sino a una acumulación de pretensiones que proviene de un tercero respecto al proceso ya iniciado entre determinado actor y demandado. El tercero interpone unas pretensiones frente a éstos, relacionadas con la pretensión inicial en el sentido de ser incompatibles con ella.

Por ejemplo: pendiente un proceso en el que A ha interpuesto una pretensión reivindicatoria frente a B sobre la finca X, interviene C afirmando que la finca X es de su propiedad y ejercitando frente a A una acción declarativa de dominio y frente a B una acción reivindicatoria.

Las pretensiones resultantes de la intervención principal deben ser tratadas en el mismo procedimiento inicialmente incoado, lo que exige que la ley regule el modo en que debe producirse el necesario ajuste procedimental. Este ajuste debe consistir, como mínimo, en la admisión de la nueva demanda, su traslado a los demandados en ella –ya partes en el proceso pendiente- con plazo para contestación; todo ello de modo que, en cierto momento, el curso procedimental del proceso primeramente pendiente sirva de cauce único para tratar, también, los nuevos objetos procesales introducidos por el interviniente.

Pues bien, la LEC/2000 no regula ese imprescindible ajuste procedimental y ello basta para afirmar que, en Derecho español, la intervención principal propiamente dicha no es admisible.

Otra cosa es que los objetivos que la intervención principal persigue, que pueden sintetizarse en la evitación de sentencias contradictorias y en el logro de economía procesal (Fairén, pág. 198; escéptico, Fernández-López, págs. 577-578), también pueden ser alcanzados mediante la acumulación de procesos (arts. 74 y siguientes LEC/2000).

En nuestro ejemplo, C puede iniciar procesos separados frente a A y frente a B y luego pedir la acumulación de éstos y del proceso primeramente pendiente entre A y B.

3º) El art. 15 LEC/2000 regula un supuesto especial de intervención, el de consumidores y usuarios a título individual, en cuanto perjudicados por un hecho dañoso, en un proceso previamente iniciado por una asociación, entidad o grupo de afectados, que ostentan una legitimación colectiva para pretender tutela de derechos o intereses colectivos, difusos o individuales homogéneos.

De esta regulación especial sólo quiero destacar las restricciones a esa intervención, que se producen en un doble sentido.

En primer término, mediante una regulación que dificulta –no digo que impida radicalmente- admitir esa intervención, si la asociación, entidad o grupo demandantes han pretendido tutela de intereses colectivos o difusos –es decir: intereses supraindividuales, que la persona individual comparte con otras, pero que no le pueden ser singularmente asignados, ni siquiera de modo parcial- (Gutiérrez de Cabiedes [2001], págs. 209-213; De Lucchi, págs. 116-120). La dificultad es mayor tras una

reforma de LEC/2000, de octubre de 2002, que excluye expresamente incluso el especial (y restrictivo) régimen de la intervención que luego mencionaré, en el caso de que la acción ejercitada por la asociación o grupo demandante sea una acción de cesación para la defensa de intereses supraindividuales (De Lucchi, págs. 116-120).

En segundo lugar, si la intervención es admisible, la LEC/2000 la somete a una rigurosa aplicación de la preclusión para que una tardía solicitud de intervención no perturbe el desarrollo del proceso, que es previsible que tenga gran complejidad. Y así, si la interposición de la demanda fue preanunciada a los interesados “el consumidor o usuario podrá intervenir en el proceso en cualquier momento, pero sólo podrá realizar los actos procesales que no hubieran precluido” (art. 15.2 LEC/2000). En cambio, si los interesados son una pluralidad de personas indeterminadas o de difícil determinación, el proceso se suspenderá por determinado plazo y “se reanudará con la intervención de todos aquellos consumidores que hayan acudido al llamamiento, no admitiéndose la personación individual de consumidores o usuarios en un momento posterior, sin perjuicio de que éstos puedan hacer valer sus derechos o intereses conforme a lo dispuesto en los artículos 221 y 519 de esta Ley” (art. 15.3 LEC/2000). Estas últimas remisiones significan la posibilidad de aprovechamiento individual o participación en el aprovechamiento colectivo de los efectos ejecutivos de la sentencia.

Estas restricciones a la intervención hacen patente una notable paradoja del régimen jurídico de esta institución. Hace poco recordábamos una etapa histórica en la que el ordenamiento procesal limitaba, incluso desconocía, la intervención procesal, porque la estimaba perturbadora del control que el individuo, titular de la relación jurídica litigiosa, ejercía sobre la actividad dirigida a obtener la tutela judicial de ésta. Sorprendentemente, en los tiempos actuales, cuando se atribuye legitimación a asociaciones y grupos para pretender tutela de intereses supraindividuales (colectivos y difusos) y de derechos e intereses individuales homogéneos, la intervención, ahora de los individuos como titulares o partícipes en la titularidad de los derechos e intereses, también sufre restricciones, esta vez en aras de la efectividad de la tutela judicial colectiva.

#### IV. LA LEGITIMACIÓN DEL TERCERO

La relevancia de la noción de tercero procesal para el Derecho procesal consiste, principalmente, en que por una vinculación de ese tercero con el objeto de un proceso pendiente, el ordenamiento puede autorizar o disponer su participación en el mismo (Parra, pág. 28; Fernández-López, pág. 574).

Cómo se producirá la entrada del tercero en el proceso y en qué calidad jurídica tendrá participación en él son cuestiones que, en todo caso, subsiguen a otra que es la básica: cómo concibe un ordenamiento la vinculación del tercero con el objeto de un proceso pendiente para autorizar o disponer su participación. En definitiva: cuáles son las posiciones legitimantes para la intervención de tercero.

Respecto de esta cuestión básica, la LEC/2000 ha formulado una disposición innecesariamente abierta al desacuerdo interpretativo.

## **1. La problemática mención del interés directo y legítimo por el art. 13.1 LEC/2000**

La posición legitimante para la intervención de tercero la define el art. 13.1 LEC/2000: “Mientras se encuentre pendiente un proceso, podrá ser admitido como demandante o demandado, quien acredite tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito”.

La calificación como directo del interés del tercero ha conducido, por una parte, a que algún autor sostenga una concepción restrictiva de la posición legitimante, cuya consecuencia es no considerar autorizada la intervención adhesiva simple, y, de otra parte, a que la mayoría de los autores se vea en la necesidad de desplegar un importante esfuerzo argumental para evitar las consecuencias del sesgo restrictivo de la dicción legal. Si, a partir de lo dicho, se piensa en sus repercusiones sobre la efectividad de la norma en el momento de su aplicación, es evidente el riesgo de que acabe por imponerse una orientación restrictiva, como tendremos ocasión de comprobar en el apartado VIII.

La tesis restrictiva sostiene que el interés requerido significa que el tercero esté afectado “en sus derechos y obligaciones por la cuestión litigiosa”, de manera que la intervención adhesiva simple no se considera mencionada –y, por lo tanto, tampoco autorizada- por la LEC/2000, porque el tercero, en esta modalidad de intervención, “no tiene un interés directo en el asunto, sino uno indirecto o reflejo, es decir, vinculado de algún modo al que se dilucida en el pleito” (Banacloche, págs. 105-106).

La mayoría de la doctrina rechaza esta interpretación limitativa de la posición legitimante (Samanes, págs. 134-136; Diez-Picazo, págs. 216-217; López-Fragoso [2001], pág. 2-207). Que el interés deba ser directo no debe confundirse con la forma de afectación del tercero por la sentencia –directa, en caso de intervención litisconsorcial; indirecta o refleja, en caso de intervención adhesiva simple-, sino que persigue reforzar la calidad del interés requerido (Garnica, págs. 197-198). Ahora bien, para expresar la calidad del interés requerido hubiera bastado utilizar el calificativo de legítimo, porque éste ya significa que el interés no es de mero hecho o moral, sino jurídico, en cuanto ésta protegido por una norma de esa naturaleza (Gutiérrez de Cabiedes [2001], pág. 186), cuya justa aplicación comporta para el titular del interés un beneficio o la elusión de un perjuicio.

El principal argumento es que una interpretación que restrinja, en virtud del calificativo de directo, el concepto de interés legítimo, desconocería el reconocimiento constitucional de la posición legitimante de interés legítimo (art. 24.1 CE), que la jurisprudencia y la legislación posteriores a la CE han afirmado como superadora –preceptivamente, por la exigencia constitucional- de lo que anteriormente se entendía como interés directo (Gutiérrez de Cabiedes [1999], págs. 49-55, Gutiérrez de Cabiedes [2001], págs. 186-188; González Cano, págs. 41-48).

## 2. Clases de legitimación del tercero para la intervención procesal

Comparto la orientación mayoritaria [desde Ortells [2000], págs. 181-188; ahora, Ortells [2004], págs. 176-183) y entiendo que el art. 13.1 LEC/2000 da cobertura a dos clases de legitimación del tercero para intervenir, que coinciden con dos modalidades de intervención.

### A) *Intervención litisconsorcial*

En el tercero concurren las dos siguientes características: 1ª) Ostenta legitimación por titularidad de la relación jurídica a la que se refiere la pretensión interpuesta en ese proceso o una legitimación por interés legítimo igual que el aducido por la parte actora o comprendido en él; 2ª) Se extienden a él los efectos directos de la sentencia que se dicte (declarativos -cosa juzgada-, constitutivos, ejecutivos -aunque éstos no siempre-).

Estos son algunos supuestos que pueden dar lugar a esta clase de intervención:

1) En la impugnación de acuerdos sociales la sentencia que se dicte afectará a todos los socios aunque no hayan litigado (art. 222.3, párrafo tercero LEC/2000), por lo que los socios que no hubieran ejercitado la pretensión pueden intervenir en apoyo de la validez del acuerdo (art. 117.4 LSA), pero también en contra de la misma, siempre que tengan la legitimación adecuada.

2) Por construcción jurisprudencial, cualquiera de los comuneros puede ejercitar, en beneficio de la comunidad, acciones en materia de actos de administración de la cosa común. La intervención, en este caso, sería la de los restantes comuneros. Legalmente hay muestra de esto en la facultad que el artículo 72.2 d) Ley de Patentes reconoce a los cotitulares de una solicitud de patente o de una patente para ejercitar individualmente acciones en defensa de los derechos que derivan de aquéllas, dando noticia a los demás comuneros.

3) El deudor que ve ejercitado por su acreedor un derecho suyo frente a un deudor también suyo (art. 1111 CC) y, en general, cualquier titular de derechos respecto de los que la ley haya establecido una legitimación por sustitución en favor de persona distinta del titular. Si en el proceso es parte el sustituto, el titular del derecho puede intervenir, porque la cosa juzgada le alcanza (art. 222.3 LEC/2000).

4) En los casos de legitimación por interés legítimo individual o colectivo, aquellas personas que ostenten el mismo interés o un interés comprendido en el interés colectivo. El primer supuesto se daría en procesos sobre estado civil, en el caso de que los legitimados por interés legítimo no hubieran demandado; la cosa juzgada les afectará, por su extensión «*erga omnes*» en estos casos (art. 222.3 LEC/2000). El segundo supuesto - que debe ser distinguido del previsto en el art. 15 LEC/2000, en el que hay, en principio, una sustitución procesal de los consumidores y usuarios individuales- está expresamente contemplado por el artículo 13.1, párrafo segundo LEC/2000: “cualquier consumidor o usuario podrá intervenir en los procesos instados por las entidades legalmente reconocidas para la defensa de los intereses de aquellos”.

### **B) *Intervención adhesiva simple***

La intervención adhesiva simple difiere de la litisconsorcial en que el tercero que entra en el proceso pendiente no lo hace por ser titular de la relación jurídica a la que se refiere la pretensión procesal interpuesta en él, sino para evitar la consecuencia desfavorable que puede ocasionarle, a causa de los efectos reflejos o indirectos de la sentencia, que una de las partes de ese proceso sea vencida.

La posición legitimante del tercero podríamos describirla de este modo:

1) El tercero carece de legitimación respecto de la pretensión procesal interpuesta en el proceso pendiente. Ni la tiene para interponer la pretensión, ni ésta podía, ni debía ser interpuesta frente a él.

2) Según el sentido, favorable o adverso a una de las partes, la sentencia que se dicte en el proceso pendiente condicionará como hecho jurídico la constitución, modificación o extinción de otra relación jurídica de la que el tercero sí que es titular.

3) Esta dependencia implica que el tercero tenga un interés jurídico que le legitima para intervenir en el proceso pendiente, para posibilitar que la sentencia se dicte en un sentido que favorezca indirectamente su posición jurídica.

Es cierto que si la parte en el proceso pendiente realiza una actividad procesal diligente, la posición del tercero resulta indirectamente protegida. Pero una protección más efectiva impone permitir su intervención personal, para evitar todo riesgo derivado de una actividad procesal negligente o fraudulenta de la parte inicial.

Partiendo de lo dicho, los supuestos en los que esta intervención puede producirse no se hallan legalmente tipificados, sino que dependen de que existan situaciones extraprocesales concretas que permitan sostener que el tercero tiene, como indica el artículo 13.1 LEC/2000, “interés directo y legítimo en el resultado del pleito”.

Por vía de ejemplo se pueden mencionar algunos supuestos:

1) El interés del vendedor por intervenir en un proceso en el que el comprador puede ser privado de la cosa, generándose para el primero responsabilidad por evicción (arts. 1475-1483 CC).

2) El subarrendatario tendrá interés en intervenir en el proceso entablado frente al arrendatario, en el que pueda declararse frente a éste la extinción del arrendamiento, porque esto determinará la correlativa extinción del subarriendo (art. 8.2, párrafo cuarto Ley de Arrendamientos Urbanos).

3) El fiador tiene interés en intervenir en el proceso entablado frente al deudor principal y en el que se pretenda la condena por la obligación principal o la declaración de validez o de nulidad del negocio constitutivo de esa obligación, porque el resultado de ese proceso condiciona que subsista o se extinga su obligación accesoria de fianza o la cuantía de la misma.

4) El asegurador de la responsabilidad civil de una persona frente a terceros, puede tener interés en intervenir en el proceso en que los últimos reclamen frente al causante del daño condena a indemnización por esa responsabilidad, indemnización que, después, el asegurador deberá pagar al asegurado. Prácticamente esta intervención tiene poco interés desde el momento en que el perjudicado tiene acción directa frente

al asegurador (art. 76 Ley del Contrato de Seguro) o si el asegurador asume la dirección jurídica de la defensa del asegurado (art. 74 de la misma Ley).

5) Diversos supuestos de intervención de personas interesadas en que no disminuya o en que se incremente el patrimonio de otras: de los acreedores en proceso sobre materias de naturaleza patrimonial frente a los deudores, específicamente si hay indicios de que el proceso es utilizado como medio para defraudar los derechos de los acreedores (Cedeño Hernán, págs. 47-50); del fiador en procesos contra el deudor principal por deudas distintas a la garantizada, dado que ello influirá en la utilidad del beneficio de excusión; de los socios de sociedades mercantiles personalistas en los procesos de reclamación de deudas frente a éstas, de las que los patrimonios de los socios pueden acabar respondiendo (Serra, págs. 208 y siguientes).

#### V. LA NOTIFICACIÓN DE LA PENDENCIA DEL PROCESO Y LOS SUPUESTOS DE INTERVENCIÓN PROVOCADA

Si un tercero tiene, según las normas que acabamos de considerar, legitimación para intervenir en un determinado proceso de declaración, parece como mínimo adecuado que se establezca una actuación destinada a que el tercero pueda tomar conocimiento de la pendencia de ese proceso, para que pueda hacer efectiva su posibilidad procesal de intervenir.

La LEC/2000 ha asumido expresamente el tratamiento normativo de esta cuestión y lo ha hecho correctamente, a pesar de los problemas que plantea esa nueva ordenación.

Ahora bien, una cosa es dar solución al problema de la información de la pendencia del proceso a quienes no han sido demandantes o demandados –y, por lo último, no han sido emplazados o citados, con traslado de la demanda- y están legitimados para intervenir, y otra cosa diferente dar solución a los múltiples problemas que giran en torno a los supuestos tradicionales de intervención provocada.

Frente a los dos campos de problemas que han quedado apuntados, la LEC/2000 se ha situado entre la innovación y las opciones conservadoras. Ha sido innovadora ante el primer problema, como veremos en el siguiente apartado 2. Pero ha sido predominantemente conservadora ante el segundo, respecto del que casi se ha limitado a regular los aspectos procedimentales de la petición de llamamiento de tercero y de la resolución sobre la misma.

Sin perjuicio de reconocer las peculiaridades de la intervención provocada a instancia de parte, no puedo compartir algunos planteamientos de la doctrina española que casi vienen a hacer de esa intervención un *genus* diferente a las intervenciones litisconsorcial y adhesiva simple (Diez-Picazo, pág. 219; Banacloche, pág. 107; Garnica, pág. 210).

Que no existe entre las mismas una diferencia esencial se comprueba simplemente observando que la intervención del tercero, también cuando es provocada, no depende –a diferencia de lo que ocurre con la asignación a una persona de la condición de demandado- de la mera voluntad de la parte interesada en llamarle. Depende de una resolución judicial que considera admisible esa intervención y que, para posibilitarla, acuerda el llamamiento (art. 14.1 y 2.2ª LEC/2000). Esencialmente

lo mismo que cuando la intervención es espontánea, aunque sea diferente el procedimiento incidental para solicitar y admitir la intervención (art. 13 LEC/2000). Otra cosa son, también, las consecuencias de Derecho material (pérdida de la acción de saneamiento por evicción, pérdida o mayor dificultad de la acción de reembolso, riesgo de incurrir en responsabilidad por daños) a las que se expone la parte que no ha instado en el momento procesal debido (demanda o dentro del plazo para contestarla: art. 14 LEC/2000) el llamamiento del tercero.

### **1. Los supuestos específicos de intervención provocada**

El artículo 14 LEC/2000 no determina cuáles son, sino que se limita a establecer las actuaciones procesales que deben realizarse si alguna de las partes solicita el llamamiento del tercero en los casos previstos por la ley. Estos casos se establecen en disposiciones de Derecho material, que no siempre son claras en referirse a la existencia de un proceso y al llamamiento del tercero. Esta es la primera manifestación del conservadurismo de la LEC/2000 en esta materia: no ha querido innovar, con una regla general, los supuestos de intervención provocada a instancia de parte. Estos supuestos serán determinados por disposiciones específicas o por la aplicación analógica que la jurisprudencia haga de las mismas. Pero llamo la atención sobre que lo único que limita esta norma (del art. 14 LEC/2000) es que el llamamiento para intervenir pueda ser pedido por alguna de las partes y con arreglo a un régimen procedimental específico, no que un tercero legitimado para intervenir solicite hacerlo, ni siquiera que lo haga, precisamente, por haber sido informado por el juez de la pendencia del proceso.

Veamos los supuestos a los que puede entenderse hecha la remisión del art. 14 LEC/2000:

1) El comprador frente al que se interpone una pretensión cuya estimación implicará la pérdida de la cosa comprada ha de solicitar que sea llamado el vendedor, que podrá actuar en el proceso para facilitar la defensa de la validez y eficacia del título de propiedad de la cosa que vendió (art. 1482 CC). Si el comprador no pide ese llamamiento, pierde el derecho a saneamiento por evicción (art. 1481 CC). Posibilita una intervención adhesiva simple.

2) La disposición anterior es aplicable en otros supuestos de evicción respecto de bienes y derechos transmitidos: arrendamiento de fincas rústicas y urbanas (art. 1553 CC), enfiteusis (art. 1643 CC), bienes y derechos aportados a una sociedad (art. 1681 CC), donaciones onerosas (art. 638 CC), legados (arts. 860 y 869.3º CC), adjudicación de bienes a coherederos (art. 1069 CC).

3) El heredero demandado para el pago de deudas de la herencia, tiene «derecho a hacer citar y emplazar a sus coherederos, a menos que por disposición del testador, o por consecuencia de la partición hubiera quedado él solo obligado al pago de la deuda» (art. 1084 CC). Posibilita una intervención litisconsorcial.

4) De lo dispuesto por el artículo 1830 CC (“El fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor”) se deduce que si aquél -fiador con beneficio de excusión- es demandado para el pago de la deuda, sin que previamente lo haya sido el deudor principal, tiene derecho a pedir el

emplazamiento de éste. Si se persona el deudor principal, el llamamiento habría dado lugar a una acumulación de pretensiones.

5) Lo establecido por el artículo 511 CC puede ser interpretado en el sentido de que si el acto de tercero que conoce el usufructuario y puede lesionar el derecho de propiedad es una demanda, tiene el deber de notificarlo al propietario. Este supuesto dará normalmente lugar a una sucesión procesal: el usufructuario que inicialmente se ha personado en el proceso, saldrá si el propietario comparece a defender su derecho. El artículo 1559 CC establece un deber similar para el arrendatario en cuanto a los actos de usurpación de la cosa arrendada.

6) El cotitular de una solicitud de patente o de una patente que ejercite acciones frente a terceros que atenten contra los derechos derivados de aquéllas, debe comunicarlo a los demás comuneros [art. 72.2 d) Ley de Patentes]. Puede dar lugar a una intervención litisconsorcial.

7) El concesionario de licencia para explotar una patente que haya ejercitado acciones en defensa de los derechos derivados de la patente, ha de notificar este hecho al titular de la patente a los efectos de que pueda personarse en el proceso (art. 124.3 Ley de Patentes). Puede dar lugar a una intervención litisconsorcial.

8) El agente que ha participado en la construcción de un edificio, y resulta demandado por responsabilidades derivadas de defectos de construcción, puede instar el llamamiento de otros agentes participantes en la edificación, disponiendo la ley que, aunque estos no se personen, la sentencia les afectará y será ejecutable frente a ellos (Disposición adicional 7ª, Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación). Puede dar lugar a una intervención litisconsorcial.

Por otra parte, como ya apunté, lo único que regula la LEC/2000 respecto de estos supuestos es cuándo ha de ser pedido el llamamiento para intervenir, según lo inste el actor o el demandado, y los aspectos procedimentales para resolver esa petición (art. 14 LEC/2000).

Ninguna norma especial sobre las consecuencias ligadas a esta intervención, a pesar de que, por el contexto de intereses que revelan los diferentes supuestos de la misma, la doctrina hace notar una serie de cuestiones que hubiera sido conveniente regular específicamente. Por ejemplo, las siguientes: si el comprador que ha pedido el llamamiento puede ejercitar la acción de saneamiento en el mismo procedimiento en que se produzca la evicción (Garnica, pág. 214); o si el coheredero, demandado para el pago de una deuda del causante, puede ejercitar la acción de reembolso frente a los coherederos cuyo llamamiento ha solicitado, o si estos pueden ser condenados junto con él en el proceso en que han sido llamados (Garnica, págs. 218-219).

Estas cuestiones habrán de ser resueltas con arreglo a las normas generales de LEC/2000, empezando por las que regulan el estatuto procesal del interviniente, que trataremos en el siguiente apartado VI.

La única concesión a una regulación especial de las consecuencias de una intervención provocada a instancia de parte se produce en los artículos 14.2.4ª y 18 LEC/2000, que autorizan, bajo ciertos presupuestos, una sucesión procesal que, en principio, estaría excluida, porque la adquisición de la cosa litigiosa por el tercero que

sucedirá al demandado no es posterior al inicio de la litispendencia –como requiere el régimen general de la sucesión (arts. 16.1 y 17.1 LEC/2000)-, sino que el tercero –en cuanto inicialmente no demandado- ostentaba una titularidad anterior que ya le atribuía legitimación pasiva.

## **2. El art. 150.2 LEC/2000: Deber de notificación de la pendencia del proceso**

La más destacada innovación de LEC/2000, en cuanto a la información a terceros interesados de la pendencia de un proceso, está constituida por el art. 150.2, que establece que “por disposición del tribunal, también se notificará la pendencia del proceso a las personas que, según los mismos autos, puedan verse afectadas por la sentencia que en su momento se dictare. Esta comunicación se llevará a cabo, con los mismos requisitos, cuando el tribunal advierta indicios de que las partes están utilizando el proceso con fines fraudulentos”.

Esta disposición no tiene la ambigüedad del art. 260 LEC/1881 que, cuando permitía que el juez ordenara expresamente que las resoluciones fueran notificadas, además de a las partes, “a las personas a quienes se refieran o puedan deparar perjuicio”, podía entenderse referida a supuestos en que los terceros, sin perder esa calidad, deben prestar su colaboración en el proceso de diversos modos –por ejemplo, como testigos, peritos, depositarios judiciales de bienes, terceros sujetos a un deber de exhibición de documentos- y se hallan expuestos a consecuencias sancionatorias o desfavorables de otra naturaleza si incumplen ese deber. El texto del art. 150 LEC/2000 deja muy claro que lo que debe notificarse a tercero no es una singular resolución judicial, que pueda concernirle de alguna de las maneras acabadas de mencionar, sino el hecho de la pendencia de un proceso, sobre objeto y entre partes determinadas.

Este deber de notificación es un deber de oficio del tribunal. Hay que determinar sus presupuestos y sus efectos.

Los presupuestos del deber son, principalmente, tres, aunque los dos últimos son alternativos (Ortells, [2004], pág. 186; Cubillo, págs. 77-81; Gascón, 645-646; Cordón, págs. 640-641):

1º) El tribunal sólo tiene el deber de ordenar la notificación a los terceros que aparezcan identificados en autos y respecto de quienes, también según el contenido de los autos, concurre alguna de las situaciones de los dos presupuestos siguientes.

2º) Los terceros deben poder “verse afectados” por la sentencia, lo que alude a la posición de aquellos terceros que están legitimados para una intervención litisconsorcial. No están comprendidos los terceros que debieron ser desde el principio demandados en litisconsorcio pasivo necesario, porque, salvo la integración subjetiva prevista por el art. 420 LEC/2000, si se omitió demandarles, la consecuencia debe ser la nulidad de actuaciones con reposición de las mismas al trámite de traslado y contestación a la demanda.

3º) Pero, aunque los terceros no tengan riesgo de ser directamente afectados por la sentencia del proceso pendiente, sino sólo indirecta o colateralmente –es decir, supuestos de legitimación para una intervención adhesiva simple-, la pendencia del

proceso también les debe ser notificada si el juez advierte indicios de que las partes iniciales están utilizando el proceso con fines fraudulentos.

Los efectos de esta notificación merecen una doble consideración:

1º) En cuanto a los efectos que positivamente se producen si la notificación es ordenada y practicada. A diferencia del traslado de una demanda, con emplazamiento o citación, esta notificación no determina que el tercero adquiera condición de parte, ni siquiera impone que su intervención deba ser admitida por el mero hecho de que él la solicite –como si el tribunal hubiera apreciado, al ordenar la notificación, la concurrencia de la legitimación requerida-. La notificación simplemente facilita el conocimiento de la pendencia del proceso y, con ello, que el tercero decida si quiere solicitar que su intervención sea admitida, con arreglo al procedimiento del art. 13 LEC/2000.

La notificación tampoco genera para el tercero una específica carga de actividad en el proceso cuya pendencia se le ha notificado. Desde una estricta apreciación jurídica -otra cosa es la utilidad que pueda obtener el tercero por su contribución a defender la postura procesal que le convenga- los riesgos a los que se halla expuesto el tercero son los mismos que si no hubiera sido notificado. Probablemente las consecuencias de haber omitido la intervención, a pesar de haber sido notificado, se producirán en los procesos posteriores –sobre objetos relacionados con el que está pendiente y ha sido notificado-, en los que serán rechazadas alegaciones que pueda hacer el tercero de fraude o mala gestión procesal de las partes del primer proceso.

2º) Pero también hay que considerar las consecuencias del incumplimiento del deber de notificación si concurrían los presupuestos del mismo.

Como no es una situación equiparable a la de preterición de litisconsortes necesarios, no puede sostenerse una consecuencia de nulidad procesal.

Obviamente, el tercero conservará en su plenitud las posibilidades de tutela “represiva” fundadas en el fraude o la mala gestión procesal de las partes del primer proceso. Pero, limitar la consecuencia a esto, haría del art. 150.2 LEC/2000 una norma sin sanción. En mi opinión, el art. 150.2 establece un preciso deber para los tribunales, cuya *ratio* es proteger la posición jurídica de los terceros legitimados para intervenir. Si, por incumplimiento de ese deber, se producen daños en los bienes y derechos del tercero, hay base para considerar, con razonable fundamento, si ha nacido responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia (arts. 292 y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

## VI. EL ESTATUTO PROCESAL DEL INTERVINIENTE

La tercera pieza del régimen jurídico de la intervención de terceros en el proceso de declaración es el estatuto procesal del interviniente, entendiendo por tal el conjunto de situaciones jurídicas subjetivas, activas y pasivas, que, de acuerdo con la ley, corresponden al interviniente en el proceso en que ha sido admitido.

En principio, la cuestión es si ese estatuto es el general de toda parte procesal o si tiene una composición diferente, en cierto sentido fragmentaria, por hallarse integrado por una serie de situaciones jurídicas específicas, mientras que otras estarían ausentes de él.

La cuestión no había pasado inadvertida en la etapa normativa anterior a la LEC/2000 y cabía esperar de esta Ley una respuesta clarificadora.

### 1. Estatuto de parte, deficiencias de la norma que lo atribuye y dudas sobre el estatuto del interviniente

Dos expresiones que utiliza el art. 13 LEC/2000 conducen a concluir que esta Ley ha querido dar aquella respuesta clarificadora y, además, de manera contundente en el sentido de atribuir al interviniente estatuto de parte:

1ª) En el apartado 1 se dispone que el tercero “podrá ser admitido como demandante o demandado”, es decir, en alguna de las dos posiciones de las partes en un proceso de declaración.

2ª) Y el apartado 3 establece que “admitida la intervención [...] el interviniente será considerado parte en el proceso a todos los efectos”.

Ahora bien, estas expresiones normativas no han conducido a la doctrina procesal española a una conclusión unánime en el sentido de entender atribuido estatuto procesal de parte.

Imperfecciones contenidas en el propio art. 13 LEC/2000 han devuelto el tema al terreno de lo problemático.

En primer término, la aparentemente resuelta decisión normativa de atribuir al tercero –una vez haya sido admitido a intervenir- el estatuto de parte procesal, entra en contradicción con la expresa enunciación de algunos poderes de parte que hace el art. 13 (“podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule [...], aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa. También se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa [...]. El interviniente podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan”). No es, en efecto, fácil encontrar la razón a por qué, tras haber atribuido el conjunto de situaciones jurídicas que componen el estatuto de parte, se ve el legislador en la necesidad de desgranar la mención de algunas –sólo algunas- de esas situaciones (Samanes, pág. 140; Gutiérrez de Cabiedes [2001], págs. 192-193).

En segundo lugar, en el tema del estatuto del interviniente vuelve a aflorar la imprecisión vinculada al requisito de que el interés del tercero debe ser directo, y no sólo legítimo, que ha conducido a un sector minoritario de la doctrina a negar que la LEC/2000 autorice, precisamente por falta de legitimación, una intervención adhesiva

simple. El argumento que emplea este sector es éste: precisamente por la atribución legal al interviniente del estatuto de parte, debe ser excluido que se haya querido reconocer legitimación para intervenir a quien no es titular de la relación jurídica litigiosa, sino sólo de una relación dependiente de la anterior (Banacloche, págs. 105-106; Díez-Picazo, págs. 217-219).

En mi opinión (Ortells, págs. 180, 183; Samanes, págs. 140-141; Gutiérrez de Cabiedes [2001], págs. 192-193) precisamente la relación entre las dos anteriores observaciones, arroja luz sobre el problema.

Lo que explica que el art. 13 LEC/2000, tras haber atribuido genéricamente al interviniente admitido estatuto de parte, es, precisamente, que puede ser admitido como tal un interviniente adhesivo simple, cuyo estatuto procesal era específicamente discutido bajo la antigua ordenación. La LEC/2000 se ha propuesto cortar de raíz ese debate con una mención específica de las facultades de parte de más dudosa atribución.

Si bien se mira, la técnica de combinar la atribución genérica y la atribución específica de facultades que componen el estatuto de parte, sólo es absurda en cuanto referida al interviniente litisconsorcial, cuya legitimación nunca había hecho dudar que estuviera justificado atribuirle pleno estatuto de parte.

Los intervinientes admitidos tienen, pues, estatuto de parte. Además, cualquiera sea la legitimación que ostenten. Subsisten, sin embargo, problemas respecto de específicas situaciones jurídicas subjetivas integrantes de aquel estatuto, en el caso de interviniente adhesivo simple. Pero, incluso en este último aspecto, no puede decirse que las cosas hayan quedado como estaban antes de la LEC/2000: hay atribución expresa de facultades antes muy dudosas (intervención en actos dispositivos, facultad de recurrir, etc.), respecto de las cuales el margen de discusión ha quedado limitado a su régimen de ejercicio, presupuesto que la posibilidad de ese ejercicio ya no puede ser radicalmente negada.

## **2. Aprovechamiento de las posibilidades procesales y tiempo de la intervención: Preclusiones del proceso y excepciones a las mismas**

El aprovechamiento de las posibilidades procesales por el interviniente depende del momento de su intervención y del punto de desarrollo en que se halle el procedimiento en el que la intervención haya sido admitida.

Sobre esta materia LEC/2000 establece dos normas que constriñen el aprovechamiento de las posibilidades procesales del interviniente, y que, en cuanto reglas generales, están justificadas. Una valoración favorable no puede ser, por diversas razones, extendida a las excepciones a esas reglas, de las que también nos ocuparemos.

Primera regla general es que la admisión de la intervención no impone la retroacción del procedimiento (art. 13.3 LEC/2000), para que el interviniente pueda aprovechar posibilidades procesales que ya hubieran precluido. Esta norma –por sí sola; otra cosa es el resultado de su combinación con la que mencionaré inmediatamente a continuación- está plenamente justificada. El interviniente, incluso el litisconsorcial, no es un litisconsorte necesario preterido, que debió ser parte en el

proceso desde su inicio, y que, si no fue inicialmente demandado e ingresó a proceso iniciado, ha de entrar en el proceso con pleno restablecimiento de sus posibilidades procesales (sobre esto, con encontradas posiciones, Samanes, págs. 139-140; Garnica, pág. 205). El tercero legitimado para intervenir no es parte necesaria, ha realizado el acto para ser admitido como parte cuando ha decidido hacerlo, y justo es que experimente las consecuencias de la preclusión.

La segunda regla general es que “la solicitud de intervención no suspenderá el curso del procedimiento” (art. 13.2). El incidente sobre la solicitud de intervención se tramita con unas alegaciones escritas de las partes iniciales, evacuadas en plazo común breve, pero de modo simultáneo al desarrollo del proceso entre las partes iniciales. Tampoco es objetable esta regulación, porque una solicitud suspensiva dejaría expuesto el proceso a suspensiones por actos de quien, a la postre, acabe por no ser reconocido con legitimación para intervenir.

Si bien cada una de estas reglas, aisladamente consideradas, tienen justificación, su aplicación necesariamente combinada conduce a preguntarse: *¿Quid iuris* de las posibilidades procesales pendientes –por no cerradas o por todavía no abiertas- en el momento de ser solicitada la intervención, pero ya precluidas en el momento de ser dictada la resolución que la admite?

La respuesta viene a darla la única excepción expresa que establece LEC/2000 a la regla general de preclusión y no retroacción del procedimiento: “se permitirán al interviniente las alegaciones necesarias para su defensa, que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso” (art. 13.2 LEC/2000).

Esta norma que formula la excepción es notablemente imperfecta, por varias razones:

1ª) La limitada concesión a la retroacción aparece desvinculada del momento en que el tercero solicitó la intervención, que es lo que, en definitiva, justifica la excepción: la diligencia en intervenir, que excluye que el tercero admitido pueda sufrir perjuicio por la demora procesal del incidente. Por el contrario, la norma sólo atiende al momento de la admisión en el proceso.

2ª) Una crítica alternativa: o bien la ley está mencionando como excepción lo que, sin duda, será una regla; o bien el contenido admisible de estas alegaciones tendrá una entidad muy reducida.

Empiezo por el segundo término de la alternativa de interpretación: al interviniente no le será admitida esta especial oportunidad de alegación si, cuando su intervención sea admitida, todavía existen posibilidades de alegación. Si la norma se entiende así, el interviniente se verá limitado a formular alegaciones aclaratorias, complementarias o simplemente conclusivas (Ortells, págs. 325-333, 418-419), pero no podrá innovar el material de hecho introducido en el proceso con otros hechos relevantes respecto de la sentencia que puede ser dictada que, simplemente, no hubieran sido alegados antes.

Pero el primer término de la alternativa de interpretación, es sorprendente. Concedamos que la norma significa que el interviniente tendrá las posibilidades de

alegación que hubiera tenido de haber podido formular alegaciones de igual alcance que las admisibles en una demanda o en una contestación. Si esto quiso decir el legislador: ¿Por qué condiciona la especial alegación del interviniente a una situación hipotética –que no las haya podido efectuar “por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso”-, siendo así que esta situación siempre concurrirá? En efecto, si la admisión de la intervención requiere la audiencia de las partes iniciales, y si –al menos en el procedimiento ordinario- la personación tempestiva del demandado debe producirse dentro del plazo de la contestación: ¿En qué recóndito supuesto puede haber tenido el interviniente oportunidad de aprovechar las posibilidades ordinarias de alegación?

3ª) Si los hechos alegados por el interviniente necesitan de prueba –por no haber sido admitidos por alguna de las partes iniciales a las que han sido trasladadas las alegaciones (arts. 13.3, párrafo segundo, 281.3 LEC/2000)-, la norma expresa sobre la excepción deja sin respuesta si –y en qué supuestos- podrá ser admitida la prueba que proponga el interviniente. La doctrina oscila entre tesis muy generosas, favorables a una amplia admisión de prueba (López-Fragoso, pág. 2-212), y tesis más restrictivas, que limitan la admisión de prueba a los supuestos en que procedería con arreglo a las normas aplicables en el momento de admisión de la intervención (Garnica, pág. 206). Comparto la segunda orientación, pero debo recordar la oportunidad de instar la práctica de prueba en calidad de diligencias finales (art. 435 LEC/2000), si esa proposición puede ampararse en cualquier excepción a la preclusión en materia probatoria.

Pero la excepción expresa a la no retroacción del procedimiento establecida por el art. 13.3 LEC/2000 no es la única que tiene cobertura en la LEC.

Piénsese en el supuesto de que la intervención sea solicitada durante la pendencia del plazo para recurrir la sentencia definitiva u otra resolución que ponga fin al proceso –por ejemplo, la que homologa una transacción judicial- y de que la resolución de admisión de la intervención fuera dictada cuando ese plazo ya hubiera vencido.

Si para este supuesto no pudiera ser afirmada otra excepción a la no retroacción del procedimiento, el límite temporal máximo hasta el que la intervención es admisible –que establece el art. 13.1 LEC/2000: “Mientras se encuentre pendiente un proceso”-, quedaría injustificadamente reducido, porque la litispendencia del proceso de declaración permanece hasta la firmeza de la resolución que le pone fin (Ortells, pág. 296; Málaga, pág. 176).

Solicitada la intervención en el plazo que ha sido descrito, habrá que admitir la suspensión de ese plazo hasta que se resuelva la solicitud de intervención, precisamente para que el interviniente pueda aprovechar la posibilidad procesal, aún abierta, del recurso (Garnica, pág. 205).

### **3. Posibilidad de interposición de pretensiones (nuevos objetos de proceso) por el interviniente**

Es un componente del estatuto de las partes en el proceso de declaración la posibilidad de formular, en los supuestos previstos por la ley, una nueva o nuevas

pretensiones –en el sentido de nuevos objetos de proceso (Ortells, págs. 239-258)- para ser tratadas en el mismo procedimiento que fue iniciado por la demanda en la que fue planteado el o los objetos (iniciales) del proceso (Ortells, págs. 265-266).

Esta posibilidad de plantear nuevas pretensiones procesales es uno de los aspectos del estatuto de parte que suscita dudas cuando este estatuto es atribuido al interviniente.

En principio, el art. 13.3 LEC/2000 parece conducir a una respuesta positiva: “podrá defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte o las que el propio interviniente formule, si tuviere oportunidad procesal para ello, aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa”.

Este precepto tiene gran complejidad y no todos sus componentes caen dentro de la materia ahora considerada. Lo primero que se impone es analizarlo para situar cada una de las cuestiones que en él aparecen involucradas en el lugar sistemático adecuado.

Con ese objetivo, la primera observación necesaria es que el art. 13.3 LEC/2000 –como tantos otros preceptos de esa ley: así, paradigmáticamente, el art. 218.1 y también el art. 426.4- no utiliza la expresión “pretensión” con la acepción técnica estricta de objeto del proceso de declaración, sino con el más genérico significado de peticiones. En efecto, cuando el art. 13.3 LEC/2000 se refiere a “defender las pretensiones formuladas por su litisconsorte”, sería erróneo entender que el interviniente sólo puede alegar a favor de las pretensiones del actor, o de las del demandado en cuanto interponga reconvenición –y, con ello, introduzca un objeto procesal nuevo-. El interviniente también puede alegar a favor de la defensa del demandado, por más que ésta no constituya una pretensión, un objeto de proceso en sentido estricto (López-Fragoso [2001], pág. 2-210; Gutiérrez de Cabiedes, pág. 194).

Pues bien, cuando el interviniente formula alegaciones para que la pretensión del actor sea estimada –si eso es lo que corresponde al interés que legitima su intervención- o, por el contrario, para que esa pretensión no sea resuelta en cuanto al fondo o sea desestimada, la actividad procesal del interviniente no es de formulación de pretensiones, sino de alegación.

En segundo lugar, cuando la ley vincula –con una adversativa- la posibilidad del interviniente de formular pretensiones propias con la circunstancia de que “su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa”, tampoco está contemplando la formulación de una nueva pretensión por el interviniente, sino, en todo caso, su facultad de mantener pretensiones sobre las que quiere disponer la parte inicial. Se trata del problema distinto de los poderes del interviniente ante los actos de disposición procesal de la parte inicial, que examinaremos en el apartado siguiente.

Resta, por fin, como contenido propio de este apartado, la posibilidad de que el interviniente formule pretensiones “si tuviere oportunidad procesal para ello”.

No hay razones para negar que junto a la acepción genérica de pretensiones –en realidad, alegaciones que fundan la pretensión del actor y la defensa del demandado- esté también comprendida la acepción estricta –es decir, la de objetos procesales-.

Lo que ocurre es que resultará en extremo difícil que el interviniente formule pretensiones procesales en sentido estricto, y no tanto por falta de facultades para ello, cuanto por falta de oportunidad procesal, dado el momento en que la intervención se solicita y el procedimiento para decidir sobre su admisión.

La doctrina ha apuntado la posibilidad de que, ocupando el interviniente posición de demandado, formule reconvencción contra el actor (Ortells, pág. 180; López-Fragoso [2001], pág. 2-210; Banacloche, pág. 105; Gutiérrez de Cabiedes [2001], pág. 194). Pero esto dependería de entender que, admitida la intervención –y esto requiere la audiencia del demandado personado- antes de que trascurra íntegramente el plazo para contestar a la demanda, el interviniente pueda aprovechar la parte restante del plazo, tanto para completar la contestación, como para reconvenir.

Lo que resulta obvio es la inadmisión de una ampliación de la demanda por el interviniente que ocupe posición de actor, porque la contestación es el momento en que precluye la posibilidad de ampliación de la demanda (art. 401.2 LEC/2000), y, al propio tiempo, el acto con el que, ordinariamente, el demandado se persona, lo que es presupuesto imprescindible para que sea oído en el incidente de admisión del interviniente. Cuando el interviniente sea admitido, la posibilidad de ampliación habrá precluido, en todo caso.

Consiguientemente, si el interviniente no puede proponer, para su debate en el mismo procedimiento, objetos procesales distintos a los formulados por las partes iniciales, ello no es debido a una restricción de su estatuto de parte, sino al momento en que la intervención puede ser pedida y admitida y al régimen general de modificaciones del objeto inicial del proceso.

#### **4. Poderes del interviniente y actos de disposición**

Éste es otro de los aspectos del estatuto procesal del interviniente sobre el que persiste la duda, aunque, como ya apunté, el art. 13.3 LEC/2000 establece, sin matizaciones, que el interviniente puede mantener las pretensiones que estén interpuestas en el proceso “aunque su litisconsorte renuncie, se allane, desista o se aparte del procedimiento por cualquier otra causa”.

El sector doctrinal mayoritario, que considera que el art. 13 se refiere tanto a la intervención litisconsorcial, como a la adhesiva simple, es concorde en entender que las facultades del interviniente en caso de ejercicio de poderes de disposición por las partes iniciales, deben ser diferentes según la legitimación que el interviniente ha hecho valer (Díez-Picazo, págs. 218-219; Samanes, págs. 140-141; Ortells, págs. 180, 183; López-Fragoso, págs. 2-210-2-211; Gutiérrez de Cabiedes [2001], págs. 194-195).

Las facultades del interviniente litisconsorcial son plenas, porque él es, tanto como la parte inicial, legitimado en cuanto titular de la relación jurídica litigiosa. Y esa plenitud de facultades significa tanto que el interviniente puede tomar la iniciativa de los actos de disposición –aunque la perfección de los mismos y sus efectos requerirán el concurso de la voluntad de los otros titulares personados en el proceso-, cuanto que el concurso de su voluntad es imprescindible para completar el poder de disposición del que, entre otros requisitos, depende que estos actos sean atendibles.

Por el contrario, en caso de intervención adhesiva simple –cuya legitimación no afirma titularidad de la relación ahora litigiosa, sino de otra dependiente de ella-, el interviniente ni puede tomar la iniciativa de los actos de disposición, ni es relevante que falte su voluntad para que el juez deba atenderlos. La razón es simple: él no es titular –ni único, ni con otro- del poder de disposición, porque éste va referido a una relación jurídica que le es ajena (Díez-Picazo, pág. 218; López-Fragoso, págs. 2-210-2-211).

Pero no deja de ser cierto que también el interviniente adhesivo simple podrá mantener las pretensiones, a pesar de los actos de disposición intentados por la o las partes iniciales.

El interviniente adhesivo simple tiene una facultad de oposición a la eficacia ordinaria de esos actos. Mediante esa facultad se hace efectivo el límite que las leyes procesales establecen tradicionalmente a los actos de disposición: son inatendibles si causan perjuicio a terceros (así, para el allanamiento, la renuncia y la transacción, en Derecho español, Ortells, págs. 450, 455, 459).

Pero esta facultad no es eficaz si se manifiesta como una oposición en abstracto al acto de disposición, sino que requiere una alegación de causas determinantes de perjuicio –efecto desfavorable sin norma que lo justifique- que el juez habrá de considerar fundadas para denegar los efectos de los actos de disposición de la parte o de las partes iniciales.

Entre esas causas está, con seguridad, el fraude, entendido como colusión de las partes iniciales para vincular al juez a un resultado del proceso sobre la relación condicionante que ponga la base para una sentencia contra el interviniente en el posterior proceso sobre la relación condicionada (Díez-Picazo, pág. 218; López-Fragoso [2001], pág. 2-211).

Pero, en mi opinión, no es necesario, para estimar perjudicial un acto de disposición de una parte inicial, exigir los requisitos del fraude –que tienen un difícil componente subjetivo e intencional-, sino que basta que, atendido el estándar de una conducta procesal diligente, aquel acto revele el abandono de una defensa razonable (Ortells, pág. 183; Gutiérrez de Cabiedes [2001], pág. 195).

## **5. Posibilidad procesal de recurrir de modo autónomo respecto de las partes iniciales**

“El interviniente –dice el art. 13.3, párrafo tercero LEC/2000- podrá, asimismo, utilizar los recursos que procedan contra las resoluciones que estime perjudiciales a su interés, aunque las consienta su litisconsorte”.

La claridad de esta disposición no ha impedido que renazca la *vexata quaestio* –bajo la antigua ordenación del proceso civil, que carecía de norma general al respecto- de si el interviniente adhesivo simple tiene facultad de recurrir con autonomía de la parte inicial, en cuya victoria procesal aquél está interesado. Doctrinalmente se mantiene tesis negativas (Díez-Picazo, pág. 218) y tesis matizadamente afirmativas (López-Fragoso [2001], págs. 2-211-2-212; Samanes, págs. 140-141).

En mi opinión, tanto por argumentos muy relacionados con la formación legislativa del art. 13, como por la *ratio iuris* de autorización de una intervención con la legitimación característica de la intervención adhesiva simple, ha de darse una respuesta afirmativa en términos generales.

Por lo primero anunciado, una norma como la del art. 13.3, párrafo tercero LEC/2000 sería estrictamente superflua si hubiera que entenderla referida sólo a la intervención litisconsorcial. Superflua en el contexto interno de la disposición, porque nadie duda de que la facultad de recurrir corresponda al general estatuto de parte que todos reconocen a este interviniente. Superflua en el contexto histórico de la regulación de esta materia, en el que nunca fue discutida esta facultad del interviniente litisconsorcial.

Pero, principalmente, después del inequívoco dato literal que ofrece el artículo repetidamente mencionado, las razones para evitar una interpretación indebidamente restrictiva hay que buscarlas en la *ratio* de admisión de la intervención adhesiva simple. Puede sostenerse que el debe limitarse a ayudar a la parte cuya derrota procesal puede perjudicarle. Pero la cuestión radica en si esa ayuda debe ser entendida objetivamente o desde el punto de vista de la propia parte coadyuvada. Si ha de entenderse del segundo modo, la intervención carecería de eficacia precisamente en los casos en los que es mayor su necesidad; es decir, cuando hay negligencia en la actividad procesal de esa parte, o fraude o colusión con la parte contraria. Podría ser una de esas manifestaciones de ineficacia de la intervención adhesiva simple la de que el interviniente no pudiera recurrir una resolución –principalmente, la sentencia adversa- por consentirla la parte en cuya victoria procesal aquél está interesado.

Complementariamente debo decir que, en la LEC/2000, la justificación apuntada para atribuir al litisconsorte adhesivo simple la facultad de recurrir con independencia de la parte inicial, opera simplemente como *ratio iuris* de la norma correspondiente –la del art. 13.3, párrafo tercero-, no como un requisito que deba ser concretamente examinado con repercusión sobre la admisión a trámite del recurso del interviniente (como podría deducirse de López-Fragoso, págs. 2-211-2-212).

A diferencia de las facultades de este interviniente en caso de acto de disposición de la parte inicial a la que apoya, que legalmente se limitaban a evitar un perjuicio que debía hacerse valer, no hay rastro de este específico requisito para la admisión del recurso, ni sobre el modo de tratamiento procesal del mismo.

## **6. ¿Extensión de la cosa juzgada al interviniente?**

El punto de partida de esta breve –y reconozco que inconclusa- reflexión es un planteamiento impecable desde el punto de vista lógico: la cosa juzgada afecta –como regla general- a las partes del proceso (art. 222.3 LEC/2000); la intervención admitida implica que el interviniente “será considerado parte” (art. 13.3 LEC/2000); consecuentemente, la intervención determinaría que la cosa juzgada se extendiera a los intervinientes.

No obstante, la consideración de las posiciones legitimantes para las dos clases de intervención, conduce a dudar de que esa conclusión sea correcta, bien porque sus presupuestos son innecesarios, bien porque ella misma es excesiva.

En efecto, en el supuesto de legitimación para una intervención litisconsorcial, la extensión de la cosa juzgada a todos los titulares de la relación litigiosa, sin necesidad de que todos ellos fueran parte –a diferencia del supuesto de litisconsorcio necesario- venía establecida por la ley. Era la extensión de la cosa juzgada lo que justificaba la intervención, y no a la inversa.

Y en el supuesto de legitimación para intervención adhesiva simple la conclusión es del todo excesiva: el tercero interviniente no resulta afectado por la cosa juzgada, porque la relación de la que es titular no constituye objeto del proceso en el que interviene, por lo que difícilmente la cosa juzgada se puede proyectar sobre esa relación y su titular. La sentencia que se dicta en el proceso en que el tercero interviene no le afecta por la cosa juzgada, sino por el efecto colateral de la sentencia, en cuanto elemento influyente en la creación, modificación o extinción de la relación del tercero. Y esta afectación se produce, por cierto, con independencia de la intervención.

El efecto que tiene la intervención en procesos posteriores, que tengan por objeto la relación dependiente de la que el tercero es titular, o acciones de indemnización o de regreso, fundadas en las consecuencias desfavorables para el tercero de la sentencia del proceso en que se ha producido la intervención, es un efecto preclusivo de alegaciones de mala gestión procesal de la parte inicial del primer proceso o de incorrecta decisión del juez de ese mismo proceso (López-Fragoso [2001], págs. 2-212, 2-225-2-226; Garnica, pág. 200).

## **7. Intervención y régimen de la condena en costas**

Propio del estatuto de la parte es que ésta se halle expuesta, en los supuestos legales, a ser condenada a reembolsar a otras partes las costas originadas por su defensa procesal, así como ser, del mismo modo, acreedora a un reembolso de sus costas.

La LEC no ha regulado de modo general la incidencia de la intervención de terceros en la condena en costas, a pesar de que hay razones que hacen aconsejable una regulación que tome en consideración el diferente modo de adquirir la condición de parte -en virtud de la demanda inicial o mediante una solicitud judicialmente estimada de intervención-.

No obstante, los problemas que genera esta falta de regulación pueden ser, en buena medida, reducidos a un supuesto que concentra la insatisfacción por la solución que parece deducirse de la ley.

Veamos los diferentes supuestos:

1º) Aunque sea alterando el orden del desarrollo del proceso, pero para priorizar el supuesto normativamente más claro, si consideramos las costas que se producen en los recursos, el art. 398 LEC/2000 establece una regulación general y justa, incluso para los casos en que intervinientes participen en el recurso, porque, lo que la norma toma en cuenta para imponer las costas del recurso, es la decisión de interponer un recurso que ha sido plenamente desestimado. La norma es justa tanto si el interviniente es el recurrente, como si el interviniente ha sido recurrido –y acreedor de costas-,

porque la parte recurrente era conocedora del derecho del interviniente a defenderse en caso de recurso.

2º) En cuanto a la condena en las costas de la primera instancia, hay también un supuesto cuya solución no genera desacuerdos doctrinales y que cuenta, además, con la posibilidad de aplicación analógica de una norma expresa sobre condena en costas en un supuesto especial de intervención (art. 620.1, párrafo segundo LEC/2000: estimación de demanda de tercería de mejor derecho dirigida sólo frente al ejecutante, pero con intervención procesal del ejecutado). Se trata del supuesto de plena desestimación de la posición procesal (de actor o de demandado) apoyada por el interviniente, en el que procede condenar en costas, conjuntamente, a éste y a la correspondiente parte inicial (norma general de vencimiento –art. 394.1 LEC/2000- y aplicación analógica de art. 620.1, párrafo segundo).

3º) Si el interviniente permanece en el proceso manteniendo como litigiosas las pretensiones iniciales, por haberse rechazado actos dispositivos de una parte inicial o de las partes iniciales, se le deberán imponer las costas si es plenamente desestimada la posición procesal que el interviniente mantiene. Se llega a esta conclusión por también por aplicación analógica del art. 620 LEC/2000, que, a la condena en costas conjunta antes mencionada, le hace la justa salvedad de que “por haberse allanado el ejecutante, la tercería se hubiera sustanciado sólo con el ejecutado, en cuyo caso las costas se impondrán a éste en su totalidad”.

4º) Resta un supuesto como verdaderamente problemático. Si la posición procesal apoyada por el interviniente ha sido plenamente acogida por la sentencia, el principio del vencimiento (art. 394 LEC/2000) conduce a imponer a la parte cuya posición ha sido desestimada, no sólo las costas de la contraparte inicial, sino también las costas del interviniente. También la analogía con el art. 620.1 LEC/2000 fundamenta ahora la solución. Pero, frente a la misma, la doctrina se muestra insatisfecha (Samanes, pág. 139; Garnica, pág. 217; Quecedo, pág. 1808), entiendo que, principalmente, por la razón de que no fue la parte condenada en costas la que eligió traer al proceso como parte al interviniente, por lo que no es justo que tenga que pechar con el coste de la actividad procesal de éste.

## VII. A MODO DE EPÍLOGO: APLICACIÓN JUDICIAL DEL RÉGIMEN DE LA INTERVENCIÓN DE TERCEROS DE LA LEC/2000

Los objetivos perseguidos por una nueva ordenación legal pueden ser muy apreciables, puede estimarse acertada o criticable la técnica legislativa con la que esos objetivos han sido plasmados en las disposiciones, pero la efectividad de esa nueva ordenación siempre habrá que contrastarla en el banco de pruebas de su aplicación en la práctica forense, por los tribunales y los litigantes.

Aunque no pueda pretenderse conocer toda la experiencia aplicativa del régimen de la intervención de terceros de la LEC/2000, y, además, el breve tiempo de vigencia del texto legal aconseje una valoración prudente, no quisiera dejar de anotar las líneas interpretativas que se manifiestan con más fuerza.

En el fundamental asunto de la legitimación requerida para la intervención de tercero, creo detectar como preponderante una interpretación restrictiva, que conduciría a arrinconar la intervención adhesiva simple.

En este sentido –y limitándome a la formulación general de la doctrina, sin examinar si, en el caso concreto, la legitimación para una intervención adhesiva simple estaba bien rechazada- en las resoluciones de las Audiencias Provinciales (en adelante, AP) puede leerse:

1º) “Estima esta Sala que [...] debe reconducirse a sus propios y justos límites la intervención de terceros en un procedimiento civil iniciado y conducido por otros, y que el concepto de "interesado" no puede utilizarse de forma expansiva para justificar la intervención en el procedimiento de cualquiera que lo solicite con sólo aludir a su legítimo interés. En este sentido es pacífica la comprensión de que "interesado" lo serán aquellas personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto, quienes ostentarían por tanto una situación jurídica directamente afectada por la sentencia que se pronuncie. Es por ello que la jurisprudencia del Tribunal Supremo [...], ante la tradicional orfandad de la Ley Procesal (1881), ha venido admitiendo esta intervención voluntaria adhesiva que ahora se regula en el nuevo texto procesal, precisando que la misma viene determinada y justificada, esencial y fundamentalmente, por la circunstancia de que la sentencia única que, en cuanto al fondo del asunto propiamente dicho recaiga en el proceso entre partes originarias, *haya de producir efectos directos, que no reflejos, contra el interviniente* [cursiva mía], con la consiguiente vinculación de éste a la cosa juzgada” ( SAP Valladolid, Sección 1ª, 30 junio 2003, FJ 4º; y, en el mismo sentido, SAP Valladolid, Sección 1ª, 18 marzo 2004, FJ 3º, y Auto Juzgado Primera Instancia número 3 Santander, 21 septiembre 2004).

2º) “Se refiere el recurrente en esta alegación a la existencia de un efecto reflejo en su esfera por la sentencia que se pueda dictar en este juicio verbal, y si bien es cierto que una cierta jurisprudencia anterior a la LECiv 2000 aceptó la intervención adhesiva simple, es decir, en los casos de una afectación indirecta o refleja o prejudicial o indirecta ( TS 10 de junio de 1996, 18 de septiembre de 1998 y 19 de mayo de 1999), *el art. 13.1 LECiv, en línea con otra doctrina legal, ha optado por la necesidad de la concurrencia de un interés directo y legítimo para que se pueda admitir una intervención adhesiva* [cursiva mía], por lo que la intervención se ha de referir a los supuestos de cotitularidad en la relación jurídica, en los que no siendo preceptivo el litisconsorcio pasivo necesario, es abonado el interés directo en el pleito del tercero, que afirma la cotitularidad” (AAP Álava, Sección 1ª, 16 abril 2004, FJ 3º).

Sin embargo, también tiene reflejo en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales la tesis que estimo más correcta:

Así, el AAP Zaragoza, Sección 5ª, 4 julio 2002 sostiene que: “En todo caso, en la «Intervención Litisconsorcial», el tercero defiende un derecho propio, mientras que en la «Intervención adhesiva simple» el tercero defiende un interés legítimo y propio, pero a través de un derecho ajeno. Este comportamiento procesal para algunos permite hablar de «coadyuvante», mientras que otros rechazan ese calificativo” (FJ 2º). Pero, sigue la resolución, “lo que sí es preciso tener en cuenta es que el tercero a quien se dirige el art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (2000), y superando rigideces

doctrinales, es aquel que tiene un «interés directo y legítimo» en el resultado del pleito. Interés legítimo significa que ha de ser jurídico, es decir, no es suficiente un interés moral o de mero hecho. En cuanto al «interés directo» no debe confundirse con los efectos del procedimiento. Es decir, puede haber un interés directo en el resultado del procedimiento y, sin embargo, la sentencia sea sólo de efecto reflejo respecto al tercero. Y ello por dos razones fundamentales: una, ya expuesta, cual es que el interviniente adhesivo defiende un derecho ajeno porque un interés directo suyo está en juego y, la segunda, porque identificar interés en el pleito con efectos del pleito supondría eliminar de facto la figura del art. 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (intervención adhesiva) al confundirla con el «litisconsorcio necesario», figura que tiene su adecuado tratamiento en el art. 12-2 del mismo texto legal, ya que aquí si que se exige que la sentencia tenga efecto directo y no reflejo para poder hablar de litisconsorcio necesario” (FJ 3º).

En el tema de la notificación de la pendencia del proceso, no hay muestras de la aplicación del novedoso art. 150.2 LEC/2000, y, respecto de los supuestos de intervención provocada a instancia de parte, predomina la tendencia a una interpretación restrictiva de los supuestos de admisión.

Así, dice la SAP Guipúzcoa, Sección 1ª, 9 diciembre 2004 que “si bien es cierto que la regulación legal no permite conocer exactamente en qué supuestos se admite la intervención provocada, lo que sí se puede inferir del mencionado precepto es que se permite en aquellos supuestos de ley sustantiva y de ley procesal” (FJ 2º).

Y la SAP Cantabria, Sección 1ª, 1 octubre 2003: “Vistos los términos del artículo 14 y su regulación, «cuando la Ley permita», no cabe sino concluir que la LECiv permite a las partes para que llamen a un tercero en los supuestos tasados contemplados y regulados en el Código Civil ( LEG 1889, 27) y algunas Leyes especiales. No existe una posibilidad genérica ilimitada de intervención provocada a instancia del demandado, al permitirla la LECiv únicamente en los supuestos previstos legalmente en nuestro ordenamiento jurídico” (FJ 1º).

La tendencia restrictiva llega al punto de negar que sea procedente la analogía:

“No hay analogía posible cuando la LECiv (2000) es clara al exigir fundamento legal, no analógico, para la llamada” sostiene el Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 Bilbao, 11 mayo 2004, FJ 2º.

Aunque no deja de ser curioso que, en otra resolución del mismo Juzgado y Juez se diga que, como en algunos supuestos legalmente no previstos hay buenas razones para permitir esa llamada, “*si todas las partes litigantes están de acuerdo, no parece que el juzgado tenga que actuar con rigor excesivo* [cursiva mía] impidiendo que el obligado contractualmente a responder venga al procedimiento y litigue” (Auto del Juzgado de Primera Instancia número 3 Bilbao, 1 enero 2003, FJ 1º).

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- Banacloche Palao, J., en De la Oliva Santos, A., Díez-Picazo Jiménez, I., Vegas Torres, J., Banacloche Palao, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001
- Cedeño Hernán, M., *La tutela de los terceros frente al fraude procesal*, Editorial Comares, Granada, 1997
- Cordón Moreno, F., en Cordón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J., Tapia Fernández, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi Editorial, Elcano, 2001
- Cubillo López, I., *La comunicación procesal en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, EDERSA, Madrid, 2001
- De Lucchi López-Tapia, Y., *La tutela jurisdiccional civil de los intereses de consumidores y usuarios*, Edisofer S. L., Madrid, 2005
- Fairén Guillén, V., “Notas sobre la intervención principal en el proceso civil”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955
- Fernández López, M. A., en De la Oliva, A., Fernández López, M. A., *Derecho Procesal Civil*, I, Editorial CEURA, Madrid, 1995
- Garnica Martín, J. F., en Fernández-Ballesteros López, M. A., Rifá Soler, J. M., Valls Gombáu, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Iurgium Editores-Atelier, Barcelona, 2001
- Gascón Inchausti, F., en Banacloche Palao, J., Gascón Inchausti, F., Gutiérrez Berlinches, A., Vallines García, E., *El tratamiento de las cuestiones procesales y la audiencia previa en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005
- González Cano, M. I., *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997
- Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, P., en Cordón Moreno, F., Armenta Deu, T., Muerza Esparza, J. J., Tapia Fernández, I., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, I, Aranzadi Editorial, Elcano, 2001
- Gutiérrez de Cabiedes e Hidalgo de Caviedes, P., *La tutela jurisdiccional de los intereses supraindividuales: colectivos y difusos*, Aranzadi, 1999
- López-Fragoso Álvarez, T., en Gimeno Sendra, V., Asencio Mellado, J. M., López-Fragoso Álvarez, T., Ortells Ramos, M., Pedraz Penalba, E., *Proceso Civil Práctico*, Tomo I, La Ley, Madrid, 2001, actualizado a enero 2005
- López-Fragoso Álvarez, T., *La intervención de terceros a instancia de parte en el proceso civil español*, Marcial Pons, Madrid, 1990
- Málaga Diéguez, F., *La litispendencia*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1999
- Ortells Ramos, M., *Derecho procesal civil*, con Juan Sánchez, R., Bonet Navarro, J., Bellido Penadés, R., Cucarella Galiana, L., Martín Pastor, J., Aranzadi Editorial, Pamplona, 2000
- Ortells Ramos, M., *Derecho procesal civil*, con Mascarell Navarro, M. J., Cámara Ruiz, J., Juan Sánchez, R., Bonet Navarro, J., Bellido Penadés, R., Cucarella Galiana, L., Martín Pastor, J., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2004
- Parra Quijano, J., *La intervención de terceros en el proceso civil*, Depalma, Buenos Aires, 1986
- Prieto-Castro Ferrándiz, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil, Proceso declarativo y proceso de ejecución*, Tomo I, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1982
- Quecedo Aracil, P., en Fernández-Ballesteros López, M. A., Rifá Soler, J. M., Valls Gombáu, J. F., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, II, Iurgium Editores-Atelier, Barcelona, 2001
- Samanes Ara, C., *Las partes en el proceso civil*, La Ley, Madrid, 2000
- Serra Domínguez, M., “Intervención de terceros en el proceso”, en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, 1969

## JURISDICCIÓN CONCURSAL ¿CUÁNTA Y DE QUÉ CLASE?

### UNA REFLEXIÓN SOBRE EL ÁMBITO Y LAS CARACTERÍSTICAS DE LA JURISDICCIÓN EN EL NUEVO DERECHO CONCURSAL ESPAÑOL(\*)

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal.  
Universidad de Valencia

#### SUMARIO

##### I. INTRODUCCIÓN

1. Las cuestiones a tratar
2. La complejidad de los derechos e intereses implicados en situaciones de crisis empresarial y de insolvencia: su influencia sobre la configuración de la jurisdicción

##### II. ¿CUÁNTA JURISDICCIÓN?

1. La exclusividad de la jurisdicción en la Constitución española y las potestades de los tribunales en situaciones de crisis empresarial y de insolvencia en Derecho español
  - A) La potestad constitucionalmente exclusiva de los tribunales y las potestades no jurisdiccionales de los mismos
  - B) Las potestades de los tribunales en situaciones para- y pre-concursales y en situaciones concursales en Derecho español
    - a) *Actuación esporádica de los tribunales en situaciones de para- y pre-concursalidad*
    - b) *El estado de concurso y el monopolio judicial de su declaración*
      - a') *Declaración de concurso voluntario: ¿Acto de jurisdicción voluntaria?*
      - b') *El ámbito de la jurisdicción para hacer efectivas las consecuencias del concurso declarado*
2. Ámbito y límites de la autonomía privada en la solución de situaciones de crisis empresarial y de insolvencia
  - A) Los convenios pre-concursales en Derecho español
  - B) Ámbito de la autonomía de los interesados en el convenio concursal y potestades del juez respecto del mismo
3. El interés público económico y las potestades de la administración pública en las situaciones de crisis empresarial y de insolvencia
  - A) Estado de concurso y protección de los intereses públicos económicos
  - B) Protección de los intereses públicos económicos fuera del estado de concurso
    - a) *Actuaciones estrictamente independientes del estado de concurso*
    - b) *Actuaciones que excluyen temporalmente la declaración de concurso*
4. Funciones de los órganos auxiliares del juez del concurso y alcance del control jurisdiccional del ejercicio de aquellas

##### III. ¿QUÉ CLASE DE JURISDICCIÓN?

1. La especialización de los tribunales competentes para el procedimiento concursal
2. La extensión de la competencia objetiva de los tribunales competentes para el concurso
  - A) Competencias en asuntos en que se insta tutela judicial declarativa
  - B) Competencia en asuntos de tutela judicial ejecutiva

---

(\*) Ponencia invitada presentada en *I Congreso Iberoamericano de Derecho concursal*, celebrado en Barranquilla, Colombia, 12 de octubre a 14 de octubre 2005. 13 de octubre: Módulo jurisdicción concursal. Conferencia por invitación.

Pendiente publicación en Estudios en Homenaje Serra Domínguez.

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. Las cuestiones a tratar

Una reflexión sobre la jurisdicción concursal debe ser prudentemente precedida del establecimiento de unos límites para tratar un tema tan desbordante.

Específicamente mi reflexión quedará enmarcada por dos cuestiones y por una referencia normativa precisa.

La primera cuestión –que he enunciado, simple y llanamente, como ¿cuánta jurisdicción?- versa sobre cuál es –aunque será inevitable algún apunte sobre cual debe ser- la presencia de los tribunales y de sus potestades en la solución de las situaciones de crisis empresarial y de insolvencia. Obviamente, esta cuestión involucra también, como contraposición, un análisis de los ámbitos en que, para la solución de aquellas situaciones, el ordenamiento reconoce la validez y eficacia del libre ejercicio de la voluntad de los sujetos afectados o atribuye a poderes públicos no jurisdiccionales potestades de intervención en empresas.

Esta primera cuestión concita una atención generalizada en la ciencia jurídica europea sobre la materia en estudio,<sup>1</sup> y, específicamente, en la doctrina española.<sup>2</sup>

La segunda cuestión –es decir: ¿qué clase de jurisdicción?- nos sitúa ante problemas básicos de organización y de régimen de la competencia de los tribunales que han de conocer de los procedimientos concursales, y ha suscitado un notable interés en la reciente reforma del Derecho concursal español.<sup>3</sup>

Resta, por fin, concretar la advertencia de que estas dos cuestiones serán tratadas en relación con el nuevo Derecho concursal español, resultado de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y de la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, que llevan poco más de un año en vigor.

---

<sup>1</sup> Una perspectiva histórica en BONSIGNORI, “Il fallimento”, págs. 14-47; diversos apuntes sobre el ámbito de la jurisdicción en JORIO, “Soluzioni giudiziali”, págs. 469-470; FRASCAROLI, “L’autonomia privata nei progetti di riforma fallimentare”, págs. 169-170; NIGRO, “Los problemas fundamentales del Derecho concursal”, págs. 351-355; CAMPANA, “L’impresa in crisi”, págs. 108-109.

<sup>2</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, “Sobre la preconcursalidad”, págs. 24-26; ROJO, “La reforma del Derecho concursal español”, págs. 101-102; BELTRÁN, “El problema del coste del concurso”, pág. 325.

<sup>3</sup> Sin perjuicio de la bibliografía que después veremos, considérese, en principio, ROJO, “La reforma del Derecho concursal español”, págs. 118-122; ILLESCAS ORTIZ, “Relazione”, pág. 195; CONSEJO GENERAL DEL PODER GENERAL, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley Concursal”, págs. 373-374.

## **2. La complejidad de los derechos e intereses implicados en situaciones de crisis empresarial y de insolvencia: su influencia sobre la configuración de la jurisdicción**

Otra consideración general, que ha de encabezar estas reflexiones, es la de la incidencia que tiene en el régimen de la jurisdicción la diversidad de derechos y de intereses jurídicos que resultan afectados en situaciones de crisis empresarial o de insolvencia.

De entrada, están los derechos de los acreedores, consistentes en una relación estrictamente jurídico-privada con el deudor común.

No obstante, ya entre los derechos de crédito, aparece la peculiaridad de algunos que se fundan en intereses públicos y que han sido constituidos mediante el ejercicio de potestades públicas, como son los de naturaleza tributaria y los destinados a la financiación de sistemas públicos de previsión social.

Pero, las situaciones de crisis o de insolvencia, en particular cuando se producen en empresas, afectan a otros derechos e intereses jurídicos.

Los trabajadores, que, por una parte, son acreedores -aunque la relación jurídica de la que nacen sus derechos de crédito se halla sometida a un Derecho inspirado en principios diferentes a los que informan el Derecho privado-, ostentan también una legítima expectativa en la conservación de su puesto de trabajo, expectativa que puede coincidir con el interés público en mantener determinados niveles de ocupación.

La creación y conservación de un tejido empresarial, integrado por empresas eficientemente interrelacionadas, puede corresponder a una concepción del interés público económico, concepción que puede hallarse legitimada a través de los medios democráticos de elección de los titulares de los poderes legislativo y ejecutivo. Como consecuencia pueden ser atribuidas a las Administraciones públicas potestades de intervención en empresas en crisis destinadas a salvar a aquéllas que se consideren importantes según los criterios de política económica imperantes.

En fin, la prestación de servicios al público o el abastecimiento público de determinados bienes pueden resultar esencialmente comprometidos por situaciones de crisis empresarial, que, de ese modo, dejan también de ser ajenas al interés público.

Superado el predominio inicial de la consideración de los derechos de los acreedores frente al deudor común, la evolución de los modelos de tratamiento de las situaciones de crisis empresarial y de insolvencia ha estado presidida por el progresivo descubrimiento y reconocimiento de esa pluralidad de derechos e intereses en juego y por las diferentes opciones sobre la prioridad de la tutela de unos y de otros, y sobre la medida de esa tutela.<sup>4</sup> Esas opciones constituyen, además, el problema esencial de cualquier reforma concursal.<sup>5</sup>

---

<sup>4</sup> Véase, principalmente, el cuidadoso análisis histórico de BONSIGNORI, “Il fallimento”, págs. 10-47. También pueden verse unos apuntes en HERNÁNDEZ MARTÍ, *Suspensión de pagos*, págs. 68-69.

<sup>5</sup> RAGUSA MAGGIORE, “Linee generali”, pág. 14; VICENT CHULIÁ, *Introducción*, pág. 740.

Esta evolución de las opciones de tutela de los derechos e intereses en presencia se produce, actualmente, de modo notablemente acelerado. Por ejemplo, en 1986 Bonsignori hacía notar la “inadecuación de la quiebra en si misma a la realidad económica del actual estadio avanzado del capitalismo, caracterizado por una intervención cada vez más acentuada del Estado y de los sindicatos en el gobierno de una economía, originariamente de mercado”.<sup>6</sup> Por el contrario, en 1997, Vicent Chuliá fustigaba soluciones interinas aplicadas para las crisis empresariales que, en su opinión, condujeron a que la sociedad española (y la europea) tengan que “lamentar el grado de arbitristo que de este modo ha inspirado la reasignación de los recursos en los últimos años, con desprecio de las leyes del mercado. Fenómeno que choca con la actual “desregulación” y vuelta a los principios y mecanismos del Derecho privado”.<sup>7</sup> Y, en 2002, J. M. Campana, tras analizar las opciones básicas y los instrumentos a su servicio en las leyes francesas de 1985 y de 1994, hacía notar que, en la relación que puede ser establecida entre Derecho de empresas en crisis y condiciones de la competencia, la ley de 1994 respondía a una inspiración más liberal que la de la ley de 1985, porque aquélla facilita, reflejando una concepción más severa de la competencia, la eliminación de las empresas quebradas; para concluir –apuntando una previsible evolución- preguntándose si esa opción no irá en detrimento del equilibrio social y del trabajo.<sup>8</sup>

Desde nuestra perspectiva, las consideraciones precedentes persiguen solamente resaltar la influencia que la diversidad de derechos e intereses en juego y de las opciones sobre la prioridad y la medida de su protección tienen sobre el régimen de la jurisdicción –tanto como órgano, como en cuanto potestad- en situaciones de crisis empresarial y de insolvencia.

De entrada, la ampliación o la restricción de la autonomía de la voluntad condiciona esencialmente la posibilidad de soluciones autocompositivas –e, incluso, autotutelares- de las situaciones mencionadas.

A continuación, si puede reconocerse la existencia de intereses públicos, el ordenamiento puede atribuir a las Administraciones públicas diversas potestades de actuación, que desplazarán, al menos en un primer momento, el ejercicio de la potestad jurisdiccional, como potestad exclusiva de los tribunales.

En fin, los diversos derechos e intereses jurídicos implicados tienen prevista su protección en normas de igualmente diversos sectores del ordenamiento, que además, frecuentemente, sirven como referencia para atribuir la competencia a tribunales especializados o especiales dentro de una organización judicial. En las situaciones de crisis empresarial y de insolvencia aquellos derechos e intereses se entremezclan en una realidad unitaria, lo que justifica poner en cuestión las opciones de organización judicial que acabo de mencionar.

---

<sup>6</sup> BONSIGNORI, “Il fallimento”, pág. 10.

<sup>7</sup> VICENT CHULIÁ, *Introducción*, págs. 743-744.

<sup>8</sup> Véase el artículo completo en CAMPANA, “L’impresa in crisi”, págs. 93-133; las observaciones que he resaltado corresponden a las págs. 131-133.

## II. ¿CUÁNTA JURISDICCIÓN?

La atribución a los órganos jurisdiccionales de potestades que incidan en la solución de situaciones de crisis empresarial y de insolvencia es un tema que debe ser analizado teniendo presentes, de entrada, dos consideraciones:

1ª) La pluralidad, así como la muy diversa naturaleza, de las actuaciones cuya realización suelen prever las leyes para la solución de aquellas situaciones.

Sintéticamente, entre estas heterogéneas actuaciones se hallan –separada o conjuntamente- los acuerdos unánimes o mayoritarios de renegociación de la deuda entre deudor y acreedores, la financiación pública de empresas en crisis –mediante subvenciones, concesión de créditos por el sistema público financiero, beneficios fiscales-, las modificaciones colectivas de las relaciones laborales, la suspensión de actuaciones de ejecución singular sobre el patrimonio del deudor, la privación al deudor de sus facultades de administración o la sujeción de las mismas a intervención, la precisa determinación del pasivo exigible y del activo responsable; en fin, la realización forzosa para pago a los acreedores de los bienes y derechos integrantes del activo.

2ª) La existencia en el ordenamiento de una norma de rango constitucional que reserve en exclusiva a los órganos jurisdiccionales una potestad específica, la llamada potestad jurisdiccional. La existencia de esta norma limita la libertad de configuración normativa del legislador ordinario, que no puede legítimamente atribuir más que a los jueces la realización de actividades que requieran ejercicio de aquella potestad.

Si no existe el condicionamiento constitucional mencionado, o una vez cumplidas sus exigencias, las leyes también pueden atribuir a órganos jurisdiccionales potestades que incidan en situaciones de crisis empresarial y de insolvencia, pero esta decisión del legislador depende de razones de política jurídica, criticables con mayor libertad, y, ciertamente, no significa intervención de la jurisdicción en aquellas situaciones, sino solamente intervención de los jueces con potestades distintas a la jurisdiccional.

Por otra parte, aun presupuesta la existencia –y el respeto- a la norma constitucional de exclusividad de la jurisdicción, puede ser procedente que, por la naturaleza de los derechos e intereses afectados por las situaciones de crisis o de insolvencia, el ordenamiento permita e incluso fomente una solución a la que se llegue mediante la autonomía de la voluntad de los interesados o establezca potestades administrativas de diversa calidad destinadas a solventar aquellas situaciones.

Entremos ahora a examinar cómo el nuevo Derecho concursal español ha resuelto estas cuestiones sobre el ámbito de la jurisdicción en materia concursal, habida cuenta de los condicionamientos constitucionales a los que se halla sometido.

## **1. La exclusividad de la jurisdicción en la Constitución española y las potestades de los tribunales en situaciones de crisis empresarial y de insolvencia en Derecho español**

### ***A) La potestad constitucionalmente exclusiva de los tribunales y las potestades no jurisdiccionales de los mismos***

El art. 117.3 de la Constitución Española (en adelante: CE) dispone que: “El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de proceso, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan”.

Esta norma, que forma parte de una Constitución rígida y protegida por un sistema de control de constitucionalidad de las leyes por un tribunal especial –el Tribunal Constitucional (en adelante: TC)-, acota la legítima libertad del legislador ordinario para atribuir la que llama potestad jurisdiccional.<sup>9</sup>

Aunque es evidente que la norma determina la inconstitucionalidad de toda ley que atribuya potestad jurisdiccional a órganos que no respondan a los requisitos constitucionales de un órgano jurisdiccional –y, efectivamente, la CE los establece con suficiente precisión-, deja abierta la ardua tarea de establecer en qué consiste esa potestad exclusiva, y ello no sólo por las exigencias del propio art. 117.3 CE. En efecto, el art. 117.4 CE también autoriza que los tribunales ejerzan potestades distintas a la jurisdiccional, siempre que “expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho”, lo que hace imprescindible distinguir, de una parte, las potestades que un tribunal ejerce por simple atribución legal, y, de otra, la potestad que las leyes también le atribuyen, pero porque le está constitucionalmente reservada.

Sintéticamente, la determinación de las características específicas de la potestad jurisdiccional pasa por constatar lo siguiente:

1º) De entrada, esa potestad se caracteriza porque, mediante la misma, se cumple una función, que, en la versión más omnicompreensiva, puede describirse como función de actuación del Derecho objetivo en casos concretos, entendiendo por tal la realización de las reacciones previstas por el ordenamiento para los casos en que un comportamiento no se ha ajustado a la norma o existe peligro de que no se ajuste.

2º) Esa potestad calificada por su función coincide, sin embargo, con potestades legítimamente atribuidas a las Administraciones públicas en ordenamientos del sistema europeo continental o sistema administrativo, como es el caso del Derecho español. No obstante, esa coincidencia puede ser superada con el criterio adicional de la producción de cosa juzgada, que tiene una indudable base constitucional. En efecto, aunque la Administración también pueda “actuar el Derecho”, sólo los tribunales pueden actuarlo de modo definitivo e irrevocable, y en eso consistiría lo específico de la potestad que sólo a ellos les puede ser atribuida con respeto a la Constitución.

---

<sup>9</sup> ORTELLS RAMOS, *Introducción*, pág. 11-96; ORTELLS RAMOS, “Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional”, págs. 413-458.

3º) Es también cierto que la CE tiene elementos que conducen a entender que la misma no sólo reserva a los tribunales la potestad de “decir la última palabra” en la actuación del Derecho en un caso concreto, sino también, en alguna medida, la potestad de “decir la primera y única palabra”. En efecto, cuando el art. 117.3 CE dice que la potestad jurisdiccional se ejercita “juzgando”, el término “juzgar” tiene el significado específico de juicio que se proyecta sobre relaciones jurídicas ajenas al que juzga. Eso distingue esta potestad de las potestades de actuación del Derecho que pueden serle atribuidas a la Administración pública. Estas potestades tienen como presupuesto que la Administración se halle habilitada para actuar -con reglamentos, controles, autorizaciones, etc.- en servicio de los intereses generales, de modo que, complementariamente y para la mayor eficacia de la actividad administrativa, es investida de potestades de actuar el Derecho venciendo las resistencias que opongan los sujetos, sin perjuicio de un ulterior control jurisdiccional. No es una potestad jurisdiccional de actuar el Derecho, y no sólo porque no produce cosa juzgada, sino, previamente a eso, porque la Administración actúa el Derecho no desde una posición de tercero ajeno a la controversia, sino con autotutela, protegiendo ella misma el interés general que tiene el encargo de servir con su actividad.

4º) No obstante la última consideración, hay que reconocer el predominio práctico de la opinión de que el efecto de cosa juzgada es la característica distintiva de la potestad jurisdiccional. Hablo de predominio “práctico” de esa concepción, porque no se manifiesta en que la teoría jurídica se limite a la misma para identificar la potestad jurisdiccional y rechace la trascendencia de la posición de heterotutela o - como la llama, con acierto, De la Oliva- “desinterés objetivo”. En cambio, ese predominio sí que se percibe en la continuada subsistencia de antiguos supuestos de funciones parajudiciales de la Administración pública, en la introducción de nuevos supuestos y en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional, muy inclinada - cuando ha tenido oportunidad de expresarse sobre esto-<sup>10</sup> por el carácter decisivo del criterio de la cosa juzgada. Esta tendencia ha tenido, incluso, su específica proyección sobre la materia concursal, como veremos después al considerar la STC 4/1988, de 21 de enero.

A lo anterior hay que añadir que, si un tribunal ha “juzgado”, la potestad de ejecutar lo juzgado le corresponde también en exclusiva. No obstante, esto no ha sido obstáculo para, en el régimen de la ejecución singular, atribuir funciones a un auxiliar del juez, el secretario judicial, con arreglo al criterio de que al juez le son atribuidas las decisiones básicas de la ejecución, mientras que al secretario se le atribuyen otras funciones necesarias y, además, con sujeción a ulterior control judicial (art. 456.3, a, Ley Orgánica del Poder Judicial [en adelante: LOPJ]; art. 545.4 Ley de Enjuiciamiento Civil [en adelante: LEC]). Este mismo criterio puede aplicarse con seguridad para entender que es constitucionalmente legítimo atribuir funciones necesarias para el cumplimiento de resoluciones judiciales a otros auxiliares y colaboradores de los jueces.

---

<sup>10</sup> Véanse, en el sentido que se indica en el texto, la STC 80/1983, de 10 de octubre, la STC 121/1992, de 28 de septiembre -y, como contraste a la doctrina que predomina en esta sentencia y otras, el lúcido voto particular del Magistrado Gabaldón López-, y la STC 146/1996, de 19 de septiembre.

***B) Las potestades de los tribunales en situaciones para- y pre-concursales y en situaciones concursales en Derecho español***

El examen de las potestades de los tribunales, de si la atribución y el alcance de las mismas respetan los condicionamientos constitucionales que acabo de exponer, y, en fin, alguna reflexión sobre el margen que el condicionamiento constitucional concede para una modificación del régimen de esta materia -si se considera conveniente para una mayor eficacia-, requiere distinguir las dos clases de situaciones que inmediatamente pasamos a considerar.

*a) Actuación esporádica de los tribunales en situaciones de para- y pre-concursalidad*

De entrada debe decirse que el nuevo Derecho concursal español no regula específicamente una situación de pre-concursalidad, y, consiguientemente, tampoco se suscita –al menos en el plano jurídico-positivo- el problema de si los tribunales han de intervenir en la misma y de qué modo.

Lo anterior no significa, como es obvio, ni que el ordenamiento desconozca la regulación de actuaciones específicas para situaciones de crisis empresarial, ni –menos aún- que los sujetos jurídicos no puedan, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y dentro de los límites generales del ordenamiento, realizar actuaciones destinadas a evitar la agravación de la crisis y, en todo caso, a defender los intereses propios o cuya protección tengan encomendada,

Así, y por lo que se refiere a las relaciones entre acreedores y deudor, el ordenamiento deja abierta, en principio, como solución autocompositiva, una posibilidad de renegociación de la deuda que permita la debida asunción de ésta. Esta posibilidad puede tener límites jurídicos si rigen, aunque sea para una parte de los créditos, normas de irrenunciabilidad, pero esto no es obstáculo si la renegociación tiene presente el objetivo de atender puntualmente el pago de esos créditos, excluyendo, por consiguiente, la necesidad de requerir renunciaciones y aplazamientos prohibidos por normas imperativas.

Las Administraciones públicas están habilitadas por el ordenamiento que rige su intervención en la economía para actuaciones que contribuyan a la salvación de empresas en crisis con diversas técnicas: subvenciones, concesión de créditos por el sector público financiero, beneficios fiscales, que, normalmente, irán acompañadas de la aceptación por parte de la propiedad de la empresa de la supervisión, la intervención de la administración o, incluso, de participación en ésta por las entidades que gestionan los recursos públicos destinados a la salvación de la empresa.

En fin, la reciproca influencia que puede existir entre las situaciones de crisis empresarial y las relaciones laborales, es tomada en consideración por el Derecho laboral general –es decir, sin considerar, ahora, el régimen especial de las situaciones de reconversión industrial-, que provee diversas técnicas de solución: modificación geográfica o funcional de la prestación laboral, suspensión o extinción colectivas de

contratos de trabajo, que, según los casos, pueden ser decididas por el propio empresario o precisar autorización administrativa.<sup>11</sup>

En relación con estas actuaciones y con las consecuencias a las que conducen, los tribunales pueden ejercer su potestad jurisdiccional, pero con arreglo al régimen ordinario de la tutela judicial de derechos e intereses legítimos. En los supuestos previstos por ese régimen los interesados tendrán derecho a acceder a los tribunales del orden jurisdiccional civil; en su caso, a los del orden penal; a los tribunales del orden social en materias propias de su competencia, y a los del orden contencioso-administrativo si se trata del control de previas actuaciones administrativas.

Sin embargo, como ya he apuntado, la LCon no ha previsto una situación de pre-concursalidad, que permita acudir a los tribunales para instar de los mismos una actuación específica para el tratamiento de aquella situación. Esta opción ha sido criticada por la doctrina española y, desde la perspectiva de diversos ordenamientos europeos, se expresan opiniones favorables a una previsión normativa específica de esas situaciones. Consideraremos la cuestión en el siguiente apartado 2.

Lo más próximo a un tratamiento jurídico coordinado de las situaciones de para- o de pre-concursalidad es el régimen de liquidación de entidades aseguradoras por el Consorcio de Compensación de Seguros, que incluye la suspensión de ejecuciones singulares, la demora de la declaración de concurso y el monopolio por el Consorcio de Compensación de Seguros, durante un plazo de tiempo, de la legitimación para instar declaración de concurso. Además, las principales potestades que se ejercen en estas actuaciones no se hallan atribuidas a los tribunales. Volveremos sobre esto en el apartado 3, porque esa regulación representa el límite más extremo al que se llega en Derecho español de intervención de la Administración pública en la solución de situaciones de crisis empresarial y de insolvencia, que incluso ha dado lugar a un pronunciamiento del TC sobre la conformidad a Constitución.

#### *b) El estado de concurso y el monopolio judicial de su declaración*

A diferencia de las actuaciones aisladas y muchas de carácter informal, la LCon regula el estado de concurso como actuación de conjunto sobre el patrimonio del deudor, sobre sus facultades de administración y de disposición y sobre las relaciones de aquél con otros sujetos jurídicos, actuación dirigida a posibilitar una satisfacción ordenada y justa de los derechos e intereses afectados por una situación de crisis empresarial o de insolvencia.

En la LCon –que no introduce en esto cambios en la tradición española– es monopolio de los jueces la declaración de concurso (arts. 14, 20 y 21 LCon), así como las resoluciones que inciden en la extinción (art. 176 LCon) y en la reapertura de un concurso anterior (art. 179 LCon). A pesar de la asentada terminología de declaración de concurso, la doctrina española concuerda en que nos hallamos ante una resolución de naturaleza constitutiva, que altera, de acuerdo con las previsiones normativas, las

---

<sup>11</sup> RÍOS SALMERÓN, “La Ley Concursal y los trabajadores por cuenta ajena”, págs. 133-135.

facultades del deudor y sus relaciones jurídicas con otros sujetos, y, consiguientemente, también las relaciones jurídicas de estos.<sup>12</sup>

La constitución del estado de concurso desencadena, de manera más o menos directa, una verdadera constelación de consecuencias jurídicas:

1ª) En el plano normativo –por lo tanto, sin perjuicio de las actuaciones para la aplicación de ese régimen- introduce modificaciones en la posición jurídica del deudor (por ejemplo, en las condiciones de ejercicio de algunos derechos fundamentales -art. 1 LORC, art. 41 LCon-, en su derecho a percibir alimentos -art. 47.1 LCon-), en las relaciones del mismo con los acreedores (efectos sobre el régimen jurídico-material de los créditos, además de una regulación, precisamente aplicable en esta circunstancia, de la calidad de los créditos a efectos de su satisfacción –arts. 49, 58-60, 84 LCon-), con sus contrapartes contractuales (modificaciones en el régimen jurídico-material de contratos con prestaciones recíprocas –arts. 61-70 LCon-) y con titulares de otros derechos frente al deudor. Esas modificaciones afectan tanto a las relaciones jurídico-materiales, como al desarrollo y efectos de los procesos declarativos (inadmisión de nuevas demandas –art. 50 LCon-, modificaciones en las partes en procesos pendientes -art. 51 LCon- y/o acumulación de los mismos –art. 51 LCon-), y de los procedimientos arbitrales (continuación con modificaciones en las partes –art. 52.2 LCon-) en los que el deudor sea o pueda ser parte. Los procesos de ejecución singulares quedan excluidos por regla general (art. 55 LCon), y pueden ser temporalmente suspendidos los que tengan por objeto garantías reales (arts. 56-57 LCon).

2ª) En la misma resolución son impuestas restricciones de diverso alcance sobre las facultades de administración y de disposición del deudor y son designadas personas a las que se encarga la gestión del patrimonio de aquél –o la intervención de esa gestión- con objetividad y con arreglo a criterios técnicos adecuados.

3ª) Deben ser practicadas actuaciones para la precisa determinación del pasivo y del activo.

4ª) Debe procederse a la satisfacción de los derechos de los acreedores, bien sea mediante un convenio que nova las relaciones de aquellos con el deudor, bien sea mediante la realización forzosa del activo y el pago.

5ª) Impone, bajo ciertos presupuestos, apreciar en qué medida la conducta del deudor ha sido la causa de la situación de crisis o de insolvencia, para establecer contra él, si se entiende que concurre culpabilidad, consecuencias desfavorables de diferente calidad.

Dicho esto, hay que enlazar, de nuevo, con nuestro objetivo, que es el de precisar el ámbito de la jurisdicción en la LCon. Y eso, en este momento, impone la consideración de estas dos cuestiones:

---

<sup>12</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, “Aproximación al proceso de declaración de quiebra”, págs. 461 y sigs.; VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico*, pág. 855; PEITEADO MARISCAL, *La declaración de concurso*, pág. 207; RIFÁ SOLER, *Derecho Concursal*, pág. 136, entre muchos otros.

1ª) Si la declaración de concurso, además de ser monopolio de los jueces, consiste en ejercicio de potestad jurisdiccional en todo caso.

2ª) Si una vez declarado el concurso –mejor: constituido el estado de concurso-, las consecuencias jurídicas que derivan requieren todas ellas de ejercicio de potestad jurisdiccional para ser efectivas.

a') Declaración de concurso voluntario: ¿Acto de jurisdicción voluntaria?

La razón básica que permite, como mínimo, dudar con fundamento acerca de si la declaración de concurso voluntario es un acto de jurisdicción voluntaria –que, obviamente, no es el adjetivo que se aplica a este modo de declaración de concurso- viene dada por el diferente tratamiento al que la LCon somete el concurso voluntario frente al necesario, en cuanto a la controversia entre partes como supuesto que hace precedente el pronunciamiento del juez.

Contrastado lo anterior con algunos criterios que la doctrina ha considerado distintivos de la jurisdicción voluntaria, podría llegarse a la apuntada conclusión sobre la naturaleza jurídica del concurso voluntario, cuya consecuencia más notable sería la libertad del legislador ordinario para sustraer, en este caso, de los órganos jurisdiccionales la competencia para la declaración de concurso, sin incurrir, por ello, en inconstitucionalidad.

Para la LCon “el concurso de acreedores tendrá la consideración de voluntario cuando la primera de las solicitudes presentadas hubiera sido la del propio deudor. En los demás casos, el concurso se considerará necesario”. Aparte de algunas diferencias en las consecuencias jurídicas que forman parte del estado de concurso, importa destacar, ahora, que, así como la solicitud de concurso formulada por un acreedor u otros legitimados (art. 7 LCon) ha de ser resuelta previa contradicción con el deudor (arts. 15, 18, 19 y 20 LCon), la solicitud de declaración de concurso presentada por el deudor, no sólo no ha de ser formulada frente a acreedores determinados y otros legitimados pasivos (art. 6 LCon),<sup>13</sup> sino que la LCon tampoco contiene ninguna previsión expresa de llamamiento de quienes serán afectados en sus derechos e intereses legítimos por la resolución solicitada, para que tengan una oportunidad de contradicción previa a la emisión de la misma, ni previsiones de una oposición posterior al dictado de la resolución.

Es cierto que los criterios ensayados para distinguir los actos de jurisdicción voluntaria de los procesos en que se ejercita potestad jurisdiccional son muy variados y no siempre seguros, pero, desde el punto de vista de algunos criterios que han hecho fortuna, podría entenderse que al declarar de concurso a instancia del deudor, el juez está ejerciendo jurisdicción voluntaria.

Así, para la antigua –y, en esta materia, todavía vigente- LEC de 1881, lo que caracteriza la jurisdicción voluntaria es la ausencia de controversia al plantearse el asunto. Dice el art. 1811 LEC/1881 que: “Se considerarán actos de jurisdicción

---

<sup>13</sup> En realidad, si se atiende al art. 7 LCon, tampoco la solicitud de los acreedores o de otro legitimado ha de ser formalmente propuesta frente al deudor, aunque es obvio que éste deberá ser identificado, ni menos aún frente a otros acreedores y legitimados que vayan a ser afectados por la resolución instada.

voluntaria todos aquellos en que sea necesaria, o se solicite la intervención del Juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas”.

Y estos elementos concurren en el caso del concurso voluntario: petición unilateral dirigida por el deudor al juez del concurso; la forma de plantear el asunto no revela la existencia de una controversia, y, consiguientemente, no se manifiestan las dos posiciones de parte procesal, porque el solicitante no pretende el pronunciamiento de un tercero (el juez), frente a otro u otros sujetos jurídicos.

Esta tesis sobre la naturaleza jurídica del concurso voluntario no ha sido, sin embargo, sostenida por la doctrina española, ni respecto de la quiebra voluntaria de la antigua legislación, que también desconocía el planteamiento contradictorio de la petición, ni respecto del actual concurso voluntario.

Comparto esa opinión, pero es conveniente alguna reflexión sobre las razones que deben fundarla y, a continuación, afrontar los problemas que genera la defectuosa regulación de la contradicción en la declaración de concurso voluntario.

En cuanto a las razones, entiendo, en primer lugar, que si la declaración de concurso necesario tiene los mismos efectos jurídicos que la de concurso voluntario, les corresponde identidad de naturaleza jurídica. En ambos casos lo que se produce es una modificación, de acuerdo con lo normativamente previsto para el estado de concurso y por las causas legales que autorizan a constituir ese estado, de la posición jurídica del deudor en cuanto al disfrute de algunos derechos fundamentales y de las relaciones jurídicas del concursado con otros sujetos –y de estos con él-: con sus acreedores, con sus contrapartes contractuales, así como también de las relaciones procesales en las que el deudor se halle o pueda hallarse en el futuro mientras el concurso subsista.<sup>14</sup>

La segunda razón tiene que ver con una diferencia entre la declaración de concurso voluntario y la declaración de concurso necesario que, a poco que se reflexione, sólo es aparente: en el caso del concurso necesario sí que se reconocería el presupuesto de una situación de controversia, porque la solicitud, aunque formalmente no se halle dirigida frente al deudor, le ha de ser trasladada, para que sea resuelta previa contradicción con el mismo. Ahora bien, no es sólo el deudor el que puede hallarse en situación de controversia con el acreedor u otro legitimado que inste la declaración de concurso, sino también otros acreedores y otros sujetos jurídicos relacionados con el deudor y que serán directamente afectados en sus derechos e intereses legítimos por la resolución que el juez dicte, y estos otros acreedores y

---

<sup>14</sup> Las diferencias en cuanto a los efectos son mínimas: si el concurso es voluntario, procede, en principio, sólo la intervención de las facultades de administración y de disposición (art. 40.1 LCon), mientras que debe ser decretada la suspensión de estas facultades si el concurso es necesario (art. 40. 2 LCon), pero esta diferencia puede eliminarla el juez, discrecionalmente, mediante resolución motivada (art. 40. 3 LCon); que el concurso sea voluntario o necesario también influye en el momento en que el concursado puede presentar propuesta anticipada de convenio (art. 104.1 LCon) y en el momento a partir del cual puede pedir la liquidación.

legitimados pasivos por diferente título tampoco son llamados a participar en la contradicción.<sup>15</sup>

Particularmente la última consideración denota que, más que hallarnos –tanto en el concurso voluntario, como en el necesario- ante una situación de inexistencia de controversia, el legislador se encuentra con un problema práctico de determinación y, por consiguiente, de dificultad de llamamiento al proceso de los legitimados para participar en la contradicción. En el caso de solicitud del deudor –que cabe suponer que dispone de la máxima información para determinar los legitimados pasivos- podría surgir el problema de que no reconociera la condición de acreedor a determinando sujeto: si no dirigir la solicitud frente a él fuera tratado como un defecto de litisconsorcio pasivo necesario, no sería posible la definitiva determinación del pasivo dentro del procedimiento de concurso, incurriéndose en un auténtico círculo vicioso. En el caso de solicitud de concurso por acreedores concurriría el problema adicional de la falta de una información que, en principio, sólo posee el deudor.

Efectivamente, la doctrina española entendió para la quiebra voluntaria -y entiende, ahora, para el concurso voluntario- que es procedente la participación en la contradicción de los legitimados no solicitantes de la declaración de concurso.

Para la quiebra voluntaria de la antigua legislación, una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo formada en los años ochenta del pasado siglo, consideró, con base en la aplicación supletoria de una norma reguladora del concurso de deudores no comerciantes, que los acreedores y otros terceros cuyo interés resultara afectado por la declaración de quiebra, estaban legitimados para formular oposición al auto de declaración, del mismo modo que el deudor lo está en caso de quiebra necesaria.<sup>16</sup>

Para la actual regulación del concurso voluntario, las propuestas doctrinales dirigidas a salvar la falta de previsión de participación en la contradicción de los legitimados pasivos, van desde considerar que puede extenderse a estos la posibilidad de contradicción que se regula expresamente a favor del deudor en el concurso necesario (arts. 18 y 19 LCon), hasta entender que la contradicción puede canalizarse, por resultar de extrema dificultad la aplicación analógica que se acaba de mencionar, a través de los recursos previstos por la ley contra el auto de declaración de concurso, que podrían ser interpuestos por estos legitimados.<sup>17</sup>

No corresponde al tema de nuestro trabajo profundizar sobre esta cuestión, pero sí debemos resaltar que, en todo caso, como está en juego el derecho de defensa (art. 24.1 CE: “sin que, en ningún caso, se pueda producir indefensión”) de quienes resulten

---

<sup>15</sup> Sólo son llamados –aparte, como es obvio, del caso en que hubieran también solicitado el concurso- si el acreedor solicitante no hubiera comparecido en la vista, no hubiera ratificado su solicitud, el juez entendiera concurrente el presupuesto objetivo del concurso y constan en las actuaciones los datos de los acreedores que permitan su emplazamiento para formular alegaciones (art. 19.3 LCon).

<sup>16</sup> En ese sentido las STS 9 enero 1984, STS 14 marzo 1984, STS 27 abril 1989. En doctrina, entre otros muchos, HERNÁNDEZ MARTÍ, *Suspensión de pagos*, I, págs. 743-746; DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal*, IV, con Fernández López, pág. 384.

<sup>17</sup> Puede verse una información sobre las diferentes tesis doctrinales en PEITEADO MARISCAL, *La declaración de concurso*, págs. 127-128, 244-245; a esa información ha de añadirse la tesis de RIFÁ SOLER, *Derecho Concursal*, pág. 129, también partidario de la solución del recurso.

afectados en sus derechos e intereses por una resolución judicial, si, por vía interpretativa, no es posible hallar soluciones a la falta de previsión legal expresa, la constitucionalidad del art. 14 LCon debe ser puesta en cuestión.

b') El ámbito de la jurisdicción para hacer efectivas las consecuencias del concurso declarado

La LCon vincula, de diversas maneras, las actuaciones para hacer efectivas las consecuencias que derivan de la declaración del concurso con un procedimiento oficial dirigido por un juez.

No obstante, si esas actuaciones se examinan singularmente, es fácil comprobar que no todas ellas requieren ejercicio de potestad jurisdiccional y, en buena medida, la LCon las regula sin previsión, al menos inmediata, de ejercicio de esa potestad.

Dado que el panorama que abre esta consideración es muy complejo, me limitaré a exponer ahora algunas muestras significativas de lo que acabo de apuntar, advirtiendo que, en los siguientes apartados 2 y 4, tendremos la oportunidad de examinar el ámbito que el ordenamiento reconoce a la autonomía de la voluntad y a la discrecionalidad técnica de los administradores concursales.

Como primera muestra, en la determinación de la masa activa del concurso, la administración concursal puede reconocer el derecho de terceros sobre bienes de su propiedad, que se encuentren en poder del concursado, y sobre los cuales éste no tenga derecho de uso, garantía o retención, y entregarlos a sus legítimos titulares a petición de estos (art. 80. 1 LCon). Ejercicio de potestad jurisdiccional al respecto sólo está previsto si los administradores no reconocen el derecho correspondiente (art. 80.2 LCon).

En las actuaciones de reintegración de bienes y derechos al patrimonio del deudor, aunque la LCon sólo contempla el ejercicio procesal de las acciones correspondientes –lo que, obviamente, da lugar a ejercicio de potestad jurisdiccional– no hay razones para excluir que el resultado que persiguen esas acciones pueda ser obtenido mediante gestiones extraprocesales previas, conducentes a soluciones autocompositivas.

Respecto de la masa pasiva, la determinación de los créditos reconocidos, de su cuantía y de su clase, es atribución de la administración concursal inicialmente (arts. 86.1, párrafo primero, 94), y puede serlo definitivamente, porque el ejercicio de potestad jurisdiccional para modificar las decisiones adoptadas por la administración concursal sólo es posible mediante impugnación por los interesados (arts. 95 al 97 LCon).

No obstante, así como en estas materias consideradas a título de ejemplo, la LCon no establece la potestad jurisdiccional como primer y único medio para hacer efectivas las consecuencias derivadas de la declaración de concurso, sino que difiere la entrada en juego de aquélla a la falta de éxito de medios de otra naturaleza, en algunas materias de relaciones laborales conexas con el estado de concurso, la LCon opta por rectificar la intervención diferida de la jurisdicción por la que se inclina el Derecho español en caso de situaciones de crisis empresarial que no estén acompañadas por declaración de concurso. Como ha advertido la doctrina, las previsiones del art. 64

LCon significan, en definitiva, que el Juez de lo Mercantil asume “poderes que, en una situación no concursal, detenta, o bien el empresario (modificaciones individuales o colectivas que aquél decide a su arbitrio) o bien la Administración laboral (suspensiones o extinciones colectivas, que han de ser autorizadas por aquélla)”.<sup>18</sup> En esta solución parece alentar una muestra de desconfianza hacia la Administración pública competente en materia laboral, por falta de neutralidad de la misma.

## **2. Ámbito y límites de la autonomía privada en la solución de situaciones de crisis empresarial y de insolvencia**

Por las razones que inmediatamente veremos, es necesario distinguir dos supuestos: el régimen de este modo de solución fuera del estado de concurso y su regulación una vez ha sido constituido ese estado.

### ***A) Los convenios pre-concursales en Derecho español***

Ya anticipé que, en Derecho español, la solución, fuera del estado de concurso y mediante la autonomía de la voluntad de los interesados, de las situaciones de crisis empresarial y de insolvencia no está prohibida por las normas generales, pero carece de regulación específica, lo que hace de ella una solución erizada de dificultades, y, por tanto, inefectiva y de escasa utilización.

Existe una clara tendencia a considerar que las soluciones alcanzadas mediante la autonomía privada, con alguna –aunque moderada- intervención de los tribunales – la doctrina no se preocupa por la naturaleza jurídica de la misma, pero se trata, sin duda, de jurisdicción voluntaria- son las más idóneas para resolver las situaciones de crisis empresarial –salvo las que ya hayan desembocado en clara situación de insolvencia- del modo más favorable a los diversos derechos e intereses afectados.<sup>19</sup>

No obstante, si para alcanzar estas soluciones los sujetos que las preparan no cuentan con más medios que los disponibles en el lícito ejercicio de la autonomía privada, las dificultades para que el intento acabe en éxito son extremas.

De entrada, el logro de una solución estrictamente autocompositiva requiere la conformidad de todos los titulares de derechos e intereses legítimos que van a ser afectados, lo que puede hacer necesaria una costosa y difícil negociación.<sup>20</sup>

Esa negociación puede verse directamente dificultada por el hecho de que el patrimonio del deudor continúa expuesto a actuaciones ejecutivas desencadenadas por singulares acreedores.<sup>21</sup> Y, además, la negociación se ve desincentivada por el riesgo de que, si fracasa la solución autocompositiva, los negocios jurídicos concertados con vistas al reflotamiento de la empresa queden expuestos al riguroso tratamiento de las acciones de reintegración del activo concursal, e, incluso, que quienes concertaron

---

<sup>18</sup> RÍOS SALMERÓN, “La Ley Concursal y los trabajadores por cuenta ajena”, págs. 1108-1109.

<sup>19</sup> NIGRO, “Los problemas fundamentales del Derecho concursal”, pág. 351; FRASCAROLI, “L’autonomia privata nei progetti di riforma fallimentare”, pág. 169; JORIO, “Soluzioni giudiziali”, pág. 469; CAMPANA, “L’impresa in crisi”, págs. 95-96.

<sup>20</sup> NIGRO, “Los problemas fundamentales del Derecho concursal”, pág. 352; FRASCAROLI, “L’autonomia privata nei progetti di riforma fallimentare”, pág. 184; JORIO, “Soluzioni giudiziali”, pág. 467.

<sup>21</sup> NIGRO, “Los problemas fundamentales del Derecho concursal”, pág. 352.

aquellos negocios corran un peligro cierto de ser sometidos a proceso penal por probable aplicabilidad de determinados tipos penales.<sup>22</sup>

De ahí que, para la efectividad de los medios de solución que ahora consideramos, se postule que los medios de negociación propios de la autonomía privada, sean acompañados por unas medidas de apoyo, cuya adopción requiere la intervención del poder público, normalmente de un juez.

Esas medidas pueden consistir en la suspensión –por lo tanto, un efecto de carácter temporal limitado- de ejecuciones singulares a instancia de acreedores determinados;<sup>23</sup> en la inmunidad, como consecuencia de la homologación judicial del acuerdo, frente a acciones revocatorias concursales y sanciones penales;<sup>24</sup> en la consideración como créditos prededucibles de los que fueron específicamente concedidos para la solución de la crisis;<sup>25</sup> en fin, las medidas podrían alcanzar –superando, con esto, los límites de la autocomposición- a reconocer la validez y eficacia de un acuerdo adoptado por determinadas mayorías, que llegaría a vincular incluso a los afectados disconformes.<sup>26</sup>

Presupuesta la conveniencia de todo lo anterior –es decir: de una solución de las situaciones de crisis mediante la autonomía de los interesados, complementada con algunas medidas que facilitan el resultado perseguido-, la cuestión básica radica en la intensidad que ha de revestir la, por otra parte, ineludible intervención pública, normalmente judicial, en este modo de solución.

A pesar de la notable ambigüedad doctrinal, a la que inmediatamente me referiré, no me parece dudoso que si las correspondientes potestades se atribuyen a un juez, tales potestades no serán jurisdiccionales, porque, precisamente, la solución de las eventuales contraposiciones de derechos e intereses no se pretende, ni se espera, del juez, sino que ha de alcanzarse por la voluntad unánime –o, tal vez, mayoritaria- de los interesados. La actuación del juez será, sin duda, una actuación de jurisdicción voluntaria.

Pero la inseguridad en la que se debate la doctrina se centra más en el momento, la forma y la medida de la mencionada intervención judicial.

Por una parte, se sostiene que “el sistema jurídico no puede tolerar situaciones de *far west*”, lo que comporta que “el control del juez –aunque sea lejano- se mantenga: en ningún ordenamiento [...] los intentos de composición extrajudicial de la

---

<sup>22</sup>PACCHI PESUCCI, “La posizione dei creditori”, pág. 446; FRASCAROLI, “L’autonomia privata nei progetti di riforma fallimentare”, pág. 179-182; JORIO, “Soluzioni giudiziali”, pág. 467.

<sup>23</sup>JORIO, “Soluzioni giudiziali”, pág. 467-468; CAMPANA, “L’impresa in crisi”, págs. 107-108.

<sup>24</sup>NIGRO, “Los problemas fundamentales del Derecho concursal”, pág. 353; FRASCAROLI, “L’autonomia privata nei progetti di riforma fallimentare”, pág. 184; JORIO, “Soluzioni giudiziali”, pág. 468; FOSCHINI, “La autotutela del creditore”, págs. 311-312.

<sup>25</sup>JORIO, “Soluzioni giudiziali”, pág. 468.

<sup>26</sup>NIGRO, “Los problemas fundamentales del Derecho concursal”, pág. 353; JORIO, “Soluzioni giudiziali”, pág. 468.

crisis son protegidos por el ordenamiento sin que subsista ese control del representante del propio ordenamiento”.<sup>27</sup>

De otra parte, Nigro, tras advertir que no le “persuade la idea, propuesta con particular vigor justamente en los últimos tiempos, de dejar tales instrumentos completamente “en manos privadas”; ningún ordenamiento evolucionado puede abdicar enteramente de la competencia de dirigir un momento tan importante en la vida de las empresas”, sostiene que es necesario un mecanismo consistente “en un acuerdo entre el deudor y los acreedores dirigido a conseguir la superación de la situación de crisis o de precrisis, tan falto de formalidades como sea posible [...] y en el que la autonomía privada tenga la máxima posibilidad de realización, con la participación de expertos independientes y neutrales (de estructuras públicas o privadas especializadas) en funciones de control y certificación, limitando la intervención de la autoridad judicial a la sola homologación del acuerdo”.<sup>28</sup>

En fin, suponiendo que se acierte desde el punto de vista técnico-jurídico en la configuración de una justa intervención judicial, siempre queda la prueba de la recepción del régimen correspondiente por sus destinatarios. En este sentido, Campana hace notar, para el Derecho francés, que la composición extrajudicial no ha sido muy útil, por la reticencia de los empresarios a acudir al tribunal, que para ellos “continúa siendo siempre el lugar de la sanción”, y porque, a pesar de la confidencialidad del procedimiento impuesta por la ley, “los gestores de las empresas en crisis temen, no del todo sin razón, que el temor suscitado en sus interlocutores económicos y financieros por la revelación de sus dificultades pueda agravar ulteriormente su propia crisis”.<sup>29</sup>

Concretamente, en la reciente reforma del Derecho concursal español se ha prescindido de la regulación específica de las soluciones de autonomía de la voluntad para situaciones de pre-insolvencia y fuera del estado de concurso. Como ha indicado Rojo, “se ha partido de una idea muy simple: “todo dentro del concurso, nada fuera de él”. Los convenios extrajudiciales ni siquiera son mencionados”.<sup>30</sup>

En la larga pre-reforma hubo, sin embargo, intentos definidos de establecer esa regulación.

La Exposición de Motivos de una “Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal”, elaborada en 1979 por el Colegio de Abogados de Barcelona, se refería a la necesidad de una “regulación de un convenio extrajudicial, que produzca sus efectos en el ámbito del derecho privado, obligando incluso a los acreedores que no lo hayan suscrito siempre que no excedan de la quinta parte del total pasivo”.<sup>31</sup>

---

<sup>27</sup> Las palabras son de JORIO, “Soluzioni giudiziali”, pág. 468-469, aunque, con similar planteamiento, puede verse FRASCAROLI, “L’autonomia privata nei progetti di riforma fallimentare”, pág. 185-186; FOSCHINI, “La autotutela del creditore”, págs. 313-314.

<sup>28</sup> NIGRO, “Los problemas fundamentales del Derecho concursal”, pág. 352.

<sup>29</sup> CAMPANA, “L’impresa in crisi”, pág. 109.

<sup>30</sup> ROJO, “La reforma del Derecho concursal español”, pág. 96.

<sup>31</sup> La información en ROJO, “La reforma del Derecho concursal español”, pág. 110.

El Anteproyecto de Ley Concursal de 1995 (en adelante: ALCon 1995) preveía, bajo el nombre de “suspensión de pagos”, un procedimiento del que, por lo que interesa a nuestro tema –es decir: el ámbito de la jurisdicción en materia concursal-, debe ser destacado lo siguiente:

1º) La solicitud, que sólo podía presentar un deudor que acreditara haber cumplido rigurosos requisitos en su gestión empresarial y no hallarse en estado de insolvencia, no debía ser presentada en el Juzgado, sino en el Registro Mercantil, acompañada, entre otros documentos, de una propuesta de convenio de pago íntegro en plazo máximo de tres años.

2º) La calificación del Registrador mercantil –la constatación por éste de que concurren los presupuestos legales que justifican la solicitud del deudor- es la que, publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil, producía los efectos de que ningún acreedor, ordinario o subordinado, pudiera iniciar ejecuciones por deudas anteriores, y de que se suspendieran las ejecuciones ya iniciadas (art. 284 ALCon 1995), todo ello durante un plazo de dos meses, en el cual los acreedores podían adherirse a la propuesta de convenio presentada por el deudor (art. 284 ALCon 1995). La aceptación de la propuesta requería dos tercios del pasivo ordinario (art. 287 ALCon).

3º) El juez sólo recibía comunicación de las actuaciones dirigidas por el Registrador mercantil, a los efectos de relacionar con las mismas algunas solicitudes que, eventualmente, podían ser presentadas por los acreedores, y, en todo caso, a los efectos de la aprobación del convenio

Esta específica propuesta de ordenación alcanzaba, incluso, a concretar las consecuencias que debía tener la naturaleza no jurisdiccional de las potestades públicas cuyo ejercicio era necesario para un procedimiento como el diseñado. Dado que se trataba de una actuación de jurisdicción voluntaria, aunque todavía reservaba algunas potestades a los jueces –podía hacerlo en virtud del art. 117.4 CE-, atribuía, en cambio, diversas potestades de dirección del procedimiento a los Registradores mercantiles, lo que, a pesar de no tener estos la condición de jueces, no podía entenderse que violara la norma constitucional de atribución exclusiva a órganos jurisdiccionales de la potestad jurisdiccional.<sup>32</sup>

En cierto modo, la LCon ofrece, como sucedáneo de esta regulación omitida, algunas especialidades del concurso, vinculadas al concurso voluntario –o que también pueden ser obtenidas si el concurso se inicia de esa forma- caracterizado porque la solicitud del deudor puede invocar como fundamento un estado de insolvencia no actual, sino inminente,<sup>33</sup> y, por tanto, por la posibilidad de ser planteada en un momento todavía oportuno para intentar, con expectativas de éxito, una solución mediante convenio.

---

<sup>32</sup> Apuntando la conveniencia de superar, en esta materia, la tradicional atribución a los jueces de actuaciones de jurisdicción voluntaria, FERNÁNDEZ DEL POZO, “Sobre la preconcursalidad”, págs. 25-26.

<sup>33</sup> Analizando esta especie de *Ersatz*, BELTRÁN SÁNCHEZ, “La conversión de la fase de convenio”, pág. 231; FERNÁNDEZ DEL POZO, “Sobre la preconcursalidad”, págs. 19 y siguientes.

No obstante, como las diferentes medidas que pueden coadyuvar al éxito de la solución mediante convenio son, en definitiva, consecuencias derivadas de la constitución –mediante ejercicio de potestad jurisdiccional- del estado de concurso, no pueden eludirse los inconvenientes que, para una buena solución de las situaciones de pre-insolvencia, derivan de la lentitud, rigidez y carestía de una actuación procesal.<sup>34</sup>

Queda abierta, obviamente, la vía de un acuerdo estrictamente extrajudicial, aunque con todas las dificultades que anteriormente hemos comentado: la sujeción del convenio a la regla de la unanimidad,<sup>35</sup> la incertidumbre sobre los efectos del convenio de una posterior declaración de concurso,<sup>36</sup> los inconvenientes de que estos convenios queden totalmente entregados al juego de la autonomía privada.<sup>37</sup> Añádase a ello la inaplicabilidad de las normas que facilitan la transacción de los acreedores públicos, porque la reforma, en ese sentido facilitador, de la Ley General Presupuestaria (en adelante: LGP) y de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante: LGSS) está limitada a “los convenios en el seno de procedimientos concursales” (art. 39.2 LGP) o a “los convenios o acuerdos previstos en la Ley Concursal” (art. 24 LGSS).

### ***B) Ámbito de la autonomía de los interesados en el convenio concursal y potestades del juez respecto del mismo***

La terminación del concurso mediante un convenio cumplido (art. 176.1.2º LCon) no requiere, como inmediatamente veremos, ejercicio de potestad jurisdiccional, aunque es obvio que no puede prescindir de la misma como presupuesto, porque ha sido necesario para constituir el estado de concurso,<sup>38</sup> cuyos efectos jurídicos, por otra parte, contribuyen a que la solución mediante convenio sea más accesible y efectiva, contrarrestando las dificultades poco antes mencionadas.

La solución del concurso mediante convenio no se produce con ejercicio de potestad jurisdiccional, porque el poder de decidir qué derechos e intereses van a prevalecer y en qué medida no corresponde al órgano jurisdiccional –ejercitando esa peculiar potestad de resolución de controversias entre sujetos que le son ajenos y con arreglo a normas jurídicas-, sino que es obra de las voluntades del deudor y de una mayoría de acreedores establecida por la ley (arts. 124 y 125 LCon), que también somete la formación del resultado concurrente de esas voluntades a unas reglas de procedimiento, básicamente contenidas en las secciones 1ª a 6ª del Título I, Capítulo V LCon, aunque algunos preceptos exceden de lo estrictamente procedimental porque inciden en la facultad de acceder a una solución mediante convenio.<sup>39</sup>

Digamos, además, que el convenio, salvo el eventual e improbable supuesto de que concite la conformidad de todos los que van a ser afectados por el mismo, no representa una solución autocompositiva, sino más bien una solución de autotutela. El

---

<sup>34</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, “Sobre la preconcursalidad”, págs. 24-26; ROJO, “La reforma del Derecho concursal español”, págs. 95-98.

<sup>35</sup> BELTRÁN SÁNCHEZ, “La conversión de la fase de convenio”, pág. 231.

<sup>36</sup> ROJO, “La reforma del Derecho concursal español”, pág. 111.

<sup>37</sup> ROJO, “La reforma del Derecho concursal español”, pág. 111; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley Concursal”, pág. 369.

<sup>38</sup> Véase apartado 1, B, b.

<sup>39</sup> Sobre las normas últimamente citadas, ROJO, A., “La legitimación para presentar propuesta de convenio”, págs. 205-228.

convenio no resuelve la contraposición de derechos e intereses mediante el acuerdo de todos sus titulares, sino mediante la imposición de la voluntad de algunos de ellos –el deudor, necesariamente; además, una mayoría legal de acreedores- sobre la de otros.

A pesar de consistir en una solución de controversia mediante autotutela, la LCon atribuye al juez potestades en el procedimiento de formación del convenio concursal: ¿Qué naturaleza tienen esas potestades?

Hay que distinguir según haya sido formulada oposición al convenio (arts. 128 y 129 LCon), o no (arts. 130 y 131 LCon).

En el segundo caso, la actuación judicial sólo puede merecer la calificación de una actuación de jurisdicción voluntaria. Claramente el juez se limita a controlar el ejercicio de la autotutela por los interesados, tanto durante el desarrollo del procedimiento en que aquélla se ejercita,<sup>40</sup> como a su término, homologando o no el resultado alcanzado (arts. 130 y 131 LCon), pero sin potestad para sustituir, ni excluir, total, ni parcialmente, contenidos del convenio.<sup>41</sup> Me parece, en consecuencia, del todo inadecuada la forma de sentencia que la LCon impone también para los casos de homologación sin previa oposición.

Por el contrario, si se ha formulado posición al convenio, habrá ejercicio de potestad jurisdiccional. No obstante, no debe pasarse por alto que esta potestad no tiene por objeto los derechos e intereses cuya satisfacción ha sido establecida en el convenio,<sup>42</sup> sino la validez y eficacia del convenio como modo de solución del estado de concurso, alternativo al de liquidación.

Si nos preguntamos, en vez de por la naturaleza de las potestades que ejerce el órgano jurisdiccional en relación con el convenio concursal, por la amplitud de las mismas –es decir, por lo que el juez está legalmente habilitado para examinar a los efectos de aprobar o no el convenio- nos encontramos con que el alcance es, al menos literalmente, el mismo si ha habido oposición, como si la misma ha faltado.<sup>43</sup>

---

<sup>40</sup> Por ejemplo, resuelve sobre la admisión a trámite de una propuesta anticipada de convenio (art. 106 LCon), u ordena convocar junta de acreedores para el debate ordinario de una propuesta de convenio (art. 111 LCon) y preside la Junta (art. 116 LCon).

<sup>41</sup> La potestad de interpretación de cláusulas del convenio, que el art. 129.1 LCon encomienda al juez en los casos de oposición, no existe en caso de homologación: DE BUSTOS, *Derecho Concursal Práctico*, pág. 640.

<sup>42</sup> En efecto, el art. 129.1 LCon dispone que: “La oposición se ventilará por los cauces del incidente concursal y se resolverá mediante sentencia que aprobará o rechazará el convenio aceptado, sin que en ningún caso pueda modificarlo, aunque sí fijar su correcta interpretación cuando sea necesario para resolver sobre la oposición formulada. En todo caso, el juez podrá subsanar errores materiales o de cálculo”.

<sup>43</sup> En efecto, el art. 128.1, párrafo tercero LCon dispone que: “La oposición sólo podrá fundarse en la infracción de las normas que esta ley establece sobre el contenido del convenio, la forma y el contenido de las adhesiones, la constitución de la junta o su celebración”. Y el art. 131.1 LCon establece que: “El juez, haya sido o no formulada oposición, rechazará de oficio el convenio que haya obtenido adhesiones suficientes de acreedores o que haya sido aceptado por la junta, si apreciare que se ha infringido alguna de las normas que esta Ley establece sobre el contenido del convenio, sobre la forma y el contenido de las adhesiones y sobre la constitución de la junta o su celebración”.

Es comprensible que la regulación de la LCon en esta materia haya sido criticada por su judicialismo.<sup>44</sup>

Esa atribución excesiva de potestades a los jueces en el régimen del convenio concursal, se manifiesta de maneras muy heterogéneas:

1ª) Decisiones de dirección del procedimiento, que competen al juez, se hacen depender de apreciaciones sobre la viabilidad del convenio propuesto, lo que, en definitiva, encierra una valoración de riesgo que debería corresponder a los titulares de los derechos e intereses afectados.<sup>45</sup>

2ª) El contenido posible del convenio es limitado con abundantes normas imperativas (art. 100 LCon),<sup>46</sup> lo que, indirectamente, amplía las potestades del juez, al dar base para que ejerza efectivamente su control en un sentido de exclusión del convenio proyectado. Este defecto se incrementa si la aplicación de alguna de esas normas imperativas requiere del juez la concreción de estándares económicos para la que no tiene una preparación adecuada.<sup>47</sup>

3ª) En definitiva, con el establecimiento de tan clara coincidencia del alcance objetivo del control, tanto si éste se produce de oficio, como si es resultado de una oposición de parte interesada. La potenciación de la solución autotutelar que supone el convenio, requeriría limitar el control de oficio al cumplimiento de las normas de validez del convenio, referidas al procedimiento de su formación,<sup>48</sup> pero al extenderse las normas imperativas al propio contenido del convenio, se justifica que el examen (*ex officio*) de la validez también se extienda al contenido. El exceso de judicialismo, en este aspecto, puede ser máximo si, como se ha entendido, la infracción de las normas sobre contenido del convenio, ampara el examen de si el mismo es contrario a los intereses generales de los acreedores y la apreciación de la efectiva viabilidad de sus previsiones.<sup>49</sup>

---

<sup>44</sup> ROJO, “La reforma del Derecho concursal español”, págs. 101-102.

<sup>45</sup> En este sentido el art. 107.1 LCon dispone que “La administración concursal evaluará el contenido de la propuesta de convenio [se refiere a la anticipada] en atención al plan de pagos y, en su caso, al plan de viabilidad que la acompañen. Si la evaluación fuera favorable, se unirá al informe de la administración concursal. Si fuese desfavorable o contuviere reservas, se presentará en el más breve plazo al juez, quien podrá dejar sin efecto la admisión de la propuesta anticipada o la continuación de su tramitación con unión del escrito de evaluación al referido informe. Contra el auto que resuelva sobre estos extremos no se dará recurso alguno”.

<sup>46</sup> ROJO, “La reforma del Derecho concursal español”, pág. 102; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley Concursal”, pág. 378.

<sup>47</sup> En este sentido, el comentario de ROJO, “La reforma del Derecho concursal español”, págs. 101-102, sobre el art. 100.1, párrafo segundo, relativo a las condiciones para superar los límites legales a las quitas y esperas, que dispone: “Excepcionalmente, cuando se trate del concurso de empresas cuya actividad pueda tener especial trascendencia para la economía, siempre que lo contemple el plan de viabilidad que se presente y se acompañe informe emitido al efecto por la Administración económica competente, el juez del concurso podrá, a solicitud de parte, autorizar motivadamente la superación de dichos límites”.

<sup>48</sup> ROJO, “La reforma del Derecho concursal español”, pág. 102.

<sup>49</sup> DE BUSTOS, *Derecho Concursal Práctico*, pág. 635.

### **3. El interés público económico y las potestades de la administración pública en las situaciones de crisis empresarial y de insolvencia**

La protección de los intereses públicos afectados por situaciones de crisis empresarial y de insolvencia<sup>50</sup> puede realizarse en el estado de concurso y también fuera del mismo.

La reflexión sobre el ámbito de la jurisdicción concursal ha de proyectarse, ahora, sobre la delimitación y las relaciones entre la jurisdicción y la Administración pública y sus potestades en la materia.

#### ***A) Estado de concurso y protección de los intereses públicos económicos***

En un ordenamiento encuadrado en el sistema continental o de Derecho administrativo, la presencia de intereses públicos económicos afectados por situaciones de crisis empresarial o de insolvencia justifica actuaciones de las Administraciones públicas en defensa de esos intereses, con independencia del estado de concurso –veremos algunas en el apartado inmediatamente siguiente–, pero este mismo estado jurídico, a pesar de destinarse –principalmente– a la tutela de los derechos privados de los acreedores, no es ajeno a la protección de intereses públicos.

Veamos de qué manera y hasta qué punto la Administración pública conserva, aún en el estado de concurso, sus potestades para servir los intereses generales, en este caso de contenido económico y social.

Un primer aspecto, muy relevante y algo descuidado, viene dado por el régimen de la legitimación para instar la declaración de concurso.

La LCon ha optado por excluir la declaración de concurso de oficio y tampoco ha atribuido legitimación al Ministerio Fiscal.<sup>51</sup> Este régimen de la legitimación es significativo, a mi juicio, de que la LCon ha querido hacer de la declaración de concurso principalmente un medio de tutela judicial de los derechos de los acreedores.

No obstante, hay excepciones que deben considerarse significativas de la naturaleza de los derechos e intereses cuya tutela el ordenamiento quiere priorizar. La Comisión Nacional del Mercado de Valores está legitimada para instar la declaración de concurso de empresas de servicios de inversión (art. 76 bis de la Ley 24/1988, de 28 de junio, reguladora del Mercado de Valores –en adelante: LRMV-) y el Consorcio de Compensación de Seguros tiene atribuida esa legitimación respecto del concurso de entidades aseguradoras (art. 36.3 Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, Texto Refundido aprobado por Real Decreto-Legislativo 6/2004, de 29 de octubre –en adelante: TRLOSP-). En mi opinión estas normas especiales de legitimación revelan que el legislador ha querido priorizar la tutela de intereses

---

<sup>50</sup> Para una sumaria descripción de los mismos, véase *supra* apartado I, 2.

<sup>51</sup> El art. 4, párrafo segundo LCon, sólo encarga al Ministerio Fiscal que, en determinados casos, inste del juez la comunicación a los acreedores de situaciones que pueden justificar la petición de que se declare concurso.

generales, por los que deben velar esas entidades, y, por ello, ha sustraído la posibilidad de declaración del estado de concurso del estricto monopolio privado.<sup>52</sup>

En segundo término, y una vez declarado el concurso, me parece significativo de la protección de los intereses públicos económicos –en coordinación con los derechos e intereses privados- que en la designación de las personas que han de desempeñar la administración concursal, si las empresas declaradas en concurso pertenecen a determinados sectores económicos, tengan un papel predominante entidades administrativas especializadas: la Comisión Nacional del Mercado de Valores, respecto de diversas empresas y entidades que actúan en ese mercado; el Fondo de Garantía de Depósitos, si se trata de entidades bancarias o de crédito; el Consorcio de Compensación de Seguros, en el caso de concurso de entidades aseguradoras.<sup>53</sup>

En tercer lugar, igualmente una vez ha sido declarado el concurso, y presuponiendo que el interés público –de contenido económico-social- postula la conservación de la empresa, aunque sea a costa de algún mayor sacrificio de derechos e intereses privados, encontramos en la LCon diversas muestras significativas de protección de ese interés público, con regulaciones en las que la Administración pública todavía continúa teniendo alguna intervención –aunque sea menos intensa-<sup>54</sup> y con otras en que la apreciación del interés en la conservación de la empresa se encomienda plenamente al órgano jurisdiccional.<sup>55</sup>

---

<sup>52</sup> Sobre la relación entre el régimen de la legitimación y la naturaleza de los derechos e intereses tutelados por el ordenamiento, ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, págs. 145-152. La justificación de esa relación en ORTELLS RAMOS, *Introducción*, págs. 112-114, 188-191.

<sup>53</sup> Dispone el art. 27.2 LCon: “Por excepción a lo dispuesto en el apartado 1:

1.º En caso de concurso de una entidad emisora de valores o instrumentos derivados que se negocien en un mercado secundario oficial, de una entidad encargada de regir la negociación, compensación o liquidación de esos valores o instrumentos, o de una empresa de servicios de inversión, en lugar del economista, auditor o titulado mercantil, será nombrado administrador concursal personal técnico de la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otra persona propuesta por ésta de similar cualificación, a cuyo efecto la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará al juez la identidad de aquélla. El abogado y el miembro de la administración concursal representante del acreedor serán nombrados por el juez a propuesta del fondo de garantía al que esté adherida la entidad o quien haya asumido la cobertura propia del sistema de indemnización de inversores.

2.º En caso de concurso de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora será nombrado en lugar del acreedor el fondo de garantía de depósitos que corresponda o el Consorcio de Compensación de Seguros, respectivamente, quienes deberán comunicar al juez de inmediato la identidad de la persona natural que haya de representarlos en el ejercicio del cargo. Por lo que se refiere a la designación del administrador abogado y al auditor, economista o titulado mercantil, el juez los nombrará de entre los propuestos respectivamente por el Fondo de Garantía de Depósitos y el Consorcio de Compensación de Seguros”.

<sup>54</sup> La Administración pública competente ha de emitir informe sobre si la actividad de la empresa concursada puede tener especial trascendencia para la economía, y sobre si es viable el plan que acompaña a la propuesta de convenio, a los efectos de que el juez pueda autorizar la superación de los límites legales de las quitas y esperas (art. 100.1 LCon). La Administración pública competente en materia laboral ha de emitir informe sobre la modificación de las condiciones de trabajo de la plantilla de la empresa concursada, antes de que el juez se pronuncie sobre las mismas (art. 64.6 LCon).

<sup>55</sup> Así, a los efectos de la suspensión de ejecuciones singulares sobre bienes del concursado gravados por una garantía real (art. 56 LCon) y de la suspensión de apremios administrativos (art. 55

***B) Protección de los intereses públicos económicos fuera del estado de concurso***

Con independencia del estado de concurso, cuya declaración, como se apuntó más arriba,<sup>56</sup> las leyes atribuyen exclusivamente a los órganos jurisdiccionales, la incidencia sobre los intereses públicos económicos de las situaciones de crisis empresarial da lugar a que las leyes habiliten a la Administración pública para actuaciones de diferente clase.

Para tratar de esas actuaciones desde la perspectiva que nos interesa, hay que distinguir dos clases de las mismas.

*a) Actuaciones estrictamente independientes del estado de concurso*

Algunas actuaciones administrativas, además de no presuponer la declaración de concurso –pueden ser realizadas aunque no concurra el supuesto de hecho de esa declaración–, no impiden que, siendo procedente, esa declaración pueda establecerse. No obstante, su efectividad práctica consiste en desincentivar a los legitimados para instar la declaración, porque ofrecen mejores alternativas de solución fuera del concurso.

A título de ejemplo, la Ley 27/1984, de 26 de julio, estableció medidas para la reconversión industrial y la reindustrialización, con una ordenación de la que, a nuestros efectos, ha de ser destacado lo siguiente:

1º) El Gobierno puede declarar en reconversión un sector industrial o, excepcionalmente, un grupo de empresas “cuando dicho sector o grupo de empresas se encuentre en una situación de crisis de especial gravedad y la recuperación del mismo se considere de interés general” (art. 1 Ley 27/1984).

2º) Los Decretos de reconversión establecen sistemas de control y seguimiento –con importante intervención de las Administraciones públicas estatal y autonómica– de las actividades de las empresas admitidas a incorporarse a un plan de reconversión.

3º) La incorporación al plan comprende beneficios fiscales en diferentes figuras tributarias (arts. 7 y 8 Ley 27/1984), diversos beneficios en relación con el sistema de crédito oficial (acceso preferente a créditos del sistema y a avales, subvenciones –incluidas algunas específicamente destinadas a financiar parcialmente los intereses de créditos del sector financiero privado–: art. 9 Ley 27/1984), medidas de fomento de la inversión, tanto pública como privada, en las empresas en reconversión (art. 10-12 Ley 27/1984).

4º) Establecimiento de regímenes especiales de regulación de empleo, complementados por medidas específicas de previsión social (art. 16-22 Ley 27/1984).

5º) Sin embargo, ninguna norma excluye que, respecto de empresas en reconversión, puedan desarrollarse ejecuciones singulares, ni ser declarados estados

---

LCon), que dependen de una apreciación de la incidencia que la continuación de la ejecución podría tener sobre la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado.

<sup>56</sup> Véase apartado II, 1, B, b.

concursoales –suspensión de pagos, quiebra, de acuerdo con el Derecho vigente al promulgarse la Ley 27/1984)-.

Con la misma finalidad ilustrativa, la compleja legislación sobre el régimen de entidades bancarias privadas y sobre las competencias de disciplina e intervención que, respecto de aquellas, corresponden a la Administración pública, también regulan medidas para tratar situaciones de crisis, que no llegan a excluir ni ejecuciones singulares, ni la declaración de concurso, aunque sí que autorizan:

1º) Cuando la situación de una entidad de crédito, según la información facilitada por el Banco de España, sea tal que haga previsible que el Fondo de Garantía de Depósitos quede obligado al pago, conforme a las causas previstas por la ley –entre las que no sólo está la declaración de quiebra y la suspensión de pagos, sino también “que, habiéndose producido impago de depósitos vencidos y exigibles, el Banco de España determine que, en su opinión, y por razones directamente derivadas de la situación financiera de la entidad de que se trate, ésta se encuentra en la imposibilidad de restituirlos y no parece tener perspectivas de poder hacerlo en un futuro inmediato”- el Fondo podrá adoptar medidas preventivas y de saneamiento tendentes a facilitar la viabilidad de la entidad para superar la situación de crisis, en el marco de un plan de actuación acordado por la entidad –consiguientemente, el plan no es impuesto- y aprobado por el Banco de España (arts. 10 y 8 Real Decreto 3103/1996, de 20 de diciembre, sobre Fondos de Garantía Depósitos de Entidades de Crédito).

2º) Cuando una entidad de crédito se encuentre en una situación de excepcional gravedad que ponga en peligro la efectividad de sus recursos propios o su estabilidad, liquidez o solvencia, el Banco de España, dando cuenta razonada al Ministro de Economía y Hacienda, podrá acordar la intervención de la entidad o la sustitución provisional de sus órganos de administración o dirección, medidas que se mantendrán hasta que se supere la situación mencionada (arts. 31 y 32 Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito).

*b) Actuaciones que excluyen temporalmente la declaración de concurso.*

La ley habilita también a las Administraciones públicas para unas actuaciones que comportan la exclusión temporal tanto de ejecuciones singulares, cuanto de la declaración de concurso de ciertas empresas en crisis. Es el caso de la regulación prevista respecto de las entidades aseguradoras, siempre que, sobre la base de unos supuestos muy amplios,<sup>57</sup> el Ministerio de Economía y Hacienda, cuyos órganos tiene las competencias de control sobre aquellas entidades, resuelva encomendar la liquidación de las mismas al Consorcio de Compensación de Seguros (en adelante: CCS). En principio, entre los supuestos que autorizan el encargo no está expresamente prevista una situación de insolvencia, aunque sí situaciones de crisis,<sup>58</sup> pero lo relevante es que si, en el desarrollo de la liquidación, se constata una situación de insolvencia el tratamiento jurídico continuará siendo, en principio, una liquidación con las características que luego expondremos.

---

<sup>57</sup> Véase un análisis de los supuestos en LÓPEZ-BARAJAS PEREA, *La ejecución general administrativa*, págs. 127-129.

<sup>58</sup> LÓPEZ-BARAJAS PEREA, *La ejecución general administrativa*, pág. 129.

La finalidad de interés público que persigue este procedimiento de liquidación realizado por la Administración pública –que fue establecido en 1984, correspondiendo entonces la liquidación a la Comisión Liquidadora de Entidades Aseguradoras, posteriormente integrada en el CCS- fue la de reestructurar el sector asegurador, favoreciendo la subsistencia o la creación de entidades de gran solvencia, así como la expulsión del mercado de entidades que no podían alcanzar los nuevos estándares de solvencia, agilizando la liquidación de las mismas y procurando que se llevara a cabo en las condiciones más favorables para sus asegurados, beneficiarios, terceros perjudicados y también para los trabajadores de esas entidades.<sup>59</sup>

La encomienda de la liquidación al CCS comporta una serie de efectos, entre los que deben ser destacados, por su interés para nuestro objeto, los siguientes:

1º) Podrán ser ejercitadas y continuada la tramitación de acciones declarativas contra la entidad aseguradora, pero la ejecución de la sentencia, de los embargos preventivos, administraciones judicialmente acordadas y demás medidas cautelares adoptadas por la autoridad judicial, la del auto que despache la ejecución en el procedimiento ejecutivo, los procedimientos judiciales sumarios y ejecutivos extrajudiciales sobre bienes hipotecados o pignorados que se encuentren en territorio español, así como la ejecución de las providencias administrativas de apremio, quedarán en suspenso desde la encomienda de la liquidación al Consorcio y durante la tramitación por éste del procedimiento liquidatorio (art. 39.1 TRLOSSP)

2º) Todos los acreedores estarán sujetos al procedimiento de liquidación y no podrá solicitarse por los acreedores, ni por la entidad aseguradora, la declaración de concurso (art. 39.1 TRLOSSP).

3º) Aunque el CCS constate el estado de insolvencia de la entidad aseguradora, no tendrá el deber de solicitar la declaración judicial de concurso (art. 32.3 TRLOSSP).

4º) El CCS tendrá el deber de instar la declaración de concurso si “Si el plan de liquidación formulado por el Consorcio no fuera aprobado en junta de acreedores o ratificado por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones” (arts. 34.1, párrafo primero y 36.3 TRLOSSP) y “en cualquier momento del período de liquidación anterior a la junta de acreedores cuando estimase que, dadas las circunstancias concurrentes en la entidad aseguradora cuya liquidación tiene encomendada, sufrirán grave perjuicio los créditos de los acreedores si no tuviera lugar dicha declaración judicial de concurso”. Podría entenderse que, en el primer supuesto, los interesados recuperan su legitimación y pueden instar el concurso si el CCS no cumple su deber de hacerlo.<sup>60</sup>

5º) El CCS debe elaborar un plan de liquidación, en plazo breve pero imprecisamente delimitado, y someterlo a una junta de acreedores, que convoca él y preside un delegado suyo, y que puede aprobar el plan por determinadas mayorías de créditos reconocidos (arts. 34.6, 35 y 36.1 y 2 TRLOSSP).

---

<sup>59</sup> LÓPEZ-BARAJAS PEREA, *La ejecución general administrativa*, págs. 34-37.

<sup>60</sup> Poco clara sobre esta cuestión LÓPEZ-BARAJAS PEREA, *La ejecución general administrativa*, págs. 153-155.

6º) La aprobación del plan es impugnabile ante el Juzgado de lo Mercantil, en términos similares a los de la impugnación del convenio concursal (art. 36.4 TRLOSSP). Debe destacarse que este cauce de acceso a la potestad jurisdiccional sirve para instar la tutela judicial de créditos que, en principio, no hubieran sido reconocidos por el CCS (art. 36.1, al final, y 36.4, b TRLOSSP).

7º) Aprobado el plan por la Junta –o rechazadas las impugnaciones- y ratificado por el Ministerio de Economía y Hacienda, el CCS procederá a realizar las ventas y a efectuar los pagos según lo previsto en el plan.

Los preceptos sobre suspensión de ejecuciones singulares y sobre inadmisión de otras actuaciones judiciales, que formaban parte de la regulación antecedente del actualmente vigente TRLOSSP, vieron cuestionada su constitucionalidad por infracción de los arts. 24.1, 117.3 y 118 CE. Realmente la infracción-base era la del art. 117.3 CE –por que la ley privaría a los órganos jurisdiccionales de la potestad de juzgar y de hacer ejecutar lo juzgado, que el precepto constitucional les atribuye en exclusiva-, aunque, como consecuencia, se infringiría el art. 118 CE –porque la ley autorizaría a no cumplir las sentencias de los tribunales- y se violaría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido por el art. 24. 1 CE –porque los interesados no podrían obtener tutela judicial-.

Dos cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas fueron desestimadas por la STC 4/1988, de 21 de enero.

Respecto de la suspensión de las ejecuciones singulares, el TC advierte que las normas que la establecen no atentan “a la titularidad jurisdiccional de la potestad de ejecutar las sentencias, pues no se atribuye a persona o entidad distinta de los órganos jurisdiccionales dicha potestad” y, aunque “tal tipo de medida impide la efectividad inmediata del derecho a la ejecución de las Sentencias y, en definitiva, a la inmediatividad de la tutela judicial de los derechos de contenido patrimonial por los que se accionó. Sin embargo, la medida es razonable, atiende a finalidades constitucionalmente dignas de protección y es proporcionada” (Fundamento jurídico 6º).<sup>61</sup>

En cuanto a la norma que impone a los acreedores la suspensión del “ejercicio de las acciones legales correspondientes para instar las actuaciones judiciales necesarias”, el TC reconoce que “obstaculiza el ejercicio de acciones a los acreedores,

---

<sup>61</sup> El desarrollo de esta justificación es el siguiente: “Es razonable y está validamente justificada, de un lado, porque con aquélla no se persigue una finalidad distinta, sino la misma a que se destina la fase de ejecución de los procesos: La satisfacción del derecho del acreedor con crédito reconocido judicialmente. No es, pues, una limitación formal de signo contrario a la efectividad real del derecho crediticio afectado, sino una previsión de cauce extrajudicial cabalmente previsto también para el pago de tal crédito. También es razonable porque, junto a lo anterior, se persigue otra finalidad constitucionalmente atendible: La de liquidar todos los créditos conjuntamente, protegiendo así no sólo a quien por Sentencia se le reconoció, sino también a otros asegurados o acreedores, en sus intereses económicos. Las normas legales persiguen, así, la efectividad del principio de par conditio creditorum, en especial en favor de quienes no han contado con los medios e informaciones adecuados para acudir a los Tribunales con igual presteza que otros y no se han visto beneficiados de la actuación de los liquidadores sociales hasta el momento. La medida es adecuada, pues, a la protección de este tipo específico de consumidores a que el art. 51 de la Constitución se refiere”.

esto es, el desarrollo de los procesos dirigidos por ellos contra la Entidad aseguradora en liquidación”, pero, a continuación, advierte que “Tal obstáculo no impide [...] el recurso al Juez competente, de acuerdo con los arts. 16 de la Ley de Suspensión de Pagos y 902 y 903 del Código de Comercio, cuando la CLEA no reconozca algún crédito, como resulta de la expresa previsión en tal sentido del párrafo primero de este art. 4.6. No se impide, por tanto, a los acreedores toda posibilidad de acceder al oportuno proceso en defensa de sus derechos, sino que, durante la actuación de la CLEA en el procedimiento regulado por tal art. 4.6, se obstruye fundamentalmente el inicio de procesos universales”. Esta restricción temporal “debe considerarse acorde con las exigencias de razonabilidad y proporcionalidad antes indicadas, ya que, de un lado, el procedimiento dirigido por la CLEA viene a constituir un procedimiento concursal que, incluso con garantía judicial posterior, según lo dicho, asegura el reconocimiento y pago de los créditos según su naturaleza; de otro lado, al perseguir la misma finalidad que los procesos universales, es inevitable que excluya su apertura y desarrollo simultáneos, pero deja abierta la posibilidad de acudir a ellos cuando el procedimiento administrativo fracasa” (FJ 7º).

En definitiva, en el planteamiento del TC ha pesado más el enfoque de valorar la constitucionalidad de un procedimiento para resolver el asunto de modo previo al acceso a la tutela judicial y que no excluye absolutamente ese acceso –y lo ha valorado como conforme a la Constitución-, que el de analizar si las potestades atribuidas a la Administración estaban constitucionalmente reservadas a los tribunales.

No obstante, si el TC hubiera seguido ese camino tampoco le hubiera faltado base para argumentar que la Administración desarrolla en estos casos una potestad de autotutela constitucionalmente no prohibida –siempre que sea jurisdiccionalmente controlable *ex post* y con efectividad-, que concretamente cuenta con el soporte previo de una serie de competencias administrativas de reglamentación, supervisión y disciplina sobre el sector de seguros.

#### **4. Funciones de los órganos auxiliares del juez del concurso y alcance del control jurisdiccional del ejercicio de aquellas**

La cuestión de cuánta jurisdicción se proyecta también sobre las funciones de la administración concursal y la mayor o menor dependencia de la misma respecto del juez del concurso.

Es obvio que una de las maneras de corregir un excesivo judicialismo es la de reducir la necesidad de emisión de resoluciones judiciales durante el concurso, lo que, en algunos supuestos, puede conseguirse atribuyendo a la administración concursal la competencia para decidir.<sup>62</sup>

En la doctrina española que ha analizado, desde esta perspectiva, la nueva Ley Concursal se han expresado opiniones bastante divergentes.

---

<sup>62</sup> ROJO, “La reforma del Derecho concursal español”, pág. 101; BELTRÁN, “El problema del coste del concurso”, pág. 325.

En una dirección, se ha sostenido que “un repaso a las competencias atribuidas por Ley a la administración concursal permite inferir [...] que –prescindiendo ahora de otras, como las de asesoramiento y dictamen- tiene reservado en exclusiva un conjunto de poderes propios, sobre cuya titularidad y ejercicio no puede disponer prácticamente el juez”, de manera que, más allá de la competencia del juez sobre la distribución de funciones entre los titulares del órgano de administración, “las competencias son del órgano técnico y no del jurisdiccional”.<sup>63</sup>

Sin embargo, en un sentido del todo contrario, se ha concluido que “la administración concursal tiene un grado de subordinación y dependiente del juez notorio y notable”.<sup>64</sup>

Aunque una apreciación muy segura sobre este tema resulta difícil y no es asumible el intento en este momento, sí que me parece útil presentar una consideración sobre el alcance del control, por el juez del concurso, del ejercicio de las facultades decisorias de la administración concursal, facultades que la ley le atribuye con una cláusula general (así las de administración y disposición inherentes a la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado –arts. 43 y 44 LCon-), y también con normas especiales (por ejemplo, las decisiones sobre rehabilitación de contratos previstas en los arts. 68 al 70 LCon, la decisión de acceder –de acuerdo con el art. 80 LCon- a la entrega a su titular de los bienes de propiedad ajena que se hallen en poder del concursado).

Cuando me refiero al control jurisdiccional del ejercicio de estas facultades, no estoy considerando el que puede producirse como consecuencia del ejercicio de una acción por el tercero titular del derecho o interés legítimo afectado por la decisión de la administración concursal,<sup>65</sup> sino las reclamaciones del concursado y de los acreedores frente a la decisión de la administración, fundadas en que la misma no es ajustada a Derecho o no es conveniente para los fines del concurso (como impone el estándar del art. 43.1 LCon).

En mi opinión, el precepto básico en esta materia es el art. 192.3 LCon: “No se admitirán los incidentes que tengan por objeto solicitar actos de administración o impugnarlos por razones de oportunidad”.

Antes de una reflexión sobre el interesante –y problemático- contenido de esta norma, conviene reforzar la afirmación de su aplicabilidad para resolver el tema que nos ocupa. El art. 192.1 LCon es una norma de cierre de las formas en que, dentro de un concurso, pueden ser suscitados debates procesales,<sup>66</sup> lo que, como consecuencia, excluye la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, bien de su art. 562.1.3º (reclamación escrita frente a actos ejecutivos no consistentes en una

---

<sup>63</sup> YANES YANES, “La administración concursal”, pág. 231.

<sup>64</sup> MACHADO PLAZAS, “La administración concursal”, pág. 84.

<sup>65</sup> Por ejemplo, el titular del bien con derecho a separación que haya visto rechazado su requerimiento de entrega por la administración concursal, puede interponer la correspondiente demanda (art. 80.2 LCon).

<sup>66</sup> Dispone el precepto que “Todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal”.

resolución judicial), bien de su art. 633.2 (tratamiento de las discrepancias de las partes con actos de un administrador judicial).

El art. 192.3 LCon establece una norma coherente con el reconocimiento de un ámbito de decisión propio de la administración concursal, ámbito que sería el de las decisiones no regidas por normas jurídicas, sino por criterios técnicos económicos o de gestión empresarial. La consecuencia de esto no es que el juez del concurso no deba tener poderes de control sobre las facultades decisorias que la ley atribuye a la administración concursal, sino que esos poderes deben detenerse si el criterio de decisión deja de ser jurídico y se extrae de técnicas sociales de otra naturaleza.

Ahora bien, la aplicación de este bienintencionado y conveniente precepto chocará, sin duda, con notables dificultades, por la tendencia a concebir de manera muy amplia lo que es un control con arreglo a Derecho.

Puede ser útil, en este aspecto, recordar la rica experiencia de la expansión del control jurisdiccional de la actividad de la Administración pública, que, desde la estricta verificación de que el órgano administrativo ha respetado los presupuestos y las consecuencias regladas establecidas por la ley, avanzó hacia la revisión de la integración y aplicación de conceptos jurídicos indeterminados, alcanza al control de la discrecionalidad desde parámetros muy genéricos, como los principios generales del Derecho y busca vía de penetración incluso en el control de la discrecionalidad técnica.<sup>67</sup>

---

<sup>67</sup> La bibliografía, limitándonos al ámbito español, es desbordante. Véanse, por ejemplo: ATIENZA, M., “Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica”, *RAP*, 1995, págs. 5 y siguientes; BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995; DESDENTADO DAROCA, E., *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica (Un estudio crítico de la jurisprudencia)*, Madrid, 1997; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *De la arbitrariedad de la Administración*, Madrid, 1994; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1997; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, 1979; MOZO SEOANE, A., *La discrecionalidad de la Administración pública en España (Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983)*, Madrid, 1985; PAREJO ALFONSO, L., *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*, Madrid, 1993; PIÑAR MAÑAS, J. L., “El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones”, en *Documentación Administrativa*, núm. 220, (octubre-diciembre 1989), págs. 135-177 (con amplia relación de la jurisprudencia sobre la materia); SÁNCHEZ MORÓN, M., *El control de las Administraciones públicas y sus problemas*, Madrid, 1991; SÁNCHEZ MORÓN, M., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Madrid, 1994; SÁNCHEZ MORÓN, M., “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, en *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, Madrid, 1994, págs. 143-162; TARDÍO PATO, J.A., *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Madrid, 1986; VARIOS AUTORES, *Discrecionalidad administrativa y control judicial (I Jornadas de estudio del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía)*, Madrid, 1996.

### III. ¿QUÉ CLASE DE JURISDICCIÓN?

Hablar de clases de jurisdicción con referencia al ordenamiento español, requiere unas mínimas aclaraciones previas.<sup>68</sup>

De entrada, la jurisdicción es única –lo que excluye una pluralidad de clases de la misma- en cuanto expresión de una también única soberanía estatal. Esto implica que sólo hay un poder en el Estado –el Poder Legislativo del mismo- legitimado constitucionalmente para configurar orgánica y funcionalmente la jurisdicción, aunque, obviamente, no con plena libertad sino con arreglo a las normas constitucionales. Una excepción a la unidad jurisdiccional así entendida se produciría si aquella configuración pudiera realizarse por otros poderes dentro del Estado o fuera de él. En este plano de la cuestión se sitúan correctamente las cuestiones del reconocimiento de jurisdicciones supraestatales –efectivamente, hay una excepción a la unidad a favor de la jurisdicción de los tribunales de la Unión Europea-, y de las competencias de las Comunidades Autónomas respecto a la configuración de la jurisdicción –tales competencias no alcanzan a crear una jurisdicción propia-.

Por otra parte, la CE establece en su art. 117.5 CE el principio de unidad jurisdiccional. El significado específico de este principio consiste en limitar la libertad del legislador ordinario en la configuración de la jurisdicción, y la limita imponiendo que –como, regla general, salvo excepciones necesariamente constitucionales-, todos los órganos jurisdiccionales estén integrados por jueces y magistrados cuyo estatuto personal contenga las mismas garantías de independencia y que la actividad administrativa relativa a la gestión de ese estatuto corresponderá al mismo órgano de autogobierno establecido por la Constitución –el Consejo General del Poder Judicial, órgano cuya composición favorece que esa necesaria gestión se ejerza con respeto a la independencia-.

Con el límite que deriva del principio de unidad jurisdiccional –y de otros preceptos constitucionales ahora no relevantes- el legislador ordinario puede configurar la estructura de la unitaria organización judicial ordinaria.

Entre las opciones que se abren ante el legislador se halla la de la especialización de los órganos jurisdiccionales. Si con la unidad jurisdiccional se persigue uniformar el grado de independencia de los titulares de los órganos jurisdiccionales, se deduce que ese principio no excluye configurar clases de tribunales diferentes sólo por la diferente extensión de sus respectivas competencias por razón de la materia. Cabe, pues, que el legislador atribuya estas competencias con gran amplitud y con fuerza de atracción sobre los casos no específicamente atribuidos a otra clase de órganos -configurando entonces órganos jurisdiccionales meramente ordinarios-, y cabe, también, que las atribuya con criterios restrictivos, limitando la competencia a los sectores en que, con mayor o menor artificialidad, se divide el ordenamiento jurídico o, incluso, a un círculo de objetos aún más reducido, creando así órganos jurisdiccionales ordinarios (atendido su aspecto orgánico, que es lo que la CE impone) especializados (atendido su ámbito competencial).

---

<sup>68</sup> Remito a ORTELLS RAMOS, *Introducción*, págs. 46-56, en las que se desarrolla lo que, más resumidamente, se expone a continuación en el texto.

El nuevo Derecho concursal español ha ido acompañado de la creación de unos órganos jurisdiccionales especializados en materia mercantil. De ahí la oportunidad –y, también, el significado- de la cuestión que aparece en el epígrafe sobre la clase de jurisdicción: anuncia una reflexión sobre las razones de esta especialización y sobre el modo en que se ha llevado a cabo.

Anticipemos que se trata, en todo caso, de una especialización de tribunales que siguen estando integrados en la única organización judicial ordinaria y no de la creación de tribunales especiales, ni de una jurisdicción especial.

Esa inmediata aclaración es conveniente, porque, en el debate sobre esta materia, no se ha podido evitar la evocación de la antigua jurisdicción consular, de los antiguos tribunales de comercio, suprimidos por el Decreto de Unificación de Fueros de 1868.<sup>69</sup> Los tribunales de comercio estaban integrados por jueces legos en Derecho, aunque expertos prácticos en materia mercantil, porque debían reunir la condición de comerciantes, que eran designados, para mandatos temporalmente limitados, entre los que figuraban en unas listas de composición selectiva.<sup>70</sup> Y en un fracasado intento de restablecimiento de estos tribunales también se pretendía que tuvieran una composición mixta, de jueces de carrera y de comerciantes.<sup>71</sup>

Un cambio en la jurisdicción sobre la materia mercantil similar a los antecedentes históricos brevemente recordados hubiera requerido una reforma constitucional, porque hubiera sido necesario regular el estatuto de los jueces de esos tribunales mercantiles de modo completamente diferente al de los jueces ordinarios, lo que infringiría la regla general de unidad jurisdiccional, sin poder ampararse en ninguna de las excepciones a la misma que la CE establece.

### **1. La especialización de los tribunales competentes para el procedimiento concursal**

Hasta la entrada en vigor de la nueva Ley Concursal –el 1 de septiembre de 2004, coincidiendo con la puesta en funcionamiento de los Juzgados de lo Mercantil-, la competencia objetiva para conocer de los procedimientos concursales y pre-concursales –quiebra y suspensión de pagos, concurso y quita y espera- correspondía a los Juzgados de Primera Instancia (en adelante: JPI). Estos órganos jurisdiccionales constituyen –con la excepción, por sus ínfimas competencias, de los Juzgados de Paz- el primer grado de la organización judicial, tienen las demarcaciones territoriales más reducidas –por lo tanto, es mayor su proximidad a los justiciables-, su competencia objetiva se extiende a los litigios sobre materias de Derecho privado –aunque en bastantes demarcaciones también tienen competencias en materia penal- y sus titulares son jueces técnicos y de carrera con la formación más generalista –que incluye Derecho privado, penal y procesal, básicamente-.

---

<sup>69</sup> DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Los juzgados de lo Mercantil”, págs. 136-137; CONCEPCIÓN, *Derecho Concursal Práctico*, págs. 969-972; BANACLOCHE PALAO, *Los Juzgados de lo Mercantil*, págs. 87-88.

<sup>70</sup> FAIRÉN GUILLÉN, “Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855”, pág. 68.

<sup>71</sup> BANACLOCHE PALAO, *Los Juzgados de lo Mercantil*, págs. 89-90.

Con la creación, mediante la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la LOPJ, de los Juzgados de lo Mercantil, corresponde a estos la competencia objetiva sobre todas las cuestiones que se susciten en materia concursal (art. 86 ter.1 LOPJ), aunque también la de otras cuestiones litigiosas en determinadas materias de Derecho privado.

Estos Juzgados ocupan, también, un primer grado en la organización judicial ordinaria, su demarcación territorial será, normalmente, más extensa que la de los JPI<sup>72</sup> –lo que puede implicar un mayor alejamiento de los justiciables-, la competencia objetiva de los mismos alcanza a las clases de asuntos mencionadas más arriba, y, en fin, sus titulares han de unir a su condición de jueces de carrera, una acreditación de especialización que pueden obtener mediante superación de unas pruebas selectivas reguladas y realizadas por el CGPJ (art. 329.4 LOPJ).

Destacaré, para completar la descripción, que la especialización se produce por una doble vía:

1º) Una formación complementaria especializada, que otorga preferencia frente a quienes carezcan de la misma, en los procedimientos de provisión de puestos de magistrado-juez en los Juzgados de lo Mercantil, y de puestos de magistrado en las secciones especializadas –si las hay- de las Audiencias Provinciales (arts. 329.4 y 330.5 LOPJ).

2º) El conocimiento exclusivo de asuntos concursales –y de otros determinados asuntos de Derecho privado-, que tiene como consecuencia un mayor adiestramiento para la dirección y resolución de esta clase de asuntos.

En las Audiencias Provinciales –que tienen la competencia funcional para conocer de las apelaciones contra determinadas resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil- puede faltar la segunda forma de especialización, lo que, en definitiva, convierte en irrelevante que alguno de sus magistrados cuente con la primera. En efecto, secciones especializadas –para cuyos puestos tienen preferencia los magistrados especializados- sólo existirán si en la Audiencia hay más de una sección, y si, por el peso relativo en la carga de trabajo de los asuntos “mercantiles”, el CGPJ considera procedente atribuir a alguna o a algunas de las secciones el conocimiento exclusivo de tales asuntos. (art. 82.4 y 98 LOPJ).

Por otra parte, y mientras se completa el proceso de implantación efectiva de los nuevos Juzgados de lo Mercantil, la disposición transitoria única de la LO 8/2003, dispone que “las funciones atribuidas a los mismos en la Ley Concursal serán asumidas por los actuales Juzgados de Primera Instancia o de Primera Instancia e Instrucción, de acuerdo con lo que establezca la Ley de Demarcación y de Planta Judicial” y habilita a órganos competentes de autogobierno del Poder Judicial para

---

<sup>72</sup> El art. 86 bis LOPJ dispone que: “1. Con carácter general, en cada provincia, con jurisdicción en toda ella y sede en su capital, habrá uno o varios juzgados de lo mercantil. 2. También podrán establecerse en poblaciones distintas de la capital de provincia cuando, atendidas la población, la existencia de núcleos industriales o mercantiles y la actividad económica, lo aconsejen, delimitándose en cada caso el ámbito de su jurisdicción. 3. Podrán establecerse juzgados de lo mercantil que extiendan su jurisdicción a dos o más provincias de la misma comunidad autónoma [...]”.

atribuir tales funciones en exclusiva a alguno de tales Juzgados en su demarcación. Esto implica que, al menos temporalmente, en bastantes juzgados la segunda forma de especialización irá acompañada de cierta carga de trabajo de asuntos civiles ordinarios, y en algunos juzgados no habrá especialización en ninguna de sus dos formas.

Hasta aquí, en síntesis muy apretada, el cambio normativo que ha afectado a las características de la jurisdicción sobre la materia concursal.

Yendo más allá, debe decirse que ese cambio fue precedido y ha sido acompañado de un amplia polémica sobre las razones de política legislativa que justifican la especialización, y concretamente ésta.

Utilizaremos los argumentos a favor de esta innovación organizativa que el legislador presenta en la Exposición de Motivos de la LO 8/2003, como hilo conductor de la argumentación más abierta que se ha desarrollado en el debate doctrinal.

En primer lugar, con la creación de los Juzgados de lo Mercantil se logra –dice la Exposición de Motivos- que “la totalidad de las materias que se susciten dentro de su jurisdicción sean resueltas por titulares con conocimiento específico y profundo de la materia, lo que ha de facilitar unas resoluciones de calidad en un ámbito de indudable complejidad técnica”.

Este argumento, compartido muy ampliamente por los mercantilistas<sup>73</sup> y por magistrados,<sup>74</sup> se funda en una especial dificultad de las normas que rigen la materia y de los principios jurídicos que las informan, que aconsejaría una especial preparación para adquirir un conocimiento suficiente de unas y otros. Las normas son abundantes, están sometidas a fenómenos de internacionalización y a dinámicas de cambios acelerados. A esto habría que añadir que la gran potencialidad de la autonomía de la voluntad en estas materias da vida a una gran variedad de estructuras negociales igualmente cambiantes. Por otra parte, el conocimiento adecuado de la materia normada también requiere un cierto grado de formación en disciplinas diferentes al Derecho. En fin, podría decirse que una correcta aplicación de los estándares a los que las normas y actos negociales hacen frecuente referencia, sólo puede hacerse a partir del conocimiento y comprensión de la realidad socioeconómica en cuyo seno se generan.

Críticamente se ha sostenido, por el contrario, que, en cuanto a la dificultad de alcanzar un conocimiento cabal de la materia normada, puede ser superada, sin asumir los inconvenientes que genera la creación de juzgados especializados, concediendo a la actividad probatoria en los procesos la importancia que merece.<sup>75</sup> De otra parte, ante la complejidad de las normas y principios jurídicos puede reaccionar mejor un juez generalista bien formado;<sup>76</sup> tanto más si se tiene presente la estrecha interrelación

---

<sup>73</sup> ROJO, “La reforma del Derecho concursal español”, págs. 118-119, así como los autores y obras citados por BANACLOCHE PALAO, *Los Juzgados de lo Mercantil*, págs. 98-99.

<sup>74</sup> CONCEPCIÓN, *Derecho Concursal Práctico*, págs. 966-968; RODRÍGUEZ SAN VICENTE, “Los Juzgados de lo Mercantil”, págs. 162-164.

<sup>75</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, “Los juzgados de lo Mercantil”, págs. 135-136. A pesar de ser partidario de la especialización, se muestra crítico con este aspecto de su justificación RODRÍGUEZ SAN VICENTE, “Los Juzgados de lo Mercantil”, págs. 168-169.

<sup>76</sup> BANACLOCHE PALAO, *Los Juzgados de lo Mercantil*, págs. 94-95, citando a De la Oliva.

entre Derecho mercantil y Derecho Civil, que ha conducido a postular la unificación del Derecho Privado, al menos la de algunos sectores como el Derecho de obligaciones.<sup>77</sup> Específicamente, se apunta como paradójico que, respecto de la materia concursal, se postule, simultáneamente, especialización y multidisciplinariedad, siendo así que la última es más alcanzable por quien tiene una amplia diversidad de conocimientos.<sup>78</sup>

En segundo término –sigue la Exposición de Motivos- la especialización ha de “contribuir a que esas mismas resoluciones se dicten con mayor celeridad, pues ese mejor conocimiento del juez en la materia se traducirá en una mayor agilidad en el estudio y resolución de los litigios”.

No puede negarse el acierto de este criterio, pero representa una visión parcial de las circunstancias que influyen en la agilización del trabajo judicial. La doctrina ha destacado que la creación de juzgados especializados –con competencia objetiva diferenciada- introduce factores retardatarios, como el de la mayor oportunidad de que se susciten controversias competenciales.<sup>79</sup> Debe, no obstante, hacerse notar que la incidencia de este factor es menor en materia concursal, por el estricto régimen de la atracción de la competencia a favor del Juzgado del concurso.

“En tercer lugar, se conseguirá –dice la Exposición de Motivos de la LO 8/2003- más coherencia y unidad en la labor interpretativa de las normas, siendo posible alcanzar criterios más homogéneos, evitándose resoluciones contradictorias en un ámbito de indudable vocación europea, lo que generará una mayor seguridad jurídica”.

Éste es, probablemente, el argumento más débil. Dado que no es legalmente preceptiva la especialización en la segunda instancia –depende de la especialización de secciones de Audiencias Provinciales, y ésta, a su vez, de los recursos presupuestarios y de una decisión discrecional del CGPJ- y que no está prevista en modo alguno respecto del Tribunal Supremo,<sup>80</sup> es inalcanzable el objetivo de una doctrina jurisprudencial unificada y, al mismo tiempo, con el “marchamo de calidad” de haber sido formada por magistrados especialistas.

Termina la Exposición de Motivos afirmando que la creación de los Juzgados especializados “dentro del orden jurisdiccional civil supondrá una redistribución del trabajo que correlativamente favorecerá el mejor desarrollo de las previsiones de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”. La afirmación –un tanto críptica- parece apuntar a la idea de que la reforma organizativa producirá una liberación de carga de trabajo de los JPI, que redundará en una mayor agilidad de los procesos de su competencia. Obviamente ésta no es pura consecuencia de la reforma organizativa. Depende del número neto –es decir, no por transformación de JPI- de Juzgados de lo Mercantil que

---

<sup>77</sup> EIZAGUIRRE BERMEJO, J. M., “Los Juzgados de lo Mercantil: un atentado contra la seguridad jurídica”, en *La Ley*, núm. 5648, 5 noviembre 2002, pág. 1, citado por BANACLOCHE PALAO, *Los Juzgados de lo Mercantil*, pág. 97.

<sup>78</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, “Los juzgados de lo Mercantil”, págs. 142-143.

<sup>79</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, “Los juzgados de lo Mercantil”, págs. 141-142; PICÓ I JUNOY, “Los juzgados de lo Mercantil”, págs. 52-53.

<sup>80</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, “Los juzgados de lo Mercantil”, pág. 142; PICÓ I JUNOY, “Los juzgados de lo Mercantil”, págs. 53, 57-58.

se creen y del número de asuntos de competencia de los JPI y de los de competencia de los Juzgados de lo Mercantil que se planteen en las demarcaciones territoriales en los que se creen los últimos.<sup>81</sup> Incluso puede afirmarse, sin riesgo de error, que la creación legal de juzgados especializados hace al sistema menos flexible en cuanto a la posibilidad de distribuir equitativamente la carga de trabajo entre los Juzgados de la demarcación, porque ya no pueden operar las simples reglas de reparto, siendo necesario el complejo procedimiento de creación y supresión de juzgados. Esto explica la prudente programación de la implantación efectiva de los nuevos juzgados.<sup>82</sup>

## **2. La extensión de la competencia objetiva de los tribunales competentes para el concurso**

Presupuesto que el órgano jurisdiccional competente para conocer del concurso va a ser un órgano especializado, se plantea una nueva cuestión que puede presentar matices problemáticos: la extensión de la competencia objetiva de esos tribunales especializados. Limitando este problema de extensión a la competencia objetiva sobre asuntos que guardan relación con el concurso; es decir, a los asuntos cuyo conocimiento les debe ser atribuido en cuanto que esos tribunales tienen la competencia para la declaración del concurso y para dirigir los procedimientos judiciales –sean o no jurisdiccionales- que la ley vincula a esa declaración.

En el aspecto menos novedoso, la LCon resuelve la cuestión con la tradicional solución de un régimen específico de acumulación: se acumulan al juicio universal (de concurso) todos los asuntos litigiosos de trascendencia patrimonial sobre el patrimonio del concursado. El objetivo de esta acumulación no es reunir varios procesos en un solo procedimiento para evitar contradicción entre las sentencias. Aquí se trata de someter las actuaciones procesales (tanto declarativas -arts. 50.1 y 51.1 LCon-, como ejecutivas -arts. 55, 56 y 57 LCon-) para hacer valer derechos de trascendencia patrimonial contra el concursado, al tratamiento propio del proceso concursal, para que aquellos derechos sean judicialmente declarados en este proceso (arts. 51.1, inciso segundo y 192 LCon, aunque hay excepciones, como puede verse en los arts. 51.1, inciso primero y 86.1 LCon) y, sobre todo, para que sean satisfechos ejecutivamente dentro del mismo (arts. 154 y siguientes LCon).

Este régimen específico de acumulación tiene como consecuencia la atracción a la competencia del juzgado del concurso de todos los asuntos de Derecho privado, de trascendencia patrimonial sobre el patrimonio del concursado, marginando todos los requisitos de competencia, de adecuación de procedimiento y de estado de

---

<sup>81</sup> DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, “Los juzgados de lo Mercantil”, págs. 139-141; PICÓ I JUNOY, “Los juzgados de lo Mercantil”, págs. 53, 55.

<sup>82</sup> Para la efectiva implantación de la nueva clase de Juzgados prevista por la reforma de la LOPJ, el art. 19 bis de la Ley de Planta y Demarcación prevé tres formas de actuación: creación neta de Juzgados de lo Mercantil, transformación de Juzgados de Primera Instancia y de Primera Instancia e Instrucción en Juzgados de lo Mercantil y compatibilización, en un mismo Juzgado, de las materias mercantiles con el resto de las de la jurisdicción civil. Esta norma y la más arriba mencionada disposición transitoria única de la LO 8/2003 han conducido a que, en julio de 2004, sólo fueran efectivamente implantados Juzgados de lo Mercantil en 16 provincias, mientras que en las 34 restantes los JPI ejercerán, de momento, las funciones de los mismos; véase, PICÓ I JUNOY, “Los juzgados de lo Mercantil”, págs. 55-56.

tramitación, que, según el régimen ordinario de la acumulación, serían óbice para que la misma fuera admitida.

No obstante, esta atracción competencial estaba sujeta –antes de la nueva ordenación del concurso- a una importante limitación: el juzgado del concurso –en ese momento no especializado- no extendía su competencia a los asuntos laborales y administrativos con trascendencia patrimonial sobre el patrimonio del concursado. En esta materia la reforma concursal ha introducido novedades polémicas.

En el Derecho español, la llamada jurisdicción, o, mejor, competencia genérica de los cuatro órdenes jurisdiccionales en los que se divide la organización judicial ordinaria, está delimitada en función de cuatro grandes sectores del ordenamiento jurídico: el orden civil, cuyos tribunales tiene atribuidos los asuntos sujetos a Derecho privado; el orden penal, para el enjuiciamiento de delitos y faltas; el orden social, cuyos tribunales conocen de los asuntos de la rama social del Derecho; el orden contencioso-administrativo, sobre los litigios que origina la actividad de las Administraciones públicas sujeta a Derecho administrativo.<sup>83</sup>

Ahora bien, el concurso requiere aplicar normas que, por su naturaleza, corresponden a esos diversos sectores del ordenamiento, normas que incluso pueden estar formuladas en disposiciones de la LCon. Era razonable plantearse si y en qué medida asuntos litigiosos –de naturaleza y régimen jurídicos diferenciados en atención a lo más arriba apuntado- deben ser incluidos en la competencia objetiva de los nuevos juzgados especializados, aunque estos se hallen integrados en el orden jurisdiccional civil.

Después de que el Código Penal de 1995 tipificara de forma autónoma el delito de insolvencia punible y desvinculara al juez penal de apreciaciones del juez civil, el problema se ceñía a los asuntos administrativos y socio-laborales. Sólo respecto de los últimos ha recibido una respuesta específica en la reforma concursal, lo que ha sido objeto de críticas, porque la coherencia en concentrar en la competencia objetiva del Juzgado de lo Mercantil los asuntos litigiosos conexos con el concurso sólo ha sido respetada parcialmente, al no haberse aplicado a los asuntos de Derecho administrativo.<sup>84</sup>

La inclusión en la competencia objetiva de asuntos que, fuera del estado de concurso, corresponden a la competencia de los órganos del orden jurisdiccional social, tiene la doble manifestación que vamos a examinar brevemente.

#### ***A) Competencias en asuntos en que se insta tutela judicial declarativa***

Al Juzgado de lo Mercantil se le atribuye competencia para conocer de algunos asuntos en los que se solicita tutela jurisdiccional declarativa. Se trata de pretensiones de modificación sustancial de las condiciones de trabajo y de suspensión o extinción colectiva de las relaciones laborales (art. 86 ter.1.2º LOPJ; arts. 8.2º y 64 LCon). Como ya hicimos notar más arriba,<sup>85</sup> la reforma concursal hace

---

<sup>83</sup> Véase, sobre esto, ORTELLS RAMOS, *Derecho Procesal Civil*, págs. 202-207.

<sup>84</sup> “Dictamen del Consejo Económico y Social”, pág. 392, y, más claramente, “Voto particular que formulan los consejeros de UGT, CCOO y CIG”, pág. 408.

<sup>85</sup> Véase apartado II, 1, B, b, b’.

inmediatamente objeto de decisión jurisdiccional –además, del Juzgado de lo Mercantil- cuestiones que, en defecto del estado de concurso, son, al menos en un primer momento, decididas mediante el poder de dirección del empresario o mediante una potestad de la Administración pública, que ha de autorizar ciertos cambios jurídicos.

A esas pretensiones la LCon añade (art. 64.10) las individuales de resolución de contrato de trabajo por falta de pago del salario o retrasos continuados en el pago, que pueden formular los trabajadores, si el número de las mismas es elevado en proporción al número de trabajadores de la empresa.

Con estas dos atribuciones competenciales, decisiones que tienen una decisiva influencia en las posibilidades de conservación de la empresa quedan en manos del Juzgado (de lo Mercantil) competente para conocer del concurso, probablemente por entenderse que este Juzgado dispone de la información más completa sobre las posibilidades de conservación de la empresa y sobre las medidas idóneas para facilitarla.

Pero esta innovación ha sido mirada con recelo por la representaciones sindicales de los intereses de los trabajadores,<sup>86</sup> que han llegado a sostener que la privación de competencias a los jueces de lo social “no tiene otra razón de ser que la existencia de una desconfianza de fondo sobre ellos, como si el juez del concurso fuera a tener un tratamiento más favorable para la empresa, o para el conjunto de los acreedores, en perjuicio de los derechos de los trabajadores, lo que es de todo punto inadmisibile”.<sup>87</sup>

La crítica de la que fue objeto el Anteproyecto –que, en esta materia, preveía mayores recortes en la competencia de los juzgados de lo social que los, en definitiva, establecidos por la ley- condujo también –en un obvio intento de reequilibrio a favor de los tribunales del orden jurisdiccional social- a atribuir a estos tribunales las competencias funcionales para conocer de los recursos que sean admisibles contra resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil en materia laboral (art. 75.2º LOPJ; art. 64.8 LCon). Esto rectifica la tendencia a conformar un nuevo ámbito de especialización, cuyo centro sea la institución del concurso, y no la naturaleza jurídica de las diversas normas que confluyen en el régimen jurídico de la misma.

### ***B) Competencia en asuntos de tutela judicial ejecutiva***

También le compete al Juzgado de lo Mercantil que conoce del concurso la ejecución, dentro del concurso, de los títulos ejecutivos que reconocen créditos a favor de los trabajadores frente a la empresa concursada, con la única excepción de aquellas ejecuciones en las que, al ser declarado el concurso, ya se hubieran embargado bienes del concursado, siempre que los bienes objeto de embargo no resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor (art. 55.1, párrafo segundo).

---

<sup>86</sup> Algún apunte crítico llega a expresarse en el “Dictamen del Consejo Económico y Social”, pág. 392; y con más nitidez en “Informe de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras”, pág. 415.

<sup>87</sup> “Voto particular que formulan los consejeros de UGT, CCOO y CIG, así como otros consejeros, al Dictamen del Consejo Económico y Social”, pág. 407.

De este modo, termina el denominado “privilegio de ejecución separada” a favor de créditos laborales reconocidos en título ejecutivo. Ese especial régimen mantenía en la competencia de los juzgados de lo social la competencia para la ejecución de esos títulos, a pesar de estar declarado el estado de concurso del deudor, y, además, no solamente en cuanto a los créditos laborales a los que el Derecho material asigna el carácter de privilegiados.<sup>88</sup> Su resultado práctico era una ampliación del “privilegio” de los créditos laborales más allá de los supuestos en los que las normas de Derecho material atribuyen a algunos de tales créditos la condición de privilegiados: una rectificación de ese resultado práctico era jurídicamente posible, pero las actuaciones necesarias se constituían en dificultad añadida y generaban costes adicionales.

Esta innovación ha sido recibida con críticas desde las posiciones de los sindicatos.<sup>89</sup> Mereció, en cambio, una valoración positiva en el informe del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de LCon, que, por una parte, resaltaba los inconvenientes que ese régimen originaba en el desarrollo ordenado del concurso y en la consecución de los fines del mismo, y, por otra parte, hacía notar la contradicción consistente en mantener ese régimen al mismo tiempo que existe y funciona un régimen público de aseguramiento del pago de salarios pendientes de pago en caso de insolvencia del empresario –el Fondo de Garantía Salarial-.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Puede verse una amplia exposición en ALTÉS TÁRREGA, *Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral*, págs. 396-426.

<sup>89</sup> “Voto particular que formulan los consejeros de UGT, CCOO y CIG, así como otros consejeros, al Dictamen del Consejo Económico y Social”, págs. 409-411; “Informe de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras”, pág. 415.

<sup>90</sup> “Dictamen del Consejo de Estado”, págs. 458-460.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

ALTÉS TÁRREGA, J. A., *Suspensión de pagos y quiebra en el ordenamiento jurídico laboral. Privilegios salariales y aspectos procesales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. BANACLOCHE PALAO, J., *Los Juzgados de lo Mercantil: Régimen jurídico y problemas procesales que plantea su actual regulación*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005. BELTRÁN SÁNCHEZ, E. M., “La conversión de la fase de convenio en fase de liquidación en el concurso de acreedores”, en *Revista Jurídica de Catalunya, Llei Concursal*, 2004, núm. 4. BELTRÁN, E., “El problema del coste del concurso de acreedores: coste de tiempo y coste económico”, en *La reforma de la legislación concursal*, dir. Rojo, A., Madrid, Marcial Pons-Registadores de España, 2003. BONSIGNORI, A., “Il fallimento”, en *Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia*, dir. Galgano, F., Cedam, Padova, 1986. CAMPANA, M. J., “L’impresa in crisi. L’esperienza del Diritto francese”, en *Crisi d’impresa e procedure concursali in Italia e in Europa*, ed. Ragusa Maggiore, G. y Tortorici, G., Cedam, Padova, 2002. CONCEPCIÓN, J. L., *Derecho Concursal Práctico*, coord. Fernández-Ballesteros, M A., La Ley-Iurgium, Madrid, 2004. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Informe sobre el Anteproyecto de Ley Concursal”, en *La reforma de la legislación concursal*, cit. CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., “Aproximación al proceso de declaración de quiebra”, en *Revista de Derecho Mercantil*, octubre-diciembre, 1977. DE BUSTOS, M., *Derecho Concursal Práctico*, cit. DE LA OLIVA SANTOS, A., *Derecho Procesal Civil*, IV, con Fernández López, M. A., Editorial CEURA, Madrid, 1991. “Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley Concursal y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal”, en *La reforma de la legislación concursal*, cit. “Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley Concursal y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal”, en *La reforma de la legislación concursal*, cit. DÍEZ-PICAZO JIMÉNEZ, I., “Los juzgados de lo Mercantil”, en *La reforma de la legislación concursal*, cit. FAIRÉN GUILLÉN, V., “Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855”, en *Temas del ordenamiento procesal*, I, Editorial Tecnos, Madrid, 1969. FERNÁNDEZ DEL POZO, L., “Sobre la preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal”, en *La reforma de la legislación concursal*, cit. FOSCHINI, M., “La autotutela del creditore nelle normative sulle procedure concursali”, en *Crisi d’impresa e procedure concursali in Italia e in Europa*, cit. FRASCAROLI SANTI, E., “L’autonomia privata nei progetti di riforma fallimentare in Italia e nei sistemi concursali europei”, en *Crisi d’impresa e procedure concursali in Italia e in Europa*, cit. HERNÁNDEZ MARTÍ, J., *Suspensión de pagos, quiebras e insolvencias punibles*, dir. Hernández Martí, J., Valencia, 2001. ILLESCAS ORTIZ, R., “Relazione di sintesi”, en *Crisi d’impresa e procedure concursali in Italia e in Europa*, cit. “Informe de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras sobre el Anteproyecto de Ley Concursal y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal”, en *La reforma de la legislación concursal*, cit. JORIO, A., “Soluzioni giudiziali o stragiudiziali alternative o concorrenti delle crisi d’impresa”, en *Crisi d’impresa e procedure concursali in Italia e in Europa*, cit. LÓPEZ-BARAJAS PEREA, I., *La ejecución general administrativa de las entidades aseguradoras*, Colex, Madrid, 2004. MACHADO PLAZAS, J., “La administración concursal”, en *Revista Jurídica de Catalunya, Llei Concursal*, 2004, cit. NIGRO, A., “Los problemas fundamentales del Derecho concursal desde la perspectiva de reforma del ordenamiento italiano”, en *La reforma de la legislación concursal*, cit. ORTELLS RAMOS, M., “Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 1984-85, núm. 3. ORTELLS RAMOS, M., con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2004. ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Comares, Granada, 1999. PACCHI PESUCCI, S., “La posizione dei creditori nella legge di riforma italiana”, en *Crisi d’impresa e procedure concursali in Italia e in Europa*, cit. PEITEADO MARISCAL, P., *La declaración de concurso*, Thomson-Civitas, Madrid, 2005. PICÓ I JUNOY, J., “Los juzgados de lo Mercantil”, en *Revista Jurídica de Catalunya, Llei Concursal*, cit. RAGUSA MAGGIORE, G., “Linee generali di coordinamento tra le procedure concorsuali in Italia e in Europa”, en *Crisi d’impresa e procedure concursali in Italia e in Europa*, cit. RIFÁ SOLER, J. M., *Derecho Concursal Práctico*, cit. RIOS SALMERÓN, B., “La Ley Concursal y los trabajadores por cuenta ajena”, en *Revista Jurídica de Catalunya, Llei Concursal*, cit. RODRÍGUEZ SAN VICENTE, M. M., “Los Juzgados de lo Mercantil”, en *Derecho Concursal*, dir. García Villaverde, R., Alonso Ureba, A, Pulgar Ezquerro, J., Editorial Dilex,

Madrid, 2003. ROJO, A., “La legitimación para presentar propuesta de convenio”, en *Revista Jurídica de Catalunya, Llei Concursal*, cit. ROJO, A., “La reforma del Derecho concursal español”, en *La reforma de la legislación concursal*, cit. VICENT CHULIÁ, F., *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, II, José María Bosch Editor, Barcelona, 1990. VICENT CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 1997. “Voto particular que formulan los consejeros de UGT, CCOO y CIG, así como otros consejeros, al Dictamen del Consejo Económico y Social sobre el Anteproyecto de Ley Concursal y el Anteproyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal”, en *La reforma de la legislación concursal*, cit. YANES YANES, P., “La administración concursal”, en *Derecho Concursal*, cit.

LE CODE DE LA PROCEDURE CIVILE DE 1806 ET LA PREMIERE CODIFICATION  
PROCEDURALE CIVILE ESPAGNOLE: PARALLELISMES, COÏNCIDENCES, DIVERGENCE<sup>(\*)</sup>

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático Derecho procesal  
Universidad de Valencia

## I. INTRODUCTION

Le destin du *Code de Procédure Civile* de 1806 (ci-après, le *Code*) dans le contexte des systèmes procéduraux européens a été divers. Cet essai<sup>(1)</sup> porte sur ce destin dans l'une des scènes où il est raisonnable de penser que le *Code* a eu une projection : la première codification procédurale civile espagnole, qui a abouti sur la *Ley de Enjuiciamiento Civil* [Loi de Procédure Civile] de 1855.

En synthèse, à mon avis, entre les deux événements législatifs, il y a eu, d'abord, des parallélismes. C'est à dire, des aspects où, en suivant chacun son propre chemin, on peut constater des similitudes dans la forme et dans les critères de base auxquels la codification de la procédure civile a dû faire face.

Par ailleurs, certaines institutions de la procédure civile espagnole présentaient une coïncidence tellement remarquable avec des institutions du *Code*, qu'il est justifié d'examiner s'il a eu une influence spécifique sur leur régulation.

En dernier lieu, la codification de la procédure civile espagnole est représentative d'une divergence avec le code notamment remarquable. Jusqu'à des époques très récentes, la procédure civile espagnole a fui l'oralité et la publicité des débats procéduraux, qui, précisément, ont fait de la procédure civile du *Code* un modèle pour la réforme dans les pays de l'Europe continentale.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en 1806-1976-2006. *De la commémoration d'un Code à l'autre: 200 ans de procédure civile en France*, Lexis Nexis Litec, Paris, 2006, pp. 167-186. Publicado también, en español, en *Estudios de Derecho en homenaje a Raúl Tavorari Oliveros*, Lexis Nexis, Santiago de Chile, 2007, pp. 3-24.

<sup>(1)</sup> Cette étude a été réalisée dans le contexte du Projet de Recherche SEJ2005-08384-C02-01JUR, subventionné par le Ministère de l'Éducation et des Sciences.

## II. LA PROCEDURE CIVILE ESPAGNOLE A LA PREMIERE MOITIE DU XIX<sup>e</sup> SIECLE

Les points comparatifs que je développerai dans les sections III, IV et V doivent partir d'une exposition, qui doit être nécessairement une synthèse, de la situation de la procédure civile espagnole dans la période contemporaine à la promulgation du *Code* et à ses premières années en vigueur.

En outre, il est convenable de rappeler que cette situation normative ne se limitait pas à l'Espagne. Jusqu'à un moment déterminé, par stricte vigueur normative, et, après l'indépendance des colonies américaines, par affinité de culture juridique, la procédure civile espagnole a soit régi, soit eu une influence sur les ordres juridiques du continent américain, du Mexique à l'Argentine.

### A.- La situation normative

La situation normative de la procédure civile espagnole pendant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle est encadrée par deux textes dont les réformes étaient différentes, mais dont les contenus normatifs, en grande mesure, coïncidaient : la *Novísima Recopilación de las Leyes de España* de 1805 (ci-après, la *Novísima Recopilación*) [Très Nouvelle Compilation des Lois d'Espagne] et la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855 (ci-après, LEC/1855).

La *Novísima Recopilación* a été un texte normatif profondément marqué par la technique législative employée pour son élaboration<sup>(2)</sup>. L'objectif a été de réunir systématiquement les textes normatifs postérieurs à la *Nueva Recopilación* de 1567 [Nouvelle Compilation], avec les textes déjà recueillis, afin d'offrir un texte unique qui contienne toutes les dispositions en vigueur dans le Royaume. Pour parvenir à ce but, il était donc juste de laisser d'inclure dans l'œuvre les textes normatifs réitératifs, les textes abrogés et les textes qui, pour différentes raisons, étaient tombés en désuétude. Il était aussi peut-être approprié de corriger des expressions anciennes, propres de l'étape historique à laquelle avait été dictée la norme. Cependant, en tout cas, le travail ne consistait pas à donner une nouvelle forme à l'expression normative des dispositions, et, encore moins, à ce que le titulaire du pouvoir normatif introduise des régulations *ex novo*, conformément à la nouvelle réalité sociale et à de nouveaux critères politiques.

Comme conséquence de ce qui a été dit, la *Novísima Recopilación* a été un texte qui a eu une faible signification dans la codification de la procédure civile espagnole.

D'une part, et substantiellement, elle a représenté la consolidation du régime traditionnel de la procédure civile, qui avant se trouvait dans le Livre IV de la *Nueva Recopilación* – et qui, dans la *Novísima*, se trouve dans le Livre XI –, et dans la *Partida* III [Compilation juridique formée à la fin du XIII<sup>e</sup> siècle dans la couronne de Castille] – texte normatif applicable supplétoirement, mais qui en réalité et

---

<sup>(2)</sup> FAIRÉN GUILLÉN, V., «Estudio histórico externo de la Ley de Enjuiciamiento civil de 1855», dans *Temas del Ordenamiento Procesal*, I, Madrid, 1969, p. 52-59.

fréquemment, était appliqué de préférence, à cause du caractère fragmentaire des dispositions procédurales contenues dans les *Recopilaciones*<sup>(3)</sup>.

D'autre part, les textes qui ont été inclus dans la *Novísima*, et qui étaient postérieurs à la *Nueva Recopilación*, faisaient référence à des matières procédurales d'une importance infime<sup>(4)</sup>.

Postérieurement à la *Novísima Recopilación*, la procédure civile a été l'objet de réformes partielles d'ampleur et de stabilité différentes.

Parmi ces réformes, il faut mettre en relief, tout d'abord, la *Ley de Enjuiciamiento sobre negocios y causas de comercio* [Loi de Procédure sur les affaires et les procès de commerce], un premier échantillon, avec le *Código de Comercio* [Code du Commerce] de 1829, de la codification espagnole, qui a réglé les tribunaux du commerce et leur procédure. La régulation de la procédure du commerce a été effectuée conformément à des critères qui, par la suite, n'ont pas été pris en considération au moment d'entreprendre la régulation générale de la procédure civile<sup>(5)</sup>.

Ensuite, est importante la Loi du 10 janvier 1838, qui régula le « *juicio de menor cuantía* »<sup>(6)</sup>, qui était un type de procédure à mi-chemin entre la procédure ordinaire traditionnelle et le « *juicio verbal* »<sup>(7)</sup> plus simplifié. Cette Loi a inspiré sa régulation dans des principes procéduraux innovateurs dont la réforme générale de la procédure civile, effectuée quelques années plus tard, a fait abstraction<sup>(8)</sup>.

En dernier lieu, il faut mentionner, malgré la breveté de sa vigueur – elle fut abrogée le 18 mai 1854 –, « *la Instrucción del procedimiento civil con respecto a la Real jurisdicción ordinaria* » [l'Instruction de la procédure civile par rapport à la Royale juridiction ordinaire] du 30 septembre 1853. « *La Instrucción* » n'a pas régulé de façon complète une nouvelle procédure civile ; elle a toutefois modifié des éléments de base de la régulation en vigueur de cette procédure, ce qui aurait provoqué un changement profond<sup>(9)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> FAIREN, «Estudio histórico», p. 52-56 ; MONTERO AROCA, J., «La Ley de Enjuiciamiento civil española de 1855. La consolidación del proceso común», dans *L'Educazione giuridica*. VI. *Modelli storici della procedura civile*, II. *Dall'ordo iudiciarius al codice de procedura*, Napoli, 1994, p. 373 ; MIRAS, A., *Die Entwicklung des spanisches Zivilprozessrechts*, Tübingen, 1994, p. 76-77.

<sup>(4)</sup> MIRAS, *Die Entwicklung*, p. 77-78.

<sup>(5)</sup> FAIREN, «Estudio histórico», p. 64-71 ; MONTERO, « La LEC española de 1855 », p. 381.

<sup>(6)</sup> Le « *juicio de menor cuantía* » est une procédure ordinaire suivie en matière civile, pour toute demande estimée à un montant moyen ou bas.

<sup>(7)</sup> Le « *juicio verbal* » est une procédure ordinaire suivie en matière civile, pour toute demande estimée à un montant infime.

<sup>(8)</sup> FAIREN, «Estudio histórico», p. 79-87.

<sup>(9)</sup> PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, L., «La Instrucción del Marqués de Gerona para arreglar el procedimiento de los negocios civiles con respecto a la Real jurisdicción ordinaria», dans *Trabajos y orientaciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1964, p. 869-886 ; FAIREN, « Estudio histórico », p. 90-97 ; MIRAS, *Die Entwicklung*, p. 97-102.

La réaction critique des professionnels des barreaux, principalement des avocats, contre « *la Instrucción* », a provoqué son abrogation. Au cours des mois suivants, et précisément avec la participation de juristes qui avaient ressortis par leurs critiques aussi bien à « *la Instrucción* » qu'à la susmentionnée *Ley del juicio de menor cuantía*, ont débuté les travaux préparatoires de la première *Ley de Enjuiciamiento Civil*. Un projet de loi de bases a été présenté à *Las Cortes* le 31 janvier 1855 et, après un court débat parlementaire, la *Ley de Bases* a été approuvée et appliquée le 13 mai 1855. Le texte articulé a été élaboré en un peu plus de quatre mois et il a été approuvé et promulgué moyennant le *Real Decreto* [Décret Royal] du 5 octobre 1855<sup>(10)</sup>.

Avec la LEC/1855 la procédure civile espagnole a commencé à être régulée par ce que nous comprenons comme un code, étant donné la forme dans laquelle sont établis dans le texte les propositions normatives et le régime systématique des dispositions conformément à un plan<sup>(11)</sup>.

Pourtant, le changement de technique législative ne dit rien sur le contenu normatif des dispositions. Celui-ci a continué d'être, dans des aspects abondants et importants, celui de la procédure civile de la *Partida III* et des *Recopilaciones*<sup>(12)</sup>.

### **B.- Sa zone d'influence**

Lorsqu'ils ont accédé à l'indépendance et ont commencé à configurer leur organisation étatique et à élaborer leur propre législation, les pays ibéroaméricains ont pris en considération différents modèles selon la matière qu'ils voulaient réguler. Comme il a été noté<sup>(13)</sup>, en matière constitutionnelle et administrative l'attention s'est essentiellement portée sur le modèle nord-américain, qui a aussi été influent en matière d'organisation judiciaire<sup>(14)</sup>, tandis qu'en Droit privé et en procédure civile les nouveaux États sont restés fidèles à l'héritage reçu de l'ancienne métropole.

En premier lieu, pendant les années initiales de l'indépendance a été simplement confirmée la vigueur des mêmes textes normatifs qui régissaient à

---

<sup>(10)</sup> FAIREN, «Estudio histórico», p. 97-111 ; MONTERO, «La LEC de 1855», p. 404-407 ; MIRAS, *Die Entwicklung*, p. 103-104.

<sup>(11)</sup> FAIREN, «Estudio histórico», p. 106, conteste qu'il s'agisse d'un code ; il pense qu'elle continue à répondre à la technique de la compilation. De mon point de vue, même si l'on peut être en désaccord avec la LEC/1855, aussi bien au bon sens de son contenu, qu'à celui de son système, l'apparence formelle de ce contenu est remarquablement différente à celle des anciennes compilations.

<sup>(12)</sup> MONTERO, «La LEC española de 1855», p. 409-431.

<sup>(13)</sup> LIEBMAN, E. T., «Istituti del diritto comune nel processo civile brasiliano», dans *Problemi del processo civile*, Naples, 1962, p. 491-492.

<sup>(14)</sup> ALSINA, H., «Influencia de la Ley española del enjuiciamiento civil de 1855 en la legislación procesal argentina», dans *Actas del I Congreso Ibero-Americano y filipino de Derecho Procesal*, Madrid, 1955, p. 301 ; OÑATE LABORDE, S., «Evolución del Derecho procesal mexicano. Antecedentes, desarrollo histórico, problemas centrales y soluciones», dans *LXXV años de evolución jurídica en el mundo*, III, Mexico, 1978, p. 226-227.

l'époque coloniale<sup>(15)</sup>. En bref, par rapport à la procédure civile, cela signifiait la vigueur des *Partidas*<sup>(16)</sup>.

Par ailleurs, lorsque l'élaboration des premiers codes de procédure civile a commencé, la LEC/1855 a exercé une influence décisive en tant que leur modèle<sup>(17)</sup>.

Parmi les facteurs qui ont contribué à cette influence, il faut en ressortir un. D'après ce que nous avons vu, la LEC/1855 a supposé des changements infimes par rapport au système de procédure pratiqué séculairement – aussi dans les colonies espagnoles en Amérique –, de sorte que le barreau, caractérisé par le conservatisme en matière judiciaire, se trouvait dans la meilleure disposition pour assimiler des lois procédurales taillées sur le modèle de la LEC/1855<sup>(18)</sup>.

### III.- SES PARALLELISMES

L'appréciation de la signification que le *Code* a eu depuis la perspective de la situation normative de la procédure civile espagnole pendant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle nous mène à faire ressortir deux parallélismes intéressants entre ces deux expériences historiques de régulation de la procédure civile.

D'une part, l'option qu'elles représentent en ce qui concerne l'attribution du pouvoir de réguler la procédure civile.

D'autre part, le critère recteur de base qui détermine le contenu de la régulation.

#### A.- La Loi face à « l'autorégulation » par la pratique du barreau

Aussi bien le *Code* que les corps normatifs formés dans le domaine espagnol sont significatifs du choix de la loi comme source de régulation de la procédure, au lieu d'attribuer aux tribunaux, aux juristes qui agissent dans et près des tribunaux, un pouvoir de configurer l'instrument procédural, moyennant sa pratique réflexive.

D'emblée, on pourrait penser que ce choix trouvait ces sources, du moins dans le cas du *Code*, dans des postulats révolutionnaires tels que la loi comme expression de la volonté générale – qui uniquement pourrait être imposée aux personnes –, l'égalité devant la loi – qui pourrait être en danger dans l'absence d'une procédure générale et

---

<sup>(15)</sup> Voir, par exemple, OÑATE, «Evolución», p. 232 ; ALSINA, «Influencia», p. 295, 305 ; MORALES MOLINA, H., *Curso de Derecho procesal civil. Parte general*, Bogotá, 1983, p. 173 ; PARODI REMON, C. A., «Legislación orgánica y procesal del Perú», dans *Justicia* 83, IV, p. 1010.

<sup>(16)</sup> ALCALA-ZAMORA, N., «Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios en primera instancia en los países iberoamericanos», dans *Nuevos estudios de Derecho procesal*, Madrid, 1980, p.74.

<sup>(17)</sup> ALSINA, «Influencia», p. 301, 304, 306-308; OÑATE, «Evolución», p. 232; MORALES, *Curso*, p. 173; ALCALA-ZAMORA, N., «Código modelo y modelo de Códigos: el de procedimiento civil de la Ciudad del Vaticano», dans *Estudios procesales*, Madrid, 1975, p. 419-420 ; VESCOVI, E., *Derecho procesal civil*, I, Montevideo, 1974, p. 113.

<sup>(18)</sup> ALCALA-ZAMORA, «Introducción al estudio de los procedimientos ordinarios», p. 73, note 26; du même auteur, «A propósito de una planeada ley procesal civil», p. 200-201. JOFRE faisait aussi référence au conservatisme du barreau pour expliquer le phénomène surprenant que la « révolution de mai 1810 » n'ait pas modifié la justice coloniale, cité par ALSINA, «Influencia», p. 296, note 3.

unitaire d'application – et la position qui était désignée aux juges dans l'architecture des pouvoirs de l'État.

Néanmoins, tel que Picardi l'a illustré d'une façon très convaincante, l'assomption par l'État du pouvoir de réguler la procédure civile a des sources historiques plus profondes, qui, dans le cas de la France, se sont manifestées avec force dans l'élaboration, la promulgation et l'implantation de l'*Ordonnance* de 1667<sup>(19)</sup>.

Or, il est raisonnable de penser que les principes de la Révolution – ceux qui n'ont pas disparu après le Thermidor – ont contribué à octroyer une nouvelle légitimité, de nouvelles justifications, à l'attribution de la régulation de la procédure au pouvoir législatif de l'État.

En Espagne – notamment, jusqu'à un moment déterminé, dans les territoires de la Couronne de Castille – les *Partidas* du roi Alphonse X ont été un échantillon très en avance – dès la fin du XIII<sup>e</sup> siècle – de l'assomption de la part de l'État du pouvoir de régulation de la procédure civile<sup>(20)</sup>. La *Partida* III contient un classement complet et systématique de cette procédure, ajusté aux règles de la procédure commune, qui était reçue de façon très précise et définie dans le texte mentionné<sup>(21)</sup>.

Mais au début du XVIII<sup>e</sup> siècle, l'application effective du Droit de l'État – du Droit Royal ou du Droit de la Patrie, selon la dénomination de l'époque – continuait d'être un problème.

La victoire de Philippe, Duc d'Anjou et petit-fils de Louis XIV, dans la guerre de succession à la couronne espagnole, a été accompagnée de l'implantation de l'unité normative territoriale en Espagne, avec l'abolition des *Derechos Forales* [les Droits Régionaux].

Le souci pour que les tribunaux appliquent de façon effective le Droit Royal s'est manifesté depuis le début du règne de Philippe V<sup>(22)</sup>, et il a continué le long du XVIII<sup>e</sup> siècle, ce qui a donné lieu à diverses mesures de gouvernement. D'une part, il y a eu plusieurs initiatives pour introduire l'étude du Droit Royal dans la formation universitaire des juristes qui, jusqu'à ce moment-là, avait été centrée sur l'étude du Droit romain<sup>(23)</sup>. Simultanément, on a pris conscience du fait que la forme confuse,

---

<sup>(19)</sup> PICARDI, N., «I lavori preparatori del Code Louis», dans *L'Educazione giuridica*. VI. *Modelli storici della procedura civile*, II. *Dall'ordo iudiciarius al codice de procedura*, Naples, 1994, p. 321-329. Mais aussi GLASSON, E., *Précis théorique et pratique de procédure civile*, I, Paris, 1908, p. 45; CHIOVENDA, G., *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, I, (trad. GOMEZ ORBANEJA, E.), Madrid, 1936, p. 123-124; SOLUS, H., PERROT, R., *Droit judiciaire privé*, I, Paris, 1961, p. 62 ; MARTIN-LEBIGRE, A., «Juger dans la France moderne», dans *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, 1996, p. 158.

<sup>(20)</sup> PICARDI, N., «I lavori preparatori», p. 326, note 4. Sur la vigueur des *Partidas* comme texte normatif, MONTERO, «La LEC española de 1855», p. 350-355.

<sup>(21)</sup> MONTERO, «La LEC española de 1855», p. 356-369.

<sup>(22)</sup> MONTERO, «La LEC española de 1855», p. 377.

<sup>(23)</sup> FAIREN, «Estudio histórico», p. 45-46; MONTERO, «La LEC española de 1855», p. 377-379.

désordonnée et dispersée dans laquelle le Droit Royal était exprimé n'était pas convenable pour faciliter sa connaissance, un supposé indispensable pour son application effective. La solution à ce problème, moyennant la formation d'un texte en quelques mesures synthétique et ordonnée, est aussi passée à être un objectif que l'on pensait, pour le moment, atteint avec la *Novísima Recopilación* de 1805<sup>(24)</sup>. En effet, la *Real Cédula de promulgación de la Novísima* [Acte Royal de promulgation de la Très Nouvelle Compilation] non seulement ordonnait que des exemplaires soient envoyés aux tribunaux « pour qu'ils appliquent, dans leur gouvernement interne et dans l'administration de justice, les lois contenues dans ce nouveau Code », mais aussi que « moyennant ce nouveau corpus de lois et celui des *Partidas* l'étude du Droit de la Patrie sera réalisé et formalisé dans toutes les Universités [...] ».

Avec une base idéologique différente de celle qu'il pouvait y avoir sous la monarchie absolue, l'art. 244 de la première Constitution espagnole, celle de 1812, a proclamé que « les lois signaleront l'ordre et les formalités de la procédure, qui seront uniformes dans tous les tribunaux ».

Plus tard, la LEC/1855 a porté ce principe à la réalité, et elle a ainsi doté d'une expression légale claire et précise les normes régulatrices de la procédure civile<sup>(25)</sup>, ce qui a favorisé leur imposition sur la pratique des tribunaux, qui a été déplacée comme règle de la procédure<sup>(26)</sup>. La base 8<sup>e</sup> de la Loi qui a autorisé la formation de la LEC/1855 – dont le contenu est recueilli dans l'art. 1414 de cette Loi – est une expression directe de ce fait qui, en imposant cette Loi comme rectrice de la procédure en cas d'inexistence d'une disposition spéciale sur celle-ci, nie –tacitement, quoique avec éloquence – que la procédure pratiquée traditionnellement par les tribunaux ait une valeur normative.

## **B.- Traditionalisme du contenu de la loi face à l'essai d'une régulation originale**

En dotant de contenu ses lois procédurales pendant le XIX<sup>e</sup> siècle, l'Espagne a suivi un chemin parallèle à celui que la France a parcouru avec le *Code*. Dans les deux pays, on a choisi de conserver essentiellement la régulation traditionnelle de la procédure civile – quoique chaque pays sa tradition, qui était différente –, plutôt que d'entreprendre la configuration d'une nouvelle procédure civile, à partir de critères explicites de politique juridique et de la considération réflexive de l'expérience.

Il est généralement reconnu que le *Code* doit une bonne partie de son contenu à l'*Ordonnance* de 1667, même s'il a aussi incorporé des normes qui recueillaient des pratiques judiciaires déterminées. L'extraction professionnelle des auteurs du projet, connaisseurs du fonctionnement des tribunaux conformément à l'*Ordonnance* de 1667, et l'une des clés qui explique le sens et l'orientation qu'ils ont donnés à leur travail<sup>(27)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> FAIREN, «Estudio histórico», p. 46-50.

<sup>(25)</sup> FAIREN, «Estudio histórico», p. 111 ; ANTEQUERA, J.M., *La codificación moderna en España*, Madrid, 1886, p. 75.

<sup>(26)</sup> MONTERO, «La LEC española de 1855», p. 404.

<sup>(27)</sup> GLASSON, *Précis*, I, p. 6-7, 46 ; CHIOVENDA, *Instituciones*, I, p. 123-124 ; SOLUS, PERROT, *Droit*, I, p. 63 ; CADIET, L., JEULAND, E., *Droit judiciaire privé*, Paris, 2004, p. 16-17.

Avec la LEC/1855 il s'est produit un phénomène semblable. Tout d'abord, la *Ley de Bases* qui a autorisé la formation de la LEC/1855 a établi, comme base première, celle de « rétablir dans toute pureté les règles cardinales des procédures, consignées dans nos anciennes lois ». Bien que la même base habilitait à « introduire les réformes que la science et l'expérience conseillent », la commission rédactrice du texte articulé a notablement centré l'attention sur la première partie de la base, au détriment de la deuxième partie. Le résultat a donc été une loi qui est une réplique de la procédure civile romano-canonique, telle qu'elle a été reçue en Espagne et qu'elle apparaissait définie dans la *Partida III*<sup>(28)</sup>.

Ce modèle de récupération substantielle de la procédure civile traditionnelle contraste avec d'autres possibilités historiquement ouvertes pour déterminer le contenu des nouveaux codes procéduraux civils.

Spécifiquement, dans le cas français, la magnitude des changements politiques et sociaux qui se sont produits pendant la Révolution semblait appelée à laisser une trace plus profonde dans la conception de la procédure civile.

Les intentions de réforme – qui, réellement, se sont manifesté à l'immédiat – ont vu différée sa réalisation. L'*Ordonnance* de 1667 a conservé sa vigueur de Droit ou de fait, en coexistant avec des réformes de portée partielle<sup>(29)</sup>. La réforme la plus radicale, réalisée par la Loi du 3 Brumaire de l'an II<sup>(30)</sup> est restée peu de temps en vigueur, et l'expérience des inconvénients qu'elle a créés a été l'une des raisons qui a motivé, d'abord, la réaction du retour de l'*Ordonnance* de 1667, puis, peu après, une procédure extraite de celle-ci et recueillie dans le *Code*<sup>(31)</sup>.

Pour conclure, même si la période révolutionnaire a aussi laissé des traces dans le *Code*<sup>(32)</sup>, ces composantes n'ont pas réussi à occulter l'apport primordial au contenu du *Code*, qui provenait de l'*Ordonnance* de 1667.

D'autre part, – et maintenant l'appréciation s'étend aussi bien au *Code* qu'à la codification procédurale civile espagnole – le modèle de régulation d'une procédure civile nouvelle, à partir de la fixation préalable de principes et de buts, qui encadrent rigoureusement la conception complète et cohérente d'une procédure considérée idoine, n'a pas non plus été assumé. Bref, l'élaboration des premiers codes procéduraux civils, aussi bien en France qu'en Espagne, contraste avec le paradigme législatif de *la Ilustración* – l'esprit de la philosophie des Lumières – dans cette

---

<sup>(28)</sup> FAIREN, «Estudio histórico», p. 97-111 ; GOMEZ ORBANEJA, E., *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 1969, p. 36-37; PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Pamplona, 1982, p. 124-125; MONTERO, «La LEC española de 1855», p. 404-430; MIRAS, *Die Entwicklung*, p. 102-115.

<sup>(29)</sup> GLASSON, *Précis*, I, p. 46; SOLUS, PERROT, *Droit*, I, p. 63; HALPERIN, J. L., «Le juge et le jugement en France à l'époque révolutionnaire», dans *Le juge et le jugement dans les traditions juridiques européennes*, Paris, 1996, p. 240-248.

<sup>(30)</sup> HALPERIN, «Le juge et le jugement», p. 243-246.

<sup>(31)</sup> GLASSON, *Précis*, I, p. 46; SOLUS, PERROT, *Droit*, I, p. 63.

<sup>(32)</sup> SOLUS, PERROT, *Droit*, I, p. 64-65; HALPERIN, «Le juge et le jugement», p. 247-248; CADIET, JEULAND, *Droit*, p. 15-16.

matière, construit sur la base de postulats de *ius naturalisme* rationaliste, qu'a été l'*Allgemeine Gerichtsordnung* prussienne de 1793<sup>(33)</sup>.

En Espagne ont même échoué des expériences qui, sans se proposer l'élaboration d'une procédure civile intégrale sur des nouveaux postulats, ont pourtant poursuivi la réforme de la procédure traditionnelle à partir de critères de rationalisation. « L'Instruction de la procédure civile par rapport à la Royale juridiction ordinaire », nommée *Instrucción del Marqués de Gerona* [Instruction du Marquis de Gérone], voulait instaurer une réduction concrète de la durée des procès, moyennant l'élimination de démarches procédurales sans justification et la réforme du régime de l'impulsion de la procédure<sup>(34)</sup>. Cette réforme a heurté contre le mur de la procédure civile traditionnelle – de ses professionnels – qui, peu de temps après, a été consolidé par la LEC/1855.

Le modèle suivi, aussi bien en France qu'en Espagne, pour doter de contenu leurs codes de procédure civile nous oblige à nous demander comment des procédures civiles ayant une formation historique tellement ancienne ont été considérées appropriées et utiles pour offrir une réponse aux exigences d'une société et d'une économie qui, sans doute, étaient très différentes de celles qui ont formé le contexte de la naissance et du développement de ces types de procédure civile.

L'explication de ce que l'on peut appeler « deuxième réception » se trouve dans le fait que ces types traditionnels de procédure civile étaient informés par des principes parfaitement compatibles avec la conception libérale des relations entre les citoyens et la justice de l'État, en ce qui concerne la protection de leurs droits de la part des tribunaux. Cette conception préservait jalousement un domaine de grande liberté d'action des personnes dans la défense de leurs droits, tout en délimitant avec rigueur les pouvoirs du tribunal.

Brüggemann rappelle que la configuration de la procédure romano-canonique s'expliquait par le dessein d'empêcher l'acte arbitraire du juge. À l'époque du premier libéralisme, la méfiance n'existait pas autant sur la personne du juge, mais si sur les excès du pouvoir de l'État. La justice – continue Brüggemann – n'était pas comprise comme pouvant être décrété d'office par le juge, mais plutôt comme le résultat du libre jeu des pouvoirs des parties dans le procès<sup>(35)</sup>.

Goldschmidt l'a exprimé graphiquement, lorsqu'il a qualifié la procédure civile espagnole comme « un récipient libéral du XIX<sup>e</sup> siècle, dans lequel a été versé le vin ancien de la procédure commune des siècles passés »<sup>(36)</sup>.

---

<sup>(33)</sup> NÖRR, K. W., *Naturrecht und Zivilprozess*, Tübingen, 1976, p. 24-30.

<sup>(34)</sup> PRIETO-CASTRO FERRANDIZ, L., «La Instrucción del Marqués de Gerona», p. 869-886 ; MIRAS, *Die Entwicklung*, p. 98, 100-101.

<sup>(35)</sup> BRÜGGEMANN, D., *Judex statutor und judex investigator. Untersuchungen zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteienfreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozess*, Bielefeld, 1968, p. 48.

<sup>(36)</sup> Ces mots appartiennent au prologue de l'édition espagnole de son *Derecho procesal civil*, Barcelone, 1936, trad. PRIETO-CASTRO et notes ALCALA-ZAMORA, p. X.

Le respect à la liberté des parties, dans les procédures civiles du début du XIX<sup>e</sup> siècle que nous considérons maintenant, se manifeste dans les principes qui inspirent quelques-unes de leurs régulations de base<sup>(37)</sup> :

1) Le principe dispositif informe sur les normes qui font référence à l'initiation de la procédure et à la détermination de son objet. La LEC/1855 établit que l'initiation de la procédure se produira moyennant la demande d'une partie (art. 224) et elle impose directement le devoir de cohérence de la décision de justice avec l'objet du litige (art. 61). Dans le *Code*, l'ouverture correspond à l'*ajournement*, comme acte d'une partie dirigé à provoquer que la partie contraire comparaisse devant un tribunal de première instance déterminé, pour la mise en jugement de la demande qui a été interjetée contre elle<sup>(38)</sup>. Dans le *Code*, le devoir de cohérence est formulé de façon indirecte dans les alinéas 3 et 4 de l'art. 480 (« *S'il (le jugement) a été prononcé sur choses non demandées* »; « *S'il a été adjugé plus qu'il n'a été demandé* »).

2) En ce qui concerne l'introduction et la preuve du matériel de fait, le principe du monopole des parties sur l'allégation des faits et sur les preuves régit dans la LEC/1855. Même si cette loi ne régule pas de façon expresse l'admission de faits, elle établit néanmoins la nécessité de demande de l'une des parties pour que la procédure d'administration des preuves soit ouverte (art. 257) et l'efficacité contraignante pour le juge de l'accord entre les parties pour que la décision soit rendue sans preuve (art. 259). Les pouvoirs du tribunal pour ordonner d'office l'administration des preuves ont un caractère complémentaire imprécis. Ils peuvent être exercés moyennant les dénommées « *diligencias para mejor proveer* » (art. 48), des preuves qui peuvent être ordonnées d'office par le juge après la finalisation de l'activité probatoire et conclusive des parties, lorsque la procédure n'est que dans l'attente de la décision.

Toutefois, dans le *Code*, les pouvoirs du tribunal sont plus étendus. Quoiqu'ils n'atteignent pas l'apport de faits à la procédure, ils lui permettent de décider d'office l'administration de la preuve sur des faits admissiblement allégués (art. 254, pour la preuve par témoins ; art. 295, pour la descente sur les lieux; art. 302, pour la preuve par expertise<sup>(39)</sup> ; art. 119, pour la comparution personnelle des parties)<sup>(40)</sup>. Néanmoins, l'amplitude des pouvoirs d'accorder des preuves d'office, notamment en ce qui concerne la preuve par témoins, perd de la force si l'on considère l'admissibilité légale limitée de cette dernière classe de preuve face à la prévalence de la preuve littérale<sup>(41)</sup>.

---

<sup>(37)</sup> Pour les principes qui informent la LEC/1855 j'utiliserai l'exposition que j'ai faite dans ORTELLS RAMOS, M., « Tradición y cambio en el proceso civil iberoamericano », conférence du Congrès organisé par II Università degli Studi di Roma, ASSLA, Universidad de la República Oriental del Uruguay et Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, tenu à Rome, du 26 au 28 septembre 1988, et publié dans *Un codice tipo di procedura civile per l'America Latina*, Padoue, 1990, p. 79-81.

<sup>(38)</sup> ROGRON, J., A., *Codes français expliqués*, I, Paris, 1836, p.31. J'utilise comme illustratifs ces commentaires brefs et proches à l'origine du *Code*.

<sup>(39)</sup> ROGRON, *Codes français*, I, p. 110.

<sup>(40)</sup> ROGRON, *Codes français*, I, p. 57.

<sup>(41)</sup> ROGRON, *Codes français*, I, p. 79-80, 95.

3) Le rythme de la procédure, le régime de temps pour la réalisation de la série d'actes successifs avec lesquels se déroule la procédure, est aussi contrôlé par les parties et non par le tribunal. Dans la LEC/1855, le tribunal ne peut pas donner d'office une impulsion lorsque les délais arrivent à échéance ; la décision d'impulsion dépend du fait que la partie contraire fasse valoir que le délai s'est écoulé sans activité – ce qui est désigné sous le terme de « *acuse de rebeldía* »<sup>(42)</sup> (articles 29, 32, 838 et 839).

Dans le *Code*, la progression de la procédure ne dépend pas non plus que de l'écoulement des délais légaux ; elle est au contraire faite « *sur la réquisition de la partie plus diligente* ». Ce critère explique aussi ce qui est prévu par l'art. 399 : « *La péremption n'aura pas lieu de droit ; elle se couvrira par les actes valables faits par l'une ou l'autre des parties avant la demande en péremption* ».

Si la conservation de leurs procédures civiles traditionnelles avait permis, aussi bien en France qu'en Espagne, d'imprimer ces caractéristiques aux procédures civiles régulées dans leurs codes du début et de la moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, il faut reconnaître que cette reddition face à la tradition satisfaisait mieux les postulés libéraux que les créations rationalistes d'une procédure plus moderne, mais qui, par le renforcement des pouvoirs judiciaires de direction de la procédure, s'opposait à la conception politique des relations entre l'homme et l'État<sup>(43)</sup>.

#### IV.- I ES COÏNCIDENCES

Il existe aussi des coïncidences remarquables entre le *Code* et la première codification procédurale civile espagnole. Il me semble plus sûr et objectif de parler de coïncidences plutôt que d'influences. Non seulement parce que l'introduction dans les lois espagnoles de régulations similaires à celles du *Code* n'a pas toujours été accompagnée de références spécifiques à ce texte comme antécédent, mais, principalement, parce que cette introduction apparaît très conditionnée par des considérations pragmatiques d'ordre interne, qui laissaient une place infime à la stricte imitation.

On pourrait parler d'influence avec plus de sécurité si, au lieu de l'attribuer au texte du *Code*, elle faisait référence aux idéologies qui sont apparues pendant la Révolution française et à ce qui s'en est consolidé par la suite.

Sans doute, le changement dynastique forcé par l'empereur Napoléon I, qui remis la couronne d'Espagne à son frère Joseph, quoique pour un temps bref et toujours en situation de conflit belliqueux, aurait été une importante opportunité d'influence directe.

#### A.- L'incidence épisodique de la législation du « royaume intrus » de Joseph I Bonaparte

---

<sup>(42)</sup> «*El accuse de rebeldía* » est l'avertissement qu'une partie lance au tribunal lorsque l'autre partie n'a pas réalisé l'acte procédural dans le délai établi par la loi.

<sup>(43)</sup> BRÜGGEMANN, *Judex statutor*, p. 48-49; NÖRR, *Naturrecht*, p. 32-33, 45-46.

À la différence de ce qui s'est passé dans d'autres territoires européens<sup>(44)</sup>, le *Code* n'est pas entré directement en vigueur en Espagne.

Cependant, la proclamation, le 6 juin 1808, de Joseph Bonaparte Roi d'Espagne et des Indes ; la nouvelle institutionnalité fondée sur la Constitution de Bayonne – qui a expérimenté un certain développement normatif – ; et la tutelle exercée par Napoléon – même avec une forte présence militaire – sur la situation espagnole rendaient prévisible l'existence d'essais d'influence directe de la codification française, qui vivait son apogée ces années-là.

Avec un caractère prioritaire à la réforme de la procédure civile – et à la considération, pour celle-ci, du modèle du *Code* –, la législation joséphine<sup>(45)</sup> a dû faire face à des aspects plus essentiels du régime de la juridiction, de « l'ordre judiciaire », comme elle était dénommée dans le Titre XI de la Constitution de Bayonne :

1) Elle a proclamé le principe « d'unité de code » des lois civiles et criminelles (art. 96).

2) Elle a établi l'unité de juridiction, comprise comme l'attribution exclusive à l'État du pouvoir de constituer des tribunaux et de réguler leur fonctionnement ; pouvoir dont les nobles et l'Église ont été privés (art. 98, ainsi que les Décrets Royaux du 5 décembre 1809 et du 16 décembre 1809).

3) Elle a conçu et commencé à développer une nouvelle organisation judiciaire, avec la séparation de l'organisation administrative, et avec la prévision de classes de tribunaux tellement similaires à ceux qui existaient en France comme les juges conciliateurs, qui sont conçus comme un tribunal de pacification, et les tribunaux de première instance (art. 101-105, ainsi que les Décrets Royaux du 6 février 1809, du 5 novembre 1810, du 10 décembre 1811 et du 21 juin 1812).

En ce qui concerne le régime de la procédure civile, bien que pour les tribunaux de première instance il a été stipulé qu'ils agissent « selon la forme signalée par les lois actuelles aux juges ordinaires » (art. 51 du Décret Royal du 21 juin 1812), pour les juges conciliateurs a été dictée une « *Instrucción* », adjointe au Décret Royal susmentionné<sup>(46)</sup>.

En laissant maintenant de côté la régulation de la conciliation, dans « *la Instrucción* » nous trouvons, en premier lieu, des articles qui sont – substantiellement et parfois de façon exacte – la traduction d'articles du *Code*.

---

<sup>(44)</sup> CHIOVENDA, *Instituciones*, I, p.124; DAHLMANN, G. J., *Der Strukturwandel des deutschen Zivilprozesses im 19. Jahrhundert*, Aalen, 1971, p. 28-29 ; WOLLSCHLÄGER, CH., « Die Zivilprozeßordnung des deutschen Reichs vom 30.1.1877 », dans *L'Educazione giuridica. VI. Modelli storici della procedura civile*, II. *Dall'ordo iudiciarius al codice de procedura*, Naples, 1994, p. 473 ; BREHM, W., dans STEIN/JONAS, *Kommentar zur Zivilprozessordnung*, I, 22<sup>e</sup> édition, Tübingen, 2003, p. 49.

<sup>(45)</sup> Cette législation est réunie et systématisée par MIGUEL DE LOS RIOS, J., *Código español del reinado intruso de José Napoleón Bonaparte, o sea colección de sus más importantes leyes, Decretos e instituciones*, Madrid, 1845.

<sup>(46)</sup> Le texte complet de « *la Instrucción* » peut être consulté dans MIGUEL DE LOS RIOS, *Código español*, p. 239-256.

Ainsi, l'article premier de « *la Instrucción* » – sur le lieu et le temps de l'audience – coïncide avec l'article 8 du *Code* ; l'article 3 – attribution conventionnelle de la compétence territoriale – avec l'article 7 du *Code* ; l'article 5 – délai de comparution – avec les articles 5 et 6 du *Code* ; l'article 6 – contenu de la citation – avec l'article premier du *Code* ; et les articles 7 et 8 – règles de comportement des parties près le juge et pouvoir disciplinaire du juge – évoquent le contenu des articles 10 et 11 du *Code*.

En outre – et pour ma part, plus remarquable que les coïncidences littérales mentionnées –, les articles 6, 7 et 13 à 18 de « *la Instrucción* » conçoivent une procédure orale qui évoque le développement procédural prévu dans les articles 9, 13, 34, 35, 41 et 42 du *Code*<sup>(47)</sup>. Les articles 7 et 14 de « *la Instrucción* » considèrent la possibilité que le procès soit décidé après la première comparution, sans activité probatoire complémentaire aux documents que les parties auraient apportés, tel que le prévoit aussi l'article 13 du *Code*.

Lorsque les articles 15 à 18 de « *la Instrucción* » régulent l'administration des preuves, les moyens de preuve expressément considérés sont la preuve par témoins, la preuve de descente sur les lieux et la preuve par expertise ; c'est à dire précisément ceux qui sont aussi prévus dans les Titres VII et VIII du Livre du *Code* qui régule la *justice de paix*. La régulation de l'administration est similaire dans des aspects importants, ainsi que sa réalisation en comparution par-devant le juge et en présence des parties. En ce qui concerne la documentation de l'administration de ces preuves, la coïncidence de régulation n'est que partielle : pour la descente sur les lieux, l'article 18 de « *la Instrucción* » établit une différence du degré de détail de la documentation en fonction de l'appellation ou de la non-appellation du jugement, exactement comme le fait l'article 42 du *Code*. Toutefois, pour la preuve par témoins et la preuve par expertisé administrée à l'audience, l'article 15 de « *la Instrucción* » ne conserve pas ce critère de différenciation, en comparaison avec les articles 39 et 40 du *Code*.

L'importance réelle de ces données doit cependant être relativisée. Les circonstances d'exception qui ont accompagné toute l'époque à laquelle on a essayé de réaliser cette œuvre législative déterminent qu'elle ait « plus d'intérêt par son caractère doctrinal que par son influence dans la vie nationale »<sup>(48)</sup>.

### **B.- Coïncidence ou possible influence dans des institutions spécifiques**

Le régime de certaines institutions de la procédure civile espagnole met en relief des coïncidences remarquables avec la régulation du *Code*, qui pourraient obéir au fait que celui-ci a été pris en considération.

---

<sup>(47)</sup> On peut rejeter avec sécurité que l'on ait pris en considération la procédure régulée dans la Loi VIII, Titre III, Livre XI de la *Novísima Recopilación*, car son régime était caractérisé par la plus complète indétermination procédurale.

<sup>(48)</sup> ARTOLA, M., *La burguesía revolucionaria (1808-1874)*, Madrid, 1980, p. 10.

Je laisserai pourtant de côté la réception en Espagne du pourvoi en cassation<sup>(49)</sup>, parce que le *Code* n'est pas significatif dans la construction de cette voie de recours, dont il n'a même pas inclus la régulation.

J'ignorerais aussi une autre particularité partagée par le Droit français et le Droit espagnol : celle de l'encadrement systématique des normes sur la preuve, réparties entre le Code Civil et le Code de procédure. Il n'a pas pu y avoir, sur cette question, d'influence du *Code*, ni coïncidence avec celui-ci, car l'ordre des codifications civile et procédurale civile a été inverse dans les deux systèmes. Jusqu'en 1888, il n'y a pas eu de Code Civil en Espagne ; la LEC/1855, à différence du *Code*, a donc inclus dans ses articles 257 à 325 la régulation complète de la preuve, comme l'a d'ailleurs fait son successeur, la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881. Cela n'exclut pourtant pas le fait qu'il faille reconnaître l'influence du Droit français<sup>(50)</sup> dans l'option que le Code Civil de 1888 inclut « les principes généraux sur la preuve des obligations », comme disait la base 18<sup>e</sup> de la Loi qui a autorisé l'élaboration du Code.

### ***1.- L'essai obligatoire de conciliation avant d'entamer le procès***

L'article 284 de la Constitution espagnole de 1812 établissait que « sans la consignation de l'essai du moyen de la conciliation, aucun litige ne sera entamé » qui fasse référence à des affaires civiles. Dès ce moment, l'essai obligatoire de conciliation préalable s'est consolidé comme une institution de la procédure civile espagnole. Il a été l'objet de plusieurs régulations, qui ont perfectionné son régime<sup>(51)</sup>, jusqu'à atteindre sa régulation à travers les articles 201 à 220 de la LEC/1855, et les articles 460 à 480 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881, qui ont été réformés en 1984 pour éliminer l'obligation de l'essai de conciliation.

Sans doute, cette régulation évoque celle qui, avec des antécédents dans la Loi du 16-24 août 1790, est entrée à faire partie du *Code*, dans ses articles 48 à 58.

Il est pourtant difficile de déterminer ce qui a influé spécifiquement sur l'introduction de la conciliation préalable obligatoire dans le Droit espagnol<sup>(52)</sup>.

Il ne manquait pas dans le Droit historique espagnol des antécédents de régulation de la conciliation, ni même du caractère obligatoire de son essai avant la recevabilité de la demande<sup>(53)</sup>. Mais ces antécédents étaient limités au domaine de la juridiction du commerce, dont le régime procédural spécial a eu une faible influence dans le régime commun de la procédure civile espagnole<sup>(54)</sup>. En conséquence, il ne

---

<sup>(49)</sup> Sur celle-ci, avec détail: FAIREN GUILLEN, V., « La recepción en España del recurso de casación francés (1812-1813) », dans *Temas del Ordenamiento Procesal*, I, Madrid, 1969, p. 197-235.

<sup>(50)</sup> GOMEZ ORBANEJA, *Derecho*, I, p. 233-234; PRIETO-CASTRO, *Tratado*, I, p. 615; SERRA DOMINGUEZ, M., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, Dir. ALBALADEJO, XVI-2, Madrid, 1981, p. 3-4.

<sup>(51)</sup> MONTERO AROCA, J., « Bosquejo histórico de la conciliación hasta la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 », dans *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelone, 1981, p. 159-188.

<sup>(52)</sup> MIRAS, *Die Entwicklung*, p. 90, comprend que la régulation a été prise du Droit français.

<sup>(53)</sup> MONTERO, « Bosquejo histórico », p. 152-157.

<sup>(54)</sup> FAIREN, « Estudio histórico », p. 71, 80-81 ; MONTERO, « La LEC española de 1855 », p. 379-380.

semble pas que ces antécédents aient eu la puissance nécessaire pour s'ériger dans l'un des postulats politiques et juridiques de base de la codification de la procédure civile, qui méritait d'être formulée avec un rang constitutionnel.

L'hypothèse que le *Code*, ou la loi qui a été son prédécesseur immédiat, aient été pris comme modèle, est aussi difficile de confirmer.

D'emblée, il est sûr que cette régulation n'était pas méconnue du législateur espagnol. S'il ne l'a pas connue directement – ce qui est impensable – il a toujours pu la connaître à travers sa « réception » dans les dispositions sur l'administration de la justice qui ont été dictées pendant le royaume éphémère de Joseph I Bonaparte.

En effet, ces dispositions ont été une traduction littérale, avec des ajustements minimes, des articles du *Code*. Les articles 8 et 9 du Décret Royal du 21 juin 1812<sup>(55)</sup>, qui établissaient la règle de l'obligation et ses exceptions, correspondent aux articles 49 et 50 du *Code* ; l'article 38 de « *la Instrucción para los jueces conciliadores* » [l'Instruction pour les juges conciliateurs] – approuvée par le Décret Royal susmentionné et publiée en même temps –, coïncide avec l'article 51 du *Code* dans la régulation du délai de comparution ; l'article 39 de « *la Instrucción* » avec l'article 53 du *Code*, en ce qui concerne la comparution personnelle ou par représentant ; les articles 40 et 41 de « *la Instrucción* », qui régulent le développement de la comparution de conciliation et la documentation et les effets de l'accord, coïncident avec l'article 54 du *Code*. En dernier lieu, les articles 42 à 45 de « *la Instrucción* » concordent, non seulement par leur contenu, mais encore par leur ordre, aux articles 55 à 58 du *Code*.

Pourtant, cette influence aussi directe du *Code* n'est pas perceptible dans les textes normatifs espagnols sur la conciliation, de la Constitution de 1812 à la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1881.

D'une part, au premier moment de l'introduction de l'institution, la situation belliqueuse entre, d'un côté, le pouvoir représenté par les *Cortes*, la *Junta Central* et – après – la Régence et, de l'autre, l'armée française, principal support d'un roi dont la légitimité était contestée, ne favorisait pas des postulats d'imitation de textes normatifs caractéristiques de celui qui était considéré un envahisseur.

Toutefois, au-delà de cette circonstance transitoire, le régime de la conciliation dans l'étape de la procédure civile espagnole que nous considérons<sup>(56)</sup>, présentait des particularités qui le différenciaient notablement de la régulation du *Code*.

C'est le cas de la compétence pour la conciliation, qui a longtemps été maintenue dans les mains des maires constitutionnels – des autorités politiques et administratives – au lieu d'être attribuée à des organes ayant en exclusivité des fonctions judiciaires. C'est aussi le cas de la figure des nommées « *hombres buenos* », les hommes de confiance des parties, qui collaboraient avec le conciliateur à ses fonctions.

---

<sup>(55)</sup> Le texte complet du Décret Royal peut être consulté dans MIGUEL DE LOS RIOS, *Código español*, p. 209-239.

<sup>(56)</sup> Avec détail, Montero, «Bosquejo histórico», p. 157-188.

Plus remarquable est le rôle très actif que les lois espagnoles attribuaient au conciliateur. Jusqu'à un moment déterminé, celui-ci dictait même une décision de justice sur le différend, dont l'efficacité dépendait de l'acceptation par les parties<sup>(57)</sup>. Par la suite, le conciliateur s'est toujours vu imposer le devoir de veiller à l'entendement des parties (par ex. l'art. 212 LEC/1855). Face à cela, le silence de l'article 54 du *Code* sur une conduite active du *juge de paix* dans l'acte de conciliation est éloquent<sup>(58)</sup>.

Pour ma part, l'introduction de la conciliation dans la procédure civile espagnole est due à l'influence de la pensée du siècle des Lumières<sup>(59)</sup>, qui a généré dans chaque pays des résultats spécifiques, semblables dans l'essentiel, mais avec des particularités distinctives. En tout cas, les textes normatifs français de l'époque ont constitué une expression formelle en avance de ces résultats<sup>(60)</sup> et un véhicule privilégié de leur diffusion.

## ***2.- Le devoir de motivation de la décision judiciaire***

Une explication semblable me semble aussi la plus plausible pour l'introduction du devoir de motivation de la décision judiciaire dans la LEC/1855 et, avant celle-ci, mais toujours pendant la première moitié du XIX<sup>e</sup> siècle, dans la régulation d'autres procédures en Espagne.

Le devoir de motivation des décisions de justice a été considéré l'une des innovations remarquables que le Droit intermédiaire a apporté au *Code*<sup>(61)</sup>, dont le contenu était, pour le reste, en grande mesure traditionnel.

Dans le Droit espagnol, même si cela se limitait aux territoires de l'ancienne Couronne d'Aragon, le devoir de motivation a été en vigueur<sup>(62)</sup> jusqu'à la fin du XVIII<sup>e</sup>

---

<sup>(57)</sup> MONTERO, «Bosquejo histórico», p. 184-186. Le conciliateur pouvait aussi proposer aux parties, de manière subsidiaire, qu'elles soumettent le différend à arbitrage. Curieusement, «*la Instrucción*» susmentionnée de Joseph I Bonaparte, tellement influencée par le *Code*, a aussi inclus cette faculté du conciliateur.

<sup>(58)</sup> La doctrine a tût et bien compris ce silence. Ainsi ROGRON, *Codes français*, I, p.29, se demande : « Le juge de paix pourra-t-il faire des interpellations aux parties ? »; et il se répond: «Non: il doit se borner, comme conciliateur, à entendre les dires des parties ».

<sup>(59)</sup> Ce point de vue a déjà été exprimé par MANRESA, MIQUEL et REUS, *Ley de Enjuiciamiento Civil comentada y explicada*, I, Madrid, 1856, p.538, cités par MONTERO, « Bosquejo histórico », p.157, qui néanmoins ne partage pas cette thèse.

<sup>(60)</sup> GLASSON, *Précis*, I, p. 321-322, évoque, concrètement, l'influence d'une lettre célèbre de Voltaire. Il doit faire référence à: *Fragment d'une lettre sur un usage très utile établi en Hollande* (1739), qui est accessible sur le site : [http://www.voltaire-integral.com/Html/23/09Fragment\\_lettre.html](http://www.voltaire-integral.com/Html/23/09Fragment_lettre.html). Il est aussi convenable de rappeler la priorité qui, dans la pensée de Domat, était assignée à la transaction et à l'arbitrage face au recours aux juges; cf. DE NITTO, A., «Processo e procedura in Domat», dans *L'Educazione giuridica. VI. Modelli storici della procedura civile. I. Profili filosofici, logici, istituzionali*, Pérouse, 1994, p. 81-82.

<sup>(61)</sup> MARTIN-LEBIGRE, «Juger dans la France moderne », p.161 ; HALPERIN, «Le juge et le jugement», p. 252; SOLUS, PERROT, *Droit*, I, p. 64; CADIET, JEULAND, *Droit*, p. 16.

<sup>(62)</sup> ORTELLS RAMOS, M., «Origen histórico del deber de motivar las sentencias», dans *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*, 1977, n° 4, p. 900-902. PEDRAZ PENALVA, E., «Ensayo histórico sobre la motivación de las resoluciones judiciales penales y su actual valoración», dans

siècle. Par des ironies de l'histoire, c'est Charles III, qui peut être considéré un authentique roi éclairé<sup>(63)</sup>, qui, moyennant la *Real Cédula* du 23 juin 1778, a interdit la motivation des décisions de justice, en faisant ainsi extension de ce qui était une pratique des tribunaux de Castille à une norme obligatoire pour tous les tribunaux du royaume<sup>(64)</sup>.

Le courant favorable au rétablissement du devoir de motivation s'est manifesté, en Espagne, dès le début de la révolution libérale. Déjà en 1811 a été présenté aux *Cortes*, réunies à Cadix, un projet de Décret rigoureusement fondé, qui n'a pas été finalement approuvé<sup>(65)</sup>. L'introduction du devoir de motivation dans la procédure civile a dû attendre jusqu'à la LEC/1855, comme l'une des peu nombreuses innovations imposée par la *Ley de Bases*<sup>(66)</sup>. Il avait toutefois été préalablement établi dans la procédure auprès des tribunaux de commerce<sup>(67)</sup>, dans la procédure pénale<sup>(68)</sup>, et, bien qu'avec une vigueur éphémère, aussi dans la procédure civile réformée par la nommée *Instrucción del Marqués de Gerona*.

L'étude poussée sur ce sujet, que j'ai publié en 1977, n'a pas mis en relief que, dans les diverses initiatives législatives pour établir la motivation et dans les débats sur celles-ci, il y ait des invocations précises au *Code*, ou à ses antécédents immédiats, comme modèle de la réforme prétendue.

Néanmoins, les arguments qui ont été utilisés sont sans aucun doute révélateurs d'un substrat idéologique commun, qui a encouragé l'implantation, d'abord dans le Droit français, puis seulement par la suite dans le Droit espagnol.

Sans conter tout le détail, dans le débat espagnol sur la motivation, celle-ci était considérée une forme de reconnaissance de la valeur de la loi comme règle de l'ordre social, face au possible arbitraire des juges et au risque qu'ils assument un rôle dans la structure de l'État qui ne leur correspondait pas<sup>(69)</sup>. Il s'agissait d'un moyen de légitimation des décisions des juges, qui, avec la motivation, se manifestaient plutôt comme une expression de la raison, que comme une simple imposition de la volonté ; enfin, comme une condition requise pour faciliter le contrôle des décisions judiciaires si elles sont l'objet d'un recours<sup>(70)</sup>.

---

*Revista General de Derecho*, 1993, n° 567-568, p. 7224-7225, soutient des opinions qui diffèrent en partie des nôtres en ce qui concerne la vigueur du devoir de motiver en Espagne, avant l'interdiction de Charles III dont je parlerai ci-après.

<sup>(63)</sup> ANES, G., *El Antiguo Régimen: Los Borbones*, Madrid, 1979, p. 361 sq.

<sup>(64)</sup> ORTELLS, «Origen histórico», p.902-904.

<sup>(65)</sup> ORTELLS, «Origen histórico», p.905-906.

<sup>(66)</sup> ORTELLS, «Origen histórico», p.918-923.

<sup>(67)</sup> ORTELLS, «Origen histórico», p.908-910.

<sup>(68)</sup> ORTELLS, «Origen histórico», p.914-917.

<sup>(69)</sup> Voir, de la perspective du Droit français, HALPERIN, «Le juge et le jugement», p. 252.

<sup>(70)</sup> Pour la relation entre la motivation et le contrôle des décisions de justice moyennant des recours, de la perspective du Droit français, MARTIN-LEBIGRE, «Juger dans la France moderne», p. 160-165.

Par ailleurs, de la même façon qu'en France lorsque le devoir de motivation a été établi par la législation, immédiatement avant le *Code*<sup>(71)</sup>, le législateur espagnol a aussi dû faire face à des situations critiques pour être cohérent avec l'argument principal à la faveur de ce devoir : jusqu'à quel point était-il opportun d'établir le devoir de motivation si les normes de Droit matériel, auxquelles le juge devait faire référence dans le respect de ce devoir, étaient confuses, archaïques et, essentiellement, en désaccord avec l'idéologie qui régnait à l'époque de son application ? Dans quelle mesure pouvait-on exiger le strict respect de ce devoir dans ces circonstances ? En Espagne, ce sont ces considérations qui, de façon très pragmatique, ont conduit, généralement, à un lien étroit entre l'établissement du devoir de motivation et celui d'une nouvelle législation adaptée à l'idéologie de l'époque<sup>(72)</sup>. Uniquement dans le cas de la motivation de décisions judiciaires civiles a été consciemment laissé de côté l'objection de l'état confus et désordonné de la législation applicable –principalement par l'absence du Code Civil<sup>(73)</sup>.

## V.- NA DIVERGENCE

Au-delà des parallélismes et des coïncidences – qui pourraient être des influences –, on pense de façon unanime que la codification procédurale civile espagnole est restée étrangère à l'influence du *Code*<sup>(74)</sup>.

En réalité, une affirmation aussi généralisatrice devrait être nuancée – et les auteurs cités le font –, car la divergence de la codification espagnole avec le *Code* se centre, précisément, sur le fait qu'elle n'a pas intégré la procédure orale, publique et moins rigide en ce qui concerne l'ordre des actes, que le *Code* a répandu aux principales codifications procédurales européennes. Il s'agit donc d'une divergence délimitée, quoique, sans doute, ce soit une divergence importante.

### A.- La forme de l'activité procédurale, le libéralisme politique et la virtualité du *Code* comme modèle des codifications procédurales européennes

La procédure civile héritée du Droit commun a pu satisfaire des exigences de l'idéologie libérale aussi importantes que la maîtrise des parties sur la protection juridictionnelle qui pouvait être accordée – si elle pouvait être accordée et sur quoi –, sur le rythme de l'activité procédurale après son initiation et, même si c'est avec de nombreuses nuances, aussi sur les moyens qui influencent la décision sur la protection juridictionnelle prétendue.

Néanmoins, il y avait des différences importantes entre les concrétions historiques spécifiques de la procédure de Droit commun dans la forme de l'activité procédurale. Et, dans ce sens, la procédure civile française s'était traditionnellement

---

<sup>(71)</sup> HALPERIN, «Le juge et le jugement», p. 253-256.

<sup>(72)</sup> ORTELLS, «Origen histórico», p.907, 909-910, 914-917.

<sup>(73)</sup> ORTELLS, «Origen histórico», p. 919.

<sup>(74)</sup> CHIOVENDA, *Instituciones*, I, p.127; GOMEZ ORBANEJA, *Derecho Procesal Civil*, I, p.36-37; PRIETO-CASTRO, *Tratado*, I, p. 125; MIRAS, *Die Entwicklung*, p. 90, 115; MONTERO, «La LEC española de 1855», p. 407.

régie par des règles, assumées par le *Code*, qui méritaient une grande appréciation depuis les postulats du libéralisme politique.

En effet, la procédure du *Code* s'est caractérisée par l'oralité du débat procédural des parties par-devant le tribunal, sous réserve d'une préparation écrite pour éviter des surprises préjudicielles ou dangereuses pour le droit de défense. Cette oralité comportait, presque naturellement, la publicité des débats procéduraux. Enfin, l'oralité permettait une rigidité inférieure dans l'ordre des possibilités d'intervention des parties au débat, ce qui était approprié, car elle facilite l'adaptation de cet ordre aux besoins du cas en litige. Quoiqu'il soit aussi vrai que cette rigidité inférieure créait des problèmes sur le pouvoir de direction de la procédure, rendant presque inévitable un important degré de discrétionnalité dans ce pouvoir du tribunal.

Sans l'intention d'approfondir sur cette question, pour remarquer le contraste avec ce que j'exposerai dans la section suivante, il est primordial de constater que l'appréciation sociale et politique de la procédure orale et publique a été la clé de l'influence du *Code* sur la codification procédurale civile allemande.

Dans la première décennie du XIX<sup>e</sup> siècle, on était convaincu d'avoir trouvé une dépendance entre la procédure civile et la constitution de l'État<sup>(75)</sup>.

La question sur quelle devait être la meilleure codification de la procédure civile, qui, jusqu'à un moment déterminé, n'avait intéressé que les techniciens et les spécialistes, est devenue une affaire débattue fréquemment dans tous les cercles<sup>(76)</sup>. Même si une riche littérature spécialisée a approfondi sur les avantages d'une procédure orale et flexible<sup>(77)</sup>, ce fut le mouvement politique de 1848 qui orienta dans cette voie la réforme de la procédure civile allemande<sup>(78)</sup>.

Dans cet énoncé, qui réfléchissait sur la configuration de la procédure civile en faisant attention à des valeurs de rang constitutionnel, la procédure écrite et secrète du Droit commun a été considérée un héritage vieilli d'une époque révolue, auquel a été opposée, comme exigence de l'avenir, la publicité dans toutes les affaires et l'autodétermination de l'homme dans son action par-devant les tribunaux de l'État. On estimait que ces exigences étaient un progrès de la culture européenne, et qu'elles avaient atteint une expression emblématique dans la procédure civile française, que le *Code* avait fixé et contribué à diffuser<sup>(79)</sup>.

---

<sup>(75)</sup> NÖRR, *Naturrecht*, p. 32-33.

<sup>(76)</sup> DAHLMANN, *Der Strukturwandel*, p. 29; MIRAS, *Die Entwicklung*, p. 84.

<sup>(77)</sup> BREHM, dans STEIN/JONAS, *Kommentar*, I, p. 50.

<sup>(78)</sup> DAHLMANN, *Der Strukturwandel*, p. 32-37; BREHM, dans STEIN/JONAS, *Kommentar*, I, p. 50.

<sup>(79)</sup> DAHLMANN, *Der Strukturwandel*, p. 31-32; WOLLSCHLÄGER, « Die Civilprozeßordnung », p. 473.

C'est aussi le fond idéologique et politique ce qui a favorisé en Italie l'imitation du modèle procédural civil du *Code*, face à la possibilité de choisir des modèles internes et de les perfectionner<sup>(80)</sup>.

### **B.- L'insolite indifférence du libéralisme espagnole face à la procédure orale du *Code***

La LEC/1855, contrairement à ce que les codifications italienne et allemande ont fait en essence, a choisi avec décision de conserver la procédure écrite qui, de façon semblable aux anciens systèmes de ces pays européens, avait caractérisé la procédure romano-canonique reçue en Espagne.

De cette façon-là, la procédure qui, dans la LEC/1855, avait un caractère ordinaire ou commun et qui était l'objet de la régulation plus soignée – parfois supplétoirement applicable –, présentait ces traits généraux<sup>(81)</sup> :

1) La forme d'expression des actes procéduraux est la forme écrite, tel que le démontre, en plus du régime singulier de chaque acte, une norme générale comme celle de l'article 7 : « Tous les actes de la procédure devront être écrits sur le papier timbré prévu par les lois et les règlements ». Il pouvait y avoir une audience à la conclusion de toute l'activité procédurale dans la première instance, mais elle n'était pas obligatoire, et il était improbable qu'une partie la demande car elle avait déjà eu l'opportunité de formuler ses conclusions par écrit (articles 326, 328, et 329 à 331).

2) La dispersion des actes occupe la place de la concentration, mais non seulement parce que la réalisation des actes normaux de la procédure s'étend dans une période prolongée de temps, sinon parce des incidents d'une grande amplitude sont admis (article 337 : « Les incidents [...] doivent être en *relation plus ou moins immédiate* avec l'affaire principale » ; article 338 : « Étant *totalemtent étrangers* à celle-ci, les Juges les refuseront d'office –j'ai apposé les italiques). L'appel séparé, et à effet suspensif, de décisions interlocutoires, est aussi permis avec une grande laxité (articles 65, 69, 70, 275 et 349).

3) La forclusion, dans ce type de structure procédurale, est la technique pour ordonner et faire avancer la procédure. En conséquence, est établie une série de termes ou de périodes pour effectuer chaque type d'activité ; un de ces termes si inutilement dilatoire comme celui de comparaître (art. 227), en relation avec la *litiscontestatio*. Néanmoins, l'efficacité accélératrice de la forclusion n'avait pas une grande effectivité, étant donné que l'impulsion n'était pas officielle ; en plus, les délais étaient généralement prorogables (art. 27). En outre, du fait de ne pas pouvoir être réalisées avec l'agilité propre d'une procédure orale, les exceptions appropriées à la forclusion (art. 260, 261, 869) devenaient une nouvelle cause du retard. Finalement, la forclusion présentait une limitation absurde : la charge de proposer les exceptions dilatoires dans

---

<sup>(80)</sup> Voir les observations illustratives –et clairement nationalistes– de SALVIOLI, G., *Storia del Diritto Italiano*, Turin, 1921, p. 782-783 ; et du même auteur, *Storia della procedura civile e criminale*, dans *Storia del Diritto Italiano*, publiée sous la direction de DEL GIUDICE, P., volume III, deuxième partie, Milan, 1927 (réimpression inaltérée de Sauer & Auvermann KG, Frankfurt/Main, et Libreria O. Gozzini, Florence, 1969), p. 782, 789-790.

<sup>(81)</sup> ORTELLS, «Tradición y cambio», p. 80-92.

la démarche préalable à la contestation à la demande n'existait pas ; en plus, elles pouvaient aussi être alléguées à l'acte de défense (art. 254), ce qui rendait possible, après un litige dont les démarches complètes n'étaient pas courtes du tout, la prononciation d'une décision judiciaire d'absolution de l'instance.

4) La forclusion conduisait par règle générale à l'éventualité, quoique avec l'absurde exception qui vient d'être mentionnée sur la double opportunité de proposition d'exceptions dilatoires.

5) Même si l'article 33 établissait l'administration des preuves en présence du juge, étant donnée la grande distance temporelle entre la preuve et la décision de justice et l'absence d'une norme qui sanctionne avec invalidité la décision judiciaire prononcée par un juge qui n'ait pas vu la preuve, il fallait que le juge fasse attention au dossier de la procédure pour rendre le jugement (articles 35, 49-50). Dans les organes collégiaux – qui étaient compétents en recours – la lecture directe du dossier par les magistrats pouvait être remplacée par l'exposé oral du dénommé « *apuntamiento* », l'extrait du procès effectué par le secrétaire-rapporteur, ce qui impliquait une authentique médiation en deuxième degré (art. 35).

6) L'article 41 établissait que « la démarche ordinaire des affaires et les audiences des litiges seront publiques ». Pourtant, en mettant en relation cette norme avec l'ensemble des normes qui régulent la forme de la procédure, la réalité est très différente : d'une part, la contemplation de la façon dont le secrétaire et le juge réalisent les actes de gestion bureaucratique d'une procédure écrite est sans intérêt ; de l'autre, les audiences étaient pratiquement inexistantes. En outre, dans la pratique de la preuve par témoins, la LEC/1855 a non seulement ignoré la publicité, mais elle a aussi limité le contradictoire : les parties pouvaient présenter des interrogatoires et des contre-interrogatoires écrits pour l'examen du témoin, mais elles ne pouvaient pas être présentes à sa déclaration, sauf au moment où il prêtait serment et pour demander les données d'identification du témoin<sup>(82)</sup>.

Les motifs – du moins les motifs déclarés – qui ont mené au choix de la procédure civile traditionnelle, incluse aussi sa traditionnelle forme écrite, ont été la conviction qu'il s'agissait d'un régime qui, en lui-même, avait une grande qualité et qui, en plus, garantissait une application pratique plus simple, précisément parce qu'il était profondément enraciné entre les professionnels de la justice, face aux risques d'inadaptation de modèles étrangers<sup>(83)</sup>. Ces modèles – même si la référence n'est pas concrétisée, compte tenu l'époque dans laquelle nous nous trouvons, le modèle cité était, sans aucun doute, le *Code* – n'étaient pas méconnus des auteurs de la LEC/1855, mais ils n'ont pas oublié de proclamer explicitement qu'ils ne les avaient pas suivis, car ils les considéraient inappropriés à la réalité espagnole<sup>(84)</sup>.

---

<sup>(82)</sup> MONTERO, «La LEC española de 1855 », p. 418-419; MIRAS, *Die Entwicklung*, p. 108-109.

<sup>(83)</sup> Voir les points de vue recueillis par FAIREN, «Estudio histórico», p. 106-107; MONTERO, «La LEC española de 1855», p. 406-408 ; MIRAS, *Die Entwicklung*, p.116; LASSO GAITE, J. F., *Crónica de la codificación española. Procedimiento civil*, Madrid, 1998, p. 66-67, 76-77.

<sup>(84)</sup> Voir les points de vue recueillis par FAIREN, «Estudio histórico», p. 87; MONTERO, «La LEC española de 1855», p. 406; MIRAS, *Die Entwicklung*, p. 105; LASSO, *Crónica*, p. 67.

Il est toutefois surprenant que, à différence de ce qui s'est passé en Italie et en Allemagne, les motifs politiques et idéologiques ne se sont pas mis en partie pour rectifier l'orientation de la forme de la procédure civile espagnole vers le modèle procédural du *Code*.

Dans l'instable panorama politique espagnol du XIX<sup>e</sup> siècle, la gestation de la LEC/1855 s'est produite, précisément, dans l'une des étapes dominées par des forces libérales progressistes<sup>(85)</sup>.

Mais le libéralisme espagnol était loin de ses homologues européens en ce qui concerne l'appréciation de la valeur politique de la forme de la procédure judiciaire. Cela est d'abord démontré par le fait que, dans la *non nata* Constitution de 1856, la proclamation de la publicité de la procédure – non expressément son oralité – n'a été estimée nécessaire que pour la procédure pénale (art. 69)<sup>(86)</sup>. Ensuite, il est illustratif que, dans les débats de la *Ley de Bases* pour autoriser l'élaboration de la LEC/1855 – tenus au sein de la même chambre législative qui a discuté le texte constitutionnel susmentionné –, ont été mis en relief le caractère scientifique et technique de la loi procédurale, son étrangeté à la politique, et même « le caractère plutôt réglementaire des codes de la procédure »<sup>(87)</sup>.

---

<sup>(85)</sup> ARTOLA, *La burguesía revolucionaria*, p. 223-228.

<sup>(86)</sup> Le texte peut être consulté dans SEVILLA ANDRES, D., *Constituciones y otras leyes y proyectos políticos de España*, I, Madrid, 1969, p. 472.

<sup>(87)</sup> FAIREN, «Estudio histórico», p. 98-99; LASSO, *Crónica*, p. 63-64.

## UNA NUEVA REFORMA DE LA CASACIÓN CIVIL ESPAÑOLA<sup>(\*)</sup>

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universidad de Valencia (España)

RESUMEN: Los intentos de corregir la situación de sobrecarga de trabajo de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo con un régimen restrictivo de acceso a la casación que, al mismo tiempo, reforzara la función de ese tribunal como garante de la igualdad en la aplicación de la ley, no han tenido éxito. El proyecto de reforma presentado a principios de 2006, por un lado, acentúa la restricción de las resoluciones recurribles, pero, por otro, establece técnicas preventivas para garantizar la igualdad, como el valor vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La imprecisión que siempre ha rodeado el alcance de este valor vinculante no ha sido reducida en el momento en que va a ser establecido como norma, por lo que es razonable la duda sobre su constitucionalidad por ser contrario a la independencia del juez.

Palabras clave: Proceso civil, Recursos, Casación, Jurisprudencia vinculante, independencia del juez.

### A NEW REFORM OF SPANISH CIVIL CASSATION By MANUEL ORTELLS RAMOS

ABSTRACT: The attempts to correct the situation of overload of work of the Civil Court of the Supreme Court with a restrictive regime of access to the abrogation that, at the same time, reinforced the function of that court like guarantor of the equality in the application of the law, have not been successful. The project of reform presented at the beginning of 2006, on one hand, accentuates the restriction of the appealable resolutions, but, by another one, it establishes preventive techniques to guarantee the equality, like the binding value of the jurisprudence of the Supreme Court. Imprecision that always has surrounded the reach of this binding value has not been reduced since it is going to be established like norm, reason why the doubt on its constitutionality is reasonable for being in opposition to the independence of the judge.

Key Words: Civil case, Appeals, Cassation, Binding jurisprudente, independence of the judge.

---

<sup>(\*)</sup> Publicado en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel N° 11, enero 2007. Publicado también en *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, N° 36, 2007, pp. 5-29.

## I. UNAS NOTAS SOBRE LA REALIDAD DE LA CASACIÓN CIVIL EN ESPAÑA

Si se considera la carga de trabajo de la Sala Primera del Tribunal Supremo (en adelante: TS) -órgano jurisdiccional competente, por lo general, para la decisión del recurso de casación-, puede afirmarse, sin exageración, que, en el año en que entró en vigor la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (en adelante: LEC/2000) (Ref. Iustel: §0000143), aquel tribunal se hallaba en estado de necesidad.

Las restricciones del acceso a la casación, impuestas por las leyes y acentuadas por el rigor con el que el TS siempre las ha aplicado, no habían podido evitar el progresivo agravamiento de la sobrecarga de asuntos que padecía desde tiempo la Sala de lo Civil.

Limitándonos al periodo 1995-2000, podemos considerar las cifras siguientes sobre los recursos de casación ante el TS:

	1995	1996	1997	1998	1999	2000
<b>Pendientes al inicio del año</b>	5405	6042	6988	8049	9266	10914
<b>Registrados en el año</b>	2800	3007	3399	3668	4184	4484
<b>Resueltos en el año</b>	2163	2061	2338	2451	2532	2875
<b>Pendientes al finalizar el año</b>	6042	6988	8049	9266	10914	12523

Otra referencia ilustrativa de la carga de trabajo de la Sala de lo Civil es la duración media en meses de los recursos ante la Sala. Las estadísticas judiciales adjuntas a la Memoria del Consejo General del Poder Judicial (en adelante: CGPJ) de 2002 presentaban unas medias de duración inferiores a las esperadas, porque no sólo tomaban en consideración los recursos terminados con sentencia, sino también los no admitidos en etapas iniciales del trámite. A pesar de esto, las medias de duración eran, en 1999, de 28'88 meses; en 2000, de 30'76; y, en 2001, de 32'12 meses.

También tiene interés conocer el número de asuntos por magistrado de la Sala, teniendo en cuenta que el trabajo del magistrado no se limita a la preparación de las ponencias para la deliberación y votación del asunto, sino que comporta -o debería comportar- la participación en el estudio, asistencia a las audiencias, deliberación y votación de todos los asuntos en cuya resolución participa en el seno del órgano colegiado.

Mencionaré, por ilustrar este aspecto, las cifras que aportaba la Memoria del CGPJ de 2001, referidas a la anualidad de 2000, y que no sólo se refieren a recursos de casación, sino también a otras clases de asuntos atribuidos a la Sala de lo Civil del TS. Según esa información, a cada uno de los diez magistrados correspondió la ponencia en 399 asuntos.

Aunque no todos los asuntos y clases de resolución en los que un magistrado asume la función de ponente tienen la misma dificultad, basta considerar el número de días del año natural, para concluir que la idea de incrementar la capacidad de trabajo de las Salas por el aumento de la media de asuntos por magistrado, ya había

sobrepasado los límites razonables para un tribunal del grado del TS.

En definitiva, la fuerza de los hechos situaba a la Sala de lo Civil del TS ante la imposibilidad de resolver los recursos en un plazo razonable. Y esa importante demora en la resolución de los recursos de casación genera, además de inconvenientes para los litigantes, consecuencias negativas para la seguridad jurídica.

De una parte, cada vez es más prolongado el periodo de interinidad entre el momento de promulgación de una nueva norma y aquél en que resultan fijados criterios judiciales, dotados de cierta estabilidad, y que orientan la aplicación de la misma. Como consecuencia de lo anterior, los grupos sociales a los que va dirigida la nueva norma no perciben con claridad los efectos de la misma, mientras que los grupos sociales interesados en eludirlos pueden hacerlo con mayor facilidad al amparo de la indefinición aplicativa<sup>1</sup>.

A lo anterior ha de añadirse que, en ocasiones, la propia norma puede ser modificada en un plazo relativamente breve, para atender necesidades sociales que también evolucionan con rapidez. La apuntada incapacidad del conjunto de la organización judicial para proporcionar, de modo ágil, criterios uniformes de aplicación, conduce a que:

“[C]uando, en el mejor de los casos, se logra por fin una respuesta uniforme del Tribunal Supremo, casi siempre se habrán consolidado situaciones jurídicas individualizadas incompatibles con el criterio sentado por este Tribunal, y además habrá pasado el tiempo suficiente como para que ya las normas y las situaciones sean otras diferentes. Y el problema descrito comienza de nuevo”<sup>2</sup>.

Para modificar el indeseable resultado de la demora excesiva en la resolución de los recursos de casación ante la Sala de lo Civil del TS, sólo existen dos soluciones: el aumento del número de magistrados que forman la plantilla de la Sala o la reducción del número de asuntos que pueden acceder en casación ante el TS.

La primera solución obedece a criterios meramente cuantitativos y prescinde de una reflexión sobre la función del TS y del recurso de casación.

Ninguna voz en los órganos de gobierno del Poder Judicial, ni en la literatura jurídica española, se ha pronunciado en el sentido de resolver el problema de la sobrecarga de trabajo del TS con un aumento del número de sus magistrados. El Presidente del CGPJ y del TS, en el discurso del acto de apertura del año judicial de 2000, hizo notar, por el contrario, que:

“[E]n la búsqueda del remedio, extensible a todo el Tribunal Supremo, recordaré que, en 1862, la Sala Primera tenía 468 recursos, que Manresa entendía trabajo ‘más que suficiente’ para dos años. La solución que arbitró la Ley de 30 de abril de 1864 fue la de aumentar el número de Magistrados, componiendo la Sala con dos Secciones, dotadas cada una de un Presidente y ocho Ministros. El propio Manresa advierte que ‘esta medida era contraria al principio capital de la casación, puesto que destruía la base de la unidad de la jurisprudencia’. [...] El remedio, así, no es tanto el aumento del número de Magistrados, como el de una cuidadosa regulación del acceso de los asuntos al Tribunal Supremo”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> *Hernández Martín*, Independencia del juez y desorganización judicial, Editorial Civitas, Madrid, 1991, págs. 166-169, con mención de casos concretos.

<sup>2</sup> *Hernández Martín*, Independencia del juez, cit., pág. 185; en las págs. 186-188 explica interesantes ejemplos.

<sup>3</sup> *Delgado Barrio*, Discurso en el acto de apertura del año judicial, en *Del modo de arreglar la justicia. Informes y propuestas para la mejora de la justicia elaborados por el Consejo General del*

Para que el aumento del número de magistrados redunde en la agilización de la resolución de los asuntos, es imprescindible que la carga de trabajo pueda distribuirse entre órganos colegiados de composición más reducida que el pleno de la Sala, y que esos órganos actúen, simultáneamente, para el enjuiciamiento y resolución de los asuntos. Esto genera, dentro del mismo TS, un importante riesgo de dispersión de criterios de interpretación y aplicación de las normas<sup>4</sup>.

La solución más idónea acaba, en definitiva, por ser la de restringir los asuntos que pueden acceder a la casación ante el TS. Y la cuestión que inmediatamente se plantea es la del modo de seleccionar los asuntos.

El modo de selección más usual en Derecho español, hasta tiempos relativamente recientes, consistió en establecer como supuesto más general de resolución recurrible en casación el de la sentencia según la cuantía litigiosa del asunto resuelto por la misma.

Así se hacía en la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil. Su artículo 1687 fijaba esa cuantía en más de tres millones de pesetas. Y una reforma de 1992 elevó esa cuantía a seis millones de pesetas, precisamente para reducir el *input* de recursos al TS<sup>5</sup>.

Este modo de selección de los asuntos para acceso a la casación ha sido criticado, básicamente, porque cercena la posibilidad de que, respecto de un importante sector de asuntos litigiosos, sea fijado el “criterio de interpretación último y unificador del Tribunal Supremo”<sup>6</sup>, y por ser contrario a los principios de uniformidad jurisprudencial y de igualdad de los ciudadanos ante la ley<sup>7</sup>.

---

Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, Tribunal Supremo, Madrid, 2000, pág. XLIII.

<sup>4</sup> *Taruffo*, La Corte de casación, entre la función de control de legitimidad y de la instancia, en Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1990, págs. 550-551. Otras críticas al exceso de asuntos con acceso a la casación, en *Moral Soriano*, El precedente judicial, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2001, pág. 182.

<sup>5</sup> Críticamente, *Serra Domínguez*, Del recurso de casación, en La reforma de los procesos civiles, Editorial Civitas, Madrid, 1993, págs. 235-238.

<sup>6</sup> *Sala Sánchez*, Discurso en el acto de apertura del año judicial, en La unificación de doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo, Tribunal Supremo, Madrid, 1993, pág. 43.

<sup>7</sup> *Serra Domínguez*, Del recurso de casación, cit., pág. 235.

## II. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE LA IGUALDAD EN LA APLICACIÓN DE LA LEY Y LAS REFLEXIONES SOBRE LA FUNCIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SOBRE EL RÉGIMEN DE LA CASACIÓN

La experiencia de la realidad del recurso de casación, que hemos descrito someramente, y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante: TC) sobre el principio de igualdad, han impulsado, desde hace algo más de una década, reflexiones sobre la función del TS y sobre el régimen del recurso de casación. Esas reflexiones han estado en el origen de la actual regulación de este recurso, no sólo en el proceso civil, y continúan influyendo en el “Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal” (en adelante: Proyecto de Reforma)<sup>8</sup>.

### 1. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la igualdad en la aplicación de la ley: deber de cada órgano jurisdiccional y principio inspirador del régimen de los recursos

En una de sus primeras sentencias, la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante: STC) 8/1981 (Ref. Iustel: §100008), sentó la tesis de que

“En la aplicación jurisdiccional de la ley puede existir violación del principio de igualdad, cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias [...] o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución”.

Poco después, la STC 49/1982 (Ref. Iustel: §100091) dejaba establecido -en eficaz resumen de Ollero Tassara- que:

“La regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución se bifurca [...]. “Contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley”, que pasa a conceptuarse como “igualdad en la ley”, constituyendo “un límite puesto al ejercicio del poder legislativo”. Junto a esta exigencia surge la “igualdad en la aplicación de la ley”, que limitará la tarea de los órganos encargados de su aplicación”<sup>9</sup>.

#### La segunda faceta del principio de igualdad

“[I]mpone que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable” (STC 49/1982, fundamento jurídico 2.º).

Desde las sentencias mencionadas, el TC ha elaborado una doctrina jurisprudencial compleja y llena de matices que, en lo fundamental, ha venido a poner de manifiesto la radicación constitucional –y, además, en un derecho de los que están protegidos mediante amparo- del deber de los jueces de resolver del mismo modo -por interpretar y aplicar la ley del mismo modo- los casos iguales. También ha puesto de manifiesto los límites de ese deber y los de la competencia del TC para la tutela en

---

<sup>8</sup> El texto del Proyecto de Reforma fue publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A. 27 de enero de 2006. núm. 69-1.

<sup>9</sup> Ollero Tassara, Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 19-20.

amparo de esta faceta del principio de igualdad.

Como síntesis de esta doctrina jurisprudencial puede decirse que el TC entiende que una resolución judicial viola el principio de igualdad en la aplicación de la ley si concurren los siguientes requisitos:

1.º) La resolución con la que es comparada la resolución impugnada como lesiva del principio de igualdad ha de haber sido dictada por el mismo órgano jurisdiccional. Si este órgano es colegiado, no importa cuáles hayan sido sus miembros al dictar las resoluciones. Pero si el órgano es unipersonal, sólo puede haber violación del principio si el juez ha sido el mismo. En cualquier caso, no pueden ser invocadas con esta finalidad resoluciones dictadas por un órgano jurisdiccional diferente, sea del mismo grado o sea de grado superior<sup>10</sup>. Después volveremos sobre este requisito.

2.º) Los casos enjuiciados por las resoluciones que deben ser comparadas han de ser sustancialmente iguales<sup>11</sup>. Los analistas de esta doctrina jurisprudencial no se ponen de acuerdo sobre si basta con que exista una resolución anterior del mismo órgano<sup>12</sup>, o si resulta necesario que exista una serie previa de resoluciones, representativa de una línea jurisprudencial consolidada<sup>13</sup>.

3.º) La resolución impugnada como lesiva debe ser representativa de un cambio de criterio jurisprudencial, y, por lo tanto, ha de contrastar con el criterio sostenido en la resolución que se invoca en comparación<sup>14</sup>.

4.º) La lesión de la igualdad en la aplicación de la ley, que, en principio, deberá estimarse existente si concurren los requisitos mencionados hasta ahora, quedará, sin embargo, excluida si la resolución a la que se imputa la lesión ha justificado el cambio de criterio y el seguimiento de criterios divergentes a los que estaban asumidos en la resolución (o resoluciones) que se invocan como comparación.

Sobre qué se entiende por justificar la divergencia y sobre hasta qué punto el TC puede enjuiciar esa justificación para concluir si ha sido evitada la lesión del principio de igualdad, hay también abundantes matices en las sentencias del TC<sup>15</sup>. Sólo comentaré que la razón por la cual el TC no puede penetrar en el examen de la

---

<sup>10</sup> *Ollero Tassara*, Igualdad en la aplicación de la ley, cit., págs. 22-23; *De Asís Roig*, Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1995, pág. 264; *Blasco Gascó*, La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 141-150; *Xiol Ríos*, El precedente judicial en nuestro derecho. Una creación del Tribunal Constitucional, en Revista del Poder Judicial, núm. 3, septiembre, 1986, apartado I.

<sup>11</sup> *Ollero Tassara*, Igualdad en la aplicación de la ley, cit., págs. 23-26; *De Asís Roig*, Jueces y normas, cit. págs. 264-265; *Blasco Gascó*, La norma jurisprudencia, cit., págs. 151-164.

<sup>12</sup> *Blasco Gascó*, La norma jurisprudencia, cit., págs. 136-137

<sup>13</sup> En este sentido, *De Asís Roig*, Jueces y normas, cit., pág. 265. También lo apunta, aunque a su pesar, *Xiol Ríos*, El precedente judicial en nuestro derecho, cit., apartado I.

<sup>14</sup> *Blasco Gascó*, La norma jurisprudencia, cit., pág. 136.

<sup>15</sup> Es necesaria motivación expresa; es necesario que la motivación expresa se refiera explícitamente a la explicación del cambio de criterio; basta que no haya arbitrariedad o finalidad discriminatoria en el cambio de criterio; incluso basta que la resolución impugnada no se funde en criterios discriminatorios. Pueden verse las diferentes tesis en *Ollero Tassara*, Igualdad en la aplicación de la ley, cit., págs. 26-27; *De Asís Roig*, Jueces y normas, cit., pág. 265-270; *Blasco Gascó*, La norma jurisprudencial, cit., págs. 165-181.

suficiencia intrínseca de la motivación del cambio de criterio, no es que deba respetar la independencia judicial, sino que no puede exceder el ámbito de su jurisdicción de amparo e invadir la jurisdicción de los tribunales ordinarios. Para excluir la razón del respeto a la independencia judicial, basta considerar que, cuando sólo están implicados tribunales ordinarios, no hay obstáculo para que el tribunal de grado superior realice aquel examen con plenitud y, como consecuencia, revoque la sentencia dictada por el de grado inferior.

La limitación que resulta del primer requisito –es decir, que sólo resoluciones dictadas por un mismo órgano jurisdiccional pueden ser aducidas para hacer valer, en amparo ante el TC, que otra resolución de ese mismo órgano ha vulnerado la igualdad en la aplicación de la ley- impone preguntarse por qué la contradicción entre resoluciones merece un tratamiento distinto si las han dictado órganos jurisdiccionales diferentes y también cuál debe ser, en este supuesto, la protección jurídica de la igualdad en la aplicación de la ley.

Ese diferente tratamiento no encuentra justificación en razones intrínsecas al principio de igualdad<sup>16</sup>.

El TC entiende que la diferencia está justificada por una interpretación sistemática de la Constitución Española (en adelante: CE) (Ref. Iustel: §0000001)<sup>17</sup>. Específicamente por las dos razones siguientes:

1.<sup>a</sup>) Si esa diferencia no fuera respetada “se atentaría al principio de independencia que ha de presidir la función judicial”<sup>18</sup>.

2.<sup>a</sup>) El segundo argumento sistemático deriva de la posición que, según la CE, ocupa el TC respecto de los tribunales ordinarios. Lo expone la STC 134/1991, de 17 de junio (Ref. Iustel: §101773):

“Como decíamos en el ATC 862/1986, el constituyente “no ha arbitrado ni previsto, para asegurar la igualdad en la aplicación judicial de la ley, otros mecanismos que los ya existentes en nuestro sistema y que, desde luego, no ha pretendido que este tribunal, a través del recurso de amparo, se convirtiese en un tribunal de casación universal”. Nosotros podemos y debemos asegurar que los cambios en la interpretación y aplicación de la ley no son arbitrarios o irrazonables, pero sólo podemos ejercer esta función mediante el control de las instancias judiciales que, siendo supremas en todo, salvo en lo que toca a las garantías constitucionales (art. 123.1 CE), son las que han de asegurar que aplican de modo igual la ley todos los tribunales inferiores del orden correspondiente y cuya función usurparíamos si hubiésemos de resolver sobre cuál deba ser la interpretación correcta de sus normas legales”.

De estas dos razones no deriva que la igualdad en la aplicación de la ley deba quedar sin protección cuando la lesión se manifieste en sentencias que han sido dictadas por órganos jurisdiccionales diferentes. Proteger este aspecto del principio de igualdad es responsabilidad del legislador ordinario, que ha de establecer un sistema adecuado de recursos.

Lo dijo la STC 125/1988, de 22 de octubre (Ref. Iustel: §101066):

---

<sup>16</sup> 16 *Ollero Tassara*, Igualdad en la aplicación de la ley, cit., pág. 22; *De Asís Roig*, Jueces y normas, cit., pág. 264; *Blasco Gascó*, La norma jurisprudencial, cit., pág. 146; *Xiol Ríos*, El precedente judicial en nuestro derecho, cit., apartado I.

<sup>17</sup> 17 También, *Sala Sánchez*, Discurso en el acto de apertura del año judicial, cit., pág. 26.

<sup>18</sup> 18 STC 146/1990, de 1 de octubre, fundamento jurídico 3.º, y otras sentencias en el mismo sentido citadas por *De Asís Roig*, Jueces y normas, pág. 264.

“Cuando se trata de órganos jurisdiccionales diferentes, la igualdad en la aplicación de la ley expresa una línea tendencial a que debe obedecer el ordenamiento jurídico en su conjunto y determina la necesidad de apertura de las oportunas vías de recurso con el fin de que las eventuales divergencias puedan ser reducidas, y la aplicación de la ley unificada, mediante una doctrina jurisprudencial uniforme; todo ello respetando como es lógico el sistema de fuentes del Derecho y la independencia de los órganos jurisdiccionales, cuya directa vinculación a la ley y al Derecho no puede quedar rota por una absoluta vinculación a los precedentes que nuestro ordenamiento jurídico no establece y que la Constitución no exige”<sup>19</sup>.

## 2. Reflexiones y planteamientos de política jurídica sobre la función del Tribunal Supremo

Desde principios de la última década del pasado siglo hasta hoy se han expresado, con frecuencia, reflexiones y planteamientos de política jurídica que vinculan la condición que el art. 123 CE asigna al TS - tribunal único en el Estado y superior en todas las materias jurídicas, salvo la de garantías constitucionales-, con la atribución al mismo de la función de garantizar la uniforme interpretación y aplicación de las normas en todo el ámbito de vigencia del ordenamiento. De esta manera se daría, además, respuesta institucional a la necesidad de protección de la igualdad en la aplicación de la ley, en aquellos supuestos -que son la mayor parte- en que el TC no puede atender a su protección mediante el recurso de amparo.

Junto a las reflexiones estrictamente doctrinales<sup>20</sup>, tienen especial relevancia, en esta materia, los planteamientos de política jurídica asumidos por los dos partidos mayoritarios españoles, y las propuestas de reforma formuladas por diversos órganos del Poder Judicial.

En el llamado Pacto de Estado para la reforma de la Justicia<sup>21</sup>, el acuerdo relativo al TS consiste en afrontar

“[L]as reformas necesarias para lograr un funcionamiento más ágil y eficaz del Tribunal Supremo y que potencien su función como órgano jurisdiccional superior y garante de la unidad de doctrina en todos los órdenes jurisdiccionales. A tal fin también se reformará el recurso de casación, aproximando su regulación en las diferentes leyes reguladoras del proceso y atendiendo a la noción del interés casacional”.

En el discurso del acto de apertura del año judicial de 1993, el Presidente del

---

<sup>19</sup> En el mismo sentido, la STC 304/1993, de 25 de octubre: “La interpretación judicial del Ordenamiento jurídico, que constituye uno de los instrumentos de adaptación normativa del Derecho a la realidad cambiante, puede ocasionar diferentes criterios doctrinales, cuya unificación correspondería ante todo a los tribunales superiores en rango jerárquico por medio de los recursos establecidos al efecto. Por muy consolidada que esté una doctrina el no ser seguida por un órgano judicial no implica el defecto de aplicación desigual de la ley por ese órgano, lesiva del derecho reconocido en el artículo 14 CE”.

<sup>20</sup> *Xiol Ríos*, El precedente judicial en nuestro derecho, cit., págs. 5-6; *Hernández Martín*, Independencia del juez, cit., págs. 153-155; *Moral Soriano*, El precedente judicial, cit., págs. 173-183; *De Asís Roig*, Jueces y normas, cit., págs. 268-272; *López Guerra*, La fuerza vinculante de la jurisprudencia, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 8 junio 2000, núm. 442, págs. 3-4.

<sup>21</sup> Es un acuerdo político, sin valor jurídico, de las dos fuerzas políticas mayoritarias y del Gobierno del Estado, en el que se fijan criterios sobre decisiones políticas que, por su entidad, requieren trascender de los planteamientos partidarios. El Pacto que mencionamos fue firmado por el Partido Socialista Obrero Español, por el Partido Popular y por el Gobierno –entonces dirigido por el Partido Popular- el 28 de mayo de 2001.

TS, llamó la atención sobre la doctrina jurisprudencial del TC antes expuesta, para apuntar, a continuación, que las limitaciones de esa doctrina podrían ser superadas con un recurso de casación en que

“[E]l Tribunal Supremo tenga oportunidad de sentar jurisprudencia sobre todas las materias en que los tribunales de instancia hayan mantenido posiciones diferentes ante supuestos sustancialmente idénticos”<sup>22</sup>.

De ese modo -concluía el Presidente- se vería destacada

“[L]a trascendental importancia de la labor encomendada al Tribunal Supremo para salvaguardar y hacer efectiva la seguridad jurídica y la igualdad en la aplicación de la ley por los propios tribunales de justicia. Ningún órgano [...] puede sustituirlo como cúpula del tercer poder del Estado y superior en todos los órdenes jurisdiccionales, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales, como lo define, con todo acierto, el artículo 123 de la Constitución”<sup>23</sup>.

En acto de apertura de tribunales del año 2000, otro Presidente del TS exponía un planteamiento similar:

“En conclusión, aparece claro que las exigencias confluyentes de los señalados principios vienen a determinar las funciones que constitucionalmente han de corresponder a ese órgano jurisdiccional único y en posición de superioridad que es el Tribunal Supremo: le corresponde la garantía última del imperio de la ley que, con su correcta interpretación, hará posible la igualdad en su aplicación judicial, con una razonable previsibilidad del contenido de las resoluciones judiciales. Esto es lo que deriva de nuestra Constitución; a partir de aquí es el legislador el que ha de establecer los cauces procesales que permitan la efectividad de aquellos principios.

Y, naturalmente, será en este momento cuando surjan las dificultades, pues si, por un lado, ninguna materia, en principio, debe estar excluida de la casación, por otro, no pueden ser excesivos los casos que tengan acceso al Tribunal, so pena de sumirlo en la ineficacia.”<sup>24</sup>

Con parecido contenido, se formularon propuestas por el CGPJ<sup>25</sup> y por la Sala de Gobierno del TS, que aprobó una propuesta de reforma del TS en atención a sus funciones constitucionales<sup>26</sup>.

---

<sup>22</sup> *Sala Sánchez*, Discurso en el acto de apertura del año judicial, cit., pág. 42.

<sup>23</sup> *Sala Sánchez*, Discurso en el acto de apertura del año judicial, cit., pág. 55.

<sup>24</sup> *Delgado Barrio*, Discurso en el acto de apertura del año judicial”, cit., págs. XXXIX-XL.

<sup>25</sup> *CGPJ*, Propuestas del Consejo General del Poder Judicial para la reforma de la justicia, en *Del modo de arreglar la justicia. Informes y propuestas para la mejora de la justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, Tribunal Supremo, Madrid, 2000*, págs. 33-34.

<sup>26</sup> *Sala de Gobierno del TS*, Informe y propuestas del Tribunal Supremo, en *Del modo de arreglar la justicia. Informes y propuestas para la mejora de la justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, Tribunal Supremo, Madrid, 2000*, págs. 93-96.

### **3. Los recursos de casación para unificación de doctrina y la garantía de la igualdad en la aplicación de la ley**

En la medida en que los recursos de casación estén atribuidos a un único tribunal supremo, la resolución de los mismos siempre tiene como consecuencia, aunque sea marginal, la fijación, y, según los casos, unificación o modificación de doctrinas jurisprudenciales sobre el modo de interpretar y aplicar una norma en casos similares a los que aquel Tribunal ha podido conocer.

Pero, más allá de este -llamémosle- “producto accesorio” de la casación, el legislador puede hacer de la existencia de las divergencias entre sentencias de órganos jurisdiccionales sobre el modo de interpretar y de aplicar la ley en casos iguales, precisamente el criterio de selección de los asuntos que pueden acceder, mediante el recurso de casación, al TS. Esta técnica para especificar las sentencias recurribles en casación enfatiza la función de este recurso como garantía de la igualdad en la aplicación de la ley.

Esta técnica se aplicó, por primera vez, en el proceso laboral, para determinar una parte de las sentencias que eran recurribles en casación<sup>27</sup>. Además al recurso se le dio la específica denominación de “casación para unificación de doctrina”.

Por ese mismo camino siguió la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 (en adelante: LJCA)<sup>28</sup>.

En la LEC/2000, una parte de las sentencias que son recurribles en casación se determina con arreglo a esta técnica, pero el recurso ya no recibe la especial denominación de “casación para unificación de doctrina”.

---

<sup>27</sup> Base 35.<sup>a</sup> de la Ley de Bases de Procedimiento Laboral de 12 de abril de 1989, después desarrollada en los artículos 215 al 225 del texto articulado de la Ley de Procedimiento Laboral de 27 de abril de 1990.

<sup>28</sup> Artículos 96 al 99 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

### III. LA CASACIÓN EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL DE 2000: UN INTENTO INSUFICIENTE

El régimen de las sentencias recurribles en casación de la LEC/2000 estableció, junto a los criterios tradicionales de materia y de cuantía del proceso, el criterio del “interés casacional”. Con este último criterio se pretendía que el recurso de casación sirviera para garantizar la igualdad en la aplicación de la ley en cualquier materia de Derecho Privado.

No obstante, el flujo de asuntos hacia el TS que hace posible el régimen de la LEC/2000, continúa sobrepasando la capacidad de resolución del TS. En previsión de esta consecuencia, la Sala de lo Civil del TS ejerció una potestad que le atribuye la LOPJ, con la mal encubierta finalidad de reducir el número de sentencias recurribles.

#### 1. La regulación legal

Con arreglo al art. 477.2 LEC/2000 las resoluciones recurribles en casación se determinan por la concurrencia de una característica general y de alguna de tres características especiales.

La característica general es que las resoluciones sean sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales<sup>29</sup>.

Además, esas sentencias han de reunir alguna de las tres características especiales siguientes:

1.<sup>a</sup>) Haber sido dictadas “para la tutela judicial civil de los derechos fundamentales, excepto los que reconoce el artículo 24 de la Constitución”.

Se trata de los derechos fundamentales diferentes a los que tienen un contenido procesal, cuya tutela por los tribunales ordinarios se regula de otro modo<sup>30</sup>.

Ésta es una regla de recurribilidad por razón de la materia, cuya finalidad es hacer efectivo el carácter subsidiario del amparo constitucional, estableciendo una última posibilidad para la tutela del derecho fundamental ante el más alto tribunal de la jurisdicción ordinaria.

2.<sup>a</sup>) Haber sido dictadas en procesos de cuantía superior a ciento cincuenta mil euros.

En esta regla de recurribilidad la cuantía es la del proceso que ha sido resuelto por la sentencia, no la del pronunciamiento de condena que la sentencia contenga.

3.<sup>a</sup>) Existencia de “interés casacional”.

“Interés casacional” no es un concepto jurídico indeterminado, cuyo significado pueda fijar el tribunal de casación. Es un concepto cuyo alcance preciso delimita el apartado 3 del art. 477 LEC/2000. La *ratio* de las normas contenidas en ese apartado es reveladora de cuáles son los fines que el legislador ha querido atribuir a la casación.

En primer lugar, existe “interés casacional” si la sentencia recurrible ha juzgado

---

<sup>29</sup> Para que pueda valorarse esa norma, hay que tener presente que existen cincuenta Audiencias Provinciales, pero los órganos jurisdiccionales colegiados constituidos en el seno de las mismas ascienden a ciento sesenta. Por lo demás, el acceso a una segunda instancia en el proceso civil español es la regla general, con excepciones irrelevantes.

<sup>30</sup> Sobre esto *Ortells Ramos*, ZZPInt 5 (2000), págs. 110-112.

en oposición a la doctrina jurisprudencial del TS o ha juzgado sobre una cuestión acerca de la cual existen doctrinas jurisprudenciales contradictorias de las Audiencias Provinciales. Esto es, sin duda, revelador de que la finalidad asignada a la casación es la de proteger la igualdad en la aplicación de la ley, porque lo decisivo para que la sentencia sea recurrible es que las divergencias jurisprudenciales hayan puesto de manifiesto un riesgo concreto para ese aspecto del principio de igualdad. Sin embargo, no debe olvidarse que la decisión sobre el fono del recurso se realiza en atención a que el tribunal de casación estime o no correcta la interpretación y aplicación de la ley en el caso del proceso. Mediante esta decisión el tribunal de casación ratificará o rectificará, según los casos, una doctrina jurisprudencial.

En segundo lugar, también existe “interés casacional” si la sentencia recurrible ha aplicado una norma cuya vigencia no es superior a cinco años, salvo que hubiera doctrina jurisprudencial del TS sobre normas de igual o de similar contenido. Con esta regla se quiere dar un trato adecuado a un supuesto que, por raro, parece casi imposible: ante la promulgación de una nueva ley, todas las Audiencias Provinciales la interpretan y aplican de modo uniforme, aunque tal vez incorrecto. Esta regla permite que, en tal caso, el tribunal de casación determine el modo correcto de interpretación y aplicación.

Obviamente, es esta tercera característica especial de recurribilidad la que hace posible que el TS se pronuncie sobre la interpretación y aplicación de la ley en cualquier asunto de Derecho Privado, sin exclusiones por la materia o por la cuantía. En esa medida es, también, la regla de recurribilidad que protege más ampliamente la igualdad en la aplicación de la ley.

## **2. Restricciones antes de la entrada en vigor de la LEC/2000: el Acuerdo de los magistrados de la Sala de lo Civil del TS de 12 de diciembre de 2000**

La LEC/2000 entró en vigor, después de un año de *vacatio*, el 8 de enero de 2001. El 12 de diciembre de 2000, los magistrados de la Sala de lo Civil del TS adoptaron un Acuerdo sobre los criterios de recurribilidad, admisión y régimen transitorio del recurso de casación de la LEC/2000, acuerdo mediante el cual anticipaban cómo iban a interpretar y aplicar la regulación legal.

Del Acuerdo llama la atención, en primer lugar, que se adopte en ejercicio de la potestad de “unificación de criterios” y de “coordinación de prácticas procesales”, que el art. 264 LOPJ (Ref. Iustel: §0000053) confiere a una Sala de Justicia en relación con los órganos colegiados de magistrados que, dentro de esa Sala, actúan, simultáneamente, en la resolución de los asuntos. Dado que la LEC/2000 todavía no había entrado en vigor, no habían podido expresarse criterios, ni habían podido seguirse prácticas divergentes, que hicieran conveniente el debate para buscar puntos de unificación y coordinación.

En segundo lugar, y principalmente, el Acuerdo es llamativo porque sostiene la interpretación más restrictiva posible del régimen de las sentencias recurribles en casación. Aunque esa interpretación aprobada por los magistrados no es jurídicamente vinculante para los colegios juzgadores de la Sala de lo Civil del TS (art. 264.2 LOPJ), estos, de hecho, la seguirán.

Dejando aparte otras restricciones que, aunque secundarias, coadyuvan al

resultado restrictivo final, las principales restricciones que introduce el Acuerdo mencionado son las siguientes:

1.<sup>a</sup>) La primera característica especial –sentencias sobre tutela judicial de derechos fundamentales de naturaleza no procesal- sólo puede darse en sentencias dictadas en procesos iniciados con una pretensión de tutela de esos derechos. En ese supuesto la LEC/2000 establece el procedimiento ordinario como procedimiento adecuado. La sentencia de este procedimiento sería la recurrible en casación. Esta interpretación deja fuera de la casación todos los supuestos distintos al anterior, aunque una norma de reconocimiento de un derecho fundamental haya sido la *ratio decidendi* de la sentencia.

2.<sup>a</sup>) La segunda característica especial –cuantía superior a 150.000 euros- sólo puede darse en sentencias de procedimientos adecuados en atención a la cuantía<sup>31</sup>.

Esta interpretación sólo de manera aparente es inocua en cuanto a los efectos restrictivos. En realidad conduce a que, en los procedimientos cuya adecuación depende legalmente de la materia, no pueda hacerse una determinación de la cuantía para dar lugar a los efectos que la cuantía tiene en la recurribilidad en casación<sup>32</sup>. Con esta interpretación, el acceso a la casación sólo puede producirse por la puerta, más estrecha, del “interés casacional”.

3.<sup>a</sup>) La tercera característica especial –el “interés casacional”- sólo rige la recurribilidad en casación de sentencias que han sido dictadas en procedimientos cuya adecuación se establece en atención a la materia<sup>33</sup>.

Esta interpretación es la que encierra la máxima potencia restrictiva. Expulsa absolutamente de la casación las sentencias de los procedimientos de cuantía inferior a ciento cincuenta mil euros, y las sentencias de procedimientos de cuantía no determinable, salvo que versen sobre los legalmente limitados asuntos que tiene el procedimiento adecuado por la materia. De este modo el régimen del recurso de casación ya no sirve para el objetivo de que este recurso sea un instrumento general de garantía de la igualdad en la aplicación de la ley en cualquier clase de asunto de Derecho Privado.

Mediante el amparo constitucional se ha intentado que el TC establezca que las inadmisiones de recursos de casación fundadas en esta interpretación restrictiva del TS, violan el derecho a la tutela judicial efectiva, en cuanto derecho a un recurso que está previsto por la ley. Pero el TC no ha admitido a trámite los amparos, porque, sin entrar –dado que carece de competencia para ello- a enjuiciar plenamente la corrección

---

<sup>31</sup> La LEC/2000 establece algunos procedimientos especiales y dos procedimientos comunes – el ordinario y el verbal-. La adecuación de los procedimientos comunes se determina, en algunos supuestos, en atención a la materia, pero, como regla general, depende de la cuantía del asunto. Hasta tres mil euros es adecuado el procedimiento verbal; si la cuantía es superior, es adecuado el procedimiento ordinario. Este último procedimiento es también el adecuado si la cuantía no puede ser determinada ni siquiera entre los límites cuantitativos mencionados.

<sup>32</sup> El art. 255.1 LEC/2000 permite, claramente, la determinación de la cuantía para ese efecto: “El demandado podrá impugnar la cuantía de la demanda cuando entienda que, de haberse determinado de forma correcta, el procedimiento a seguir sería otro *o resultaría procedente el recurso de casación*”. La cursiva es mía.

<sup>33</sup> Véase *supra* nota 31.

de la interpretación del TS, considera que esa interpretación no es irrazonable ni arbitraria<sup>34</sup>.

### 3. La persistente sobrecarga de trabajo de la Sala de lo Civil del TS

Desde la entrada en vigor de la LEC/2000, los datos estadísticos básicos sobre recursos de casación ante la Sala de lo Civil del TS son los siguientes:

	2001	2002	2003	2004
<b>Pendientes al inicio del año</b>	12523	13726	13367	13606
<b>Registrados en el año</b>	3761	3109	2935	2880
<b>Resueltos en el año</b>	2558	3464	2696	2995
<b>Pendientes al finalizar el año</b>	13726	13367	13606	13491

Si se compara esta tabla con la del apartado I de este artículo, es fácil extraer algunas conclusiones de interés:

1.<sup>a</sup>) Está descendiendo, de modo notable y progresivo, el número de recursos de casación que ingresan anualmente en la Sala de lo Civil del TS. Si se toma como base la cifra de casaciones registradas en 2000, la cifra de 2001 es un 16'13 % inferior; la de 2002, un 30'67 % más baja; un 34'55 %, la de 2003; hasta llegar, en 2004, a un porcentaje de reducción del 35'78 %.

Esta disminución se debe, en mi opinión, a dos razones.

En primer término, al incremento en un 416'66 % de la cuantía que permite el acceso a la casación<sup>35</sup>. Téngase en cuenta, para valorar la incidencia de este factor, que la característica de la cuantía es la más objetiva –y, por ello, la menos “manipulable”- de las que son relevantes para determinar la recurribilidad.

En segundo término, la disminución se ha debido a la interpretación restrictiva de los requisitos de recurribilidad que fue anticipada por el Acuerdo de los magistrados de la Sala de lo Civil del TS. Pero la influencia de este factor ha sido indirecta. Las Audiencias Provinciales, que tienen competencia para un primer control de admisión de la casación, han ejercido el control con arreglo a aquella interpretación restrictiva, de modo que ha disminuido el número de casaciones que han llegado a ser registradas ante el TS<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> 34 En el sentido del texto, ATC, Sección 3.<sup>a</sup>, 190/2004, de 26 de mayo; ATC, Sección 1.<sup>a</sup>, 200/2004, de 27 de mayo.

<sup>35</sup> 35 Esa cuantía había sido fijada en seis millones de pesetas por la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal. La LEC/2000 la elevó a veinticinco millones de pesetas (ciento cincuenta mil euros). Téngase en cuenta que la tasa acumulada de incremento de precios de bienes de consumo, entre enero de 1992 y enero de 2000, fue de 30'6 %.

<sup>36</sup> 36 Esta hipótesis explicativa me parece confirmada por el espectacular aumento del número

2.<sup>a</sup>) A pesar de lo anterior, el número de recursos de casación pendientes al finalizar el año, que había tenido un incremento constante hasta el año 2001, se ha estabilizado en una cifra próxima a los 13.000 asuntos en todos los años posteriores hasta el 2004. Esa cifra parece simbolizar una barrera insuperable para la resolución de los recursos de casación en un plazo adecuado.

3.<sup>a</sup>) Por otra parte, el número de asuntos resueltos por año, salvo un llamativo aumento en el año 2002, se ha estabilizado en cifras próximas a las alcanzadas en los años 1998, 1999 y 2000. No es razonable pretender que ese número aumente y, al mismo tiempo, esperar que mejore la calidad de las resoluciones. En 2003, que es un año en el que la cifra de recursos resueltos se sitúa en un punto intermedio en el período 2001-2004, cada magistrado de la Sala de lo Civil fue ponente en una media de 269'6 resoluciones, entre autos de inadmisión y sentencias.

En resumen, la regulación de la casación por la LEC/2000 ni ha conseguido mejorar la utilidad de este recurso como instrumento para garantizar la igualdad en la aplicación de la ley, ni ha contribuido a mitigar la sobrecarga de trabajo de la Sala de lo Civil del TS.

---

de recursos de queja ante la Sala de lo Civil del TS en el período considerado. El recurso de queja es el que posibilita que el TS controle las inadmisiones de casación decididas por las Audiencias Provinciales, en ejercicio de la potestad mencionada en el texto. Tomando como base la cifra de recursos de queja de 2000, en 2001 se produjo un incremento del 147%; en 2002 el aumento fue del 292 %; del 288 %, en 2003; en 2004 ha sido del 268 %.

#### IV. TÉCNICAS PREVENTIVAS PARA LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD EN LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LA LEY

La garantía de la igualdad en la aplicación de la ley a los casos iguales, mediante un recurso de casación que puede ser interpuesto contra sentencias “sospechosas” de vulnerar esa faceta del principio de igualdad, opera como una garantía *ex post* de la aparente vulneración. Su efectividad requiere que, por haberse interpuesto el recurso, pueda ser examinada cada sentencia concreta que haya podido incurrir en tal vulneración.

No obstante, a pesar de que esta técnica es propiamente “represiva”, su eficacia es, también, indirectamente “preventiva”. La previsión de que el recurso de casación será admitido a trámite si la sentencia resuelve con base en una interpretación de preceptos diferente a la sostenida por otro tribunal en casos iguales o aplicando preceptos distintos a los aplicados por otras sentencias en casos también iguales, actúa impulsando al tribunal que ha de decidir a resolver el caso con arreglo a las mismas normas y la misma interpretación de ellas.

Algunos autores, asumiendo un planteamiento realista, consideran que, aunque no existan expresas declaraciones normativas de vinculación de los jueces a los precedentes o a la doctrina jurisprudencial<sup>37</sup>, la situación mencionada constituye expresión de esa eficacia jurídica vinculante<sup>38</sup>.

Cuestión distinta –y que no debe ser descuidada– es que la estimación de la casación no depende de que la sentencia recurrida se haya apartado, al resolver un caso igual, de los precedentes o de la doctrina jurisprudencial de otros tribunales, específicamente del TS. El pronunciamiento sobre el fondo de la casación depende del juicio del TS sobre la correcta interpretación y aplicación de la ley al caso. Ese pronunciamiento fija precedentes o doctrinas jurisprudenciales o ratifica o rectifica los anteriormente existentes.

En las reflexiones y debates sobre la función del TS, la Sala de Gobierno de este Tribunal concluyó que el régimen de la casación hasta ahora vigente en España - incluidas las novedades en materia de recurribilidad relacionadas con la unificación de doctrina jurisprudencial- no favorece que el TS cumpla su función constitucional de “creación de jurisprudencia y unificación de doctrina como medio para salvaguardar la

---

<sup>37</sup> 37 Estas vinculaciones son diferentes: *Xiol Ríos*, El precedente judicial en nuestro derecho, cit., págs. 25-40; *Nieto*, Visión doctrinal de la jurisprudencia, en La fuerza vinculante de la jurisprudencia, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 111-128. Pero, si se considera el complejo e impreciso panorama de declaraciones jurisprudenciales y de los autores al respecto, es difícil explicar a qué hay vinculación y con qué efectos.

<sup>38</sup> Así, entre otros, *Moral Soriano*, El precedente judicial, cit., págs. 164-169; *De Asís Roig*, Jueces y normas, cit., págs. 253-262; *Blasco Gascó*, La norma jurisprudencial, cit., págs. 62-76; *O’Callaghan*, Problemática de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, en La fuerza vinculante de la jurisprudencia, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 404-405; *Sánchez Ugena*, La recepción de la jurisprudencia por los tribunales colegiados y unipersonales, en La fuerza vinculante de la jurisprudencia, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 464-467; *Martínez Moya*, La realidad del precedente jurisprudencial. Especial referencia a la problemática de su recepción por los juzgados de instancia, en La fuerza vinculante de la jurisprudencia, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, págs. 494-501.

unitaria interpretación del ordenamiento jurídico”<sup>39</sup>.

Los inconvenientes derivan de que, si el TS ha de cumplir su función de unificación mediante ese régimen de la casación, es necesario que examine, una por una, las sentencias recurridas, lo que genera una gran carga de trabajo, conducente a que las sentencias del propio TS puedan ser contradictorias entre sí, a la falta de calidad de las mismas y a dilaciones excesivas para la resolución de los recursos<sup>40</sup>.

## **1. Propuestas de técnicas preventivas con anterioridad al Proyecto de Reforma**

Para superar los inconvenientes mencionados en el apartado anterior, la Sala de Gobierno del TS propuso dos reformas legales.

La primera consistía en establecer una cuestión prejudicial que los Tribunales Superiores de Justicia (en adelante: TSJ)<sup>41</sup>, con ocasión de conocer de un recurso extraordinario que sería admisible ante ellos en cualquier materia de Derecho privado, tendrían el deber de plantear al TS en dos supuestos:

1.º) Cuando estimaran que deben resolver en un asunto con criterios jurídicos diferentes a los que fueron tenidos en cuenta, para resolver sobre un asunto igual, por el propio TSJ, otros TSJ o por el TS.

2.º) Cuando tuvieran que resolver sobre un asunto respecto del que no existiera doctrina jurisprudencial.

En ambos supuestos, los criterios de aplicación y de interpretación de la ley al caso, establecidos por la sentencia del TS, serían vinculantes para el TSJ.

La ventaja de este instrumento jurídico en comparación con la técnica de los recursos de casación, se hace consistir en que, con la resolución de un caso, quedarían establecidos, para una serie de casos sustancialmente iguales, criterios de aplicación y de interpretación unificadores, cuyo seguimiento evitará que el TS dilapide su capacidad de trabajo debiendo ocuparse de otros tantos recursos iguales cuando se dicten las correspondientes sentencias en los procesos que tuvieran por objeto tales asuntos<sup>42</sup>.

La segunda reforma consistía en la expresa proclamación legal del valor vinculante de la jurisprudencia del TS<sup>43</sup>. Cabe pensar que sin esta segunda innovación, la primera no tendría tanta virtualidad como instrumento de unificación. Es, precisamente, porque los tribunales de instancia, vinculados por la jurisprudencia del

---

<sup>39</sup> *Sala de Gobierno del TS*, Informe y propuestas del Tribunal Supremo, cit., págs. 93, 95-96.

<sup>40</sup> *Sala de Gobierno del TS*, Informe y propuestas del Tribunal Supremo, cit., pág. 96. Igualmente con críticas a los instrumentos que implican un examen caso por caso, *Bacigalupo Zapater*, Jurisprudencia y seguridad jurídica, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 13 julio 2000, núm. 447, pág. 3.

<sup>41</sup> En cada una de las diecisiete Comunidades Autónomas, en las que se halla territorialmente estructurado el Estado Español, existe un Tribunal Superior de Justicia, en el que, entre otras, está constituida una Sala de lo Civil (y Penal).

<sup>42</sup> *Sala de Gobierno del TS*, Informe y propuestas del Tribunal Supremo, cit., págs. 101-102. También sobre esta propuesta de regulación, *Bacigalupo Zapater*, Jurisprudencia y seguridad jurídica, cit., pág. 3.

<sup>43</sup> *Sala de Gobierno del TS*, Informe y propuestas del Tribunal Supremo, cit., pág. 109.

TS -creada o confirmada, incluso preventivamente-, deberán resolver con arreglo a la misma, por lo que podrán ser evitados posteriores recursos ante el TS contra las sentencias. Si no fuera así, el procedimiento de decisión prejudicial contribuiría a aumentar, más que a reducir, la carga de trabajo del TS, dado que a ese procedimiento vendrían a añadirse los recursos de casación que, en su momento, podrían ser interpuestos contra las sentencias.

## **2. Las técnicas preventivas en los Anteproyectos de Reforma de la LOPJ y de la LEC en materia de recurso de casación, y en el Informe del CGPJ sobre los Anteproyectos**

El Proyecto de Reforma, cuya incidencia sobre la casación civil analizamos en este artículo, es fruto de la refundición de dos Anteproyectos: uno de reforma de la LOPJ y otro de reforma de varias leyes procesales, entre ellas, de la LEC/2000.

Estos dos Anteproyectos no han asumido las propuestas de técnicas preventivas tal como habían sido aprobadas por la Sala de Gobierno del TS.

No obstante, en el Anteproyecto de reforma de la LOPJ sí que se introduce, en el artículo 5 de esta Ley, un nuevo apartado que es una de las piezas de aquellas técnicas preventivas:

“Los Jueces y Tribunales aplicarán las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo”.

En el apartado VI de este artículo ensayaré un análisis de esta novedosa e importante norma.

Por otra parte, en el Anteproyecto de reforma de la LEC/2000 se regula un “recurso en interés de la Ley” que, como veremos en el siguiente apartado V, desarrolla su utilidad principalmente dentro de las técnicas preventivas, aunque también incide en el régimen de la casación ordinaria.

En el preceptivo Informe que el CGPJ ha de emitir sobre estos Anteproyectos de Ley, el Consejo sí que planteó otras propuestas sobre técnicas preventivas para garantizar la igualdad en la aplicación de la ley.

En primer término, el Informe del CGPJ es muy favorable al expreso establecimiento legal del carácter vinculante de la jurisprudencia del TS<sup>44</sup>. Otras matizaciones del Informe a esta importante innovación las consideraremos en el apartado VI de este artículo.

En segundo lugar, el Informe del CGPJ acoge, con modificaciones, la propuesta referida a la técnica de la cuestión prejudicial que formuló la Sala de Gobierno del TS, y aconseja que sea introducida en las reformas objeto de los Anteproyectos, aunque con limitación al proceso penal, con carácter facultativo para el tribunal proponente y sólo para los supuestos de que este tribunal estime que debe separarse de la doctrina jurisprudencial del TS o que ha de decidir una cuestión acerca de la cual no existe esa doctrina<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> *CGPJ*, Informe al Anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, en materia de recurso de casación, de doble instancia penal y de justicia de proximidad, págs. 15-19. El texto de este informe puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es>.

<sup>45</sup> *CGPJ*, Informe al Anteproyecto, cit., págs. 47-54 y, en págs. 145-147, propuesta de texto

## V. LA NOVÍSIMA CASACIÓN EN EL PROYECTO DE REFORMA

El régimen de la casación previsto en el Proyecto de Reforma introduce varias modificaciones en la casación que reguló la LEC/2000.

En este trabajo me limitaré a examinar las modificaciones referidas a las resoluciones recurribles, que se orientan hacia una severa restricción, y que, con seguridad, persiguen la finalidad de corregir la situación de sobrecarga de trabajo de la Sala de lo Civil del TS.

Esta restricción decepciona las expectativas depositadas en diseñar un régimen de recurribilidad en casación que pudiera garantizar la igualdad en la interpretación y aplicación de la ley en cualquier asunto de Derecho Privado. El legislador parece querer compensar ese vacío con una apuesta a favor de las técnicas preventivas. Tras describir, en el siguiente apartado 2, las técnicas de esta clase que el Proyecto de Reforma acoge, dedicamos el apartado VI del trabajo a un examen crítico de las mismas.

### 1. Un drástico recorte de las resoluciones recurribles en casación

La regulación prevista por el Proyecto de Reforma reducirá drásticamente el *input* de asuntos de la Sala de lo Civil del TS. Principalmente ese efecto será debido a la nueva regulación de las resoluciones recurribles en casación, aunque también contribuirán al mismo otras modificaciones que el Proyecto de Reforma ha introducido u omitido introducir<sup>46</sup>.

La nueva redacción que el Proyecto de Reforma da a los arts. 477 y 478 LEC/2000 altera sustancialmente el modo en que el texto originario de esa Ley determinaba las resoluciones recurribles.

Es cierto que la necesaria concurrencia de alguna de las tres características especiales restringía la delimitación resultante de la característica general. Pero las características especiales eran alternativas y no todos comportaban el mismo grado de restricción.

En cambio, en el Proyecto de Reforma la recurribilidad se determina por un conjunto de características acumulativas, cada una de las cuales añade restricciones

---

articulado acompañada como Adición al texto del Informe.

<sup>46</sup> Entre esas otras modificaciones introducidas hay que destacar la que define en un sentido ampliatorio los poderes de las Audiencias Provinciales para el primer control de admisión de la casación, cuyo ejercicio puede impedir, de momento y sin perjuicio del recurso de queja, que el recurso acceda al TS.

También coadyuva a reducir la entrada de asuntos en el TS haber omitido alguna modificación razonable. El Proyecto ha mejorado la correlación entre el ámbito de vigencia de la norma infringida y la competencia para resolver el recurso de casación. Ha rectificado la actual regulación en el sentido de que las Salas de lo Civil de los TSJ serán competentes para resolver la casación por infracción de normas de Derecho Privado de la Comunidad Autónoma en la que tengan su sede, aunque el proceso se haya seguido ante un tribunal no radicado en el territorio de esa Comunidad Autónoma, pero el tribunal haya aplicado o debido aplicar aquellas normas por corresponder al estatuto persona de los litigantes. Con ese mismo criterio de perfeccionamiento se hubiera podido aprovechar el Proyecto para atribuir correctamente las competencias en supuestos de doble infracción –Derecho Privado estatal y Derecho privado de Comunidad Autónoma-. Actualmente –y no está previsto cambio- la competencia corresponde a la Sala de lo Civil del TSJ, y sólo si ha sido alegada infracción de precepto constitucional la competencia se reserva a la Sala de lo Civil del TS.

adicionales hasta agotar la determinación de la resolución recurrible.

1.1. *La forma y naturaleza de la resolución y la instancia en la que ha sido dictada*

Si comparamos las características mencionadas en el epígrafe con la característica general actual –sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales-, podemos constatar una restricción y una ampliación.

Por la restricción quedan excluidas de la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales que no produzcan efectos de cosa juzgada. Este es un supuesto excepcional, porque, como regla general, toda sentencia sobre el fondo dictada en proceso de declaración, sea el procedimiento común o especial, produce cosa juzgada, salvo expresa previsión legal en contra (art. 447.4 LEC/2000).

La ampliación consiste<sup>47</sup> en que también serán recurribles en casación “[L]as demás sentencias de apelación y los autos definitivos, dictados por las Audiencias Provinciales, únicamente respecto de la vulneración de normas procesales”. Esta ampliación es introducida por estricta coherencia con la restauración de una casación que puede fundarse tanto en la infracción de las normas de Derecho Privado aplicables para resolver sobre el objeto del proceso, como en la de normas procesales.

El Proyecto de Reforma pone fin al régimen, realmente *non nato*, de la LEC/2000, que distinguía un recurso de casación y un recurso extraordinario por infracción procesal. El abandono de este modelo y la restauración del modelo tradicional imponía extender la recurribilidad en casación a resoluciones distintas a la sentencia sobre el fondo. La infracción de algunas normas procesales puede producirse en el proceso que precede a la emisión de esa sentencia, y puede ser hecha valer en una casación dirigida contra ésta. Pero otras infracciones de normas de esa misma naturaleza pueden manifestarse en que el proceso termina sin sentencia sobre el fondo<sup>48</sup>. En el segundo caso, la oportunidad de que la infracción de esas normas sea examinada en casación depende de que sean recurribles resoluciones distintas a la sentencia de fondo.

---

<sup>47</sup> Hay otra ampliación menos destacable que se produce por la expresa previsión de la recurribilidad en casación de las sentencias dictadas por las Salas de lo Civil de los Tribunales Superiores de Justicia, cuando tienen competencia objetiva especial para conocer en primera instancia de algunos asuntos de Derecho Privado (demandas de responsabilidad por daños causados en el ejercicio de sus funciones por los titulares de determinados cargos políticos y judiciales). Ésta no puede ser considerada una ampliación significativa. Es la rectificación de una errónea exclusión debida a una descuidada redacción de las disposiciones hoy vigentes.

<sup>48</sup> Por ejemplo: un auto en que el tribunal niega el juicio sobre el fondo porque faltan presupuestos procesales, o considera producida una finalización del proceso por desistimiento o por caducidad.

### 1.2. *Además, la cuantía del asunto*

Adicionalmente a las características mencionadas, el objeto del proceso en el que hayan sido dictadas las mencionadas resoluciones ha de tener una cuantía superior a los ciento cincuenta mil euros.

La fuerza restrictiva de esta característica es grande, si se tiene en cuenta que, salvo en dos supuestos de muy escasa frecuencia<sup>49</sup>, la ley ya no prevé la materia del proceso como característica relevante para la recurribilidad en casación.

Esa fuerza será aún mayor si la característica de la cuantía sigue siendo interpretada como hasta ahora lo ha hecho el TS. Es decir: no como un factor que tiene relevancia por sí mismo para determinar las resoluciones que son recurribles en casación, sino como una consecuencia de la adecuación del procedimiento, en cuya virtud sólo son recurribles en casación las sentencias y otras resoluciones dictadas en un procedimiento cuya adecuación se determina en atención a la cuantía. Esta interpretación deja fuera de la casación no sólo los procesos de cuantía indeterminada, sino también los que deben ser tramitados por procedimiento adecuado por razón de la materia, aunque su cuantía sea calculable y exceda del mínimo requerido para la recurribilidad en casación.

### 1.3. *Y, además, la concurrencia de “interés casacional”*

El concepto de “interés casacional” no experimenta una modificación sustancial respecto de su regulación actual.

No ha sido transformado en un concepto jurídico indeterminado, ni ha evolucionado hacia la atribución al tribunal competente para la casación de un ámbito de libre apreciación sobre las resoluciones merecedoras de ser examinadas en el recurso.

Continúa siendo un concepto legalmente definido –ahora por la redacción que el Proyecto de Reforma da al art. 478 LEC/2000- con referencia a unos supuestos que son significativos de riesgo para la igualdad en la aplicación de la ley. Específicamente: hay “interés casacional” si una resolución (la recurrible) ha decidido el caso con arreglo a un juicio jurídico que es contradictorio con el que, al decir un caso igual, han sostenido otros tribunales de su mismo grado, el TS o el TC. También si la resolución (recurrible) decide el caso con arreglo a normas nuevas, sobre cuya interpretación y aplicación no existe jurisprudencia del TS.

La modificación sustancial respecto del régimen vigente se produce en la relevancia del “interés casacional” para determinar la recurribilidad.

---

<sup>49</sup> El primer supuesto lo hemos mencionado antes en la nota 47. La redacción que el Proyecto da al art. 477.1 LEC no requiere un mínimo de cuantía.

El segundo supuesto deriva de una interpretación correctora de la nueva redacción de los arts. 477 y 478. La defectuosa redacción del Proyecto induce a pensar que la cuantía también es determinante de la recurribilidad en casación de las sentencias dictadas en procesos sobre tutela de derechos fundamentales, pero esa interpretación puede y debe ser corregida de modo que en estos procesos la calidad del asunto abriría el acceso a la casación, siempre, obviamente, que concurriera la característica adicional de “interés casacional”.

Actualmente funciona como una característica alternativa a las de materia y cuantía, y su efecto es ampliar la recurribilidad más allá de lo que resulta de aplicar alguna de esas dos características.

Con el Proyecto de Reforma pasa a convertirse en una característica adicional a la de la cuantía –y a la de la materia, en su muy limitado ámbito-, de modo que, en vez de ampliar las resoluciones recurribles, las restringe.

A la vista del estado normativo que será creado con la aprobación del Proyecto de Reforma, es justo preguntarse –y hacerlo con escepticismo- qué permanece del buen propósito de innovar los criterios para la recurribilidad en casación con el fin de que este recurso sirviera para garantizar la igualdad en la aplicación de la ley en cualquier asunto de Derecho Privado.

## **2. La recepción de técnicas preventivas en el Proyecto de Reforma**

En mi opinión, el Proyecto de Reforma ha confiado el logro del objetivo que he recordado al final del anterior apartado a unas técnicas de carácter preventivo.

Estas técnicas tienen dos manifestaciones en el Proyecto de Reforma, que ya estaban contenidas en el Anteproyecto de reforma de la LOPJ y en el Anteproyecto de reforma de la LEC/2000, a las que hice referencia en el anterior apartado IV.2 de este artículo.

La primera manifestación consiste en la expresa formulación del deber de los jueces y tribunales de aplicar “las leyes y reglamentos de acuerdo con la interpretación uniforme y reiterada que de los mismos haya realizado el Tribunal Supremo”. El precepto se establece en un nuevo párrafo que el Proyecto de Reforma añade al art. 5.1 LOPJ. Si los tribunales de grado inferior cumplen el deber de sujetarse a la jurisprudencia del TS cuando resuelvan casos iguales, se consigue proteger la igualdad en la aplicación de la ley sin necesidad de que contra las sentencias de aquellos tribunales sea admisible el recurso de casación.

La segunda manifestación es el “recurso en interés de la ley”, del que el Proyecto de Reforma introduce una nueva regulación.

Es importante destacar que la legitimación para este recurso se atribuye solamente al Ministerio Fiscal. También que la cuantía del asunto es irrelevante para la recurribilidad de las resoluciones mediante este recurso. La recurribilidad depende, principalmente, del “interés casacional”. Pero el concepto de “interés casacional” experimenta un cambio hacia la indeterminación, que alcanza a convertirlo en un poder de apreciación del TS de “considerar necesaria la formación de jurisprudencia sobre todas o algunas de las cuestiones planteadas”.

No obstante, las razones que inducen a adscribir este “recurso” a las técnicas preventivas de garantía de la igualdad son, principalmente, que, como se expresa en la redacción proyectada de las nuevas disposiciones, “[L]a sentencia dictada en el recurso de casación en interés de la ley dejará intactas las situaciones jurídicas particulares creadas por la resolución recurrida”, y que el recurso se podrá interponer “[C]on la exclusiva finalidad de formar jurisprudencia”, que será fijada en el fallo de la sentencia que lo estime.

A su vez, esto hay que vincularlo sistemáticamente con el nuevo párrafo que el Proyecto de Reforma añade al art. 5.1 LOPJ: con arreglo a esa jurisprudencia, fijada en las sentencias estimatorias de este recurso, deberán los jueces y tribunales aplicar las

leyes en futuros casos iguales. De este modo encajan las piezas de la técnica preventiva.

## VI. UNA PREOCUPANTE AMBIGÜEDAD EN LA IMPLANTACIÓN DEL VALOR VINCULANTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La corriente favorable a establecer una norma de vinculación de los jueces a la jurisprudencia del TS, que, desde hace unos años, es alentada, principalmente, desde órganos de autogobierno del Poder Judicial en España, presenta un elevado grado de ambigüedad y de imprecisión en aspectos fundamentales.

En primer término, el análisis de las posiciones expresadas en las diversas manifestaciones de esa corriente<sup>50</sup> no arroja luz acerca de si la vinculación propugnada lo es a un precedente –es decir: al modo en que fue resuelto un caso igual al que ahora es litigioso-, o a la doctrina jurisprudencial formada por un modo reiterado de interpretación y aplicación de un determinado precepto por el TS<sup>51</sup>.

En segundo lugar, es confusa la concepción de la potestad de desvinculación.

En efecto, no contribuye a la claridad que, en el contexto de tratar de la desvinculación y como si fuera expresión de la misma, se diga que el establecimiento legal del valor vinculante de la jurisprudencia “no supone alterar las concepciones actualmente vigentes en relación con la posibilidad de distinguir supuestos de hecho para llegar a soluciones diferentes”<sup>52</sup>. En buena técnica, no seguir una determinada doctrina jurisprudencial por estimar que el caso litigioso actualmente sometido a resolución es distinto a los que dieron lugar a la formación de la mencionada doctrina, no significa desvincularse de ésta, ni incumplir la norma que pudiera preceptuar la vinculación. La apreciación acerca de si los casos son iguales o diferentes la hace, en principio, el tribunal de instancia. Es cierto que, al hacerla, puede incurrir en error, pero, en tal caso, el tribunal no negará el carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial; sólo afirmará que la doctrina no es aplicable al caso<sup>53</sup>.

La desvinculación propiamente dicha<sup>54</sup> consiste en que el órgano jurisdiccional, que en principio está vinculado, estime que un caso igual a otros, sobre los que está formada una doctrina jurisprudencial, debe ser decidido con arreglo a unos criterios distintos a los establecidos por esa doctrina. Y esto porque ese órgano jurisdiccional entiende que deben ser aplicadas normas diferentes a las que tal doctrina estima aplicables, o porque las mismas normas deben ser interpretadas de un modo distinto -y

---

<sup>50</sup> *Sala de Gobierno del TS*, Informe y propuestas, cit., págs. 109; *Bacigalupo Zapater*, Jurisprudencia y seguridad jurídica, cit., págs. 138-141; *López Guerra*, La fuerza vinculante de la jurisprudencia, cit., págs. 1-4; y, en páginas que anticipaban las propuestas ahora comentadas, *Sala Sánchez*, Discurso en el acto de apertura del año judicial, cit., págs. 37-38.

<sup>51</sup> Sobre esta distinción, *Xiol Rios*, El precedente judicial en nuestro derecho. Una creación del Tribunal Constitucional, cit., págs. 25-40; *Nieto*, Visión doctrinal de la jurisprudencia, cit., págs. 111-128.

<sup>52</sup> *Sala de Gobierno del TS*, Informe y propuestas, cit., pág. 109; en parecido sentido, *Sala Sánchez*, Discurso en el acto de apertura del año judicial, cit., págs. 32-33.

<sup>53</sup> Otra cosa es que la técnica de las distinciones se utilice, en ocasiones, como subterfugio para cambiar de criterio de decisión, sin reconocer que es esto último lo que se hace. Véase, al respecto, *Iturralde Sesma*, El precedente en el common law, Editorial Civitas, Madrid, 1995, *passim*.

<sup>54</sup> Detalladamente sobre en qué consisten los cambios de criterio, *Blasco Gascó*, La norma jurisprudencial, cit., págs. 85-98.

más perfecto- al que sostiene la doctrina que se quiere abandonar; específicamente, en fin, porque esa más perfecta interpretación va dirigida -en caso de doctrina jurisprudencial y de normas de larga vigencia- a atender a la realidad social en que la norma ha de ser aplicada, teniendo presente el espíritu y finalidad de esa norma (art. 3.1 Código Civil).

Como no podía ser menos, en el singular debate sobre esta materia en Derecho español, en absoluto es negada la potestad de desvinculación, en sentido estricto, respecto de una doctrina jurisprudencial del TS<sup>55</sup>. Menos clara es la opinión acerca de si la potestad de desvinculación deberá tenerla cualquier órgano jurisdiccional o quedará reservada al TS, y sobre qué requisitos habrán de ser cumplidos para que la desvinculación se entienda realizada con arreglo a Derecho.

Dentro de la comprensible indefinición de aquello que sólo son propuestas en un debate abierto, parece que, propiamente, la potestad de desvinculación sólo la tendría el TS.

En ese sentido, dice la propuesta de la Sala de Gobierno del TS:

“Se rechaza que se haga referencia a una supuesta facultad de los tribunales ordinarios de separarse de los criterios jurisprudenciales alegando su disconformidad con el ordenamiento jurídico, pues esto equivaldría a dejar al arbitrio de los distintos tribunales la aplicación de los criterios jurisprudenciales, desvirtuando así su eficacia para garantizar la unidad del ordenamiento. Debe proclamarse sin más el valor vinculante de la jurisprudencia, con una fórmula similar a la contenida en la propia Ley Orgánica del Poder Judicial respecto de la doctrina del Tribunal Constitucional (art. 5)”<sup>56</sup>.

## 1. El valor vinculante de la jurisprudencia del TS y la independencia del juez

La indefinición más preocupante es la que existe sobre el tema de las consecuencias que debería tener una desvinculación no autorizada por el ordenamiento.

Si estas consecuencias afectan a la validez o a la eficacia de la sentencia, volvemos a la técnica de los recursos de casación como modo de garantizar una aplicación e interpretación uniforme de las normas, y, con ellas, la igualdad en la aplicación de las mismas. Esta clase de consecuencias deja plenamente a salvo la independencia judicial. Cada órgano jurisdiccional, el de instancia y el TS, habrán resuelto con arreglo a su personal juicio sobre cómo interpretar las normas y cómo aplicarlas para la mejor solución del caso, incluido el razonamiento sobre si la igualdad impone mantener o permite modificar anteriores criterios de decisión.

Pero también es posible otra clase de consecuencias: la que consiste en considerar que el juez que lleva a cabo tal desvinculación, realiza una conducta ilícita.

Si la vinculación del juez a la doctrina jurisprudencial del TS estuviera jurídicamente equipara a su vinculación a la ley, podría concluirse que una indebida desvinculación a sabiendas constituiría prevaricación<sup>57</sup>.

---

<sup>55</sup> *Sala Sánchez*, Discurso en el acto de apertura del año judicial, cit., pág. 33; *Sala de Gobierno del TS*, Informe y propuestas, cit. pág. 109.

<sup>56</sup> *Sala de Gobierno del TS*, Informe y propuestas, cit., pág. 109. Ya postulaba la misma rigidez *Sala Sánchez*, Discurso en el acto de apertura del año judicial, cit., págs. 33-34.

<sup>57</sup> Considerando, y rechazando, esta consecuencia, *Desdentado Bonete*, Problemas de la jurisprudencia en el orden social: Vinculación, cambio, conflictos jurisprudenciales y relaciones con la ley, en *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 34, Consejo

Sin llegar a extremo tan grave como la ilicitud penal, la consecuencia de ilicitud de la conducta podría proyectarse sobre el estatuto profesional del juez, produciendo en el mismo algún efecto desfavorable.

Sobre el riesgo cierto de que esto ocurra permite formarse una idea el siguiente pasaje de una intervención del entonces Ministro de Justicia ante la Comisión de Justicia e Interior en el Congreso de los Diputados, el día 14 de febrero de 2001:

“Cuando [los jueces] yerran o desconocen la ley o la *jurisprudencia* [la cursiva es mía], existe la posibilidad procesal de corregir su doctrina, y pueden incurrir en responsabilidad por las consecuencias de sus decisiones y por el funcionamiento anormal del servicio, lo que hoy tiene una incidencia millonaria en el presupuesto del Ministerio de Justicia. Lo primero debe resolverse con el sistema de recursos. Lo segundo requiere una regulación más detallada que promueva una mayor atención del Juez al destino posterior de sus pronunciamientos; incida como un elemento más, en la carrera; y se le repercuta, en los casos legalmente previstos”<sup>58</sup>.

Aunque tampoco se ha llegado a este punto, sí que debe hacerse notar que una indebida desvinculación ha sido considerada como error judicial determinante de responsabilidad del Estado. La STS, Sala 3.<sup>a</sup>, de 18 de enero de 2005, ha estimado una demanda de responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, declarando que el error judicial se produce porque dictó sentencia sin tener en cuenta la doctrina fijada por el TS en un recurso de casación en interés de ley:

“el carácter vinculante de la doctrina legal para los Jueces y Tribunales inferiores en grado de este orden jurisdiccional es, desde luego, incuestionable a tenor del artículo 100.7, in fine, de la Ley de la Jurisdicción y de la propia finalidad del recurso de casación en interés de Ley que atiende a la preservación del principio de seguridad jurídica (art. 9 CE). Por consiguiente, era obligado para el Juzgador de instancia seguir la interpretación realizada por la sentencia de esta Sala”.

En la jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado por error judicial había predominado la tesis de que no constituye “error judicial la adopción de un criterio que se aparte y que sea menos correcto que los generalmente admitidos y aceptables. Es una consecuencia del principio de independencia judicial, que niega la vinculación al precedente”<sup>59</sup>. En cambio, la sentencia citada más arriba es ahora presentada por órganos de autogobierno del Poder Judicial como expresión contundente y de capital importancia del carácter vinculante de la jurisprudencia del TS<sup>60</sup>, como expresión clara y contundente del alcance práctico de esa vinculación<sup>61</sup>.

---

General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pág. 421; *López Guerra*, La fuerza vinculante de la jurisprudencia, cit., pág. 3. También en el sentido de que la desviación de la doctrina jurisprudencial no constituye prevaricación, y sobre las condiciones que deberían concurrir para una conclusión distinta, *García Arán*, La prevaricación judicial, Editorial Tecnos, Madrid, 1990, págs. 73-75; *Ramos Tapia*, El delito de prevaricación judicial, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 290-292.

<sup>58</sup> La referencia a esta intervención puede verse en *Martínez Moya*, La realidad del precedente jurisprudencial, cit., pág. 525.

<sup>59</sup> *Hernández Martín*, El error judicial, Editorial Civitas, Madrid, 1994, págs. 120-121.

<sup>60</sup> *Hernando Santiago*, Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho, Discurso pronunciado por el Presidente del Tribunal Supremo en el acto de apertura de Tribunales el 13 de septiembre de 2005, pág. 12. El texto puede consultarse en <http://www.poderjudicial.es>.

<sup>61</sup> *CGPJ*, Informe al Anteproyecto, cit., pág. 17.

En mi opinión, se está abriendo una brecha en una de las garantías de la independencia judicial. Concretamente en la garantía consistente en que los criterios que el juez sostenga sobre la interpretación y aplicación de la ley, en los casos concretos que juzga, no deben tener incidencia en su carrera profesional, para evitar que el temor a esa incidencia, o el deseo de la misma, sean utilizados como instrumento de control de aquellos criterios<sup>62</sup>.

Pero esa brecha no es más que la coherente e ineludible derivación de la transformación esencial de la independencia judicial que, en el Derecho español, implicará el establecimiento del valor vinculante de la jurisprudencia del TS.

Se ha llegado a decir, de forma más o menos contundente<sup>63</sup>, que la norma de vinculación del juez a la jurisprudencia del TS no es una negación de la independencia del juez, porque ésta no consiste en que el juez pueda decidir con desvinculación de la ley, y sería la ley misma la que estaría imponiendo la vinculación a la jurisprudencia del TS. La norma de vinculación a la jurisprudencia sería, incluso, conforme a la CE, porque aquella norma es el medio para preservar la igualdad en la aplicación de la ley y la seguridad jurídica. Este argumento me parece inaceptable, porque niega un contenido constitucionalmente autónomo de lo que significa la independencia del juez<sup>64</sup>.

La transformación sustancial del concepto de independencia judicial se hace patente con sólo comparar las potestades que serían atribuidas al juez frente a la jurisprudencia vinculante y las que, actualmente, le atribuye el ordenamiento frente a las normas de rango inferior a ley emanadas del Poder Ejecutivo.

El art. 6 LOPJ atribuye a todos los órganos jurisdiccionales las potestades de examen de legalidad y de inaplicación de “los reglamentos o cualesquiera otras disposiciones contrarios a la Constitución, a la ley o al principio de jerarquía normativa”.

Por el contrario, las propuestas para introducir la norma de vinculación a la jurisprudencia del TS, que no han eludido tomar postura sobre la potestad de desvinculación, han diseñado un régimen muy distinto al del art. 6 LOPJ.

Según esas propuestas los órganos jurisdiccionales distintos al TS no tendrían potestades de examen de legalidad y de inaplicación respecto de la jurisprudencia del TS. Los órganos jurisdiccionales de grado inferior no las tendrían en absoluto. Los órganos de grado intermedio, si son investidos de potestad de plantear una cuestión prejudicial de legalidad, aún podrían evitar, mediante el planteamiento de la cuestión, quedar irremediabilmente sujetos a una doctrina jurisprudencial que reputen no conforme a ley. Sin embargo, incluso para estos tribunales existiría transformación esencial de la independencia, porque también ellos, como sus inferiores en grado,

---

<sup>62</sup> Siguiendo una antigua distinción de *Merkel*, Teoría General del Derecho Administrativo, Madrid, 1935, págs. 56-58, sin indicación de traductor, puede verse la distinción entre norma de independencia judicial y normas de garantía de la independencia judicial, aplicada al Derecho español posterior a la Constitución de 1978, en *Ortells Ramos*, Introducción al Derecho Procesal, Editorial Comares, Granada, 1999, págs. 24-30.

<sup>63</sup> *Sala Sánchez*, Discurso en el acto de apertura del año judicial, cit., págs. 20-22; *Bacigalupo Zapater*, Jurisprudencia y seguridad jurídica, cit., pág. 3; *Hernando Santiago*, Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho, cit., págs. 14-15.

<sup>64</sup> *De la Oliva Santos*, Gobierno del Poder Judicial y valor de la jurisprudencia: un intento de dos cambios sustanciales, en *Tribunales de Justicia*, núm. 10, octubre-2002, págs. 8-9.

perderían la potestad de inaplicar -de sentenciar no aplicando- la norma infralegal contraria a la jerarquía normativa.

En conclusión: la norma de vinculación somete al juez a una “regla general de enjuiciamiento” (la doctrina jurisprudencial del TS sobre cierta materia), de rango indiscutiblemente infralegal, y, en todo caso, de mayor densidad normativa que la ley, privándole de la potestad de examinar su legalidad.

Pretender que “la jurisprudencia no aporta reglas nuevas al ordenamiento jurídico” y que “[s]ólo actúa dentro de aquella misma ley que vincula a los jueces”<sup>65</sup>, es desconocer que, como mínimo, la jurisprudencia produce una mayor especificación de los supuestos a los que se aplica una norma y de las consecuencias jurídicas que ésta impone<sup>66</sup>, Aunque –según la expresión metafórica del Presidente del TS- “La jurisprudencia será sólo un mero recurso o procedimiento de filtrado, depurado”<sup>67</sup>, habrá que reconocer que esa metáfora significa, exactamente, separación de ciertos elementos de aquello que es depurado o filtrado, y, por lo tanto, obtención de un producto hasta cierto punto diferente.

Reconocido lo anterior, no puede excluirse que sea cuestionable si ese producto es conforme a la norma superior según el sistema de fuentes. La negación apodíctica de un posible desajuste<sup>68</sup> realmente sólo significa la negación a determinados tribunales de la potestad de constatar el desajuste, y de resolver en consecuencia con esa constatación.

## 2. El Proyecto de Reforma ¿reduce la ambigüedad?

El Proyecto de Reforma significa el paso de una etapa de debate político-jurídico al procedimiento de creación de la norma. Sería razonable esperar que las ambigüedades e imprecisiones de la primera etapa hubieran quedado sustancialmente reducidas en la segunda. Lamentablemente no ha sido así.

1.º) El Proyecto de Reforma no establece con precisión respecto de qué se establece la vinculación.

Según la redacción proyectada del art. 5.1, párrafo segundo LOPJ la vinculación se impone respecto de la “interpretación uniforme y reiterada que de los mismos [las leyes y los reglamentos] haya realizado el Tribunal Supremo”.

No obstante, el recurso de casación en interés de la Ley, mediante el cual el Proyecto de Reforma se propone garantizar la igualdad en la aplicación de la ley en el vasto campo de asuntos que el mismo Proyecto de Reforma ha dejado fuera de la casación ordinaria<sup>69</sup>, conduce, en el caso de ser estimado, a una única sentencia “que

---

<sup>65</sup> *Hernando Santiago*, Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho, cit., pág. 14. Similar planteamiento en *CGPJ*, Informe al Anteproyecto, cit., págs. 16-18.

<sup>66</sup> Con detalle, *Blasco Gascó*, La norma jurisprudencial, cit., *passim*; también, aunque sólo con referencia a las normas sancionadoras, *Ferreres Comella*, El principio de taxatividad y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional), Editorial Civitas, Madrid, 2002, págs. 153 y siguientes, y el conjunto de la obra.

<sup>67</sup> *Hernando Santiago*, Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho, cit., pág. 14.

<sup>68</sup> *Hernando Santiago*, Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho, cit., pág. 14.

<sup>69</sup> Este recurso de casación ha quedado reducido a la mínima expresión, según he expuesto en

fijará en el fallo la jurisprudencia”.

La duda es más que razonable: ¿Habrà vinculación a la jurisprudencia fijada por esa única sentencia o la vinculación requerirá varias sentencias, reiteradas y uniformes, del TS?

Para mayor confusión en esta materia, el Proyecto de Reforma deja sin modificación el art. 100.7 LJCA (Ref. Iustel: §0000165)<sup>70</sup>, que sí establece, ya en la actualidad, una vinculación a la jurisprudencia fijada en sentencia de recurso de casación en interés de ley, aunque en el proceso contencioso-administrativo.

Es incomprensible que una reforma que dice perseguir una mayor seguridad jurídica, mediante la vinculación de los tribunales a la jurisprudencia del TS, deje en entredicho la seguridad jurídica precisamente por indefinición de los requisitos que han de concurrir para que deba entenderse constituida la regla complementaria de enjuiciamiento, en la que esa jurisprudencia consiste.

2.º) El Proyecto de Reforma omite toda previsión sobre un régimen de desvinculación, que determine qué clases de tribunales tienen potestad para desvincularse, en qué supuestos y según qué reglas procedimentales.

En principio, la omisión de todo dato normativo sobre esa potestad, unida a la norma del art. 5.1, párrafo segundo LOPJ, lleva a concluir que la vinculación es absoluta, salvo, como es lógico, para el TS, que es el que tiene potestad para crear –y para modificar- la jurisprudencia vinculante.

No obstante, puede que esa disposición no deba ser entendida según su rigurosa literalidad.

De hecho, el máximo órgano del Poder Judicial, que es decididamente partidario de la vinculación, y que informó favorablemente la redacción de aquella disposición del Anteproyecto, advirtió que el deber de vinculación no debía entenderse:

“como un vínculo indisoluble e inalterable con la doctrina jurisprudencial -vínculo que ni el propio Tribunal Supremo mantiene con su doctrina, pues ello impediría la evolución jurisprudencial- sino como el deber de los órganos inferiores de no separarse de forma libre, injustificada o arbitraria de la jurisprudencia, pero sin desconocer la posibilidad de que se razone y motive la existencia de circunstancias relevantes que hagan necesario separarse de la doctrina jurisprudencial. Lo contrario sería tanto como reconocer a la jurisprudencia la misma fuerza vinculante que a la Ley, pudiendo comprometer la independencia judicial, consagrada en el artículo 117 de la Constitución y proclamada en el artículo 1 de la LOPJ”<sup>71</sup>.

Comparto plenamente esa tesis, pero me parece contradictoria con otras que también han sido sostenidas en el debate sobre este tema. Lo único seguro es que dejar abiertas las dudas sobre este punto en el momento en que va a ser implantada la norma de vinculación, en nada contribuye a la seguridad jurídica.

---

el apartado V, 1 de este artículo.

<sup>70</sup> Esta omisión del Proyecto sorprende porque muchos otros artículos de la LJCA sobre el recurso de casación sí que han sido afectados por la reforma.

<sup>71</sup> *CGPJ*, Informe al Anteproyecto, cit., pág. 18.

3.º) Probablemente no deba ser objeto de un Proyecto de Reforma como el que examinamos la determinación de las repercusiones que una desvinculación no autorizada por el ordenamiento debe o no debe tener en las apreciaciones sobre la licitud de la actividad del juez, o, dejando fuera la responsabilidad personal del mismo, sobre la licitud de sus actos a los efectos de una responsabilidad objetiva del Estado.

No obstante, la falta de definición sobre los dos temas básicos que antes he comentado, permite albergar dudas acerca de si esa imprecisa norma de vinculación no acabará por ser asumida, de modo difuso e incontrolable, entre los estándares que, para muy diferentes consecuencias<sup>72</sup>, se tienen presentes para valorar la actividad del juez<sup>73</sup>.

---

<sup>72</sup> Calificación con incidencia en la provisión no reglada de puestos en la carrera judicial, responsabilidad civil, responsabilidad disciplinaria, responsabilidad penal.

<sup>73</sup> Preocupación por las consecuencias de una desvinculación indebida distintas a la de que pueda ser admitido y estimado un recurso de casación, puede observarse, por ejemplo, en *Martínez Moya*, La realidad del precedente jurisprudencial, cit., págs. 499, 525-526.

**LA SELECCIÓN DE ASUNTOS PARA SU ACCESO A LA CASACIÓN  
EN DERECHO ESPAÑOL: LAS TÉCNICAS DE “UNIFICACIÓN DE DOCTRINA”  
Y DE “INTERÉS CASACIONAL”\***

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal.  
Universitat de València

I. SOBRE LAS REFORMAS RECIENTES DE LA CASACIÓN CIVIL Y EL TEMA ESTRELLA DE LA SELECCIÓN DE ASUNTOS \*\*

La identificación de lo que es reforma reciente tiene, en Derecho español, una respuesta muy segura: el indiscutible punto de referencia de nuestra atención deberá serlo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 que estableció un régimen completo y sistemático –en qué medida innovador, se podrá ver en parte después- del recurso de casación y de otro recurso extraordinario –al que denominó por infracción procesal- estrechamente relacionado con el de casación.

En ese régimen destaca, como tema estrella, el de los criterios para seleccionar los asuntos que pueden tener acceso a la casación. Con anterioridad a los trabajos de elaboración de la LEC había sido abierto el debate sobre la superación del criterio del valor económico del asunto litigioso como criterio más generalmente determinante de la recurribilidad en casación. El debate se abrió no sólo en el proceso civil, sino también en los procesos para tutelas jurisdiccionales análogas a las que dispensa el proceso civil, como son el proceso contencioso-administrativo y laboral. No obstante, las concreciones que se han ido alcanzando en los criterios alternativos al que, hasta cierto momento, ha sido el tradicional, no han sido uniformes, sino que presentan diferencias notables. Además, en esta materia se detecta una inestabilidad reveladora de que no puede considerarse tema cerrado. Mi ponencia versará, principalmente, sobre este conjunto de cuestiones.

---

\* Publicado en *Los recursos ante Tribunales Supremos en Europa* (Coord. Manuel Ortells Ramos), Madrid, Difusión, 2008, pp. 163-243.

Este trabajo ha sido elaborado en el proyecto de investigación SEJ-2005-08384-C02-01/JUR, financiado por el Ministerio de Educación y Ciencia de España y dirigido por el Prof. Ortells Ramos.

\*\* SIGLAS Y ABREVIATURAS: *AP*: Audiencia Provincial, Audiencias Provinciales. *apt.*: apartado. *ATC*: Auto del Tribunal Constitucional. *CE*: Constitución Española de 1978. *CGPJ*: Consejo General del Poder Judicial. *EDJ*: El Derecho, Jurisprudencia. *Fj*: Fundamento jurídico. *LEC*: Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000; otras Leyes de Enjuiciamiento Civil serán citadas, en su caso, con indicación de su año. *LJCA*: Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998; otras Leyes de la Jurisdicción Contencioso-administrativa serán citadas, en su caso, con indicación de su año. *LPL*: Ley de Procedimiento Laboral. *STC*: Sentencia del Tribunal Constitucional. *TC*: Tribunal Constitucional. *TS*: Tribunal Supremo.

## **1. La falta de novedades normativas (recientes) sobre otras características peculiares de la casación civil en España**

Ciertamente hay componentes de la casación civil española, diferentes al régimen de la recurribilidad, que merecerían ser considerados, aunque sólo sea porque una visión superficial de la casación en diversos ordenamientos europeos revela coincidencias o proximidades de problemas y, a veces, de soluciones, sobre los que sería interesante reflexionar. No obstante, esto abriría un campo de análisis demasiado amplio y, además, traspasaría el límite de las reformas recientes, dado que se trata de aspectos que cuentan con una regulación asentada desde más o menos tiempo. Puede ser útil, sin embargo, referirse someramente a los mismos.

1º) Es antiguo en Derecho español (desde la LEC de 1855, en su art. 1060) la exclusión del reenvío en los casos de estimación del recurso por infracción de norma aplicable a la resolución sobre el objeto del proceso. Bajo la LEC de 1881 (art. 1745) el mismo órgano jurisdiccional del TS que había estimado la casación dictaba, a continuación y por separado, sentencia sobre el objeto del proceso. La reforma de 1984 concentró en una sentencia el pronunciamiento sobre los motivos de casación y el pronunciamiento sobre el objeto del proceso. Esta modificación contribuyó a desdibujar el objeto propio del recurso de casación,<sup>1</sup> aproximándolo, en mayor medida, a un reexamen limitado de la resolución sobre el objeto del proceso. Más allá de esta objeción teórica, el cambio fue criticado porque no sólo se desaprovechó la oportunidad de introducir una vista previa a la segunda sentencia, sino que – eliminando la separación formal de las sentencias- incrementó la inseguridad de las partes ante los posibles pronunciamientos sobre el objeto del proceso.<sup>2</sup> En definitiva, se trata de una regulación del reenvío que contrasta con las prudentes excepciones al mismo que están previstas o que se propone introducir en algunos ordenamientos europeos.<sup>3</sup>

2º) Mucho más reciente, debida a una reforma de 1992 que ha sido respetada en la LEC, es la radical supresión de toda posibilidad de que la Sala de lo Civil del TS revise ninguna clase de error de hecho en la apreciación de la prueba. La LEC de 1881 formulaba un motivo de casación que, bajo presupuestos estrictamente rigurosos, autorizaba esa revisión. Ese rigor fue confundido con formalismo, y la reforma de 1984, que se propuso eliminar las formas injustificadas en la casación civil, dio una nueva redacción al motivo correspondiente con la cual no se eliminaron formalismos, sino que se autorizó al TS a modificar el juicio de hecho de la sentencia, si entendía que debía dar mayor credibilidad a determinada prueba documental –y no solamente

---

<sup>1</sup> GUTIÉRREZ DE CABIEDES, E., “Caracteres principales de la casación civil en la reforma urgente de la Ley de Enjuiciamiento”, *Revista de Derecho Procesal*, 1985, núm.1, p. 110; ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional*, II, 1º, con otros autores, Barcelona, 1989, p. 524.

<sup>2</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M., *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cortés Domínguez (Coord.), Madrid, 1985, pp. 799-800, 912-913.

<sup>3</sup> TARUFFO, M., “Líneas para una reforma de la casación civil”, *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil*, Trad. Monroy Palacios J. J. y Monroy Gálvez J. F., Lima, 2005, pp. 255-256; Parágrafo 563 ZPO y, sobre la parcialmente coincidente redacción del antiguo parágrafo 565, STEIN/JONAS/GRUNSKY<sup>21</sup> § 565 Rdm. 21-28; CADIET, L., JEULAND, E., *Droit judiciaire privé*, Paris, 2006, p.644.

en extremos del documento amparados por normas de prueba legal- que a las demás pruebas practicadas.

Esta deriva de la casación fue drásticamente corregida por la reforma de 1992, que derogó el motivo mencionado para evitar que la casación se convirtiera en una tercera instancia “como puede ser en ocasiones por la vía del conocimiento de nuevo de cuestiones de hecho”,<sup>4</sup> y para limitar al tribunal de casación a la comprobación de si, sobre unos hechos inmodificables, la subsunción de los mismos en la norma había sido o no acertada.<sup>5</sup> Esta finalidad no se compaginaba con un motivo que invitaba a replantear ante el tribunal de casación la valoración de la prueba.<sup>6</sup>

Algunas críticas contra la supresión de este motivo se fundaron en que podía aumentar la ya extrema dificultad de distinción entre errores de hecho y de derecho, facilitando que algunos que tuvieran la segunda calidad quedaran expulsados del control en casación.<sup>7</sup> Esta consecuencia resultó prácticamente descartada y las opiniones fueron concordes en que la derogación del motivo no implicaba impedir el control en casación del error de Derecho en la apreciación de la prueba, porque es una infracción de norma jurídica,<sup>8</sup> de la aplicación de las normas de carga de la prueba,<sup>9</sup> de las reglas de la sana crítica en cuanto a su función de integración de las normas

---

<sup>4</sup> Presentación del Proyecto por el Ministro de Justicia, Cortes generales, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 1992, IV Legislatura, núm. 174, p. 8528.

<sup>5</sup> MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., “Principio inspirador de la nueva legalidad. Exposición de motivos”, en *La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril, reforma de los procesos civiles*, Martínez-Calcerrada y Gómez (Coord.), Madrid, 1993, pp. 110-112; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El recurso de casación”, en *Los recursos en el proceso civil*, Gimeno Sendra (Dir.), Valencia, 1995, pp. 542-543.

<sup>6</sup> ALMAGRO NOSETE, J., “Luces y sombras del recurso de casación civil reformado”, en *La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril, reforma de los procesos civiles*, Martínez-Calcerrada y Gómez (Coord.), Madrid, 1993, pp. 144-145.

<sup>7</sup> Se corría el riesgo de que fueran reputadas cuestiones ajenas al enjuiciamiento casacional las de la carga de la prueba, la valoración probatoria legal de determinados medios de prueba, las de construcción de presunciones y las de fijación de hechos en virtud de admisión - DE LA OLIVA SANTOS, A., “Dictamen de urgencia sobre el “Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”, en *Papeles del C.G.P.J. (1990-1996)*, De la Oliva Santos (Coord.), Madrid, 1997, p. 35; también advirtiendo sobre la naturaleza jurídica de estas cuestiones, ORTELLS RAMOS, M., *Derecho Jurisdiccional*, II, 1º, con otros autores, Barcelona, 1993, pp. 425-426; así como de que quedara huérfana de todo control casacional la aplicación del Derecho extranjero y las diversas aplicaciones en el enjuiciamiento de las reglas de la sana crítica o del criterio humano - FAIRÉN GUILLÉN, V., “Casación, hechos, derecho extranjero, reglas de la sana crítica en la Ley 10/1992, de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal”, en *Revista de Derecho Procesal*, 1993, núm. 3., pp. 539-542-.

<sup>8</sup> Presentación del Proyecto por el Ministro de Justicia, Cortes generales, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, año 1992, IV Legislatura, núm. 174, p. 8528. MARTÍNEZ-CALCERRADA, “Principio inspirador de la nueva legalidad. Exposición de motivos”, en *La nueva casación civil*, cit., pp. 111-112; ALMAGRO, “Luces y sombras del recurso de casación civil reformado”, en *La nueva casación civil*, cit., p. 146. En contra, sin embargo, GONZÁLEZ-CUÉLLAR, “El recurso de casación”, en *Los recursos*, Gimeno (Dir.), cit., pp. 550-551.

<sup>9</sup> MARTÍNEZ-CALCERRADA, “Principio inspirador de la nueva legalidad. Exposición de motivos”, en *La nueva casación civil*, cit., pp. 112-113.

jurídicas –no, en cambio, en cuanto deben tenerse presentes para la valoración no legal de medios de prueba-<sup>10</sup> y de la construcción de presunciones judiciales.<sup>11</sup>

3º) De la reforma de 1992 y de reformas anteriores provienen diversas regulaciones que, generalizando, puede describirse como técnicas de agilización de la casación que actúan sobre las garantías orgánicas y procedimentales del recurso. Representan unas técnicas de agilización que ningún ordenamiento europeo de los que consideramos se ha resistido a utilizar.<sup>12</sup>

Por lo que se refiere a la composición de los colegios juzgadores que, dentro de la Sala de lo Civil del TS, debían resolver los recursos, lo que expresaban los artículos de la LEC de 1881 hasta la reforma de 1984 (es decir, su integración por un presidente y seis magistrados) no se correspondía con la realidad desde leyes organizativas del TS que, a partir de 1945, dispusieron la constitución de secciones de enjuiciamiento de composición más reducida y de actuación simultánea. El art. 1712 de la LEC de 1881, reformada en 1984, que estableció una composición de presidente y cuatro magistrados, fue convertido en excepción por la reforma de 1992 que, amparada por la nueva LOPJ (art. 196), fijó como regla general una composición de presidente y dos magistrados. En la LOPJ (art. 197) y en la LEC esa regla general sólo tiene una excepción discrecional que permite al presidente o a la mayoría de magistrados reunir al pleno de la Sala cuando “se estime necesario para la Administración de Justicia”.

En las sucesivas modificaciones de esta materia siempre ha prevalecido la opción de una composición más reducida de las secciones porque permite el trabajo simultáneo de un mayor número de éstas, aumentando la capacidad de trabajo de la Sala Primera. Y se desatendieron las advertencias razonables, no tanto sobre la

---

<sup>10</sup> GONZÁLEZ-CUÉLLAR, “El recurso de casación”, en *Los recursos*, Gimeno (Dir.), cit., pp. 546-549. ALMAGRO, “Luces y sombras del recurso de casación civil reformado”, en *La nueva casación civil*, cit., p. 416, entiende que pueden ser impugnados los resultados probatorios arbitrariamente fijados o manifiestamente irrazonables.

<sup>11</sup> MARTÍNEZ-CALCERRADA, “Principio inspirador de la nueva legalidad. Exposición de motivos”, en *La nueva casación civil*, cit., p. 112; GONZÁLEZ-CUÉLLAR, “El recurso de casación”, en *Los recursos*, pp. 549-550.

<sup>12</sup> Atribución de la competencia de decisión, en determinados supuestos, a secciones de composición reducida, o al presidente de la sección, resolución de los recursos sin audiencia pública, posibilidad de inadmisión de recursos por manifiestamente infundados: TARUFFO, “Líneas para una reforma de la casación civil”, cit., pp. 250-255; SONELLI, S., *L'accesso alla Corte Suprema e l'ambito del suo sindacato. Un contributo al dibattito sulla cassazione civile in un'ottica comparatistica*, Torino, 2001, pp. 228-232. Entrarían igualmente en esta consideración los avatares normativos de las *formations restreintes* de la *Cour de Cassation* y su potestad de inadmitir recursos “*non fondés sur un moyen sérieux de cassation*”, sobre los que SONELLI, *L'accesso alla Corte Suprema*, cit., pp. 149-159, y CADIET, JEULAND, *Droit judiciaire*, cit, p. 63. Y para terminar, en una visión rápida, la posibilidad, respecto de la antigua *Wertrevision* de una inadmisión no sólo por falta de requisitos formales (§ 554a ZPO), sino también “*wenn die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat*” (§ 554b ZPO); y, con posterioridad a la Ley de reforma del proceso civil de 2 de agosto de 2001, la posibilidad de que el tribunal de casación inadmita el recurso porque esté convencido de que no tiene ninguna posibilidad de éxito (§ 552a ZPO).

disminución de la calidad intrínseca de las sentencias de casación,<sup>13</sup> como sobre el mucho más objetivable incremento de los riesgos de dispersión de los criterios de decisión, con la consiguiente dificultad de unificar la jurisprudencia y de imprimirle una evolución coherente.<sup>14</sup>

Propias de la reforma de 1992 fueron dos medidas para reducir la actividad procesal en los recursos de casación y, mediante ello, para agilizar su trámite.

Una primera, que ha sido conservada por la LEC, fue la supresión de la vista preceptiva. Su celebración se hizo, y se hace, depender de la decisión discrecional del tribunal o de la petición concorde de ambas partes.

La segunda consistió en el paladino establecimiento de dos causas de inadmisión por enjuiciamiento anticipado –y con resultado negativo- del fondo del recurso: carencia manifiesta de fundamento de éste y anterior desestimación en el fondo de un recurso sustancialmente igual (art. 1710.1.3º LEC/1881-1992).

Hasta esta reforma no estaban previstas causas de inadmisión de esa calidad. Su introducción fue acompañada de dos garantías específicas: una sobre el régimen legal de mayorías, exigiendo la unanimidad, para asegurar que las causas fueran aplicadas en casos realmente indiscutibles; otra, concediendo al recurrente una posibilidad de audiencia para intentar corregir inadmisiones sorpresivas.<sup>15</sup> Esta parte de la reforma recibió importantes críticas.<sup>16</sup>

La LEC ha dado un paso atrás en cuanto a esta clase de causas de inadmisión. La formulación más próxima a las mismas es la inadmisión por falta de los requisitos necesarios para la recurribilidad por interés casacional (art. 483.2.3º LEC), que, si bien descansan sobre una apreciación estrechamente vinculada al enjuiciamiento del fondo

---

<sup>13</sup> SERRA DOMÍNGUEZ, M., “Del recurso de casación”, en *La reforma de los procesos civiles (Comentario a la Ley 10/1992, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal)*, Madrid, 1993, pp. 225, 285.

<sup>14</sup> En el trámite parlamentario, se motivaron con referencia a este riesgo las enmiendas que intentaron modificar la redacción del proyecto: así las del Grupo Parlamentario Popular, defendidas por Pillado Montero, Cortes Generales, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Comisiones, año 1992, IV Legislatura, núm. 417, p. 12267, y por Cotoner Goyeneche, Cortes Generales, Diario de Sesiones, Senado, Comisiones, año 1992, IV Legislatura, núm. 110, p. 5989. En doctrina, SERRA, “Del recurso de casación”, en *La reforma de los procesos civiles*, cit., pp. 225, 285; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Prólogo”, en *La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril, reforma de los procesos civiles*, Martínez-Calcerrada y Gómez (Coord.), Madrid, 1993, p. 17; ALMAGRO, “Luces y sombras del recurso de casación civil reformado”, en *La nueva casación civil*, cit., p. 150.

<sup>15</sup> MARTÍNEZ-CALCERRADA, “Principio inspirador de la nueva legalidad. Exposición de motivos”, en *La nueva casación civil*, cit., pp. 122-124; GONZÁLEZ-CUÉLLAR, “El recurso de casación”, en *Los recursos*, Gimeno (Dir.), cit., pp. 583-584.

<sup>16</sup> DE LA OLIVA, “Dictamen de urgencia sobre el “Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”, en *Papeles*, cit., pp. 37, 61-62; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.A., *Derecho Procesal Civil*, II, con De la Oliva Santos, A., Madrid, 1995, p. 601; SERRA, “Del recurso de casación”, en *La reforma de los procesos civiles*, cit., p. 275-276; Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “Prólogo”, en *La nueva casación civil*, cit., pp. 17-18.

del recurso,<sup>17</sup> siempre podrán ser calificados como estrictos requisitos de admisibilidad por las características de la resolución recurrible.

Estaría por ver –pero no es posible en esta ocasión- cuál ha sido la efectiva aplicación de esta causa de inadmisión por el TS, e, incluso, el posible desplazamiento hacia los tribunales a quo, las AP, de la competencia de aplicarla con ocasión del control de la preparación del recurso de casación.<sup>18</sup> No obstante, lo que parece cierto es que el legislador se propone restablecer la inadmisión por enjuiciamiento anticipado del fondo, como aparecía en la nueva redacción del art. 483.2.4º LEC debida a un Proyecto de Reforma de 2006, que caducó por disolución del Parlamento, pero que tiene grandes posibilidades de ser nuevamente presentado.

4º) Hubiera podido constituir una importante novedad de la casación civil española frente a las de los ordenamientos europeos de nuestro entorno más próximo la supresión de los motivos de casación consistentes en infracción de normas procesales, que pasaban a fundar un recurso extraordinario diferente y, además, optativo, para cada parte procesal, respecto del recurso de casación. Pero esta regulación, aunque sus disposiciones continúan en el texto de la LEC, no ha entrado en vigor hasta ahora,<sup>19</sup> y es previsible que nunca adquirirá vigencia, porque el Proyecto de Reforma de 2006, antes mencionado, deroga las disposiciones del recurso extraordinario por infracción procesal y reconduce esta clase de infracciones a los motivos de la casación.

## **2. Un problema importante, pero de interés principalmente interno: la capacidad legislativa de las Comunidades Autónomas y sus implicaciones sobre el régimen de la casación**

La CE autoriza que las Comunidades Autónomas, como entidades en las que se organiza los poderes políticos territoriales dentro del Estado Español, asuman poder legislativo y, específicamente, sobre materias de Derecho Privado (art. 149.1.8ª y 3 CE) y de Derecho Procesal (art. 149.1.6ª y 3 CE).

Aunque la CE establece un Poder Judicial único, cuya regulación corresponde al Poder Legislativo del Estado, y cuya administración y gobierno también se atribuyen, salvo excepciones, a órganos de ámbito nacional, la propia CE formula normas sobre el Poder Judicial cuya *ratio* se halla en la estructura autonómica del

---

<sup>17</sup> Si el tribunal considera que la sentencia impugnada no es contradictoria con las que se presentan como contraste o que no justifica su pronunciamiento sobre una ley “nueva”, el rechazo –la inadmisión- del recurso se realiza sin expectativa de que se examine la infracción de la norma que se ha aducido en el motivo.

<sup>18</sup> De interés, sobre esta derivación de las competencias de control de admisión, MARTÍN PASTOR, J., “Distribución de competencias funcionales entre Audiencias Provinciales, Tribunales Superiores de Justicia y Tribunal Supremo en el control del interés casacional en orden a la admisión de la casación”, *Problemas actuales del proceso iberoamericano*, II, Málaga, 2006, pp. 187-202.

<sup>19</sup> Para una más amplia información sobre esta regulación, las razones que impidieron su entrada en vigor y el sistema provisional de la casación por infracción de normas procesales, ORTELLS RAMOS, M., “Der neue spanische Zivilprozess. Leitlinien der Ley de Enjuiciamiento Civil vom 7 Januar 2000”, *ZZPInt* 5 (2000), pp. 110-112; ORTELLS RAMOS, M. ET ALT. , *Derecho procesal civil*, Cizur Menor, 2007, pp. 523-532.

Estado – así, principalmente, la previsión de unos Tribunales Superiores de Justicia, cuya circunscripción se extiende al territorio de la Comunidad Autónoma en cuyo Estatuto se ha previsto la constitución de ese Tribunal, que han sido todos los Estatutos- y es razonable que la consideración de esta estructura se convierta en un criterio importante de política jurídica para la legislación estatal de organización de tribunales y procesal.

El principal problema que esto planteaba en el tema que nos ocupa era –y sigue siendo, a pesar de la regulación vigente-<sup>20</sup> el de la atribución de la competencia funcional para conocer de la casación, según la ley infringida por la sentencia sea estatal o autonómica.

El criterio básico para resolver ese problema se intenta deducir de la función unificadora de la interpretación y aplicación de las leyes que debe cumplir la casación. De entrada, era acertada la apreciación de que la diversificación de la competencia funcional para conocer de la casación y, en particular, la pérdida de la exclusividad de la misma por el TS, no significaba un absurdo o una contradicción esencial con la función de este recurso, poco antes recordada, dado que de la existencia de un único ordenamiento se había pasado a un régimen constitucional de pluralidad de ordenamientos.<sup>21</sup> No obstante, según fueran reguladas las competencias funcionales, aquella función de la casación podía ser amenazada. Y así ha sido, en efecto, tanto para los Derechos autonómicos, como para el Derecho civil común, porque la frecuente concurrencia de las normas de ambos sistemas para la solución de los casos litigiosos obstaculiza la solución geométrica de “un ordenamiento, un tribunal de casación, una jurisprudencia”.<sup>22</sup>

### **3. Hacer de la necesidad, virtud: La sobrecarga de trabajo de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo y la revisión de los criterios de selección de asuntos para acceder a la casación.**

En la última reforma de la LEC de 1881, la de 1992, continuaron sin producirse cambios esenciales en los criterios de selección de los asuntos para acceso a la casación.

Junto con las reglas muy especiales –pero escasamente significativas para el número de asuntos a los que abrían las puertas del recurso- de la materia de los asuntos sobre los que se había dictado la sentencia, la regla que, aún siendo siempre especial, tenía más amplio ámbito de aplicación, era la de una mínima cuantía del asunto. Esa amplitud era debida a una doble razón: primero, a que por ser regla residual la de adecuación del procedimiento por la cuantía, siempre podía afectar a mayor número de asuntos litigiosos que las casuísticas reglas de adecuación por la

---

<sup>20</sup> ORTELLS RAMOS, M. ET ALT. , *Derecho procesal civil*, Cizur Menor, 2007, pp. 539-540.

<sup>21</sup> VALLS GOMBAU, J. F., “Las competencias civiles de los Tribunales Superiores de Justicia. Especial referencia a la revisión y a los recursos de casación autonómicos”, *Justicia*, núm. 2, 1988,, pp. 320, 349.

<sup>22</sup> En esta línea, las reflexiones de CORDÓN MORENO, F., “El recurso de casación por infracción de ley foral”, *Revista Jurídica de Navarra*, 1988,, pp. 37-39, 48-49.

materia; segundo, porque, en defecto de aplicabilidad de estas últimas reglas, los asuntos de cuantía inestimable también tenían acceso a la casación.

En el contexto de estos criterios de selección de asuntos, la capacidad de reacción del legislador ante un aumento notable de la carga de trabajo de la Sala de lo Civil del TS,<sup>23</sup> se limitaba, de una parte, a incrementar periódicamente la cuantía mínima de los asuntos cuyas sentencias eran recurribles en casación,<sup>24</sup> y, de otra parte, a evitar el abuso del acceso a la casación por cuantía inestimable.<sup>25</sup>

<b>Recursos de casación</b>	<b>1995</b>	<b>1996</b>	<b>1997</b>	<b>1998</b>	<b>1999</b>	<b>2000</b>
<b>Pendientes al inicio del año</b>	5405	6042	6988	8049	9266	10914
<b>Registrados en el año</b>	2800	3007	3399	3668	4184	4484
<b>Resueltos en el año</b>	2163	2061	2338	2451	2532	2875
<b>Pendientes al finalizar el año</b>	6042	6988	8049	9266	10914	12523

Con ocasión de la reforma de 1992 se observaron las primeras manifestaciones críticas contra la preponderancia de la regla de la cuantía para la selección de los asuntos con acceso a la casación, porque la influencia decisiva de esa regla margina o dificulta que la casación pueda cumplir con amplitud una función de unificación de la jurisprudencia y de garantía de la igualdad ante la ley.<sup>26</sup>

<sup>23</sup> De esa carga, con posterioridad a la reforma de 1992, puede dar idea la tabla que figura en el texto, que se ha elaborado con base en la información estadística accesible en <http://www.poderjudicial.es>. En su apartado “Estadística judicial en PC Axis” ofrece los datos que, por el organismo que los difunde, hay que estimar más fiables, y, además, pone a disposición un sencillo programa informático para algunas explotaciones de los mismos.

<sup>24</sup> Concretamente sobre el incremento del cien por cien que produjo la reforma de 1992 respecto de la de 1984, SERRA, “Del recurso de casación”, en *La reforma de los procesos civiles*, cit., pp. 235-236, lo consideraba desproporcionado atendida la evolución de los índices económicos habituales (salario mínimo interprofesional, coste de la vida); mientras que MARTÍNEZ-CALCERRADA Y GÓMEZ, L., “En torno a la necesidad reformadora de la casación civil”, en *La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril, reforma de los procesos civiles*, Martínez-Calcerrada y Gómez (Coord.), Madrid, 1993, pp. 66-68, estimaba que la cuantía mínima debió haberse situado en el entorno de los 20-25 millones de pesetas.

<sup>25</sup> El abuso consistía en hacer pasar por asunto de cuantía inestimable uno en el que, simplemente de hecho, la cuantía no hubiera sido determinada. No obstante, en esta cuestión la reforma de 1992 incurrió en el exceso de restringir, adicionalmente, la recurribilidad de sentencias en asuntos de cuantía realmente inestimable: la hizo depender de la disconformidad de la sentencia de segunda instancia respecto de la de primera.

<sup>26</sup> SERRA, “Del recurso de casación”, en *La reforma de los procesos civiles*, cit., pp. 223, 235-236; GULLÓN BALLESTEROS, A., “Algunas observaciones sobre la reforma del recurso de casación”, en *La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril, reforma de los procesos civiles*, Martínez-Calcerrada y Gómez (Coord.), Madrid, 1993, p. 174; FERNÁNDEZ LÓPEZ, *Derecho Procesal Civil*, II, con De la Oliva Santos, 1995, cit., p. 574; con matices, porque no prescinde de que deba atenderse a la cuantía, MARÍN CASTÁN, F., “Resoluciones recurribles y no recurribles en casación”, en *Cuestiones de Derecho Procesal Civil (Juicio en rebeldía. Terminación anormal del proceso. Recursos)*, Cuadernos de Derecho Judicial, 1995, apartado I y IV.1; GONZÁLEZ-CUÉLLAR, “El recurso de casación”, en *Los recursos*, Gimeno (Dir.), cit., p. 418. En el debate parlamentario, Castellanos, Cortes Generales, Diario de Sesiones, Congreso de los Diputados, Comisiones, año 1992,

Empezaba a tomar cuerpo –también, como veremos, en otros procesos no penales- el siguiente planteamiento: han de analizarse las funciones que puede ejercer el TS mediante la casación, hay que elegir, en su caso, entre las mismas, y dotar a la casación de una regulación compatible con la función o funciones elegidas, en especial por lo que se refiere a la selección de asuntos con acceso al recurso. Este planteamiento conducía a abrir reflexiones de muy diversa naturaleza: unas radicadas en el plano constitucional, otras en el ámbito de los criterios político- y técnico-jurídicos.

## II. CONDICIONAMIENTOS Y ORIENTACIONES CONSTITUCIONALES PARA LA SELECCIÓN DE LOS ASUNTOS CON ACCESO A LA CASACIÓN

En el plano constitucional la cuestión no está, desde luego, acotada por límites estrictos, al estilo del art. 111, párrafo séptimo, de la Constitución italiana. No obstante, deben examinarse posibles condicionamientos constitucionales, para comprender el alcance de la libertad de configuración normativa del legislador ordinario. Por otra parte, la interpretación de la CE por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional sí que ha ofrecido orientaciones de interés para establecer criterios de selección de asuntos con acceso a la casación.

### **1. La falta de condicionamientos constitucionales que impongan un determinado régimen de recurribilidad en la casación civil.**

La garantía institucional establecida por el art. 123 CE –según el cual el TS tiene jurisdicción en toda España y es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, salvo en materia de garantías constitucionales- impone, sin duda, la previsión legal de algún recurso ante ese tribunal. Cuestión diferente es que, con la excepción del proceso penal,<sup>27</sup> el TC considera que no existe ninguna norma constitucional que imponga al legislador ordinario la previsión de una determinada clase de recurso o una determinada configuración de los múltiples componentes del recurso que el legislador haya decidido establecer, ni que reconozca un derecho fundamental a un recurso y menos con específica configuración.

Frente a la pretensión de que el “derecho al proceso con todas las garantías, determina que también por la vía de la aplicación directa de la Constitución deba entenderse derogada la limitación del repetido art. 17 (de la Ley de Suspensión de Pagos), y abierta la vía de la casación civil”, pronto advirtió la STC 14/1982, de 21 de abril, Fj 5º, que: “si bien el art. 24.1 de la Constitución garantiza a cada uno el derecho a la tutela jurídica o derecho al proceso, comprensiva, desde luego, de la defensa relativa a derechos de carácter civil, tal tutela no significa que para todas las cuestiones, esté abierto necesariamente un recurso, como es el de casación”.

Por el contrario, “No puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados

---

IV Legislatura, núm. 417, pp. 12253-12254, 12260-12261, y, en el mismo lugar, Pillado Montero, p. 12256.

<sup>27</sup> La combinación de lo dispuesto por los arts. 10.2, 24.1 CE y 14.5 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, conduce al TC a concluir que el acusado condenado tiene derecho a un recurso contra la sentencia de condena y, por tanto, el legislador un deber constitucional de preverlo.

recursos, siendo posible en abstracto su inexistencia o condicionar su admisibilidad al cumplimiento de ciertos requisitos. El establecimiento y regulación, en esta materia, pertenece al ámbito de libertad del legislador”, como recuerda la STC 216/1998, de 16 de noviembre, Fj 2º, citando la STC 3/1983. “El derecho a la revisión de una determinada respuesta judicial tiene carácter legal. El sistema de recursos, en efecto, se incorpora a la tutela judicial en la configuración que le otorga cada una de las leyes reguladoras de los diversos órdenes jurisdiccionales, sin que, como hemos precisado en el fundamento jurídico 5 de la STC 37/1995, “ni siquiera exista un derecho constitucional a disponer de tales medios de impugnación, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que no existan”(STC 214/2003, 1 de diciembre, Fj 3º).

Específicamente respecto de la casación: “la Constitución no impone (...) la existencia o procedencia de un recurso de casación y (...) el legislador es libre de determinar los casos en que procede, limitar las causas o motivos de impugnación de esta instancia y prescribir las demás exigencias materiales y formales para su admisión y tramitación” (STC 81/1986, de 20 de junio, Fj 2º; similarmente, STS 109/1987, de 29 de junio, Fj 2º). La ley “puede establecer restricciones al recurso de casación -dado su carácter- por razones cualitativas o cuantitativas” (ATS 433/1985, 3 de julio, Fj 3º). La selección de “los asuntos más importantes para hacer posible en la práctica su reconsideración en un segundo grado jurisdiccional, provoca que el legislador utilice distintos criterios selectivos, unos directos como puede ser la naturaleza del asunto y alguno indiciario, entre los cuales se encuentra la cuantía de la pretensión” (STS 93/1993, de 22 de marzo, Fj 1º). Esa libre disponibilidad del legislador comporta -en orden a los casos en que procede el recurso- que “al aumentar las cuantías para el acceso a la casación, no ha violado derecho constitucional alguno” (ATS 376/1986, de 23 de abril, Fj 4º)

El derecho a la tutela judicial efectiva no incluye, en la CE, un derecho al recurso (STC 19/1983, 14 de marzo, Fj 3º; STC 17/1985, de 9 de febrero, Fj 1º).

Pero, si el legislador ordinario decide establecer un sistema de recursos hay, por un lado, normas constitucionales que condicionan la regulación de aquéllos. Así, “respecto al acceso a los recursos establecidos por la Ley, el art. 24 CE solamente veda que la vía del recurso sea cerrada "arbitrariamente o *intuitu personae*" (STC 164/2004, de 4 de octubre, Fj 2º).

Además, el derecho al recurso, una vez legalmente establecida su regulación, pasa a formar parte del derecho a la tutela judicial efectiva y puede ser tutelado mediante amparo por el TC, que puede controlar los actos de los tribunales ordinarios que deciden sobre la eficacia del recurso en cuanto dirigido a un pronunciamiento de fondo (STC 19/1983, 14 de marzo, Fj 3º), lo que incluye al recurso de casación (STC 17/1985, de 9 de febrero, Fj 1º; STC 109/1987, de 29 de junio, Fj 2º; STS 93/1993, de 22 de marzo, Fj 1º STC 374/1993, 13 de diciembre, Fj 2º; STC 214/2003, 1 de diciembre, Fj 3º)

No obstante, el canon de control del TC sobre la actividad de los tribunales ordinarios referida a la eficacia del recurso interpuesto ha evolucionado notablemente.

Inicialmente el TC estableció una línea jurisprudencial caracterizada, sustancialmente, por considerar que el tribunal ordinario debía optar por la

interpretación de la norma que fuera más favorable a la posibilidad de un pronunciamiento de fondo en el recurso.

En la interpretación de las normas que inciden en la eficacia del derecho al recurso “no puede ni debe interferir el T.C., a no ser que, admitiendo la legalidad procesal diversas interpretaciones, se haya elegido alguna que no sea la más favorable a la eficacia del derecho a la tutela judicial, ya que, en este caso, se habrá ocasionado vulneración de este derecho fundamental, cuya especial y superior fuerza vinculante exige a la jurisdicción ordinaria y, en último término, al Tribunal Constitucional, conceder prevalencia a la interpretación y aplicación de las normas jurídicas que resulten ser las más adecuadas a la viabilidad del mismo” (STC 19/1983, de 14 de marzo, Fj 3º; STC 161/1992, de 26 de octubre, Fj 1º). Como dice, muy gráficamente, la STS 7/1989, de 19 de enero, Fj 2º, refiriéndose a la admisión de una casación civil, procede “la apertura de la vía del proceso para su consideración judicial, siempre, y eso es claro, que la pretensión procesal no choque de modo directo, frontal, insubsanable, con una regla sin excusa”

Aplicaban este canon, en cuanto a la apreciación de la recurribilidad de la resolución, la STC 50/1990, de 26 de marzo, Fj 3 (interpretación más favorable a entender que la sentencia era recurrible por la cuantía), la STC 55/1992, de 8 de abril, Fj 2 (interpretación más favorable a entender que sentencia era recurrible por cuantía) y la STS 63/1992, 29 de abril, Fj 2 (interpretación más favorable a la recurribilidad).

Hubo, a partir de cierto momento, matizaciones en el sentido de que esa opción sólo debía seguirse en la medida en que la interpretación de la norma dejara abiertas varias opciones e, incluso, sólo si la opción elegida por el tribunal ordinario no fuera razonable (STC 199/1994, de 4 de julio, Fj 2; STC 255/1994, 26 de septiembre, Fj 2º).

Por fin, ha acabado por consolidarse la orientación de que el canon de control debe ser el mismo que se aplica para comprobar si ha sido lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva, lo que implica un cuidadoso respeto a las potestades de interpretación y aplicación de las leyes que, constitucionalmente, corresponden a los tribunales ordinarios, y que, en estos supuestos, van referidas a las leyes que regulan la admisión y posterior eficacia del recurso.

Corresponde “a los órganos judiciales el control de la concurrencia de los requisitos materiales y procesales para la admisión de los recursos, siendo sus decisiones revisables en sede constitucional únicamente cuando la resolución judicial de inadmisión se funde en un manifiesto error o en una causa legal inexistente o en la aplicación no justificada ni razonable de alguna de las causas legales de inadmisión”, en concreto “la cuantía del pleito constituye un presupuesto procesal del recurso de casación (summa gravaminis), que es materia de orden público y no disponible por las partes, y cuya determinación y control corresponde en última instancia al Tribunal Supremo” (STC 201/1994, de 4 de julio, Fj 2º). En la misma línea la STS 37/1995, de 7 de febrero, Fj 5, que es considerada como la sentencia básica del cambio de criterio, pero que no trata de un caso de resolución recurrible, sino de respeto al principio de audiencia dentro del procedimiento de la casación.

No es posible, dice la STC 119/1998, 4 de junio (Fj 2º), “imponer en los casos en los que existe ya un pronunciamiento en la instancia una concreta interpretación de

la norma procesal que permita el acceso al recurso de casación. (...) salvo que, como hemos señalado en muchas ocasiones, la interpretación o aplicación de la norma que se adopte sea arbitraria, manifiestamente infundada o producto de un error patente”. Ya había sostenido esta tesis la STC 138/1995, de 25 de septiembre, Fj 3º. En similar sentido, la STC 162/1998, 14 de julio, Fj 3º, STS 63/2000, 13 de marzo, Fj 2º y STC 225/2005, de 12 de septiembre, Fj 2º.

Dado que no son irrazonables los argumentos en relación con el requisito de firmeza de la sentencia de contraste como requisito de la recurribilidad en casación para unificación de doctrina en el proceso laboral, la STS 251/2000, de 30 de octubre, Fj 4º, desestima el amparo, porque “la razonabilidad de otras interpretaciones posibles, más favorables o beneficiosas para quienes pretenden acceder al recurso, no determina *per se*, y conforme a lo arriba expuesto, la vulneración del art. 24.1 CE”. Y la STC 13/2002, de 28 de enero, Fj 8º, rechaza el carácter arbitrario o irrazonable de una “tesis sustentada por Tribunal Supremo en materia de debate sobre la cuantía del procedimiento a efectos de casación, referida a la legislación procesal vigente en aquel momento, [que] viene siendo mantenida de modo continuado en el tiempo desde 1996”. La STC 164/2004, de 4 de octubre, Fj 3º, comparte el criterio de previas resoluciones del TC que han rechazado, en principio, que esté viciada de irrazonabilidad, arbitrariedad o de error patente la jurisprudencia de la Sala Primera del TS sobre la recurribilidad en casación con arreglo a la LEC, de modo que, “por discutible que pueda considerarse la argumentación que ha conducido a la inadmisión del recurso de casación, la densidad del control que puede ejercerse sobre las decisiones judiciales de inadmisión de recursos por la vía del recurso de amparo constitucional en el que se invoque el art. 24.1 CE no habilita a este Tribunal a revisar resoluciones como la aquí impugnada”.

Ha llegado a sostenerse que ese respeto ha de ser especialmente intenso cuando el tribunal ordinario que ha de aplicar esas leyes es el TS. Así, entre otras, la STC 230/2001, de 26 de noviembre, Fj 2º, STC 214/2003, de 1 de diciembre, Fj 3º.

No obstante, este riguroso canon no ha impedido que se constaten casos concretos en que la decisión del tribunal ordinario se ha basado en una interpretación y aplicación de la ley lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho a un pronunciamiento sobre el objeto del recurso. Así, las STC 78/2002, 8 de abril, Fj 4º, STC 150/2002, de 15 de julio, Fj 4º y STC 225/2005, de 12 de septiembre, Fj 3º, han estimado el amparo por concurrir error patente respecto de la incidencia de la cuantía del pleito en la recurribilidad de la sentencia en casación.

## **2. Orientación constitucional sobre la selección de asuntos para acceso a la casación y la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la igualdad en la aplicación de la ley**

Comprobado que no hay preceptos constitucionales que impongan la previsión legal de un recurso de casación y, menos, una configuración determinada del mismo, tiene interés investigar si la doctrina jurisprudencial del TC ha podido extraer, al menos, criterios político-jurídicos orientativos para el régimen de la casación y, en especial, para la selección de los asuntos litigiosos que pueden acceder a la misma.

En la doctrina jurisprudencial del TC encontramos declaraciones que, en unos casos, son simples *obiter dicta*, y, en otros, argumentos que refuerzan la justificación de un mayor rigor en la formulación legal de los requisitos de la casación y en la aplicación judicial de los mismos, por las funciones de naturaleza pública que el recurso está llamado a cumplir. No obstante, la referencia a estas funciones<sup>28</sup> no se hace para deducir alguna incidencia de las mismas sobre el régimen de la recurribilidad en casación.

En la STC 47/2004, 25 de marzo, sí que se establece una expresa conexión entre ambos temas y para fundar en ella una apreciación de constitucionalidad decisiva en el caso. El tema litigioso planteado en un recurso de inconstitucionalidad de una ley del Parlamento de Galicia se relacionaba, aunque de un modo muy peculiar, con la libertad del legislador de condicionar la recurribilidad en casación a un límite mínimo de cuantía. La constitucionalidad de este criterio de selección de asuntos –tradicional en Derecho español- ni había sido, ni ha sido cuestionada en general.<sup>29</sup>

Lo que en el caso de la STC 47/2004 se cuestiona es la constitucionalidad de una norma legal del Parlamento de Galicia que elimina el mínimo de cuantía para acceder a la casación si el recurso se funda en la infracción de Derecho civil propio de Galicia. La constitucionalidad dependía de que la norma procesal impugnada debiera considerarse una “necesaria especialidad” derivada de la peculiaridad del Derecho sustantivo de la Comunidad Autónoma (art. 149.1.5ª CE).

La STC 47/2004 responde afirmativamente a la constitucionalidad con base en que si la recurribilidad se hiciera depender de la cuantía mínima establecida por las leyes estatales, atendidas las características del Derecho civil de Galicia,<sup>30</sup> sería imposible el cumplimiento de las funciones de la casación y especifica cuáles son éstas:

“Si este medio impugnatorio extraordinario, del que conoce el Tribunal Superior de Justicia de Galicia, se encamina no solo a tutelar los derechos en juego (*ius litigatoris*), sino también y esencialmente a la protección de la norma aplicada e

---

<sup>28</sup> STC 17/1985, de 9 de febrero, Fj 1º (finalidad de asegurar el sometimiento del Juez a la Ley, como postulado del Estado de Derecho, y la función objetiva de fijar y unificar la interpretación jurisprudencial); STS 109/1987, de 29 de junio, Fj 2º (principal finalidad a que responde de uniformidad en la aplicación de la Ley); STS 7/1989, de 19 de enero, Fj 2º, y STC 115/1990, de 21 de junio, Fj 2º (recurso que atiende tanto a finalidades privadas (defensa del *ius litigatoris*) como públicas (defensa de la Ley y de la uniformidad jurisprudencial, igual a seguridad jurídica); STC 216/1998, de 16 de noviembre, Fj 2º (función de preservar la pureza de la ley para conseguir la igualdad y la seguridad jurídica en su aplicación, donde tiene su origen la doctrina legal con valor complementario del ordenamiento jurídico (art. 1.6 C.C.).

<sup>29</sup> ATS 433/1985, 3 de julio, Fj 3º; STS 93/1993, de 22 de marzo, Fj 1º; ATS 376/1986, de 23 de abril, Fj 4º.

<sup>30</sup> Al respecto dice el Fj. 11º de la sentencia que: “Las instituciones reguladas en la Ley de Derecho civil de Galicia (...) se integran por relaciones jurídicas muy vinculadas al ámbito rural de Galicia y, por ello, a su economía esencialmente agraria, sobre la base de una propiedad de carácter minifundista. Los pleitos para solventar las discrepancias sobre los derechos derivados de tales instituciones tienen, pues, como sustrato económico cuantías litigiosas escasas, muy por debajo” de las establecidas en las leyes estatales que regulan la recurribilidad en casación.

interpretada por los Tribunales inferiores, permitiendo así la formación de jurisprudencia y la uniformidad en la aplicación del Derecho civil sustantivo (*ius constitutionis*), si la casación foral, decimos, persigue o se halla orientada a estas finalidades, la aplicación de la exigencia de una cuantía litigiosa mínima, como requisito para abrir la vía de la casación foral impediría, de facto, la uniformidad en la interpretación y aplicación del Derecho civil de Galicia, con el riesgo consiguiente de criterios dispares de las diversas Audiencias Provinciales del territorio gallego en torno a una misma institución jurídico-privada integrante de su Derecho civil propio, y sin posibilidad efectiva de su unificación por vía de la jurisprudencia emanada de la Sala de lo Civil del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, a través de las Sentencias dictadas en casación” (Fj 11º).

No obstante, la doctrina jurisprudencial del TC que, de modo más general, sirve para formar criterio sobre la selección de asuntos con acceso a la casación es la elaborada, con base en el art. 14 CE, respecto de la igualdad en la aplicación de la ley.

En la STC 8/1981, este Tribunal sentó la tesis de que:

“En la aplicación jurisdiccional de la ley puede existir violación del principio de igualdad, cuando un mismo precepto se aplique en casos iguales con notoria desigualdad por motivaciones arbitrarias [...] o con apoyo en alguna de las causas de discriminación explícita o genéricamente incluidas en el artículo 14 de la Constitución”.

Poco después, la STC 49/1982 dejaba establecido –según el ilustrativo resumen de Ollero Tassara- que:

“La regla general de la igualdad ante la ley contenida en el artículo 14 de la Constitución se bifurca [...]. “Contempla, en primer lugar, la igualdad en el trato dado por la ley”, que pasa a conceptuarse como “igualdad en la ley”, constituyendo “un límite puesto al ejercicio del poder legislativo”. Junto a esta exigencia surge la “igualdad en la aplicación de la ley”, que limitará la tarea de los órganos encargados de su aplicación”.<sup>31</sup> Esta segunda faceta del principio de igualdad impone que “un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable” (STC 49/1982, fundamento jurídico 2º).

Desde las sentencias mencionadas, el TC ha elaborado una doctrina jurisprudencial compleja y llena de matices que, en lo fundamental, ha puesto de manifiesto la radicación constitucional –y, además, en un derecho de los que están protegidos mediante amparo- del deber de los jueces de resolver del mismo modo -por interpretar y aplicar la ley del mismo modo- los casos iguales.<sup>32</sup> También ha fijado los

---

<sup>31</sup> OLLERO TASSARA, A., *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, 2005, p. 23.

<sup>32</sup> Ante la imposibilidad de extenderme sobre esta doctrina, me remito a los trabajos de OLLERO TASSARA, *Igualdad en la aplicación de la ley*, cit., pp. 23-32, 49-71 y 98-101; DE ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas. La decisión judicial desde el Ordenamiento*, Madrid, 1995, p. 264-272; BLASCO GASCÓ, F., *La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio)*, Valencia, 2000, p.

límites de ese deber y los de la competencia del TC para la tutela en amparo de esta faceta del principio de igualdad.

Uno de esos límites requiere, ahora, atención especial. El TC ha entendido que no puede estimar un amparo por lesión del principio de igualdad en el caso de que la lesión se afirme causada por la resolución de un tribunal contradictoria con otra (u otras) dictadas en casos sustancialmente iguales por un tribunal diferente, del mismo o de superior grado. El fundamento de este límite no está en razones intrínsecas al principio de igualdad,<sup>33</sup> sino que deriva de una interpretación sistemática de la CE.<sup>34</sup> Entiende el TC que si este límite no fuera respetado: 1º) Se “atentaría al principio de independencia que ha de presidir la función judicial”.<sup>35</sup> 2º) Se alteraría la posición que la Constitución asigna al TC respecto de los tribunales ordinarios, porque “el constituyente no ha arbitrado ni previsto, para asegurar la igualdad en la aplicación judicial de la ley, otros mecanismos que los ya existentes en nuestro sistema y que, desde luego, no ha pretendido que este tribunal, a través del recurso de amparo, se convirtiese en un tribunal de casación universal”.<sup>36</sup>

---

141-150; XIOL RÍOS, J. A., “El precedente judicial en nuestro Derecho, una creación del Tribunal Constitucional”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 3, septiembre, 1986, apartado I; SUAY RINCÓN, J., *El principio de igualdad en la Justicia constitucional*, Madrid, 1985, pp. 185-198, 212-219; GAVARA DE CARA, J. C. (coord), “El principio de igualdad en la aplicación de la ley por órganos judiciales: práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional (1981-1992)”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1993, nº 2, pp. 423-450.

<sup>33</sup> OLLERO TASSARA, *Igualdad en la aplicación de la ley*, cit., pp. 26, 122-124; DE ASÍS ROIG, *Jueces y normas*, cit., p. 264; BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial*, cit., p. 146; XIOL RÍOS, “El precedente judicial”, cit., apartado I.

<sup>34</sup> También, SALA SÁNCHEZ, P., “Discurso en el acto de apertura del año judicial”, *La unificación de doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo*, Madrid, 1993, p. 26.

<sup>35</sup> STC 146/1990, de 1 de octubre, Fj.3º, y otras sentencias en el mismo sentido citadas por DE ASÍS ROIG, *Jueces y normas*, cit., p. 264.

<sup>36</sup> STC 41/1986, 2 abril, Fj 1º: “[...] el recurso de amparo sólo constituye un instrumento de protección de los derechos fundamentales, y no un cauce de revisión de la interna corrección de los pronunciamientos judiciales o de adaptación a las decisiones adoptadas por otros órganos superiores.”; STC 58/1986, 14 de mayo, Fj. 3º: “[...] la inexistencia del recurso, y por ello de la posibilidad de lograr a través de él la igualdad, no puede significar que pueda cumplir este Tribunal tal función de asegurar la unidad de doctrina y que se convierta el recurso de amparo en un instrumento de unificación de la jurisprudencia.”; STC 190/1988, 17 de octubre, Fj 4º: no es tarea del TC “la de uniformar, creando jurisprudencia, las líneas doctrinales de los distintos órganos de una determinada jurisdicción. Corresponde al propio sistema de recursos en cada orden jurisdiccional, y no a este proceso de amparo, proveer a tal tarea de uniformación.”; STC 134/1990, 19 de julio, Fj 2º: “[...] la unificación de doctrina jurisprudencial entre las decisiones provenientes de diferentes órganos judiciales no es función que corresponda al mismo (al TC) a través de la vía del recurso de amparo”, pues – como indica la STC 237/1991, 12 de diciembre, Fj 3º- “de otro modo el proceso de amparo se convertiría en lo que no puede ser, un instrumento de unificación de la jurisprudencia a modo de casación universal”. En definitiva, el principio de igualdad en la aplicación de la ley, para la STC 183/1991, Fj 4º, “no puede significar que, a través del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional se convierta en un Tribunal de casación universal respecto de aquellas resoluciones contra las que el ordenamiento no prevea mecanismos para asegurar tal igualdad en la aplicación judicial de la Ley”.

Según otra explicación de este mismo problema, la que (simplificando) podemos llamar regla del precedente no guarda una relación tan estrecha con el principio de igualdad.<sup>37</sup> En efecto, si el deber de seguir el precedente perteneciera a la esencia del principio de igualdad, el TC no hubiera negado la estimación del amparo en muchos casos que han quedado sin esa protección.<sup>38</sup> La lesión de la igualdad no deriva de la omisión injustificada de seguir un precedente, sino de la interpretación y aplicación de una norma con criterios discriminatorios.<sup>39</sup> La uniformidad jurisprudencial en la interpretación y aplicación de las normas se funda, más que en la igualdad reconocida por el art. 14 CE, en los principios de certeza y seguridad jurídica.<sup>40</sup>

Sin embargo, cualquiera sea el modo de aproximarse y explicar el problema, no hay aquietamiento ante la limitada y excepcional protección que el TC puede dispensar en caso de pronunciamientos injustificadamente diferentes respecto de casos sustancialmente iguales.

En las resoluciones del TC abundan las declaraciones en el sentido de que la solución compete al legislador ordinario, que he de configurar un sistema adecuado de recursos.

Para el TC, en los casos que consideramos: “la institución que realiza el principio de igualdad y a través de la que se busca la uniformidad, es la jurisprudencia, encomendada a órganos jurisdiccionales de superior rango, porque el principio de igualdad en la aplicación de la Ley tiene necesariamente que cohererarse con el principio de independencia de los órganos encargados de la aplicación de la Ley cuando éstos son órganos jurisdiccionales” (STC 49/1982, 14 de julio, Fj 2º; en el mismo sentido, STC 39/1984, 20 de marzo, Fj 6º, STC 120/1987, 10 de julio, Fj 5º).

Y el medio para ese objetivo lo serán “los recursos que el legislador cree para procurar, en garantía también del principio constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3), una básica uniformidad en la interpretación de la Ley por Jueces y Tribunales” (STC 183/1985, 20 de diciembre, Fj.2º; también, STC 304/1993, 25 de octubre, Fj. 7º). En estos casos: “la igualdad en la aplicación de la ley expresa una línea tendencial a que debe obedecer el ordenamiento jurídico en su conjunto y determina la necesidad de apertura de las oportunas vías de recurso con el fin de que las eventuales divergencias puedan ser reducidas, y la aplicación de la ley unificada, mediante una doctrina jurisprudencial uniforme” (STC 125/1986, 22 de octubre, Fj. 1º).

---

<sup>37</sup> GASCÓN ABELLÁN, M., *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Madrid, 1993, pp. 50-58, 67-69, explica el diferente fundamento y contenido de cada una de las dos figuras jurídicas, también alguna relación que existe entre las mismas y por qué el TC las ha aproximado.

<sup>38</sup> GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente*, cit., pp. 84-85

<sup>39</sup> GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente*, cit., pp. 57-58, 60, 67-69. RUBIO LLORENTE, F., “La igualdad en la aplicación de la ley”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 1997, nº 1, pp.154-156, explica cómo este modo de entender la igualdad en la aplicación de la ley permitiría superar la esterilidad a la que se ve abocada la línea jurisprudencial que, principalmente, sigue el TC.

<sup>40</sup> GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente*, cit., pp. 54-55, 77-81.

Además, y como una especificación de la regla general de previo agotamiento de los recursos ante los tribunales ordinarios, el TC enfatiza que algunos de estos recursos han sido creados para que “los órganos judiciales pueden reparar en esa vía (la del recurso de casación para la unificación de doctrina en el proceso laboral) la vulneración del principio de igualdad ante la ley que ha sido denunciada en el recurso de amparo” (STC 337/1993, 15 de noviembre, Fj 3º), de modo que la “[d]esigualdad [que] tiene ahora en la jurisdicción laboral un cauce encaminado a la unificación de doctrina por el Tribunal Supremo del que, cualquiera que sea el resultado del recurso establecido con dicha finalidad, no puede prescindirse para acudir a la vía del amparo constitucional” (STC 3/1995, 10 de enero, Fj 2º). También, pero respecto de uno de los motivos de la revisión en la LJCA de 1956, la STC 1/1990, 15 de enero, Fj 3º.

### III. PLANTEAMIENTOS POLÍTICO Y TÉCNICO-JURÍDICOS SOBRE LA SELECCIÓN DE ASUNTOS Y LAS ACTUALES FORMULACIONES NORMATIVAS DE LOS CRITERIOS DE SELECCIÓN

La denuncia de las carencias del régimen de recursos ante los tribunales ordinarios que, como apuntan algunas sentencias del TC, no pueden ser compensadas por el amparo constitucional, y las positivas indicaciones del TC a favor de una ordenación que de respuesta a las variadas necesidades de protección de la igualdad en la aplicación de la ley, han influido en (o concurrido con) planteamientos de política jurídica que cuestionan los criterios tradicionales de selección de los asuntos que pueden acceder a la casación y apuntan alternativas a los mismos.

Estos planteamientos se han manifestado en el plano estrictamente doctrinal,<sup>41</sup> en propuestas de reforma emanadas de diversos órganos del Poder Judicial,<sup>42</sup> e, incluso, en compromisos políticos de los partidos mayoritarios.<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> XIOL RÍOS, “El precedente judicial”, cit., apartado II.3 y 4; XIOL RÍOS, J. A., “El recurso de casación para la unificación de doctrina (Artículo 102-A de la Ley 10/1992, de medidas urgentes de reforma procesal)”, en *El recurso de casación, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1994, pp. 133-138; HERNÁNDEZ MARTÍN, V., *Independencia del juez y desorganización judicial*, Madrid, 1991, p. 153-155; MORAL SORIANO, M., *El precedente judicial*, Madrid, 2001, p. 173-183; DE ASÍS ROIG, *Jueces y normas*, cit., p. 268-272; LÓPEZ GUERRA, L., “La fuerza vinculante de la jurisprudencia”, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 8 junio 2000, núm. 442, p. 3-4; OLLERO TASSARA, A., “La igualdad en la aplicación de la ley en la doctrina del Tribunal Constitucional”, *La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 87, Madrid, 2006, pp. 248-254. También quienes entienden que no está implicada la tutela del principio de igualdad apuntan que la solución ha de buscarse en el sistema de recursos, GASCÓN ABELLÁN, *La técnica del precedente*, cit., pp. 77-83; RUBIO LLORENTE, “La igualdad en la aplicación de la ley”, cit., p. 156, aunque en términos más genéricos.

<sup>42</sup> SALA SÁNCHEZ, “Discurso en el acto de apertura del año judicial”, cit., p. 42, postulaba completar la protección de la igualdad en la aplicación de la ley que asume el TC, con un recurso de casación en el que “el Tribunal Supremo tenga oportunidad de sentar jurisprudencia sobre todas las materias en que los tribunales de instancia hayan mantenido posiciones diferentes ante supuestos sustancialmente idénticos”. DELGADO BARRIO, J., “Discurso en el acto de apertura del año judicial”, en *Del modo de arreglar la justicia. Informes y propuestas para la mejora de la justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2000, p. XXXIX-XL, concluía que al TS “le corresponde la garantía última del imperio de la ley que, con su correcta interpretación, hará

Las opciones *lege ferenda* han sido muy diversificadas: fijar un único criterio de selección o varios, y, en cuanto a la calidad de los criterios, conferir al TS una potestad discrecional de selección, o una potestad reglada o, al menos, vinculada a conceptos jurídicos indeterminados, aunque con distintas configuraciones. Y, en efecto, la casación civil y las demás casaciones no penales, ofrecen, hoy por hoy, una notable variedad en cuanto al régimen de la recurribilidad de resoluciones.

### **1. Las opciones de introducir un único criterio de selección de asuntos para acceso a casación y de atribuir al Tribunal Supremo una potestad discrecional de selección**

Estas dos opciones se tuvieron presentes en los trabajos de preparación de la LEC y en los debates desarrollados entorno a los mismos.

Por un lado, se consideró la posibilidad de atribuir al TS una potestad discrecional de seleccionar, a partir de los recursos presentados, los asuntos que examinaría en casación.<sup>44</sup> Más específicamente, se postuló que se dejara “al Tribunal Supremo la fijación durante un espacio temporal, con publicidad oficial y pública, de los asuntos que pueden acceder a la casación”.<sup>45</sup>

---

posible la igualdad en su aplicación judicial, con una razonable previsibilidad del contenido de las resoluciones judiciales”. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Libro Blanco de la Justicia, I, Madrid, 1997, p. 174; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, “Propuestas del Consejo General del Poder Judicial para la reforma de la justicia”, en *Del modo de arreglar la justicia. Informes y propuestas para la mejora de la justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2000, p. 33-34; SALA DE GOBIERNO DEL TRIBUNAL SUPREMO, “Informe y propuestas del Tribunal Supremo”, en *Del modo de arreglar la justicia. Informes y propuestas para la mejora de la justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2000, p. 93-96.

<sup>43</sup> En el llamado Pacto de Estado para la reforma de la Justicia (28 de mayo de 2001), los dos partidos políticos mayoritarios y el Gobierno de la época acordaron reformar “el recurso de casación, aproximando su regulación en las diferentes leyes reguladoras del proceso y atendiendo a la noción del interés casacional”.

<sup>44</sup> Mencionan que esta posibilidad fue considerada, aunque no se inclinan por la misma, DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “Planteamiento, sistema y caracteres del borrador de anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil. Ponencias*, Murcia, 1997, pp. 39-40; SAAVEDRA GALLO, P., “El acceso a la aplicación uniforme de la ley civil”, *El Tribunal Supremo, su doctrina legal y el recurso de casación. Estudios en homenaje al Profesor Almagro Nosete*, Madrid, 2007, p. 497; GARCÍA PAREDES, A., “Los recursos y la rescisión de la cosa juzgada”, *Comentarios prácticos a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cabañas García, J. C. (coord.), Madrid, 2000, pp. 457-458, 462, sin calificar la potestad como discrecional, pero sí de elección de los casos por el TS.

<sup>45</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., “El recurso de casación en el ‘Anteproyecto’”, *El Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil de 1997-98*, Madrid, 1998, p. 146. En el mismo sentido, MARTÍNEZ-CALCERRADA, L., “El estado civil de las personas expulsado del futuro recurso de casación. El anómalo interés casacional”, *La Ley*, 1999-5, D-265, citado por BLASCO GASCÓ, F. DE P., *El interés casacional. Infracción e inexistencia de jurisprudencia en el recurso de casación*, Cizur Menor, 2002, p. 37.

El complejo concepto de discrecionalidad<sup>46</sup> dificulta calificar con seguridad de ese modo las propuestas, por otra parte poco claras, que se manifestaron en informes del CGPJ y en el dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de la LEC.

No se trataba de que el TS recibiera una facultad de libre decisión sobre qué recursos admitir o no, sin sujeción a norma alguna, pero sí de que el criterio influyente en la admisión fuera uno genérico y cuyo contenido lo integrara el propio TS. Éste es, en definitiva, el papel que cumple el concepto de “interés casacional” en dos documentos básicos del CGPJ que, junto con la indicación de que deben haber supuestos legalmente determinados de recurribilidad, requieren, ambigüamente, la complementaria concurrencia de aquel “interés casacional”, como apreciación por el TS de si, en el caso concreto, es necesario que la casación cumpla “la función trascendental de fijación de doctrina y unificación de criterios interpretativos de las normas”.<sup>47</sup> El dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil es más definido en ese sentido, y aconseja la huida “de la excesiva objetivación de los criterios de selección de sentencias recurribles”, resalta “la utilidad de las cláusulas generales que permiten un margen de apreciación al órgano judicial”, como las “fórmulas similares a la alemana de la “importancia fundamental” (“grundsätzliche Bedeutung”) [que] permiten al mismo tiempo una admisibilidad limitada de la casación y asegurar adecuadamente la unidad jurisprudencial”.<sup>48</sup>

Esta opción no tuvo acogida en la LEC, ni la había tenido en leyes anteriores, como la LPL y la LJCA, cuya regulación de la recurribilidad en casación ya había roto, en parte, con los patrones tradicionales. No obstante, estas dos últimas leyes incluyen referencias, respectivamente, a la “falta de contenido casacional de la pretensión”<sup>49</sup> y a la carencia de “interés casacional”,<sup>50</sup> como causas de inadmisión con

---

<sup>46</sup> Respecto de la discrecionalidad administrativa, que la doctrina española ha analizado con profundidad, baste mencionar a GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Curso de Derecho Administrativo*, I, Madrid, 2002, pp. 459-465; BELTRÁN DE FELIPE, M., *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995, pp. 21-56; SÁNCHEZ MORÓN, M., “Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa”, *Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 1994, pp. 145-162.

<sup>47</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Libro Blanco, I, cit., pp. 173-174: en este documento el “interés casacional”, calificado de “primer criterio básico” para ordenar el acceso a la casación, no es algo que luego se especifique en “la técnica que permita que el recurso de casación cumpla íntegramente sus fines propios”, sino que es algo que concurre con esa técnica y es preferente a ella. CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, (copia particular) p. 248, postula, además de un régimen legal de recurribilidad determinado, el reforzamiento de “las facultades de inadmisión del Tribunal Supremo en función de la falta de interés casacional”.

<sup>48</sup> CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, 17 de septiembre de 1998, observación 21ª (disponible en el sitio Web de la institución: <http://www.consejo-estado.es/>).

<sup>49</sup> Arts. 211 y 223 LPL, cuya interpretación sistemática con los arts. 207 y 220 de la misma Ley demuestra que aquella causa de inadmisión es autónoma de la de falta de recurribilidad. Sobre el significado de aquella cláusula, MASCARELL NAVARRO, M. J., “La inadmisión de los recursos de casación laboral por falta de contenido casacional: Antecedentes y análisis crítico de la jurisprudencia”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 13, 2007; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. C., *El recurso de casación para la unificación de doctrina: Revisión crítica*, Madrid, 1999, pp. 307-

entidad diferenciada a la no recurribilidad de la resolución impugnada, de modo que el régimen legal de la recurribilidad –aun aquél que ha sido configurado en atención a la función de la casación de formar y unificar la jurisprudencia- ya no aparece como suficiente para delimitar los asuntos merecedores de acceso a la casación.

Por lo que hace a la opción entre un único criterio de selección o una pluralidad de ellos, el Borrador y el Anteproyecto que condujeron a la LEC optaron, con coherencia a mi juicio, por lo primero. Con la sólo excepción de las sentencias que hubieran juzgado sobre derechos fundamentales –para las que la preservación de la subsidiariedad del amparo constitucional impuso hacerlas recurribles sin más-, la recurribilidad de todas las demás sentencias dependía de que en las mismas concurriera el requisito que el legislador estableció como indicativo de la necesidad de que, en el caso concreto, fuera cumplida la función casacional de unificar o fijar doctrina jurisprudencial.<sup>51</sup>

No obstante, la opción fue abandonada en el Proyecto de ley, según el cual las sentencias sobre asuntos de una determinada (y elevada) cuantía pasaron a ser recurribles sin aquél requisito adicional.<sup>52</sup> La recurribilidad con el concurso de este requisito –específicamente diseñado para una determinada función del recurso- coexistía, pues, con la recurribilidad por determinación reglada de la ley (sentencias sobre derechos fundamentales y sobre asuntos de cuantía elevada).

En la casación de los procesos laboral (arts. 203 y 216 LPL) y administrativo (arts. 86, 96 y 99 LJCA) siempre hubo, desde sus leyes básicas actualmente vigentes, pluralidad de criterios para la determinación de la recurribilidad. Uno de ellos es el que se establece para la casación que esas leyes denominan “para unificación de doctrina”, cuya principal característica es la de contribuir a la unificación de la jurisprudencia y a la protección de la igualdad en la aplicación de la ley en supuestos en que estos fines aparecen concretamente en peligro.<sup>53</sup>

## **2. Las plurales formulaciones normativas de los supuestos de recurribilidad cuya *ratio iuris* es la unidad jurisprudencial**

---

309, ve en esa cláusula una posible base para una selección discrecional de recursos que posibilite un mejor cumplimiento de la función de unificación jurisprudencial.

<sup>50</sup> Art. 93.2, e LJCA, al que, además, esta Ley le da un significado específico y no alusivo a la adecuación de establecer una jurisprudencia uniforme.

<sup>51</sup> La contradicción con doctrina jurisprudencial anterior o la falta de esta doctrina en la materia litigiosa, según la descripción más precisa del art. 483 del Borrador, cuyo texto puede consultarse en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, Borrador*, Murcia, 1997; o en la más detallada aún, del art. 482 del Anteproyecto, cuyo texto se halla también en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, Anteproyecto de Ley*, I, Murcia, 1998.

<sup>52</sup> Debieron influir en este cambio CGPJ, *Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 249; CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto*, cit., observación 21<sup>a</sup>.

<sup>53</sup> Críticamente, respecto de la LJCA, por entender que éste debió ser el criterio único de recurribilidad, SAINZ DE ROBLES, F. C., “Comentario al artículo 96”, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, edición especial, Madrid, 1999, pp. 682-683.

Si atendemos al Derecho positivo y a los supuestos de recurribilidad especialmente diseñados para garantizar la uniformidad de la jurisprudencia y la igualdad en la aplicación de la ley –supuestos que, como ya dije, no son los únicos que rigen la recurribilidad en casación- observamos que se ha optado por una determinación legal de los mismos –frente a la atribución de una potestad discrecional-, aunque el grado de determinación –y de la correspondiente indeterminación- no es el mismo en todas las configuraciones que se han hecho de tales supuestos.

En este apartado me limitaré a describirlos y a apuntar las consideraciones críticas que desarrollaré en los apartados siguientes.

En el proceso laboral (art. 217 LPL) y en el proceso administrativo (arts. 96.1 y 99.1 LJCA), el supuesto de recurribilidad no tiene *nomen iuris*, pero se aplica en una modalidad de casación que se denomina “para unificación de doctrina”. Su configuración es, en lo que importa, igual en ambos procesos: concurre si la sentencia, de cuya impugnación se trata, comparada con otra u otras sentencias de tribunales determinados, hubiera llegado a pronunciamientos distintos, respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación, y en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales.

En el proceso civil el supuesto hubiera podido tener una configuración similar, porque el Borrador y el Anteproyecto de la que llegó a ser la LEC lo describía como una contradicción entre la sentencia que se quisiera recurrir y otra u otras “en situaciones sustancialmente iguales por razón de los hechos y fundamentos alegados y de las pretensiones deducidas”.<sup>54</sup> No obstante, esta configuración desapareció en el Proyecto de ley, siendo sustituida, primero, por la expresa mención del requisito de “interés casacional”, que, a continuación, se hizo consistir en una “oposición a doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo”, o en resolución de puntos o cuestiones “sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias provinciales”, o, por último, en “inexistencia de doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo” sobre determinadas normas.<sup>55</sup>

Las razones de esta diferente configuración<sup>56</sup> ponen sobre aviso de que el modo de expresar los criterios de selección de asuntos, aun estando orientado en todo caso a fines de uniformidad de la jurisprudencia y de igualdad en la aplicación de la ley, no es indiferente. En los siguientes apartados veremos porqué.

---

<sup>54</sup> Art. 483.2 del Borrador y art. 482.2º a 4º del Anteproyecto

<sup>55</sup> Art. 480.2 del Proyecto, cuyo texto puede encontrarse en *Jornadas Nacionales sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, Proyecto de Ley*, II, Murcia, 1998.

<sup>56</sup> El cambio probablemente fue debido al planteamiento muy crítico de CGPJ, *Informe al Anteproyecto*, cit., p. 245, y CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto*, cit., observación 21ª, que advirtieron que diseñar el supuesto de recurribilidad como en los recursos de casación para unificación de doctrina reducía notablemente las posibilidades de unificación de la jurisprudencia en la casación civil.

#### IV. EL RÉGIMEN DE LA RECURRIBILIDAD EN LA CASACIÓN PARA UNIFICACIÓN DE DOCTRINA EN LOS PROCESOS LABORAL Y ADMINISTRATIVO

Los requisitos de la recurribilidad en casación para unificación de doctrina, cuya regulación fue mencionada y descrita sintéticamente en el apartado anterior, son complejos. Centrando la atención en los relativos a la resolución de contraste,<sup>57</sup> es –o puede ser– debatido si la misma ha de ser una sentencia o puede serlo un auto,<sup>58</sup> el órgano jurisdiccional y la instancia o recurso en que ha de haber dictado la resolución,<sup>59</sup> el orden jurisdiccional al que ha de pertenecer el órgano jurisdiccional,<sup>60</sup> si la resolución de contraste ha de ser anterior a la que se intenta recurrir,<sup>61</sup> y haber

---

<sup>57</sup> En el proceso administrativo son, también, importantes los requisitos que confieren a esta modalidad de casación el carácter residual respecto de la que podemos llamar la casación común – arts. 96.3 y 4, 99.2 LJCA-

<sup>58</sup> CABERO MORÁN, E., “Las sentencias recurribles y contradictorias en el recurso de casación para la unificación de doctrina (Artículos 215 y 216 LPL)”, *Actualidad Laboral*, 1992, núm. 2, p. 542; IVORRA MIRA, M. J., *El recurso de casación para la unificación de doctrina*, Valencia, 1997, p. 34; MOLERO MARAÑÓN, M. L., *El recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisdicción social*, Valladolid, 1997, pp. 49-50; MONTOYA MELGAR, A., “La concepción del recurso de casación para la unificación de doctrina en la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Aranzadi Social*, 1998, núm. 5, apartado 2; JIMÉNEZ FORTEA, F.J., *El recurso de casación para unificación de doctrina laboral (Problemas fundamentales)*, Valencia, 1999, p. 148; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación de doctrina*, cit., p. 151; SAMPEDRO CORRAL, M., “Problemas específicos de la sentencia dictada en unificación de doctrina”, *Problemas críticos del proceso laboral, Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, 2004, apartado III.3, C, a.

<sup>59</sup> CABERO MORÁN, E., “Las sentencias recurribles”, cit., pp. 540-542; IVORRA MIRA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 36-38; MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 50-66, 98-95; CAMPOS ALONSO, M. A., *El recurso de casación para la unificación de doctrina social*, Madrid, 1998, pp. 51-53; MONTOYA MELGAR, “La concepción del recurso de casación para la unificación”, cit., apartado 2; JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., pp. 164-172; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 148-150; DESDENTADO BONETE, A., “La contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina”, *Estudios Jurídicos. Ministerio Fiscal*, 2000, núm. 1, pp. 331-332; DESDENTADO BONETE, A., “De nuevo sobre la contradicción de sentencias en el recurso de casación para la unificación de doctrina”, *Revista de Derecho Social*, 2001, núm. 13, p. 46; SAMPEDRO CORRAL, “Problemas específicos de la sentencia”, cit., apartados III.2, B y III.3, C, a; XIOL RÍOS, “El recurso de casación para la unificación de doctrina”, cit., pp. 148-150; FERNÁNDEZ MONTALVO, R., “Los recursos de casación para la unificación de doctrina y en interés de ley”, *Cuestiones sobre la competencia surgidas con la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, Cuadernos de Derecho Judicial*, Madrid, 2000, apartado I.3, B, b, a’).

<sup>60</sup> IVORRA MIRA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 35-36; MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 89-90; JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., pp. 161-164; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 151; DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., pp. 331-332; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., pp. 46-47; SAMPEDRO CORRAL, “Problemas específicos de la sentencia”, cit., apartados III.2, B; XIOL RÍOS, “El recurso de casación para la unificación de doctrina”, cit., p. 148; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., “El recurso de casación para la unificación de doctrina en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa”, *La Ley*, 1999, núm.3, apartado II; FERNÁNDEZ MONTALVO, “Los recursos de casación para la unificación de doctrina”, cit., apartado I.3, B, b, a’).

<sup>61</sup> CABERO MORÁN, E., “Las sentencias recurribles”, cit., p. 540; IVORRA MIRA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 39-40; MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la*

adquirido firmeza;<sup>62</sup> en fin, si basta una resolución, o se requieren varias o, por el contrario, sólo la alegación de una es admisible.<sup>63</sup>

En este trabajo nos limitaremos<sup>64</sup> a examinar el requisito de la entidad de la contradicción necesaria entre la sentencia que se intenta recurrir y la de contraste, lo que implica lógicamente examinar también la igualdad de los casos (o de componentes de esos casos) resueltos por una y otra. Es en este punto en el que está principalmente en juego en qué medida una aparente e injustificada interpretación y/o aplicación desigual del Derecho abre el acceso a un pronunciamiento de fondo del tribunal de casación.

### **1. La igualdad de casos y la contradicción con una sentencia de contraste como requisito de recurribilidad**

La fórmula que los arts.96.1 y 99.1 LJCA y 217 LPL utilizan para describir el requisito de recurribilidad que nos ocupa proviene de una disposición de extremado rigor, el art. 102.1, b) LJCA/1956, aunque, para ser exactos, el rigor existía en la primera redacción de esa norma, y, mucho más, en su redacción precedente a la de la Ley de 1956,<sup>65</sup> pero desapareció con la redacción de 1973 –que es de la que se ha

---

*unificación*, cit., pp. 71-76; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 155-156; DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., pp. 332-333; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., p. 48; XIOL RÍOS, “El recurso de casación para la unificación de doctrina”, cit., p. 148; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “El recurso de casación para la unificación de doctrina”, cit., apartado II.

<sup>62</sup> IVORRA MIRA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 39-40; MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 76-82; MONTOYA MELGAR, “La concepción del recurso de casación para la unificación”, cit., apartado 3; JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 149-159; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 156-157; DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., pp. 333-334; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., pp. 48-49; SAMPEDRO CORRAL, “Problemas específicos de la sentencia”, cit., apartados III.2, B; XIOL RÍOS, “El recurso de casación para la unificación de doctrina”, cit., p. 150; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, “El recurso de casación para la unificación de doctrina”, cit., apartado II; FERNÁNDEZ MONTALVO, “Los recursos de casación para la unificación de doctrina”, cit., apartado I.3, B, b, a’).

<sup>63</sup> IVORRA MIRA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 38-39; MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 67-71; CAMPOS ALONSO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 59-61; MONTOYA MELGAR, “La concepción del recurso de casación para la unificación”, cit., apartado 2; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 156-158-159; DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., p. 334; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., pp. 51-53; SAMPEDRO CORRAL, “Problemas específicos de la sentencia”, cit., apartados III.3, C, a; FERNÁNDEZ MONTALVO, “Los recursos de casación para la unificación de doctrina”, cit., apartado I.3, B, b, a’).

<sup>64</sup> Dicho queda, con esto, que también prescindiremos de examinar los nada desdeñables-por su decisiva influencia en la admisión- requisitos formales de exposición y justificación de la recurribilidad.

<sup>65</sup> En la redacción que tenía el artículo equivalente a esta disposición antes de la LJCA/1956 sólo se atendía a las resoluciones “respecto a los mismos litigantes”, mientras que en la LJCA/1956 añadió “u otros en la misma situación”; pero esta última Ley dejó subsistente que las resoluciones se hubieran dictado “acerca del propio objeto”. Es comprensible que, con los elementos subjetivo y objetivo anteriores a la LJCA/1956, se entendiera como una norma de protección de los efectos de la cosa juzgada. Esto dejó de estar justificado cuando la LJCA/1956 modificó el referente subjetivo,

tomado el texto de las disposiciones actualmente vigentes-. En ésta resulta claro que las sentencias en contradicción se refieren a casos ontológicamente distintos –en sus elementos subjetivos y objetivos-, aunque, eso sí, iguales en un sentido lógico o, por mejor decir, desde los parámetros –más complejos que los estrictamente lógicos- que sirven para calificar o apreciar jurídicamente esos casos.

A pesar de ese cambio esencial, es cierto que la descripción de los elementos en los que ha de existir igualdad entre la sentencia impugnada y la sentencia de contraste y la de la entidad que ha de tener la contradicción entre las mismas, acotan con precisión la potestad del TS para comprobar este imprescindible requisito de la sentencia recurrible.

Lo que, sintéticamente, he llamado antes “casos iguales” es algo que las disposiciones especifican con cierto nivel analítico. Y, a continuación, requieren la diferencia de pronunciamientos.

***A) Identidad de situación de los litigantes e igualdad sustancial de los hechos, fundamentos y pretensiones entre la sentencia (proceso) impugnada y la sentencia (proceso) de contraste***

La idéntica –mejor: igual- situación de los litigantes, es un aspecto de la igualdad de los casos que no suele ser objeto de especial consideración, no porque no la merezca, sino porque la recibe en el contexto de los aspectos objetivos entre los que ha de constatar la igualdad, en el sentido de que deriva de estos últimos la posición relevante de los litigantes en orden a las expectativas de pronunciamiento sobre las pretensiones formuladas en cada proceso y a las que han dado respuesta la sentencia impugnada y la de contraste.<sup>66</sup>

Los aspectos o elementos objetivos de la igualdad de los casos están todos ellos matizados por la locución adverbial “sustancialmente”, lo que conduce a pensar que se le confiere al TS un ámbito de apreciación para estimar si concurre o no este primer componente del requisito de recurribilidad.<sup>67</sup>

---

aunque dejó subsistente el problema de la identidad –que no igualdad- del elemento objetivo. Sobre esta disposición y sus posibilidades interpretativas, NIETO, A., “El recurso de revisión previsto en el apartado b) del número 1 del artículo 102 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa”, *Revista de Administraciones Públicas*, 1963, núm. 41, pp.29-70.

<sup>66</sup> IVORRA MIRA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 43-44; JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., pp. 177-178; MOLERO MARAÑON, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 105-112; DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., p. 336; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., pp. 58-59; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 162. Para el proceso administrativo, GUTIÉRREZ DELGADO, J. M., “Comentario al artículo 96”, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, Pamplona, 1999, p. 805.

<sup>67</sup> La difícil distinción entre lo sustancial y lo accidental lleva a CAMPOS ALONSO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 315, a remitir la apreciación a “la sensibilidad jurídica de la Sala”; a JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., pp.180-181, a afirmar que “será algo que deberán ponderar los órganos jurisdiccionales en cada caso y que constituye una labor realmente delicada”. Para MOLERO MARAÑON, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 118-120, es “cuestión a dilucidar caso por caso”, atendiendo, como pauta principal, a la finalidad del recurso. De facultad discrecional hablan DE LA VILLA GIL, L. E., “Puntos críticos del recurso de

Suele decirse que el TS ha sido estricto al decidir, dentro de ese margen de apreciación,<sup>68</sup> pero lo cierto es que la propia ley, al fijar los elementos entre los que ha de ser comprobada la igualdad sustancial, limita aquel margen con bastante rigor, tanto mediante la especificación de cada elemento, como mediante el entramado que establece entre los mismos.

1º) Los hechos a considerar son los que constan como probados en la sentencia impugnada y en la de contraste, tal como esa constancia de hechos resulta después, en su caso, de la estimación de recursos contra las respectivas sentencias de primera instancia. Se pueden considerar aquellos hechos a los que, sin exclusión de su constancia, aquellas sentencias no atendieron para fundar sus pronunciamientos por estimarlos irrelevantes para los pronunciamientos que habían decidido dictar, pero no es admisible intentar, al menos en el momento de la admisión del recurso,<sup>69</sup> modificar de otro modo la constancia de hechos.<sup>70</sup>

Después de esta primera delimitación, cabe plantear la cuestión de qué hechos han de ser “sustancialmente iguales”.

Esta cuestión puede recibir una respuesta suficientemente precisa: los hechos jurídicamente relevantes; es decir, aquellos que, atendidos los fundamentos y las pretensiones –lo que incluye la resistencia del demandado- resultan determinantes para la aplicación de las normas.<sup>71</sup>

Si la exigencia –comprensible- de que los hechos consten como probados en aquellas sentencias ya es limitativa, la que deriva del requisito de la relevancia de tales hechos también lo es. En efecto, los parámetros de la relevancia de los hechos (fundamentos y pretensiones, que enseguida veremos con algún mayor detalle) le vienen dados al TS y no puede alterarlos. En el momento de examinar la recurribilidad

---

casación para unificación de doctrina en el proceso social”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Madrid*, 2001, núm. 5, p. 233. “La categoría de lo ‘sustancialmente igual’ viene a situarse, en difícilísimo equilibrio, entre la radical identidad y la más laxa semejanza, analogía o parecido”, dice MONTOYA MELGAR, “La concepción del recurso de casación para la unificación”, cit., apt. 1; mientras que RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 164, habla de concepto jurídico indeterminado.

<sup>68</sup> MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 120-121; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 166-170.

<sup>69</sup> Para el momento de la estimación, con problemas, JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., pp.267-269.

<sup>70</sup> IVORRA MIRA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 41-42, 49; JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., pp. 181-182; MONTOYA MELGAR, “La concepción del recurso de casación para la unificación”, cit., apt. 1; CAMPOS ALONSO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 318-319; MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 121-123, 124-126; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., pp. 59, 61. En el proceso administrativo, GUTIÉRREZ DELGADO, “Comentario al artículo 96”, cit., pp. 805-806.

<sup>71</sup> MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 126-130; más genéricamente, DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., pp. 336-338; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., pp. 59-60. En el proceso administrativo, GUTIÉRREZ DELGADO, “Comentario al artículo 96”, cit., pp. 806-807.

de la sentencia impugnada, el TS no puede –obviamente menos respecto de la sentencia de contraste- entender que una interpretación de las normas, o una concepción de los principios jurídicos, diferentes a las que ha hecho suyas aquella sentencia, o la aplicación de una norma o de un principio que la misma hubiera desconocido, vienen a conferir relevancia a unos hechos que, con aquellos cambios de enfoque jurídico, acabarían por encontrar “sus hechos iguales” en la sentencia de contraste y, con ello, el punto de partida para después constatar la necesaria contradicción.

Establecido que la igualdad debe existir entre los “hechos relevantes” en ambas sentencias, una tercera –y más difícil- cuestión es la de qué grado de igualdad ha de existir entre tales hechos. Es en esta cuestión en la que se sostiene que el TS ha optado por requerir que sean exactamente iguales.<sup>72</sup>

Sin perjuicio de las conclusiones a las que pudiera llevar un análisis significativo de casos, parece que en algunos casos que la doctrina pone como muestra de la tarea del TS no se confirma, precisamente, que ese tribunal requiera que los hechos sean exactamente iguales, aunque sí iguales en su relevancia o significación normativa.<sup>73</sup>

Lo que sí que es cierto es que suele negarse la apreciación de igualdad, incluso en algún grado incluíble en lo sustancial, en casos en que más que una constatación de igualdad de hechos en ambas sentencias, lo que intenta la parte recurrente es que el TS realice una apreciación valorativa de equivalencia, aplicada a un conjunto de hechos de extraordinario detalle o complejidad,<sup>74</sup> o en casos en que una previa constatación – algo forzada- de igualdad de hechos persigue predisponer a favor de una ulterior aplicación analógica de determinada norma, involucrando este tema de fondo de la casación con el tema previo del examen del requisito de recurribilidad.<sup>75</sup>

2º) La igualdad sustancial de fundamentos se refiere a las normas y principios jurídicos tomados en consideración por la sentencia de contraste, y a las normas y principios hechos valer en el proceso de la sentencia impugnada o que la misma ha aplicado de oficio. No se refiere, simplemente, a las normas aplicadas por ambas

---

<sup>72</sup> MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 131-132 –llamo la atención sobre su certera distinción entre las cuestiones de relevancia de los hechos y el grado de similitud entre los mismos-, 121-123, 124-126; IVORRA MIRA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 42; JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., pp. 182-183.

<sup>73</sup> Véanse los cuatro casos que expone MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 128-130, y los dos que menciona DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., p. 60, nota 54, que, aún referidos a la igualdad/diferencia de pretensiones, presuponen necesarias diferencias entre los hechos básicos de las mismas.

<sup>74</sup> Véanse, en cuanto a considerar paradigmáticos del exceso o, por contra, del ajuste al apreciar la igualdad de los hechos en ciertas clases de casos, JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., pp. 183-184, nota 384, y DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., p. 63, nota 64.

<sup>75</sup> Esto parece ocurrir en algunos casos que menciona MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 131.

sentencias,<sup>76</sup> porque dada la diferencia de pronunciamientos a los que los fundamentos de estas sentencias conducen, la regla sería una previa diferencia de normas o principios aplicados,<sup>77</sup> y porque aquella concepción vedaría que, en el enjuiciamiento de fondo de la casación, el TS pudiera concluir que la infracción de normas se ha producido, precisamente, por inaplicación de las normas aplicables.

La precisión de la igualdad sustancial en cuanto a este componente conduce a examinar si debe requerirse la que podríamos llamar igualdad jurídico-formal de la disposición, entendida como identidad de la misma en cuanto a los criterios de validez y vigencia, o puede estimarse suficiente la igualdad de contenido, aunque las disposiciones sean formalmente diferentes.<sup>78</sup>

Si se puede entrar en el segundo nivel de examen de la igualdad, surgirá un problema de límites consistente en hasta qué punto se puede llevar la interpretación de las normas o la aplicación de otros métodos de determinación de los significados normativos a los efectos de averiguar si las normas son iguales o diferentes, más allá de la estricta literalidad de las disposiciones que las enuncian.<sup>79</sup>

3º) La igualdad sustancial de las pretensiones, planteadas en los procesos y resueltas por las sentencias impugnada y de contraste, aunque –con seguridad- hace referencia a la combinación de causa de pedir (fundamento de hecho jurídicamente relevante) y petición,<sup>80</sup> la separada exigencia de igualdad sustancial de hechos y de fundamentos permite que se centre la atención en la igualdad (sustancial) de la petición, tanto en su aspecto inmediato de clase de tutela judicial pedida, como en el mediato del bien jurídico al que se refiere la petición.<sup>81</sup>

Por otra parte, la referencia a la pretensión ha de ser completada con la importancia que tiene para la igualdad de las pretensiones la resistencia del demandado y las matizaciones que, en pretensiones y resistencia, hayan podido introducir los motivos hechos valer en el previo recurso de suplicación.<sup>82</sup>

---

<sup>76</sup> De otra opinión, IVORRA MIRA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 42-43; JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., p. 185.

<sup>77</sup> MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 142-143; DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., p. 336; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., p. 60.

<sup>78</sup> IVORRA MIRA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 43; JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., pp. 185-186; MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 144-145. En el proceso administrativo, GUTIÉRREZ DELGADO, “Comentario al artículo 96”, cit., p. 807.

<sup>79</sup> MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 145-147.

<sup>80</sup> CAMPOS ALONSO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 316; IVORRA MIRA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 43-44; JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., pp. 186-188; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., pp. 59-60.

<sup>81</sup> MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 148-149. En el proceso administrativo, GUTIÉRREZ DELGADO, “Comentario al artículo 96”, cit., p. 807.

<sup>82</sup> DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., pp. 59-60.

**B) La entidad de la contradicción ¿de doctrina o de pronunciamiento-decisión?**

El requisito de la recurribilidad se completa con la existencia de contradicción entre sentencia impugnada y sentencia de contraste, que la ley define, precisamente, como “pronunciamientos distintos” de las mismas respecto de las controversias con elementos iguales que hemos considerado.

La exigencia de igualdad entre los elementos de las controversias y la referencia de la contradicción (de la diferencia en la resolución) a los pronunciamientos de las sentencias ha dificultado entender que esa diferencia-contradicción que requiere la ley guarda relación con las doctrinas jurídicas, con el modo de interpretar y aplicar las normas y de entender y aplicar los principios jurídicos, que se sostienen en unas sentencias referidas a controversias entre las que existe cierta analogía. El TS ha sido claro en mantener, y la literatura jurídica lo acepta –a veces con reticencias- que la contradicción decisiva para la recurribilidad no lo es la de las tesis o argumentaciones jurídicas de las sentencias, sino la diferencia de sus pronunciamientos o decisiones efectivas (siendo iguales, en lo sustancial, las controversias).<sup>83</sup>

De entrada, esta configuración legal de la entidad de la contradicción es impecable, al menos por dos razones.

En primer lugar, porque, salvo que se trate de argumentos *obiter dicta*, la debida coherencia en la construcción del enjuiciamiento de las sentencias comporta que la argumentación, la doctrina jurídica, que éstas formulan sea consistente con el sentido de los pronunciamientos que se dirigen a fundar.<sup>84</sup> En segundo término, porque como el recurso se dirige contra el fallo y no contra la motivación, lo decisivo es que la contradicción-diferencia se produzca en aquél y no en ésta.<sup>85</sup>

Las objeciones frente a esta configuración<sup>86</sup> radican, de una parte, en que, dado que la contradicción-diferencia sólo incide en que la sentencia sea recurrible y no determina, *per se*, la estimación del recurso, debería estimarse suficiente que el TS

---

<sup>83</sup> Genéricamente, CAMPOS ALONSO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 315; MONTOYA MELGAR, “La concepción del recurso de casación para la unificación”, cit., apt. 3. Con más detalle, IVORRA MIRA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 44; DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., p. 335; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., pp. 56-57, 66; en un contexto más crítico, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 172-173. Con referencia a una primera etapa en la que el componente de la contradicción se concibió por el TS de modo menos estricto, DE LA VILLA GIL, “Puntos críticos del recurso de casación para unificación”, cit., p. 233; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 171-172. En el proceso administrativo, GUTIÉRREZ DELGADO, “Comentario al artículo 96”, cit., pp. 807-808.

<sup>84</sup> JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., p. 189; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 170; DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., p.339; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., p. 66.

<sup>85</sup> MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 162; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 176.

<sup>86</sup> A destacar, MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 151-167; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 170-177.

constatara las contradicciones doctrinales entre las sentencias, para pasar a examinar si la sentencia impugnada infringe las normas y para establecer, con esa oportunidad, una doctrina jurisprudencial orientadora. Por otra parte, esta interpretación parece la más adecuada a la función de un recurso que se denomina “para la unificación de doctrina” (jurisprudencial, se entiende), finalidad que concretamente está también presente en alguna de sus disposiciones reguladoras.<sup>87</sup>

No obstante, las expresiones que, en ocasiones, se utilizan para determinar lo que debe entenderse como pronunciamientos (distintos) tampoco son exactas: así cuando se habla de parte dispositiva o fallo.<sup>88</sup> Esta expresión designa una parte de la estructura formal que la ley establece para el acto de sentencia, pero en muchos casos las decisiones sobre las cuestiones básicas, por ser las que condicionan el sentido de los pronunciamientos contenidos en la parte dispositiva o fallo, no se expresan formalmente en éste, sino en la motivación.<sup>89</sup> Lo relevante –para comprobar la contradicción-diferencia- es cómo han sido resueltas estas cuestiones que, aunque no figuren expresamente en la parte dispositiva, son las determinantes del sentido de la misma. De ahí que sea más exacto decir que lo necesario es “comparar las resoluciones de forma completa –o al menos en el conjunto del tema decidido-, evitando las contraposiciones fragmentarias de doctrina”.<sup>90</sup>

De hecho, el TS toma en consideración especialmente –para los efectos de constatación, primero, de las igualdades, y, después, de las diferencias de decisión- los supuestos en que la sentencia impugnada ha resuelto sobre varios objetos procesales o, respecto de una misma pretensión procesal, diversos temas jurídicos con tratamiento diferenciado a efectos de resolución. En estos supuestos, el TS admite que la sentencia de contraste no tenga todos los elementos relevantes iguales a los de la sentencia impugnada, ni se distinga de ésta en todos los pronunciamientos. Basta que las igualdades y las diferencias de decisión se comprueben respecto del tema jurídico resuelto por el pronunciamiento impugnado de la sentencia, e incluso, si esos temas son varios y autónomos entre sí, admite la invocación de varias sentencias de contraste correspondientes con cada pronunciamiento impugnado.<sup>91</sup>

---

<sup>87</sup> Por ejemplo, el art. 222 LPL, que impone referirse, en la interposición motivada del recurso, “al quebranto producido en la unificación de la interpretación del derecho y la formación de jurisprudencia”.

<sup>88</sup> IVORRA MIRA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 44; DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., p. 339; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., pp. 56-57, nota 44.

<sup>89</sup> Así, para el requisito básico de la congruencia, ORTELLS RAMOS, M., ET AL., *Derecho Procesal Civil*, Cizur Menor, 2007, pp. 440-441.

<sup>90</sup> Las palabras son de DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., p. 339; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., p. 66; en el mismo sentido, JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., pp. 189-190.

<sup>91</sup> DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., p. 337; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., p. 60-61; MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 166.

## **2. Las insuficiencias de esta configuración de la recurribilidad respecto de las funciones de unificación de la jurisprudencia y de garantía de la igualdad en la aplicación de la ley**

El recurso de casación para unificación de doctrina, específicamente el régimen de las sentencias recurribles mediante el mismo, es una ampliación del acceso a la casación –en comparación con la casación común- diseñada especialmente para atender a la unificación de la jurisprudencia y a la igualdad en la aplicación de la ley. Hay que preguntarse en qué medida sirve a esos fines.

Por un lado, la adecuación de este régimen a sus fines requiere que la mayor diversidad de asuntos tenga acceso posible a la casación. Por otro lado, la técnica de detección de los asuntos que merecen el acceso consiste en la constatación de igualdad entre los mismos y, a pesar de esto, de diferencias en su resolución judicial.

Pues bien, buena parte de la doctrina sostiene que la regulación de la recurribilidad y el modo en que el TS la aplica, obstaculizan que el recurso de casación para unificación de doctrina cumpla sus funciones.

### ***A) Clases de asuntos en los que resulta difícil constatar la igualdad de hechos, como elemento básico de la recurribilidad. Clases de asuntos con recurribilidad facilitada***

En primer término, entre los asuntos que podrían acceder a la casación por esta vía, hay algunas clases que sólo con gran dificultad cumplen el requisito de recurribilidad, porque no puede constatarse, con la suficiente exactitud, la igualdad de los hechos entre las sentencias (impugnada y de contraste) que se han pronunciado de manera diferente sobre tales asuntos.<sup>92</sup>

Se trata de casos para cuya resolución resultan decisivos conceptos jurídicos indeterminados, que deben ser integrados con múltiples hechos de la realidad social, y significativos, por cada sentencia. Dejando aparte el problema de si es posible que el TS tome conocimiento, a partir de las motivaciones de la sentencia impugnada y de la de contraste, de todos los hechos con entidad suficiente, que han sido determinantes para entender cumplido el concepto jurídico indeterminado, se plantean otras dificultades. En primer lugar, el frecuente intento de la parte recurrente de que se revisen los hechos probados.<sup>93</sup> En segundo término, la dificultad de distinguir el control de la prueba de los hechos necesarios como soporte del concepto jurídico indeterminado y la especificación del contenido y significado de ese concepto,<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> En general,, sin perjuicio de la ampliación posterior, NIEVA FENOLL, J., “La casación en materia social (“ordinaria” y por unificación de doctrina): La decadencia de la casación”, *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, 2004, núm.2, p. 576; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 235-236.

<sup>93</sup> Reconoce esta realidad MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 138.

<sup>94</sup> DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., pp. 338-339; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., p. 63.

dificultad que no es exclusiva de la casación para unificación de doctrina, sino compartida con la casación común.<sup>95</sup>

Esta especial dificultad de recurribilidad afecta a las sentencias sobre invalidez y sus grados,<sup>96</sup> sobre la concurrencia de las causas de despido disciplinario y de otras sanciones que puede imponer el empresario,<sup>97</sup> sobre la concurrencia de incumplimiento grave del empresario a efectos de resolución del contrato por el trabajador,<sup>98</sup> calificación de accidentes de trabajo,<sup>99</sup> recargos de prestaciones por falta de medidas de seguridad,<sup>100</sup> reintegro de gastos médicos por la Seguridad Social cuando no se hubieran utilizado los servicios de la misma por razones de urgencia vital,<sup>101</sup> a sentencias en las que resulta decisiva la apreciación de fraude o la valoración de intenciones de las personas,<sup>102</sup> y, en fin, a sentencias sobre otras clases de asuntos.<sup>103</sup>

Esto no significa que las sentencias que versan sobre las clases de asuntos mencionadas, que comparten las características que apuntábamos al principio, tengan la recurribilidad completamente excluida. De hecho, en ocasiones, sentencias sobre

---

<sup>95</sup> Aunque con diferentes consecuencias: en la casación para unificación de doctrina puede conducir a la inadmisión, por falta de requisitos de recurribilidad de la sentencia; en la casación común, a la desestimación del recurso. Véase, para los casos de apreciación de los diferentes grados de invalidez, MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p.34.

<sup>96</sup> MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 132-134; MONTOYA MELGAR, “La concepción del recurso de casación para la unificación”, cit., apt. 3; CAVAS MARTÍNEZ, F., “De nuevo sobre la gestión del recurso de casación para la unificación de doctrina, el derecho a la tutela judicial efectiva y la igualdad en la aplicación de la ley”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1998, núm. 89, pp. 525-531; DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., p. 338; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., pp. 61-62; SAMPEDRO CORRAL, “Problemas específicos de la sentencia”, cit., apt. III.3, C, b.

<sup>97</sup> MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 135-137; MONTOYA MELGAR, “La concepción del recurso de casación para la unificación”, cit., apt. 3; DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., p. 338; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., p. 62.

<sup>98</sup> MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 135-137; DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., p. 338; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., p. 62; SAMPEDRO CORRAL, “Problemas específicos de la sentencia”, cit., apt. III.3, C, b.

<sup>99</sup> MONTOYA MELGAR, “La concepción del recurso de casación para la unificación”, cit., apt. 3.

<sup>100</sup> MONTOYA MELGAR, “La concepción del recurso de casación para la unificación”, cit., apt. 3; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., p. 62.

<sup>101</sup> MONTOYA MELGAR, “La concepción del recurso de casación para la unificación”, cit., apt. 3.

<sup>102</sup> DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., en p. 61 no excluye que puedan compararse “hechos internos”, si constan como probados, pero en p. 62 advierte de la dificultad de constatar igualdad en comportamientos constitutivos de fraude; en el mismo sentido, SAMPEDRO CORRAL, “Problemas específicos de la sentencia”, cit., apt. III.3, C, b.

<sup>103</sup> IVORRA MIRA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 98-99; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 235-236.

casos de esa calidad han sido consideradas recurribles por entender, también, concurrente la igualdad sustancial de los hechos.<sup>104</sup> Y –más importante- la recurribilidad de las sentencias sobre esta clase de asuntos no es negada, ni por la ley, ni, en términos absolutos e incondicionales, por el TS.<sup>105</sup> Por otra parte, cuando, en relación con esta clase de casos, el recurso se funda en la infracción de normas cuyo supuesto de hecho está legalmente definido con precisión, las posibilidades de recurribilidad aumentan.<sup>106</sup>

Pero, en todo caso, es cierto que frente a la especial dificultad de recurribilidad de sentencias sobre ciertas clases de casos, ocurre exactamente lo contrario respecto de sentencias referidas a asuntos litigiosos que nacen de relaciones jurídico-laborales masificadas,<sup>107</sup> porque éstas pueden originar series de litigios iguales. Cumplen esta característica, por un lado, los litigios con organismos públicos que actúan en las relaciones laborales y de seguridad social,<sup>108</sup> y, por otro, los que derivan de las relaciones laborales con grandes empresas, con centros de trabajo en gran parte del territorio nacional.<sup>109</sup>

### ***B) Impugnación de la sentencia por infracción de normas procesales e interpretación del régimen de recurribilidad para unificación de doctrina***

Los problemas de recurribilidad para unificación de doctrina, si el recurso ha de fundarse en las infracciones de normas procesales que pueden ser examinadas en casación, son más específicos que los considerados en el apartado anterior.

A pesar de que la regulación legal no facilitaba entender que el recurso de casación para unificación de doctrina pudiera fundarse en la infracción de normas

---

<sup>104</sup> MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 135, 137; SAMPEDRO CORRAL, “Problemas específicos de la sentencia”, cit., apt. III.3, C, b.

<sup>105</sup> CAVAS MARTÍNEZ, “De nuevo sobre la gestión del recurso de casación para la unificación de doctrina”, cit., p. 531; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., pp. 62-63.

<sup>106</sup> Por ejemplo, sobre el plazo de caducidad de la acción de despido, SAMPEDRO CORRAL, “Problemas específicos de la sentencia”, cit., apt. III.3, C, b; sobre los requisitos formales de validez del despido, MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 137-138.

<sup>107</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 237; aunque DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., p. 68, dice que también se ha normalizado la función unificadora en otra clase de asuntos. Sucede algo parecido en la casación para unificación de doctrina en el proceso administrativo, con una mayoría de sentencias sobre asuntos tributarios - PIÑAR MAÑAS, J. L., “Comentario al artículo 98”, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1998*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 100, edición especial, Madrid, 1999, p. 693-. No ha de extrañar que no destaquen, también, las sentencias sobre litigios derivados de la relación funcional, porque, salvo en aspectos básicos de la misma, esos litigios no tienen acceso a ninguna modalidad de casación (arts. 86.2,a) y 96.4 LJCA).

<sup>108</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 237-238; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., p.68.

<sup>109</sup> MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 141; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 238-239.

procesales, la doctrina y la práctica del TS llegaron a la conclusión contraria.<sup>110</sup> El problema se trasladó a cómo debían interpretarse y aplicarse en estos casos los requisitos de igualdad de casos y diferencia de pronunciamientos, de los que depende la recurribilidad. La descripción legal de los mismos está hecha en consideración de los objetos del proceso y de los pronunciamientos sobre los mismos, pero no sobre cuestiones procesales, aunque la resolución sobre éstas también puede afectar a aquellos objetos, si bien en un sentido de inadmisión de pronunciamiento sobre los mismos, o de nulidad o anulación de los actos que han conducido a él.

Una opción hubiera sido –y realmente lo fue, sin éxito, como se verá– la reformulación analógica de las exigencias del art. 217 LPL (y de los artículos correspondientes de la LJCA), para referir las igualdades fácticas, de fundamentación jurídica y, en su caso –es decir; de no ser debido un pronunciamiento de oficio- de petición, a las cuestiones procesales de una y de otra sentencia (o proceso conducente a dictarlas), y para ceñir la exigencia de diferentes pronunciamientos a los que se hubieran emitido sobre tales cuestiones. No obstante, la orientación predominante en la jurisprudencia del TS ha sido la de, sin prescindir de lo anterior, continuar exigiendo los requisitos de recurribilidad que dependen de la igualdad y diferencia de pronunciamiento sobre los objetos de los procesos.<sup>111</sup>

Esta orientación tiene sentido si las normas procesales en cuya infracción se quiere fundar el recurso incluyen en sus supuestos de hechos referencias a aspectos cualitativos de las pretensiones según el Derecho material (como ocurre en el régimen de la jurisdicción, de la competencia, de la adecuación del procedimiento), o cuya aplicación requiere considerar las características de las situaciones litigiosas y el modo de plantearlas en el proceso (por ejemplo, en materia de admisión de la tutela meramente declarativa o de condena a prestación futura, de legitimación y litisconsorcio, de carga de la prueba).<sup>112</sup> Por el contrario, hacer incidir en la recurribilidad la apreciación de las igualdades entre los objetos de los procesos, si el recurso se quiere fundar en infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, productora de indefensión, no sólo es absurdo, sino que no respeta la

---

<sup>110</sup> JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., pp. 283-290; MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 167-170; CAMPOS ALONSO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 317.

<sup>111</sup> Sobre este tema, sin posibilidad de mayor profundización ahora, salvo alguna que haremos después en el texto, JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., pp. 290-293; MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 171-177; CANO GALÁN, Y., CUENCA ALARCÓN, M., “El requisito de la contradicción en el recurso de casación para unificación de doctrina”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1996, núm. 76, pp. 371-381; CAMPOS ALONSO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 317-318; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., pp. 64-65.

<sup>112</sup> MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 177; JIMÉNEZ FORTEA, *El recurso de casación para unificación*, cit., p. 294; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., p. 65, nota 71. Para un caso en que la cuestión procesal depende de la calificación jurídico-material de la pretensión, VILA SOLER, M. A., “El principio de igualdad en la aplicación de la ley, recurso de amparo y recurso de casación para unificación de doctrina”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1994, núm. 66, pp. 669-680.

propia *ratio* del art. 217 LPL, porque condiciona la recurribilidad a un elemento irrelevante respecto del tema jurídico en cuestión.<sup>113</sup>

### ***C) Excesiva importancia de la igualdad de los hechos para la recurribilidad de la sentencia***

La estricta concepción de la igualdad entre los casos de la sentencia impugnada y de la sentencia de contraste, particularmente en cuanto a los hechos jurídicamente relevantes de ambos casos,<sup>114</sup> excluye o dificulta que ciertas clases de asuntos litigiosos accedan a un pronunciamiento de fondo, en el que se determine cuál es la más correcta interpretación y aplicación de las normas al caso litigioso cuya sentencia se ha recurrido,<sup>115</sup> y, con ello, qué doctrina jurisprudencial ha de ser mantenida o establecida –*ex novo* o mediante un cambio evolutivo razonado- en cuanto a esas interpretación y aplicación y respecto de casos de características similares al enjuiciado, de modo que la función de unificación –y cambio razonado- de la jurisprudencia no puede ser cumplida respecto de ciertas clases de asuntos.<sup>116</sup>

El problema deriva<sup>117</sup> de que la función que el recurso puede y debe cumplir –revisar la interpretación y aplicación de las normas para la resolución del caso concreto, manteniendo o estableciendo un modo, también más próximo al caso concreto, de realizar esas interpretación y aplicación- depende de una apreciación cuya naturaleza es muy distinta a los juicios que se realizan al resolver el fondo del recurso: consiste en un juicio sobre la igualdad entre los hechos relevantes de los casos de las dos sentencias, del que depende la recurribilidad de la impugnada.

No obstante, esta articulación de juicios o apreciaciones tan heterogéneos, está justificada si se atiende a que: 1º) El recurso no sólo tiene como efecto decir la mejor interpretación y aplicación de las normas y mantener o establecer jurisprudencia sobre ello, como si de un recurso en interés de la ley se tratara, sino también modificar la sentencia sobre el caso. 2º) Un instrumento de protección de la igualdad en la aplicación de la ley en modo alguno podía prescindir de la constatación de la igualdad de los hechos a los cuales esa ley fue y es aplicada por las sentencias.

---

<sup>113</sup> MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 178-181; NIEVA FENOLL, “La casación en materia social”, cit., pp. 584-585.

<sup>114</sup> MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 139; aunque, según esta misma autora, también es influyente el modo de entender la contradicción, no entre doctrinas, sino entre pronunciamientos, p. 198; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 242-245.

<sup>115</sup> NIEVA FENOLL, “La casación en materia social”, cit., p. 577.

<sup>116</sup> IVORRA MIRA, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 98-100; MOLERO MARAÑÓN, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 139; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., p. 242.

<sup>117</sup> Con referencia a las diferentes premisas del juicio jurisdiccional en las que operan la unificación de doctrina jurisprudencial y la comprobación de la igualdad de los hechos, DESDENTADO BONETE, “La contradicción de sentencias”, cit., pp. 338-339; DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., p. 63-64.

En algún aspecto esta articulación es, sin embargo, defectuosa, como reconocen autores que son partidarios de éste recurso y de su régimen de recurribilidad.<sup>118</sup> La imposibilidad o gran dificultad de constatar hechos iguales en ciertas clases de casos, yugula la posibilidad de determinar si una más correcta interpretación de cierta norma permitiría subsumir en la misma (y dar relevancia) a hechos que, según la interpretación de la sentencia impugnada, son intrascendentes incluso para la previa constatación de igualdad entre los hechos.

Podría decirse que haber fijado la atención y el tratamiento *en la igualdad en la aplicación de la ley*, o el concreto régimen con el que esto se ha hecho en los recursos de casación para unificación de doctrina, ha tenido como consecuencia –al menos en algunos supuestos- descuidar *la igualdad en la interpretación de la ley*, mediante una doctrina jurisprudencial clarificadora del significado de determinadas normas, doctrina dotada de una gran potencia expansiva para garantizar la igual aplicación de esas normas en un gran número de casos.<sup>119</sup> Sobre este planteamiento tendremos oportunidad de volver en los siguientes apartados de la ponencia.

#### V. LA RECURRIBILIDAD POR “INTERÉS CASACIONAL” EN EL PROCESO CIVIL

El acceso a la casación civil especialmente configurado para atender a los fines de unificación de la jurisprudencia y de protección de la igualdad en la aplicación de la ley, hubiera podido ser igual al de los procesos laboral y administrativo, pero, en definitiva, acabó siendo diferente.<sup>120</sup> En este apartado examinaremos concretamente en qué.

De entrada, no obstante, hay que dejar constancia de las similitudes de regulación: en aquellos procesos hay que comparar sentencias sobre casos iguales y con pronunciamientos diferentes; en el proceso civil (art. 477.3 LEC) también hay que comparar la sentencia que se pretende impugnar por “interés casacional”, pero no con directamente otra sentencia, sino con doctrina jurisprudencial que se deduce de sentencias del TS –con la que la sentencia impugnada ha de hallarse en oposición-, o con sentencias de varias AP –con las que la sentencia impugnada coincide en haber resuelto un punto o cuestión sobre el que aquellas sentencias sostienen jurisprudencia contradictoria-. Completamente diferente es el supuesto de recurribilidad de que la sentencia impugnada aplique normas de reciente vigencia sobre las que falte doctrina jurisprudencial del TS.

Los requisitos de recurribilidad por “interés casacional” son más complejos que los de la casación para unificación de doctrina. Como ya hicimos con estos últimos,<sup>121</sup> nos limitaremos a mencionar algunos que han resultado problemáticos, para centrarnos

---

<sup>118</sup> DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., pp. 63, 68-69. No obstante el mismo autor no encuentra oportunidad para mencionar este apunte crítico en DESDENTADO BONETE, A., “La unificación de doctrina y el Tribunal Supremo. La experiencia del orden social”, *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Madrid, 2004, pp. 388-389.

<sup>119</sup> Este es el planteamiento de RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 253-254.

<sup>120</sup> Véase, más arriba, el apartado III.

<sup>121</sup> Véase al principio del apartado III.

en los requisitos de oposición a doctrina jurisprudencial del TS y de resolución de cuestiones sobre las que existe jurisprudencia contradictoria de las AP, que son los que guardan mayor similitud con los que hemos analizado en la casación para unificación de doctrina, y que representan la medida en que, en el proceso civil, el acceso a la casación se hace depender específicamente de una aparente e injustificada interpretación/aplicación desigual de las normas.

De modo previo a ese catálogo de problemas de la recurribilidad por “interés casacional”, que no serán estudiados con detalle, hay que mencionar –también solamente eso, al menos en este apartado– un problema de ámbito de aplicación de este supuesto de recurribilidad. Como ya se anticipó, no es el único que establece la recurribilidad en la casación civil.<sup>122</sup> Por ahora, basta dejar constancia de que, a pesar de la *ratio iuris* que justifica el supuesto que analizamos,<sup>123</sup> la Sala de lo Civil del TS adoptó un acuerdo no jurisdiccional<sup>124</sup> en el que optaba por la aplicación más restrictiva de este supuesto de recurribilidad, lo que ha merecido una amplia crítica doctrinal. Volveremos sobre esto en otros apartados de la ponencia.

Por lo demás, la oposición o la contradicción, cuya entidad objetiva ocupará principalmente nuestra atención después, ha de darse entre sentencias y no entre autos,<sup>125</sup> dictadas por el TS –en el primer y en el último supuesto de los previstos en el art. 477.3 LEC–,<sup>126</sup> en cambio, para el supuesto segundo del mismo artículo y número, es cuestión discutida si han de haber sido dictadas por diversas AP o secciones orgánicas de las mismas o pueden haberlo sido por una sola de ellas.<sup>127</sup> Las sentencias serán las dictadas por órganos jurisdiccionales pertenecientes al orden jurisdiccional civil, no a otros órdenes jurisdiccionales, ni por el TC.<sup>128</sup> Las sentencias con las que ha

---

<sup>122</sup> Véase, antes, el apartado II.1, y sintéticamente ORTELLS RAMOS, ET AL., *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 540-544.

<sup>123</sup> Véase, más adelante, el apartado V.1.

<sup>124</sup> El texto del acuerdo “Criterios adoptados en la Junta de Magistrados de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2000”, puede verse en SIERRA GIL DE LA CUESTA, I., PÉREZ LÓPEZ, E., ORTÉU CEBRIAN, F., *Los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal*, Madrid, 2002, pp. 197-2003.

<sup>125</sup> “Criterios adoptados en la Junta de Magistrados de la Sala Primera”, en SIERRA, PÉREZ, ORTÉU, *Los recursos de casación*, cit., pp. 197-198; MUÑOZ JIMÉNEZ, F. J., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, (Coord. Fernández-Ballesteros, Rifá Soler, Valls Gombau), Barcelona, 2001, p. 2259.

<sup>126</sup> “Criterios adoptados en la Junta de Magistrados de la Sala Primera”, en SIERRA, PÉREZ, ORTÉU, *Los recursos de casación*, cit., pp. 197-198; MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Fernández-Ballesteros, Rifá, Valls (Coord.), cit., p. 2264; BLASCO GASCÓ, F. DE P., *El interés casacional. Infracción e inexistencia de jurisprudencia en el recurso de casación*, Cizur Menor, 2002, p. 49; LÓPEZ SÁNCHEZ, J., *El interés casacional*, Madrid, 2002, p. 261.

<sup>127</sup> “Criterios adoptados en la Junta de Magistrados de la Sala Primera”, en SIERRA, PÉREZ, ORTÉU, *Los recursos de casación*, cit., pp. 198-199; GIMENO SENDRA, V., *Derecho Procesal Civil*, I, Madrid, 2004, p. 631; BLASCO GASCÓ, *El interés casacional*, cit., p. 52; MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Fernández-Ballesteros, Rifá, Valls (Coord.), cit., p. 2266; LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 280-282.

<sup>128</sup> MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Fernández-Ballesteros, Rifá, Valls (Coord.), cit., p. 2265; BLASCO GASCÓ, *El interés casacional*, cit., p.

de compararse la impugnada han de ser anteriores a la misma y firmes.<sup>129</sup> Sobre el número de sentencias de contraste, salvo cuando se trata de oposición con doctrina del TS,<sup>130</sup> -es decir, en el supuesto de contradicción entre jurisprudencia de AP-, es tema discutido que deba exigirse que la sentencia impugnada sea contrastada con más de una sentencia.<sup>131</sup>

### **1. La doctrina jurisprudencial o la jurisprudencia como referentes para determinar la recurribilidad por interés casacional.**

El art. 477.3 LEC utiliza dos términos diferentes para identificar aquello con lo que la sentencia ha de ser comparada para establecer si es recurrible por interés casacional: doctrina jurisprudencial, que los incisos primero y último del artículo y apartado citados refieren al TS; jurisprudencia que, para el segundo inciso, lo es de las AP.

Esta terminología ha sido criticada con base, principalmente, en una aparente discordancia sistemática con el art. 1.6 CC que, de modo implícito, denomina jurisprudencia precisamente a la que es fruto de la actividad jurisdiccional del TS.<sup>132</sup> Lo cierto es que el art. 1.6 CC no regula quién puede crear jurisprudencia, sino un determinado valor jurídico de la que elaborar el TS, cuando reúna, además, el requisito de la reiteración.<sup>133</sup>

---

49.LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 261-267, con matices respecto de ciertas sentencias del TC; al igual que GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, I, cit., p. 632.

<sup>129</sup> “Criterios adoptados en la Junta de Magistrados de la Sala Primera”, en SIERRA, PÉREZ, ORTÉU, *Los recursos de casación*, cit., pp. 198-199; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, I, cit., p. 632. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 273-279.

<sup>130</sup> “Criterios adoptados en la Junta de Magistrados de la Sala Primera”, en SIERRA, PÉREZ, ORTÉU, *Los recursos de casación*, cit., p. 199; MORÓN PALOMINO. M., “El recurso de casación”, *Instituciones del nuevo proceso civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, (coord. Alonso-Cuevillas), II, Barcelona, 2000, p. 387; MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Fernández-Ballesteros, Rifá, Valls (Coord.), cit., p. 2265; BLASCO GASCÓ, *El interés casacional*, cit., p. 49. LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 231-240, es crítico con la exigencia, mayoritariamente aceptada, de que deban ser al menos dos sentencias.

<sup>131</sup> “Criterios adoptados en la Junta de Magistrados de la Sala Primera”, en SIERRA, PÉREZ, ORTÉU, *Los recursos de casación I*, cit., p. 199; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., con DE LA OLIVA SANTOS, A., VEGAS TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 2001, p. 833; SAAVEDRA GALLO, “El acceso a la aplicación uniforme de la ley civil”, cit., pp. 520-522; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, I, cit., p. 631; BONET NAVARRO, A., *Los recursos en el proceso civil*, Madrid, 2000, pp. 224-226; BLASCO GASCÓ, *El interés casacional*, cit., p. 51; NIEVA FENOLL, *El recurso de casación civil*, cit., p. 204; MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Fernández-Ballesteros, Rifá, Valls (Coord.), cit., p. 2266; LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 268-273.

<sup>132</sup> BONET NAVARRO, *Los recursos*, cit., pp. 224-225; MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Fernández-Ballesteros, Rifá, Valls (Coord.), cit., p. 2264; BLASCO GASCÓ, *El interés casacional*, cit., pp. 50-51; LÓPEZ VILAS, R., *La jurisprudencia y su función complementaria del ordenamiento jurídico*, Madrid, 2002, p. 142.

<sup>133</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 222, 224-225, 228-230. Por lo demás, la indebida implicación del mencionado artículo del CC para integrar el significado de los términos utilizados por el art. 477.3 LEC, y la falta de una mayor precisión al definir estos, ha permitido que el

Si se indaga el significado de ambos términos puede concluirse que, al menos en el contexto del art. 477.3 LEC, significan lo mismo, aunque tal vez el de doctrina jurisprudencial sea más exacto.

El término jurisprudencia, que en distintos ámbitos culturales –en lo histórico y en lo geográfico- ha tenido diversos significados,<sup>134</sup> ha adquirido, como sentido moderno, el de las reglas de Derecho o proposiciones jurídicas que se desprenden o desgajan de las sentencias de un determinado tribunal,<sup>135</sup> al ejercer la potestad que tiene atribuida en el ordenamiento, y, concretamente, en un sistema normativista, al interpretar y aplicar las normas y principios que constituyen fuentes del sistema a los casos litigiosos enjuiciados. Este significado de jurisprudencia queda mejor expresado con los términos doctrina jurisprudencial, porque estos destacan la abstracción que se realiza a partir de las sentencias concretas, para extraer los elementos de interés, más allá de la decisión judicial del caso singular –hechos relevantes, *ratio decidendi*, decisión-.<sup>136</sup>

La doctrina jurisprudencial, la jurisprudencia, se forma con oportunidad de la resolución sobre casos litigiosos, pero es relativa a normas,<sup>137</sup> como dice el art. 477.3 LEC, en sus dos párrafos.

Esto conduce a destacar una diferencia importante entre la recurribilidad por interés casacional y la del recurso de casación para unificación de doctrina. En la segunda, como vimos,<sup>138</sup> era decisiva la igualdad sustancial de los hechos de la sentencia recurrida y de la de contraste. Para la recurribilidad por interés casacional la comparación se sitúa en el plano del juicio jurídico sobre los casos, porque la naturaleza de la doctrina jurisprudencial –de la jurisprudencia-, la función que cumple en el enjuiciamiento, es más próxima a la de la norma jurídica.<sup>139</sup>

---

requisito de la reiteración se extienda a la jurisprudencia de las AP, injustificadamente, a juicio de diversos autores; así, BONET NAVARRO, *Los recursos*, cit., pp. 224-225; BLASCO GASCÓ, *El interés casacional*, cit., p. 51; NIEVA FENOLL, *El recurso de casación civil*, cit., pp. 203-204; LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 270-271.

<sup>134</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “La jurisprudencia”, *El Poder Judicial*, I, Madrid, 1983, pp. 267-276.

<sup>135</sup> Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, “La jurisprudencia”, cit., p. 276.

<sup>136</sup> DE LA OLIVA SANTOS, A., Díez-PICAZO GIMÉNEZ, I., VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal. Introducción*, Madrid, 2004, p. 135, donde, concretamente, también advierte que a la doctrina jurisprudencial se refieren, con el nombre de jurisprudencia, diversos artículos de LEC, entre ellos el art. 477.

<sup>137</sup> Lo que significa relativa a lo que, según el sistema jurídico, son fuentes del Derecho.

<sup>138</sup> Véase apartado IV, 1, A).

<sup>139</sup> DE LA OLIVA SANTOS, *Derecho Procesal. Introducción*, cit., p. 135: el resultado de la abstracción en que consiste la doctrina jurisprudencial “es un estereotipo de problema y de resolución, que sólo por no estar explícita y autorizadamente formulado como tal se diferencia de la norma positiva o escrita, con su supuesto de hecho y su consecuencia”. Véase, ampliamente, BLASCO GASCÓ, *El interés casacional*, cit., pp. 45-82, que habla de norma jurisprudencial y analiza sus componentes y sus problemas con el esquema que aplicaríamos para analizar una norma jurídica –nacimiento o establecimiento, determinación del contenido de la regla y eficacia de la misma-. PUIG BRUTAU, J.,

Como segunda diferencia, la recurribilidad por interés casacional no depende de la comparación de los objetos de los procesos, para comprobar su igualdad sustancial, ni de la limitada comparación de los pronunciamientos de las sentencias, para apreciar si son distintos.

Esta diferencia no significa que para determinar la recurribilidad por interés casacional se pueda prescindir de considerar los aspectos concretos de los litigios –el que resuelve la sentencia que se pretende impugnar y los que fueron resueltos por las sentencias que han creado doctrina jurisprudencial, jurisprudencia- y de las sentencias dictadas sobre los mismos. Prescindir de esa consideración, además de absurdo, desconocería la *ratio iuris* de las normas que rigen este supuesto de recurribilidad.

Por otra parte, la mejor doctrina sobre la invocación y la aplicación de la jurisprudencia, sobre la eficacia de la misma como criterio a tomar en cuenta al resolver otros asuntos litigiosos, ha puesto en guardia frente al intento –por lo demás, frecuente- de hacer pasar por jurisprudencia cualquier afirmación doctrinal de una sentencia sacada de su contexto, y ha ilustrado sobre el método que permite descubrir la verdadera jurisprudencia y compararla con rigor con los criterios de enjuiciamiento de otros asuntos litigiosos.<sup>140</sup>

No obstante, sin duda los aspectos concretos de litigios y sentencias que deben ser considerados para establecer la recurribilidad por interés casacional, son diferentes, y más imprecisos, que los determinantes de la recurribilidad para unificación de doctrina.

### ***A) Oposición a la doctrina jurisprudencial del TS***

Para ilustrar los aspectos a considerar y el grado de precisión de las comparaciones a efectos de este primer supuesto de interés casacional, valdría remitirse a la clásica doctrina del TS sobre lo que él entiende que constituye jurisprudencia o doctrina jurisprudencial propia,<sup>141</sup> así como llamar la atención sobre la interesante circunstancia –principalmente por lo que se refiere a quién tienen el control sobre las comparaciones imprescindibles para concluir la existencia de una oposición- de que es el propio TS el que ha definido y define qué jurisprudencia cumple los requisitos necesarios para ser considerada jurisprudencia de ese alto tribunal.<sup>142</sup>

---

“Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo”, *Revista Jurídica de Cataluña*, enero-febrero, 1953, p. 46.

<sup>140</sup> Como exposiciones generales me remito a PUIG BRUTAU, “Cómo ha de ser invocada la doctrina civil del Tribunal Supremo”, cit., pp. 40-57; DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1979, pp. 9-11; LALAGUNA DOMÍNGUEZ, E., *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, Pamplona, 1969, pp. 44-46.

<sup>141</sup> La resumen, por ejemplo, LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, cit., pp. 55-59; BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial*, cit., pp. 47-62; LÓPEZ VILAS, *La jurisprudencia*, cit., pp. 145-146.

<sup>142</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, cit., pp. 55-59; BLASCO GASCÓ, *La norma jurisprudencial*, cit., p. 45; LÓPEZ VILAS, *La jurisprudencia*, cit., p. 145.

Sin perjuicio de recordar esa clásica doctrina, resaltaré, por ser muy ilustrativas de las diferencias con la recurribilidad para unificación de doctrina, cómo se ha entendido entre los autores –y en informes preceptivos en el procedimiento de elaboración de la LEC- la oposición requerida por la norma.

El Informe del CGPJ sobre el Anteproyecto de LEC ya advirtió frente a los riesgos de extender a la casación civil una técnica de recurribilidad similar a la del recurso de casación para unificación de doctrina, en la que se utilizara “como único elemento determinante la identidad de supuestos de hecho”;<sup>143</sup> y, al hacer propuestas positivas de regulación, prefirió concebir los supuestos de recurribilidad como “contradicción doctrinal en torno a la concreta cuestión debatida” o “contrariedad a jurisprudencia del Tribunal Supremo”.<sup>144</sup> Similar fue la crítica del Consejo de Estado, que resaltó la tendencia a la abstracción de la doctrina jurisprudencial y no dudó en afirmar que “lo relevante no es que en supuestos parecidos se haya llegado a fallos diversos o incluso contradictorios, sino si la doctrina que resulta de las sentencias es contradictoria”.<sup>145</sup>

El acuerdo de la Junta de Magistrados de la Sala de lo Civil ha remitido a la antes mencionada doctrina clásica del TS, considerando necesario “citar dos o más sentencias de la Sala Primera, razonándose cómo, cuándo y en qué sentido ha sido vulnerada la doctrina de cada una de ellas”.<sup>146</sup>

Buena parte de la doctrina sigue esta orientación y desarrolla –con ajuste a la doctrina del TS- los requisitos de la doctrina jurisprudencial de este Tribunal con la que ha de entrar en oposición la sentencia que se pretende recurrir. En este sentido, es general la advertencia de que lo relevante es la *ratio decidendi* de las sentencias del TS de las que deriva la doctrina.<sup>147</sup> Sin embargo, el requisito de la igualdad sustancial de los hechos de las sentencias generadoras de la doctrina, con los de la sentencia recurrida, no se expresa con claridad y precisión. La exigencia de que se trate –en unas sentencias y en la otra- de hechos idénticos o muy análogos<sup>148</sup> es poco ilustrativa si no se especifican los hechos a los que se refiere. Nos aproximamos a una mayor precisión cuando se indica que no es necesaria la igualdad sustancial entre los elementos componentes del objeto del litigio –y, por tanto, y entre otras cosas, entre el conjunto

---

<sup>143</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 245.

<sup>144</sup> CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 249.

<sup>145</sup> CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., observación 21ª.

<sup>146</sup> SIERRA, PÉREZ, ORTÉU, *Los recursos de casación*, cit., p. 198.

<sup>147</sup> BONET NAVARRO, *Los recursos*, cit., p. 241; MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Fernández-Ballesteros, Rifá, Valls (Coord.), cit., p. 2265; SAAVEDRA GALLO, “El acceso a la aplicación uniforme de la ley civil”, cit., p. 520; BLASCO GASCÓ, *El interés casacional*, cit., pp. 134, 139-140.

<sup>148</sup> SAAVEDRA GALLO, “El acceso a la aplicación uniforme de la ley civil”, cit., p. 520; BLASCO GASCÓ, *El interés casacional*, cit., pp. 134, 139.

de los hechos de los casos examinados en unas y en otra sentencia-,<sup>149</sup> sino que basta la sustancial igualdad entre los hechos que son relevantes para la aplicación de la norma jurídica cuya infracción se invoca.<sup>150</sup>

También hay tesis aún menos rigurosas con la exigencia de igualdades fácticas. Así, se admite que la oposición puede provenir de que las sentencias resuelvan cuestiones análogas o de que el problema jurídico sobre el que versen las mismas sea el mismo,<sup>151</sup> o se sostiene, abiertamente, que “debería resultar indiferente si las controversias son sustancialmente iguales o no. Lo importante es que una misma cuestión jurídica, aunque se plantee en supuestos distintos, esté siendo resuelta con disparidad de criterios”.<sup>152</sup>

Si las anteriores orientaciones concurren con la tendencia, a veces presente en la práctica del TS, a invocar como sentencias de las que deriva doctrina jurisprudencial, sentencias entre las que falta toda igualdad o analogía de hechos relevantes, sólo considerando las tesis doctrinales que son formuladas en ellas,<sup>153</sup> es fácil concluir que las comparaciones para llegar a la conclusión de si existe oposición, no están sujetas a un método tan riguroso como el que condiciona la recurribilidad en la casación para unificación de doctrina.

### ***B) Resolución de puntos y cuestiones sobre los que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales***

El segundo supuesto de recurribilidad por interés casacional (art. 477.3, párrafo segundo, inciso segundo, LEC) es subsidiario del primero, en el sentido de que si al sentencia que se pretende recurrir es conforme a la doctrina jurisprudencial del TS, el hecho de que –en el modo que enseguida veremos– entre en contradicción con jurisprudencia de otra u otras AP, no justifica el acceso al órgano jurisdiccional que tiene la atribución de fijar la jurisprudencia.<sup>154</sup>

El supuesto consiste en una situación de falta de doctrina jurisprudencial del TS y, adicionalmente, de contradicción entre jurisprudencia de AP, aunque –como

---

<sup>149</sup> MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Fernández-Ballesteros, Rifá, Valls (Coord.), cit., p. 2265; LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 183-184.

<sup>150</sup> LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 183-184, aunque hace notar que incluso esa igualdad es innecesaria si la infracción de la norma consiste en haberle negado existencia o vigencia, pp. 162-164.

<sup>151</sup> MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Fernández-Ballesteros, Rifá, Valls (Coord.), cit., p. 2265.

<sup>152</sup> Díez-PICAZO GIMÉNEZ, con otros autores, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 833.

<sup>153</sup> LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Jurisprudencia y fuentes del Derecho*, cit., p. 59, nota 89, pp. 256-258; ALBALADEJO, M., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 23 de octubre de 1995. Núm. 907”, *Revista de Derecho Privado*, 1995, pp. 150-151.

<sup>154</sup> MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Fernández-Ballesteros, Rifá, Valls (Coord.), cit., p. 2266; BLASCO GASCÓ, *El interés casacional*, cit., p. 52; NIEVA FENOLL, *El recurso de casación civil*, cit., p. 202; LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 145-152.

anticipé-<sup>155</sup> es tema discutido cuántos órganos jurisdiccionales de esta clase han de entrar en contradicción. En cualquier caso, esa situación justifica el acceso al TS (la recurribilidad), para que éste cumpla su función de corregir la infracción de la norma y de fijar, con ello, la jurisprudencia.

Centrándonos en la entidad objetiva de la contradicción, el acuerdo de la Junta de Magistrados de la Sala de lo Civil del TS, con menos base en la letra de la ley de la que podía tener en el supuesto de oposición a su propia doctrina jurisprudencial,<sup>156</sup> requiere: fallos contrarios –aunque luego también habla de respuestas judiciales diversas-, fundamentos de derecho contrapuestos, controversias sustancialmente iguales e identidad entre los puntos sobre los que existe la jurisprudencia contradictoria.<sup>157</sup>

No obstante, los autores, más atentos a la letra del precepto y a su comparación con otros supuestos legales que también se basan en contradicciones jurisprudenciales, llegan a conclusiones menos rigurosas. No estiman necesaria la igualdad fáctica, ni la identidad sustancial de los objetos litigiosos,<sup>158</sup> sino que se conforman con divergencias interpretativas de normas –o con un diferente criterio jurídico de solución- aplicados a hechos no necesariamente idénticos, sino análogos o meramente parangonables,<sup>159</sup> siempre que los puntos y cuestiones que aparecen resueltos de modo divergente sean causales del sentido de los pronunciamientos de las sentencias implicadas en la comparación.<sup>160</sup>

En verdad, no les falta razón a los autores, porque la consideración de los autos del TS que resuelven problemas de admisión por este supuesto de recurribilidad, permite encontrar tesis como la siguiente: por jurisprudencia contradictoria de las AP “debe entenderse la relativa a un punto o cuestión jurídica, sobre el que exista un criterio dispar entre Audiencia Provincial o Sección de la misma o diferentes Audiencias, se exige por tanto un criterio interpretativo plasmado en dos Sentencias de una misma Audiencia Provincial o de una misma Sección de la misma Audiencia frente a otro criterio interpretativo antagónico -en relación con la misma cuestión jurídica-“ (ATS, Sala de lo Civil, de 17 enero 2006). Con esa tesis concuerda que, en los autos correspondientes, no se encuentre una cuidadosa comprobación de la igualdad entre los casos litigiosos, sino, por ejemplo, la constatación de divergencias

---

<sup>155</sup> Véase la introducción de este apartado V.

<sup>156</sup> Obsérvese que la ley refiere expresamente la contradicción jurisprudencial a “puntos y cuestiones”, términos que, aún siendo imprecisos, difícilmente puede entenderse que significan los objetos de proceso decididos por las diferentes sentencias.

<sup>157</sup> SIERRA, PÉREZ, ORTÉU, *Los recursos de casación*, cit., p. 198.

<sup>158</sup> BONET NAVARRO, *Los recursos*, cit., p. 242; MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Fernández-Ballesteros, Rifá, Valls (Coord.), cit., p. 2266.

<sup>159</sup> BONET NAVARRO, *Los recursos*, cit., pp. 223, 242; NIEVA FENOLL, *El recurso de casación civil*, cit., pp. 202-203; MORÓN PALOMINO. “El recurso de casación”, cit., p. 746; LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 282-283.

<sup>160</sup> MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Fernández-Ballesteros, Rifá, Valls (Coord.), cit., p. 2266; LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 282-283.

interpretativas acerca de si el art. 97 CC autoriza que la pensión compensatoria se establezca con carácter provisional,<sup>161</sup> o de los criterios contradictorios sostenidos en la interpretación del art. 20 de la Ley de Contrato de Seguro,<sup>162</sup> o de las divergencias sobre la interpretación de la cláusula por tiempo indefinido en contratos de arrendamiento posteriores al RDL 2/1985, de 30 de abril,<sup>163</sup> o sobre el entendimiento de la cláusula de resolución del art. 114.12ª de la LAU de 1964,<sup>164</sup> o, en fin, sobre los encontrados criterios jurídicos de AP acerca de la interpretación de los arts. 15 y 2 de la Ley de Crédito al Consumo.<sup>165</sup>

### ***C) Aplicación de normas de contenido nuevo y de reciente vigencia***

Por lo que se anticipó en la introducción de este apartado V se hubiera podido prescindir de estudiar el supuesto de recurribilidad por interés casacional del último inciso del art. 477.3, párrafo primero LEC.

A diferencia de los dos primeros supuestos, la recurribilidad que rige el último no depende de ninguna comparación de la sentencia de cuyo recurso se trata con la doctrina jurisprudencial del TS, ni con jurisprudencia de las AP. La alusión que se hace a la doctrina jurisprudencial del TS “relativa a normas anteriores de igual o similar contenido” no tiene por consecuencia una autorización de recurribilidad en virtud de este último inciso, sino una exclusión de la misma, pero porque puede ampararse en el primer inciso del repetido artículo y párrafo.

El criterio de selección de asuntos para acceso a la casación se desvincula de situaciones de riesgo de desigualdad en la interpretación y/o aplicación de la norma – riesgos de heterogénea entidad, como ha quedado constancia en los apartados IV y V-, para atender estrictamente a la función nomofiláctica, al fin de la óptima interpretación y/o aplicación de una norma nueva.<sup>166</sup>

## **2. Gloria y miseria del régimen de recurribilidad por interés casacional en la LEC**

El régimen de recurribilidad por interés casacional ha supuesto un indudable perfeccionamiento de la regulación del acceso a la casación en el proceso civil español. Ha superado las reglas tradicionales de acceso, que condenaban al ostracismo casacional materias de Derecho Privado que eran importantes, aunque por razones distintas al valor económico de los litigios que generan,<sup>167</sup> y ha abierto, en principio y sin perjuicio de otros requisitos que deben también cumplirse, la puerta de la casación

---

<sup>161</sup> STS, Sala 1ª, 28 de abril de 2005, EDJ 2005/62562, Fj 1º.

<sup>162</sup> ATS, Sala 1ª, 5 de octubre de 2004, EDJ 2004/162683, Fj 4º.

<sup>163</sup> ATS, Sala 1ª, 2 de marzo de 2004, EDJ 2004/17208, Fj 3º.

<sup>164</sup> ATS, Sala 1ª, de 10 de febrero de 2004, EDJ 2004/63639.

<sup>165</sup> ATS, Sala 1ª, de 21 de noviembre de 2006, EDJ 2006/313485, Fj 3º.

<sup>166</sup> ORTELLS RAMOS, ET ALT., *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 543-544.

<sup>167</sup> MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Fernández-Ballesteros, Rifá, Valls (Coord.), cit., pp. 2262-2263; GARCÍA PAREDES, “Los recursos y la rescisión de la cosa juzgada”, cit., p. 460.

a todos los asuntos litigiosos de Derecho privado,<sup>168</sup> de modo que el TS puede pronunciarse sobre todo ese sector del ordenamiento y existe para los justiciables una expectativa más general de obtener una aplicación uniforme de las normas de aquél.<sup>169</sup>

Constituye, también, una virtud de este régimen de recurribilidad que se haya librado de los rigores de la técnica de recurribilidad para unificación de doctrina,<sup>170</sup> porque, al basarse la selección de asuntos en comparaciones de igualdad-contradicción que no se extienden a la totalidad de los componentes de los objetos litigiosos y tampoco están acotadas a considerar los pronunciamientos sobre los mismos, es mayor la probabilidad de encontrar la contradicción necesaria y de acceder al pronunciamiento del TS sobre el fondo del recurso.

Esta última característica conduce, sin embargo, a que la regulación de la recurribilidad por interés casacional en la LEC haya tenido escasa efectividad limitativa del acceso al TS.<sup>171</sup>

El TS ha compensado esa situación con otro tipo de interpretaciones restrictivas del acceso a la casación. En su ya mencionado acuerdo de 12 de diciembre de 2000,<sup>172</sup> los magistrados de la Sala de lo Civil interpretaron el régimen de la recurribilidad eligiendo opciones interpretativas poco seguras, pero, en todo caso, las más restrictivas.<sup>173</sup> La máxima potencia en ese sentido radica en la vinculación entre recurribilidad por “interés casacional” y procedimiento adecuado por la materia. Esta interpretación expulsa absolutamente de la casación las sentencias de los procedimientos de cuantía inferior a ciento cincuenta mil euros y las sentencias de procedimientos de cuantía no determinable, salvo que versen sobre los legalmente limitados asuntos cuyo procedimiento adecuado se determina en atención a la materia. De este modo, la recurribilidad por interés casacional pierde eficacia para alcanzar el fin que justificó su establecimiento. Ésta y otras interpretaciones restrictivas del acuerdo mencionado, seguido a pies juntillas por las resoluciones de dirección procesal de la Sala, han sido ampliamente criticadas por la doctrina,<sup>174</sup> pero el TC no ha

---

<sup>168</sup> DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, con De la Oliva Santos, *Derecho procesal civil, El proceso de declaración*, cit., p. 521; GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, I, cit., p. 628.

<sup>169</sup> SAAVEDRA GALLO, “El acceso a la aplicación uniforme de la ley civil”, cit., pp. 503-505.

<sup>170</sup> Considero, en este sentido, poco matizada la afirmación de GIMENO SENDRA, *Derecho Procesal Civil*, I, cit., p. 630.

<sup>171</sup> GULLÓN BALLESTEROS, “El recurso de casación en el ‘Anteproyecto’”, cit., p. 146; GARCÍA PAREDES, “Los recursos y la rescisión de la cosa juzgada”, cit., p. 461; MUÑOZ JIMÉNEZ, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, III, Fernández-Ballesteros, Rifá, Valls (Coord.), cit., pp. 2254, 2263-2264; LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 84-85.

<sup>172</sup> Puede encontrarse su texto integro en SIERRA, PÉREZ, ORTÉU, *Los recursos de casación*, cit., pp. 197-203. El acuerdo no es jurídicamente vinculante para las Secciones que se constituyen en la Sala de lo Civil, ni para los magistrados que las componen (art. 264 LOPJ), pero, de hecho, ha sido respetado en las resoluciones sobre admisión de la casación, o de su preparación.

<sup>173</sup> ORTELLS RAMOS, ET ALT., *Derecho Procesal Civil*, cit., pp. 542-545.

<sup>174</sup> DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, con De la Oliva Santos, *Derecho procesal civil, El proceso de declaración*, cit., pp. 522-523; DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, con otros autores, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit., pp. 829-831; SAAVEDRA GALLO, “El acceso a la aplicación uniforme de la

entendido que la regulación sea inconstitucional, ni, en los recursos de amparo de los que ha conocido, que su aplicación en los casos correspondientes haya sido lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.<sup>175</sup>

Desde la entrada en vigor de la LEC, los datos estadísticos básicos<sup>176</sup> sobre recursos de casación ante la Sala de lo Civil del TS son los siguientes:

	2001	2002	2003	2004	2005	2006	2007
<b>Pendientes al inicio del año</b>	12523	13726	13367	13606	13491	12113	10281
<b>Registrados en el año</b>	3761	3109	2935	2880	2649	2311	2301
<b>Resueltos en el año</b>	2558	3464	2696	2995	4027	4143	5578
<b>Pendientes al finalizar el año</b>	13726	13367	13606	13491	12113	10281	7004

Si se compara esta tabla con la mencionada en la nota 23 de esta ponencia, se comprueba que han descendido, de modo notable y progresivo, el número de recursos de casación que ingresan anualmente en la Sala de lo Civil del TS. Esta disminución se ha debido a que la cuantía –requisito de recurribilidad más objetivo y que puede incidir en un mayor número de asuntos litigiosos- fue extraordinariamente incrementada por la LEC, y, sobre todo, a que las AP están aplicando la interpretación restrictiva del TS al ejercer sus competencias sobre la admisión de los recursos, que, inicialmente, se presentan ante ellas.<sup>177</sup>

Se observa, también, que la cifra de recursos pendientes al final del año ha decrecido de manera llamativa en 2005, 2006 y 2007. Este dato se corresponde con un incremento bastante notable de asuntos resueltos en esos años en comparación con los cuatro anteriores. La más que probable explicación se halla, otra vez, en la interpretación restrictiva de la recurribilidad -que, en este momento, incide en el control de admisión que el propio TS realiza-, y, como factor nuevo, en el aumento de la capacidad de trabajo debido a la confianza que los magistrados que forman la sección juzgadora depositan, para decidir la inadmisión, en las conclusiones de la labor

---

ley civil”, cit., pp. 512-513; BLASCO GASCÓ, *El interés casacional*, cit., pp. 23-33; NIEVA FENOLL, *El recurso de casación civil*, cit., pp. 210-213; LÓPEZ SÁNCHEZ, *El interés casacional*, cit., pp. 94-115.

<sup>175</sup> El intento de que esta interpretación sea considerada lesiva del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ha sido rechazado por el TC, que no ha admitido a trámite los recursos de amparo, porque, sin entrar a enjuiciar plenamente la corrección de la interpretación del TS –dado que carece de competencia para ello-, ha estimado que la misma no es irrazonable ni arbitraria (ATC, Sección 3ª, 190/2004, de 26 de mayo; ATC, Sección 1ª, 200/2004, de 27 de mayo; STC 164/2004, de 4 de octubre, Fj 3º).

<sup>176</sup> Tabla elaborada con base en la información estadística accesible en <http://www.poderjudicial.es>. Su apartado “Estadística judicial en PC Axis” ofrece los datos que, por el organismo que los difunde, hay que estimar más fiables, y, además, pone a disposición un sencillo programa informático para algunas explotaciones de los mismos.

<sup>177</sup> Esto explica el espectacular aumento de los recursos de queja, que son los legalmente previstos para que el TS controle las resoluciones de inadmisión de las AP.

de apoyo a la actividad de resolución, que presta el Gabinete de Información y Documentación del TS.<sup>178</sup> No obstante, si la Sala de lo Civil del TS mantuviera la más alta capacidad de resolución que ha alcanzado y no variara la cifra de asuntos nuevos anuales, necesitaría, aproximadamente, dos años para estar en condiciones de sentenciar en el año los recursos de casación ingresados durante el mismo. La contribución del régimen de la recurribilidad en casación por la LEC a mitigar la sobrecarga de trabajo de la Sala de lo Civil del TS ha sido moderada.

## VI. ALGUNAS CONCLUSIONES Y LA TENDENCIA PREVISIBLE

La recurribilidad en el recurso de casación para unificación de doctrina y la recurribilidad por interés casacional merecen valoraciones encontradas desde los dos criterios con los que es conveniente examinar la regulación del acceso a la casación:

1º) Por lo que se refiere a la incidencia en la carga de trabajo de las correspondientes Salas del TS, los resultados de la primera han sido reconocidos como apreciables,<sup>179</sup> mientras que los de la recurribilidad por interés casacional de la LEC no parecen haber satisfecho, principalmente en el ámbito judicial, si se atiende a circunstancias concomitantes con su introducción que ya hemos apuntado, y a proyectos futuros.

2º) En cambio, por lo que tiene que ver con la posibilidad de que opten a un pronunciamiento de fondo del TS asuntos litigiosos de las clases más variadas dentro del correspondiente sector del ordenamiento jurídico, la recurribilidad por interés casacional ha resultado ser una técnica más adecuada que la que se emplea para delimitar la recurribilidad en la casación para unificación de doctrina.

Incluso partiendo ambas técnicas de una preocupación por la igualdad en la aplicación de la ley, el régimen del interés casacional parece más efectivo que el del recurso de casación para unificación de doctrina:

1º) Este segundo está condicionado por la igualdad de los casos tal como los mismos han sido judicialmente planteados. Genera un catálogo de soluciones jurisprudenciales que, a diferencia de las normas jurídicas, no se vinculan –ni pueden ser clasificadas– a supuestos de hecho abstractos, sino a grupos de casos concretos (de litigios reales) iguales. En la medida en que la heterogeneidad de los casos en la realidad sea mayor, la oportunidad de acceso al TS será menor por falta de caso comparable.

---

<sup>178</sup> De no ser así, sería difícilmente imaginable que cada magistrado de la Sala de lo Civil, que, ya en 2003, fue ponente en una media de 269'6 resoluciones por año, entre autos de inadmisión y sentencias, lo fuera en 2007 en una media de 557'8.

<sup>179</sup> Esta apreciación vale para el proceso laboral, no para el proceso administrativo, en el que la casación para unificación de doctrina es menos significativa en la carga global de trabajo de la Sala Tercera del TS. Para el proceso laboral: DESDENTADO BONETE, “De nuevo sobre la contradicción de sentencias”, cit., pp. 66-67; DESDENTADO BONETE, “La unificación de doctrina y el Tribunal Supremo”, cit., pp. 388-389; más crítico, pero sin desconocer un buen ritmo de resolución de asuntos en la Sala Cuarta del TS, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 225-235.

2º) La recurribilidad por oposición a doctrina jurisprudencial o contradicción con jurisprudencia atiende, preferentemente, a la igualdad en la interpretación, se centra en la norma y demás componentes del sistema de fuentes, especificando su significado, tanto mediante la constatación de qué hechos, que han sido relevantes en un litigio, pueden integrarse en el supuesto de hecho de una norma (o constituyen base para la aplicación de un principio jurídico), como precisando, también en consideración de litigios concretos, qué consecuencias jurídicas deben producirse en atención a la aplicabilidad de una norma o principio. Si esa especificación es clara,<sup>180</sup> la toma en consideración de la misma, tanto por el propio TS, como por los tribunales de instancia, tiene una eficacia expansiva de la interpretación igual de la norma (o de la fijación del contenido del principio) a un mayor número de casos litigiosos, lo que favorece una correlativa aplicación igual de la norma o del principio jurídico.

Puede constatar una convergencia de los estudiosos del recurso de casación para unificación de doctrina con los que han analizado críticamente la recurribilidad por interés casacional, a favor de la concesión al TS de una potestad discrecional para la selección de asuntos con acceso a casación, porque de ese modo el Tribunal podría autorregular el acceso –y, así, modular su carga de trabajo–, sin, por otro lado, hallarse sujeto a una regla estricta de recurribilidad, que tuviera el efecto de excluir del acceso a la casación, previamente a toda posibilidad de apreciación por el TS, ciertas clase de asuntos, como ocurre, principalmente, con la casación para unificación de doctrina.<sup>181</sup>

No obstante, si del campo de las opciones posibles –y de los argumentos que las apoyan– pasamos al de las probables o previsibles, la tendencia predominante es otra.

Me limito a apuntar los rasgos más destacados para el tema que consideramos de un reciente Proyecto de ley,<sup>182</sup> que caducó en la VIII Legislatura, por la disolución de las Cámaras, pero cuyo replanteamiento no cabe excluir:

1º) Por un lado, mantiene la detallada descripción de los supuestos de recurribilidad –tan criticados– del recurso de casación para unificación de doctrina,

---

<sup>180</sup> Esa claridad es el fin de un requisito de forma especial de la sentencia que estima una casación si la sentencia ha sido recurrible por interés casacional. En efecto, el art. 487.3 LEC establece que la sentencia declarará: “lo que corresponda según los términos en que se hubiere producido la oposición a la doctrina jurisprudencial o la contradicción o divergencia de jurisprudencia”.

<sup>181</sup> Así, para la casación para unificación de doctrina en el proceso laboral, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, *El recurso de casación para la unificación*, cit., pp. 304-312: Respecto de la recurribilidad por interés casacional en el proceso civil, con diversos matices, y además de las consideraciones contenidas en la observación 21ª del CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil*, cit. (véase, *supra*, apartado III.1), GARCÍA PAREDES, “Los recursos y la rescisión de la cosa juzgada”, cit., pp. 461-462; BLASCO GASCÓ, *El interés casacional*, cit., pp. 44-47; RAMOS MÉNDEZ, *¿Qué hacemos con el Tribunal Supremo?*, cit., pp. 130-132.

<sup>182</sup> Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se reforma el recurso de casación y se generaliza la doble instancia penal. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A. 27 de enero de 2006. núm. 69-1. Ampliamente sobre el mismo, ORTELLS RAMOS, M., “Una nueva reforma de la casación civil española”, *Práctica de Tribunales. Revista de Derecho Procesal Civil y Mercantil*, 2007, núm. 36, pp. 5-29.

tanto en el proceso administrativo, como en el proceso laboral, y extiende esa detallada descripción al supuesto de interés casacional del proceso civil consistente en contradicción de la sentencia impugnada con jurisprudencia de una AP.<sup>183</sup>

2º) En el proceso civil, el interés casacional deja de ser uno de los supuestos de recurribilidad, alternativo al que consiste en un mínimo (elevado) de cuantía del proceso,<sup>184</sup> para convertirse en un requisito adicional al de la cuantía: ambos son necesarios para que la sentencia sea recurrible, con lo que los asuntos litigiosos que no alcancen el mínimo de cuantía quedan, de nuevo, expulsados de la casación.<sup>185</sup>

3º) Por otra parte, establece en el proceso administrativo y en el proceso civil una causa de inadmisión consistente en la carencia de interés casacional, autónoma respecto de la incidencia que este requisito ya tiene en la determinación de las resoluciones recurribles.<sup>186</sup> Esto significa la extensión a estos procesos de la falta de contenido casacional, prevista como causa de inadmisión en los arts. 211 y 223 LPL, disposiciones que el Proyecto de Reforma deja intocadas. En conclusión: en vez de sustituir las rigurosas comprobaciones de recurribilidad por una decisión discrecional del TS,<sup>187</sup> la técnica parece consistir en mantener aquéllas y, a continuación, habilitar al TS para una inadmisión fundada en la falta de contenido casacional o de interés casacional de contornos indefinidos.

---

<sup>183</sup> Dice el art. 478.2.2 del Proyecto de Reforma: “Contradicción entre la sentencia de segunda instancia y otra sentencia firme dictada por la misma o diferente Audiencia Provincial, porque en mérito a hechos y fundamentos sustancialmente iguales se hubiera llegado a pronunciamientos distintos”.

<sup>184</sup> Algo parecido prevé la reforma para el proceso administrativo, en cuanto a las sentencias dictadas en única instancia por las Salas de los TSJ (compárense las redacciones actuales de los arts. 86 y 96 LJCA, con las previstas para esos mismos artículos en el Proyecto de Reforma).

<sup>185</sup> Véanse los arts. 477 y 478 en la redacción prevista por el Proyecto de Reforma. Esta restricción no afecta a los procesos cuyo objeto sea la tutela de derechos fundamentales, cuyas sentencias serán recurribles prescindiendo de la cuantía, pero –y esto es novedad– siempre que concurra interés casacional (art. 478.2.4º Proyecto de Reforma).

<sup>186</sup> El art. 483 del Proyecto de Reforma contempla separadamente, para la casación civil, la inadmisión por no ser recurrible la resolución –art. 483.2.1º–, y la inadmisión por falta de interés casacional –art. 483.2.3º–. Y lo mismo para el proceso administrativo, por una combinación de preceptos del Proyecto que ahora es innecesario exponer.

<sup>187</sup> Lo que sí que se hace, sin embargo, para el recurso en interés de la ley, que el Proyecto de Reforma recupera. La recurribilidad mediante este recurso no está limitada a los supuestos de los arts. 478 y 488 del Proyecto de Reforma, sino que procede en “cualquier otro que justifique la necesidad de formar jurisprudencia sobre normas aplicables en el proceso”.

**SOBRE EL ANTEPROYECTO DE CÓDIGO PROCESAL CIVIL CHILENO DE 2006. UNA  
“INTERVENCIÓN PROVOCADA”\***

MANUEL ORTELLS RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València (Estudi General)

**SUMARIO:** I. Preliminares. II. El límite constitucional: derecho de acceso a los tribunales y disposiciones generales de inadmisión por examen anticipado del fondo del asunto. III. Más acá de la constitucionalidad, pero en una zona “sensible” de las opciones de política jurídica: los poderes del juez y las facultades de las partes respecto de la aportación de los hechos y respecto de su prueba. 1. Una opción clara en cuanto a la aportación de los hechos relevantes para la sentencia y una confusa propuesta de regulación sobre los poderes probatorios del juez y de las partes. 2. La tentación de cerrar en falso una opción de política jurídica procesal muy polémica. Soluciones razonables de compromiso. IV. En un terreno políticamente más neutro: propuestas del ACPC/2006 orientadas a la eficacia, efectividad, eficiencia del proceso. 1. Oralidad del procedimiento. Agilización del procedimiento: contradicciones internas del ACPC/2006. A) ¿Oralidad para el proceso civil? ¿Cuánta oralidad o para qué la oralidad? Un procedimiento adecuadamente oral. B) Normas para la agilización del procedimiento: contradicciones internas del ACPC/2006. 2. Problemas con la efectividad de algunos nuevos instrumentos de la tutela ejecutiva

---

\* Este artículo contiene, de manera más ordenada, completa y con algún aparato crítico – aunque no muy amplio- la intervención del autor en el seminario “El Derecho Procesal Chileno en el siglo XXI: tendencias actuales”, organizado por la Universidad de los Andes y celebrado en Santiago de Chile, el 23 de septiembre de 2008. Está destinado a formar parte de una obra colectiva, que reuniría las varias aportaciones que se presentaron en el evento académico mencionado, proyecto cuya realización sería, sin duda, útil para el debate del Anteproyecto de Código Procesal Civil chileno de 2006.

Pendiente publicación en revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Norte.

## I. PRELIMINARES

Un determinado sistema procesal siempre está situado en un contexto sincrónico –el conjunto del ordenamiento a cuya realización jurisdiccional sirve- y en un contexto diacrónico –las tradiciones de interpretación, aplicación y práctica de la actividad procesal en el foro-, de modo que, a quien se acerca a ese sistema desde fuera, siempre le resulta difícil la comprensión y la valoración del mismo. En todo caso es una tarea a la que hay que enfrentarse con absoluta humildad.

Pero también es cierto que los textos normativos, o los ante-textos –como ahora es el caso-, tienen en si mismos un significado –a veces una falta de él- que es útil analizar para saber si el legislador, o el pre-legislador –sobre todo si pretende ser innovador- ha diseñado las disposiciones adecuadas para alcanzar los fines que persigue.

Con esta finalidad se pueden hacer, en el texto o ante-texto, algunas catas ilustrativas.

Esto es lo que me propongo hacer, en las páginas que siguen, respecto del Anteproyecto de Código Procesal Civil, según el texto que fue presentado el 6 de diciembre de 2006. En adelante, citaré ese texto como ACPC/2006 o como Anteproyecto, aunque advierto, también, que los artículos que mencionaré sin indicar el cuerpo legal al que pertenecen serán artículos de ese texto prelegislativo.

Además de reiterar la humildad con la que asumo esta intervención mía, debo justificarla. Principalmente, para quien piense que es una intervención de tercero. Mi intervención no es voluntaria –o espontánea, como prefiero decir-, pero tampoco estrictamente coactiva –terminología que, por lo demás, estimo inapropiada, porque alude más a obligación que a carga-. Es una intervención provocada. Y, por seguir con el símil procesal, por dos entidades que podemos considerar “partes”: el Ministerio de Justicia de la República de Chile, que, en el número 7 de su Boletín Jurídico – correspondiente a noviembre de 2005- publicó una entrevista conmigo, en la que muchas preguntas versaban sobre las líneas generales de un futuro Código Procesal Civil; y la Universidad de los Andes, que me invitó a tratar el tema –ya con Anteproyecto en la mano- en el seminario “El Derecho Procesal Chileno en el siglo XXI: tendencias actuales”, celebrado en Santiago, el 23 de septiembre de 2008.

Se comprenderá, pues, que no pueda callarme. Más aún: que no me haya callado. He hablado y escrito –y escribiré, ahora- con el esfuerzo de objetividad que me corresponde como académico, aunque también desde el afecto a ese gran país y a muchos colegas chilenos, con cuya amistad tengo la suerte de contar. Eso hace que el objeto de mis reflexiones no me sea del todo indiferente. Soy un tercero que quiere ser “parte”.

## II. EL LÍMITE CONSTITUCIONAL: DERECHO DE ACCESO A LOS TRIBUNALES Y DISPOSICIONES GENERALES DE INADMISIÓN POR EXAMEN ANTICIPADO DEL FONDO DEL ASUNTO

Sin duda, la primera cata que debe hacerse en un proyecto legal debe perseguir la comprobación de si alguno de sus contenidos contrasta con los preceptos constitucionales, excede de los límites que estos fijan a la libertad de configuración normativa del legislador.

No es razonable pensar que esos excesos vayan a ser frecuentes, y, cuando en apariencia existen, probablemente una interpretación correctora para, precisamente, conformar la norma a Constitución, permitirá obviarlos. Pero es aconsejable detectarlos previamente a que el texto se convierta en ley; de ese modo se hacen innecesarias operaciones posteriores de “salvamento” de la constitucionalidad, cuyos resultados son a veces inciertos.

En nuestro caso quiero llamar la atención sobre determinadas disposiciones que podrían colisionar con el derecho a la tutela judicial, en cuanto derecho a obtener un pronunciamiento de un tribunal sobre un asunto litigioso, si se cumplen los requisitos procesales condicionantes de la admisibilidad.

Este derecho ha sido considerado por el Tribunal Constitucional español como parte del contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido por el art. 24.1 de la Constitución Española.<sup>1</sup> A la misma conclusión puede, sin duda, llegarse para Chile con base en el art. 19 de su Constitución Política –en cuanto reconoce que “La Constitución asegura a todas las personas: 3º) (...) Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”-, y en los artículos 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Las disposiciones del ACPC/2006 que han suscitado mi preocupación, por su potencialidad lesiva del derecho fundamental reseñado, son las que, en calidad de regla general –es decir, no acotada a tipos específicos de litigios-, atribuyen a los órganos jurisdiccionales potestades de inadmisión de la demanda *in limine litis* por manifiesta falta de fundamento –hay que entender: cualquier elemento de ese fundamento- (art. 27.1), o por manifiesta falta de legitimación –es decir: manifiesta falta del específico componente del fundamento que se refiere a la atribución subjetiva de la pretensión- (art. 248, párrafo segundo).

---

<sup>1</sup> ORTELLS RAMOS, M., *Introducción al Derecho Procesal*, Editorial Comares, Granada, 1999, págs. 135-141; más resumido en ORTELLS RAMOS, M., en ORTELLS RAMOS, M., CÁMARA RUIZ, J., JUAN SÁNCHEZ, R., *Derecho Procesal. Introducción*, Edisofer, Madrid, 2006, págs. 210-215; con interesantes análisis, BORRAJO INIESTA, I., DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo. Una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 1995, págs. 25-93.

La razón esencial por la que estas disposiciones pueden ser cuestionadas es, por decirlo castizamente, que ponen el carro delante de los bueyes. Técnicamente: niegan la entrada en el proceso con base en el pronóstico de que la pretensión que se interpone no será considerada fundada, aunque alcanzan esta conclusión prescindiendo, precisamente, de las alegaciones, de las pruebas y de la contradicción a los que, generalmente, el ordenamiento somete la verificación del fundamento de las pretensiones. Si la racionalidad de este criterio de admisión es cuestionable cuando influye en la admisión de un recurso,<sup>2</sup> en mayor medida debe serlo cuando incide en la toma en consideración de una petición inicial de tutela judicial.

A la peligrosidad esencial que encierran las disposiciones mencionadas, vienen a añadirse, en el ACPC/2006, otros elementos de imprecisión e inseguridad que agravan los inconvenientes.

En primer lugar, la sistemática del ACPC/2006 proyecta una gran imprecisión sobre el ámbito objetivo de aplicación de las mencionadas disposiciones. El art. 27, apartado 1 –que se encuentra bajo el epígrafe de “Principios básicos”- extiende la potestad de inadmisión a todo supuesto de manifiesta falta de fundamento. Pero, al regular más específicamente las potestades del juez en el procedimiento, los arts. 248, 258 y 259 únicamente se refieren a la falta manifiesta de legitimación, que es sólo una parte de la manifiesta falta de fundamento. En efecto, no parece que el supuesto más general del art. 27 deba entenderse incluido en la mención que hace el art 248 a “otro defecto manifiesto que impida la existencia, validez o eficacia del proceso”, porque el sentido de estas expresiones se halla más próximo a lo que serían presupuestos e impedimentos procesales o requisitos de validez de actos iniciales del proceso, y no a defectos de fundamento de la pretensión objeto del proceso. Lo que conduce a preguntarse si, en definitiva, la genérica facultad de inadmisión del art. 27 subsiste o ha quedado limitada al supuesto parcial de la falta manifiesta de legitimación.

En segundo lugar, el propio pre-legislador revela su temor ante los excesos de esta norma y busca establecer una salvaguarda frente a los mismos disponiendo, en el art. 259, último párrafo, que la inadmisión por la causa considerada se producirá “sólo en la medida en que el fundamento de la decisión se encontrare debidamente acreditado con los antecedentes existentes en el tribunal”.

Pero esta salvaguarda dista de ser satisfactoria, por diversas razones:

1ª) Es imprecisa, porque existe contradicción en cuanto a si los antecedentes debidamente acreditativos han de resultar sólo de la demanda –como parece exigir el art. 258, apartado 9)- o pueden resultar de antecedentes en general “existentes en el tribunal” –según dice el art. 259, último párrafo-, lo que permitiría a este último considerar, a estos efectos, incluso otros procesos pendientes ante él. Dejando aparte la

---

<sup>2</sup> Para un supuesto de esta clase en Derecho español, véanse, por ejemplo, las críticas de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “Prólogo”, en *La nueva casación civil. Estudio de la Ley 10/1992, de 30 de abril, reforma de los procesos civiles*, Martínez-Calcerrada y Gómez, L., Civitas, Madrid, 1993, págs. 17-18; DE LA OLIVA SANTOS, A., “Dictamen de urgencia sobre el “Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal”, en *Papeles del C.G.P.J. (1990-1996)*, De la Oliva Santos (Coord.), Madrid, 1997, págs. 34, 58-59.

gravedad de esta segunda opción, el problema es previo y consiste en la denunciada imprecisión.

2ª) Suponiendo que los antecedentes acreditativos lo fueran los resultantes de la propia demanda y de los documentos que existe la carga de acompañar a la misma (art. 243), la salvaguarda que examinamos significaría, en todo caso, que una parte del fundamento de la pretensión (el referido a su atribución subjetiva) sólo puede ser probado mediante documentos y no con los demás medios de prueba que el ordenamiento establece, en general, como admisibles. En definitiva, una injustificada restricción del derecho a la prueba.

3ª) En fin, es posible que la justificación de la norma de inadmisión por enjuiciamiento anticipado de parte del fundamento de la pretensión sea diferente al que hasta ahora hemos considerado. Por ejemplo, éste: presuponiendo que los hechos sean ciertos –por lo tanto, presupuesto el éxito de toda la prueba respecto de los mismos- el Derecho nunca ampararía una consecuencia jurídica como la que el actor pretende, o – si hubiera que limitarse a los supuestos de carencia manifiesta de legitimación- en favor del actor que la pretende, o en contra del demandado frente al que es pretendida. Prescindiendo de que, en si, ya es merecedor de crítica que el texto ofrezca oportunidad para dudar sobre la justificación de una norma cuya aplicación genera consecuencias tan graves, la justificación apuntada no legitima la generalidad con la que esa norma es concebida. Una cosa es que, en supuestos específicos en los que sea claro que, a pesar de la certeza de los hechos, la consecuencia jurídica pretendida por el actor nunca tiene amparo normativo, el legislador pueda, especialmente, negar la admisión de la demanda,<sup>3</sup> y otra muy diferente generalizar esta justificación, lo que conduce a negar que, de modo general, el debate procesal pueda alumbrar significados de las normas jurídicas o contenidos de principios jurídicos que respalden las consecuencias jurídicas pretendidas por el actor.

Por lo demás, la norma que consideramos -tanto en su alcance más amplio, como en el más restringido al aspecto de la legitimación- me parece poco realista. Atendidas las molestias y los costes que comporta la actividad procesal, resultan estadísticamente poco significativos los casos en que alguien inicie una actividad procesal con absoluta carencia de fundamento. En mi opinión, se hace de un caso de libro una norma legal, que, además, crea más problemas que los que resuelve.

---

<sup>3</sup> Ejemplo muy ilustrativo –en Derecho español- es el del art. 42 del Código Civil que ordena no admitir a trámite una demanda en la que se pretenda el cumplimiento, en forma específica, de la promesa de esponsales.

### III. MÁS ACÁ DE LA CONSTITUCIONALIDAD, PERO EN UNA ZONA “SENSIBLE” DE LAS OPCIONES DE POLÍTICA JURÍDICA: LOS PODERES DEL JUEZ Y LAS FACULTADES DE LAS PARTES RESPECTO DE LA APORTACIÓN DE LOS HECHOS Y RESPECTO DE SU PRUEBA

En mis sintéticas respuestas a una entrevista que mencioné poco antes,<sup>4</sup> me expresaba a favor de la radicación constitucional del principio dispositivo, como rector de la tutela jurisdiccional de las situaciones jurídicas de Derecho privado, pero también de la autonomía relativa que respecto del principio mencionado tienen otros principios rectores de la atribución de poderes al juez y de facultades a las partes en el proceso civil.

Conviene desarrollar un poco más lo que allí quedó apuntado, antes de examinar las propuestas del ACPC/2006 acerca de la ordenación de los poderes del juez y de las facultades de las partes respecto de la prueba.

La actuación de aquel sector del ordenamiento que reconoce a los particulares un ámbito de autonomía jurídica en el que, dentro de ciertos límites, libremente ejercen y disponen de sus derechos y, con idéntica libertad, configuran sus relaciones jurídicas, queda coherentemente entregada a la libre voluntad de los propios particulares. De ella depende la iniciación del proceso, la configuración de su objeto -a la que el juez está vinculado por el deber de congruencia- y la propia terminación del proceso, mediante actos de disposición condicionantes del sentido de la resolución judicial. Los principios de oportunidad y dispositivo derivan así de la naturaleza privada del Derecho material que se aplica, con una intensidad tal que ha hecho decir a JAUERNIG que no son más que “el aspecto procesal de la autonomía privada”,<sup>5</sup> y a CARNACINI que el principio dispositivo ni es procesal, ni genéricamente un principio autónomo, sino que con él se alude a la disponibilidad de la tutela jurídica por el interesado, que simboliza el elemento característico e inconfundible del derecho subjetivo.<sup>6</sup>

Un cambio esencial de dichos principios sólo sería posible desde una supresión de la categoría del derecho subjetivo y de la autonomía de la voluntad en las relaciones jurídicas privadas,<sup>7</sup> que se hallaría en abierta contradicción con el modelo socioeconómico establecido por la Constitución Política de la República de Chile. Me parecen, en este aspecto, básicos los derechos que reconocen los apartados 21º, 23º y 24º del artículo 19 de la Constitución.

Sin embargo, como también puso de manifiesto CARNACINI, es necesario distinguir lo que afecta al régimen de la tutela de interés material en el proceso -ámbito propio del principio dispositivo- y lo que, por el contrario, atañe al régimen interno del instrumento procesal.<sup>8</sup> Esta distinción conduce a la conclusión de que el monopolio de la parte en la instrucción del proceso no constituye una consecuencia inevitable del

---

<sup>4</sup> *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, Gobierno de Chile, año 4, número 7, noviembre de 2005, págs. 42-43.

<sup>5</sup> JAUERNIG, O., *Zivilprozessrecht*, München, 1981, pág. 66.

<sup>6</sup> CARNACINI, T., “Tutela giurisdizionale e tecnica del processo”, en *Studi in onore di Enrico Redenti nel XL anno del suo insegnamento*, II, Milano, 1951, pág. 752.

<sup>7</sup> CAPELLETTI, M., *El proceso civil en el Derecho comparado*, Trad. Sentís Melendo, Buenos Aires, 1973, págs. 3-39.

<sup>8</sup> CARNACINI, “Tutela giurisdizionale”, en *Studi in onore di Enrico Redenti, passim*.

otro monopolio, aquél por el cual los órganos jurisdiccionales sólo resuelven previa demanda de parte. Por otro lado, el estudio de LIEBMAN en el que el fundamento del principio de aportación se traslada del carácter disponible de los derechos en juego, a la tutela de la imparcialidad del juzgador, ha puesto particularmente en claro la autonomía de este principio respecto a la naturaleza del Derecho material.<sup>9</sup>

La interpretación del principio de aportación en el sentido de un poder de disposición, conduce de entrada a una afirmación absurda: las partes tendrían una facultad de disposición sobre los hechos. ¿Pero es que acaso los hechos son algún elemento patrimonial sometido al poder de disposición de su titular? ¿Acaso puede hablarse de una titularidad de los hechos? Se comprende que los hechos existan o no, que se afirmen, se oculten o se nieguen, pero no, en cambio, que se disponga de ellos.<sup>10</sup>

Además ¿qué significa el principio de aportación interpretado como manifestación del poder de disposición?: Que las partes, con su actividad de alegación y de prueba, ponen al juez en la ineludible situación de dictar una determinada sentencia. Ahora bien, esta consecuencia no sólo no añade nada a los efectos que las partes pueden producir realizando los actos de disposición típicos (renuncia, allanamiento y transacción), sino que parece además un camino sospechoso para conseguir los efectos de los actos de disposición.

La extensión del poder de disposición que tienen las partes sobre la relación jurídica material privada a la relación jurídica procesal, con las consecuencias de ser necesaria la instancia de aquéllas para impulsar el proceso iniciado, para que el juez pueda constatar la falta de presupuestos procesales o los vicios que pueden afectar a algunos actos, no sólo carece de fundamento dogmático en la naturaleza del Derecho material que debe aplicarse, sino que es inconsecuente con la concepción dogmática del proceso como relación jurídica de Derecho público.<sup>11</sup>

Respecto al mantenimiento de la valoración legal de algunos medios de prueba, una cosa es decir que sólo resulta compatible con relaciones jurídico-materiales de carácter privado<sup>12</sup> y otra distinta que sea una consecuencia lógica y dogmática de la naturaleza de aquéllas relaciones. Que ambas cuestiones están situadas en planos distintos se demuestra con sólo pensar que negar valor probatorio legal a la documentación de un negocio jurídico, ni es negar la libertad negocial (arts. 658, 1255 ambos del Código Civil español), ni el valor vinculante de las consecuencias de su ejercicio (art. 1258 del Código Civil español). Como con relación al principio de aportación, puede decirse que el de valoración legal de la prueba, interpretado como manifestación del poder de disposición, nada añade a la eficacia que este último alcanza a través de los actos típicos en que se manifiesta.

---

<sup>9</sup> LIEBMAN, E. T., "Fundamento del principio dispositivo", *Rivista di Diritto Processuale*, 1960, págs. 551-565.

<sup>10</sup> BOMSDORF, F., *Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit*, Berlin, 1970, pág. 279.

<sup>11</sup> BÜLOW, O., *La teoría de las excepciones y de los presupuestos procesales*, Trad. Rosas Lichtschein, Buenos Aires, 1964, págs. 287-302.

<sup>12</sup> FURNO, C., *La teoría de la prueba legal*, Trad. González Collado, Madrid, 1954, págs. 154-155; JIMÉNEZ CONDE, F., *La apreciación de la prueba legal y su impugnación*, Salamanca, 1978, págs. 63-69.

## **1. Una opción clara en cuanto a la aportación de los hechos relevantes para la sentencia y una confusa propuesta de regulación sobre los poderes probatorios del juez y de las partes**

Nada que objetar en cuanto a su contenido –aunque la forma de expresión podría mejorarse– sobre la opción del ACPC/2006 por la primera de las manifestaciones del principio de aportación de parte: el juez sólo podrá fundar su sentencia en los hechos alegados –introducidos, aportados al proceso– por las partes.<sup>13</sup>

Entiendo que esta opción se manifiesta, en primer término, en varias disposiciones del ACPC/2006 que imponen que exista una previsión en norma expresa para que el tribunal pueda pronunciarse de oficio sobre excepciones (arts. 5, 27. 2 y 4), llamadas, en otras disposiciones, defensas y contestaciones (arts. 168, 169, 261 y 268, a).

En segundo término, en la disposición del art. 195, que, al establecer el deber de congruencia, determina que el pronunciamiento en cuanto al mérito no puede “extenderse a puntos no expresamente sometidos a juicio por las partes, salvo en cuanto las leyes manden o permitan a los tribunales proceder de oficio” (art. 195).<sup>14</sup>

Por el contrario, en cuanto a la atribución de poderes al juez y de facultades a las partes sobre la iniciativa probatoria y sobre la amplitud del examen con ocasión de la práctica del medio de prueba correspondiente, la opción del ACPC/2006 no sólo me parece menos definida, sino decididamente confusa, porque se expresa en dos grupos de normas cuyos contenidos son antitéticos.

En efecto, parece que unas manos hayan escrito (que una mente haya pensado) el contenido del art. 27, en algunos de cuyos apartados el juez aparece investido de unos poderes probatorios fuertes.

Por ejemplo, el apartado 4), que apodera al tribunal para “Ordenar las diligencias necesarias al esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes, en la oportunidad establecida en la ley”. La duda que se le plantea al intérprete –y que, según lo que veremos después, se acrecentará– es la de si –atendido que el artículo 27 se sitúa en un contexto de disposiciones con un contenido más general y básico– resultará necesaria una norma legal más específica para que lo que se prevé en ese apartado sea un deber efectivo

---

<sup>13</sup> Entiendo que ese es contenido del principio de aportación de parte y no del principio dispositivo, siempre que no se trate de aquellos hechos que, por ser identificadores de la causa de pedir, delimitan la pretensión procesal, el objeto de proceso, que queda sujeto –durante la tramitación– a los límites de la litispendencia, y, concluido el proceso por sentencia firme, a la cosa juzgada: ORTELLS RAMOS, *Introducción*, cit., pág. 204; ORTELLS RAMOS, M., con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2008, págs. 252-259, 322-324.

<sup>14</sup> Estimo que, en defecto de otras más directas, las disposiciones citadas en los dos últimos párrafos del texto permiten fundar la conclusión de la limitación a los hechos alegados por las partes. En efecto, presupuesta la vigencia del principio *iura novit curia*, que confiere al tribunal el poder-deber de establecer qué normas y principios jurídicos son aplicables, atendidos –y respetados– la pretensión del actor y los hechos alegados por las partes, los “puntos” –en general, o, especialmente, los que favorecen al demandado– limitativos de la potestad de enjuiciamiento han de ser –dejando aparte las pretensión procesal que sea objeto del proceso– las alegaciones de hecho que proporcionan la base para la aplicación de normas favorables a una o a otra parte.

para el juez o bastará con lo que ese apartado dice para entender que el juez ya tiene la potestad (el poder-deber) de acordar de oficio aquellas diligencias.

Otro ejemplo, el del apartado 5) del mismo artículo 27, según el cual el tribunal podrá “Disponer en cualquier momento, durante la audiencia de juicio, la presencia de los testigos, de los peritos y de las partes, para requerirles las explicaciones que estime necesarias al objeto del pleito”. En el contexto de los medios de prueba practicados –a instancia de parte, ¿también de oficio?- la duda es, ahora, si el objeto de las explicaciones que el tribunal puede requerir deberá limitarse a una finalidad de aclaración de lo manifestado por el sujeto de prueba o podrán versar directamente sobre los hechos relevantes para la decisión sobre el objeto del proceso, en el caso de que las declaraciones iniciales de los sujetos de prueba no se hayan referido a aspectos de aquellos hechos.

Por el contrario, otras manos, otras mentes, parecen estar detrás de los artículos que, de modo más específico, rigen lo que condiciona la admisión de los concretos medios de prueba, así como la intervención del tribunal en la práctica de los mismos.

Así, el art. 278 deja claro que el tribunal no podrá decretar diligencia alguna de prueba. Expresión clara de la regla general de la iniciativa de parte para la admisión de las pruebas, aunque tal vez demasiado drástica si se tiene en cuenta que, después, el propio ACPC/2006 establece excepciones en favor del acuerdo de oficio de la inspección judicial –art. 316- y de la reproducción de hechos –art. 318-.

Por otro lado, el mismo artículo 278 y el art. 315 limitan la intervención activa del tribunal dentro de la práctica de la prueba a las preguntas destinadas a obtener aclaraciones, aunque el art. 315 también habla de adiciones.

El Anteproyecto se comporta como aquella gallina que cacareaba en un lugar y ponía los huevos en otro: en la parte de su texto en la que formula normas con cierto estilo de principios, el ACPC/2006 opta por los poderes oficiales del juez sobre los medios de prueba a practicar y sobre el alcance de su intervención en la práctica; en cambio, en la parte del texto que regula más específica y detalladamente la admisión y práctica de los medios de prueba, el ACPC/2006 se inclina por reconocer, como regla, el monopolio de las partes, aunque con excepciones para medios de prueba determinados.

El resultado es perturbador, tanto más cuanto que, incluso en el contexto del segundo bloque de preceptos, aparecen normas como la del art. 324, *in fine*, según la cual “Al final (*scilicet*: de la práctica de la prueba propuesta por las partes y practicada en el orden fijado por ellas) se rendirá la prueba que pudiere ordenar el juez”. Es legítimo dudar del significado de esta norma, colocada en un contexto tan oscuro: ¿Significa sólo una regulación del momento en que deberá ser practicada la prueba ordenada de oficio por el juez, cuando esté habilitado para ordenarla según las normas más específicas que hemos mencionado hace poco? O, además de lo anterior ¿Es una confirmación de los poderes probatorios oficiales de carácter general que se le confieren, básicamente, en el art. 27?

## **2. La tentación de cerrar en falso una opción de política jurídica procesal muy polémica. Soluciones razonables de compromiso**

Tengo la impresión de que el panorama tan confuso que presenta el ACPC/2006 se explica por la reticencia a definir con precisión la opción sobre la atribución o no al juez de poderes oficiales respecto de la práctica de la prueba y sobre la medida de esa atribución. A su vez, esa reticencia puede encontrar explicación en que quienes han elaborado el texto de Anteproyecto son conscientes de que esa opción ha sido y sigue siendo polémica.

Sin lugar a dudas es una polémica muy justificada, porque en la misma se hallan involucradas, de un lado, la cuestión de cuál es el mejor modo de realizar el Derecho en los casos concretos, siempre sobre la base de una petición determinada de tutela de una persona que se afirma titular de un derecho subjetivo o interés jurídico privado –este condicionante no se discute; o, al menos, quiero dejar claro que yo no lo pongo en duda-, y, por otro lado, la imparcialidad como componente esencial de la jurisdicción.

No voy, ahora,<sup>15</sup> a terciar en la polémica.<sup>16</sup> Sí que diré, no obstante, que el debate ganaría en objetividad y en utilidad para perfeccionar los instrumentos destinados a constatar los hechos concretos relevantes en el proceso de declaración, si se abandonaran las soflamas ideológicas –sobre todo las que se ocultan so capa de exposición “ante los mortales” de una especie de “verdades reveladas”- y las actitudes más propias de *hooligans*, y se potenciaran análisis con métodos científicos –no jurídicos, sino empíricos, en el contexto de la psicología y de la sociología- acerca de la adquisición del conocimiento sobre los hechos en los procesos judiciales y sus implicaciones sobre la función del juez y las situaciones procesales de las partes.

En cualquier caso, es evidente que la actitud del ACPC/2006 frente a la polémica no es la más aconsejable: satisfacer a tirios y a troyanos es no satisfacer a unos, ni a otros. O peor: es abandonar la realización efectiva de la opción problemática a la práctica judicial, cuya inevitable dispersión pondrá en peligro la igualdad en la aplicación de la ley –no sólo la de la ley procesal, sino la de las leyes todas, que necesitan del proceso para ser aplicadas-<sup>17</sup>; o acabará por dejar la opción en manos de la Corte Suprema, con abandono de la responsabilidad del legislador acerca de una cuestión a la que, hoy por hoy, se le asigna calado político.

---

<sup>15</sup> Mis humildes reflexiones sobre esta polémica –entrar a fondo en la misma, hay que dejárselo a los colosos que ya ocupan el terreno-, que aparecen en este artículo en diferentes momentos, están en ORTELLS RAMOS, *Introducción*, cit., págs. 149-153, 201-211, que sustancialmente reflejan el contenido de la memoria sobre los temas básicos del Derecho Procesal, que preparé para mi oposición a cátedra de 1984; resumidamente en ORTELLS RAMOS, en ORTELLS/CÁMARA/JUAN, *Derecho Procesal. Introducción*, cit., págs. 242-244, 286-291.

<sup>16</sup> Sirve para conocer los principales términos de la misma, porque, dejando aparte la posición del autor, ofrece una información completa y actualizada, ETXEBERRÍA GURIDI, J. F., *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, *passim*.

<sup>17</sup> Remito a las antiguas, pero no por eso menos iluminadoras, palabras de BAUR, F., “Potere giudiziale e formalismo del Diritto processuale”, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1965, págs. 1683-1696: la regulación legal del proceso, delimitando los poderes del juez y de las partes, sirve para que el Derecho material pueda tener, a través del proceso, una aplicación igual en los caos iguales.

Distinto a dejar la cuestión en el terreno de la indefinición, es buscar soluciones de compromiso, aceptables para quienes sostienen posiciones discrepantes, coherentes con la preservación de la imparcialidad judicial, también con una ordenación principalmente orientada a estimular la responsabilidad y la diligencia de las partes, y que hallen formulación en disposiciones lo suficientemente precisas para contrarrestar riesgos de arbitrariedad judicial.<sup>18</sup>

En esta línea, pueden apuntarse algunas sugerencias:

1ª) Podría defenderse la potestad de oficio para acordar aquellos medios de prueba que no se destinan a comprobar la concurrencia o no de hechos, sino a complementar la capacidad de enjuiciamiento del juez cuando las reglas o parámetros a los que las normas remiten no son jurídicos, sino reglas de la sana crítica, reglas del criterio humano, cuyo conocimiento y/o aplicación a hechos concretos requiere conocimientos especializados. Me refiero a la prueba pericial, cuya naturaleza de medio de prueba, en la que estaría implícito el ser un medio a disposición de las partes, ha sido puesta en cuestión desde posiciones nada sospechosas de una ideología que persiga dinamitar una opción sustancialmente liberal respecto de la distribución de los poderes y facultades en la realización de la prueba.<sup>19</sup>

2ª) Acuerdo de oficio e intervención de oficio en la práctica de medios acordados a propuesta de parte, considero que pueden defenderse sin riesgo de quiebra de la imparcialidad en los supuestos en que el juez persigue la aclaración del significado de la información que ha sido introducida por el medio de prueba practicado a propuesta de parte o la obtención de elementos de juicio que le permitan valorar la credibilidad o fiabilidad de esos medios.

3ª) Sin llegar a la potestad de acuerdo de oficio de medios de prueba, al tribunal se le puede encomendar una potestad de advertencia a las partes acerca de medios de prueba que no hayan propuesto, que pueden ser pertinentes y necesarios para la carga probatoria que les incumbe –atendidos los hechos que han quedado controvertidos- y que, en definitiva, las partes serán libres de proponer o no.

Es el modelo al que responde el artículo 429.1, párrafo segundo de la LEC española de 2000, según el cual:

“Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el

---

<sup>18</sup> Acerca de esta exigencia de técnica legislativa sobre la atribución de las potestades de dirección a los jueces, me permito remitir a mi prólogo a la monografía de TAVOLARI GOYCOOLEA, M. P., *El abuso en el proceso*, Editorial Congreso, 2004, págs. 12-16.

<sup>19</sup> Una información básica sobre las orientaciones doctrinales que consideran al perito más como un auxiliar del juez, que como sujeto de un medio de prueba, y sobre los ordenamientos que establecen regulaciones coherentes con esas orientaciones, FONT SERRA, E., *El dictamen de peritos y el reconocimiento judicial en el proceso civil*, Editorial La Ley, Madrid, 2000, págs. 32-37; GARCIA DÍAZ GONZÁLEZ, P. M., *La peritación como medio de prueba en el proceso civil español*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1999, págs. 74-76.

tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.

En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

Esta potestad no quiebra la imparcialidad del juzgador porque en su régimen está insito poder ser ejercitada a favor de cualquiera de las partes procesales cuya proposición probatoria haya resultado a primera vista deficitaria. Es una potestad a ejercitar con imparcialidad, cualidad exigible del juez no sólo al sentenciar sobre el objeto del proceso, sino también en el ejercicio de los poderes de dirección procesal.

Aunque con una dificultad técnica difícilmente superable en cuanto a algunos medios de prueba,<sup>20</sup> esta potestad del juzgador permite que éste haga una aplicación prospectiva de las reglas de la carga de la prueba en el concreto asunto litigioso y en una etapa de su tratamiento procesal en la que las partes todavía pueden reaccionar útilmente, complementando sus proposiciones probatorias iniciales.<sup>21</sup> Esta potestad judicial de advertencia a las partes no es desconocida en el ACPC/2006, que, en su artículo 14, la prevé para los supuestos en que el tribunal estima que debe resolver los problemas de carga de la prueba no con arreglo a las reglas legales, especiales o generales, sino en función de la concreta facilidad probatoria que tenga alguna de las partes.

4ª) En fin, tampoco incurren en ningún exceso en los poderes de realización de oficio de medios de prueba, con riesgo de pérdida de la imparcialidad por beneficiar unilateralmente a alguna de las partes, que haya sido negligente en el ejercicio de sus facultades de proposición e intervención en la práctica de las pruebas, las normas que autorizan al tribunal a acordar de oficio lo necesario para la práctica de medios de prueba que no pudieron practicarse –en términos absolutos o de un modo pleno- en el tiempo ordinario de práctica, sin que la imposibilidad fuera imputable a la parte que los propuso. En este aspecto, el régimen de las diligencias finales en Derecho español es injustificadamente rígido, porque sólo permite que se proceda de oficio en el supuesto del apartado 2 del art. 435 de la LEC española de 2000,<sup>22</sup> y no en el de la regla 2ª del apartado 1 del artículo.<sup>23</sup> Téngase presente que la idea de que, en estos dos supuestos, el juez está procediendo de oficio, no se ajusta a la realidad: la parte

---

<sup>20</sup> Me refiero al interrogatorio de las partes y a la testifical, cuya proposición inicial no requiere hacer constar cuál será su objeto específico, que sólo será conocido con la formulación de las preguntas.

<sup>21</sup> ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, pág. 355.

<sup>22</sup> “Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de parte, que se practiquen de nuevo pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.

En este caso, en el auto en que se acuerde la práctica de las diligencias habrán de expresarse detalladamente aquellas circunstancias y motivos”.

<sup>23</sup> “1. Sólo a instancia de parte podrá el tribunal acordar, mediante auto, como diligencias finales, la práctica de actuaciones de prueba, conforme a las siguientes reglas: (...)

2ª Cuando, por causas ajenas a la parte que la hubiese propuesto, no se hubiese practicado alguna de las pruebas admitidas”.

propuso el medio de prueba y prestó la colaboración legalmente requerida para su práctica; si, ante el fracaso en la práctica, el tribunal acuerda lo necesario para hacerla posible *in extremis*, no hace más que corresponder a aquella actividad procesal de la parte, superando obstáculos que ésta no tiene por que soportar.

#### IV. EN UN TERRENO POLÍTICAMENTE MÁS NEUTRO: PROPUESTAS DEL ACPC/2006 ORIENTADAS A LA EFICACIA, EFECTIVIDAD, EFICIENCIA DEL PROCESO

El último gran apartado de este somero examen del ACPC/2006 se centra en unas cuestiones políticamente más neutras, en el sentido de que, desde ningún planteamiento de política jurídica, se renuncia a buscar las mejores soluciones para lograr la eficacia, efectividad o eficiencia –sé que los significados de estos términos no son los mismos, pero prescindamos ahora de intentos de aclaración- del proceso civil.

El problema de la eficacia, efectividad o eficiencia del proceso, de la tutela jurisdiccional que se pretende a través del mismo y que ha de ser dada en él, es multiforme en sus manifestaciones –involucra el acierto de la sentencia, la evitación de dilaciones indebidas, que la tutela en su caso concedida sea real, práctica, de verdad satisfactiva- y también en los instrumentos idóneos para darle una solución idónea –diseño adecuado del procedimiento (tal vez, de los procedimientos) para la tutela declarativa; protección de la eventual concesión de esa tutela mediante una tutela cautelar apta para contrarrestar todos los riesgos de ineffectividad; instrumentos ejecutivos suficientes para realizar una tutela de condena ya concedida).

Mis observaciones se limitarán a dos aspectos de ese panorama tan vasto y se centrarán, obviamente, en las concretas propuestas del ACPC/2006:

1º) Instrumentos generales mediante los que pretende lograrse la efectividad de la que podemos llamar tutela declarativa común.

2º) Una valoración de la efectividad de algunos instrumentos de la tutela ejecutiva.

#### **1. Oralidad del procedimiento. Agilización del procedimiento: contradicciones internas del ACPC/2006**

Los dos temas de este apartado son relativamente independientes, salvo la incidencia que pueden tener normas importantes para el segundo tema sobre la concentración, que es uno de los componentes estructurales de un procedimiento oral. Aquí no examinaremos esa incidencia, pero trataremos de los dos temas, porque en ambos se manifiestan las opciones más generales del ACPC/2006 destinadas a conseguir la eficacia, efectividad, eficiencia del proceso de declaración.

##### ***A) ¿Oralidad para el proceso civil? ¿Cuánta oralidad o para qué la oralidad? Un procedimiento adecuadamente oral***

Obviamente, el tipo de procedimiento –entendiendo por tal la forma de expresión de los actos procesales y el modo de ordenarlos en la serie procedimental- era, y es, una de las principales preocupaciones a la hora de configurar el nuevo proceso civil chileno.

Es oportuno, de entrada, que recuerde las preguntas y mis respuestas sobre este particular, en la entrevista que he mencionado antes.<sup>24</sup>

“¿Es posible –se preguntaba- la existencia de procedimientos de oralidad absoluta en el ámbito civil? ¿Cuáles serían los límites a dicha oralidad?”.

Respondí entonces y sigo pensando ahora que:

“A la primera parte de la pregunta la respuesta es: oralidad absoluta, absolutamente no. Y no sólo en el ámbito civil.

En cuanto a la segunda parte, yo no me plantearía los límites de la oralidad, como si esta forma procedimental debiera ser una regla general, a cuyo alcance, tendencialmente omnicomprendivo, hubiera que poner coto.

En mi opinión, la cuestión de la forma de la actividad procesal no es una cuestión de exclusividad de formas, sino de combinación de éstas, consistente en someter cada clase de acto o de conjuntos de actos a la forma que resulte más idónea para que cada acto o conjuntos de actos cumplan la función que les corresponde. Y para la última valoración mencionada (forma idónea para cumplir la función), se han de tener presentes criterios muy diferenciados. Ha de dotarse de seguridad y fijeza a la proposición del objeto del proceso y a la formulación de las alegaciones básicas del actor y del demandado y ha de garantizarse a la parte contraria una razonable posibilidad de reacción; en mi opinión estos criterios imponen el requisito de la escritura para los actos de demanda y de contestación. Pero también han de evitarse dilaciones indebidas en el proceso, lo que conduce a que las aclaraciones y las modificaciones que la ley permita realizar en los actos iniciales del proceso recién mencionados deban realizarse oralmente, para no dar lugar a pérdidas de tiempo con nuevos intercambios de actos escritos. Y también es esencial que la prueba sea producida ante el juez en la forma que le permita hacer una valoración más correcta de la misma, y esto de nuevo impone la oralidad, al menos para la práctica de algunas clases de medios de prueba, como son el interrogatorio de las partes –libre de las rigideces de la confesión-, la declaración de testigos y la prueba pericial en cuanto a la exposición del dictamen y examen contradictorio de los peritos por las partes”.

Esta opinión nada tiene de original. Es sólo la conclusión razonable que puede extraerse de la observación del uso combinado de la oralidad y la escritura que se hace en los procesos civiles técnicamente más cuidados.<sup>25</sup>

El pre-legislador chileno ha optado por un procedimiento adecuadamente oral, como opción de carácter más general entre las varias que se dirigen a dotar de eficacia, efectividad, eficiencia, al proceso (civil) de declaración.

No entraré, porque no es tema del ACPC/2006 y porque a nadie se le escapa, en que el funcionamiento real de un modelo procedimental como el elegido depende de unos medios personales, organizativos y materiales adecuados –en lo cuantitativo y lo cualitativo- a la carga de trabajo que esté previsto que los tribunales deberán soportar y

---

<sup>24</sup> *Boletín Jurídico del Ministerio de Justicia*, cit., pág. 44.

<sup>25</sup> Una excelente y muy reciente panorámica de esta materia se puede encontrar en CARPI, F., ORTELLS, M. (Eds.), *Oralidad y escritura en un proceso civil eficiente/Oral and Written Proceedings: Efficiency in Civil Procedure*, dos volúmenes, Universitat de València, Valencia, 2008, *passim*.

al modo en que ese trabajo ha de ser asumido en un procedimiento de las características del que diseña el ACPC/2006.

Me voy a limitar a unas observaciones sobre el diseño normativo del procedimiento, que, de entrada y en general, merece una buena valoración.

En algunos aspectos, las previsiones propias de un procedimiento adecuadamente oral son mejores que algunas regulaciones del procedimiento de la LEC española de 2000 –que, siguiendo el imperativo del art. 120.2 de la Constitución Española, también se ha inclinado por una combinación adecuada de oralidad y escritura-<sup>26</sup>

Me parecen representativas de esa mayor perfección técnica:

1º) El tratamiento oral de la reposición de resoluciones de dirección procesal que no pongan fin al proceso y se hayan dictado durante una audiencia.<sup>27</sup> La LEC española de 2000 sólo establece este régimen de reposición, que es el adecuado al contexto de oralidad en el que se dicta la resolución recurrible, para unos supuestos especiales, mientras que la regla general permite –salvo que las partes consientan la resolución en el acto- que ésta sea dictada, notificada y recurrida por escrito al concluir la sesión oral en la que haya sido inicialmente pronunciada.<sup>28</sup>

2º) La forma escrita del ofrecimiento de las pruebas testimonial y pericial (arts. 244 y 263), frente a la proposición oral en la audiencia previa o en la vista del juicio verbal, que se dispone en los artículos 429.1 y 443.4 de la LEC española de 2000, y que acaba convirtiéndose en un ejercicio de dictado de los abogados al secretario judicial, que es una muestra de oralidad no sólo inútil, sino inconveniente.

Por el contrario, otras previsiones del ACPC/2006 incurren, unas, en excesos de oralidad, mientras que otras son poco conciliables con esa forma procedimental.

Ocurre, en mi opinión, lo primero con el régimen de la sentencia *in voce*. El ACPC/2006 ha establecido la emisión oral e inmediata de la sentencia como regla general. Recuérdense el art. 327: “Una vez concluido el debate en la audiencia de juicio, el juez comunicará de inmediato su resolución, indicando someramente los principales fundamentos tomados en consideración para adoptarla. Excepcionalmente, cuando la audiencia de juicio se hubiere prolongado por más de dos días, o recayere sobre un punto de derecho de complejidad, cuya concurrencia fundamentará, podrá postergar la decisión del caso hasta el quinto día hábil, lo que se indicará a las partes al término de la audiencia, fijándose de inmediato el día en que la decisión será comunicada”. Es cierto que se establecen excepciones, alguna de ellas –la segunda- tan genérica que puede conducir a que, en la realidad, la regla general acabe siendo la contraria a la de la ley. Pero ese es un cabo que no es prudente dejar suelto. Sugeriría una solución

---

<sup>26</sup> Para una apreciación general de esa combinación de formas, ORTELLS RAMOS, M., “Der neue spanische Zivilprozess. Leitlinien der Ley de Enjuiciamiento Civil vom 7. Januar 2000”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 5 Band, 2000, págs. 102-103.

<sup>27</sup> Recuérdense que el art. 342 dispone: “La reposición de las resoluciones pronunciadas durante audiencias orales deberá promoverse tan pronto se dictaren y sólo serán admisibles cuando no hubieren sido precedidas de debate. La tramitación se efectuará verbalmente, de inmediato, y de la misma manera se pronunciará el fallo”.

<sup>28</sup> ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, págs. 496-497.

contraria: regla general, sentencia por escrito, en breve plazo desde la conclusión del juicio; excepciones legalmente tasadas y para supuestos que razonablemente puedan considerarse de sencilla resolución, de sentencia oral inmediata.

Lo segundo –es decir, soluciones poco conciliables con la oralidad- me parece encontrarlo en el régimen de la vista en apelación.

En primer término, la valoración que puede hacerse de la “relación de la causa” (art. 361, párrafo primero) es ambivalente: por un lado, satisface las exigencias de la oralidad como vehículo de la publicidad –entendida como posibilidad de conocimiento por terceros de los términos del litigio-; por otro lado, aparenta una especie de mediación de segundo grado, difícilmente justificable en cuanto al conocimiento por los ministros de los materiales que han accedido al pleito por escrito.

En segundo término, es incoherente con la oralidad la admisión, aunque sea *a posteriori*, de las minutas de los alegatos (art. 361, párrafo séptimo). El estado de las cuestiones litigiosas puede ser más complejo al terminar la prueba en la primera instancia y, sin duda, son menores en esa circunstancia las posibilidades de una preparación reflexiva de una exposición de las mismas por los abogados, sin que estas razones conduzcan al art. 326 a autorizar la presentación de una nota escrita de conclusiones, después de su exposición oral. Tampoco justifica la admisión de las minutas de los alegatos la finalidad de que haya constancia segura de los contenidos de tales actos, porque, al menos la parte apelante (principal o adhesiva) ha contado con la posibilidad de interposición por escrito del recurso, incluidas sus peticiones y fundamentos (arts. 349 y 356, párrafo tercero).

### ***B) Normas para la agilización del procedimiento: contradicciones internas del ACPC/2006***

La eficacia, efectividad, eficiencia, de la tutela judicial declarativa resultan, sin duda, favorecidas, al menos en el aspecto de la celeridad o agilidad del pronunciamiento sobre la tutela pretendida, si el procedimiento es desembarazado de incidencias en general, o, especialmente, de las que pueden consistir en alteraciones de los hechos relevantes aportados al proceso en las etapas procedimentales ordinariamente previstas y en la proposición y práctica de medios de prueba también fuera de esas etapas.

En esta materia el ACPC/2006 contiene algunas previsiones merecedoras de consideración y que conducen a conclusiones muy diferentes, que nos sitúan, a veces, en el desconcierto y la estupefacción.

#### *a) La severidad respecto de la admisión de hechos y de medios de prueba fuera de las oportunidades procesales ordinarias*

El ACPC/2006 opta por una orientación muy rigurosa en cuanto a las excepciones a la preclusión de alegaciones de hechos y de proposiciones de medios de prueba, que no se hubieran presentado en las oportunidades procesales ordinariamente previstas.

El art. 247 sólo admite la alegación, fuera de la demanda y de la contestación, de hechos nuevos, en el sentido de acaecidos después de la contestación y hasta la

conclusión de la causa. No prevé –o yo no las he descubierto- excepciones a favor de hechos preexistentes, aunque desconocidos por la parte y descubiertos después de las posibilidades ordinarias de alegación, ni siquiera rodeando estas excepciones con las prevenciones necesarias para evitar el fraude de ley.<sup>29</sup>

El Anteproyecto es igualmente severo con la admisión de proposiciones extemporáneas de medios de prueba: aparte de los que tengan por objeto –para el actor- hechos alegados en la contestación y de la prueba de hechos nuevos (arts. 245, 263, párrafo cuarto), sólo admite las pruebas sobrevivientes (art. 245) o supervinientes (art. 263, párrafo cuarto). Entiendo que estos adjetivos significan pruebas cuya fuente<sup>30</sup> ha surgido con posterioridad al tiempo ordinario de proposición, pero no aquellas cuyas fuentes preexistían a ese tiempo, aunque eran desconocidas para la parte, que las ha descubierto después.<sup>31</sup>

En mi opinión, debería reconsiderarse la conveniencia de mantener este acentuado rigor, atendiendo a una faceta de la eficacia (efectividad, eficiencia) de la tutela judicial declarativa que sería cínico marginar, cual es la de mejorar las probabilidades de acierto y justicia de la sentencia; pero incluso considerando el aspecto más aparente de aquellas cualidades de la tutela judicial, es decir, la más ágil y rápida resolución sobre la misma.

Es cierto que un proceso en el que no se admitan nuevos materiales (hechos, medios de prueba), incluso en supuestos en que admitirlos podría tener justificación, se desarrollará y terminará más rápidamente, pero esa restricción, o bien permitirá poner en cuestión el grado de acierto y justicia de la sentencia dictada (si ya no es admisible hacer valer esas novedades en un proceso posterior, por impedirlo la cosa juzgada), o bien conducirá a que lo que se expulsó por la ventana del “primer” proceso –para agilizarlo-, acabe entrando por la puerta abierta de un proceso nuevo, que contribuirá al aumento del conjunto de la carga de trabajo del sistema judicial e influirá negativamente en que éste pueda atender con mayor agilidad al conjunto de asuntos que penden ante él.

Un aspecto especial del rigor en la admisión extemporánea de medios de prueba es el de la inadmisión de medios de prueba en apelación/segunda instancia (arts. 337, párrafo tercero, y 357). No son admisibles ni siquiera en el supuesto de que se trate de medios de prueba cuya admisión hubiera sido indebidamente rechazada en la primera instancia. Este supuesto, de indudable injusticia procesal, es tratado por el Anteproyecto de otro modo: constituye un motivo de nulidad (art. 366, h), que puede acumularse a la apelación (arts. 364 y 369) o, diciéndolo mejor, se tiene la carga de

---

<sup>29</sup> Para el régimen de estas excepciones a la preclusión de la alegación de hechos en Derecho español, ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, págs. 336-337, 516.

<sup>30</sup> Para el concepto de fuente de prueba, siguiendo a Sentís Melendo, ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, págs. 353-354.

<sup>31</sup> Para el tratamiento de estas excepciones a la preclusión para proponer prueba, la LEC española de 2000 distingue dos clases de medios de prueba. De un lado, la prueba documental y mediante otros instrumentos materiales cuyo contenido sea informativo de hechos relevantes para el proceso; para estos medios admite la aportación excepcionalmente extemporánea, tanto por estricta novedad, como por anterior desconocimiento (ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, págs. 294-296, 519-520). Para los demás medios de prueba no prevé excepciones, por ninguna de las dos causas.

acumular a la misma (por el art. 370, que impone agotar las posibilidades de reclamación frente a vicios procesales). Esta técnica, que no permite al tribunal de la segunda instancia practicar la prueba indebidamente inadmitida, sino sólo declarar una nulidad por ese vicio procesal, aboca, en mi opinión, a dos salidas inconvenientes: o los tribunales de segunda instancia tenderán, con facilidad, a declarar la nulidad, con sus antieconómicas consecuencias, o, para evitar esto, se orientarán hacia una interpretación restrictiva de la causal de nulidad del art. 366, h), exigiendo, para entenderla concurrente, requisitos adicionales de especial trascendencia de la prueba omitida, con lo que, en definitiva, se restringe, en realidad el derecho a la prueba.

*b) La sorprendente tolerancia con los incidentes innominados*

En neto y sorprendente contraste con la severidad mostrada en el tratamiento de las cuestiones que acabamos de examinar –que, en definitiva, son incidentes especiales-, el ACPC/2006 es ampliamente generoso y tolerante con los que podemos denominar “incidentes innominados”. Esta opción no me parece coherente con el objetivo de agilizar, de imprimir rapidez al proceso, que se manifiesta en otras previsiones del Anteproyecto.

Veamos los rasgos generales del régimen de los “incidentes innominados”:

1º) Empieza llamando la atención la delimitación amplia, escasamente preocupada por una acotación precisa, y menos aún restrictiva, de lo que debe entenderse por “incidente”: “toda cuestión accesoria al asunto principal” (art. 123) o, con base en una elemental interpretación *a contrario* del art. 125, cuestión que tenga “alguna” conexión con aquél asunto.<sup>32</sup>

2º) Es cierto que, como regla general, el planteamiento del incidente no suspende el procedimiento principal, pero, según el art. 125, no sólo la ley puede establecer especial efecto suspensivo, sino que el juez está habilitado para establecerlo en atención a un concepto jurídico indeterminado.

3º) Pero, aunque el efecto suspensivo no se generalice, es lo cierto que la admisión tan generosa de incidentes –que podrán ser resueltos en diferentes sentidos- deja el procedimiento principal expuesto a un riesgo indefinido de “dinamitado”, de alteración de su desarrollo.

4º) Obviamente, el pre-legislador es consciente de los riesgos apuntados y procura ponerles coto con las medidas de multas, consignaciones y depósitos previstas en el art. 127. No obstante, la técnica de, digamos, “control del abuso de incidentes” que establece esta disposición, lejos de resolver el problema, lo agrava, añadiendo a unas posibilidades demasiado amplias de alteración del desarrollo ordinario del procedimiento principal, la desigualdad de las oportunidades de aprovechar esas posibilidades, porque la oportunidad efectiva depende completamente de la capacidad

---

<sup>32</sup> Ni siquiera se utiliza la (probablemente inútil) fórmula restrictiva del art. 387 de la LEC española de 2000, que requiere que “guarden...relación *inmediata*”.

económica de la parte. En síntesis: sólo la parte que pueda pagarse el lujo, podrá “bombardear” a voluntad el desarrollo ordinario del procedimiento.<sup>33</sup>

## **2. Problemas con la efectividad de algunos nuevos instrumentos de la tutela ejecutiva**

Entro, ya para terminar, en la valoración de la efectividad de algunos instrumentos de la tutela ejecutiva, que el Anteproyecto ha introducido, pienso que con una fidelidad, quizá excesiva, a la LEC española de 2000. Me refiero a las multas –en algunos artículos incluso llamadas coercitivas, como en LEC española de 2000 (art. 505)- y, específicamente, al destino de las mismas y a los supuestos de su aplicación.<sup>34</sup>

Claramente, y más en el ACPC/2006 (art. 239) que en la LEC española de 2000, el acreedor de las multas es el tesoro público. Esto conduce a que deba plantearse el problema de la respectiva preferencia del crédito por las multas y del crédito que definitivamente -en caso de no haberse conseguido la ejecución en forma específica- se liquide como importe del equivalente dinerario de la prestación incumplida. Ambos créditos han de hacerse efectivos sobre el patrimonio del ejecutado y es posible que éste no sea suficiente o, simplemente, que el completo descubrimiento de los activos patrimoniales ofrezca dificultades incluso para la satisfacción del crédito del ejecutante.

Es imprescindible establecer una norma expresa para esta situación. La ley española no lo hace. Tampoco la he visto en el ACPC/2006, pero no se si puede entenderse establecida por una interpretación sistemática para la que a mi me faltan datos. Lo cierto es que una aplicación del régimen general puede tener consecuencias injustas.

Sería extremadamente grave que pudiera concluirse que, bajo determinadas circunstancias, el crédito por las multas coercitivas puede llegar a ostentar preferencia jurídico-material frente al crédito del ejecutante. Cualquier interpretación conducente a esta conclusión sería abiertamente contraria al derecho a la tutela judicial efectiva del ejecutante y a la función de las multas en la ejecución. Si las multas se han establecido como medio para la mayor efectividad de la tutela judicial ejecutiva, carecería de sentido que, de un lado, no hubieran contribuido a que se cumpla la prestación según

---

<sup>33</sup> Llamo incidentalmente la atención sobre que éste es el modo de tratamiento en el Anteproyecto de las conductas contrarias a la buena fe procesal: éstas son consideradas conductas ilícitas (y sancionables con multas) y no como conductas procesalmente inválidas (y, por tanto, generadoras de actos inadmisibles en virtud de una cláusula general). No reproduciré aquí el art 8 del ACPC/2006, pero aconsejo leerlo y contrastarlo con el art. 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial española, según el cual: “1. En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe. (...) 2. Los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal”.

<sup>34</sup> Sobre esta materia, más ampliamente, remito a ORTELLS RAMOS, M., “Zwangsgeld oder Astreintes? Schwakende Lösungen im neuen spanischen Zwangsvollstreckungsrecht”, *Zeitschrift für Zivilprozess International*, 8 Band, 2003, págs. 201-228. En castellano, “¿Multas o astricciones? Una indefinición de la nueva ejecución forzosa”, *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, <http://www.ripj.com>, número 13, en-jun 2004; y, especialmente sobre los supuestos en que pueden ser aplicadas las multas coercitivas, ORTELLS RAMOS, con otros autores, *Derecho Procesal Civil*, págs. 878-900.

la impone el título ejecutivo, y, de otro, impidan total o parcialmente la satisfacción del ejecutante mediante la obstaculización de la ejecución dineraria subsidiaria.

Sería una consecuencia menos grave, pero también injustificable, la de arrojar sobre el ejecutante, en alguna circunstancia, la carga de hacer valer, en una tercería de mejor derecho, la prioridad de su crédito respecto del crédito por las multas cuya ejecución hubiera alcanzado a causar un embargo anterior.

Pero, en fin, si por esta defectuosa configuración, los tribunales acabaran por retraerse a la hora de aplicar las multas, tampoco habría motivos para darse por satisfecho, porque es lo cierto que, bien diseñados, los medios de coerción indirectos, a disposición del tribunal de la ejecución, son una técnica muy útil, a veces imprescindible, para la efectividad de la ejecución de títulos con ciertas clases de prestaciones.

Por ejemplo, para las de hacer personalísimo (como ha previsto la LEC española de 2000 y también el ACPC/2006), y también para las prestaciones de no hacer, de omitir o abstenerse.

Precisamente respecto de su aplicación a la ejecución por prestaciones de la última clase mencionada surgen nuevos problemas con el régimen previsto para las multas, tanto en la LEC española de 2000, como en el ACPC/2006.

Al igual que el art. 710 LEC española de 2000, el Anteproyecto dispone la aplicación de multas coercitivas para forzar que se deshaga lo indebidamente hecho (art. 504, párrafo segundo), mientras que olvida disponer su aplicación para desincentivar la reiteración de incumplimientos de la conducta omisiva, en los casos en que el deber de abstención que el título ejecutivo impone tenga continuidad y, consiguientemente, pueda ser reiteradamente incumplido (por ejemplo, abstención de actos lesivos de una marca, de una patente, de conductas de competencia desleal en una relación específica). El art. 504, párrafo primero del Anteproyecto hace sólo referencia a la advertencia de persecución penal, cuando hubiera sido más adecuado y útil imponer el pago de multas (u otra medida coercitiva dineraria) cada vez que se cometiera una nueva infracción del título. Así se ha acabado por hacer, en Derecho español, aunque con alcance sectorial (Ley de Marcas, en la que, además, el acreedor de la suma de dinero pasa a serlo el ejecutante; ejecución de condenas de cesación de conductas contrarias a intereses colectivos y difusos de consumidores y usuarios).

**GLEICHHEIT BEI DER GESETZESANWENDUNG, ZUGANG ZUR KASSATION UND  
BINDENDE WIRKUNG DER RECHTSPRECHUNG DES SPANISCHEN *TRIBUNAL  
SUPREMO*.  
KOMMENTARE ZUR AKTUELLEN KRISE DER KASSATION IM SPANISCHEN  
ZIVILPROZESS<sup>(\*)</sup>\***

MANUEL ORTELLS-RAMOS  
Catedrático de Derecho Procesal  
Universitat de València

I. DIE JÜNGSTE GESCHICHTE DER KASSATION IM SPANISCHEN ZIVILPROZESS,  
EINE TURBULENZZONE“

Vor nun schon einiger Zeit, am 19. November 1998, überflog Professor Dieter Leipold mehrere europäische Länder auf halber Höhe, um den Teilnehmern des Triberger Symposiums einen Überblick über die Rechtsmittel der Zivilprozesse dieser Länder zu vermitteln.<sup>1</sup> Professor Leipold erklärte damals, Spanien läge außerhalb seiner Route,<sup>2</sup> ohne jedoch einen Grund dafür zu nennen. Da er aber nicht nur ein hervorragender Jurist, sondern auch ein intelligenter und umsichtiger Mensch ist, bin ich sicher, dass er den spanischen Luftraum damals umflog, um eine gefährliche „Turbulenzzone“ zu vermeiden.

Tatsächlich wurde die Regelung der Kassation im spanischen Zivilprozessrecht, deren Verlauf bis dahin über eine weite Strecke sehr ruhig gewesen war, dreimal heftig durch „Luftlöcher“ gebeutelt, und zwar merkwürdigerweise ab 1984 alle acht Jahre (1984, 1992 und 2000). Nach dem letzten Ablauf dieser unheilvollen Achtjahresfrist stand sie sogar kurz vor einem Sturzflug. Die [durch die Parlamentswahlen bedingte] Auflösung der Gesetzgebungskammern hat zur Hinfälligkeit eines Reformentwurfs

---

(\*) Publicado en *Festschrift für Dieter Leipold zum 70. Geburtstag*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, pp. 731-752.

\* Diese Arbeit ist im Rahmen des Forschungsprojekts SEJ-2005-08384-C02-01/JUR entstanden, das unter der Leitung von Prof. Ortells Ramos durchgeführt und durch das spanische Bildungs- und Wissenschaftsministerium finanziert wird.

\*\* Abkürzungen: *Ley Orgánica del Poder Judicial*, LOPJ: Gerichtsverfassungsgesetz. *Proyecto de Ley Orgánica por la que se adapta la legislación procesal a la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*: Reformentwurf. *Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*, LEC/2000: Zivilprozessordnung von 2000. *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1981*, LEC/1981: Zivilprozessordnung von 1981. *Tribunal Supremo*, TS: Oberster Gerichtshof. *Consejo General del Poder Judicial*, CGPJ: Generalrat der Justizgewalt. *Tribunal Constitucional*, TC: Verfassungsgericht. *Sentencia del Tribunal Constitucional*, STC: Urteil des Verfassungsgerichts. *Fundamento jurídico*, FJ: Rechtsgrundlage. *Auto del Tribunal Constitucional*, ATC: Beschluss des Verfassungsgerichtes. *Constitución Española*, CE: Spanische Verfassung. *Ley de Procedimiento Laboral*, LPL: Arbeitsgerichtsgesetz. *Ley Reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa*, LJCA: Verwaltungsgerichtsordnung. *Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma*, TSJ: Obergerichtshof der autonomen Region.

<sup>1</sup> Leipold, Die Rechtsmittel des Zivilprozesses im europäischen Vergleich, in: Rechtsstaat-Rechtsmittelstaat, Stuttgart, 1999, S. 66–67.

<sup>2</sup> Leipold (Fn. 1), S. 84.

geführt,<sup>3</sup> der im Fall seiner Verabschiedung nicht nur zu einer tief greifenden Änderung der Kassation, sondern auch – aus Gründen, die eng mit dieser Änderung zusammenhängen – zu einem radikalen Wandel der richterlichen Gewalt in Spanien geführt hätte.

Auf diesen Seiten, die ich meinem sehr geschätzten und bewunderten Lehrer und Kollegen Dieter Leipold widme, möchte ich diese Krisenzeit der zivilrechtlichen Kassation in Spanien behandeln und dabei insbesondere auf diese (zumindest vorläufig) verhinderte Reform eingehen.

### **1. Die Regelung der Kassation bis zur neuen spanischen *LEC/2000***

Grundlage für die Regelung der zivilrechtlichen Kassation in der *LEC/2000* war Titel XXI Buch II der *LEC/1881*. Dieser Titel, der sich zum Großteil aus dem Gesetz über die zivilrechtliche Kassation vom 22. April 1878 herleitete, hat im Verlauf eines Jahrhunderts nur sehr geringfügige Reformen erfahren.<sup>4</sup>

In dieser ersten Etappe war für die Anfechtbarkeit eines Urteils auf dem Weg der Kassation maßgeblich, welcher Gerichtshof das Urteil verkündet hatte. Dabei musste es sich um die *Audiencia Territorial* (das Regionalgericht) handeln, das normalerweise auch für die Berufung in Zivilprozessen zuständig war. Darüber hinaus war hauptsächlich der Streitwert des Verfahrens entscheidend, der bis zu einer im Jahr 1966 eingeführten Reform allerdings nur indirekt von Bedeutung war, nämlich aufgrund des Kriteriums des Streitwerts für die Anwendung einer der vier allgemeinen Verfahrensarten. In einigen Fällen (Verfahren mit einem Mindeststreitwert bzw. Verfahren geringen Streitwerts) war die fehlende Berufungsmöglichkeit bei der *Audiencia Territorial* – für diese Verfahren war eine Berufung bei anderen Gerichtshöfen vorgesehen – ausreichend, um zu folgern, dass auch eine Kassation in diesen Fällen nicht zulässig sei. Bei Verfahren mittleren Streitwerts war die Kassation ausdrücklich durch eine Regelung ausgeschlossen.<sup>5</sup> Als im Jahr 1966 die Höchstgrenze für das Verfahren mittleren Streitwerts spürbar heraufgesetzt wurde, wollte man den Zugang zur Kassation nicht im gleichen Maß einschränken, weshalb hierfür eine spezielle Streitwertgrenze festgelegt wurde.

Die Reform der Kassation in Zivilsachen durch das Gesetz 34/1984 vom 6. August 1985 über die dringende Reform der *LEC* hatte keine wesentliche Änderung der Vorschriften hinsichtlich der Anfechtbarkeit von Entscheidungen zur Folge. Auch weiterhin beruhte die angewandte Verfahrensweise auf dem ungenauen Kriterium der Bedeutung des Streitfalls, die sich zwar manchmal aus der Sache selbst ergab, in den meisten Fällen jedoch vom Streitwert abhing. Darüber hinaus hatte die Erfordernis eines bestimmten Streitwerts nun eine direkte Auswirkung auf die Anfechtbarkeit auf

---

<sup>3</sup> Gesetzesentwurf zur Anpassung des Prozessrechts an das *LOPJ* 6/1985, 1. Juli 1985, Reformierung der Kassation und allgemeinen Einführung einer doppelten strafrechtlichen Instanz. Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. VIII Legislatura. Serie A. 27. Januar 2006. Nr. 69-1.

<sup>4</sup> *De la Plaza*, La casación civil, Madrid, 1944, S. 106; *Laso Gaité*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, 1971, 1, S. 161; *Prieto-Castro*, Tratado de Derecho Procesal Civil, II, Pamplona, 1982, S. 458; *Nieva Fenoll*, El recurso de casación civil, Barcelona, 2003, S. 33.

<sup>5</sup> Die materiellrechtliche Kassation war zwar ausgeschlossen, jedoch nicht, soweit sie auf einem Verstoß gegen das Verfahrensrecht begründet war.

dem Weg der Kassation. Durch die Reform im Jahr 1984 wurde die Obergrenze für Verfahren mittleren Streitwerts außerordentlich stark angehoben, denn diese Verfahrensart sollte zum allgemeinen und umfassend anwendbaren Verfahren gemacht werden.<sup>6</sup> Da die Möglichkeit zur Einlegung einer Kassation gegen Urteile (und andere gleichgestellte Entscheidungen) der *Audiencias Territoriales* in Verfahren hohen Streitwerts vorausgesetzt wurde und sogar ausdrücklich festgelegt war, musste der Zugang zur Kassation eingeschränkt werden, indem man hierfür einen Betrag innerhalb der Streitwertgrenzen des Verfahrens mittleren Streitwerts festlegte. So wurde der Mindestbetrag für die Anfechtbarkeit auf dem Weg der Kassation durch die Reform des Jahres 1984 auf das Zehnfache des vorherigen Betrags erhöht.

Die Änderung verschiedener Vorschriften zur Regelung der Kassation in Zivilsachen durch das Gesetz 10/1992 vom 30. April 1992 über dringende Maßnahmen zur Prozessreform war von der Absicht geleitet, eine Lösung für das Problem der Arbeitsüberlastung der Zivilkammer des *TS* herbeizuführen und die Entscheidung über die eingelegten Rechtsmittel zu agilisieren. Als Mittel hierzu dienten verschiedene Einschränkungen in der Regelung der Kassation.

Eine dieser Einschränkungen bestand darin, den *TS* über weniger Rechtsmittel entscheiden zu lassen.<sup>7</sup> Zu diesem Zweck wurde die Regelung der Anfechtbarkeit, die vom Streitwert abhängig war, verschiedenen Änderungen und Abstufungen unterworfen: 1. Der mit der Reform von 1984 festgelegte Mindeststreitwert wurde verdoppelt. 2. Zur Vermeidung von Gesetzesumgehungen hinsichtlich des geforderten Mindeststreitwerts (durch Nichtangabe eines Streitwerts und damit Inanspruchnahme der Anfechtbarkeit von Urteilen in Verfahren mit nicht schätzbarem Streitwert) wurden spezielle Streitwertkontrollen eingeführt. 3. Die in der Praxis bestehende Schwierigkeit, zwischen einem dem Wesen nach nicht einschätzbaren Streitwert und der tatsächlichen Nichtschätzbarkeit des Streitwerts zu unterscheiden, brachte den Gesetzgeber dazu, für den Fall des nicht schätzbaren Streitwerts eine besondere Einschränkung festzulegen, die an Stelle des Mindeststreitwerts trat, nämlich die Nichtübereinstimmung zwischen zweitinstanzlichem und erstinstanzlichem Urteil.

## **2. Die Arbeitsüberlastung der Zivilkammer des *TS* aus der Sicht des Jahres 2000 und die Erneuerung der Kriterien zur Festlegung der auf dem Weg der Kassation anfechtbaren Entscheidungen**

Sieht man sich die Arbeitsbelastung der Zivilkammer (bzw. der ersten Kammer) des *TS* an, kann man ohne Übertreibung behaupten, dass sich dieser Gerichtshof zu der Zeit, als die *LEC/2000* zur Debatte stand und verabschiedet wurde, wirklich in Not befand.

---

<sup>6</sup>Daher wurde im Reformgesetz das Verfahren mittleren Streitwerts - und nicht das Verfahren hohen Streitwerts - für nicht quantifizierbare Rechtsstreite vorgesehen.

<sup>7</sup>*De la Oliva*, Dictamen de urgencia sobre el „Anteproyecto de Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal“, in: Papeles del C.G.P.J. (1990–1996), *De la Oliva* (Hrsg.), Madrid, 1997, S. 34, 58–59; *González-Cuéllar Serrano*, El recurso de casación, in: Los recursos en el proceso civil, *Gimeno Sendra* (Hrsg.), Valencia, 1995, S. 403; *Fernández López/De la Oliva*, Derecho Procesal Civil, II, Madrid, 1995, S. 574; *Serra Domínguez*, Del recurso de casación, in: La reforma de los procesos civiles, *Montero* (Hrsg.), Madrid, 1993, S. 235–242.

Die gesetzlich auferlegten Einschränkungen des Zugangs zur Kassation, die durch ihre stets äußerst strenge Anwendung durch den *TS* noch verstärkt wurden, konnten dennoch eine allmähliche Verschlimmerung der schon seit Langem bestehenden Überlastung der Zivilkammer nicht verhindern.

Schon allein für den Zeitraum 1995–2000 gestalteten sich die Ziffern bezüglich der beim *TS* eingelegten *Kassation* wie folgt:<sup>8</sup>

	1995	1996	1997	1998	1999	2000
<b>Zu Beginn des Jahres anhängig</b>	5405	6042	6988	8049	9266	10914
<b>Während des Jahres registrierte Eingänge</b>	2800	3007	3399	3668	4184	4484
<b>Während des Jahres entschiedene Rechtsmittel</b>	2163	2061	2338	2451	2532	2875
<b>Zum Jahresende anhängig</b>	6042	6988	8049	9266	10914	12523

Ein weiterer Anhaltspunkt, der über die Arbeitsüberlastung der Zivilkammer Aufschluss gibt, ist die durchschnittliche Bearbeitungsdauer der Rechtsmittel in Monaten. Laut den Gerichtsstatistiken zum Jahresbericht des *CGPJ* aus dem Jahr 2002 belief sich die durchschnittliche Bearbeitungsdauer im Jahr 1999 auf 28,88 Monate, im Jahr 2000 auf 30,76 Monate und im Jahr 2001 auf 32,12 Monate.

Schließlich ergibt sich aus den Daten des im 2001 erschienenen Jahresberichts des *CGPJ* für das Jahr 2000 – die sich nicht ausschließlich die Kassation, sondern auch auf andere unter die Zuständigkeit der Kammer fallende Rechtssachen beziehen – dass jeder der zehn Richter durchschnittlich über 399 Angelegenheiten Bericht zu erstatten hatte.

Angesichts dieser Tatsachen war es der Zivilkammer des *TS* absolut unmöglich, innerhalb einer angemessenen Frist über die eingelegten Rechtsbehelfe zu entscheiden. Darüber hinaus war dieser beträchtliche Verzug nicht nur für die streitführenden

---

<sup>8</sup>Diese Tabelle wurde anhand der statistischen Daten erstellt, die im Internet unter <http://www.poderjudicial.es> eingesehen werden können.

Parteien von Nachteil,<sup>9</sup> sondern er hatte auch negative Auswirkungen auf die Rechtssicherheit.<sup>10</sup>

Zur Beilegung dieser unerwünschten Situation konnte man nur entweder die Anzahl der Richter der Kammer erhöhen oder die Anzahl der Angelegenheiten verringern, gegen die die Einlegung einer Kassation bei der Kammer möglich war. Die erste Möglichkeit wurde offen abgelehnt,<sup>11</sup> denn sie brachte innerhalb der Zivilkammer ein hohes Risiko einer Zersplitterung der Kriterien bei der Auslegung und Anwendung der Rechtsvorschriften mit sich.<sup>12</sup>

Im Rahmen der Überlegungen zur zweiten Möglichkeit wurde das im spanischen Recht gebräuchlichste Auswahlkriterium, nämlich der Streitwert der entschiedenen Angelegenheit, in Frage gestellt. Im Hinblick auf die Zweckbestimmung der Kassation, d.h., der Wahrung einer einheitlichen Rechtsprechung und der Sicherung der Gleichheit vor dem Gesetz, wurde dieses Kriterium für ungeeignet erachtet,<sup>13</sup> denn es verhinderte die Möglichkeit, für einen beachtlichen Teil der Streitsachen das „endgültige und vereinheitlichende Auslegungskriterium des *TS*“ festzulegen.<sup>14</sup>

---

<sup>9</sup>Die Kassation verhinderte das Eintreten der Vollstreckungsfähigkeit der Urteile. Die Beantragung einer vorläufigen Vollstreckbarkeitserklärung war zwar möglich, die entsprechende Regelung jedoch sehr einschränkend und daher kaum angewendet. *Serra Domínguez*, Del recurso de casación, in: *Comentarios a la reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *Cortés Domínguez* (Hrsg.), Madrid, 1985, S. 933 – 939.

<sup>10</sup>Im Detail hierzu: *Hernández Martín*, Independencia del juez y desorganización judicial, Madrid, 1991, S. 166–169, 185–187; *CGPJ*, Libro Blanco de la Justicia, I, Madrid, 1997, S. 89.

<sup>11</sup>*CGPJ* (Fn. 10), S. 172; *Delgado Barrio*, Discurso en el acto de apertura del año judicial, in: *Del modo de arreglar la justicia. Informes y propuestas para la mejora de la justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2000, S. XLIII.

<sup>12</sup>*Taruffo*, La Corte de casación, entre la función de control de legitimidad y de la instancia, in: *Estudios de Derecho Procesal en honor de Víctor Fairén Guillén*, Valencia, 1990, S. 550–551. Weitere Kritiken zum Übermaß der kassationsfähigen Angelegenheiten in: *Moral Soriano*, El precedente judicial, Madrid, 2001, S. 182. Zu den Risiken der Reform des Jahres 1992, mit der die Anzahl der zur Bildung des Kollegialorgans erforderlichen Richter herabgesetzt wurde, um das gleichzeitige Tätigwerden mehrerer Abteilungen innerhalb der Zivilkammer zu ermöglichen, siehe: *Serra Domínguez* (Fn. 7), SS. 225, 285; *Díez-Picazo y Ponce de León*, Prólogo: La nueva casación civil, *Martínez-Calcerrada* (Hrsg.), Madrid, 1993, S. 17; *Almagro Nosete*, Luces y sombras del recurso de casación civil reformado, in: *La nueva casación civil*, *Martínez-Calcerrada* (Hrsg.), Madrid, 1993, S. 150.

<sup>13</sup>*Serra Domínguez* (Fn. 7), S. 223, 235–236; *Gullón Ballesteros*, Algunas observaciones sobre la reforma del recurso de casación, in: *La nueva casación civil*, *Martínez-Calcerrada* (Hrsg.), Madrid, 1993, S. 174; *Fernández López/De la Oliva* (Fn. 7), S. 574; *Marín Castán*, Resoluciones recurribles y no recurribles en casación, in: *Cuestiones de Derecho Procesal Civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, Abs. I und IV.1; *CGPJ* (Fn. 10), S. 173–174.

<sup>14</sup>*Sala Sánchez*, Discurso en el acto de apertura del año judicial, in: *La unificación de doctrina, tarea fundamental del Tribunal Supremo*, Madrid, 1993, S. 43.

## II. DIE RECHTSPRECHUNG DES *TC* ÜBER DIE GLEICHHEIT BEI DER GESETZESANWENDUNG UND DIE ÜBERLEGUNGEN ZUR AUFGABE DES *TS* UND ZUR REGELUNG DER KASSATION

Zu den Erfahrungen mit der hier kurz beschriebenen Realität der Kassation kam die Rechtsprechung des *TC* über den Grundsatz der Gleichheit,<sup>15</sup> die seit mehr als einem Jahrzehnt Überlegungen zur Aufgabe des *TC* und zur Regelung der Kassation anregt.

### **1. Die Rechtsprechung des *TC* über die Gleichheit bei der Gesetzesanwendung: Pflicht eines jeden rechtsprechenden Organs und Grundlage des Rechtsmittelssystems**

Im *STC* 8/1981 stellte der *TC* folgende These auf:

„Bei der Anwendung des Gesetzes in der Rechtsprechung kann ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichheit darin bestehen, dass die gleiche Bestimmung in gleichen Fällen aus willkürlichen Gründen mit offenkundiger Ungleichheit [...] oder gestützt auf einen der ausdrücklich bzw. allgemein in Art. 14 der spanische Verfassung genannten Diskriminierungsgründe angewendet wird.“

Wenig später bestimmt das *STC* 49/1982 (nach der anschaulichen Zusammenfassung von Ollero Tassara):

„Die allgemeine Regel der Gleichheit vor dem Gesetz, die in Art. 14 der *CE* festgeschrieben ist, gabelt sich [...]. ‚Sie bezieht sich an erster Stelle auf die Gleichheit bei der Behandlung durch das Gesetz‘, die als ‚Gleichheit im Gesetz‘ bezeichnet wird und eine ‚Begrenzung der Ausübung der Gesetzgebungsgewalt‘ darstellt. Zusammen mit dieser Erfordernis der Gleichheit im Gesetz ergibt sich die ‚Gleichheit bei der Gesetzesanwendung‘, welche die Tätigkeit der mit der Anwendung des Gesetzes betrauten Organe begrenzt“.<sup>16</sup>

Dieser zweite Aspekt des Gleichheitsgrundsatzes bedeutet:

„Das gleiche Gericht darf in im Wesentlichen gleichen Fällen den Sinn seiner Entscheidungen nicht willkürlich ändern. Sollte das betreffende Gericht eine Abweichung von seinen Vorentscheidungen für notwendig erachten, hat es hierfür eine ausreichende und angemessene Begründung abzugeben“. (*STC* 49/1982, *FJ* 2.)

Auf der Grundlage der vorstehend zitierten Urteile hat der *TC* eine komplexe und nuancenreiche Rechtsprechungsdoktrin erarbeitet. Im Wesentlichen bringt diese Doktrin zum Ausdruck, dass die Verpflichtung der Richter, auf die gleiche Weise zu entscheiden (durch gleiche Auslegung und Anwendung des Gesetzes in gleichen Fällen), in der *CE* verankert ist, und darüber hinaus in einem Recht, das durch die Verfassungsbeschwerde geschützt ist.<sup>17</sup> Des Weiteren werden in dieser Doktrin die

---

<sup>15</sup> Der Grundsatz der Gleichheit der Spanier ist in Art. 14 der *CE* verankert. Der Schutz dieses Grundsatzes kann anhand der Verfassungsbeschwerde beim *TC* geltend gemacht werden (Art. 53.2 der *CE*).

<sup>16</sup> Ollero Tassara, *Igualdad en la aplicación de la ley y precedente judicial*, Madrid, 2005, S. 23.

<sup>17</sup> Da ich hier nicht weiter auf diese Doktrin eingehen kann, verweise ich auf die Arbeiten von: Ollero Tassara (Fn. 16), S. 23-32, 49-71, 98-101; De Asís Roig, *Jueces y normas. La decisión judicial*

Grenzen dieser Verpflichtung sowie die Grenzen der Zuständigkeit des *TC* für den Rechtsschutz dieses Aspekts des Gleichheitsgrundsatzes auf dem Weg der Verfassungsbeschwerde aufgezeigt.

Auf einen dieser Aspekte muss an dieser Stelle besonders eingegangen werden. Der *TC* ist der Auffassung, dass er einer Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes nicht stattgeben kann, wenn die angeführte Verletzung sich auf einen Widerspruch zwischen zwei (oder mehreren) Entscheidungen bezieht, die durch verschiedene, gleich- bzw. höherrangige Gerichtshöfe in im Wesentlichen gleichen Fällen ergangen sind. Diese Einschränkung gründet nicht auf Erwägungen, die dem Gleichheitsgrundsatz innewohnen,<sup>18</sup> sondern sie ergibt sich aus der systematischen Auslegung.<sup>19</sup> Nach Auffassung des *TS* hätte die Nichtbeachtung dieser Einschränkung zur Folge: 1. „Einen Verstoß gegen den Grundsatz der Unabhängigkeit, der die richterliche Tätigkeit leiten muss.“<sup>20</sup> 2. Die Beeinträchtigung der Stellung, welche die spanische Verfassung dem *TC* in Bezug auf die ordentlichen Gerichtshöfe zuweist, denn „der Verfassungsgeber hat zur Sicherung der Gleichheit bei der gerichtlichen Gesetzesanwendung keine anderen als die in unserem Rechtssystem vorhanden Mechanismen bestimmt oder vorgesehen und er hat selbstverständlich nicht den Anspruch erhoben, den *TC* über die Verfassungsbeschwerde zu einem universellen Kassationshof zu machen.“<sup>21</sup>

Aus diesen Begründungen ergibt sich jedoch nicht, dass die Gleichheit bei der Anwendung der Rechtsnormen schutzlos bleiben muss, wenn sich aus Urteilen verschiedener Gerichtshöfe eine Verletzung dieses Grundsatzes ergibt. Der Schutz dieses Aspekts des Gleichheitsgrundsatzes ist Aufgabe des ordentlichen Gesetzgebers, der hierzu ein geeignetes Rechtsmittelssystem schaffen muss.<sup>22</sup>

## **2. Überlegungen und Fragestellungen der Rechtspolitik hinsichtlich der Aufgabe des *TS***

Auf einer anderen Ebene als der vorstehend zusammengefassten Rechtslehre des spanischen *TC* wurden rechtspolitische Überlegungen angestellt und Fragestellungen aufgeworfen, in denen die Rechtsstellung, die der *TS* gemäß Art. 123 der *CE* innehat – nämlich die des einzigen staatlichen Gerichtshofs und des höchsten

---

desde el Ordenamiento, Madrid, 1995, S. 264–272; *Blasco Gascó*, La norma jurisprudencial (Nacimiento, eficacia y cambio de criterio), Valencia, 2000, S. 141–150; *Xiol Ríos*, Revista del Poder Judicial, Nr. 3, September 1986, Abs. I.

<sup>18</sup> *Ollero Tassara* (Fn. 16), S. 26, 122–124; *De Asís Roig* (Fn. 17), S. 264; *Blasco Gascó* (Fn. 17), S. 146; *Xiol Ríos* (Fn. 17), Abs. I.

<sup>19</sup> Siehe auch: *Sala Sánchez* (Fn. 14), S. 26.

<sup>20</sup> *STC* 146/1990, 1. Oktober 1990, *FJ* 3, und andere Urteile im gleichen Sinne, zitiert durch: *De Asís Roig* (Fn. 17), S. 264.

<sup>21</sup> *STC* 134/1991, 17. Juni 1991, *FJ* 5; *ATC* 862/1986, 29. Oktober, *FJ* 3.

<sup>22</sup> So heißt es im *STC* 125/1986, 22. Oktober 1986, *FJ* 1: „Handelt es sich um verschiedene Rechtssprechungsorgane, stellt die Gleichheit bei der Gesetzesanwendung eine tendenzielle Linie dar, der die Rechtsordnung als Gesamtheit zu folgen hat. Dies macht die Schaffung entsprechender Rechtsbehelfsmöglichkeiten erforderlich, damit eventuelle Nichtübereinstimmungen verringert werden können und eine einheitliche Gesetzesanwendung durch eine einheitliche Rechtsprechungsdoktrin erfolgt.“ In ähnlichem Sinne lautet das Urteil *STC* 304/1993, 25. Oktober, *FJ* 7.

Gerichtshofs in allen Angelegenheiten unter Ausnahme der Grundrechte – an die Aufgabe der Sicherstellung einer einheitlichen Auslegung und Anwendung der Rechtsnormen im gesamten Geltungsbereich der Rechtsordnung gebunden wird. Auf diese Weise wird der Notwendigkeit institutionell Rechnung getragen, die Gleichheit bei der Gesetzesanwendung in den Fällen zu schützen, in denen der *TC* seiner Schutzaufgabe auf dem Weg der Verfassungsbeschwerde nicht nachkommen kann, d.h., in der Mehrheit der Fälle.

Neben den streng an die Rechtslehre gebundenen Überlegungen<sup>23</sup> sind auf diesem Gebiet die rechtspolitischen Fragestellungen der beiden spanischen Mehrheitsparteien<sup>24</sup> sowie auch die Denkansätze, die aus den Reformvorschlägen der verschiedenen Organe der rechtsprechenden Gewalt hervorgehen, von besonderer Relevanz. Darunter sind insbesondere die Reformvorschläge hervorzuheben, die die Vorsitzenden des *TS* und des *CGPJ* in ihren Ansprachen zur Eröffnung der Gerichtsjahre 1993<sup>25</sup> und 2000<sup>26</sup> erwähnt haben, sowie die durch das Plenum des *CGPJ* im *Libro Blanco de la Justicia* (Weißbuch der Justiz) verabschiedeten Reformvorschläge<sup>27</sup> und die im Jahr 2000 durch den *CGPJ* und den Senat in Justizverwaltungssachen des *TS* verabschiedeten Vorschläge zur Reform der Justiz.<sup>28</sup>

---

<sup>23</sup> *Xiol Ríos* (Fn. 17), Abs. II, 3 ; *Hernández Martín* (Fn. 10), S. 153–155; *Moral Soriano* (Fn. 12), S. 173–183; *De Asís Roig* (Fn. 17), S. 268–272; *López Guerra*, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 8. Juni 2000, Nr. 442, S. 3–4.

<sup>24</sup> Im sogenannten Staatsabkommen zur Justizreform (*Pacto de Estado para la reforma de la Justicia*), 28. Mai 2001, haben die beiden politischen Mehrheitsparteien und die damalige Regierung die Reform „der Kassation unter Angleichung deren Regelung in den verschiedenen Prozessgesetzen unter Berücksichtigung des Gesichtspunkts des Kassationsinteresses“ vereinbart.

<sup>25</sup> *Sala Sánchez* (Fn. 14), S. 42, schlug vor, den Schutz der Gleichheit bei der Gesetzesanwendung durch das Verfassungsgericht durch eine Kassation zu vervollständigen, mit der „der *Tribunal Supremo* die Gelegenheit erhält, Rechtsprechung in allen Angelegenheiten zu schaffen, in denen die Gerichte der vorhergehenden Instanzen zu im Wesentlichen identischen Sachverhalten unterschiedlich Stellung genommen haben.“

<sup>26</sup> *Delgado Barrio* (Fn. 11), S. XXXIX-XL, folgerte: Dem *TS* „obliegt die letztendliche Sicherung der Gesetzeskraft, welche bei korrekter Gesetzesauslegung die Gleichheit bei der gerichtlichen Anwendung und eine angemessene Vorhersehbarkeit des Inhalts der gerichtlichen Entscheidungen ermöglicht.“

<sup>27</sup> *CGPJ* (Fn. 10), S. 174.

<sup>28</sup> *CGPJ*, *Propuestas del Consejo General del Poder Judicial para la reforma de la justicia*, in: *Del modo de arreglar la justicia. Informes y propuestas para la mejora de la justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2000, S. 33–34; *Sala de Gobierno del TS*, *Informe y propuestas del Tribunal Supremo*, in: *Del modo de arreglar la justicia. Informes y propuestas para la mejora de la justicia elaborados por el Consejo General del Poder Judicial, Tribunal Supremo, Audiencia Nacional y Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas*, Madrid, 2000, S. 93–96.

### III. REFORMEN DES ZUGANGS ZUR KASSATION IM HINBLICK AUF DEN SCHUTZ DER GLEICHHEIT BEI DER GESETZESANWENDUNG: DIE KASSATION „ZUR VEREINHEITLICHUNG DER RECHTSLEHRE“ UND DIE ANFECHTBARKEIT WEGEN „KASSATIONSINTERESSES“ IN ZIVILSACHEN

Bei den verschiedenen Prozessreformen, die im letzten Jahrzehnt des vergangenen Jahrhunderts stattgefunden haben, hat der spanische Gesetzgeber als Auswahlkriterium für Streitfragen, die auf dem Weg der Kassation Zugang zum *TS* erhalten, unter anderen das Bestehen von Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung und Anwendung des Gesetzes im anfechtbaren Urteil und in den Urteilen anderer Rechtsprechungsorgane, die in gleichartigen Fällen entscheiden haben, festgelegt.<sup>29</sup> Mit dieser Technik wird der Zielsetzung der Kassation, Gleichheit bei der Gesetzesanwendung zu garantieren, besondere Bedeutung zugemessen, denn der Zugang zu diesem Rechtsmittel ist nur dann möglich, wenn diese Gleichheit in Gefahr ist. Diese Technik wurde erstmalig beim Arbeitsgerichtsverfahren angewendet, um einen Teil der auf dem Weg der Kassation anfechtbaren Urteile festzulegen.<sup>30</sup> Dabei erhielt dieser Rechtsbehelf die spezifische Bezeichnung „Kassation zur Vereinheitlichung der Rechtslehre“. Auf dem gleichen Weg –einschließlich einer spezifischen Bezeichnung des Rechtsbehelfs – folgte das *LJCA* vom 13. Juli 1998.<sup>31</sup> Eine ähnliche Technik kam bei der Regelung der auf dem Weg der Kassation anfechtbaren Urteile in der *LEC/2000* zur Anwendung, wobei hier jedoch von der spezifischen Bezeichnung der „Kassation zur Vereinheitlichung der Rechtslehre“ abgesehen wurde.

#### **1. Auf dem Weg der Kassation anfechtbare Entscheidungen nach der *LEC/2000* und die einschränkende Auslegung durch die Zivilkammer des *TS***

Die Anfechtbarkeit der Kassation in der *LEC/2000*<sup>32</sup> ergibt sich aus der gleichzeitigen Erfüllung einer allgemeinen Voraussetzung (in zweiter Instanz durch ein Provinzialgericht verkündetes Urteil)<sup>33</sup> und einer von drei besonderen Voraussetzungen (Art. 477). Zu den drei letzteren Voraussetzungen<sup>34</sup> gehört das Vorhandensein eines „Kassationsinteresses“, das die Stellungnahme des *TS* bezüglich der Auslegung und Anwendung des Gesetzes in einer beliebigen privatrechtlichen

---

<sup>29</sup> Möglicherweise wurde bei diesen Reformen – wenn auch mit beachtlichen Abweichungen – eine der Voraussetzungen für die *Zulassungsrevision* herangezogen, insbesondere die in §546, Abs. 1 S2 der deutschen Zivilprozessordnung vor ihrer Neufassung im Jahr 2001 enthaltene Voraussetzung.

<sup>30</sup> Grundlage 35 des Gesetzes über die Grundlagen des Arbeitsgerichtsverfahrens (*Ley de Bases de Procedimiento Laboral*), 12. April 1989, ausgeführt in Art. 215–225 des *LPL* 27. April 1990.

<sup>31</sup> Art. 96–99 des *LJCA* 29/1998, 13. Juli 1998.

<sup>32</sup> Ausführlichere Information in: *Ortells Ramos*, ZZPInt 5 (2000), S. 110–114.

<sup>33</sup> Um sich hierüber ein Bild machen zu können, ist darauf hinzuweisen, dass es in Spanien fünfzig Provinzialgerichte gibt, wobei innerhalb dieser Gerichte einhundertsechzig kollegiale Rechtsprechungsorgane gebildet wurden. Darüber hinaus ist der Zugang zu einer zweiten Instanz im spanischen Zivilprozess – von einigen unmaßgeblichen Ausnahmen abgesehen – die Regel.

<sup>34</sup> Eine dieser Voraussetzungen (Urteil über den zivilrechtlichen Schutz eines Grundrechts) stellt ein sehr begrenztes Zugeständnis an die Streitsache dar und verfolgt die Wahrung der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde, indem vor der Anrufung des *TC* durch die geschädigte Partei die Stellungnahme des *TS* ermöglicht wird. Bei der zweiten Voraussetzung handelt es sich um das traditionelle Kriterium des Streitwerts: Bei einem Streitwert von über einhundertfünfzigtausend Euro ist das Urteil ohne weitere Erfordernisse auf dem Weg der Kassation anfechtbar.

Angelegenheit ermöglicht, wobei hinsichtlich der Sache oder des Streitwerts keine Ausschließungsgründe bestehen. In diesem Umfang stellt auch die Regel der Anfechtbarkeit den umfassendsten Schutz des Rechts auf Gleichheit bei der Gesetzesanwendung dar.

„Kassationsinteresse“ ist kein unbestimmter Rechtsbegriff, dessen Bedeutung durch den *TS* bestimmt werden könnte, sondern ein Begriff, dessen objektiver Umfang in Art. 477, Abs. 3 der *LEC/2000* festgelegt ist.<sup>35</sup> Die Bestimmungen über diesen Begriff erreichen jedoch nicht den gleichen Präzisionsgrad, den er in der Regelung der Kassation zur Vereinheitlichung der Rechtsdoktrin hat. Diese Regelung verlangt, dass die voneinander abweichenden Urteile in Bezug auf Streitparteien in gleicher Lage bei im Wesentlichen gleichen Tatsachen, Grundlagen und Ansprüchen verkündet worden sein müssen.<sup>36</sup>

Die *LEC/2000* trat am 8. Januar 2001 in Kraft. Am 12. Dezember 2000 trafen die Richter der Zivilkammer des *TS* einen Beschluss über die Kriterien der Anfechtbarkeit, Zulassung und Übergangsregelung der in der *LEC/2000* geregelten Kassation. Mit diesem Beschluss wurde bereits im Voraus festgelegt, wie die gesetzliche Regelung ausgelegt und angewendet werden sollte. Der Beschluss ist weder für die verschiedenen Abteilungen der Zivilkammer noch für die Richter dieser Abteilungen rechtsverbindlich (Art. 264 des *LOPJ*), wurde jedoch *de facto* bei den Entscheidungen der Abteilungen dieser Kammer über die Zulassung der Kassation eingehalten.

Sowohl in ihrem Beschluss als auch in ihren Entscheidungen haben die Richter die Regelung der Anfechtbarkeit auf dem Weg der Kassation anhand wenig gesicherter, aber auf jeden Fall strengster Auslegungsmöglichkeiten interpretiert.<sup>37</sup> Insbesondere wurde die besondere Voraussetzung der Anfechtbarkeit auf der Grundlage der Streitsumme davon abhängig gemacht, dass das Urteil in einem für die Streitsumme gesetzlich geeigneten Verfahren ergangen sein musste. Damit erhalten

---

<sup>35</sup> „Kassationsinteresse“ liegt vor: 1. Falls das anfechtbare Urteil entgegen der Rechtsdoktrin des *TS* ergangen ist oder falls das Urteil eine Angelegenheit betrifft, über die bereits eine widersprüchliche Rechtsprechung der Provinzialgerichte vorliegt. Diese Voraussetzung hat ihre Daseinsberechtigung durch den Schutz der Gleichheit bei der Gesetzesanwendung, wenn diese konkret in Gefahr schwebt, wie die in der Rechtsprechung vorhandenen Meinungsverschiedenheiten zeigen. Die Entscheidung über den materiellen Grund des Rechtsbehelfs hängt davon ab, ob der *TS* die Auslegung und Anwendung des Gesetzes im verfahrensgegenständlichen Fall für korrekt erachtet oder nicht. Mit dieser Entscheidung bestätigt der Kassationshof – je nach Einzelfall – vorhandene Rechtsprechungstendenzen oder auch nicht. 2. Außerdem ist „Kassationsinteresse“ gegeben, wenn das anfechtbare Urteil auf einer Vorschrift beruht, die seit weniger als fünf Jahren wirksam ist, es sei denn, es bestünde eine Rechtsprechungs doktrin des *TS* über Vorschriften gleichen oder ähnlichen Inhalts. Zielsetzung ist in diesem Fall die Schaffung einer Rechtsprechungsleitlinie des *TS*, bevor der diffusen Rechtsprechung der Provinzialgerichte eine Chance gegeben wird.

<sup>36</sup> Art. 217 des *LPL*, Art. 96.1 und 99 des *LJCA*.

<sup>37</sup> Der Versuch, diese Auslegung als Verletzung des Grundrechts auf einen wirksamen Rechtsschutz erklären zu lassen, wurde durch das *TC* abgewiesen. Dieses hat die entsprechenden Verfassungsbeschwerden abgelehnt, da es – ohne speziell auf die Richtigkeit der Auslegung durch den *TS* einzugehen, wofür es nicht zuständig ist – die Ansicht vertritt, die Auslegung sei weder unangemessen noch willkürlich (*ATC*, Abteilung 3, 190/2004, 26. Mai 2004; *ATC*, Abteilung 1, 200/2004, 27. Mai 2004).

Urteile, die in einem aufgrund des Verfahrensgegenstands gesetzlich geeigneten Verfahren ergangen sind, nur dann Zugang zur Kassation, wenn auf sie der (schwierigere) Umstand des „Kassationsinteresses“ zutrifft. Damit liegt die größte Einschränkungskraft in der Bindung des „Kassationsinteresses“ an das für den Verfahrensgegenstand geeignete Verfahren. Mit dieser Auslegung werden Urteile, die in Verfahren mit einem Streitwert von weniger als einhundertfünfzigtausend Euro bzw. in Verfahren mit nicht feststellbarer Streitsumme ergangen sind, vollständig aus der Kassation verbannt, soweit es sich nicht um eine der durch das Gesetz beschränkten Angelegenheiten handelt, bei denen das beschriebene Verfahren aufgrund der Streitsache geeignet ist. Die Erfordernis des „Kassationsinteresses“ dient nicht mehr dem Zweck, die Kassation – zumindest tendenziell – zu einem allgemeinen Instrument zur Sicherung der Gleichheit bei der Gesetzesanwendung in allen Angelegenheiten des Privatrechts zu machen.

## **2. Die ständige Überlastung der Zivilkammer des TS und die Regelung der anfechtbaren Entscheidungen im Reformentwurf von 2006**

Seit dem Inkrafttreten der *LEC/2000* gestalten sich die grundlegenden statistischen Angaben<sup>38</sup> über die bei der Zivilkammer des TS eingegangenen Kassationen wie folgt:

	<b>2001</b>	<b>2002</b>	<b>2003</b>	<b>2004</b>	<b>2005</b>	<b>2006</b>
<b>Zu Beginn des Jahres anhängig</b>	12523	13726	13367	13606	13491	12113
<b>Während des Jahres registrierte Eingänge</b>	3761	3109	2935	2880	2649	2311
<b>Während des Jahres entschiedene Rechtsmittel</b>	2558	3464	2696	2995	4027	4143
<b>Zum Jahresende anhängig</b>	13726	13367	13606	13491	12113	10281

Vergleicht man diese Tabelle mit der Tabelle in Abs. I dieses Artikels, stellt man fest, dass die Anzahl der jährlich bei der Zivilkammer des TS eingehenden Kassationen spürbar und anhaltend sinkt. Dieser Rückgang beruht darauf, dass die Streitsumme – die objektivste Anfechtbarkeitserfordernis, die auf die meisten Streitfälle zutrifft – in der neuen *LEC/2000* außerordentlich stark erhöht wurde, und vor allem darauf, dass auch die *Audiencias Provinciales* (Provinzialgerichte) bei der

<sup>38</sup> Diese Tabelle wurde anhand der statistischen Daten erstellt, die im Internet unter <http://www.poderjudicial.es> eingesehen werden können.

Ausübung ihrer Zuständigkeit bezüglich der Zulassung der zuerst bei ihnen eingereichten Rechtsbehelfe die restriktive Auslegung des *TS* anwenden.<sup>39</sup>

Darüber hinaus lässt sich aus der Tabelle ersehen, dass die Anzahl der zum Jahresende noch anhängigen Rechtsmittel in den Jahren 2005 und 2006 spürbar gesunken ist. Diese Angabe fällt mit einem – im Vergleich zu den vier vorhergehenden Jahren – ziemlich beachtlichen Anstieg der in diesen beiden Jahren entschiedenen Angelegenheiten zusammen. Die wahrscheinlichste Erklärung hierfür findet sich erneut in der restriktiven Auslegung der Anfechtbarkeit durch den *TS*, die sich zu diesem Zeitpunkt bereits auf die durch den *TS* selbst ausgeübte Zugangskontrolle auswirkt. Außerdem kommt als neuer Faktor eine Steigerung der Arbeitskapazität hinzu. Diese ist auf das Vertrauen zurückzuführen, das die Richter der Rechtsprechungsabteilung bei ihren Nichtzulassungsentscheidungen in die Stellungnahmen des Informations- und Dokumentationsbüros des *TS* setzen, welches ihre Beschlussfassungstätigkeit unterstützt.<sup>40</sup>

Trotz der vorstehenden Erklärungen ist anzumerken, dass es bei einer gleichbleibend hohen Entscheidungskapazität der Zivilkammer des *TS* und einer gleichbleibenden Anzahl der jährlich neu eingehenden Angelegenheiten ungefähr vier Jahre dauern würde, bis die Kammer sich in der Lage befände, über die eingereichten Kassationen noch im gleichen Jahr zu entscheiden.

Damit lässt sich schlussfolgernd feststellen, dass mit der Regelung der Kassation durch die *LEC/2000* keine Verbesserung der Nützlichkeit dieses Rechtsbehelfs als Instrument zur Sicherung der Gleichheit bei der Gesetzesanwendung erreicht worden ist, da die daraufhin ausgerichteten Bestimmungen sehr restriktiv ausgelegt werden. Auf der anderen Seite hat sie nur mäßig zur Linderung der Überlastung der Zivilkammer des *TS* beigetragen.

Der Reformentwurf stellt einen neuen Versuch der Einflussnahme auf die beiden vorstehend genannten Problemstellungen dar,<sup>41</sup> wobei sowohl alte als auch neue Techniken zur Anwendung kommen.

Alt ist dabei die Technik, den *Input* an Angelegenheiten, die Zugang zur Zivilkammer haben, anhand einer Beschränkung der anfechtbaren Entscheidungen zu senken. Im Reformentwurf erfolgt dies auf drastische Weise. Die Anfechtbarkeit hängt nun nicht mehr – wie in der anfänglichen Fassung der *LEC/2000* – von einer allgemeinen Erfordernis und einer von drei alternativ zu erfüllenden besonderen Erfordernissen ab. Auch im Reformentwurf wird die Anfechtbarkeit durch eine allgemeine Erfordernis – nämlich die Art der Entscheidung und die Instanz, in der die

---

<sup>39</sup> Dies erklärt den spektakulären Anstieg der Nichtzulassungsbeschwerde, des gesetzlich zur Kontrolle der Nichtzulassung durch die Provinzialgerichte durch den *TS* vorgesehenen Rechtsbehelfs.

<sup>40</sup> Ansonsten wäre es kaum vorstellbar, dass jeder Richter der Zivilkammer, der im Jahr 2003 über durchschnittlich 269,6 Nichtzulassungsbeschlüsse und Urteile jährlich Bericht erstattet hatte, im Jahr 2006 bereits durchschnittlich über 404,3 Entscheide berichten konnte.

<sup>41</sup> In der Begründung des Reformentwurfs wird sowohl die Zielsetzung genannt, die in der Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsdoktrin bestehende Aufgabe des *TS* und damit die Gleichheit und Rechtssicherheit bei der Anwendung des Gesetzes zu fördern, als auch die Zielsetzung, die Tätigkeit des *TS* agiler und wirksamer zu gestalten.

Entscheidung ergangen ist –<sup>42</sup> und durch besondere Erfordernisse beschränkt. Diese besonderen Erfordernisse müssen jedoch gleichzeitig anstatt wahlweise zutreffen: 1. Besondere Angelegenheiten im Zusammenhang mit dem Schutz der Grundrechte, bei denen die Erfordernis des „Kassationsinteresses“ erfüllt ist.<sup>43</sup> 2. Alle Angelegenheiten des Privatrechts, bei denen die besondere Erfordernis einer Streitsumme von über einhundertfünfzigtausend Euro und die besondere Erfordernis des „Kassationsinteresses“ erfüllt sind.<sup>44</sup>

Diese Beschränkung enttäuscht die Erwartungen, die man in eine Regelung der Anfechtbarkeit auf dem Weg der Kassation gesetzt hatte, welche dazu dienen sollte, die Gleichheit bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzes in allen Angelegenheiten des Privatrechts zu sichern, denn es gibt Rechtsbeziehungen ohne finanziellen Wert bzw. mit einem Wert, der niemals an die Summe von einhundertfünfzigtausend Euro heranreichen würde. Der Gesetzgeber scheint diese Lücke mit für das spanische Recht neuen Techniken füllen zu wollen, denen ich die folgenden Abschnitte dieser Arbeit widmen möchte.

Ob diese Studie überhaupt von Interesse ist, könnte man bezweifeln, denn wie ich bereits erwähnt habe, ist der Entwurf zur Reform der Kassation mit der Auflösung der Gesetzgebungskammern hinfällig geworden. Ich kann jedoch versichern, dass dieses Interesse aus zwei Gründen auch weiterhin bestehen bleibt. Erstens hat sich der *CGPJ* in seinem Gutachten zur Einleitung des Gesetzgebungsverfahrens absolut positiv zu den hier behandelten Themen des Reformentwurfs ausgesprochen<sup>45</sup> und zweitens hat im Rahmen des parlamentarischen Verfahrens, das bis zum Ende der Frist zur Einreichung von Abänderungsanträgen beim Abgeordnetenkongress dauerte, überraschenderweise keine Fraktion Änderungsanträge bezüglich der vorgelegten Fassung der Bestimmungen eingebracht, auf die sich die vorliegende Arbeit bezieht. Diese beiden Gründe lassen auf eine verschwommene und allgemeine Zustimmung – sowohl im gerichtlichen als auch im politischen Bereich – schließen, die zum gegebenen Zeitpunkt die Verabschiedung eines Gesetzes mit einem dem Entwurf ähnlichen Inhalt ermöglicht hätte.

---

<sup>42</sup> Art. 477.1 des Reformentwurfs. Die Art der Entscheidungen ist weiter gefasst als in der anfänglichen Fassung der *LEC/2000*, denn im Reformentwurf wird der außerordentliche Rechtsbehelf wegen Verletzung des Prozessrechts abgeschafft und festgelegt, dass die Kassation mit der Verletzung des Prozessrechts begründet werden kann. Dies führt dazu, dass außer Urteilen auch andere Entscheidungen anfechtbar werden, denn auch hier können Rechtsverletzungen eintreten, die dieses Rechtsmittel begründen.

<sup>43</sup> Art. 477.1 in Verbindung mit Art. 478 des Reformentwurfs.

<sup>44</sup> Art. 477.1.2 und 3 sowie Abs. 2 in Verbindung mit Art. 478 des Reformentwurfs.

<sup>45</sup> Das Gutachten wurde durch das Plenum des *CGPJ* am 5. Oktober 2005 verabschiedet und beschäftigt sich mit dem „Regierungsentwurf für das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung, des Gesetzes 29/1998, 13. Juli 1998 zur Regelung der Verwaltungsgerichtsbarkeit sowie des Gesetzes 1/2000, 7. Januar 2000, über die *LEC* hinsichtlich der Kassation, der doppelten Strafinstanz und der Justiz der Nähe“, einzusehen unter <http://www.poderjudicial.es>.

#### IV. IM REFORMENTWURF ENTHALTENE PRÄVENTIVE TECHNIKEN ZUR SICHERSTELLUNG DER GLEICHHEIT BEI DER AUSLEGUNG UND ANWENDUNG DER RECHTSNORMEN

Die Sicherung der gleichen Gesetzesanwendung bei gleichen Fällen durch die Kassation – die gegen Urteile eingelegt werden kann, welche auf Grund ihres Abweichens von anderen, in gleichen Fällen verkündeten Urteilen eventuell gegen diesen Grundsatz verstoßen – stellt eine *ex-post*-Sicherung angesichts der offensichtlichen Verletzung dieses Grundsatzes dar.

Diese Technik – die man sogar als repressiv bezeichnen könnte – hat auch indirekt eine präventive Wirkung. Die Möglichkeit der Zulassung und eventuellen Stattgabe der Kassation<sup>46</sup> bei Urteilen, die auf der Grundlage einer unterschiedlichen Auslegung von Bestimmungen bzw. unter Anwendung anderer als den in den Urteilen anderer Gerichte in ähnlichen Fällen angewendeten Bestimmungen ausgesprochen werden, kann ein Gericht dazu veranlassen, seine Urteile von vornherein auf der Grundlage der gleichen Bestimmungen und Auslegungen zu fällen.

Dennoch bildet die bisher in Spanien geltende Regelung der Kassation – einschließlich der im Sinne einer Vereinheitlichung der Rechtsprechungsdoktrin bei der Anfechtbarkeit eingeführten Neuheiten – nach Ansicht des Senats in Justizverwaltungssachen des *TS* keine günstige Voraussetzung für die Erfüllung der verfassungsgemäß verankerten Aufgabe des *TS*, „Rechtsprechung zu schaffen und die Doktrin als Mittel zur Sicherung einer einheitlichen Auslegung der Rechtsordnung zu vereinheitlichen“,<sup>47</sup> denn die Notwendigkeit der einzelnen Überprüfung der angefochtenen Urteile führt zu einer großen Arbeitsüberlastung, die wiederum widersprüchliche Urteile des *TS* selbst, einen Mangel an Qualität der Urteile und übermäßige Verzögerungen bei der Entscheidung über die Rechtsbehelfe zur Folge haben kann.<sup>48</sup>

Zur Beilegung dieser Missstände hat der Senat in Justizverwaltungssachen des *TS* zwei Gesetzesreformen vorgeschlagen, die rein präventive Techniken zur Sicherung der Einheit der Rechtsprechung und der Gleichheit bei der Anwendung der Rechtsnormen darstellen: 1. Die erste Reform besteht in einer Vorlagefrage, welche die *Tribunales Superiores de Justicia* (die Obersten Gerichtshöfe der autonomen Region) – denen die Zuständigkeit für einen neuen Rechtsbehelf über beliebige Angelegenheiten des Privatrechts übertragen würde<sup>49</sup> – vor der Verkündung eines

---

<sup>46</sup> In seiner Stellungnahme über den materiellen Grund der Kassation macht der *TS* die Kassation nicht nur von einem Abweichen des Instanzgerichts von Präzedenzfällen bzw. von der Rechtsprechungsdoktrin abhängig, sondern auch von der nach Ermessen des *TS* korrekten Auslegung und Anwendung der betreffenden Bestimmung auf den Fall. Diese Stellungnahme schafft Präjudizien bzw. Rechtsprechungsdoktrin oder bestätigt bzw. berichtigt bereits bestehende Präjudizien bzw. Rechtsprechungsdoktrinen.

<sup>47</sup> *Sala de Gobierno del TS* (Fn. 28), S. 93, 95–96.

<sup>48</sup> *Sala de Gobierno del TS* (Fn. 28), S. 96. Weitere Kritiken an Instrumenten, die eine Überprüfung jedes Einzelfalls erfordern, in: *Bacigalupo Zapater*, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 13. Juli 2000, Nr. 447, S. 3.

<sup>49</sup> In jeder der siebzehn spanischen Autonomiegemeinschaften, in die das Territorium des spanischen Staats aufgeteilt ist, gibt es einen *Tribunal Superior de Justicia*, zu dem wiederum eine Zivilkammer (und Strafkammer) gehört. Der Rechtsbehelf, auf den sich dieser Vorschlag bezieht,

Urteils dem *TS* vorlegen müssten, wenn in der Angelegenheit bereits Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung vorhanden sind bzw. wenn hierzu eine Rechtsprechung noch fehlt. 2. Die zweite Reform besteht in der ausdrücklichen gesetzlichen Festlegung der bindenden Wirkung der Rechtsprechung des *TS*.<sup>50</sup> Ohne diese zweite Neuerung hätte die erste Neuerung eine geringere Rechtswirksamkeit als Vereinheitlichungsinstrument. Nur wenn die Instanzgerichte – gebunden an die (auch vorbeugend) durch den *TS* geschaffene oder bestätigte Rechtsprechung – ihre Verpflichtung erfüllen, auf der Grundlage dieser Rechtsprechung zu entscheiden, können spätere Kassationen beim *TS* verhindert werden.

Im Reformentwurf werden zwar nicht alle diese Vorschläge aufgenommen, jedoch schlagen sich die Präventivtechniken dennoch auf zweierlei Arten darin nieder: Erstens wird ausdrücklich erklärt, Richter und Gerichte seien verpflichtet, „die Gesetze und Regelungen entsprechend der einheitlichen und wiederholten Auslegung des *TS* anzuwenden“. Diese Bestimmung wird als neuer Abs. von Art. 5.1 in das *LOPJ* aufgenommen. Soweit die niederrangigen Gerichte sich bei der Entscheidung über gleichartige Fälle an ihre Verpflichtung zur Bindung an die Rechtsprechung des *TS* halten, wird ohne eine Notwendigkeit der Zulässigkeit der Kassation gegen die Urteile dieser Gerichte der Schutz der Gleichheit bei der Gesetzesanwendung erreicht.

Zweitens wird im Reformentwurf eine neue Regelung des *recurso en interés de la ley* (Rechtsmittel „im Interesse des Gesetzes“) eingeführt.<sup>51</sup> Hinsichtlich der bei Rechtsmittel dieser Art traditionellen Wirkungsbegrenzung gibt es zwar keine Neuerungen,<sup>52</sup> jedoch stellt es sehr wohl eine Neuerung dar, dass dieses Rechtsmittel systematisch an die Reform von Art. 5.1 des *LOPJ* gebunden wird: Er dient als eines der Mittel zur Festigung der Rechtsprechung, die für Richter und Gerichte bei der zukünftigen Anwendung der Rechtsnormen auf gleiche Fälle bindend sein werden.

---

wäre neu im spanischen Zivilprozess und nur auf Rechtsfragen beschränkt. Er würde auf die Berufung folgen, für die normalerweise die Provinzialgerichte zuständig sind.

<sup>50</sup> *Sala de Gobierno del TS* (Fn. 28), S. 109.

<sup>51</sup> Die Zuständigkeit zur Entscheidung über dieses Rechtsmittel wird - außer einer für uns uninteressanten Ausnahme - der Zivilkammer des *TS* übertragen. Zur Einlegung des Rechtsmittels ist ausschließlich die Staatsanwaltschaft berechtigt (Art. 490 des Reformentwurfs). Die Anfechtbarkeit der Entscheidungen hängt nicht vom Streitwert, sondern vom Kassationsinteresse ab. Dieser Begriff wird immer unbestimmter, denn neben den objektiveren Fällen der Diskrepanz zwischen bestimmten Entscheidungen kommt der Ermessensspielraum des *TS* hinzu, der „die Bildung von Rechtsprechung über alle oder einige der unterbreiteten Problemstellungen für erforderlich halten kann“ (Art. 492.2 und 491.2 des Reformentwurfs).

<sup>52</sup> In diesem Sinne „wird das kraft eines Rechtsmittels „im Interesse des Gesetzes“ verkündete Urteil die besonderen Rechtsverhältnisse, die durch die angefochtene Entscheidung geschaffenen wurden, unverändert lassen“ (Art. 593.4 des Reformentwurfs), denn die Einlegung des Rechtsmittels erfolgt „mit der ausschließlichen Zielsetzung der Schaffung von Rechtsprechung“ (Art. 490.1 des Reformentwurfs). Diese Rechtsprechung wird im Urteil festgelegt, soweit eine Stattgabe des Rechtsmittels erfolgt (Art. 493.4 des Reformentwurfs).

## V. EIN RADIKALER PERSPEKTIVENWANDEL: DIE AUSDRÜCKLICHE GESETZESVORSCHRIFT ÜBER DIE BINDENDE WIRKUNG DER RECHTSPRECHUNG DES *TS*

Autonome Leitungsorgane in der Organisation der Judikative<sup>53</sup> sowie Juristen, die größtenteils gerichtliche Tätigkeiten ausüben,<sup>54</sup> haben in Spanien seit einigen Jahren immer wieder ihre positive Einstellung zur Einführung einer Rechtsnorm bekundet, die die Richter an die Rechtsprechung des *TS* bindet.

Es trifft zu, dass im spanischen Recht vor einiger Zeit bereits Rechtsnormen in diesem Sinne mit einem eingeschränkten Anwendungsbereich geschaffen worden sind.<sup>55</sup> Es war jedoch der Reformentwurf, der zusammen mit dem vorstehend erwähnten neuen Abs. von Art. 5.1 des *LOPJ* der Schaffung einer allgemein anwendbaren Norm zur Bindung an die Rechtsprechung des *TS* den Weg bereitet hat.

Verwunderlich ist, dass eine Rechtsreform dieser Tragweite, die einem besseren Schutz der Rechtssicherheit dienen soll, in grundlegenden Aspekten einen so hohen Grad an Mehrdeutigkeit und Ungenauigkeit aufweist. Dieser Mangel wurde auch nicht behoben, als seitens der rechtspolitischen und rechtstechnischen Debatte die ersten Schritte des Gesetzgebungsverfahrens eingeleitet wurden.

Es bestand und besteht immer noch Ungenauigkeit 1. bezüglich des Bestehens einer Verbindlichkeit und 2. bezüglich der Befugnis zur Abweichung und bezüglich der Folgen einer Abweichung, bei der die gesetzlichen Grenzen nicht eingehalten werden.

---

<sup>53</sup> *Sala Sánchez* (Fn. 14), S. 37–38; *Sala de Gobierno del TS* (Fn. 28), S. 109; *Hernando Santiago*, *Jurisprudencia vinculante: una necesidad del Estado de Derecho*, Rede des Vorsitzenden des *TS* bei der Gerichtseröffnung am 13. September 2005 (Text einsehbar in: <http://poderjudicial.es>), S. 12; *CGPJ* (Fn. 45), S. 15–20.

<sup>54</sup> *Bacigalupo Zapater* (Fn. 48), S. 138–141; *López Guerra* (Fn. 23), S. 1–4; *Martín Valverde*, *La unificación de la doctrina jurisdiccional y la unidad de la jurisprudencia como funciones del Tribunal Supremo*, in: *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Tribunal Supremo, Madrid, 2004, S. 350–352; *Auger Liñan*, *La jurisprudencia como posible fuente del ordenamiento jurídico*, in: *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Tribunal Supremo, Madrid, 2004, S. 369–381; *Trillo Torres*, *Conclusiones generales*, in: *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Tribunal Supremo, Madrid, 2004, S. 496–497.

<sup>55</sup> So bestimmt Art. 5.1 des *LOPJ* seit 1985, dass „Richter und Gerichte die Gesetze und Regelungen entsprechend den verfassungsmäßigen Vorschriften und Grundsätzen anzuwenden haben, was in Übereinstimmung mit der Auslegung erfolgen muss, die sich aus den in Verfahren aller Art ergangenen Entscheidungen des *Tribunal Constitucional* ergibt“. Bezüglich der Auslegung dieser Bestimmung und ihrer Bedeutung, die von der Festlegung einer strikten und verbindlichen Rechtswirksamkeit der Rechtsprechung des *TC* abweicht, siehe: *Santos Vijande*, *Doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Su eficacia respecto de los tribunales ordinarios*, Granada, 1995, *passim*, jedoch zusammengefasst, S. 131–139. Eine andere Bestimmung ist Art. 100.7 des *LJCA*, in dem seit 1998 die Folgen der Stattgabe der Kassation „im Interesse des Gesetzes“ im Verwaltungsverfahren geregelt sind: „Das zu fällende Urteil hat in jedem Fall die besondere Rechtslage, die sich aus dem angerufenen Urteil ergibt, zu berücksichtigen. Soweit es sich um ein stattgebendes Urteil handelt, wird im Urteilsspruch die Rechtsdoktrin festgelegt. In diesem Fall **wird das Urteil im Staatsanzeiger (Boletín Oficial del Estado) veröffentlicht** und ist ab dem Moment des Erscheinens für alle rangniedrigeren Richter und Gerichte der entsprechenden Gerichtsbarkeit verbindlich.“ (Die Hervorhebungen stammen vom Autor).

## 1. Woran sind die im Rang unter dem *TS* stehenden Gerichte gebunden?

Eine Auswertung der verschiedenen Meinungstendenzen, mit denen ich mich hier befasse,<sup>56</sup> bringt keine Klarheit darüber, ob die verfochtene Verbindlichkeit auch bei einem Präzedenzfall besteht – d.h., bezüglich der Art und Weise, in der ein gleichartiger Fall entschieden wurde – oder ob die Bindung nur an eine Rechtsprechung besteht, die anhand der wiederholten Auslegung und Anwendung einer bestimmten Vorschrift durch den *TS* geschaffen wurde und die anzuwenden ist, wenn in späteren Fällen festgestellt wird, dass der Sachverhalt eine Grundlage für die Anwendung der gleichen Vorschrift darstellt.<sup>57</sup>

Der Reformentwurf behebt diesen Zweifel nicht. Gemäß der geplanten Fassung von Art. 5.1 Abs. 2 des *LOPJ* soll eine Bindung an die „einheitliche und wiederholte Auslegung [der Gesetze und Regelungen] durch den *Tribunal Supremo*“ auferlegt werden.<sup>58</sup>

Dennoch führt die Kassation „im Interesse des Gesetzes“ (im Reformentwurf vorgeschlagen als Mittel zur Sicherung der Gleichheit bei der Gesetzesanwendung auf dem umfangreichen Gebiet der Angelegenheiten, die außerhalb der ordentlichen Kassation gelassen wurden) im Fall eines stattgebenden Urteils „zur Schaffung von Rechtsprechung im Urteilsspruch“. Besteht eine Bindung an die Rechtsprechung, die nur durch dieses einzige Urteil geschaffen wurde, oder sind zur Entstehung einer Bindung mehrere, wiederholte und einheitliche Urteile des *TS* notwendig?<sup>59</sup> Die Verwirrung wird umso größer, als im Reformentwurf keine Änderung von Art. 100.7 des *LJCA* vorgesehen ist. Dieser Art. bestimmt derzeit, dass die Entscheidung im Urteil der Kassation „im Interesse des Gesetzes“ im Verwaltungsverfahren „Gesetzesdoktrin“ schafft („*doctrina legal*“, eine traditionelle Bezeichnung der Rechtsprechungsdoktrin des *TS*), an welche die rangniedrigeren Gerichtshöfe gebunden sind).

---

<sup>56</sup> *Sala de Gobierno del TS* (Fn. 28), S. 109; *Bacigalupo Zapater* (Fn. 48), S. 138–141; *López Guerra*, (Fn. 23), S. 1–4; sowie auf den Seiten, in denen die hier erläuterten Vorschläge vorweg genommen wurden: *Sala Sánchez* (Fn. 14), S. 37–38; *Auger Liñan* (Fn. 54), S. 369–381; *Martín Valverde* (Fn. 54), S. 349–350. Obwohl er seine Überlegungen auf die Kassation zur Vereinheitlichung der Rechtsdoktrin bezogen hat, bei welcher der Zugang zum *TS* von der grundlegenden Gleichheit der Streitfälle abhängt, ist er der Ansicht, dass eine Verbindlichkeit bezüglich der wiederholten Rechtsdoktrin besteht, die „sich auf den Aufbau und die Hauptbestandteile einer bestimmten Institution und die Zielsetzung und den Umfang deren wichtigsten Grundlagen und Regeln richtet“.

<sup>57</sup> Über diese Unterscheidung: *Xiol Ríos* (Fn. 17), Abs. II, 5; *Nieto*, *Visión doctrinal de la jurisprudencia*, in: *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, 2001, S. 111–128; *Díez-Picazo Giménez*, *Reflexiones sobre el concepto y el valor de la jurisprudencia en el Derecho español*, in: *El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional*, Madrid, 2004, S. 399–400.

<sup>58</sup> In wenig kohärenter Weise nennt der *CGPJ* (Fn. 45) auf S. 19 die Rechtsprechung als den geeignetsten Begriff für die Bezeichnung einer wiederholten Auslegung, führt jedoch auf S. 52 den Gedanken des Präzedenzfalls an, bei dem eine wiederholte Auslegung als Begründung der Verbindlichkeit nicht erforderlich ist. Kritisiert wird die Erfordernis der Wiederholung durch: *López Barja de Quiroga*, *La vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional*, in: *La casación: unificación de doctrina y descentralización. Vinculación de la doctrina del Tribunal Constitucional y vinculación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Madrid, 2006, S. 30–31.

<sup>59</sup> Diesem gerechtfertigten Zweifel schenkt der *CGPJ* keine Beachtung (Fn. 45), S. 143.

Die Rechtssicherheit wird also ausgerechnet durch die Ungenauigkeit der Anforderungen in Frage gestellt, die erfüllt sein müssen, damit diese Art von ergänzender Verfahrensregel (Präzedenzfall? Rechtsprechungs doktrin?), die dem Richter auferlegt werden soll, als gesetzt gelten kann.

## **2. Befugnis zur Abweichung von der Rechtsprechung, richterliche Unabhängigkeit und rechtliche Folgen einer „rechtswidrigen“ Abweichung von der bestehenden Rechtsprechung**

Auch der Begriff und die rechtliche Regelung der Befugnis zur Abweichung von der Rechtsprechung sind konfus.

Zuerst einmal besteht eine Tendenz zur Verwechslung der Begriffe, wobei die Befugnis zur Abweichung von der Rechtsprechung und die Befugnis zur Unterscheidung von Fällen bzw. relevanten Tatsachen zu sehr aneinander angenähert werden.<sup>60</sup> Ein Gericht, das sich bereits bei der Beurteilung der Gleichheit bzw. Unterschiedlichkeit der maßgeblichen Streitelemente irrt, streitet eine bindende Wirkung der Rechtsprechungs doktrin (bzw. des Präzedenzfalls) nicht ab, sondern erachtet diese lediglich als nicht auf den Fall anwendbar.<sup>61</sup>

Die Befugnis zur Abweichung von der Rechtsprechung an sich<sup>62</sup> besteht darin, dass das Gericht zu der Ansicht gelangen kann, dass trotz der Gleichheit der relevanten Streitelemente der jetzt zu beurteilende Fall anhand anderer, von der Rechtsprechung (bzw. dem Präzedenzfall) abweichender Kriterien zu entscheiden ist.

Die von uns betrachteten Denkansätze der Rechtspolitik bestreiten die Befugnis zur Abweichung von der bestehenden Rechtsprechung zwar nicht,<sup>63</sup> aber sie geben auch keine Klarheit darüber, ob jedes Gericht über diese Befugnis verfügt oder ob sie dem *TS* vorbehalten bleiben sollte. Herausragende Verfechter dieser Denkansätze sind der Ansicht, die Befugnis zur Abweichung von der bestehenden Rechtsprechung sollte nur beim *TS* liegen.<sup>64</sup>

---

<sup>60</sup> *Sala de Gobierno del TS* (Fn. 28), S. 109; in ähnlichem Sinne: *Sala Sánchez* (Fn. 14), S. 32–33; *Martín Valverde* (Fn. 54), S. 351–352.

<sup>61</sup> Etwas anderes ist es, wenn die zur Unterscheidung angewandte Technik (gelegentlich) als Vorwand zur Änderung von Entscheidungskriterien dient, ohne dass dies als solches anerkannt wird. Siehe hierzu: *Iturralde Sesma*, *El precedente en el common law*, Madrid, 1995, S. 77–81.

<sup>62</sup> Einzelheiten zur Änderung der Kriterien: *Blasco Gascó* (Fn. 17), S. 85–98.

<sup>63</sup> *Sala Sánchez* (Fn. 14), S. 33; *Sala de Gobierno del TS* (Fn. 63), S. 109; *Auger Liñan*, (Fn. 54), S. 379–380.

<sup>64</sup> In diesem Sinne heißt es in: *Sala Sánchez* (Fn. 14), S. 33–34; *Sala de Gobierno del TS* (Fn. 28), S. 109: „Die Geltendmachung einer angenommenen Befugnis der ordentlichen Gerichte, unter Berufung auf ihr Nichteinverständnis mit der Rechtsordnung von den Kriterien der Rechtsprechung abzuweichen, wird abgelehnt, denn dies würde bedeuten, dass die Anwendung der Rechtsprechungskriterien dem Ermessen der verschiedenen Gerichte überlassen würde, womit die Wirksamkeit dieser Kriterien im Hinblick auf die Sicherung der Einheit der Rechtsordnung entkräftigt würde. Die Verbindlichkeit der Rechtsprechung ist ohne Weiteres zu verkünden.“

Im Reformentwurf wurde eine wie auch immer gestaltete Regelung der Abweichung von der Rechtsprechung durch die im Rang unter dem *TS* stehenden Gerichtshöfe nicht vorgesehen. Diese Unterlassung führt zusammen mit dem kategorischen und einschränkungslosen Text des geplanten Abs. 2 von Art. 5.1 des *LOPJ* zu der Schlussfolgerung, dass die Rechtsprechung – außer für den *TS*, der die Befugnis zur Schaffung und Änderung der bindenden Rechtsdoktrin bzw. des bindenden Präzedenzfalls hat – absolut verbindlich ist. Der *CGPJ*, der die Verbindlichkeit der Rechtsprechung entschieden befürwortet und zum geplanten Text der neuen Bestimmung positiv Stellung genommen hat, hat jedoch auch seine Ansicht zum Ausdruck gebracht, dass die in dieser Bestimmung zu begründende Verpflichtung nicht im engen Sinn auszulegen sei.<sup>65</sup> Ich teile diesen Standpunkt vollkommen, der mir jedoch als widersprüchlich zu anderen, durch den *CGPJ* und andere autonome Leitungsorgane der Justizgewalt vertretenen Standpunkten erscheint. Denn wenn der *CGPJ* diese Ansicht vertritt, hätte er zur vorgeschlagenen Fassung des Textes eine negative Stellungnahme abgeben und eine andere Fassung vorschlagen müssen, die mit der Auffassung einer Verbindlichkeit, von der auch niederrangigere Gerichte bei Vorliegen einer ausreichenden Begründung abweichen können, eher übereinstimmt.

Kurz gesagt bringt eine strenge Auffassung der Bindungsverpflichtung und deren bisher bekannte geplante rechtliche Regelung einen grundlegenden Wandel der gerichtlichen Unabhängigkeit im spanischen Recht mit sich.

Dies wollte man bisher mit dem Argument abstreiten, die Unabhängigkeit beruhe nicht auf einer vom Gesetz unabhängigen Entscheidungsgewalt und das Gesetz selbst erlege eine Bindung an die Rechtsprechung (bzw. den Präzedenzfall) des *TS* auf, wobei diese Auferlegung sogar auf Grund ihrer Zielsetzung – nämlich der Wahrung der Gleichheit bei der Gesetzesanwendung und der Rechtssicherheit – verfassungsgemäß sei.<sup>66</sup>

Aber diese Auffassung der gerichtlichen Unabhängigkeit erkennt ihr einen verfassungsgemäß eigenständigen Inhalt ab,<sup>67</sup> so dass die „alleinige Unterwerfung unter das Gesetz“, die in Art. 117.1 der *CE* festgeschrieben ist, der ebenfalls in Art. 117.1 festgelegten Unabhängigkeit widersprechen bzw. sie entkräften würde, anstatt deren untrennbares rechtliches Pendant darzustellen.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> *CGPJ* (Fn. 45), S. 18: Die Bindungsverpflichtung ist nicht „als eine unauflösbare und unveränderliche Bindung an die Rechtsprechungsdoktrin zu verstehen - selbst der *TS* beansprucht in seiner Doktrin eine solche Bindung nicht, da sie eine Weiterentwicklung der Rechtsprechung verhindern würde - sondern als eine Pflicht der rangniedrigeren Organe, nicht nach freiem Ermessen, ungerechtfertigt oder willkürlich von der bestehenden Rechtsprechung abzuweichen. Dabei wird jedoch die Möglichkeit, begründete und relevante Umstände anzuführen, die ein Abweichen von der Rechtsprechungsdoktrin erforderlich machen, nicht abgestritten. Sonst würde der Rechtsprechung die gleiche Bindungskraft zuerkannt wie dem Gesetz, was wiederum die in Art. 117 der spanischen Verfassung und in Art. 1 des *LOPJ* verkündete richterliche Unabhängigkeit in Gefahr bringen würde.“

<sup>66</sup> *Sala Sánchez* (Fn. 14), S. 20–22; *Bacigalupo Zapater*, (Fn. 48), S. 3; *Hernando Santiago* (Fn. 63), S. 14–15.

<sup>67</sup> *De la Oliva*, *Tribunales de Justicia*, Nr. 10, Oktober 2002, S. 8–9.

<sup>68</sup> *Ortells Ramos*, *Introducción al Derecho Procesal*, Granada, 1999, S. 22–24.

Im Wesentlichen sind die im Rang unter dem *TS* stehenden Gerichte einer „allgemeinen Beurteilungsregel“ (der Rechtsprechungslehre bzw. dem Präzedenzfall des *TS*) unterworfen, deren „normative Dichte“ höher als die des Gesetzes ist, die jedoch unbestreitbar einen niedrigeren Rang als das Gesetz einnimmt. Aber darüber hinaus hätten diese Gerichte keine Befugnis zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit dieser Regel und zu ihrer eventuellen Nichtanwendung.<sup>69</sup>

Die Behauptung, „die Rechtsprechung brächte der Rechtsordnung keine neuen Regeln“ und „sie sei nur im Rahmen des selben Gesetzes wirksam, das für die Richter verbindlich ist“,<sup>70</sup> würde zumindest bedeuten, dass die Rechtsprechung zu einer größeren Spezifizierung der Fälle, auf die eine Norm anwendbar ist, und der dadurch zwingend entstehenden rechtlichen Folgen führt.<sup>71</sup> Erkennt man dies an, muss man in Frage stellen, ob das Ergebnis dieser größeren Spezifizierung der – dem System der Rechtsquellen zufolge – höheren Bestimmung, nämlich dem Gesetz, entspricht.

Abschließend bleibt auf das besorgniserregende Fehlen einer letzten Definition hinzuweisen: Welche Konsequenzen hätte eine in der Rechtsordnung nicht erlaubte Abweichung von der Rechtsprechung?

Beeinträchtigen die Konsequenzen einer solchen Abweichung die Gültigkeit oder Wirksamkeit des Urteils, kommen wir auf die Technik der Kassation als Mittel zur Sicherstellung einer einheitlichen Anwendung und Auslegung der Rechtsnormen und damit auf die Gleichheit bei der Gesetzesanwendung zurück. Die Unabhängigkeit jedes Gerichts (des Instanzgerichts und des *TS*) bleibt damit vollständig gesichert.

Aber auch eine Konsequenz anderer Art ist möglich, nämlich die, dass der Richter, der unberechtigterweise von der Rechtsprechung abweicht, sich rechtswidrig verhält. Wäre die Bindung des Richters an die Rechtsprechungslehre des *TS* rechtlich mit der Bindung an das Gesetz gleichgestellt, könnte man daraus folgern, eine widerrechtliche, wissentliche Abweichung von der Rechtsprechung stelle eine Rechtsbeugung dar, aber niemand vertritt eine solche Rechtsfolge.<sup>72</sup>

---

<sup>69</sup> Dies wäre ein schreiender Widerspruch zur Befugnis zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit und zur Nichtanwendung von Bestimmungen, die den Richter kraft Art. 6 des *LOPJ* zusteht und die bereits im *LOPJ* von 1870 verwurzelt ist. Die von mir auf dem XVII Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Mexiko-Stadt, am 21. Juli 2004 ausgeführte Argumentation wurde in ausführlicher Form veröffentlicht unter dem Titel: El Tribunal Supremo español. Un tribunal en busca de identidad, in: „Cuadernos Procesales“, Nr. 22–23 (<http://derecho.procesal.unam.mx/articulos.html#ortells>) sowie in der Rechtszeitschrift *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2005, Nr. 4, S. 212–217. Später habe ich meine Übereinstimmung mit *Díez-Picazo Giménez*, (Fn. 57), S. 402–403, festgestellt.

<sup>70</sup> *Hernando Santiago*, (Fn. 63), S. 14. Ähnlicher Denkansatz in: *CGPJ*, (Fn. 45), S. 16–18.

<sup>71</sup> Ausführlich in: *Blasco Gascó* (Fn. 17), S. 45–83, und – wenngleich nur bezüglich der Sanktionsregelung – in: *Ferreres Comella*, *El principio de taxatividad y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid, 2002, S. 153 ff. sowie das gesamte Werk.

<sup>72</sup> Diese Konsequenz wird in Ansatz gebracht und zurückgewiesen in: *Desdentado Bonete*, *Problemas de la jurisprudencia en el orden social: Vinculación, cambio, conflictos jurisprudenciales y relaciones con la ley*, in: *La fuerza vinculante de la jurisprudencia*, Madrid, 2001, S. 421; *López Guerra* (Fn. 23), S. 3. Ebenfalls dahin gehend, dass die Abweichung von der Rechtsprechungslehre keine Rechtsbeugung darstellt, sowie über die Voraussetzungen, die zutreffen müssten, um zu einer anderen Schlussfolgerung zu kommen: *García Arán*, *La prevaricación judicial*, Madrid, 1990, S. 73–

Ohne zu derartig extremen Ansichten zu gelangen, könnte die Folge widerrechtlichen Verhaltens in die staatliche Regelung des Richterberufs eingebracht werden und darin eine bestimmte nachteilige Wirkung erzeugen, wie z.B. durch die Disziplinar-<sup>73</sup> oder Amtshaftung. Über Folgen dieser Art gab es bisher jedoch nur Andeutungen.<sup>74</sup>

Die Praxis gestaltet sich jedoch so, dass der *TS* die unrechtmäßige Loslösung von der Rechtsprechung als Gerichtsirrtum ansieht, der die Staatshaftung nach sich zieht.<sup>75</sup> Bisher herrschte in der Rechtsprechung die Meinung vor, „die Anwendung eines Kriteriums, das von der Rechtsdoktrin abweicht und das weniger korrekt als die allgemein zugelassenen und anerkannten Kriterien ist, stelle keinen Rechtsirrtum dar, sondern sei die Folge des Grundsatzes der richterlichen Unabhängigkeit, bei der eine Bindung an den Präzedenzfall zurückgewiesen wird.“<sup>76</sup>

Wenn die Verbindlichkeitsbestimmung das Wesen der richterlichen Unabhängigkeit beeinträchtigte, ist es nicht verwunderlich, dass sie im Endeffekt bei einer der Garantien der Unabhängigkeit eine Lücke aufreißt,<sup>77</sup> und zwar konkret bei der Garantie, dass die Kriterien, die der Richter in den konkreten, von ihm zu

---

<sup>75</sup>; Ramos Tapia, El delito de prevaricación judicial, Valencia, 2000, S. 290–292. Desdentado Bonete, La unificación de doctrina y el Tribunal Supremo. La experiencia del orden social, in: El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional, in: El Tribunal Supremo en el ordenamiento constitucional, Madrid, 2004, S. 387; Díez-Picazo Giménez, (Fn. 57), S. 404.

<sup>73</sup> Die Möglichkeit wird erwogen und abgelehnt in: Desdentado Bonete (Fn. 72), S. 387; Díez-Picazo Giménez (Fn. 57), S. 404.

<sup>74</sup> So könnte man die Worte des damaligen Justizministers gegenüber dem Rechts- und Innenausschuss des Abgeordnetenhauses am 14. Februar 2002 in diesem Sinne auslegen. Siehe Bericht von Martínez Moya, La realidad del precedente jurisprudencial, in: La fuerza vinculante de la jurisprudencia, Madrid, 2001, S. 525: „Wenn [die Richter] sich irren oder **das Gesetz bzw. die Rechtsprechung** nicht kennen [Hervorhebung von mir], besteht die prozessuale Möglichkeit, ihre Rechtsprechung zu korrigieren. Dabei können die Richter für die Folgen ihrer Entscheidungen sowie für die inkorrekte Ausübung des Justizdienstes haftbar gemacht werden. Dies hat heute eine Auswirkung in Höhe von Tausenden Millionen auf den Etat des Justizministeriums. Bei einem Irrtum ist auf dem Weg des Rechtsbehelfssystems vorzugehen. **Für den Fall der Nichtkenntnis des Gesetzes bzw. der Rechtsprechung ist eine ausführlichere Regelung erforderlich, die dazu führen sollte, dass die Richter dem weiteren ‚Schicksal‘ ihrer Entscheidungen mehr Aufmerksamkeit schenken, eine Regelung, die sich - wie auch andere Elemente - auf die Laufbahn auswirken und in den gesetzlich vorgesehenen Fällen auf die Richter rückwirken sollte.**“ [Hervorhebung von mir].

<sup>75</sup> Im Urteil der 3. Kammer des *TS* vom 18. Januar 2005 heißt es: „Die bindende Wirkung der Rechtsdoktrin für Richter und Gerichte, welche im Rang unter dieser Gerichtsbarkeit stehen [Verwaltungsgerichtsbarkeit - Anmerkung des Autors] ist selbstverständlich entsprechend dem Wortlaut von Art. 100.7 *in fine* des *LJCA* unbestreitbar; und auch die Zweckbestimmung der Kassation „im Interesse des Gesetzes“ selbst ist auf die Wahrung des Grundsatzes der Rechtssicherheit ausgerichtet (Art. 9 der *CE*). Demzufolge ist die Befolgung der im Urteil dieser Kammer erfolgten Auslegung für den Instanzrichter zwingend.“ Die Bedeutung dieses Urteils wird hervorgehoben in: Hernando Santiago, (Fn. 63), S. 12; *CGPJ* (Fn. 45), S. 17.

<sup>76</sup> Hernández Martín, El error judicial, Madrid, 1994, S. 120–121.

<sup>77</sup> Verfolgt man eine alte Unterscheidung von Merkl, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Madrid, 1935, S. 56–58, weiter, wird die Differenzierung zwischen der Rechtsnorm der richterlichen Unabhängigkeit und den Rechtsnormen zur Sicherung der richterlichen Unabhängigkeit deutlich, welche nach der Verfassung von 1978 auf das spanische Recht zur Anwendung kommt, in: Ortells Ramos (Fn. 68), S. 24–30.

entscheidenden Fällen bei der Auslegung und Anwendung des Gesetzes anwendet, keine Auswirkungen auf seine berufliche Laufbahn haben dürfen, denn sonst könnte die Furcht vor einer solchen Auswirkung oder auch der Wunsch danach zu einem Instrument der Kontrolle des Richters werden.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Eine diskrete, aber dennoch klare Bezugnahme auf diese Frage findet sich z.B. in: *Martínez Moya* (Fn. 74), S. 499, 525–526.